

ÉTUDES ORIENTALES.

SYSTEME LEGISLATIF

MUSULMAN.

M A R I A G E.

PAR LE

Professeur I. de NAUPHAL.

ST-PÉTERSBOURG.

Imprimerie TRENKÉ & FUSNOT, Maximilianovsky père ulok, № 13.

1893.

TOUS DROITS RÉSERVÉS.



Th 177

F-4055

DAR
z pozůstalosti p. prof.
JOSEFA VACKA

*1320/100
1893 177*

AVIS AU LECTEUR.

Les chiffres marqués entre parenthèse au cours de cette livraison ont pour objet de renvoyer à des notes explicatives ou justificatives qui seront publiées à part, dans un supplément général, à la suite du dernier fascicule.

Tous les passages du Coran cités dans cette livraison sont traduits par nous indépendamment de toutes les versions que nous possédons de ce livre. Partout où une parfaite exactitude était nécessaire pour l'intelligence de certains faits relatifs à l'histoire de l'Islam, nous nous sommes appliqués à serrer le texte arabe d'aussi près que les allures quelque peu exclusives du français nous ont paru le permettre.

Systeme législatif.

On comprend difficilement la législation des peuples musulmans si l'on ne tient pas compte des dispositions intellectuelles et sociales sous l'influence desquelles furent jetés ses premiers fondements. Succédant subitement, presque sans transition sensible, au régime du droit individuel sous lequel vivaient les Arabes païens, cette législation a dû nécessairement transporter, dans le domaine du droit collectif et social, l'esprit et les prétentions éminemment égoïstiques ou individuelles du droit personnel. Le nomade qui ne cherche ni ne trouve de protection pour sa vie, ni de ressources pour sa subsistance que dans les moyens que lui fournissent ses propres facultés, est tout naturellement porté à faire abstraction de tout rapport avec ses semblables, et à se considérer comme libre de tout lien de solidarité sociale avec eux. Il ne saurait même concevoir l'idée de la justice, qu'autant qu'elle est en relation immédiate avec ses propres intérêts, et en tant qu'elle reste renfermée dans la sphère limitée et toute close de son existence individuelle.

Les premiers auteurs musulmans, placés sous l'influence de l'enseignement purement empirique du Coran, et encore



tout imprégnés de l'esprit et des mœurs de leurs ancêtres nomades, n'avaient ni direction initiale rationnelle dans l'ordre des idées, ni encore une expérience sociale suffisante dans l'ordre des faits. Ils ne pouvaient distinguer entre les institutions appelées à régler la destinée de l'homme à l'état social et qui, par cela même, ne peuvent être ni altérées ni modifiées au gré de chacun, et les actions personnelles qui peuvent être modifiées en mille sens divers, à la seule condition d'être accomplies dans le champ d'action de ces mêmes institutions, et qui, pour cela même, n'ont pas besoin d'être réglées par des lois spéciales.

Pour des peuples plus avancés, qui possèdent une législation régulière, fruit d'un long passé d'expérience et de progrès, les institutions sociales s'imposent à tout membre de la société dans la plénitude de leur finalité rationnelle, c'est-à-dire dans la pleine mesure de la raison déterminante visée par le législateur, raison que le magistrat appelé à l'application de la justice ne doit jamais perdre de vue, ni surtout affecter d'en être inconscient.

Pour nous, par exemple, le législateur détermine lui-même la forme extérieure de l'institution, indique le signe expressif auquel on peut reconnaître la conformité de l'acte accompli à ses dispositions et à ses vues essentielles, en signale les conséquences légales et n'accorde d'effet ni à l'intention alléguée, ni à la parole prononcée, qu'autant qu'elles ont été en harmonie évidente avec les principes fondamentaux de cette institution.

Pour les musulmans, dont la législation est restée, nous le disions il y a un instant, fortement empreinte de cet esprit du droit nomade et éminemment personnel des races

sémitiques, en général, et des Arabes, en particulier, l'individu prévaut sur l'institution, ou, pour parler plus rigoureusement, l'institution n'existe que comme un fait de création instantanée, qui n'a lieu que dans le moment même où l'individu a voulu la produire par la toute-puissance de sa parole, et telle qu'il a voulu la produire ! Pour nous, par exemple, le mariage est une institution arrêtée, définie, *ayant un objet final indivisible* ; la formule qui la désigne, et qui est également définie, n'en est que le signe extérieur, et elle doit répondre à la nature et à la raison finale de l'institution. Pour eux, la formule est tout ; l'institution n'en est que la conséquence forcée, et cette formule crée l'institution en vertu de la seule propriété des termes dont elle est composée ; pour nous c'est l'institution qui s'impose à la formule et qui en détermine la forme et *l'acception* ; pour eux, c'est l'expression qui s'impose à l'institution, qui la modifie, qui la crée même et qui toujours, produit, des effets *adéquats à leur acception*, alors même que ces effets seraient contraires à l'objet direct et final de cette institution.

« Pour les musulmans, enfin, il suffit de prononcer la formule du mariage, l'eût-on prononcée par manière de plaisanterie, par erreur, voire même sous l'empire d'une contrainte matérielle irrésistible, pour que le mariage soit immédiatement établi et pour qu'il produise tous ses effets. 7 Il en est de même du divorce, de l'affranchissement, de la conversion à l'Islamisme, de la reprise de la femme qu'on avait répudiée, et de quinze autres actes des plus importants et dans lesquels la législation musulmane fait absolument abstraction de la chose même, pour ne considérer que la valeur magique des termes énoncés. Il semble, enfin,

que cette manière insensée de comprendre les desseins d'un Dieu législateur ait absorbé à elle seule toute la foi des musulmans et épuisé chez eux toutes les forces adhésives de la conscience religieuse.

Un légiste, auteur d'un livre de jurisprudence fort célèbre appelé „An-nahr“ „le fleuve“, évidemment soucieux de graver dans la mémoire les nombreux cas où la contrainte la plus violente n'affecterait en rien la validité des actes qui auraient été consacrés par la formule prononcée, eut recours au procédé mnémotechnique de la versification et cita ces cas, au nombre de vingt, en quatre mauvais vers dont voici la traduction.

