UNIVERSITÉ DE LYON
ANNALES DE L'ÉCOLE FRANÇAISE DE DROIT
DE BEYROUTH

ÉMILE TYAN
Professeur à l'École Française de Droit de Beyrouth

# LE NOTARIAT

## *ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT*

## DANS LA PRATIQUE DU DROIT MUSULMAN

Lemb.Kebudajaan. Ind.
Kon. Bat. Gen.
27 : -
114.

N° 2

23 JUL 1956

Ex Libris
mr J.W. TROUW
KP. 267.30
27:-
114.
Mr. J.W. TROUW
Advocaat

UNIVERSITÉ DE LYON

ANNALES DE L'ÉCOLE FRANÇAISE DE DROIT DE BEYROUTH

ÉMILE TYAN

Professeur à l'École Française de Droit de Beyrouth

# LE NOTARIAT

## *ET LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT*

## DANS LA PRATIQUE DU

# DROIT MUSULMAN

*ANNÉE 1945* *N° 2*

Lembaga Kebudajaan Indonesia
„Bataviaasch Genootschap
van Kunsten en Wetenschappen"

PERPUSTAKAAN NASIONAL RI.
Tanggal : 29 Mei 2013
No. Induk : 62056/PN-MUSEUM/'13
BIB - ID :
Beli / Hadiah : Ex. Museum

Lemb. Kebudajaan Ind.
Bat. Gen. Perpustakaan
tanggal 26. 7. 1956
asal-usul No. 1172 a

## Système de transcription des caractères arabes adopté dans le présent ouvrage

| | | | |
|---|---|---|---|
| ء | ʾ | ض | ḍ |
| ب | b | ط | ṭ |
| ت | t | ظ | ẓ |
| ث | ṯ | ع | ʿ |
| ج | j | غ | ġ |
| ح | ḥ | ف | f |
| خ | ḫ | ق | ḳ |
| د | d | ك | k |
| ذ | ḏ | ل | l |
| ر | r | م | m |
| ز | z | ن | n |
| س | s | ه | h |
| ش | š | و | w |
| ص | ṣ | ي | y |

ة : *état absolu* a, *état construit* at.

*Voyelles et diphtongues :* بَ ba ; بِ bi, be ; بُ bu, bo ;

بَا bā ; بِي bī, bē ; بُو būu, bō ; بَيْ bay ; بَوْ baw.

# LE NOTARIAT

ET

# LE RÉGIME DE LA PREUVE PAR ÉCRIT

## DANS LA PRATIQUE DU DROIT MUSULMAN

---

### I. — Notions générales

I. — L'étude du système notarial est une de celles qui permettent de relever, une fois de plus, la scission bien nette qui s'est produite, dans le monde musulman, entre le droit doctrinal et scolastique, d'une part, et, d'autre part, la pratique juridique, créatrice de règles de droit.

Si l'on veut répartir ces deux branches de l'activité juridique de l'ensemble des nations islamiques dans les catégories connues et classiques des sources du droit, on peut, semble-t-il, faire appel à la distinction entre le droit écrit — dans son acception la plus large — et le droit coutumier. Le droit écrit, — la *šarī'a* — c'est, suivant la conception traditionnelle, non point l'ensemble des règles juridiques édictées formellement par le pouvoir législatif au fur et à mesure des nécessités pratiques — pouvoir législatif dont l'existence

n'est, en principe, pas reconnue — ; c'est, plus exactement, l'ensemble des règles dont le principe originel se trouve dans le Livre saint de l'Islam et l'enseignement formel ou tacite du Prophète et qui ont été développées par la spéculation analogique dans l'accord général. C'est ce qu'exprime la formule scolastique bien connue : les sources du droit — *uṣūl al-fiḳh* — sont : le *kitāb*, la *sunna*, le *ḳiyās*, le *ijmā'*. Suivant la même conception, cet ensemble législatif, ce corps de droit a atteint, depuis une certaine époque, relativement reculée, une perfection telle qu'il n'a plus été admis qu'il pût évoluer encore davantage ; que de nouvelles règles, postulées par les nécessités changeantes des temps et des milieux, y fussent introduites et intégrées ; qu'il pût ne pas correspondre exactement à toutes ces nécessités et pleinement y satisfaire.

Cependant, ces nécessités devaient prévaloir. De fait, en regard de ce corps de droit, un grand nombre d'usages pratiques auront cours, qui se transformeront en règles juridiques, soit pour combler les places vides laissées par l'École, soit pour faire concurrence aux règles qu'elle enseigne et, en réalité, prévaloir sur elles. Ces règles ainsi élaborées, c'est ce que l'on pourrait désigner par la coutume. Elles seront admises officiellement, non pas en principe, comme partie intégrante de la *šarī'a*, du droit doctrinal, mais comme dans un compartiment séparé. C'est ainsi, par exemple, que la justice pénale appliquée en fait dans le monde musulman sera organisée, sous le nom de *šuṭṭa*, par des règles étrangères et bien souvent contraires à l'enseignement doctrinal, mais admises et sanctionnées, moins par une reconnaissance de principe formelle de l'autorité, non qualifiée, au reste, pour le faire, que par

leur fonctionnement et leur application mêmes. Un autre exemple topique est fourni par le système notarial, resté, en général, en dehors du droit doctrinal, mais qui comporte tout un ensemble de règles propres, et qui a donné naissance à une branche particulière et séparée de la science juridique.

Toutefois, un grand nombre de ces règles coutumières finiront par forcer les portes du droit écrit. Elles y seront admises, reconnues, intégrées ; elles se transformeront en règles de droit écrit. Mais ce qu'il y aura de particulièrement caractéristique dans ce phénomène, c'est que cette reconnaissance n'aura pas pour effet, lorsque les règles coutumières ainsi admises sont étrangères ou contraires aux règles doctrinales, de les substituer à ces règles en faisant rejeter celles-ci, mais de coexister avec elles, par un artifice verbal et scolastique, — suivant des modalités qui ne seront pas exactement les mêmes dans toutes les écoles ou *mâḏhabs* — auquel ne répugnait pas la science juridique des époques révolues. A ce prix, la *šarī'a* s'est bien pliée aux nécessités changeantes de la vie juridique ; et ceci doit corriger ce qu'il y a de trop rigide dans la définition que, d'après la conception traditionnelle, nous avons donnée du droit écrit.

Or, une des applications les plus frappantes de ce procédé de technique juridique est celle qui a été faite dans la matière que nous nous proposons de traiter et, plus spécialement, en matière de preuve écrite.

Le principe général, fondamental, qu'enseigne la doctrine unanime et ininterrompue, au cours de toute l'histoire du droit musulman, est « que l'écrit en soi n'a aucune valeur ; que le titre écrit ne peut pas cons-

tituer une preuve[1] ». De ce principe, certaines justifications, devenues très courantes et reproduites comme des clichés par tous les auteurs, sont présentées : un écrit peut être confondu facilement avec un autre écrit الكتاب يشبه الكتاب[2] ; un acte peut être rédigé dans une simple intention d'essai, ne constituer qu'un projet : الكتابة قد تكون للتجربة[3] ; l'écrit peut être entaché de faux ; le cachet peut être contrefait قد يعمل على الخاتم ويحرف الكتاب[4]. Que si un acte écrit est produit, il faut qu'il fasse lui-même l'objet d'une preuve par les moyens admissibles لا يثبت الا بحجة[5]. L'écrit a donc été rayé de la catégorie des modes de preuve. « Les preuves légales sont exclusivement au

(1) Ibn ʿĀbdīn, III, 559 ; IV, 518 ; Ramli, II, 12 ; *cf.* Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, I, 349. — C'est ce principe qui, à mon sens, expliquerait certaines solutions, apparemment incompréhensibles, telles que celles-ci : « Si quelqu'un dit : j'ai bien rédigé de ma main un acte qui porte que je déclare me reconnaître débiteur d'une somme de mille dirhems envers telle personne, — cet écrit n'en resterait pas moins dépourvu de toute valeur : لو قال وجدت في كتابي ان لفلان علي الف درهم او قال : وجدت في ذكري او في حسابي او بخطي او قال : كتبت بيدي ان لفلان علي الف درهم فكل ذلك باطل كذا في الظهيرية » (Hindyya, N., 167)

A plus forte raison, si le demandeur produit un titre reconnu, par une vérification d'écritures, comme rédigé de la main du défendeur, celui-ci ne saurait être condamné sur la foi du titre (*Al-fatāwa al-bazāzyya*, II, glose sur *Al-fatāwa al-hindyya*, V, 450).

(2) Marġīnāni, III, 85.

(3) Ibn Nujaym, VII, 69 ; *Ḳurrat ʿuyūn al-aḫbār*, I, 77 ; Ibn ʿĀbdīn, IV, 518.

(4) Šāfiʿi, *Amm*, VI, 216 ; Ibn ʿĀbdīn, IV, 428.

(5) Marġīnāni, III, 85.

nombre de trois : la preuve (testimoniale), l'aveu, le serment[1] ».

Ces deux derniers modes étant de portée pratique relativement restreinte, le témoignage est devenu la preuve par excellence, la preuve de droit commun, courante. On conçoit alors l'importance extraordinaire qu'elle a acquise : il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à parcourir les traités de droit, à constater les développements considérables qui lui y sont consacrés, dans les détails les plus infimes. Dans le langage juridique courant, le terme même de preuve (بيّنة *bayyna*), sans autre indication complémentaire, a fini par voir son sens restreint à la preuve testimoniale et par désigner exclusivement cette preuve[2].

Pourtant, l'usage de l'écriture dans les actes juridiques — aussi bien dans les actes privés que dans les actes publics — est très ancien dans le monde arabo-musulman : il remonte à ses origines mêmes. D'après les annalistes musulmans eux-mêmes, dès la première moitié du 1er siècle h. (VII-VIIIe siècle de l'ère chrétienne), des greffes étaient déjà institués auprès des tribunaux pour la constatation écrite de la procédure[3].

(1) Ramli, II, 12.

(2) Cependant, cette déformation a frappé certains auteurs, qui ont éprouvé la nécessité d'une mise au point. Ainsi Ibn Farḥūn, de l'école malékite, juriste d'une grande sagacité et d'un grand sens pratique, auteur d'un des meilleurs traités de droit musulman, commence un chapitre consacré à la preuve par cet avertissement : « Sachez que la preuve est un mot qui sert à indiquer tout ce qui tend à manifester la vérité » ; il n'est pas restreint à la preuve par témoins. Notre auteur invoque à l'appui le Coran même : « Le Coran n'emploie pas le terme de preuve dans le sens spécial de témoignage, mais de tout ce qui sert à établir, à indiquer, à prouver... » (Ibn Farḥūn, I, 161).

(3) Tyan, *op. cit.*, I, 373 et ss.

Les ordres, décisions de l'autorité administrative de la même époque sont établis par écrit[1]. Les contrats entre particuliers font couramment l'objet de rédaction. Un nombre considérable, remontant à une époque reculée, notamment, des actes rédigés sur papyrus, en a été découvert et publié récemment ; nous aurons l'occasion d'en parler plus loin.

Nous citerons, cependant, quelques anecdotes tirées, non de la pratique juridique ou d'ouvrages spéciaux s'y référant, mais de la littérature générale, ce qui est, à un certain point de vue, plus intéressant encore parce que démontrant combien l'usage de l'écrit était entré dans les mœurs courantes. En Arabie, le fameux poète Kumayt ( 60/689-126/743 ), en revendiquant un domaine, produit à l'appui de sa prétention son titre écrit de propriété, un contrat d'achat, au prix de 4.000 dinars[2]. — Le calife umayyade Walīd ibn Yazīd ( 88/705-98/715 ), ayant acheté une esclave, délivre au vendeur un écrit qui lui permettra d'encaisser le prix convenu[3]. Un poète, Aḥwaṣ, contemporain de Walīd ibn Yazīd, avait malicieusement exercé sa verve aux dépens d'une femme honorablement connue. Pour se venger, la personne calomniée ne trouva rien de mieux que d'accuser publiquement son calomniateur d'être un débiteur de mauvaise foi. A cet effet, profitant d'un moment où le poète se trouvait au milieu d'un grand nombre de ses contribules, elle se présenta et réclama à haute voix le paiement de sa créance. Et, pour la prouver, elle produisit un acte

(1) Becker, *Papyri, Schott-Reinhardt*, I, 78, N. IV.

(2) Mas'ūdi, *Murūj*, VI, 40.

(3) *Aġāni*, nouv. éd., VI, 26.

écrit. C'était un faux qu'elle avait forgé pour les besoins de la cause. Cependant, comme il s'agissait précisément d'une créance constatée par écrit, personne ne pensa à en contester la réalité et toute l'assistance exhorta le prétendu débiteur à s'exécuter[1].

Et il n'en pouvait pas être autrement. C'est un fait que, dans les provinces conquises sur Byzance par les envahisseurs arabes et où devaient se développer le droit musulman et la pratique juridique, l'usage de l'écriture était, depuis longtemps déjà, largement répandu et bien entré dans les mœurs des populations. Ces populations, étant restées les mêmes, ayant simplement changé de religion et de langue, ne pouvaient naturellement pas renoncer, pour leurs pratiques quotidiennes, à des usages ancestraux qui, au surplus, présentaient de si grands avantages pour la sécurité et la commodité de leurs rapports juridiques tout en ne se heurtant, dans l'enseignement de la nouvelle religion, à aucun précepte différent. Bien au contraire, ils se trouvaient être parfaitement conformes à cet enseignement. Le Coran, en effet, recommande formellement aux adeptes de l'Islam de constater par écrit leurs conventions يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمّى فاكتبوه . . . (*s.*, II, *v.* 282). Très probablement même, il n'y avait là que la confirmation formelle d'un usage courant en Arabie, de telle sorte que les populations qui, par le fait de la conquête, s'installaient dans les provinces byzantines, n'avaient pas pu avoir tendance à faire prévaloir un usage contraire à celui qu'elles y ont vu en cours.

Dans son dédain pour l'écriture, la doctrine s'est

(1) *Aġāni*, nouv. éd., VI, 258.

heurtée à ce texte du Livre saint ; elle n'a pas modifié pour autant son attitude ; elle s'est évertuée, au contraire, comme le remarque M. Joseph Schacht[1], à diminuer la portée de la prescription coranique. La doctrine refuse, en effet, de voir dans le passage précité du Coran une disposition impérative, mais l'indication d'un simple conseil استحباب[2].

Il n'entre pas dans notre intention, pour les besoins de la présente étude, d'examiner la question de savoir comment s'est formée historiquement la règle précitée. Nous devions simplement, constatant la large diffusion de la pratique de l'écrit, nous demander, en un premier point, comment, dans la doctrine telle qu'elle s'est définitivement constituée, on a pu concilier la pratique générale de l'écrit avec la règle légale qui lui dénie toute valeur, comment et suivant quelles conditions l'écrit a pu être valablement employé dans les transactions juridiques.

La réponse à cette question paraît aisée. Le procédé de technique juridique qu'a appliqué à cet effet la pratique et qu'a consacré la doctrine, elles sont allées le chercher dans la preuve testimoniale même. L'acte juridique contenu dans un écrit ne peut pas être considéré comme prouvé par ce moyen ; mais on ne saurait le traiter autrement qu'un acte juridique qui n'a pas fait l'objet d'une rédaction ; tout comme on peut assurer la preuve d'un acte juridique quelconque par la preuve testimoniale ordinaire, on assurera la

(1) Joseph Schacht, *Das kitāb aš-šufa'a aus dem al-ǧāmi' al-kabīr fiš-šurūṭ des abū-Ǧa'far Aḥmad ibn Muḥammad at-Ṭaḥāwi*, IV.

(2) Baydawi, *Commentaire du Coran*, éd. Fleish, sub. v. 282, s. II.

Lembaga Kebudajaan Indonesia
„Bataviaasch Genootschap
van Kunsten en Wetenschappen"

preuve de l'acte juridique contenu dans un écrit en demandant à deux personnes au moins ( en raison de la règle, admise en droit musulman, *testis unus testis nullus* ) de se poser d'ores et déjà en témoins de cet acte.

En soi et en droit strict, la preuve de l'acte juridique ne résultera pas du titre écrit qui le contient, mais du témoignage. D'où il résulte qu'en principe, au point de vue de la preuve, il n'y aura aucune différence entre l'acte écrit et l'acte non-écrit : dans les deux cas, l'élément qui en constitue la preuve, c'est le témoignage exclusivement. Mais la rédaction présente cet avantage d'assurer la conservation matérielle de l'acte.

Le procédé n'avait rien d'original ; il n'était pas nouveau. Que l'on se réfère à tous les précédents possibles de notre système, on l'y trouve également employé. Dans la loi et la pratique romano-byzantines, même aux périodes de la plus large diffusion du notariat, les actes rédigés par les tabellions comportaient nécessairement la participation de deux personnes, au moins, agissant en qualité de témoins. Dans la réglementation du tabellionat, Justinien rappelle expressément cette règle[1] qui se retrouve également dans le recueil syro-romain[2].

La pratique arabe préislamite avait suivi et le Coran avait consacré un procédé analogue. Dans le texte précité[3], le Livre saint de l'Islam, après avoir recom-

(1) L. 6, C., *De re jud. et Nov.* 73.

(2) *Cf.* Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 177.

(3) V. *supra*, p. 7.

mandé l'usage de l'écrit, exhorte les parties contractantes à faire témoigner deux personnes honorables au contrat ainsi rédigé.

Le procédé étant tel, il est appliqué à tous les écrits, aussi bien à ceux qui contiennent des actes privés qu'à ceux qui contiennent des actes publics. Ainsi, la preuve des actes judiciaires, notamment les jugements, est faite, en principe, non par l'expédition écrite délivrée par le juge ou par les registres des tribunaux, mais par le témoignage des témoins que le juge a pris soin de faire assister à son audience[1].

Des actes officiels émanés des plus hautes autorités, tout au moins lorsque des personnes y étaient individuellement intéressées, requéraient, pour qu'en soit établie la preuve, la participation de témoins. On peut citer à titre d'exemples les actes d'élection ou de déchéance des califes, les actes de déclaration d'impiété etc...

Cependant, un tel système comportait de graves inconvénients pratiques, ceux-là mêmes qui sont inhérents au témoignage. Les témoins peuvent être récusés, reprochés ; un vice entachant le témoignage d'une personne peut être inconnu des contractants au moment de la rédaction de l'acte, vice qui se révèlera par la suite. En particulier, la condition de tout témoignage étant l'honorabilité du témoin et l'honorabilité étant souverainement appréciée par le juge, le sort des transactions juridiques se trouvait ainsi exposé aux aléas les plus graves. Il suffisait qu'une contestation s'élevât entre les parties contractantes et que

(1) V. *infra*, p. 98.

le juge rejetât les témoignages dont elles s'étaient munies pour que la preuve du contrat fût réduite à néant. Il était donc nécessaire de trouver un moyen propre à écarter par avance le risque d'une contestation des témoignages ayant servi d'élément de preuve des actes juridiques.

Ce moyen fut tiré de l'institution de la *šahāda* au *sens strict*. Cette institution consiste en une voie de procédure suivant laquelle le juge, après vérification de la moralité d'une personne, la reconnaît d'ores et déjà comme témoin véridique, dont les dépositions ne seraient pas, en principe, récusables. Les personnes ainsi qualifiées devenaient des témoins fixes et sûrs, qui porteront le nom de *šuhūd ʿudūl* (pl. de *šāhid ʿadl* شاهد عدل) ou, par abréviation, *šuhūd* ou, simplement, *ʿudūl*.

Jusque là, il n'y a qu'une application du droit commun de la preuve : toute personne, à commencer par l'intéressé même, peut rédiger l'acte juridique ; toute personne peut se porter témoin à cet acte, soit à titre de témoin ordinaire, soumis éventuellement au risque de récusation, soit à titre de témoin fixe. On ne peut pas parler encore d'une institution spéciale de notariat. Mais une série de faits concurrents allaient contribuer à déclencher une évolution dans ce sens. D'une part, c'est, en raison des avantages pratiques considérables qu'il présente, la généralisation de l'usage de l'écrit dans les actes juridiques, mais, en même temps, la faible diffusion de la connaissance de l'écriture et, spécialement, du style juridique. C'est, d'autre part, la complexité croissante de la loi, des règles nombreuses qui régissent les conditions de validité des actes juridiques, qu'il n'était pas donné à tout

le monde de connaître. La rédaction d'un contrat par n'importe quelle personne ne pouvait pas prémunir les contractants contre les conséquences d'une erreur ou d'une omission juridique. Enfin, c'est la nécessité de recourir, pour chaque contrat, en vue d'en assurer la preuve, à des tiers, comme témoins, mais, en même temps, le nombre limité de ces témoins qui, seuls, fournissent les avantages d'une preuve sûre et qui sont les *'udūl*. Par le fait du choix qui préside à leur désignation, de leur situation sociale, ces *'udūl* sont des personnes instruites, possédant des connaissances juridiques.

Que le public fût généralement porté à s'adresser à cette catégorie de personnes pour la conclusion et la rédaction des accords juridiques, il n'y avait là qu'un phénomène tout naturel : ces *šuhūd* assuraient aux intéressés une rédaction, littéraire et juridique, correcte de leurs conventions et la preuve de ces conventions tout à la fois.

C'est alors que l'on peut parler d'une institution propre et autonome de notariat. Nous étudierons plus loin, en détail, cette transformation d'une pratique en profession.

II. — **La force probante des actes notariés.** — Une caractéristique essentielle du notariat musulman est qu'il ne comporte pas une authentification fournie par l'intervention d'une autorité publique, ni une publicité des actes juridiques ; il s'agit simplement de rédaction correcte et de preuve de ces actes. C'est ce qui résulte de la définition que les auteurs musulmans donnent du notariat. Il a pour but, dit Ibn Farḥūn, de mettre les transactions juridiques des particuliers en

conformité avec les prescriptions légales et ainsi de préserver leurs droits. ضبط امور الناس على القوانين الشرعية وحفظ دماء المسلمين واموالهم[1]. Ibn Ḫaldūn est plus explicite encore. Le notariat consiste, d'après cet auteur, à se porter témoin des engagements des particuliers, tant au moment de la conclusion de ces engagements qu'éventuellement, en justice, en cas de litige, ainsi qu'à établir, dans les actes écrits, ces engagements en vue de leur préservation. الشهادة بين الناس فيما لهم وعليهم تحملًا عند الاشهاد واداء عند التنازع وكتباً في السجلات تحفظ به حقوق الناس واملاكهم وديونهم وسائر معاملاتهم[2].

La portée de cette preuve fournie par l'acte écrit dressé par le notaire ne dépasse pas, en principe, celle de la preuve testimoniale ordinaire. D'une part, la participation d'un seul notaire ne suffira pas à assurer la preuve de l'acte : étant donné la règle générale en matière de témoignage, — *testis unus testis nullus* — la preuve de l'acte ne sera assurée que si, au témoignage du rédacteur, vient s'ajouter celui d'un deuxième témoin, au moins ; — nous verrons qu'en fait, ce nombre était souvent dépassé. D'autre part, les témoignages figurant à l'écrit ne constitueront pas définitivement la preuve de l'acte ; s'il s'élève à son sujet une contestation, les personnes qui en ont été témoins devront, en principe, reprendre leur déposition en justice suivant les règles de l'administration ordinaire de la preuve testimoniale. Ibn Ḫaldūn le dit bien, comme on vient de le voir : le notariat comporte néces-

(1) Ibn Farḥūn, I, 188.

(2) Ibn Ḫaldūn, *Prolég.*, éd. Beyrouth, 187.

sairement tout aussi bien le témoignage au moment de la rédaction de l'acte que, par la suite, la déposition en justice. Il n'y a donc pas là une véritable preuve préconstituée, caractéristique de l'écrit possédant une valeur intrinsèque.

Le régime notarial n'a donc pas constitué, dans les pays de civilisation musulmane, un régime spécifique, institué et organisé spécialement en vue de l'authentification des actes juridiques. Il est le résultat d'une application particulière des règles et des moyens ordinaires du droit commun, en matière de preuve.

---

## II. — La profession notariale

La mise en œuvre du moyen de droit commun de la preuve testimoniale, combinée avec l'usage de l'écrit, en vue d'un but spécial et pour répondre à un besoin social déterminé, devait réagir sur cet usage et ce moyen et aboutir à des conséquences pratiques et juridiques, — de fond, de forme et de structure, — de la plus haute importance.

Dans la catégorie des conséquences de fond, on peut indiquer dès maintenant la répercussion qui s'est produite sur la nature de la preuve résultant des actes notariés et, en général, sur les règles traditionnelles admises en matière de preuve. Dans la deuxième catégorie, on relèvera, d'une part, la constitution de tout un ensemble de règles concernant les formes de rédaction et, par voie de conséquence, l'avènement d'une

science distincte de notariat ; la troisième catégorie correspond à l'organisation d'une profession nouvelle, douée d'une vitalité et d'une autonomie propres.

En somme, on peut dire que l'évolution juridique a abouti, en détachant la pratique notariale du droit commun, à la création d'une institution autonome, assortie de règles propres ; — la fonction a créé l'organe.

Pour le moment, nous examinerons l'une de ces dernières conséquences : le notariat devenu profession.

Nous avons indiqué plus haut les raisons qui devaient avoir pratiquement pour effet de restreindre à une catégorie spéciale de personnes la fonction de rédaction des actes juridiques. Ibn Ḫaldūn met les choses au point en prévenant contre des confusions possibles : en raison des qualités requises pour la rédaction des actes juridiques — bonne moralité ( *ʿadāla* ) du rédacteur, connaissance de la loi et des règles de style etc. — un nombre limité de personnes ont pu s'adonner à cette pratique et, pour cette raison, ce fut, dit notre auteur, comme si, seules, ces personnes jouissaient de la *ʿadāla* alors qu'il n'en était rien[1]. En langage plus clair, disons que s'il existe un grand nombre de personnes qui jouissent de la *ʿadāla*, c'est-à-dire, qui sont reconnues comme témoins véridiques ( *šuhūd ʿudūl* ), seules, parmi elles, quelques-unes s'adonnent à la pratique du notariat, et ce sont celles-là que, dans un sens restreint, on désigne du nom de *ʿudūl* ; celles-là, seules, dont on désigne la profession du nom de *ʿadāla*.

(1) Ibn Ḫaldūn, *op. cit.*, 187.

Cette profession acquiert ainsi droit de cité. Dans certains ouvrages de droit, des chapitres distincts et étendus traitent de la pratique notariale qu'ils considèrent bien comme une profession et ils la qualifient, en conséquence, de صناعة [1]. Des textes législatifs la règlementent comme telle[2]. La même constatation est tirée de la chronique historique. Exposant la biographie de certains hommes célèbres ou, incidemment, à propos de quelque événement, les annalistes parlent d'une profession de notariat : telle personne « exerçait la profession de la *ʿadāla*[3] » ; telle autre a acquis une grande fortune par l'exercice de la profession de la *ʿadāla*[4] ; le prince ou le juge règlemente et contrôle cette profession etc.

Par le fait même, une terminologie bien nette se fixe pour servir à désigner tout spécialement la pratique notariale. Sans doute, les termes de *šahāda*, *šuhūd*, sont parfois employés pour désigner le notariat et les notaires[5]. Mais, en raison du sens très général de ces termes et pour éviter les équivoques, les auteurs, de quelque ordre qu'ils soient, emploient d'autres expressions. Celles de *ʿadāla* et *ʿudūl* (pl. de *ʿadl*) sont très fréquentes. Nous avons vu que ce sont celles qu'emploie Ibn Ḫaldūn. On rencontre aussi l'ex-

(1) Ibn Farḥūn, I, 188 et ss. ; *Alfatāwa al-ḥindyya*, VI, 160 et ss.

(2) Ibn ʿAbdūn, *Journal asiatique*, 1934, 203, 246.

(3) Ibn Al-Zubayr, *Ṣilat al-ṣila*, 44, 121, 138.

(4) Ibšīhi, *Mustaṭraf*, II, éd. du Caire, 1308/1890, 216.

(5) Ibn Abbār, *Takmilat al-ṣila*, I, 331 ; Ibn Taġribardi, V, 302 ; *cf.* Quatremère, *Hist. des sultans mamluks*, II, 111 جاس للشهادة ; Ibn ʿAsākir, IV, 286, 357.

pression corrompue de *ta'dīl* تعديل [1]. Une autre expression est celle de *šurūṭ* شروط pour désigner le notariat avec شروطي *šurūṭi*, شرّاط *šarrāṭ*, et *kātib al-šurūṭ*[2] pour désigner le notaire. Une autre expression, qui paraît avoir eu cours spécialement en Orient, est celle de *ṣakkāk* ( qui rédige les *ṣaks* : actes ou documents juridiques[3] ). Dans l'Occident musulman, les termes de *kitābat al-waṯā'iḳ* كتابة الوثائق , — *tawṯīḳ* توثيق , — *waṯā'iḳ* وثائق ( du mot وثيقة : titre, document juridique ) pour désigner le notariat, — *muwaṯṯiḳ* موثق , — *waṯṯāḳ* وثّاق , — *waṯā'iḳi* وثائقي , — *kātib al-waṯā'iḳ* كاتب الوثائق , — *ṣāḥib al-waṯā'iḳ* صاحب الوثائق , pour désigner les notaires, sont les plus courants[4].

**Réglementation de la profession.** — Déjà, la *šahāda*, dans son sens général, avait été soumise à une réglementation, légale et administrative, détaillée, aussi bien quant aux conditions de recrutement des *šuhūd*

(1) Quatremère, *eod. loc.*

(2) Haji-Ḫalfa, IV, 45 ; Ibn Ḫallikān, I, 580 ; Nuwayri, IX, 1 et ss. ; Ibn Abbār, *op. cit.*, I, 263, 285, 307, 312, 315, 331, II, 570, 577 ; Ibn Baškuwāl, *Kitāb al-ṣila*, 16, 114, 266, 517 ; Ibn Al-Faraḍi, *Tārīḫ 'ulamā' Al-Andalus*, I, 50 ; Ibn 'Asākir, IV, 357, 359 ; Dozy, *Supplément*, V° وثق .

(3) *Al-fatāwa al-hindyya*, IV, 167 ; Ibn Nujaym, II, 199 ; Ibn 'Ābdīn, V, 77.

(4) Ibn Al-Faraḍi, *op. cit.*, 202, 300, 337, 347 ; Ḫušani, *Ḳuḍāt Ḳurṭuba*, 198 ; Ibn Abbār, *op. cit.*, I, 340, II, 560 ; Ibn Baškuwāl, *op. cit.*, 16, 135, 507, 591 ; Ibn 'Aḏari, *Al-bayān al-Muġrib*, I, 212, 213, 219 ; Ibn Farḥūn, I, 188 et ss. Ibn 'Abdūn, *eod. loc.* ; Ibn Al-Zubayr, 44, 121, 138 ; Dozy, *eod. loc.*

qu'en ce qui concerne l'exercice de leurs diverses attributions. La *šahāda*, dans le sens restreint envisagé dans la présente étude, devait être soumise à une réglementation plus stricte encore. On l'admettra bien *a priori* si l'on tient compte de l'importance de la profession, des intérêts considérables qu'elle mettait en jeu puisqu'elle avait pour domaine l'ensemble des transactions juridiques entre particuliers. L'intérêt public s'y trouvant ainsi engagé, le pouvoir social était naturellement appelé à intervenir dans l'exercice de cette profession. Nous avons des exemples d'interventions de ce genre : des professions, libres en principe, telles que la *fulya*, mais qui, en raison de leur répercussion sur l'intérêt général, attirent l'attention des pouvoirs publics[1].

Le notariat ne restera donc pas une profession entièrement libre. L'intervention des pouvoirs publics se produira sous deux formes : une forme légale, ayant pour objet la détermination des conditions générales d'aptitude, l'établissement des règles d'exercice de la profession etc ; — et une forme administrative, ayant pour objet d'assurer, en fait, l'application, dans les cas particuliers, des conditions légales.

L'action administrative est, en principe, du ressort du pouvoir judiciaire. La compétence du pouvoir judiciaire en cette matière est toute naturelle. L'institution de la *šahāda*, en général, a toujours été rattachée à la magistrature ; il n'en pouvait pas être autrement en ce qui concerne un des aspects particuliers de cette institution, le notariat. Le notariat, dit Ibn Ḫaldūn, est l'auxiliaire de la justice et un des éléments de son

(1) *Cf.* Tyan, *op. cit.*, I, 325, 328.

administration, العدالة . . . تابعة للقضاء ومن مواد تصريفه.
En effet, les actes juridiques qu'établissent les notaires servent à la détermination des droits des individus et de la régularité de ces actes dépend l'issue des procès, en cas de contestation.

Cette intervention du pouvoir judiciaire a deux objets principaux : le contrôle de l'admission à l'exercice de la profession et le contrôle de son exercice même.

Que le juge ait la haute main sur le recrutement du notariat, cela résulte, tout d'abord, de son pouvoir général en matière de *šahāda* : une personne ne peut être établie comme témoin fixe — *'adl* — que par l'effet d'une décision judiciaire. Mais on peut dire que cette décision dépend, en principe, moins de la volonté du juge que de la réalisation des conditions légales requises en matière de témoignage : l'existence chez l'impétrant de ces conditions, vérifiée par l'examen personnel du juge et par la procédure de la *tazkiya*, doit entraîner nécessairement une décision d'admission. Mais, en matière de notariat, il y a plus : le juge possède un pouvoir discrétionnaire. En effet, ce n'est pas toutes les personnes, reconnues comme témoins véridiques, qui vont pouvoir se présenter au public comme notaires professionnels. Le juge a un pouvoir — et un devoir — de choix. C'est pourquoi, Ibn Ḫaldūn, parlant spécialement des *šuhūd*-notaires et les distinguant des *šuhūd*, en général, indique pour ceux-là comme une condition supplémentaire s'ajoutant à la décision d'admission comme témoin véridique, la condition d'une autorisation spéciale du juge : حقيقة هذه الوظيفة القيام عن اذن القاضي بالشهادة.

(1) Ibn Ḫaldūn, *Prolég.*, éd. Beyrouth, 187.

Le droit de nomination des *šuhūd* est indiqué généralement dans les diplômes d'investiture des magistrats, de diverses époques[1]. Sans doute, il s'agit des témoins, en général ; mais ce pouvoir s'étend naturellement aux notaires. Certains diplômes même font une mention spéciale de cette catégorie de témoins[2].

Toutefois, cette compétence des magistrats comporte quelques réserves. D'une part, il ressort d'un diplôme de l'époque mamlūk que le pouvoir de nomination des *šuhūd* n'appartient qu'aux *ḳāḍis* titulaires de ressorts et non à leurs vicaires[3]. D'autre part, il ne semble pas que le même pouvoir appartient aux juges d'exception, comme les *ḳāḍis-al-ʿaskar*[4]. Et lorsque, dans un pays, il existe plus d'un *maḏhab* admis officiellement, c'est, seul, le magistrat du *maḏhab* prédominant qui possède le pouvoir de nomination des témoins et des notaires, en particulier. C'est, du moins, ce qui semble être le cas à l'époque mamlūk, où, le *maḏhab* šafiite étant prédominant, seul, le diplôme d'investiture du *ḳāḍi-al-ḳuḍāt* de ce rite contient ce chef de compétence[5].

Un autre ordre de restrictions découle du droit de contrôle de l'autorité supérieure. Un texte en fait même expressément mention : un diplôme délivré par le

(1) Ḳalḳašandi, *Ṣubḥ al-aʿšā*, X, 270, 283, 387, 389 ; XI, 197 ; XII, 41, 47, 48, 52.

(2) Ḳalḳ., *op. cit.*, XII, 47, 52.

(3) Ḳalḳ., *op. cit.*, XIV, 343.

(4) Ḳalḳ., *op. cit.*, XI, 206.

(5) Ḳalḳ., XII, 41 et ss. Cependant, Ibn Ḫaldūn, nommé ḳāḍi en chef du maḏhab malékite, au Caire, a pu exercer un tel pouvoir (Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454).

calife fatimite Al-Ḥākim prescrit au nouveau magistrat d'informer le calife de toutes les décisions qu'il prendra concernant l'admission ou la révocation des témoins[1].

En d'autres termes, on peut dire que c'est dans la catégorie des « témoins véridiques » que se recrutent, par un choix du juge, les notaires. Il n'y a là qu'une réglementation plus stricte à l'intérieur d'une réglementation générale. Les personnes instituées comme *ʿudūl* ne sont pas — ou tout au moins n'ont pas toujours été — indistinctement confondues et qualifiées pour instrumenter pour toutes sortes d'actes. Il s'est établi une sorte de spécialisation. C'est là en tout cas un fait certain pour les notaires et les experts, dans le royaume mamlūk, au VIII[e] s. h. (XIV[e] s. de l'ère chrétienne) comme cela ressort, notamment, d'un modèle de diplôme d'investiture de magistrats ainsi que d'un diplôme délivré effectivement à un magistrat[2]. Il en

(1) Ḳalḳ., *op. cit.*, X, 387.

Dans un autre ordre d'idées il faut tenir compte, pour l'appréciation de la liberté dont jouissaient les magistrats, de certains facteurs résultant de pratiques abusives. Les recommandations de puissants personnages étaient une garantie quasi-certaine pour un postulant d'obtenir son admission à la *ʿadāla* et il était dès lors bien difficile au magistrat de révoquer un tel témoin. C'est un abus de ce genre que constate Ibn Ḫaldūn au Caire, (*Tārīḫ*, VII, 454). La pratique de l'hérédité a aussi atteint cette profession. C'est à quoi fait allusion nettement un diplôme d'investiture judiciaire, incitant le nouveau titulaire à réagir contre cette pratique واصبح (منصب الشهادة) وهو يورث عن الاباء والاولاد والوراثة تكون في الاموال (Suyūṭi, *Ḥusn-al-muḥāḍara*, II, 94). Il n'y avait, d'ailleurs, dans tout cela rien de particulier au notariat.

(2) Ḳalḳ., *op. cit.*, XII, 52 : . . . وليمعن النظر في امر الشهود . «واحقهم بامعان النظر شهود القيمة والعاثر الذين يقطع بقولهم في املاك الاوقاف والايتام

devait être de même pour les témoins, les greffiers du juge, les témoins chargés de la garde des biens des absents, des wakfs, etc...

Il résulte de ce qui précède que, si le nombre des *šuhūd* est déjà, en fait, limité en raison des conditions légales requises pour leur admission, le nombre des notaires est plus limité encore. La question est même posée en doctrine, spécialement dans le *maḏhab* malékite, de savoir s'il est du droit de l'autorité de restreindre l'exercice de la profession à quelques personnes, à deux ou à une seule, même ; — et les auteurs y répondent par l'affirmative, « si tel est l'intérêt public[1] ». Et, de fait, les sources citent le cas d'un certain nombre de personnages qui ont exercé, à l'exclusion de tous autres témoins, la charge de notaire. Le cas se rencontre le plus fréquemment dans l'Espagne musulmane, dès une époque relativement reculée. Dans la deuxième moitié du IIIe siècle h. Sa'īd ibn Yaḥya ( † 273/886 ) avait été désigné par l'autorité supérieure comme notaire de Cordoue, en concours avec Ḳāsim ibn Muḥammad ; après la mort de ce dernier, il resta seul notaire de la ville[2]. Beaucoup plus tard, vers la fin

. . . ومنهم (الشهود) من يشهد في قيمة المثل ويتمين : Ḳalḳ., *op. cit.*, XII, 47
ان يكون من اهل البلد الامثل . . . ومنهم من اذن له في العقود

A remarquer les qualités exigées spécialement pour une catégorie de témoins et qui ne le sont pas pour une autre ; ainsi le témoin-expert doit être pris parmi les habitants de la ville où il exerce sa profession ; cette condition n'est pas requise pour le témoin-notaire.