«Forcer un mari à répudier sa femme; l'obliger à s'engager par serment à cesser toute relation sexuelle avec elle; lui faire prêter le serment par lequel un musulman s'engage à considérer, pendant un certain temps, tout commerce intime avec sa femme comme un crime d'inceste qui aurait été commis avec sa propre mère (*zihare*); le forcer à reprendre la femme qu'il avait répudiée (*mouraja'atte*); contraindre quelqu'un à épouser une personne déterminée; cohabiter avec une femme esclave, en vue de lui conférer la prérogative sociale de la maternité (*istilade*); contraindre le représentant du sang «le waly» d'abandonner son droit au talion contre le meurtrier qui aura commis son crime avec préméditation; forcer une femme d'allaiter un nourrisson, alors même que cet acte de violence aurait eu pour but de créer entre certains individus de sexes différents une parenté dirimante, et, par conséquent, de créer entre eux un empêchement au mariage; forcer quelqu'un de s'engager, par serment, à faire ou à ne pas faire une chose déterminée; forcer le mari

«à reprendre ses rapports avec sa femme malgré l'obligation qu'il se serait imposée, par serment, de s'en abstenir (*mouraja'atte*); contraindre quelqu'un à faire un vœu; accepter un dépôt; entrer en composition avec le meurtrier par préméditation, et lui faire la rémission de son crime moyennant compensation pécuniaire; forcer un mari à répudier sa femme, moyennant rétribution (*El Khoulou'h*); le contraindre à la répudier si tel fait, au choix du contraignant, se produit; forcer quelqu'un d'affranchir son esclave; d'embrasser la religion musulmane; de faire accorder l'affranchissement posthume à son esclave (*et — tadbire*); de faire une aumône ou un acte de charité; d'affranchir son esclave sous une condition posée par le contraignant. Voilà vingt actes bien comptés qui peuvent s'accomplir à la satisfaction de la justice même sous la pression de la contrainte».

Remarquons que ces vingt cas se réduisent en réalité à seize, attendu que certains d'entre eux, malgré leur distinction par quelque légère diversité de détails, peuvent se rattacher, par leur analogie ou identité générique, à l'un ou l'autre des cas déjà cités. (1)

L'esprit est saisi d'épouvante en face d'une pareille législation! Un monstrueux mélange de monocratie personnelle et d'annihilation de toute volonté humaine; l'oppression la plus effrénée, la plus odieuse, élevée à la hauteur d'un dogme jurisprudentiel, d'une loi, d'une religion même, devant laquelle la conscience, aussi bien que la tête, doivent s'incliner; le droit à l'injustice, à la tyrannie octroyé à tous contre tous, à la seule condition d'être exercé par le plus fort contre le plus faible; la justice enseignant l'injustice, acceptant tous ses actes et couvrant de son

manteau sacré les méfaits les plus odieux! En un mot, la dénégalion absolue, systématique, de toute idée de droit, d'âme ou de volonté; à la place de l'homme, des mots; à la place de la justice, la force; à la place d'une protection pour le faible, la sanction de la violence et de tous les abus dont il aura été la victime!! Voilà le tableau effrayant que présente cette singulière législation!

N'y a-t-il pas là des contradictions flagrantes de principes et de conclusions? Le droit individuel dégagé de tout rapport de solidarité sociale, tel qu'il ressort du fond même de cette législation, peut-il s'accorder avec ces doctrines qui suppriment jusqu'à la volonté même de l'homme et font de lui, de son âme, de sa liberté, de sa vie, l'objet passif et inconscient d'une sorte d'exorcisme que l'on opérerait en vertu de quelques paroles prononcées sur son corps? La contradiction existe, elle jaillit à chaque pas: mais elle est parfaitement explicable. Elle tient à des causes réelles et, à ce point de vue, elle n'est que la conséquence naturelle et logique des principes générateurs qui ont présidé à la naissance de toute cette législation. La doctrine de l'autonomie individuelle — c'est la tradition, c'est la vie nomade, c'est l'intelligence arabe encore incapable de saisir le rapport de la justice avec les divers phénomènes de la vie sociale. La doctrine qui élimine le libre arbitre, qui supprime la volonté, l'âme en un mot, le « moi » humain, c'est encore ce même passé, mais continuant sous une autre forme, c'est ce même Arabe que l'on venait de contraindre, par la force des armes, à se porter témoin que Dieu a envoyé Mahomet pour convertir les gens malgré eux; c'est ce même Arabe courant aujourd'hui le monde à la voix

de ses agresseurs d'hier, tuant et pillant sans merci, ou se tuant sans murmure pour forcer, à son tour, d'autres individus à porter ce même témoignage que d'autres individus plus forts que lui venaient de lui arracher! Lancés, subitement, au milieu d'une civilisation encore inconnue, et dans laquelle ils se sont précipités, le Coran dans une main et l'épée dans une autre, les Arabes devaient nécessairement se comporter, à la fois, en apôtres zélés et en brigands affamés de butin et de plaisirs.

A cette première phase de leur organisation, bien plus soldatesque que politique, quelle idée pouvaient-ils concevoir de la solidarité ou de la collectivité sociale? Le premier type qui s'offrit à leurs yeux, d'une agglomération d'hommes placés sous le régime omnilatéral d'un pacte où le droit individuel était astreint à marcher de conserve avec le droit collectif de la masse sociale, ne leur présentait, d'un côté, que l'image d'un peuple avili par la défaite et déjà dépeuplé, par cela même, de tout droit, et de l'autre, en reportant leurs regards sur eux-mêmes, celle d'une association de combattants victorieux acquérant tous les droits par la seule raison de la force et de la violence.

C'est à la suite de ce long passé de combats individuels que les anciens Arabes se livraient mutuellement pour l'acquisition des plus simples moyens de leur subsistance, et au milieu de ce présent également marqué par la lutte et la violence, que furent jetés les premiers fondements de la législation musulmane. Force et rapine dans le passé, force et rapine dans le présent, tel fut le principal facteur qui présida à la conception de la justice sociale chez les peuples musulmans, et qui constitua pour

eux l'unique source vive où ils ont puisé leurs inspirations législatives et les principes de leur morale.