(1) Ibn Farḥūn, I, 178, 188 قال ابن المناصف : وان راى السلطان من النظر للمسلمين قصر الوثائق على انسان بعينه او اثنين . . . فذلك سائغ

(2) Ibn Al-Faraḍi, I, 139.

du VI^e^ et le début du VII^e^ s. h. la chronique rapporte le cas de deux personnages qui étaient les deux notaires de la ville de Dānya[1]. Et lorsque, d'autres textes, du IV^e^ s. h., disent que telle personne a succédé à telle autre dans la charge du notariat dans telle circonscription, il est à présumer qu'il s'agit d'une charge qui avait été réservée à ces personnes exclusivement[2]. D'ailleurs, le titre officiel employé par les textes tirés encore de l'histoire de l'Occident musulman est très significatif et porte à croire que la restriction à une personne de l'exercice de la profession dans chaque circonscription était le fait général. La biographie de tel ou tel personnage indique, en effet, qu'il était le *ṣāḥib al-waṯā'iḳ*, dans telle région ou telle ville[3]. Or, le titre de *ṣāḥib* est propre aux fonctions publiques dont le titulaire est généralement unique.

La compétence judiciaire en matière de nomination des notaires comportait comme autre conséquence le pouvoir de contrôle et de discipline. Les notaires y sont soumis à l'instar des autres auxiliaires de justice[4]. Ibn Ḫaldūn indique une autre considération de caractère assez particulier, comme fondement de cette compétence ; c'est celle de la responsabilité judiciaire. Le juge « ne doit pas négliger cela ( le contrôle des notaires ) en raison de son devoir de veiller à la sauvegarde des intérêts des particuliers ; la responsabilité à cet égard lui incombe et il est garant de

(1) Ibn Abbār, I, 307.

(2) Ibn Al-Faraḍi, I, 300, 302.

(3) Ibn ʿAḏari, I, 212, 213 ; II, 219 ; Ḫušani, 198.

(4) *Cf.* Tyan, *op. cit.*, I, 361.

tout dommage (résultant de l'exercice de la profession[1]) ».

« En conséquence, poursuit Ibn Ḫaldūn, le juge doit contrôler la conduite des notaires, se renseigner sur l'état de leur moralité ». Bien avant lui, déjà, Māwardi citait le pouvoir et l'obligation de contrôle des *šuhūd* parmi les chefs mêmes d'attributions des juges[2]. Il n'y a pas là seulement une règle théorique. Sans doute, Ibn Ḫaldūn observe qu'en raison de l'étendue des ressorts, il n'est pas possible à un magistrat d'exercer un contrôle effectif sur tous les notaires relevant de son autorité ; mais il n'en reste pas moins que la règle était généralement bien entrée dans les mœurs. Sur ce point encore les diplômes d'investiture des magistrats fournissent de nombreux et précieux renseignements : tous les passages de ces documents, relatifs à la nomination des *šuhūd*, comportent en même temps le pouvoir de contrôle et de discipline[3]. Le magistrat peut vérifier par lui-même, administrativement, la conduite des *šuhūd* ; mais nous savons qu'un de ses agents auxiliaires, le *muzakki*, était spécialement institué pour rendre compte de la conduite des témoins du ressort[4].

(1) Ibn Ḫaldūn, *eod. loc.*, لا يحمل ذلك لما يتعين عليه من حفظ حقوق الناس فالمهدة عليه في ذلك وهو ضامن دركه.

Comment ce principe de responsabilité s'est traduit dans la pratique, nous ne saurions le dire car nous n'avons pu relever des cas où des particuliers, victimes d'un notaire ne présentant pas les garanties légales, se seraient retournés contre le juge du ressort en une action en dommages-intérêts.

(2) Māwardi, *Al-aḥkām al-sulṭānyya*, 67.

(3) *Cf. supra*, p. 23, n. 2.

(4) D'après un traité de ḥisba, du XIII[e] ou XIV[e] s. de l'ère chrétienne, les notaires étaient encore soumis au contrôle des muḥtasibs (*cf.* Tyan, *op. cit.*, 471).

En cas de faute, la sanction applicable est la destitution. Il ne semble pas avoir existé des peines disciplinaires moins rigoureuses, variant suivant la gravité de la faute. On le comprendra bien si l'on se réfère aux principes mêmes de l'institution. Tant que la faute n'affecte pas la véracité du témoin, celui-ci reste qualifié à exercer ses fonctions ; mais, par contre, il se trouve entièrement disqualifié dès que cette véracité est mise en doute.

Mais, dans la pratique, la sanction, parfois, était plus grave : à la révocation pouvait s'ajouter un châtiment corporel. Ibn Ḫaldūn raconte de lui-même qu'ayant été nommé, en l'an 784/1382, ḳāḍi en chef du royaume mamlūk, pour le *maḏhab* malékite, il eut à infliger à de nombreux *šuhūd* de « douloureuses corrections[1] ».

A une époque beaucoup plus reculée, au IIIe s. h., Ḫušani rapporte le cas d'un notaire de Cordoue, coupable de faux. Le *ḳāḍi al-ḳuḍāt* fit exercer des poursuites contre lui. Le notaire dut se sauver en demandant refuge au ministre en fonction à l'époque[2]. Très vraisemblablement, il ne fuyait pas une simple mesure de révocation !

Sur l'état de moralité des *šuhūd*, en général, et des notaires, en particulier, les documents comportent des appréciations sévères. « Les abus qu'ils (les *šuhūd*) commettent, lit-on dans un diplôme d'investiture, sont innombrables et le mal qu'ils font est irrémédiable[3] ». Lorsque Ibn Ḫaldūn se mit à examiner la con-

(1) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454 et ss.
(2) Ḫušani, 135.
(3) Ḳalḳ., XII, 47.

duite des témoins de son ressort, il constata que « les mauvais étaient mêlés aux bons... Le mal était devenu grave par suite des faux très fréquents dont les notaires se rendaient coupables. فقد كان البر منهم مختلطاً بالفاجر فاعضل دائهم وفشت المفاسد بالتزوير والتدليس بين الناس منهم[1].

Le notaire, mentionné dans Ḫušani, s'était fait une mauvaise réputation à cause des faux qu'il commettait dans l'exercice de sa profession.[2] كان كثير الغش والتدليس

Un notaire de Cordoue, au IVe s. h., est destitué pour le même motif : كان يضرب على الخطوط في الشهادات ويدلّس في العقود[3].

Certains auteurs suspectent tellement la probité des notaires que, par une méconnaissance étrange de la nature originelle de leur office, ils enseignent que leur témoignage en justice n'est pas admissible, « parce qu'ils rédigent (les actes) contrairement à la réalité[4].

**L'intervention de l'autorité supérieure.** — En dehors du contrôle qu'elle se réservait sur l'action des magistrats, l'autorité supérieure — prince, ministre, gouver-

(1) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 455.

(2) *Cf.* un autre cas : Ibn ʿAḏari, I, 213.

(3) Ibn Al-Faraḍi, I, 186.

(4) Dāmād effendi, II, 199. Les notaires, sous la réserve indiquée par l'auteur : والصحيح قبولها ( شهادة الشهود ) اذا غلب عليهم الصلاح — rentrent ainsi dans cette longue série dressée par la science juridique décadente, et qu'on trouve, à quelques différences près la même dans tous les traités, — des personnes dont le témoignage n'est pas admissible en justice, pour des raisons diverses, principalement, parce que l'exercice de leur métier ou profession même, certaines habitudes de

neur — est intervenue directement dans la réglementation de la profession des notaires. Ce fait est certain, tout au moins, pour la partie occidentale du monde musulman. Nous avons déjà vu, en effet, qu'en doctrine malékite, on reconnaît formellement le droit de limiter à un ou deux témoins l'exercice de la profession notariale[1]. Des textes tirés de l'histoire d'Andalousie aux III^e^ et IV^e^ s. h. nous montrent des souverains désignant directement des notaires et les affectant à différentes villes.

Cette action du pouvoir exécutif[2] était-elle exclusive de celle des magistrats ? Il ne semble pas, puisqu'on voit encore des magistrats exercer l'action disciplinaire sur les notaires et, notamment, les révoquer ce qui se comprendrait difficilement si la nomination de ces notaires n'était pas émanée de ces magistrats.

**Le notariat, fonction publique.** — En raison de tous ces traits, doit-on admettre que le notariat s'est transformé en fonction publique ? Ibn Ḫaldūn cite bien cette profession parmi les fonctions publiques de l'État musulman الخطط الخلافية et dans le passage qu'il lui consacre spécialement, il la définit formellement comme une fonction وظيفة.

leur conduite privée, rendent suspecte leur probité. On y relève des choses assez cocasses. Sont récusables, par exemple, le défenseur en justice, « connus de nos jours sous le nom d'*avocat*..., celui qui possède des pigeons, parce que, pour les faire voler et les faire rentrer au pigeonnier, il doit monter sur la terrasse de sa maison et qu'ainsi il a l'occasion de regarder les femmes du voisin ! . . ».

(1) *Supra*, p. 24, n. 2.

(2) Ibn Al-Faraḍi, I, 139, 348 ; Ibn ʿAḏari, I, 213.

Dans la grande classification des fonctions publiques en fonctions religieuses et fonctions administratives, le notariat est rangé dans la première catégorie. C'est une fonction religieuse, وظيفة دينية dit Ibn Ḫaldūn. Considérée comme auxiliaire de la magistrature, elle participe naturellement de son caractère qui est traditionnellement religieux. Et il est significatif que, comme on le fait en matière de nomination à la magistrature, on discute, en doctrine, s'il est moralement et juridiquement permis à un individu de briguer un poste de notariat ; et on y répond par la négative en ajoutant même que la nomination d'un candidat ayant fait des démarches en ce sens ne serait pas, en principe, valable[1].

La terminologie est aussi très significative, surtout dans la littérature de l'Occident musulman. La profession y est couramment désignée du nom de *ḫiṭṭa*, terme spécialement réservé à la fonction publique. Pour relater la désignation d'une personne comme notaire les textes emploient le terme de ولية (investiture) qui ne s'applique qu'à la collation d'une dignité officielle, d'une profession qui participe de l'autorité publique. De même, le notaire est appelé *ṣāḥib al-waṯā'iḳ* (le titulaire des *waṯā'iḳ*) ce terme de *ṣāḥib* n'étant employé que pour les titulaires des fonctions publiques, comme dans les appellations *ṣāḥib al-šurṭa*, *ṣāḥib al-madīna*, *ṣāḥib al-maẓālim*, *ṣāḥib al-bāb*[2], etc.

(1) Ibn Farḥūn, I, 178, 188. — Par contre, on enseigne que l'acceptation de la fonction serait une obligation pour un individu s'il ne s'en trouve pas un autre, capable de rédiger les actes juridiques (Ibn Farḥūn, II, 90).

(2) *Cf.* notamment, Ibn-Faraḍi, I, 202, 348 ; II, 88 ; Ibn Abbār, I, 263, 307 ; II, 623 ; Ibn Baškuwāl, 142, 301, 567 ; Ibn 'Aḏari, I, 213 ; Ḫušani, 198.

Cependant, quelques précisions sont nécessaires pour écarter toute équivoque sur le caractère public de la fonction notariale. Désigné par l'autorité et agissant sous son contrôle administratif, le notaire, toutefois, n'exerce pas les actes de sa profession au nom de cette autorité. Au fond, ce n'est pas l'État qui est considéré comme pourvoyant par l'organe de l'un de ses agents, le notaire, à la rédaction des actes juridiques et à la constitution de leur preuve. A ce point de vue le notaire reste un simple particulier. L'État, s'il exerce un contrôle sur les notaires, ne le fait qu'à titre administratif et disciplinaire. Il ne s'immisce pas dans le contrôle de la validité même des actes qu'il rédige, il n'y engage pas son autorité. D'où il suit que l'intervention du notaire ne confère à l'acte aucun caractère officiel d'authenticité.

*A fortiori*, l'office du notaire n'est pas, en principe, obligatoire. Déjà, les particuliers peuvent se contenter, pour la preuve de leurs transactions, du mode de droit commun, le témoignage oral ordinaire. Que s'ils préfèrent recourir à l'écrit, ils peuvent rédiger eux-mêmes leurs conventions ou les faire rédiger par un autre particulier reconnu comme « témoin véridique » mais non institué spécialement comme notaire. Même dans les cas où l'exercice de la profession est restreint, par une réglementation administrative spéciale, à une seule personne, la rédaction d'un acte, en particulier, par une autre personne ne porterait aucune atteinte à sa validité. Le seul effet de la réglementation est d'interdire à d'autres personnes qu'à celle désignée par l'autorité de s'adonner professionnellement à la rédaction des actes juridiques.

Au surplus, les rapports entre notaire et client restent des rapports de droit privé. Il y a seulement dis-

cussion, en doctrine, sur la nature du contrat qui intervient, formellement ou tacitement, entre le notaire et son client. On trouve, sur ce point, dans Ibn Farḥūn des développements très intéressants[1]. Il y a lieu de distinguer suivant que la rémunération du travail du notaire a été ou n'a pas été formellement stipulée. Dans le premier cas, la convention s'analyse en un contrat de louage (de services) les deux éléments essentiels de ce contrat — accomplissement d'un travail et salaire — y étant réalisés. Mais le deuxième cas est le plus fréquent en pratique, car, en raison de la dignité de la profession, les notaires évitent, « par pudeur », de parler d'argent à l'occasion de l'exercice d'un des actes de leur charge, ceci pouvant donner lieu à des marchandages pareils à ceux qui se produisent dans les professions et les métiers à base de lucre. Quoique cette manière d'agir soit approuvée, en principe, on observe qu'on ne peut plus alors parler exactement de louage étant donné que la contrepartie du travail n'est pas déterminée. D'autre part, on ne peut pas dire qu'il s'agit d'une libéralité pure et simple, car le notaire a instrumenté avec l'intention d'obtenir une rémunération, comptant que son client reconnaîtra — pécuniairement — le service qui lui est rendu. Le contrat devra alors s'analyser en ce que la terminologie juridique arabe appelle هبة الثواب *hibat al-ṯawāb*[2] qu'on pourrait traduire par donation rémunératoire[3]. Le montant de la rémunération est dans

(1) Ibn Farḥūn, I, 191.

(2) *Cf.*, sur cette variété de donation, Ibn Salamūn, *glose marginale sur Ibn Farḥūn*, II, 120.

(3) Ibn Farḥūn rapproche ce cas de donation rémunératoire de celui d'un serviteur, ouvrier, artisan qui consent à accomplir un travail sans stipuler une rémunération (Ibn Farḥūn, *eod. loc.*).

ce cas, en principe, librement fixé par le client, mais elle ne devrait pas être inférieure à celle qu'il est d'usage de payer pour un acte similaire ( اجرة المثل ). Si le client offre une somme inférieure, le notaire a le choix entre l'acceptation de cette somme ou la reprise du document qu'il a rédigé, à moins que le droit du client ne s'y soit déjà attaché, du fait, par exemple, que le document a déjà été revêtu des témoignages nécessaires pour sa validité. Dans cette dernière hypothèse, la rémunération d'usage est, seule, due. Ce montant de rémunération est aussi, seul, dû, et le notaire n'a pas la faculté de reprendre le document, dans les cas où ce notaire se trouve être le seul agent, dans la région, habilité à instrumenter[1].

**Conditions spéciales de nomination.** — Tout notaire est nécessairement *šāhid 'adl*, mais tout *šāhid 'adl* n'est pas nécessairement notaire : on le constate encore quant aux conditions requises pour l'exercice de la profession notariale, qui viennent s'ajouter aux conditions générales de la *šahāda*. Elles sont imposées par la nature propre de l'institution notariale et par les nécessités auxquelles elle doit répondre.

(1) Le montant de la rémunération du notaire dépend des usages locaux. On trouve, cependant, quelques indications dans certains ouvrages de doctrine de la dernière époque. Ainsi, dans le traité de Ibn Ḳāḍi Samawāna (*Jāmi' al-fuṣulayn*, II, 153) les droits notariaux sont proportionnels à la valeur de la transaction, objet du contrat : 5 pour mille jusqu'à concurrence de la somme principale de dix mille ; pour le surplus, le droit est abaissé à 1 pour mille.

A qui incombe la charge des droits notariaux, c'est là aussi une question d'usages qui peuvent différer suivant les régions. « Suivant nos usages, lit-on dans l'ouvrage précité, les droits sont à la charge de celui qui retire le document ( *eod. loc.* ). Dans la vente, les droits incombent à l'acheteur ( Baz, *Majalla annotée*, sub art. 292 ).

On trouve dans le Traité de Nuwayri une énumération des conditions requises du šāhid-notaire qui fait fonction de greffier de tribunal[1]. Elles s'appliquent également au notaire proprement dit sous réserve d'une seule dont la nécessité ne se fait sentir que pour le bon accomplissement des fonctions du greffe[2].

Le notaire doit avoir une bonne calligraphie. Puisque c'est lui qui rédige les actes juridiques, destinés souvent à être lus par un nombre considérable de personnes, il faut bien que cette rédaction se présente sous une forme sinon agréable tout au moins facilement accessible. « Nul ne doit exercer la profession de notaire, dit Ibn ʿAbdūn, que s'il est connu pour avoir une bonne calligraphie[3] ». Aussi n'est-il pas étonnant de constater que l'excellence de la calligraphie est un des mérites particuliers que les chroniques prennent soin d'indiquer dans la biographie des notaires qui ont fait preuve de cette qualité dans l'exercice de leur profession[4].

La deuxième condition est la connaissance de la langue arabe. La langue arabe est, en effet, dans

(1) Nuwayri, IX, 1 et ss.

(2) Il s'agit de la condition de bonne diction (et de lecture exacte) طلاقة العبارة وزلاقة اللسان (Nuwayri, IX, 3). Cette condition est requise du greffier, dit Nuwayri, parce que le greffier a à lire devant le tribunal les pièces du dossier. . . Nuwayri cite aussi la condition de bonne moralité ; mais nous savons que c'est là une des conditions de la *šahāda* en général.

(3) Ibn ʿAbdūn, *op. cit.*, 203. Dans le même sens : Ibn Farḥūn, I, 188.

(4) *Cf.* par ex. Ibn Abbār, *Takmila*, I, 312, (كان حسن الخط يعقد الشروط), II, 9 (من ابرع اهل زمانه خطًا)

les pays musulmans, la langue officielle, notamment, celle des tribunaux, en même temps qu'elle est la langue usuelle. Ce n'est que si le notaire possède bien cette langue qu'il peut rédiger correctement les actes juridiques, exprimer fidèlement la volonté des parties, donner à leurs engagements leur portée exacte.

La simple connaissance du style arabe n'est pas suffisante. Il doit s'y ajouter, chez le notaire, l'art de ce qu'on appelle la *wirāḳa* صناعة الوراقة (le style notarial) : l'ensemble des expressions, constructions grammaticales, tours de phrases, l'ordre de présentation des diverses parties du contrat etc., en usage dans la pratique notariale.

« Quelles que soient la qualité du style de l'écrivain « et sa science juridique, dit Nuwayri, s'il ne possède « pas suffisamment l'art de la *wirāḳa*, les actes qu'il « rédigerait resteraient entachés d'un vice professionnel[1] ». Pour faire l'éloge de tel notaire célèbre, les biographes vantent, notamment, son art de la *wirāḳa*[2].

Le notaire doit, en quatrième lieu, connaître la loi ; il doit être un *faḳīh*. Condition bien naturelle, encore, puisque le notaire est devenu le professionnel auquel s'adressent les particuliers non seulement pour donner à leurs conventions la forme écrite mais aussi pour assurer à ces conventions la garantie des conditions de forme et de fond d'une loi com-

(1) Nūwayri, IX, 6.

(2) Ibn Abbār, I, 9 من ابرع اهل زمانه خطًا واحسنهم وراقة

plexe qu'il n'est pas à la portée de tout le monde de connaître[1].

Cette culture juridique est d'autant plus nécessaire que beaucoup de questions de droit, qui sont à la base des transactions juridiques les plus courantes, sont objet de controverses doctrinales : le notaire doit être suffisamment versé dans la connaissance de la science juridique et suffisamment habile pour éviter, par l'emploi de tournures et formules appropriées, que la validité des actes ne subisse pratiquement le contre-coup de telles controverses. Il est, aussi, important pour le notaire de connaître ce qu'on appelle les *ḥiyal šar'yya* الحيل الشرعية, si largement répandues dans la pratique courante, c'est-à-dire, cet ensemble de procédés empiriques qui, par des artifices apparemment légaux, servent à tourner des interdictions légales ou à rendre admissibles des solutions non consacrées théoriquement. Le notaire doit être en mesure de donner satisfaction à ceux de ses clients qui, voulant atteindre tel résultat, ne connaissent pas le détour légal propre à l'assurer.