Voilà pour ce qui regarde les origines du droit individuel conservé, dans la législation musulmane, comme unique fondement de la justice sociale. Quant à la doctrine qui tend à affecter l'intégralité de ce droit par sa tendance à supprimer le libre arbitre et à consacrer les effets de la violence, non seulement à l'égard de l'étranger insoumis, mais même entre individus professant la vraie foi, elle s'explique suffisamment, nous venons de le voir, par la genèse même de ce droit. Toute l'histoire de l'Islamisme, pour ce qui regarde les Arabes, ses fondateurs immédiats, se résume en ce trait aussi simple que constant : Un présent de conquête et d'apostolat est relié, sans solutions de continuité, à un long passé de rapine en quelque sorte organique, et de chevalerie errante. D'ailleurs la religion qui fait dire à son chef adoré : « *Dieu m'a ordonné de combattre les mécréants jusqu'au moment où ils diront : Nous témoignons qu'il n'y a point d'autre Dieu que Dieu, et que Mahomet est son prophète,* » qui a osé inscrire à la tête de son symbole ce dogme effrayant, le plus tyrannique et le plus paradoxal à la fois que les enivres du succès aient jamais inspiré à un esprit inculte et grossier, une pareille religion est assurément peu faite pour inspirer à ses adeptes un sentiment de délicatesse ou de respect exagéré à l'égard du libre arbitre et des immunités imprescriptibles de la conscience humaine. (2)

Si l'on peut faire d'un mécréant un musulman malgré lui, pourquoi, les légistes de cette religion ont-ils pu se demander, ne ferait-on pas de ce dernier un mari malgré lui ? Si le témoignage arraché par la violence suffit pour

attester un fait invisible allégué par un autre, et imputé à Dieu lui-même, pourquoi l'obligation qui aurait été prise en vertu d'un serment forcé ne suffirait-elle pas pour produire tous ses effets, tout comme si le serment avait été sincère et librement prêté ? Si l'Islamisme est un bienfait, et qu'il soit, par conséquent, légitime de l'imposer par la force, l'état matrimonial n'a absolument rien de répréhensible en soi, et c'est même un bien de l'ordre le plus élevé, etc. En raisonnant de cette façon on peut trouver dans chacun des actes contraignables une raison d'analogie qui légitime la contrainte. En effet le divorce libre, ou prononcé sous la pression de la contrainte, n'en rend pas moins la femme à sa liberté première qu'elle avait aliénée par le mariage ; (3) l'affranchissement, de quelque façon qu'il ait été effectué, aura toujours pour effet de rétablir l'esclave dans la condition naturelle ; la reprise des rapports conjugaux ramène la paix dans le ménage et fait revivre l'ordre normal des choses ; le serment obtenu par la contrainte aurait toujours pour résultat d'assurer la réalisation d'une promesse, et marquerait un sentiment d'hommage à la puissance providentielle et gouvernementale de Dieu, etc., etc.

Nous ne prétendons pas que les légistes musulmans aient effectivement employé de pareils raisonnements à la justification de ces doctrines ; nous reconnaissons que c'est là *en partie* — mais en partie seulement — l'œuvre de la critique, qui doit chercher tout, jusqu'à la raison de la déraison même, et qui trouve souvent cette raison sans autre direction que celle que lui fournit l'enchaînement fatal des erreurs humaines.

On peut, d'ailleurs, affirmer que des germes visibles

de cette misérable argutie se trouvent éparpillés dans les écrits des auteurs musulmans les plus estimés. (4)

En face d'une pareille conception du droit personnel et de la justice sociale, on est encore fort heureux de voir au moins poser quelques limites au principe de la contrainte qui aurait pu s'étendre, avec l'entraînement d'une même logique, à tous les actes de la vie sociale sans en excepter aucun. Les légistes se sont heureusement avisés de limiter la sanction de la contrainte aux seuls actes qui, à leur point de vue, ne sont point susceptibles de *rescision*. Nous avons vu que le nombre de ces actes est déjà assez considérable; en éliminant même quelques-uns d'entre eux déjà compris dans la définition de certains autres, on ne comptera pas moins de seize actes assez importants dont on peut obtenir la réalisation légale, même par contrainte, et qui produisent leurs effets, tout comme s'ils avaient été accomplis librement et avec un parfait discernement.

Les docteurs rangent dans la catégorie des actes susceptibles de *rescision*, et, par conséquent, au nombre des actes non contraignables, tout acte qui, après avoir été contracté sous le régime ou la forme synallagmatique, peut être annulé de plein droit du consentement mutuel des parties contractantes. Tels sont, par exemple, la vente, l'achat, le prêt, la location, le mandat, et, en général, tout acte portant sur un *fait d'échange ou de permutation a commodat* consenti entre deux individus en état de contracter légalement. On les appelle actes rescindables, *kabel-oul-faskh*, par opposition à une autre série d'actes appelés irrévocables, par la raison qu'on ne peut les annuler qu'à la suite d'une action formelle introduite par l'une

ou l'autre partie en infirmation de l'acte précédemment conclu, ou par un acte de désistement unilatéral, «*Iskate*», parce que cet acte ne peut être accompli que par l'individu seul en faveur duquel le contrat ou l'acte positif, qu'il s'agit de résilier, est censé avoir été conclu. Or tout homme peut renoncer à un droit en faveur de celui sur lequel ce droit est dû.

Le fameux *hadice*: «*tout est sérieux dans le mariage*», sur lequel les docteurs ont fondé la doctrine qui dispense de toute intervention de la volonté ou de l'intention dans un contrat de ce genre, peut bien avoir été forgé par quelque grave musulman, bien plus soucieux de faire ressortir l'importance d'un pareil acte, que de reconnaître un effet légal à la violence en matière de mariage. Il est, en effet, peu probable que ces paroles: «*Tout est sérieux dans le mariage, même la plaisanterie*» aient pu sortir de la bouche d'un homme qui avait épousé, en moins de sept ans, une vingtaine de femmes, qui en a répudié plusieurs avec non moins de diligence (5) et qui, enfin, a sanctionné le droit barbare du mari de répudier sa femme à volonté, on de lui donner autant de rivales qu'il lui plairait, pourvu qu'elles fussent de condition servile! Si c'est là ce qui en imposa à Mahomet et qui lui démontra le caractère éminemment *sérieux* des unions conjugales, il faudra convenir que le prophète arabe avait l'humeur par trop joviale, et qu'il prenait pour sérieux un engagement que des penseurs moins portés au badinage auraient peut-être traité de jeu d'enfants, ou, tout au plus, de mauvaise plaisanterie.

Quoi qu'il en soit de l'authenticité ou de l'origine de ces paroles attribuées au Prophète, on ne doit pas moins

déplorer la funeste influence qu'elles ont exercée, dans la suite, sur le développement systématique de la science du droit chez les peuples musulmans. Elles servirent de base à toute cette législation perverse relative à la contrainte et introduisirent ainsi, dès le début, un éternel élément de perturbation dans l'économie même de la science législative.

En validant les effets de la violence, la législation musulmane a dénaturé, du coup, jusqu'à l'idée de droit et fermé à jamais la voie à toute réforme ultérieure qui aurait pour base le respect du droit humain et la protection du faible contre la tyrannie du plus fort. Il était parfaitement naturel pour les légistes musulmans de penser que si la plaisanterie même dans le mariage ¹⁾ est considérée comme un acte sérieux, et légalement obligatoire, il doit en résulter, évidemment, que l'intention réelle n'est point nécessaire pour la validité de l'union matrimoniale. Donc quiconque dirait à une femme: je t'ai épousée — dût-il avoir prononcé ces mots par ironie, ou sous la forme d'un badinage évident, s'imposerait le même devoir, à l'égard de cette femme, que s'il s'était exprimé sérieusement, et que son intention fût de donner réellement suite à cette proposition.

L'intention n'étant plus regardée, à ce premier degré de la déduction, comme une condition essentielle, il en fut conclu que la valeur des paroles que l'on prononcerait à cette occasion était indépendante de la volonté, et que cette valeur réside tout entière dans le simple énoncé des termes.

¹⁾ C'est-à-dire dans la simulation d'un acte de mariage par pure plaisanterie.

Par une extension naturelle donnée à cette seconde déduction, il fut établi que l'étranger qui ignore le sens des paroles sacramentelles, l'homme même qui les profère dans un état d'ivresse, sans en avoir la moindre conscience, contracte, dans la plénitude de sa force, l'engagement que ces paroles expriment et que, par conséquent, l'autorité judiciaire aura le droit de le forcer à y donner suite. Mais ce n'est pas assez. Une logique d'aberration outrée a tiré de ces déductions successives une doctrine encore plus effrayante, qui a dû nécessairement donner lieu, dans la pratique, à des abus déplorables, abus que la réclusion préventive de la femme musulmane et sa privation absolue de toute participation à la vie sociale peuvent seules rendre moins fréquents qu'on n'a le droit de le croire. Les docteurs sunnites sont d'avis que si l'on contraint un homme, par un acte de violence irrésistible, par la torture même, à prononcer les mots magiques, c'est-à-dire la formule affirmative du mariage, et que la personne à laquelle elles sont adressées y réponde par la formule de l'acceptation, cet homme devient par cela seul passible de l'engagement que cette formule exprime, et le mariage sera considéré comme conclu de plein droit entre les deux parties.

Nous pourrions, fort heureusement, ajouter que, par un tempérament qui ne manque pas d'une sage prévoyance, la loi n'admet la validité du mariage imposé par la contrainte qu'à l'égard de l'homme seul. La femme ne peut être forcée à se marier à un individu déterminé que dans certaines circonstances qui seront signalées dans le cours de cette étude.

Toutefois, il faut remarquer que si les futurs conjoints, au lieu d'employer les paroles qui expriment directement

et au propre leur engagement, les remplacent par d'autres termes qui ne l'expriment que par figure ou par métonymie, l'intervention de la volonté libre ou de l'intention interne devient indispensable, et, dans ce cas, le mariage ne sera tenu pour valide que si le conjoint auteur de la forme métaphorique a, lui-même, interprété ses paroles dans le sens de ce contrat, ou si les circonstances concomitantes permettent de présumer que ces paroles ont été prononcées dans ce sens. Par exemple, s'il a dit: j'ai uni mon sort au tien, il sera requis à préciser dans quel sens il entendait effectuer ou réaliser cette union, mais s'il a dit: j'ai uni mon sort au tien moyennant une dot, ou simplement moyennant telle somme qu'il aura nommée, il sera censé avoir entendu contracter une union conjugale, et l'interprétation par lui des termes métaphoriques cesse d'être nécessaire, attendu que dans ce cas les expressions employées ne sauraient exprimer un autre acte que celui qui réclame la remise à la femme d'une certaine *valeur à titre compensatoire*, c'est-à-dire d'un don nuptial. Ajoutons que ce dernier acte constitue le principal trait extérieur par lequel se caractérise le mariage et qui, par conséquent, doit suffire à écarter toute équivoque à laquelle l'emploi de la forme métaphorique aurait pu donner lieu.

Il résulte donc de ce qui précède que dans le double cas réuni de l'emploi des termes métaphoriques et de l'absence de toute mention de dot, le mariage ne peut être présumé que par l'une des circonstances suivantes:

1° Si l'intention de l'affirmant de contracter mariage est manifeste.

2° S'il a lui-même interprété ses paroles dans ce sens.

3° Si les témoins affirment avoir *compris* ou entendu les paroles qu'il a prononcées dans le sens d'un engagement matrimonial.

Aucune des circonstances corroboratives, nous le disons encore une fois, n'est nécessaire dans le cas où les formules seraient composées de termes propres, ou de ceux que la législation musulmane considère comme tels, soit à cause de leur acception linguistique, soit à raison d'un usage prolongé et suffisamment avéré de la localité où ils ont été employés, soit, enfin, par certaines considérations d'ordre purement déductif et casuistique.