Aussi, beaucoup de notices biographiques de notaires, qui se sont distingués par leur culture juridique et leur habileté pratique, ne manquent-elles pas de les qualifier de *faḳīh*. C'est pourquoi aussi, comme nous le verrons bientôt, les notaires cumuleront, souvent, avec leur charge, l'exercice d'autres professions juridiques.

(1) Quelle serait la responsabilité du notaire qui délivrerait aux parties un acte ne répondant pas aux conditions légales et nul par conséquent ? D'après Nuwayri, le notaire devrait simplement dédommager ses clients du prix du papier ou du parchemin employé ainsi en vain. (IX, 4-5).

Une quatrième condition, citée par des auteurs comme Nuwayri et Ibn Farḥūn, est un corollaire de la condition précédente : le notaire doit connaître « l'arithmétique et les règles du régime successoral ». Il sera ainsi capable d'établir régulièrement les actes de liquidation de sociétés et de succession, de répartition exacte des parts[1] ».

**La science du notariat.** — Tout cet ensemble de règles qui régissent l'exercice de la profession notariale ne pouvaient pas rester dans le domaine de la pratique pure. Elles devaient naturellement et de bonne heure donner naissance à une variété particulière de science juridique en en déterminant la technique dans ses différentes applications. C'est le *'ilm al-šurūṭ*, la science des *šurūṭ* ; les auteurs en cette matière sont les *'ahl al šurūṭ* ou *šurūṭyyūn*. Dès le IIIe s. h., cette science apparaît en plein développement puisque déjà elle donne matière à des traités considérables et restés classiques, comme l'ouvrage de *Ṭaḥāwi*, dont une partie a été récemment éditée par le savant orientaliste Joseph Schacht[2]. Mais ces traités contiennent de multiples renseignements et références qui révèlent que des auteurs du IIe s. h., parmi les plus

(1) D'après certains auteurs, le notaire doit, aussi, bien connaître les usages et coutumes de la localité où il exerce sa profession ( Ibn Farḥūn, I, 191 ).

(2) *Das kitāb aḏkar al-ḥuqūq war-ruhūn aus dem al-ǧāmi' al-kabīr fiš-šurūṭ des abū-Ga'far Aḥmad ibn Muḥammad al-Ṭaḥāwi.* Et *Das kitāb aš-šuf'a*, extrait du même traité et édité par le même auteur. — Dans l'introduction de la première de ces deux publications, M. Joseph Schacht annonçait un prochain ouvrage dans lequel il traiterait spécialement de la science notariale. Nous n'avons malheureusement pas pu savoir si cet ouvrage a été effectivement publié.

considérables, comme Abū-Ḥanīfa, Abū-Yūsof, Muḥammad, s'étaient déjà adonnés à cette branche de la culture juridique[1]. Cependant, d'après Ḥāji-Ḫalfa qui, dans la nomenclature qu'il donne des diverses branches du savoir humain, cite, sous une rubrique distincte, la science notariale, le premier auteur ayant rédigé un traité de cette matière est Hilāl Ibn Yaḥya al-Baṣri, du *maḏhab* ḥanafite, mort en 235/849[2].

Cette nouvelle discipline donnera naturellement matière à un enseignement correspondant. Il sera dorénavant difficile à une personne de se présenter au public comme notaire si elle ne s'est pas formée préalablement aux règles de cette discipline. L'enseignement de la science notariale donné par telle personnage ou l'enseignement suivi par tel autre qui a pratiqué par la suite la profession de notaire sont, au surplus, considérés comme assez importants pour mériter une mention spéciale dans les chroniques historiques.

(1) *Cf.* les opinions couramment attribuées à ces auteurs et à d'autres dans le traité de *Ṭaḥāwi* et dans le traité *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, p. 248 et ss.

Ce ne devait être qu'un siècle plus tard qu'allaient être rédigés des traités de ce genre dans le rite šāfi'ite (Ibn Ḫallikān, I, 580, biographie du jurisconsulte Abū-Bakr Al-Ṣayrafi, † 330/941).

(2) Il est à noter, toutefois, que, quoique cette science notariale soit, en réalité, une branche de la science juridique, comme l'observe, d'ailleurs, Ḥāji-Ḫalfa (هو فرع من الفقه), la doctrine juridique proprement dite a, en général, feint d'ignorer cette sœur cadette. Quelques rares traités seulement, comme celui des Fatāwa Hindyya, lui consacrent quelques développements. Il n'en est pas ainsi dans la doctrine malékite : Ibn Farḥūn, par exemple, consacre de longs et substantiels développements aux règles d'exercice de la profession notariale.

**Les lieux d'exercice de la profession.** — S'adressant au public, la profession notariale sera exercée dans des endroits facilement accessibles « Ils (les notaires) ont, dans tous les pays, dit Ibn Ḫaldūn, des boutiques, dans lesquelles ils s'installent sur des *masāṭeb* (sièges étendus et bas) ; et c'est là que viennent les trouver les clients ». On trouve souvent, dans la littérature courante, l'expression « حوانيت التعديل (boutiques, bureaux de notaires[1]) ». Cet usage est général dans les pays musulmans, comme le note Ibn Ḫaldūn. Beaucoup de textes tirés spécialement de l'histoire d'Andalousie confirment le renseignement[2].

Pour l'emplacement de ces « bureaux », les notaires choisissent naturellement les lieux les plus fréquentés par le public. Ainsi Ibn Abbār indique que le notaire Muḥammad al-Anṣāri, de Malaga, exerçait sa profession près d'une des portes de la ville[3].

Mais, certainement, le lieu préféré était le voisinage des mosquées. Beaucoup de textes parlent de notaires « établis près » de telle ou telle mosquée[4]. Suivant un autre usage très courant, les notaires tiennent leurs bureaux à l'intérieur même des mosquées[5].

A l'intérieur des mosquées et dans leur voisinage,

(1) Quatremère, *op. cit.*, II, 111.

(2) Par exemple : Ibn Abbār, II, 708 كان يعقد الشروط بدكان

(3) Ibn Abbār, I, 263.

(4) Un notaire du Caire de la fin du VIIIe s. h. احد العدول الجالسين بالقرب من جامع احمد بن طولون

(5) *Cf. Encyclopédie de l'Islam*, Ve *Masjid*, p. 399 in fine ; pour l'Orient spécialement : Ibn Taġribardi VII, 302 ; pour l'Espagne, au Ve s. h., Ibn Baškuwāl, 135, 266, au VIe s. h., Ibn Abbār, II, 492.

on s'explique très bien ce choix comme lieu d'exercice de la profession notariale : non seulement les mosquées sont des lieux très fréquentés par le public pour l'accomplissement des actes du culte, mais on sait qu'elles sont aussi le lieu où les juges tiennent leurs audiences, et les plaideurs constituent la meilleure clientèle des notaires. Si l'on considère aussi que souvent les notaires remplissent en même temps les fonctions de « témoins » ou de greffiers auprès des tribunaux ; qu'ils exercent l'enseignement qui se donne dans les mosquées, on aurait relevé les principaux motifs de la préférence marquée pour ces lieux.

Il n'est donc pas étonnant que, sur les actes juridiques dressés par les notaires, on voie souvent figurer, comme le remarque M. Grohmann[1], des *mu'addins*, à titre de témoins supplémentaires. Agents attachés au service de la mosquée, ils sont, pour ainsi dire, à portée de main des particuliers en quête des témoins nécessaires pour la validité de leurs contrats.

Mais, dans tous ces usages, il n'y avait rien d'obligatoire, puisqu'on voit encore des notaires exercer leur profession à leur domicile privé même[2].

**Attributions des notaires.** — L'attribution originelle et de principe du notaire est de se porter témoin des actes juridiques ; mais son attribution pratiquement la plus importante est la rédaction de ces actes ; il en restera, sans doute, le témoin, mais, dans le plein dé-

(1) Adolph Grohmann, *Arabic papyri*, I, 137, n. 14.

(2) Ibn Baškuwāl, 16. — بيوت العدول : Maḳrīzī, *Kitāb al-sulūk*, éd. Ziada, I, 273.

veloppement de l'institution, cette fonction passe au second plan.

Les notaires sont qualifiés pour dresser toutes sortes d'actes juridiques : contrats, actes de mariage, de constitution de dot, d'émancipation, de liquidation d'hérédités, de sociétés, de partage etc[1].

Leur profession est publique en ce sens encore, que leurs services sont offerts à toutes personnes qui viennent les requérir ; ils ne sont, en principe, attachés au service particulier de personne. Cependant, cette règle comporte quelques réserves. De puissants personnages, grands propriétaires, hauts et riches fonctionnaires, peuvent, en raison du nombre et de l'importance de leurs intérêts, trouver plus commode de s'assurer exclusivement l'office d'un notaire. A son époque (VIII[e] s. h.), Ibn Ḫaldūn signale la diffusion d'une pratique de ce genre en Égypte. Il y avait des notaires qui « étaient entrés au service des émirs pour la rédaction de leurs contrats[2] ». Mais cette pratique est encore plus ancienne et plus générale. Dès le III[e] s. h., au moins, dans l'Espagne musulmane, les califes avaient pris l'habitude d'attacher des notaires à leur service exclusif. Ainsi, le chroniqueur Ibn Al-Faraḍi cite le cas d'un nommé Ibn Al-Janāb, († 320/932) qui « était le *ṣāḥib al-waṯā'iḳ* du calife Abd Al-Raḥmān ibn Muḥammad[3] ». L'affectation de notaires au service

(1) Il se produira même une certaine spécialisation. En raison de l'importance de la matière et du nombre considérable de contrats auxquels elle donne lieu, il y aura des notaires spécialement affectés à la célébration des mariages et à la rédaction de leurs contrats ; ce sont les *'uḳḳād al-ankiḥa* عقّاد الانكحة (*cf.* Tyan, *op. cit.*, II, 344, n. 1).

(2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454.

(3) Ibn Al-Faraḍi, I, 337.

spécial du prince donnera naissance à une fonction notariale distincte : c'est la fonction que les textes appellent *ḥiṭṭat al-waṯā'iḳ al-sulṭānyya* (notariat royal). Un certain nombre de titulaires de cette charge sont cités par les biographes et chroniqueurs : Ibn Al-Maššāṭ, dans la deuxième moitié du IV^e^ s. h.[1], Ḥusayn Al-Tajībi, à la fin du IV^e^ s. h. et au début du V^e^ s. h.[2] ; Ibn Al-Ḥiḍā', dans les premières années du V^e^ s. h.[3].

Par ailleurs, la fonction notariale n'est pas exclusive d'autres professions ou fonctions publiques. En ce qui concerne le cumul avec d'autres fonctions publiques, il n'y a là rien de spécial au notariat. C'est une pratique générale, en Islam, de conférer des fonctions multiples à un seul titulaire sous réserve du droit de subdélégation de ce dernier[4].

Les fonctions le plus couramment attribuées aux notaires sont celles auxquelles leur culture les prédisposent, savoir, les fonctions judiciaires. Dans l'Espagne musulmane, où l'institution du *consilium* s'était largement répandue, on voit souvent des notaires désignés, en même temps, comme *mušāwar* de magistrats[5]. Une autre fonction qui se rapproche beaucoup de la *šūra* الشورى et qui souvent se confond avec elle, la *futya* الفتيا, est aussi, fréquemment, confiée aux notaires,

(1) Ibn Baškuwāl, 301.

(2) Ibn Baškuwāl, 142.

(3) Ibn Al-Faraḍi, II, 88.

(4) Ibšīhi cite le cas d'un personnage qui cumulait avec le notariat neuf autres fonctions (*Mustaṭraf*, II, 216).

(5) Ibn Al-Faraḍi, I, 50, 331 ; Ibn Abbār, I, 331 ; II, 723 ; Ibn Abbār, *Mu'jam*, 287.

et il peut s'agir tant d'un poste officiel de *mufti* que de la *fatya* exercée à titre privé[1].

On trouve même des cas où le titulaire du notariat royal est en même temps chef de la *šurṭa* ou justice criminelle[2].

A plus forte raison les notaires étaient-ils quelquefois appelés à remplir les fonctions de greffiers auprès des tribunaux ou même à recevoir délégation de magistrats pour l'exercice de la justice[3]. Un poste de magistrat en titre et un poste de notaire étaient aussi, parfois, attribués à un même titulaire[4].

Parmi les professions juridiques privées qu'exerçaient certains notaires on peut citer, à côté de la *futya*, l'enseignement du droit[5].

L'exercice de la fonction notariale n'était même pas incompatible avec l'exercice d'une profession étrangère au droit, telle que la médecine[6] ou le commerce des livres[7] ou même le commerce ordinaire[8].

(1) Ibn Al-Faraḍi, I, 50 ; Ibn Baškuwāl, 114, 560.

(2) Ibn Baškuwāl, 301.

(3) Ibn Abbār, II, 691 ; Zubayr, 138 كان يتحرف بالتوثيق وينوب في الاحكام بغرناطه

(4) Ibn ʿAḏari, 31. C'est une autre question que celle de la compétence des magistrats à rédiger les actes juridiques, que nous examinerons plus loin.

(5) Bel et Cheneb, 129.

(6) Un notaire d'Andalousie de la fin du VI^e s. h. et du début du VII^e s. h. ; Zubayr, 44.

(7) Un notaire d'Andalousie du milieu du VI^e s. h. ; Ibn Abbār, II, 570.

(8) Un autre notaire d'Andalousie du VII^e s. h. ; Ibn Abbār, I, 340.

**L'importance sociale de la profession.** — Il n'est donc pas étonnant que la profession notariale ait occupé dans la hiérarchie sociale une place de grande importance. Le fait que le notariat est cité, par Ibn Ḫaldūn, parmi les neuf principales fonctions « religieuses califales » de l'État musulman, immédiatement après la juridiction criminelle et avant même la *ḥisba* ou administration municipale et la *sikka*, service de la frappe de la monnaie, est déjà à lui seul très significatif.

Aussi les auteurs qualifient-ils le notariat de haute, honorable, considérable profession[1]. صناعة جليلة شريفة وبضاعة غالية منيفة

Si, comme nous l'avons vu, les notaires n'ont pas l'habitude de discuter de leurs honoraires avec les clients, c'est précisément parce qu'ils ne veulent pas dégrader leur profession au rang des autres professions ou métiers.

On comprend alors que les historiens, — annalistes, chroniqueurs, biographes, — réservent une place considérable aux notaires. Ils estiment que le nom de ceux qui, parmi eux, se sont distingués dans l'exercice de leur profession, est digne de passer à la postérité à l'instar des magistrats et autres hauts fonctionnaires célèbres.

Ce qui contribue encore à rehausser le prestige des notaires, c'est que, souvent, ils vivent dans l'entourage et jouissent de la protection de hauts personnages. C'est de cela, d'ailleurs, que se plaignit Ibn Ḫaldūn, lorsque, nommé ḳāḍi-al-ḳuḍāt au Caire, il voulut sé-

(1) Ibn Farḥūn, I, 188.

vir contre les notaires qui commettaient des abus dans l'exercice de leurs fonctions : il se heurta à la résistance de leurs puissants protecteurs[1].

Un autre facteur de l'importance de la situation sociale des notaires, c'est la richesse que l'exercice de la profession permettait à beaucoup d'entre eux de constituer. Ibn Baškuwāl cite, par exemple, le cas d'un notaire de Tolède qui « particulièrement habile dans la rédaction des actes juridiques » en retira une grande fortune[2]. Il est vrai qu'on discute, en doctrine, spécialement dans le *maḏhab* malékite, s'il est légitime pour un notaire de percevoir une rémunération pour les actes qu'il rédige ; et une opinion tranche cette question par la négative, tandis que, dans une autre opinion, on admet la légitimité de la rémunération, tout en enseignant, cependant, qu'au point de vue religieux, il reste préférable pour le notaire de ne pas en percevoir[3]. Nous savons que telle est l'attitude de la doctrine pour beaucoup d'autres professions ou fonctions publiques, notamment, la magistrature. Mais tout cela, c'est de la théorie pure : les notaires ont toujours perçu une rémunération pour les services qu'ils rendaient.

---

(1) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454.

(2) Ibn Baškuwāl, 560 ; *cf.* un autre cas : Ḫallikān, I, 23.

(3) Ibn Farḥūn, I, 192. On discute aussi la question de savoir qui doit le salaire : d'après une coutume, admise dans le maḏhab ḥanafite, c'est la ou les personnes qui retirent l'acte ( Ibn ʿAbdūn, V, 77 ).

## III. — Les règles de rédaction

La transformation du témoignage en une profession notariale allait produire encore des conséquences importantes quant aux procédés de rédaction des actes juridiques. La pratique notariale, en effet, n'est plus un témoignage ordinaire où le témoin ne fait que constater par écrit ce qu'il entend des parties qui ont recours à son office. Elle dépasse de beaucoup ce rôle passif : du fait de la complexité des règles juridiques, de la nécessité de l'emploi de termes techniques précis pour la claire et sûre manifestation de la volonté des contractants, de la nécessité de soustraire les actes juridiques aux aléas des controverses doctrinales et des divergences jurisprudentielles, du fait aussi de la transformation de la nature de l'écrit qui devint, comme nous le verrons plus loin, un mode de preuve par lui-même, le notaire-témoin assume dorénavant un rôle actif. Il rédige l'acte juridique, non point suivant la teneur même des déclarations des parties, mais d'après des procédés et conformément à des règles qui sont propres à sa profession et qu'il est seul à connaître ; il vérifie la capacité des parties, la réalité ou, tout au moins, la vraisemblance des droits qui font l'objet de la transaction ; et il devient le conseil de ses clients.

Aussi certains auteurs tiennent-ils compte de cette réalité dans les explications qu'ils donnent sur l'objet de l'office des notaires. « La profession notariale, dit Ibn Farḥūn, a pour objet d'assurer aux actes juridiques des particuliers leur validité légale... Elle met

le notaire dans l'intimité de ses clients qui lui révèlent leurs secrets[1]... » Parlant un peu plus loin des notaires qui font un mauvais usage de leur profession, le même auteur ajoute que c'est parce que de tels notaires sont habiles dans l'emploi d'artifices de langage appropriés, de tournures juridiques apparemment légales que, souvent, les prescriptions impératives de la loi sont tournées[2], ce qui nous laisse deviner le rôle actif que joue le notaire dans la rédaction des actes pour lesquels les particuliers recourent à son office. Aussi, du fait que dans la personne du notaire il se superpose deux qualités différentes — celle de témoin et celle de rédacteur de l'acte —, les règles qui concernent l'exercice de la profession notariale procèdent-elles de l'une ou de l'autre qualité et se répartissent, à ce point de vue de leurs origines, en deux catégories. Au point de vue de leur objet, cependant, ces mêmes règles peuvent encore être réparties en deux catégories : les règles de forme et les règles de fond.

### § 1er — Les règles de forme.

Une caractéristique générale de ces règles, c'est l'absence de formalisme proprement dit. Non point que des termes, formules, tournures de phrases, consacrés, ne soient employés très généralement ; c'est même une des conditions d'aptitude à la profession notariale que la connaissance de ces procédés de ré-

(1) Ibn Farḥūn, I, 189.

(2) Ibn Farḥūn, I, 190.

daction, comme nous l'avons déjà vu, mais en ce sens que l'emploi de telles formules n'est pas exigé à peine de nullité. Aucun texte n'édicte une telle sanction et, en fait, on constate, dans les divers documents de la pratique notariale, une certaine variété dans le libellé de leurs dispositions. Les auteurs d'ouvrages de pratique notariale donnent eux-mêmes, parfois, le choix entre l'emploi de diverses formules, la seule condition requise étant que l'intention des contractants soit clairement exprimée[1].

L'acte notarié, le titre écrit lui-même porte des noms divers. Outre le terme générique de *kitāb* كتاب on emploie très couramment les termes suivants : *waṯīqa* وثيقة ; *ṣak* صك, *ḏikr-ḥaḳḳ*[2] ذكر حق, *masṭūr* مسطور, *barā'a* براءة ; — l'acte rédigé par les greffiers des tribunaux agissant en qualité de notaires porte le nom de *maḥḍar* محضر.

Le libellé des actes notariés ne se caractérise pas précisément par sa brièveté et sa concision. Au contraire, pour exprimer une même idée, formuler une même stipulation, constater l'accomplissement d'une condition, les notaires, au risque d'alourdir le style, s'y étendent longuement, en alignant, les uns à la suite des autres, des termes, des expressions synonymes ou équivalentes en vue de préciser et d'assurer le plus

(1) Schacht, *Kitāb aḏkār al-ḥuḳūḳ*, 18 ; *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 241, 244 etc.

(2) Cette dernière expression a donné même son nom à la science même du notariat : on dit علم اذكار الحقوق comme on dit علم الوثائق et علم الشروط etc.

possible l'intention des parties et l'étendue de leurs obligations. Ainsi, dans un contrat de vente d'une maison, le notaire ne se contentera pas de donner une désignation exacte et concise de cette maison, mais il dira que la vente comprend « toute la maison, le haut et le bas, tous les droits quelconques qui y sont attachés[1] »; pour dire que le prix d'achat a été payé au vendeur, il ne suffit pas d'indiquer que l'acheteur a versé ce prix mais il faut ajouter que le vendeur l'a aussi touché[2]; — dans un contrat de louage d'un navire, le notaire dira que ce navire a été loué « avec ses bancs, ses rayons, ses rames, ses voiles, ses nattes » etc.[3]. La révocation d'un mandataire contiendra les formules : عزله عن ذلك كله وصرفه عنه واخرجه منه وقصر يده عنه[4]. Pour dire, en fin de contrat, que tous droits sont liquidés entre les parties, qu'elles sont définitivement quittes entre elles, on écrira : اقرا طائعين انه لم يبق لكل واحد منهما على صاحبه ولا عنده ولا قبله ولا معه ولا في يده ولا باسمه ولا باسم وكيل له ولا قبل احد بسببه من جميع ما جرى بينهما من الوجوه كلها حق ولا دعوى ولا خصومة ولا طلبة بوجه من الوجوه وسبب من الاسباب لا قديم ولا حديث[5].

La langue employée est la langue arabe. Cependant, cette règle comporte quelques réserves quant à la période des origines. Beaucoup de documents de cette période, en particulier, des documents émanant

(1) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 275 et ss.
(2) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 280 et ss.
(3) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 314 et ss.
(4) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 328 et ss.
(5) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 359.

des autorités, sont rédigés en grec ou, pour ce qui est de l'Égypte, en copte, langue nationale[1]. Il a subsisté des traces de ces origines dans des actes notariés jusqu'au IIIe s. h. où l'on trouve souvent la date inscrite en chiffres grecs[2], ou bien quelque témoin rédige sa déposition en langue copte[3].

La correction du style laisse souvent à désirer. Dans les actes recueillis par M. Grohmann, et qui sont des IIIe, IVe et Ve s. h., on relève beaucoup de fautes de syntaxe, même d'orthographe.

La calligraphie doit être bonne. Les notaires doivent soigner la bonne présentation des actes qu'ils rédigent. Mais, souvent, ils n'y arrivent pas : la plupart des actes de la collection Grohmann, sont rédigés d'une écriture médiocre et, quelquefois, illisible. En fait, ce sur quoi insiste particulièrement les auteurs c'est simplement que l'écriture soit lisible et bien nette afin d'éviter toute possibilité d'altération, erreur ou équivoque. Ainsi, le notaire doit veiller tout spécialement à la bonne transcription des noms qui figurent dans l'acte, certains noms pouvant facilement être pris pour d'autres ou transformés en d'autres, tels que ceux de مظفر et مظهر, عائشة et عاتكة. La transcription des chiffres doit aussi retenir l'attention des notaires. Ils doivent, pour les chiffres susceptibles de transformation ou d'altération, ajouter, immédiatement après leur li-

(1) Steinwenter, *Die Bedeutung der Papyrologie für die koptische Urkundenlehre*, in *Papyrie und Altertumswissenschaft*, éd. Walter Otto et Léopold Wenger, p. 306.

(2) Grohmann, *op. cit.* I, (84, v., par exemple, un acte de l'année 383 896 (105-111).

(3) Un acte de vente de l'année 239/853 (Grohmann, I, 161).

bellé, l'indication de leur moitié. Ainsi, le notaire ajoutera après le chiffre mille : « sa moitié étant cinq cents[1] ». La pratique en ce sens se généralise ; presque après tous les chiffres leur moitié est indiquée[2].

A l'instar des actes officiels, des écrits privés et des ouvrages même de littérature, les actes notariés comportent un préambule religieux consistant en la formule coranique bien connue, l'invocation à la Divinité : بسم الله الرحمن الرحيم Au nom de Dieu très miséricordieux[3]. D'après le formulaire rapporté par Nuwayri, on doit faire suivre cette formule par cette autre formule traditionnelle qui appelle les bénédictions divines sur le Prophète[4].

D'après Goldziher, ce fut le calife Hārūn Al-Rašīd qui, le premier, ordonna l'emploi de cette dernière formule dans les actes publics[5]. Son emploi dans les actes notariés devait suivre naturellement. Cependant, en fait, on ne la rencontre pas nécessairement dans tous les actes notariés ; beaucoup d'entre eux se limitent à celle contenant l'invocation à la Divinité ; on y relève alors une grande variété. Non point qu'elle comporte des termes divers, mais elle est souvent allon-

(1) Ibn Farḥūn, I, 187.

(2) Ex. : اشترى . . . بثمن قدره من العين ربع دينار النصف من ذلك ثمن دينار . . . – اربعة ارادب بالكيل النصف من ذلك اردبين (Grohmann, I, 152, n.8)

(3) Ibn Farḥūn, I, 189.

(4) Nuwayri, IX, 7. *Cf.* un acte du milieu du Ve s. h. بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد رسوله وسلم بالسلام ( Grohmann, I, 186 ).

(5) Grohmann, I, 186.

gée et suivie d'autres expressions telles que celles-ci : بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب[1] ou بسم الله الرحمن الرحيم ou بسم الله الرحمن الرحيم الموفق للصواب[2] توكلت على الله[3] etc. —; elle est parfois précédée d'expressions telles que الحمد لله الحق[4].

Cependant, dans beaucoup d'actes notariés, la formule religieuse est précédée d'une formule qui porte tout à la fois certification du contenu du document et indication du nom du notaire-rédacteur. Le libellé en est assez varié : « Ce document est exact et Ibrāhīm ibn ʿAlī l'a rédigé de sa propre écriture[5] ». « Tout ce qui est contenu dans les présentes a été établi devant moi et Muḥammad ibn ʿUbayd-Allah ibn Ḥafṣ a écrit de sa propre écriture[6] ».

Quelle est la portée de telles formules, nous essaierons de le dire plus loin. Mais remarquons, d'une

(1) Un acte du milieu du Ve s. h. ( Grohmann, I, 203 ).

(2) Un acte du milieu du Ve s. h. ( Grohmann, I, 267. ).

(3) Un acte de la fin du IVe s. h. ( Grohmann, I, 67 ).

(4) Un acte du milieu du Ve s. h. ( Grohmann, I, 122 ).

(5) هذا الكتاب صحيح وكتب ابرهيم بن علي كتب بخطه : acte de la fin du IVe s. h. ( Grohmann, I, 63 ).

(6) ثبت عندي جميع ما نص وشرح فيه وكتب محمد بن عبيدالله بن حفص بخطه acte du milieu du Ve s. h. ( Grohmann, I, 186 ). Autres variétés : هذه الوثيقة محجّة وكتب ادريس بن جعفر بيده . — اعرفا البايعين ( sic ) بقبض الثمن من المشتريان ( sic ) بالاحازة وكتب سليمان بن ادريس في تاريخه ( Groh-mann, I, 167 ) ; اعرف عندي البايع بقبض من المشتري بالسلم وكتب سليمان ابن ادريس في تاريخه ( Grohmann, I, 122 )

part, qu'elles ne se rencontrent pas nécessairement dans tous les actes notariés ; et, d'autre part, qu'elles ne sont pas citées, par les auteurs, parmi les mentions qui doivent obligatoirement être insérées dans les actes.

De telles formules ont été confondues par certains orientalistes avec la formule صح (c'est exact) que l'on trouve dans quelques documents, et qui sert à d'autres usages, comme on le verra plus loin[1].

Après le préambule commence le libellé du corps même de l'acte. Il est remarquable qu'en général, ce libellé ne se présente pas sous la forme d'une déclaration ou d'un échange de déclarations émanées de la bouche de celui ou de ceux qui s'engagent. De ce que, dans son principe originel, l'acte notarié consiste en une déposition faite par le témoin-notaire, le libellé prendra une forme toute objective. Ainsi, dans un acte de vente, le notaire écrira : « ceci est l'acte par lequel X a acheté de Y[2]. . . » Ou bien, la formule sera encore plus objective et impersonnelle : « Ceci est l'indication du droit de X à l'égard de Y qui consiste en N pièces d'argent[3]. . . ».

D'autres tournures font encore mieux ressortir le caractère testimonial de l'écrit. Elles sont ainsi con-

(1) *Cf. infra*, p. 58.

(2) هذا ما اشترى المكنا بابن السري بن زمزفيل النصراني من ثيدس بن كيل الأجير . . . اشترى منه . . . جميع ما ذكر انه له . . . (Grohmann, 122 ; *cf.* d'autres actes ayant le même libellé : Grohmann, I, 205, 185, 124.

(3) « ذكر حق فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني له عليه كذا كذا دينارًا مثاقيل ذهبًا عينًا جيادًا . . . » un *Kitāb aḏkār al-ḥuqūq*, *cf.* un acte de la fin du IIIe s. h. (Grohmann, I, 109).

çues : « Les témoins soussignés portent témoignage de ce que X a reconnu être débiteur envers Y de... »[1] Dans une variante moins fréquente, on trouve une autre formule, comme dans cet exemple : « X dit qu'il a affranchi son esclave[2]. . . »

Quant à la personne des parties contractantes, les formulaires enseignent que le notaire doit porter sur l'acte toutes les indications nécessaires pour leur identification : il mentionnera leur nom, celui de leurs père et grand-père, ainsi que leur profession et domicile[3]. Le cas échéant, il y aura lieu de mentionner les marques physiques distinctives de l'un ou des deux contractants, telles que la cécité ou des traces de variole, de lèpre etc. . . ou même simplement telle conformation particulière d'un de leurs traits[4]. — La mention du nom de l'aliénateur doit précéder celle du nom de l'acquéreur[5], la mention du nom du débiteur celle du nom du créancier[6].

(1) شهد من اثبت شهادته في اخر هذه البرآة (Grohmann, 118, 134). *Adde* : *Kitāb aḏkār al-ḥuqūq*, 18.

(2) اسطورهيوه ابنت سرجه بن بليدة . . . اخا اعتقت (*Acte de la fin du IV*e s. h. : Grohmann, 67.).

Cette forme impersonnelle est celle à laquelle s'est arrêtée la science notariale. Mais les anciens auteurs et praticiens usaient volontiers du langage direct. Ainsi, d'après une opinion attribuée à Abū-Ḥanīfa, le contrat de prêt de corps certains devait être libellé sous la forme d'une déclaration faite par l'emprunteur à l'adresse du prêteur : « Tu m'as prêté. . . » (*Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 354).

(3) Nuwayri, IX, 7 ; Ibn Farḥūn, I, 190.

(4) Ibn Farḥūn, I, 193.

(5) Ibn Farḥūn, I, 192.

(6) Schacht, *Aḏkār*, 7.

Le libellé déterminera ensuite l'objet de l'acte. S'il s'agit d'une obligation de somme d'argent, le notaire précisera le chiffre de la dette, la nature des pièces (or ou argent), leur qualité et leur poids[1]. S'il s'agit d'un objet corporel, le notaire l'identifiera autant que possible ; un esclave sera identifié par son nom et celui de son maître ; un immeuble sera identifié par sa situation, ses limites.

Ces mentions terminées, le notaire portera sur l'acte la date de rédaction. Cette date sera fixée par jour, mois et année, sauf cinq cas exceptionnels où l'indication de l'heure doit être ajoutée[2].

Le document sera enfin clos par l'apposition des témoignages[3].

Le nombre minimum des témoins est, suivant le droit commun, de deux hommes ; mais il n'y a pas de limite pour le maximum : on trouve des actes notariés portant vingt-quatre, et même, quarante-deux témoignages. Le premier parmi les témoins est le notaire lui-même, rédacteur de l'acte, quoiqu'il ne soit pas nécessaire que sa qualité de rédacteur y soit indiquée. Les parties ne peuvent donc pas se contenter de l'intervention du notaire. Mais il n'est pas nécessaire que les autres témoins soient présents à la rédaction du titre. Après cette rédaction, les parties peuvent al-

(1) كذا دينارًا مثاقيل ذهبًا عينًا وازنة جيادًا (Schacht, *Adkār*, 1).

(2) Ibn Farḥūn, I, 190.

(3) On rencontre, cependant, les actes qui ne portent pas de témoignages. Comme le suggère M. Grohmann, ou bien il doit s'agir de cas où les témoignages sont recueillis sur un titre séparé, ou bien de documents qui ne sont que des copies (*Arab. Urkund.*, 347).

ler trouver les témoins supplémentaires requis pour leur demander, en confirmant devant eux le contenu de l'acte, d'y apposer la marque de leur déposition. On relève, dans la chronique historique, un certain nombre d'anecdotes où l'on voit des contractants qui se présentent, leur contrat déjà écrit en main, devant des *'udūl* pour leur demander de le revêtir de leur témoignage[1].

D'autre part, l'apposition du témoignage n'intervient pas nécessairement à la date même de la conclusion du contrat. Un cas typique de ce genre se trouve rapporté dans la collection Grohmann : un acte de donation *propter nuptias* porte le témoignage de deux témoins seulement, celui du notaire et un autre témoignage intervenu à la date de sa rédaction ; tandis que les autres témoignages, qui sont au nombre de vingt deux, sont de dates différentes : parmi eux, même, il y en a qui ne sont intervenus que douze ans après la conclusion du contrat[2].

Comment cela s'explique-t-il ? Il s'agit probablement d'actes auxquels leurs auteurs veulent conférer un surcroît de garantie — les précédents témoins étant décédés ou disparus ; ils les présentent à de nouveaux témoins en en confirmant devant eux le contenu.

Le témoignage ne consiste pas en une signature mais en une mention écrite de la main du témoin même qui déclare avoir été témoin de l'acte. Cette mention porte le nom de *rasm* رسم الشهادة. Les formules

(1) Ibn Ḫallikān, II, 451 ; Ḫušani, 198.

(2) Grohmann, I, 105.

employées à cet effet sont assez diverses شهد بذلك... ; — شهد بجميع ما في هذا الكتاب وكتب بخطه ؛ شهد على اقرارهما جميعاً بجميع ما في هذا الكتاب وكتب شهادته etc.[1].

S'il s'agit d'un témoin qui ne sait pas écrire, on admet, dans la pratique, qu'il peut charger un tiers d'apposer la marque de son témoignage à sa place. On ajoute alors, à la suite de la déposition du témoin, une mention indiquant qu'un tiers a rédigé cette déposition sur son ordre et en sa présence, sans, d'ailleurs, que le nom de ce tiers soit indiqué[2].

En principe, le témoignage porte sur l'ensemble des dispositions de l'acte. Mais, pour plus de certitude, les témoins, dans la plupart des cas, prennent soin de spécifier qu'ils ont été témoins de toutes les stipulations contenues dans le contrat[3]. Les auteurs recommandent, même, pour les cas où le contrat contient l'indication de sommes d'argent ou de nombre de quelque autre chose que le chiffre en soit reproduit dans la déposition[4].

Si le signataire n'a été témoin que d'une partie des stipulations du contrat — par exemple, il n'a entendu que les déclarations d'une des deux parties — il doit

(1) Dans les ouvrages de pratique notariale diverses opinions sont émises quant au libellé des dispositions (*cf. Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 285).

(2) شهد فلان بجميع ما سمى ووصف فيه وكتب عنه بامره ومحضره (Grohmann, 205, 167, 185).

(3) V. note *supra*. D'autres formules similaires شهد بجميع ما في هذا الكتاب . — شهد على اقرارهما جميعاً بجميع ما في هذا الكتاب etc..

(4) Ibn Farḥūn, I, 189.

le déclarer et préciser ainsi la portée de son témoignage. On rencontre, en fait, des cas où le témoin restreint formellement sa déposition aux déclarations du vendeur ou à celles de l'acheteur, tandis que d'autres témoins spécifient qu'ils témoignent des déclarations des deux parties à la fois[1].

La rédaction du titre ne doit comporter aucun blanc, aucun espace vide, les lignes doivent être prolongées jusqu'à l'extrémité de la feuille. Si le notaire est forcé de laisser une place vide à la fin de la ligne, du fait, par exemple, que le dernier terme est trop long pour pouvoir y tenir tout entier, (les traits d'union n'étant pas connus en arabe) les formulaires indiquent, pour combler le vide, divers procédés dont les plus courants consistent à écrire le mot conventionnel « صح » (c'est exact) ou la lettre ص ou même simplement, à dessiner un demi-cercle, suivant l'étendue de la place vide[2]. Si, à la fin du titre, il reste un vide dans la dernière ligne, le rédacteur devra le combler par une expression terminale comme حسبي الله ou الحمد لله[3]. Et les témoins doivent immédiatement faire suivre leurs dépositions[4].

(1) Grohmann, 79, 153, 267.

(2) Il en ressort que, contrairement à ce que pensent certains auteurs tels que Grohmann, (*Die papyrologie in ihrer Beziehung zur arabischen Urkundenlehre*, in *Papyrie und Altertumswissenschaft*, p. 346), le terme صح ne constitue pas la formule de certification des actes notariés ; il existe à cet effet d'autres formules (*cf. supra*, p. 52, n. 5 et 6).

(3) Ou bien il invitera le premier témoin à y rédiger sa déposition.

(4) Ibn Farḫūn, I, 189. Ces mêmes expressions servent à combler les places laissées vides à la fin des dépositions des témoins. *cf.* un exemple, Grohmann, I, 122).

L'écrit ne doit, en principe, comporter aucune rature, aucune correction ou addition. Cependant, si une erreur ou une omission se produit, il est loisible au notaire de la réparer en rayant le mot inutile ou en ajoutant le mot omis, à la condition de reproduire à la fin du texte — après la date et avant le témoignage — une mention portant indication précise des mots rayés ou ajoutés, suivie d'une formule de certification expresse de ces corrections وهو صحيح في موضعه معمول به معتذر عنه بخط كاتبه[1].

Cependant, ces formalités ne sont requises rigoureusement que si les corrections concernent des passages essentiels de l'acte, tels que ceux qui ont pour objet le montant de l'obligation ou la date du contrat. D'ailleurs, même dans ce dernier cas, il resterait aux contractants — si les corrections ne sont pas faites régulièrement — la possibilité de faire valoir leur titre en demandant aux témoins de l'acte de confirmer devant le juge la véracité des corrections[2].

Si l'acte est rédigé sur plus d'une feuille, le notaire doit porter sur chacune des feuilles son cachet علامته ou son nom et, à la fin du document, il doit indiquer le nombre de ses feuilles et, ce qui serait mieux sans être rigoureusement exigé, le nombre des lignes du

(1) Nuwayri, IX, 8 ; Ibn Farḥūn, I, 189. On rencontre ainsi, dans un contrat de vente du milieu du Vᵉ s. h., la mention suivante : «وفيه احرف مخطوط عليها بطالة وهو صحيح : il y a dans le document des lettres rayées ; et ceci est exact » ( Grohmann, I, 267 ). *Cf.* une formule similaire : Grohmann, I, 157.

(2) Ibn Farḥūn, I, 208.

document[1]. Si le titre est rédigé en plus d'un exemplaire, le rédacteur doit indiquer le nombre de ces exemplaires et certifier leur conformité entre eux[2].

## § 2. — Règles de fond.

1. — **Vérification de l'identité des parties.** — La première des règles de fond concerne l'identité des parties : le notaire doit vérifier lui-même cette identité. Cette condition résulte naturellement de la qualité de témoin en vertu de laquelle agit le notaire : une personne ne peut témoigner pour ou contre quelqu'un que si elle est sûre de son identité. Ibn Farḥūn cite quelques-unes des conséquences préjudiciables qui pourraient résulter de l'inobservation de cette règle : un individu, se présentant devant un notaire sous le couvert d'une fausse identité, se reconnaît débiteur d'une somme d'argent envers un tiers complice ; la fraude permettrait à ce tiers de réclamer injustement cette somme à la personne dont l'identité aurait été frauduleusement empruntée[3]. — Ou bien, c'est un in-

(1) Nuwayri, IX, 6 ; Ibn Farḥūn, I, 189.