A raison de cette cause de défectuosité organique qui se rattache à l'origine même du droit musulman, la législation qui en découle présente *deux particularités* très originales qui la distinguent et lui donnent une place à part parmi toutes les productions de l'esprit humain. La première: elle attache une valeur qui tient du fétichisme aux termes employés. Les docteurs signalent, il est vrai, dans le torrent des expressions qu'ils passent en revue, celles qui seraient le plus adaptables aux vues initiales du législateur; mais ils le font bien plus en philologues chargés de l'explication des termes, qu'en légistes préoccupés de l'objet final qu'il s'agit d'établir; ils ne dédaignent ni ne se lassent de chercher, à propos de chaque contrat ou engagement légal, toutes les expressions dont le langage humain comporterait la formation, et assignent à chacune de ces expressions, ainsi imaginées et appréciées par avance, l'effet légal et tout particulier qu'elle a la propriété de produire. Au lieu, par exemple, de considérer l'acte juridique comme l'application directe d'une loi positive et indivisible, et de le soumettre, par cette raison, à une

procédure unique et également définie, en d'autres termes, au lieu de se rapporter, pour le choix de la forme, aussi bien que pour le fond, à l'autorité immuable de la loi, les docteurs font du justiciable lui-même un justicier ou un législateur absolu; de sa parole, une loi positive, et de son caprice ou de son ignorance, tout à la fois, le fond et la forme de la justice!

C'est surtout à propos des engagements appelés «*Iskate*» (acte de désistement) que ces bons docteurs donnent libre carrière à leur imagination erratique. S'agit-il, par exemple, du divorce, qui appartient à cette catégorie d'actes civils, ils se livrent à de véritables combinaisons de kaléidoscope pour nous enseigner de combien de manières diverses un homme qui n'est pas privé de l'usage de sa langue, peut répudier sa femme, et de combien d'espèces ou de variantes de divorces il peut se rendre justiciable, selon qu'il emploie telle ou telle expression (6) qu'il prononce tel ou tel vocable; (7) qu'il décline un mot de telle ou telle manière; (8) qu'il fait tel ou tel geste; (9) qu'il use de telle ou telle figure. (10) Ils s'acharnent ainsi à remplir ce tonneau des Danaïdes de toutes les combinaisons phraséologiques qu'un esprit en délire peut inventer. Les expressions les plus bizarres, les plus *saugrenues* trouvent leur place dans le fastidieux détail de cette sorte d'exorcisme juridique. (11)

Les légistes donnent, par exemple, ces mots: tu es répudiée une, deux ou trois fois, pour la formule légale ou typique du divorce simple, double ou triple; mais ils ne s'arrêtent pas là, et loin de tenir toute autre formule pour nulle, ils passent en revue, et s'appliquent sérieusement à commenter des formules du genre et de la portée

de celles-ci: «Si un musulman a dit à sa femme: tu es «répudiée d'une répudiation égale à la distance qui sépare «le point où nous sommes de la ville de Damas»! (12) la répudiation est simple, quelle que soit cette distance; la répudiation serait double, et positivement rien que double, s'il disait «tu es répudiée autant de fois qu'il y «a de la poussière dans le monde», mais il l'aurait répudiée triplement, avec non moins d'exactitude, s'il avait dit: «autant de fois qu'il y a du sable»; (13) la formule: «tu es répudiée autant de fois qu'il y a de poils sur le «corps du Diable» ne produit qu'un divorce simple; mais le divorce serait précisément triple si, à la place «des poils du diable» il avait pris pour terme de comparaison «*le duvet*» qui couvre *certaines parties* du corps de sa femme! (14) etc., etc.

Ce fatal défaut de distinction entre l'institution sociale, qui doit être invariable de sa nature, et les actions humaines qui peuvent varier, à la condition de rester dans la sphère légale de cette institution, a eu pour conséquence d'ôter à la législation musulmane les deux seuls traits qui marquent l'essence de toute autorité régulatrice: la stabilité et la précision.

Tout enfin, dans cette législation, est soumis aux caprices et aux passions de l'individu, tout, jusqu'à la règle qui devrait dominer ces passions et ces caprices, les réfréner ou les punir.

On peut donc affirmer avec une certitude absolue que l'une des principales institutions, celle qui porte dans ses flancs le germe de toutes les autres et qui sert de cadre à toutes les manifestations de la vie commune, le mariage, proprement dit, n'existe point chez les musulmans. Ce qui

existe, c'est seulement une formule qui, lorsqu'elle est prononcée, produit le mariage, comme il existe, à côté d'elle, une autre formule qui, lorsqu'elle est énoncée ou plutôt soufflée sur le mariage, détruit cette union et produit le non-mariage — „Je t'ai épousée, — voilà le mariage; Je t'ai répudiée, — voilà le démariage!“ Il n'y a point de concubinage, d'union illicite, de prostitution qui ne puisse se transformer en véritable mariage au seul souffle de ces trois mots, alors même qu'ils auraient été prononcés sans intention, inconsciemment, par inadvertance, ou sous l'empire d'une contrainte irrésistible ou d'une ébriété hébétante.

Voici l'image exacte, quoique virtuelle, d'une scène à deux tableaux et à deux personnages où l'on jouerait au mariage et au divorce.

Au premier, l'homme, supposé du rite malkite, s'adressant, même sans témoins, à une femme de même obéissance, dit: Je t'ai épousée pour telle donation nuptiale (minimum légal 6 francs). La femme, si elle est majeure, ou son tuteur, si elle ne l'est pas, répond: J'ai accepté. C'est le mariage parfait pour l'imam Malek, mais en quelque sorte morganatique pour tous les autres. Au second tableau, l'homme dit: Je t'ai répudiée. — La femme se couvre immédiatement le visage. — L'homme ajoutera: Voici de quoi fournir à ton entretien pendant la retraite du divorce (minimum légal suffisant, trente-neuf jours pour le temps de cette retraite et un ou deux francs par jour pour l'entretien ¹⁾).

¹⁾ Pour les Schafite le minimum légal est de 32 jours seulement. Le temps marqué dans notre texte est fixé d'après l'opinion des deux disciples Abou Yousef et Mouhammed. Pour l'Imam Abou-Hanifa le minimum légal est de 60 jours.

Le mariage est ainsi fait et défait dans l'espace de temps strictement nécessaire pour l'exécution matérielle de ces deux évolutions, qui, comme on vient de le voir, sont loin d'être fort compliquées.