(2) Ibn Farḥūn, *eod. loc.* Nuwayri, IX, 9. On ajoute, d'après certains formulaires, mention de la remise à chaque contractant d'un des exemplaires. *Cf.* la formule suivante وقد كتب هذا الكتاب نسختين نظمًا واحدًا ونسقًا واحدًا لا تزيد نسخة منها على نسخة حرفًا يغيّر حكمًا ولا يزيد معنى فنسخة منها في يد فلان ثقة له وحجة ونسخة في يد فلان ثقة له وحجة (Schacht, *Das kitāb aš-šufa'a*, 39). Il ne semble pas que la rédaction du contrat en autant d'exemplaires qu'il y a de parties soit une obligation, mais une faculté laissée aux parties. (Schacht, *op. cit.*, 39).

(3) Ibn Farḥūn, I, 190.

dividu qui, sous le couvert de l'identité du véritable propriétaire, vend un immeuble etc.[1]...

C'est pourquoi, certaines coutumes sociales doivent plier devant la nécessité de l'identification des parties. Ainsi, on admet que la femme qui veut conclure un acte juridique doit découvrir son visage devant le notaire, pour lui permettre de la reconnaître[2].

Si la validité de l'acte dont on demande au notaire la rédaction exige la vérification non seulement de l'identité des contractants mais aussi de leur qualité juridique, cette qualité doit aussi être vérifiée par le notaire. Tel serait le cas de deux personnages qui, se présentant comme mari et femme, demandent à un notaire de leur rédiger un acte de mariage aux lieu et place de leur contrat qu'ils prétendent avoir perdu : le notaire n'y prêtera son concours qu'après s'être assuré de la qualité d'époux de ces personnes[3].

La vérification de l'identité doit porter sur la personnalité des deux contractants à la fois, même dans les cas où l'acte ne doit donner naissance à une obli-

(1) Ibn Farḥūn, I, 286.

(2) Tel était, du moins, l'enseignement du chef de l'école malékite, Mālek قال مالك وتكشف من لا تعرف يشهد على رؤيتها ويثبت في شخصها (Ibn Farḥūn, I, 185) ; mais la pratique ultérieure ne s'est pas trop attachée à cette exigence. Il semble qu'on a admis dans le madhab malékite un procédé analogue à celui pratiqué dès le principe, par les ḥanafites, plus respectueux de la coutume : la femme n'est pas obligée de dévoiler son visage ; il suffit qu'elle comparaisse, voilée, devant le témoin et que deux autres témoins assurent son identité (Dāmād effendi, II, 191).

(3) Dāmād effendi, II, 191.

gation qu'à la charge de l'un d'eux : le notaire ne doit pas se contenter de s'assurer de l'identité du débiteur[1].

D'où il suit que, pour la rédaction des actes juridiques, la comparution des parties intéressées devant le notaire constitue une formalité nécessaire.

Les moyens de vérification dont dispose le notaire ne sont pas exactement conformes aux principes admis en matière de preuve de droit commun. Le principal moyen est, en effet, la connaissance personnelle ; le notaire est autorisé à refuser son concours à des particuliers qui lui seraient inconnus[2]. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, qu'à défaut de connaissance personnelle, le notaire peut recourir à un autre moyen de preuve, dans le cas, notamment, où, par une décision de l'autorité supérieure, le notaire se trouve obligé d'instrumenter au profit de toute personne qui requiert son office. Le notaire doit alors recourir à la preuve testimoniale : il demandera à deux personnes, étrangères au contrat et reconnues comme témoins véridiques, de certifier l'identité des parties contractantes. On admet même que la certification d'un témoin unique ou, encore, de simples renseignements recueillis de témoins non *'udūl* ou résultant de l'interpellation des parties peuvent suffire. Cette solution est justifiée par la « nécessité » لأنه موضع ضرورة[3]. En dernière analyse, la seule condition exigée est que le notaire acquière la conviction intime, par quelques moyens que ce soit, de l'identité des parties.

(1) Dāmād effendi, II, 184.

(2) Dāmād effendi, II, 183.

(3) Ibn Farḥūn, I, 183.

La notion de nécessité impose même des exceptions à la règle générale. Si, comme nous l'avons déjà vu, le notaire, requis d'instrumenter pour des époux, doit vérifier leur qualité, cette règle cède dans le cas où les intéressés sont étrangers à sa ville : le notaire peut alors admettre leur prétention si leurs déclarations ne soulèvent en lui aucun doute[1].

2. — **Vérification de la capacité des parties.** — C'est une formule de style dans les actes notariés que celle par laquelle le notaire certifie que les parties ont conclu leur contrat « dans la plénitude de leurs facultés mentales et physiques, de leur capacité juridique, volontairement, en dehors de toute contrainte[2] ».

Le notaire doit donc, en principe, vérifier toutes les conditions de capacité juridique des contractants. A cet effet, le notaire relit en présence des parties tout le document. Aussi tous les actes notariés contiennent-ils cette autre formule, qui précède ordinairement la formule précitée, certifiant que « l'acte a été lu aux parties qui reconnurent l'avoir compris tout entier[3] » ou que « l'acte a été lu aux parties, lettre après lettre[4]... »

Par application de cette règle les auteurs enseignent que si une femme demande à un notaire de lui rédiger un acte par lequel elle voudrait décharger

(1) Ibn Farḥūn, I, 190.

(2) « في صحة عقولهما وابدانهما وجواز امورهما طايعين غير مكرهين ولا مجبرين ولا مضطرين »

(3) « بعد ان قرئ عليهما فاقرا بفهمه ومعرفة جميعه »

(4) « بعد ان قرئ عليهم حرفًا حرفًا عرفوا ما فيه فاقروا بفهمه ومعرفة ما فيه »

son époux de l'obligation au paiement de la dot ou d'une pension alimentaire, le notaire ne pourrait instrumenter que s'il acquiert la conviction que cette femme est pleinement maîtresse de ses droits[1].

Si, dans la conclusion d'un contrat, les parties ne comparaissent pas en personne mais par mandataires, le notaire doit vérifier les pouvoirs de ces derniers et en faire mention dans le titre, suivant une formule qui est généralement ainsi conçue : حسب ما يشهد بذلك كتاب الوكالة الذي بيده الثابت حكمه بمجلس الحكم العزيز بالمكان الفلاني[2]. En particulier, dans les contrats de mariage, la femme est toujours représentée par un mandataire ; et, dans certains de ces contrats, les pouvoirs du mandataire sont certifiés, au moment de la conclusion du mariage, par deux témoins *'udūl*[3].

3. — **Vérification de la validité juridique de l'acte et clauses diverses.** — Le notaire n'est pas l'agent passif de la volonté de ses clients, il n'est pas obligé de rédiger un acte quelles que soient les clauses que ceux-ci veulent y faire porter. Bien au contraire, il est dans l'obligation de refuser la rédaction de toute clause qui serait contraire à une disposition impérative de la loi[4]. Ainsi, un notaire ne pourrait pas rédiger un contrat de vente de boissons alcooliques entre musul-

(1) Ibn Farḥūn, I, 190.

(2) Nuwayri, IX, 43.

(3) بعد ان فوضت امرها الى جدها يعقوب بن اسحق واشهدت له شهودًا بتوكيلها اياه فقبل وكالتها (Grohmann, I, 273).

(4) Ibn Farḥūn, I, 188.

mans. Ibn Farḥūn donne un autre exemple : une femme mariée qui requiert l'office d'un notaire pour la rédaction d'une libéralité excédant le tiers de son patrimoine ; le notaire devra lui refuser sa collaboration, parce qu'une telle libéralité porterait atteinte aux droits éventuels du mari, et à la règle concernant la quotité disponible[1].

C'est là aussi une des raisons que les auteurs invoquent à l'appui de la règle suivant laquelle tout témoin — et, en particulier, un notaire — ne doit pas apposer son témoignage sur un document déjà écrit et fermé : il peut contenir des dispositions « interdites » légalement[2].

Le notaire doit donc veiller à la validité, au fond, des actes qu'il rédige. Dans ce même ordre d'idées, on doit faire mention du procédé suivi dans la pratique notariale dans les cas où il y a lieu d'insérer dans le contrat des clauses qui touchent à des questions juridiques qui font l'objet de controverses doctrinales et de divergences jurisprudentielles. Le notaire doit faire de telle sorte que le contrat échappe à tout risque de nullité du fait de ces divergences : telle opinion exigeant, par exemple, pour la validité d'un acte ou la réalisation d'un droit, une condition qui n'est pas requise dans une autre opinion, même suivie plus généralement, le notaire conformera les dispositions du contrat aux exigences de l'opinion la plus stricte, par précaution احتياطاً — احترازاً, en considération de l'éventualité où le contrat ferait l'objet d'un procès soumis à un juge, partisan de cette dernière opinion, d'après laquelle le contrat serait nul. Ainsi,

(1) Ibn Farḥūn, I, 190.
(2) Ibn Farḥūn, I, 186.

Une clause qui se rencontre assez fréquemment dans les actes notariés est celle qui a trait à la loi applicable. Elle consiste à désigner la loi qui doit régir le contrat intervenu entre les parties et qui est la loi musulmane[1]. Quelle est l'utilité d'une telle clause ? Si l'on se rappelle la règle du droit public musulman d'après laquelle les communautés non-musulmanes restaient régies par leurs lois personnelles ( principe de la personnalité des lois ), comportant, cependant, la possibilité pour les membres de ces communautés de se référer, dans leurs transactions juridiques, à la loi musulmane, on pourrait être tenté de croire que la clause dont il s'agit, insérée dans des contrats auxquels étaient parties des non-musulmans, contrats qui soulevaient, par conséquent, un conflit de lois, avait pour but de fournir une solution à ce conflit par la désignation conventionnelle de la loi compétente. Ce qui renforce cette interprétation c'est le fait que dans des documents où l'on voit figurer la clause en question une des parties paraît être de religion non-musulmane ; certains actes même qualifient l'un des contractants de « chrétien[2] ».

Une autre clause de style des actes notariés, rela-

(1) Dans un acte de vente de l'année 459/1066 فتبايعا ذلك بينهما على ما يوجبه حكم بيع الاسلام وعهدته وضمان دركه وتمام شروطه ( Grohmann, I, 122 ) Dans une vente de l'année 448/1055 : ( Grohmann, I; 122 ) شرا على شرط بيع الاسلام وانفذ احكامهم .

(2) Grohmann, I, 122. Je n'avance cette interprétation qu'à titre de simple hypothèse. Elle est affaiblie par la considération qu'on rencontre aussi la clause dans des modèles d'actes juridiques, supposés, donc, devoir servir à tous contractants sans considération de la communauté à laquelle ils appartiennent. (*Cf. Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 279 ).

tive à leur validité juridique, est celle par laquelle le notaire constate l'accomplissement de toutes les conditions nécessaires pour la perfection de l'acte. S'il s'agit d'une vente, on trouvera dans le contrat une clause dont la formule, à quelques variantes près, est ainsi conçue : « vente valable, légale, parfaite, exécutoire, suivie de délivrance et de réception[1] » ; si un bien est aliéné à titre de dation en paiement, le titre constatera que cette dation est « valable, légale... ne laissant subsister aux parties, l'une à l'égard de l'autre, aucun droit, aucune réclamation[2]... »

Une question spéciale est celle de savoir si le notaire doit vérifier la réalité des droits, objet de la transaction. S'il s'agit de l'aliénation d'une chose, le notaire doit-il vérifier le droit de propriété de l'aliénateur? On relève sur ce point une divergence entre la doctrine — tout au moins, dans le *maḏhab* malékite — et la pratique générale. Ibn Farḥūn enseigne que le notaire, « ne doit rédiger un contrat de vente que si le vendeur produit devant lui ses titres d'acquisiton : si ces titres font apparaître le vendeur comme le véritable propriétaire, par achat, succession ou par l'effet d'une autre cause d'acquisition », le notaire rédigera le contrat. Et il en est de même pour les contrats de louage. Si le vendeur ou le bailleur ne produit pas ses titres, le notaire refusera de prêter son concours à la rédaction du contrat[3].

Cependant, en raison des inconvénients pratiques

(1) Nuwayri, IX, 24 et ss.

(2) Nuwayri, IX, 39.

(3) Ibn Farḥūn, I, 190.

qui résulteraient de l'exigence de la production des titres, la doctrine admet un tempérament à la règle. Suivant le principe général, dont nous avons déjà vu quelques applications, on admet qu'il suffit que le notaire acquière lui-même la conviction de la réalité du droit, objet de la transaction. Tel serait le cas, par exemple, si le vendeur se fait accompagner de personnes qui témoigneraient de son bon droit devant le notaire ou, même, si celui-ci reconnait le vendeur pour une personne honorable et de bonne foi. En fait, on trouve dans certains actes de vente une mention par laquelle le notaire certifie lui-même savoir que le bien vendu est la propriété du vendeur[1].

Mais ce sont là des cas exceptionnels, et la pratique générale s'est fixée dans un sens contraire. En fait, presque tous les actes de vente recueillis dans la collection Grohmann ne comportent aucune certifi-

(1) Un acte de l'année 459/1066 : جميع المنزل باسره وكماله الذي اعلمه انه له ويملكه وفي يده ملكًا صحيحًا وحقًا واجبًا (Grohmann, 1, 122). Il arrive aussi, souvent, que, dans les actes juridiques présentés au juge pour homologation suivant la forme judiciaire (v. *infra*, p. 71), les parties, en vue de donner toutes garanties à l'acheteur, tombent d'accord pour faire statuer par le juge sur le droit du vendeur. Le magistrat fait alors administrer la preuve du droit de propriété du vendeur, par la déposition des témoins amenés par les parties, et il juge en conséquence (*cf.* un modèle dans Nuwayri, IX, 149 et ss. . . . يثبت عنده بشهادة عدلين . . ان البائع المذكور لم تزل يده متصرفة فيما باعه الى حين انتقاله من يده الى يد هذا المشتري المسمّى باطنه . . . وحكم . . . بصحة ملك البائع لما باعه . . . Comme il s'agit, dans une telle hypothèse, d'un jugement qui confirme le droit de propriété du vendeur, et non d'une simple affirmation faite par ce vendeur de son droit et admise par l'acquéreur, une action éventuelle en revendication de la part d'un tiers ne serait plus possible ou, tout au moins, ne priverait pas l'acheteur évincé de son recours contre le vendeur, en restitution du prix.

cation, de la part du notaire, de la réalité du droit du vendeur. Et il en est de même, sans exception, dans les modèles d'actes rapportés dans les formulaires tels que ceux figurant dans *Al-fatāwa al-hindyya*, *Nihāyat al-arab* : les notaires prennent soin de spécifier dans les contrats de vente, pris comme contrats-types, que la chose vendue est une chose que le vendeur « a dit être sa propriété et être en sa possession[1] ».

Il peut arriver, cependant, que le vendeur, spontanément ou sur la demande de l'acheteur, produise ses titres d'acquisition. Dans ce cas, même, le notaire ne prend pas sur lui de certifier la réalité du droit du vendeur. Il se contente d'inclure dans le contrat une mention indiquant que le vendeur a produit son titre de propriété et qu'il l'a remis à l'acquéreur, pour plus de sûreté[2].

---

(1) التي ذكر البائع انها له وفي ملكه ويده وتصرفه (Nuwayri, IX, 14, 20, 21, 24), جميع ما ذكر انه له وملكه (Grohmann, I, 122; *adde*, I, 151, n. 4).

Cette formule a pour utilité pratique de réserver les droits de l'acquéreur en cas d'éviction par l'action d'un tiers. « Pour sauvegarder les intérêts de l'acheteur, on ne doit pas, disent les auteurs, écrire que la chose vendue est la propriété du vendeur, car une telle mention impliquerait une reconnaissance de la part de l'acheteur du droit de propriété du vendeur et si, un jour, le bien est revendiqué par un tiers, l'acheteur ne serait plus qualifié à exercer contre son vendeur un recours en restitution du prix ». (*Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 274). Sans doute, ce n'est qu'une partie de la doctrine, (Zufar et l'école de Médine : *cf. Al-fatāwa al-hindyya, eod. loc.*) qui, dans l'hypothèse envisagée, refuse à l'acheteur l'action récursoire, mais cela suffit pour inciter les notaires à écarter une formule qui risquerait de compromettre les droits d'une des parties au contrat. C'est là encore un cas où la pratique notariale cherche à mettre les actes juridiques à l'abri des divergences jurisprudentielles et des controverses doctrinales.

(2) Nuwayri, IX, 26.

## IV. — La transformation de la nature de la preuve résultant des actes notariés et le triomphe de la preuve par écrit

La force probante de l'écrit, nous l'avons déjà constaté, résulte, en principe, non de l'écrit en soi, mais des témoignages qui y sont apposés, de telle sorte que, si le contenu du document est contesté, la preuve ne pourrait en être faite que par la preuve testimoniale même, notamment, par la déposition renouvelée des témoins qui avaient figuré à l'acte. Une telle attitude devait enlever à l'écrit la plus grande partie de son utilité pratique. Notamment, en cas d'impossibilité de retrouver les témoins qui ont figuré à l'acte, par suite d'absence, de décès ou d'une autre cause quelconque, la preuve qu'avaient voulu se ménager les parties perdait toute valeur, était réduite à néant.

Les nécessités pratiques ne pouvaient pas s'accommoder d'un tel résultat. Sacrifiant les principes, la doctrine et la jurisprudence arriveront à consacrer en fait sinon en droit des solutions contraires qui consisteront à reconnaître force probante non seulement aux actes écrits, revêtus de témoignages, — qui, en d'autres termes, sont des témoignages écrits, — mais aussi aux actes écrits émanés de la personne même des contractants.

Nous examinerons successivement cette double évolution.

I. — Le travail doctrinal et jurisprudentiel s'est

opéré en considération du cas susmentionné d'impossibilité de reproduire en justice les dépositions des témoins ayant figuré à l'acte. Cet acte ne perdra pas sa valeur. Par quel procédé arrivera-t-on à consacrer une solution si nettement contraire aux principes originels ?

En doctrine malékite, ce sera un procédé très simple, tiré du droit commun, du régime même de la preuve testimoniale. Qu'est-ce, dira-t-on, qu'un écrit sinon un objet matériel que « la vue perçoit et que distingue l'intelligence comme elle distingue tous les objets et les images » ? Or, de même que le témoignage est admis pour la reconnaissance des objets et des images, malgré la ressemblance qui peut exister entre eux, il doit être admis pour la reconnaissance et la preuve de l'écrit, malgré la ressemblance qui peut exister entre les différentes écritures, cette ressemblance n'étant pas le cas général[1].

Il est bien entendu que ce que les auteurs désignent ici par le mot « écrit خط », ce n'est pas l'ensemble de l'écrit contenant les clauses de l'acte juridique,

(1) Ibn Farḥūn, I, 284 الخط عندنا شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه ويميزه العقل كما يميز سائر الاشخاص والصور . . . ان الخط شخص يميزه العقل كما يميز الاشخاص مع جواز الاشتباه بها فلذلك تجوز (الشهادة) في الخطوط . . . تجوز الشهادة عليها (الخطوط) وان كان يشبه بعضها بعضاً اذ الاختلاف فيها اغلب

On invoque aussi des arguments tirés de la tradition historique de l'Islam : ʿUṯmān ibn ʿAffān, ʿAli ibn abi-Ṭālib et d'autres personnages considérables de l'Islam primitif ont témoigné de ce qu'une lettre écrite par Marwān ibn al-Ḥakam est de sa propre écriture (Ibn Farḥūn, I, 287). *Cf.* sur ce point et ceux qui suivent les passages des autres auteurs malékites sur « le témoignage sur l'écrit » notamment Ḥarasi, VII, 242 et ss.

mais, précisément, les témoignages souscrits au bas de ce document. Aussi bien, les textes parlent de « l'écriture du témoin خط الشاهد ». Le procédé employé aura donc pour objet la preuve, non des dispositions de l'acte, mais du fait que les témoins qui y figurent en ont réellement été les témoins.