La seconde particularité résultant de cette espèce de puissance magique attribuée à la valeur des termes, alors même que leur interprétation, dans le sens rigoureux de la lettre, serait manifestement contraire à l'objet de la loi, ce fut l'établissement, dans le sein de la société musulmane, et dès sa naissance, d'une sorte de lutte systématique et constamment ouverte entre la loi et l'individu dont elle a la prétention de régler la conduite. Le législateur et le justiciable présentent presque toujours, dans la législation musulmane, le singulier aspect de deux antagonistes animés de vues, d'intérêts et d'aspirations contraires, mais qui, cependant, s'entendent sur un seul point: Qu'au premier appartient le droit de commander, ou, plutôt, de *paraître* commander, et à l'autre, celui de *paraître* obéir; à l'un le droit d'enlacer son adversaire dans un réseau de prescriptions gênantes, et, à l'autre, de rompre, une à une, les mailles de ce réseau; au législateur, enfin, de renfermer l'individu dans la sphère d'un régime forcément collectif, et, à celui-ci, de chercher, à travers les fentes de ce régime, un passage par où il puisse regagner le grand désert, seul point de l'espace dans lequel il soit disposé à respirer à l'aise.

Cette situation est parfaitement explicable. Il est, en effet, fort naturel que des hommes, brusquement arrachés à l'état nomade, accusent sans cesse de fortes tendances à y revenir. Poussés vers leur nouvel état social par des forces d'incitation identiques à celles qui servaient d'unique

mobile à toutes les manifestations de leur vie à l'état nomade: la violence et la rapine, ils ne pouvaient voir dans la partie pratique de la religion qu'on leur imposait que la simple obligation de donner, sur une plus vaste échelle, un nouvel objectif à cet éternel mobile de leur activité vitale. De longues habitudes de liberté personnelle, sans autre limite que la force, sans autre contrôle moral que des rapsodies poétiques ¹⁾, ne pouvaient guère s'accommoder d'un régime où l'individu, jusqu'alors unique point vers lequel convergeait toute idée d'intérêt et de justice, devait disparaître pour faire place à une collectivité sociale encore à peine conçue.

Mais si, d'un côté, la législation qu'on imposait à des tribus nomades devait, par le seul fait du caractère limitatif de toute législation, gêner les instincts à demi-sauvages de ces tribus, elle ne pouvait, de l'autre, que flatter leur sentiment national et, surtout, satisfaire, dans une grande mesure, à cet esprit d'aventure, de lutte et de rapine si propre à leur race.

De ces deux courants contraires de tendance et de sentiment il s'est produit, comme la résultante de deux impulsions opposées, un attachement superstitieux à la lettre de la loi et, en même temps, une tendance systématique à lui donner le moins de prise possible sur les actions extérieures qu'elle a la prétention de régir. (15)

Pour légitimer cette constante négligence de tout objet

¹⁾ Chaque tribu chantait par l'organe de son poète les hauts faits de ses membres, se résumant presque toujours en exploits de guerre et surtout de violence et de rapine, et ravalait les tribus rivales en dénonçant les *pertes honteuses* de biens qu'elles avaient essayées des suites de leurs revers dans les combats.

final ou rationnel de la loi, les légistes musulmans se sont placés, à l'égard de la législation, à un point de vue qui, pour être judicieux en lui-même, n'en a pas moins donné lieu à des abus de déductions des plus déplorables. Partant de ce principe qu'ils formulent ainsi: *Al oubratou li oumoumi-l-lafzi la li khoussoussi-l-garad.* „ce qu'il faut considérer dans une loi, c'est le sens des termes dans toute l'extension possible de leur signification“ (c'est-à-dire — entendus selon l'une quelconque de leurs acceptions possibles — et non selon l'objet spécial que le législateur pouvait avoir eu en vue), (16) les légistes musulmans ont conclu que dans tous les cas (et c'est là précisément que se trouve le côté spécieux de leur déduction) ce que le législateur exige et, par conséquent, ce qu'il paraît être de son droit d'exiger, c'est l'obéissance pure et simple à la loi, et non l'intelligence exacte de la valeur étymologique de cette loi. La vérité de cette doctrine, une fois admise, s'intensifie à l'infini du moment où ce législateur est Dieu lui-même. Dans ce cas il devient d'obligation interne que l'obéissance soit fondée, pour tout ce qui concerne l'application de la loi, sur la qualité du maître suprême qui l'a édictée, et non sur l'autorité de l'entendement humain.

Il convient donc de dégager cette obéissance de toute opération intellectuelle qui, si elle était possible et propre à mener à une évidence parfaite, ferait du premier acte de la foi un fait d'adhésion subjective dictée par l'esprit particulier de l'homme, et non plus un acte de soumission à l'autorité de Dieu.

Pour arriver au résultat visé par les docteurs il faut, en thèse générale, faire abstraction du but rationnel de la

loi et borner la raison déterminante de la soumission au seul fait de cette autorité. Dans cette théorie la loi sera regardée comme parfaitement appliquée du moment où il s'établit, entre son expression en *langue arabe* et l'acte extérieur qu'elle est appelée à régir, une conformité littérale que le sens, soit *figuré*, soit rigoureusement *propre* des termes, permettrait de lui attribuer.

Phénomène de coïncidence vraiment curieuse! Rien n'égale l'engouement, l'enthousiasme sincère, profond, dominant des musulmans pour leur système législatif si ce n'est leur constante application à le dépouiller de toute valeur pratique. (17) Forcés à se former en société politique sous le régime d'une législation commune, ils ont (qu'on nous permette ce néologisme que nous hasarderons par analogie au mot moderne «*laïciser*») ils ont *nomadisé* cette législation et rétabli l'individu sur les fondements mêmes de ce régime qui prétendait l'arracher à son individualisme et faire de lui une partie intégrante d'un tout collectif et, en quelque sorte, indivisible. Que le législateur fasse des lois tant qu'il lui plaira, il n'en sera guère plus avancé! Grâce à l'abondante homonymie des termes arabes, on pourra toujours interpréter ou appliquer ces lois, non seulement selon le sens que leur objet rationnel ou final semblerait indiquer, mais encore selon n'importe quel sens qu'il serait possible, ou plutôt qu'il ne serait pas absolument et matériellement impossible de donner à l'un ou à l'autre des termes dont elles sont formulées.