Si l'écriture est un objet ou une image dont la preuve peut être normalement rapportée, on devra admettre qu'il est possible de rapporter la preuve que la souscription des témoignages apposés au bas d'un contrat émane bien des témoins qui y sont nommés, en d'autres termes, la preuve de la réalité de ces témoignages. Sans sortir du droit commun on y cherchera, au contraire, le moyen qui servira à administrer cette preuve ; ce sera une fois de plus le témoignage. Il y aura donc lieu, tout simplement, à administrer la preuve par témoins de ce que l'écriture attribuée aux témoins est bien leur écriture propre. C'est, pourrait-on dire, la preuve de l'acte, une preuve au deuxième degré. Mais le résultat pratique est le même : indirectement, on arrive à donner sa valeur à l'acte juridique écrit. Pour employer un langage juridique moderne, — ce qui fera encore mieux ressortir la simplicité du procédé — la preuve des contrats écrits consiste en une *vérification d'écritures* : au lieu d'appeler l'agent de vérification un expert, on l'appelle témoin[1].

(1) Mais, bien entendu, en raison même du travail délicat demandé à ce témoin, on exige chez lui des qualités spéciales supplémentaires يشترط ان يكون الشاهد على الخط من اهل اليقظة والفطنة والمعرفة التامة وحسن التمييز (Ibn Farḥūn, I, 286) ان يكون الشاهد من اهل التبريز في العدالة والفطنة والنباهة وصحة التمييز (*Ibid.*, 30)

Cela est tellement évident qu'il est admis qu'il n'est pas nécessaire que « les témoins de l'écriture » aient vu les témoins de l'acte rédiger leurs dépositions ; il suffit — et c'est ce qui, en fait, est le cas général — que ce soit des personnes qui connaissent, de science sûre, la calligraphie des témoins de l'acte et que, par comparaison entre cette calligraphie et celle qu'elles voient suivie dans le document, elles puissent affirmer que l'écriture émane de la même main[1]. La même constatation ressort de la formule arrêtée par les auteurs et suivant laquelle « les témoins de l'écriture » doivent exprimer leur déposition, — disons : leur rapport d'expertise. Cette formule se présente ainsi : Les soussignés ont vu وقف على l'écriture du témoin figurant au bas du présent document ; ils l'on examinée minutieusement. Il leur est alors apparu avec certitude que la déposition de ce témoin est bien de son écriture ordinaire ; ils n'éprouvent aucun doute sur ce point, et l'affirment sans aucune hésitation, ayant vu précédemment ce témoin rédiger souvent devant eux[2] ».

Cependant, d'après certains auteurs et dans quelques pratiques, « le témoignage sur l'écriture » doit aussi comporter une double affirmation : le témoin doit affirmer, d'une part, qu'il sait que le témoin de

(1) Ibn Farḥūn, I, 284-285.

(2) وقف من يوقع اسمه بعد هذا من الشهداء على خط فلان بن فلان الواقعة شهادته في اسفل هذا العقد في البياض الذي في اوله بعد سطر افتتاحه كذا وتأملوه واتقنوا النظر فيه فتبين لهم وتحقق عندهم ان شهادته المذكورة بخط يده المعهود عنه لا يشكّون في ذلك ولا يمترون فيه لرؤيتهم له يكتب المرة بعد المرة (Ibn Farḥūn, I, 288). *Cf.* un autre modèle : Ibn Salmūn, glose sur Ibn Farḥūn, II, 209.

l'acte était, au moment de l'apposition de son témoignage, un témoin dont la véracité était établie, un *šāhid 'adl* ; d'autre part, que ce témoin était assuré de l'identité des parties au contrat. Quant au premier point, il semble bien que la pratique soit fixée dans le même sens car les modèles de « rapports d'expertise » comportant une mention finale par laquelle « l'expert » affirme qu'il sait que le témoin de l'acte « était, au moment de sa rédaction, un témoin *'adl* et l'est resté jusqu'à son décès ( ou son absence[1] ) ». Mais cela ne va pas sans réserve ; car on admet qu'une telle mention ne serait pas nécessaire toutes les fois qu'il s'agit d'un témoin ( de l'acte ) que le juge connaît comme ayant été un témoin *'adl* ou d'un témoin qui pratiquait sa profession publiquement[2].

La deuxième condition comporte des réserves plus importantes[3]. Elle n'est exigée que suivant l'enseignement de quelques auteurs. D'après d'autres auteurs, cette condition ne devrait être requise que dans le cas où le contrat ne contient pas une mention portant que les témoins connaissent les parties contractantes[4]. Dans une troisième opinion, enfin, on enseigne que la preuve concernant la connaissance, par les témoins de l'acte, des parties contractantes est en tout cas inutile. On fait valoir dans cette opinion que, par le fait même

(1) V. références citées *supra*, p. 75, n. 1.

(2) Ibn Farḥūn, I, 288.

(3) Ibn Farḥūn, I, 286.

(4) Dans ce cas, la preuve de la connaissance, par le témoin du contrat, de l'identité des parties, ne rentrerait pas dans le rôle des « témoins de l'écriture » ; elle pourrait être constituée par les dépositions d'autres témoins, appelés spécialement à cet effet.

que le témoin est *'adl*, on doit présumer qu'il n'a pu apposer son témoignage sur le contrat qu'après s'être assuré de l'identité des parties contractantes. Et c'est bien dans ce dernier sens que la pratique — tout au moins, dans l'école malékite — s'est fixée, puisque les modèles de « rapport d'expertise » ne comportent aucune mention relative à la condition dont il s'agit[1].

En tout cas, la déposition du « témoin de l'écriture » doit résulter de sa connaissance personnelle directe. Une telle condition pouvait encore être de nature à exposer les actes juridiques écrits et revêtus des signatures des témoins à des contestations qu'il ne serait pas possible d'écarter. Tel serait le cas dans l'hypothèse où les témoins de l'acte seraient décédés au moment du litige, ou, tout au moins, dans celle où il n'y aurait plus de personnes ayant connu l'écriture de ces témoins. C'est pourquoi, on admet, dans l'école malékite, que, dans les cas où les témoins d'un contrat sont décédés, la preuve de leurs témoignages peut se faire par la commune renommée[2].

Le témoin appelé pour vérifier l'écriture est un tiers, un expert, disons-nous. Mais la question s'est posée de savoir si le témoin de l'acte, celui-là même dont on conteste l'écriture, ne serait pas qualifié pour opérer cette vérification, témoigner lui-même sur l'écriture qui lui est attribuée. On l'admet en général[3] ;

(1) *Cf.* un autre argument dans Ibn Farḥūn, I, 286, l. 23 et ss. Un autre auteur précise même que tel était aussi l'usage suivi dans sa région, en Afriqne du Nord ( Ibn Farḥūn *eod. loc.* ).

(2) Ibn Farḥūn, I, 279, 285.

(3) Ibn Farḥūn, I, 291 et ss.. C'est le témoignage appelé شهادة الشاهد على خط نفسه .

et cela se comprend aisément, l'écriture à vérifier n'étant pas celle d'une partie à l'acte mais celle d'un tiers désintéressé, qui, sans inconvénient, peut être admis à constater si l'écriture dont il s'agit est ou n'est pas la sienne. Il y aurait même, dans ce procédé, plus de garantie de certitude que s'il s'agissait d'un tiers ayant à vérifier une écriture qui n'est pas la sienne.

Cependant, il est resté de l'ancienne défaveur de principe de la doctrine à l'égard de l'écrit nombre de traces. Rappelons que la possibilité de faire valoir un acte notarié par la preuve des dépositions écrites des témoins qui y figurent n'est admise que dans le cas de décès de ces témoins ou de leur absence. Les auteurs ne sont pas d'accord dans l'interprétation de l'absence dans ce cas. D'après les uns, il s'agirait de la présence du témoin originaire en un lieu éloigné, dans un autre pays, tel que l'Égypte alors que le litige a lieu en Tunisie ; d'après d'autres, l'absence résulterait d'un éloignement à une distance de trois jours de marche. C'est la distance connue sous le nom de مسافة القصر [1].

D'autre part, la doctrine recommande au juge, devant lequel est produit un « témoignage sur l'écriture » de l'examiner avec une particulière vigilance ; de ne pas se hâter pour rendre son jugement en conséquence de témoignage [2].

(1) Ibn Farḥūn, I, 288 et sa glose, II, 209. D'après l'opinion la plus généralement admise, cette distance représente dix-huit farsaḥs soit 103 kilom. 716m (Dāmād eff., I, 161-162).

(2) Ibn Farḥūn, I, 286-287.

Enfin et surtout, il existe de grandes controverses sur la portée de la règle. D'après une opinion, la preuve par témoins de l'écrit ne devrait être admise que dans certaines matières strictement déterminées : seulement, en matière de wakfs, suivant les uns, en matière de biens, en général, suivant d'autres. D'après une autre opinion, cette preuve doit être admise en toutes matières. Au demeurant, on constate une grande confusion dans le débat puisqu'on attribue parfois, sur le même sujet, à un même auteur faisant autorité, comme le chef de l'école malékite, des opinions absolument contradictoires.

Bien que telle ou telle des opinions restrictives ait été suivie, en pratique, dans quelques régions, la doctrine et la pratique générales se fixèrent définitivement dans le sens le plus libéral, les auteurs relevant, en dernière analyse, l'illogisme qu'il y aurait à admettre le procédé de « la preuve par témoins de l'écriture » dans une matière ou quelques matières déterminées à l'exclusion des autres.

La force probante de l'écrit n'a pas tardé à se révéler dans la terminologie de la pratique notariale. L'acte notarié est appelé une *waṯīqa* وثيقة, — ce qui signifie, littéralement, une pièce qui sert à établir, assurer ce qu'elle contient, — حجة preuve etc... On trouve souvent, en tête des actes notariés, des formules très significatives telles que celles-ci هذه الوثيقة حجة ou ثبت عندي جميع ما نص وشرح فيه (ce document est une preuve, tout ce qui est contenu dans le présent acte a été établi devant moi). Lorsque le notaire rédige un contrat en deux ou plusieurs exemplaires, il ajoute à la formule qui constate l'accomplissement de cet-

te formalité une mention spécifiant qu'il a été remis un exemplaire à chacun des contractants pour qu'il lui serve de moyen de preuve فنسخة منهما في يد فلان ثقة له وحجة ونسخة في يد فلان ثقة له وحجة[1].

Mais il faut bien préciser la portée de ces formules : elles ont pour objet d'affirmer la véracité de l'acte, par le notaire-témoin, sans doute ; mais elles ne comportent pas une homologation conférant un caractère authentique particulier à l'acte, tel que celui qui résulterait d'une homologation accordée par une autorité officielle. L'acte reste, essentiellement, un acte sous seing-privé ; le seul avantage qui s'y attache consiste en ce qu'il comporte une preuve d'ores et déjà établie, qui pourrait sans doute être contestée mais qui prévaudrait par une opération de vérification d'écriture. La meilleure preuve en est que la mention de telles formules de certification ne constitue pas une condition nécessaire des actes notariés et qu'elles ne se trouvent que dans quelques-uns d'entre eux : si elles constituaient des formules d'authentification proprement dites on ne s'expliquerait pas pourquoi elles figureraient dans certains actes plutôt que dans d'autres alors que la qualité des témoins, en particulier, du notaire et les autres formalités de rédaction restent également les mêmes. Ces formules sont superfétatoires ; elles ne sont intéressantes qu'en ce qu'elles révèlent la valeur intrinsèque acquise par l'écrit.

II. — Cependant, le procédé qui a été ainsi imaginé par la pratique pour assurer leur valeur probatoire aux actes notariés recélait, par une sorte de paradoxe,

(1) Schacht, *Kitāb aš-šufa'a*, 39.

un grave danger pour ses destinées, le principe même de sa condamnation. Il devait entraîner des conséquences très importantes quant à la valeur de l'écrit en soi.

Tout le procédé reposait sur une contradiction. C'est bien une contradiction, en effet, d'une part, de dire que l'écriture ne peut pas faire preuve, que, seuls, les témoignages peuvent faire preuve; et, d'autre part, d'admettre que des témoignages écrits puissent avoir cet effet de preuve ; *étant donné que ces témoignages sont eux-mêmes des écrits.*

A cette contradiction se mêlait, au surplus, une équivoque portant sur le terme *šahāda* ( témoignage ). Le témoignage, la preuve testimoniale, c'est, juridiquement, la déposition du témoin d'un acte ou d'un fait devant le juge, au moment du litige, ( premier élément ), tirée de la connaissance préalable qu'a eue ce témoin de l'acte ou du fait ( deuxième élément ). Or, dans le système imaginé par la pratique, on retient de la notion de témoignage ce dernier élément, exclusivement, et on lui applique, sans réserves, l'appellation de témoignage[1]. Cependant certains auteurs sont conscients de la différence entre ce que la pratique notariale appelle témoignage et le témoignage proprement dit. Ibn Farḥūn prévient les esprits contre une confusion possible, en exprimant formellement la distinction entre deux sortes de témoignages : le té-

(1) La doctrine, dans l'analyse qu'elle fait du témoignage, y discerne deux éléments : le premier consiste dans la connaissance qu'acquiert un tiers de l'acte ou du fait, avec la volonté d'en rendre éventuellement témoignage en justice, — c'est ce qu'on appelle التحمل, — le deuxième élément consiste dans la déposition même en justice, ce qu'on appelle الأداء.

moignage consistant en une déposition orale, faite en justice devant le juge et le témoignage figurant sur un écrit et présenté sous cette forme au juge ; et il ajoute que chacune de ces variétés est soumise à un régime spécial[1].

Or, du moment que l'on admettait que la réalité d'un acte juridique pouvait être établie par la preuve de la souscription des personnes qui ont été présentes à sa conclusion, pourquoi ne pas admettre que cet acte juridique pouvait être établi directement par la preuve de l'écriture même des parties contractantes ? En d'autres termes, pourquoi admettre la possibilité de faire la preuve de l'écrit émané de témoins et contenant leurs témoignages et ne pas admettre la possibilité de faire la preuve de l'écrit qui émanerait des parties et qui contiendrait la teneur même de leurs accords ?

Cette constatation devait entraîner une double conséquence : tout en aboutissant à faire reconnaître à l'écrit de l'auteur de l'acte juridique une valeur probatoire propre, elle allait en même temps faire apparaître la participation de témoins à cet acte comme une formalité inutile, une complication.

Les manifestations du triomphe de l'écrit apparaissent, cependant, sous des formes différentes suivant les écoles. Dans la doctrine malékite, elles s'expriment ouvertement et le triomphe de la preuve par écrit est consacré par voie de principe[2]. A la suite des déve-

(1) Ibn Farḥūn, I, 195. اداء الشهادة على نوعين الاول عبارة باللسان يصرح بها الشاهد عند الحكم فيتلقى منه الحاكم الشهادة بحسب لفظه الثاني رفع شهادات قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت او غائب .

(2) Ibn Farḥūn, I, 288 et ss.

loppements sur « l'écriture » des témoins, figure, dans les ouvrages du *madhab* malékite, une rubrique intitulée « l'écriture du débiteur خط المقر ». La question est posée dans toute sa généralité, sous des formes répétées et diverses mais qui se ramènent toutes à celle-ci : un acte écrit émané d'une personne fait-il preuve contre elle[1] ? Oui, répondent les auteurs[2]. Le débiteur pourrait, il est vrai, prétendre faire rejeter l'écrit ; mais il n'y aurait là qu'une simple dénégation qui pourrait être écartée par la procédure de vérification d'écritures. Prévoyant cette hypothèse, les auteurs enseignent : « Si une personne actionne une autre en paiement d'une dette en faisant valoir un titre écrit de la main du défendeur et que ne veut pas reconnaître celui-ci et si le créancier demande au juge d'inviter le défendeur à écrire devant des témoins *'udūl* ( disons : des experts en écritures ) qui auront à comparer entre cette dernière rédaction et celle de l'acte litigieux, Abū-Ḥasan Al-Laḫmi a, dans ce cas, émis l'opinion que le juge devra donner suite à la demande du créancier ; le défendeur sera, en conséquence, invité à écrire pendant un temps assez long qui ne lui laisserait pas la possibilité d'imiter une autre écriture

(1) Remarquons, cependant, que la question ne donne pas lieu à une distinction de base, la preuve par écrit étant opposée à la preuve par témoins. Elle s'insinue, au contraire, sous le couvert de la preuve testimoniale et ainsi ce n'est qu'indirectement qu'on arrive à la faire admettre.

(2) لم يختلف مالك واصحابه في جواز الشهادة على خط المقر والاتفاق حكاه ايضاً ابن هشام في منبر الحكام ( Ibn Farḫūn, I, 288 ). Sans doute, en cette matière aussi, il y a eu des controverses, certains auteurs voulant limiter les effets de l'écrit à quelques matières déterminées, telles que les biens. Mais ce ne sont pas ces opinions restrictives qui prévalurent.

que la sienne. Les *'udūl* compareront alors entre cette écriture et celle du titre litigieux et témoigneront soit de leur conformité, soit de leur disparité. La majorité des auteurs se prononcent en faveur de l'opinion de Al-Laḫmi[1] ».

Le procédé du *maḏhab* ḥanafite est différent. Les auteurs de cette école continuent toujours à affirmer le principe d'après lequel l'écrit — sous quelque forme que ce soit — ne vaut pas preuve ; et ils ne pensent pas recourir au moyen trouvé par les malékites, celui de la preuve de l'écrit par le témoignage ou la vérification d'écritures[2].

Mais les réalités et les nécessités pratiques étaient trop contraires à une telle attitude. Aussi verrons-nous le *maḏhab* ḥanafite aboutir, en fait, à consacrer, à peu de chose près, les mêmes solutions que le *maḏhab* malékite ; et à reconnaître, en définitive, valeur probante à l'écrit. Les moyens employés à cet effet sont divers et, souvent, des moyens de fortune ; les justifications présentées prennent, parfois, une tournure scolastique, sinon même, puérile. Aussi n'est-il pas étonnant que les solutions adoptées soient, parfois, divergentes, même contradictoires. D'où un enchevêtrement presque inextricable, une grande confusion, et une grande obscurité dans tous les développements que les auteurs ḥanafites consacrent à la matière de l'écrit[3].

(1) Ibn Farḥūn, I, 290.

(2) عليه العامة ان لا تحل الشهادة بالخط ( 'Alā' al-dīn 'Ābdīn, I, 78 ). ان مشايخنا ردوا على مالك في عمله بالخط للمشاجة (Dāmād effendi, II, glose, 192).

(3) Cette confusion est reconnue par les auteurs mêmes اضطرب كلامهم في مسئلة العمل بالخط ( *Tanḳīḥ al-fatāwa al-hindyya*, II, 18; 'Alā' al-dīn 'Ābdīn, *Ḳurrat 'uyūn al-aḫyār*, I, 77 ).

Pour présenter une idée suffisamment claire de leur enseignement, cadrant avec l'exposé de la doctrine malékite, nous reprendrons la distinction entre les actes notariés, et, en général, les actes qui se présentent sous la forme d'une déposition, d'une part, et, d'autre part, les actes émanés des parties elles-mêmes et rédigés par elles.

I. — En ce qui concerne la première catégorie, le principe est affirmé rigoureusement : l'acte contenant les dépositions des témoins ne peut rien prouver par lui-même, il faut que les témoins reprennent leurs dépositions, oralement, devant le juge. D'après une opinion extrême même, il faut que les témoins aient entendu les parties exprimer oralement leurs volontés et qu'ils aient été portés expressément témoins des déclarations de ces parties. Une opinion plus libérale enseigne, cependant, qu'il suffit que les témoins aient constaté la rédaction de l'acte.