Ainsi, par exemple, l'homme qui a juré de dîner avec une bête, et même avec une bête de la vile espèce, peut s'acquitter de son serment, selon la doctrine de Malek, en invitant, pour une fois, à sa table un juif ou un chré-

tien¹⁾. S'il a juré de ne plus *mettre le pied* dans un endroit déterminé, il pourra, sans parjure, s'y faire transporter sur le dos d'un autre. S'il a juré de régaler quelqu'un d'un repas de mille, ou qui coûtât mille dinars, il lui serait loisible de tenir son serment au prix de quelques dirhams, en offrant à son homme un simple morceau de pain, par exemple, qu'il aura acquis, ostensiblement, sous forme d'achat pour la somme de mille dinars, mais après avoir eu soin de se faire rendre par le vendeur, à *titre de donation entre-vifs*, tout ce qui a pu excéder la valeur vénale et réelle de cet aliment. D'après les légistes le pain en question aura été légalement et véritablement acheté au prix de mille dinars, et, par conséquent, l'acte accompli sera considéré comme l'ayant été en parfaite conformité avec les termes du serment. (18)

Une anecdote historique, reproduite par les légistes les plus distingués avec cette admiration de l'artiste placé en face de quelque chef-d'œuvre de son art, achèvera de donner un relief tout particulier à la nature de cette lutte engagée entre la loi et l'individu placé sous l'empire de son action. (18 bis).

Dans un moment où Réchid et son vizir Giafar se trouvaient sous l'excitation d'une de ces fréquentes et abondantes libations auxquelles ils avaient l'habitude de se livrer en commun, le Khalife dit, *ex-abrupto*, à son principal homme d'Etat: Il m'est revenu que tu viens de faire l'acquisition d'une jeune fille fort belle. Je désire

¹⁾ Selon l'Imam Malek les mots arabes s'interprètent juridiquement d'après le sens qui leur a été donné ne fût-ce que figurément dans le Coran. Or il est dit dans ce livre que, aux yeux de Dieu, les plus vilaines bêtes de ce monde ce sont les mécréants. VIII, 57.

l'avoir en ma possession; vends-la-moi donc. — Jamais, répondit Giafar. — Dans ce cas, fais-m'en présent, reprit le prince. — Encore moins, répliqua l'obstiné vizir. — Que ma femme Zobéida soit triplement divorcée, s'écria le Khalife, si je n'ai cette esclave, soit par achat, soit par don.—Et moi, riposta Giafar, que ma femme soit également répudiée par trois fois, si jamais je te la vends ou que je te la donne!

Lorsque les fumées du vin se furent dissipées, ils comprirent dans quelle horrible difficulté ils venaient de s'engager. Il n'y a plus que notre Abou Yousef, se dirent-ils, qui soit capable de nous tirer de ce pas. On envoya au milieu de la nuit quérir, en toute hâte, le célèbre légiste. Voici, lui dit le prince des croyants, ce qui vient de nous arriver, et il lui fit le récit de l'incident des deux serments opposés.—Ce n'était que cela, exclama le grand casuiste! A la manière dont j'ai été amené ici, ajouta-t-il, je pouvais craindre quelque chose de plus grave; votre affaire est bien simple, reprit-il, et, s'adressant à Giafar, il lui dit: Tu n'as qu'à vendre au prince des croyants la moitié de ton esclave et à lui faire don de l'autre moitié; — tu n'auras, ainsi, ni vendu ni donné cette jeune femme, mais tu n'en auras pas moins satisfait aux vœux du Khalife ¹⁾. — Ce qui fut fait sur-le-champ.

¹⁾ La valeur juridique de ce biais est fondée sur cette doctrine jurisprudentielle que les conditions sont *indivisibles*, dans ce sens qu'une stipulation n'est censée exécutée que si elle l'a été intégralement et à l'exclusion d'une autre avec laquelle elle devait alterner. Exemple: Primus dit à Secundus: Je te donnerai cent si tu parcours telle distance à pied, et deux cents si tu la franchis à cheval. Secundus en parcourt la moitié à pied et l'autre à cheval. D'après le principe de l'indivisibilité des conditions, Secundus n'a droit à aucune compensation, attendu

Mais le Khalife, impatient de jouissance, désirait qu'il fût dispensé de l'attente légale qui s'impose à tout nouveau maître d'une esclave. (19) Trouve-moi, dit-il au célèbre docteur, une ruse (sic) qui me permette d'entrer, immédiatement, dans la possession de mon bien. — Qu'à cela ne tienne, répondit Abou Yousef, qu'on amène ici un esclave du Khalife et qu'on le mette en présence de la jeune fille. On obtempéra à cette demande. Que le Khalife, dit le docteur, ordonne à cet homme d'épouser cette femme. Réchid le lui ordonna; puis le juriste, s'adressant à l'homme, lui commanda de dire «Je t'ai épousée»; l'esclave obéit; ensuite, se tournant vers la femme, il lui souffla les mots «J'ai accepté» qu'elle répéta incontinent; maintenant, dit-il à l'esclave, que tu es marié à cette femme, rends service à ton maître et répudie-la (la femme esclave sortant d'un mariage contracté avec un homme de sa condition n'est point astreinte à la retraite de vacuité si, après la rupture de son mariage, elle cohabite, à titre d'épouse ou de concubine patronale, avec le maître de ce même esclave). Jamais, fit le nouvel époux enchanté de son sort, et jaloux de la garder indéfiniment. Réchid, alarmé de cette nouvelle difficulté, s'en prit à Abou Yousef et lui reprocha vivement d'avoir rendu sa position encore plus fâcheuse. Il faudra séduire cet esclave par l'argent, insinua le facétieux casuiste, qui savait, comme on va le voir, à quoi s'en tenir sur la solidité d'un pareil mariage. Le

que pour mériter l'une ou l'autre des deux rémunérations alternatives il devait franchir cette distance ou *seulement* à pied, ou *seulement* à cheval. Dans l'exemple cité de Réchid et de Giafar aucun parjure ne pouvait avoir lieu que dans le cas où la jeune esclave aurait été acquise ou aliénée *entièrement par voie d'achat* ou *entièrement* par voie de donation entre-vifs.