Mais, de la sorte, la question ne se trouvait pas résolue pour les actes dont les témoins sont disparus ou qu'il n'est pas possible, pour une autre cause quelconque, de faire comparaître. C'est alors que les auteurs hanafites admettent des exceptions au principe. Puisque, disent-ils, la raison pour laquelle l'écrit ne peut pas valoir comme preuve est tirée de la suspicion qui s'attache à lui, du fait de la ressemblance des écritures entre elle, de l'impossibilité de son identification, des possibilités de falsification, ce principe devrait être écarté toutes les fois que l'identification de l'écriture est possible et que l'hypothèse d'une falsification ne peut pas être envisagée. Tel est le cas des actes qui ne seraient pas restés entre les mains des parties mais du témoin lui-même, qui est un tiers dé-

sintéressé. Tel est aussi le cas des actes conservés dans les archives officielles, notamment, les archives judiciaires, (procès-verbaux محاضر) ou des actes dont une copie ou l'original se trouvent dans de telles archives. Si l'on considère la pratique très courante de la rédaction des actes devant les juges et leur conservation dans les archives judiciaires, on mesurera l'étendue de l'exception ainsi admise et les résultats satisfaisants qu'elle fournissait à la pratique[1].

II. — Le principe est affirmé aussi rigoureusement pour l'écrit rédigé par les parties elles-mêmes. Même si une personne reconnaît formellement l'écrit, même si elle dit : « Cette écriture est la mienne, c'est moi qui ai rédigé cet acte » mais refuse de se reconnaître débiteur, l'écrit ne pourrait pas valoir comme preuve contre elle[2]. « Même s'il existe une ressemblance évidente entre les deux écritures (celle du défendeur et l'écriture de l'acte), le titre ne pourrait pas servir de base à un jugement[3] ».

Mais si les raisons du principe sont celles indiquées plus haut on écartera ce principe dès que ces raisons n'existent plus, dès que la rédaction de l'écrit est entourée de garanties telles que toute possiblité de faux n'est pas à envisager raisonnablement. On admet cette solution par application du procédé d'argumentation du *istiḥsān*[4].

(1) V. *infra*, p. 89, n. 1.

(2) 'Alā'-al-dīn 'Ābdīn, I, 76 ; *Al-fatāwa al-hindyya*, IV, 167.

(3) Dāmād effendi, II, 192 (glose sur — ).

(4) Le istiḥsān est le procédé de raisonnement qui consiste à écarter une solution imposée par les principes théoriques pour lui substituer une solution commandée par l'utilité pratique (*cf.* Saraḫsi, X, 145).

C'est ainsi que l'on admettra la validité juridique des décisions des souverains portant nomination aux fonctions publiques البرآآت السلطانية et, par analogie, de tous les actes émanés de l'autorité supérieure, les actes conservés dans les archives des tribunaux[1], les « lettres du juge[2] », motif qui s'ajoute, quant à ces actes, à celui indiqué plus haut.

Cependant, le domaine de l'exception sera étendu aux actes ordinaires sous seing-privé. J'actionne mon débiteur en vertu d'un billet écrit de sa main ; serai-je

(1) La doctrine maintient, toutefois, une réserve : il faut qu'il s'agisse d'archives « anciennes » ; car c'est d'elles seules que le soupçon d'altération peut être certainement écarté et c'est seulement pour des actes « anciens » qu'on ne peut plus recourir à la preuve par témoins.

(2) On appelle lettre du juge ( كتاب القاضي ) l'acte renfermant la déposition d'un témoin entendu par un magistrat — qui n'a pas juridiction pour juger le litige mais qui a, seul, pouvoir d'entendre ce témoin — et envoyé au magistrat qui peut être saisi compétemment du litige. D'après une opinion, la lettre ne pourrait sortir effet que si elle est remise par des personnes qui témoignent qu'elle est émanée du juge qui a entendu la déposition qui y est contenue. Mais, d'après une opinion libérale, la lettre fera preuve par elle-même « sans preuve ( testimoniale ) بلا بينة » suivant l'expression des textes ( Ḳāḍiḫān, II, 539 ).

S'il s'agit d'une déposition entendue par un magistrat ou une autre personne qualifiée, sur commission donnée par le magistrat saisi du litige, une pratique admet contrairement à l'enseignement de la doctrine que l'acte contenant la déposition vaudra comme preuve par lui-même ( Ḳāḍiḫān, II, 353-354 ).

La validité des actes contenant une correspondance officielle est admise. *Cf.* le cas sur lequel raisonnent les auteurs : celui d'une lettre adressée par un magistrat au gouverneur ( Ibn Nujaym, VII, 5 ).

Un cas assez particulier est celui des lettres de *amān* امان, telles que les lettres par lesquelles une puissance étrangère demande un sauf-conduit pour ses sujets ; elles sont reconnues valables par elles-mêmes. Mais on justifie cette solution en disant que ces lettres ne comportent aucune obligation ( Ibn Nujaym, VII, 5 ).

considéré comme ayant fait la preuve de ma créance ? Une série d'arguments sont mis à contribution par la doctrine ḥanafite pour arriver à faire reconnaître à un tel acte une valeur de plus en plus générale.

Nous les exposerons à propos d'une des matières les plus importantes dans lesquelles un effet probatoire est reconnu à l'écrit, en matière commerciale. Suivant l'expression des textes, « l'écrit du banquier, du courtier, du marchand, vaut preuve خط الصراف والسمسار والبياع يعمل به »[1]. En effet, disent les auteurs, c'est une pratique générale chez ces catégories de personnes de constater leurs transactions par des écrits sous seing-privé, sans avoir recours à des témoignages. C'est là un procédé imposé par les nécessités du commerce, de la célérité de conclusion des transactions commerciales. Si l'on devait refuser toute valeur à de tels écrits, on porterait un grave préjudice aux rapports d'affaires entre particuliers. Il y a donc là une nécessité حاجة, ضرورة, dont il faut tenir compte. D'autre part, la suspicion qui s'attache à l'écrit, en général, doit ici être écartée : étant donné que la plupart des transactions commerciales sont constatées par écrit, on ne peut plus présumer que les contrats des commerçants ne sont pas sincères ; c'est une présomption contraire qu'il faut retenir ان المدار على انتفاء الشبهة[2].

(1) On entend par cette expression, aussi bien que les titres rédigés par les commerçants, les mentions de leurs papiers et registres. Mais il faut qu'il s'agisse de papiers et registres conservés par devers eux, sous leur garde personnelle. D'autre part, on spécifie bien que de telles mentions ne font preuve que contre le commerçant et non en sa faveur ( Ibn 'Ābdīn, IV, 491 ).

(2) 'Alā' al-dīn 'Ābdīn, I, 78.

Enfin, sur le terrain de la technique de l'argumentation juridique, on fera état de la coutume que, par le procédé du *istiḥsān*, on arrive, dans certaines circonstances, à faire prévaloir sur le droit strict, sur les solutions imposées par le *ḳiyās*[1]. Sans doute, dit-on, le principe imposé par le procédé du raisonnement par analogie — le *ḳiyās* —, commande le rejet de l'écrit, mais on doit constater qu'il existe un usage général suivant lequel les particuliers s'adressent mutuellement des écrits par lesquels ils se reconnaissent débiteurs et créanciers. Or, *il est bon* de ne pas contrarier un tel usage constant, mais au contraire de le consacrer d'autant qu'on ne peut plus présumer le faux dans des écrits qui, par le fait de cet usage constant et général, sont précisément employés dans un sens véridique[2]. Ainsi, la validité de « l'écrit du banquier, courtier, marchand », est admise unanimement par la doctrine.

Pour le surplus, il subsiste des controverses, et c'est dans ce domaine, en particulier, que règne une grande confusion. Cependant, on peut bien arriver à dégager un fil directeur, un principe qui semble avoir guidé les auteurs dans la détermination des cas rentrant dans le domaine de l'exception. Ce principe est

(1) On invoque, parfois, aussi, ces mêmes arguments en faveur des actes officiels ou contenus dans les archives officiels :
علة العمل بما في دواوين القضاة الماضين الضرورة وهنا كذلك فانه يتعذر اقامة البينة على ما يكتبه السلطان من البراآت لاصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور الوالي والقاضي وعامة الاوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته وامكان تزويرها على السلطان (Ibn ʿĀbdīn, IV, 489).

(2) Sarakhsi, XVIII, 172 et ss. ; Ibn ʿĀbdīn, IV, 489 et ss. ; Ibn Nujaym, VII, 4 et ss.

tiré, encore une fois, de la coutume et d'une présomption de véracité. Dans tous les cas où il s'agit d'actes rédigés suivant des formes qui sont employées couramment dans la pratique, on ne peut plus soupçonner les particuliers de faire usage de telles formes à des fins non-véridiques. C'est ainsi que l'on admet généralement que l'écrit rédigé suivant les formes d'usage des actes juridiques a valeur probante[1]. C'est l'écrit que l'on qualifie de مصدّر, معنون (*muṣaddar, mu'anwan*) ou de مستبين, مرسوم (*mustabīn, marsūm*). Tel est le cas de l'acte rédigé sous forme de lettre : « De telle personne à telle personne ; ceci dit, je vous dois telle somme d'argent[2], ou de la formule : « Je déclare devoir » ou de la formule : « La raison de la rédaction des présentes est qu'il s'est établi à la charge de... à l'égard de... la somme de...[3] »

Mais, une fois sur cette voie, les solutions libérales tendront à se généraliser. On admettra la validité des actes contenant quittances الوصول ; on admettra aussi que les registres et papiers d'une personne contenant une reconnaissance d'un droit à l'égard d'une autre font foi contre elle[4].

On trouve enfin dans les ouvrages de la dernière

(1) Ibn ʿĀbdīn, IV, 490 et ss. ; Ibn ʿĀbdīn, *Tanḳīḥ al-fatāwa al-ḥāmidyya*, II, 18; ʿAlā' al-dīn ʿĀbdīn, I, 74 et ss.; Sarahsi, XVIII, 172.

(2) من فلان الى فلان اما بعد فان لك علي من قبل فلان كذا وكذا درهما (Sarahsi, XVIII, 172).

(3) سبب تحريره هو انه ترتب . – ان في ذمتي لفلان

(4) C'est le cas d'une personne chez qui on trouve un sac sur lequel elle a inscrit une mention indiquant que ce sac appartient à telle autre personne (Ibn ʿĀbdīn, IV, 491).

époque une formule tout à fait générale, mêlée, sans doute, suivant les procédés traditionnels de rédaction des anciens auteurs, à d'autres solutions restrictives, — mais qui reste révélatrice du degré atteint par l'évolution des idées. On ne se contente plus d'admettre, par application du principe tiré de l'usage général, des solutions énumérées limitativement. Après l'indication de ces solutions, on avance une formule générale : « Et de même, tous les actes que les particuliers rédigent ( suivant les formes d'usage ) entre eux doivent valoir comme preuve en vertu de la coutume كذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف! Il appartient au juge de faire application de cette formule à tous les cas qui lui paraîtraient rentrer dans son domaine.

Par ailleurs, le domaine d'application de la preuve par écrit ne se restreint pas à quelques matières déterminées ; il s'étend aux biens, au statut personnel, ainsi qu'à « tous les droits سائر الحقوق » sauf les matières criminelles[2].

En cas de dénégation du débiteur, la preuve de la sincérité de l'écrit sera faite par la procédure ordinaire de la vérification d'écritures[3].

Le triomphe de l'écrit était ainsi, en dépit de partisans attardés des vieux principes, définitivement établi. On en trouve la consécration formelle dans un texte de droit positif moderne : la *Majalla*, qui avait

(1) Ibn ʿĀbdīn, IV, 490.

(2) في الطلاق والعتاق وسائر الحقوق ما عدا القصاص والحد . . . لانها عقوبات تدرأ بالشبهات ( Sarahsi, XVIII, 172 ).

(3) ان جحد وشهدت البينة انه كتبه او املاه جاز عليه (Sarahsi, *eod. loc.*).

porté codification du droit musulman tel qu'il se présentait dans son dernier état, dispose, notamment dans son article 1736, ce qui suit : « L'écriture et le cachet n'ont de valeur à eux seuls que s'ils sont exempts de tout faux et altération ». La forme négative du texte n'est qu'un hommage ultime à une tradition périmée[1].

Mais alors qu'allait-il advenir de la pratique notariale ? Si l'on considère que l'intervention notariale n'a pas essentiellement pour effet de conférer aux actes juridiques un caractère d'authenticité, mais simplement de leur assurer les avantages d'une bonne rédaction et des témoignages écrits, on peut se demander quelle utilité elle conservait alors que ces mêmes avantages pouvaient être acquis plus directement même, en dehors de cette intervention, par l'action exclusive des parties elles-mêmes.

Et, cependant, l'institution survivra. Des avantages pratiques considérables quoique accessoires continueront à s'y attacher et seront cause de cette survivance. Seuls, les notaires continueront à pouvoir fournir aux particuliers profanes les garanties d'une rédaction, matérielle et juridique, correcte de leurs actes juridiques. D'autre part, du fait de la participation de témoins à la conclusion de l'acte, il sera toujours plus difficile à son auteur de le dénier, tant que ces témoins ne seraient pas décédés ou disparus : ce serait en vain qu'il dénierait ses engagements, les témoins viendraient témoigner de leur réalité.

---

(1) Cependant, dans la pratique, on est resté fidèle à l'ancien procédé ; on fait apposer sur les actes sous seing-privé, à côté de la signature ou du cachet des parties, celles de deux ou plusieurs témoins. Survivance d'usages anciens, sans doute ; mais aussi garantie supplémentaire ayant pour objet de se ménager un surcroît de preuve.

## V. — La pratique notariale et les tribunaux.

Ce n'est pas seulement les *'udūl*, établis pour leur propre compte, qui exercent la profession notariale. En concours avec eux et suivant des modalités, en partie, différentes, les tribunaux se sont reconnu une compétence analogue. Sans doute, ce chef de compétence n'est pas indiqué dans l'énumération des attributions judiciaires, telle qu'elle figure dans les ouvrages de doctrine. Mais il est aisé d'en découvrir le principe dans la nature même du pouvoir judiciaire aussi bien que dans les règles admises en matière de preuve écrite.

Le juge est le gardien des intérêts privés, il est institué aussi bien pour sanctionner des droits contestés que pour assurer la conservation de droits qui, en dehors de toute contestation actuelle, requièrent protection. Il est naturel que ce juge prête aussi son concours aux particuliers pour leur fournir les moyens destinés à leur assurer la conservation de la preuve de leurs droits. Le juge remplit déjà cet office, d'une façon indirecte, par la qualité que son autorité générale lui permet de conférer à certaines personnes, établies comme « témoins *'udūl* » et pratiquant, en conséquence, la profession de notaires. Si de tels *'udūl* sont qualifiés pour dresser par écrit les actes juridiques, à plus forte raison le juge qui les a institués et qui continue, au surplus, à exercer le contrôle sur eux, devra-t-il

avoir qualité et pouvoir pour exercer le même office[1].

Dans le dernier état de l'organisation kadiale, nous voyons cette fonction notariale judiciaire en plein développement. Les greffiers des juges sont, en même temps et par le fait même de leurs fonctions principales, des notaires ; ils sont même appelés, dans certains textes, les greffiers-notaires الكتاب الشروطيون[2]. Les traités s'étendent sur les qualités qui sont requises des greffiers en vue de l'exercice adéquat de la profession notariale au profit des particuliers. Les modèles d'actes juridiques contenus dans les formulaires sont établis principalement à leur usage. Le passage des diplômes de nomination de magistrats, qui porte mention de leur pouvoir de désigner leurs greffiers, insiste sur les qualités qui doivent être requises chez ces greffiers pour le bon accomplissement de leurs fonctions lesquelles consistent, entre autres, à « rédiger les contrats », et à en conserver les documents[3]. Et lorsqu'un juge désigne un greffier, il mentionne expressément dans le diplôme de nomination la compétence de ce greffier pour la rédaction des actes juridiques[4].

(1) En conséquence, la doctrine même reconnaît au magistrat le droit de percevoir, à l'instar des notaires professionnels, une rémunération pour les actes qu'ils rédigent, parce que, dit-on, la rédaction des actes juridiques ne fait pas partie des obligations naturelles de leur fonction judiciaire (Ibn Ḳāḍi Samawāna, *Jāmiʿ al-fuṣulayn*, II, 153).

(2) Nuwayri, IX, 11 et ss.

(3) *Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 386.

(4) *Cf.* des documents de ce genre dans Rustum, *Materials for a corpus of arabic documents relating to the history of Syria under Mehemet Ali pascha*, V, 129.

L'intervention des tribunaux dans la rédaction des actes juridiques s'opère suivant deux modes très différents.

1. — Un premier mode qu'on pourrait qualifier de mode ordinaire ne présente aucune particularité intrinsèque qui distinguerait l'acte dressé en justice de l'acte dressé par un notaire ordinaire. La seule différence consiste en ce que l'acte est rédigé par le greffier du juge sous l'autorité de ce dernier. Pour le surplus, l'acte se présente exactement sous les mêmes apparences que l'acte rédigé par un notaire.

2. — Le deuxième mode comporte une intervention directe du magistrat ; et, dépassant les besoins de preuve des actes juridiques, il a pour objet de donner aux engagements que ces actes comportent le caractère de condamnations judiciaires. Il n'est pas indépendant du mode notarial ordinaire, mais se superpose à lui, pour le renforcer.

Le procédé consiste en un procès fictif. Il suppose qu'il existe déjà un écrit rédigé en la forme ordinaire des actes notariés, constatant les engagements des parties. Celles-ci se présentent alors devant le juge, à titre de demandeur et défendeur, produisent leur titre et demandent leur condamnation réciproque à l'objet même des obligations de chacune d'elles. Le juge fait comparaître les parties à son audience, entend leurs déclarations, vérifie et constate la teneur du contrat et des dépositions des *šuhūd*, qui y sont portés comme témoins, ces témoins renouvellent oralement leurs dépositions ; le juge déclare ces dépositions recevables et conformes aux prétentions des parties.

Le but principal de la procédure du procès fictif concerne le fond plutôt que la preuve. Il s'agit de transformer en des obligations sanctionnées judiciairement et, par conséquent, incontestables, en principe, entre les parties, des obligations contractuelles[1]. A ce point de vue, notre procédure présenterait une grande analogie avec la procédure moderne des jugements d'expédient.

Quant à la preuve, le procès fictif ne constitue pas un moyen d'authentification proprement dite. Le juge, en délivrant le document écrit contenant sa décision, n'agit pas en qualité de témoin qualifié accordant une certification officielle. En principe — et ceci est aussi vrai pour les jugements contentieux proprement dits — la preuve du jugement résulte exclusivement du témoignage. C'est la raison d'être principale de l'organisme des *šuhūd*, institué auprès de chaque tribunal : ces *šuhūd* ont précisément pour fonction de se porter témoins des décisions rendues par le tribunal. C'est pourquoi, toutes les sentences judiciaires commencent par la formule : « هذا ما اشهد على نفسه ceci est l'acte pour lequel il (le juge) a pris à témoins les *šuhūd* ». Et les jugements portent, comme les actes notariés ordinaires, les signatures de témoins.

(1) Sans doute, la décision du juge comporte, *in fine*, une réserve des droits des parties dont la formule consacrée est la suivante وابقى كل ذي حجة على حجته ou وابقى كل ذي حجة معتبرة على حجته Cette formule contient le principe du droit de chaque partie de revenir sur la décision judiciaire le jour où elle pourrait faire valoir un moyen nouveau contre elle. Mais la réserve dont il s'agit n'est pas propre aux décisions portant homologation d'actes juridiques ; on la rencontre même dans les jugements contentieux proprement dits (*Al-fatāwa al-hindyya*, VI, 163. وتركت المحكوم عليه هذا وكل ذي حق وحجة ودفع على حجته ودفعه وحقه متى اتى به يوماً من الدهر ).

En réalité, notre procédure n'ajoute rien, par elle-même, à la force probante des actes juridiques. Cette force résultera, indirectement, — comme pour les autres actes conservés dans les archives judiciaires — du fait que les actes juridiques, transformés en jugements, sont rédigés et conservés comme tels dans les archives du juge. La foi qui s'attache ordinairement aux actes quelconques conservés dans les archives judiciaires, en raison des garanties assurées de ce fait contre toute possibilité d'altération, s'attachera, pour les mêmes raisons, aux jugements, et, en particulier, aux jugements rendus ensuite d'une procédure contentieuse fictive.

Cette procédure n'est donc pas une procédure proprement dite d'authentification des actes juridiques. Une telle procédure ne paraît pas avoir existé dans la pratique du droit musulman.

IMP. ST. PAUL — HARISSA (LIBAN)