Khalife offrit à son esclave une forte somme d'argent, mais l'esclave refusa; il la doubla. — Pour rien au monde, répondit l'esclave, je ne répudierai cette femme. On tripla, on quadrupla la somme. — Une question, fit l'esclave, à qui de nous appartient le droit de divorcer? — A toi seul, affirma le légiste. Eh bien, dans ce cas, reprit l'esclave, il n'y a pas de somme, quelque forte qu'elle soit, qui puisse me décider à la divorcer. Le prince des croyants fut au désespoir. — Tranquillise-toi, lui dit le grand docteur, la chose est encore plus facile que tu ne crois. — Fais don de cet esclave à cette femme. — Je le lui ai donné, dit le prince aux abois. Abou Yousef, s'adressant à la femme, lui dicta la formule adhésive; *j'ai accepté*, répéta-t-elle. A ce mot, le docteur prit son air le plus solennel et déclara le mariage entre ces deux personnes légalement rompu; par la raison que l'un des époux venait d'entrer dans le domaine de l'autre! (20) Réchid, transporté de joie, remercia vivement le grand juge et lui témoigna sa reconnaissance en emplissant de pièces d'or la musette de la mule sur laquelle il s'était rendu au palais. Fier d'avoir sous son règne un savant si distingué, il exprima, assure le chroniqueur, le désir que les musulmans apprissent la jurisprudence à leurs enfants, attendu, faisait-il remarquer, que c'est le moyen le plus sûr d'arriver à la fortune et aux honneurs. (21)

Ajoutons que la race arabe est catégoriquement réfractaire à toute discipline extérieure. Elle peut se mouvoir dans un certain sens, agir avec énergie, accomplir même des actions d'éclat, mais à la condition que chaque individu trouve un intérêt personnel et immédiat à y prêter son concours. Elle peut former une agrégation d'individus,

mais jamais un groupe ou corps de citoyens dans le sens politique ou social du mot. Elle est incapable d'observer une règle commune, de se rallier à un pouvoir central, de se dévouer, par pur sentiment de patriotisme, à la chose publique. Dans les vastes solitudes du désert, dans les villes, dans les médressés, dans le sanctuaire de la loi, ce qui domine partout, c'est l'individu. La société prise collectivement n'a aucun droit. Dieu et l'individu musulman et, dans une certaine mesure, l'individu mécréant s'il est soumis à l'autorité musulmane, sont les seuls êtres capables d'avoir des droits, les deux seules personnes juridiques dont les intérêts soient susceptibles d'être mis en jeu. Mais chacun a ses droits, ses privilèges ou ses immunités absolument distincts de ceux de l'autre. (22)

La ligne de démarcation qui sépare la catégorie des droits divins de celle des droits qui appartiennent à l'individu n'est point susceptible de définition scientifique. Après avoir posé en principe que tout ce qui implique un échange d'avantages appréciable *en numéraire* est de droit humain, les légistes ont rangé, sans raison apparente, dans cette catégorie le droit au talion, en cas de meurtre prémédité, (23) et placé dans la sphère des droits divins le mariage, le divorce, l'affranchissement, la répression ou la punition de certaines injures verbales faites au préjudice d'un croyant et renfermant une imputation d'adultère ou de naissance adultérine, et, ce qui ne paraît nullement s'accorder avec l'énoncé du principe, le droit de sévir contre le vol (24) dont on a été la victime. D'après cette classification purement empirique l'homme qui imputerait faussement à quelqu'un un acte d'adultère, ou qui l'aurait qualifié, sans raison, d'enfant illégitime, com-

mettrait un délit contre le droit divin, et encourrait, par cela même, une peine correctionnelle absolument *irrémissible*, tandis que le meurtre prémédité n'affectant que le droit humain, reste, pour ce qui regarde le droit d'en tirer vengeance, exclusivement subordonné à la volonté discrétionnaire du représentant de la victime. (25) Le pardon de ce dernier, ou son entrée en composition compensatoire avec le meurtrier, emportent, de plein droit, l'acquiescement du criminel, et, dans ce cas, celui-ci reprendra sa place de citoyen paisible au sein de la société, et ne sera plus, dans aucun cas, inquiété par la justice du chef ou à raison du crime dont il aura ainsi obtenu la rémission!

Ainsi le criminel le plus endurci, qui aura obtenu, de cette manière, la rémission de son crime, échappe, au point de vue juridique, à toute action ultérieure, soit répressive, soit seulement préventive, de la justice!¹⁾

¹⁾ Il y a quelque temps un journal arabe de Beyrouth, en Syrie, racontait avec détail l'exécution d'un homme convaincu d'assassinat. On mena, dit cette feuille, le condamné à l'endroit désigné pour le supplice. La mère de celui qui fut la victime du misérable, suivait le funèbre cortège en poussant des cris de joie et en accablant d'injures l'homme qui allait expier son crime. Arrivé près de la potence le malheureux, qui remplissait l'air de ses sanglots, se jeta aux pieds de cette mère implacable et implora sa clémence. — Laisse-moi vivre, lui disait-il, et je serai toute ma vie ton esclave... Du sang, du sang, répliquait la mère — je veux te voir mourir. Le chef de la police offrit à cette femme de lui payer *le prix du sang* (environ 6,000 francs); il doubla même cette somme, et se porta garant de la promesse que le condamné lui faisait de lui servir d'esclave et d'expier, par le dévouement de toute sa vie, le crime qu'il avait commis. Du sang, répétait la mère, du sang et rien que du sang. La plupart de ceux qui assistaient à cette scène se joignirent à l'honorable policier pour implorer sa miséricorde, mais la mère de la victime resta inébranlable et repoussa toutes les offres. Enfin, voyant l'inutilité de ses efforts, le chef de la gendarmerie ordonna au bourreau

Nous trouvons inutile de démontrer le caractère antinomique de cette législation, et encore plus de signaler les terribles méfaits dont elle pourrait provoquer la conception ou faciliter l'accomplissement.

Il est évident que sous l'empire d'un pareil système de justice la vie de chaque individu se trouve à la merci de son représentant présomptif. Il suffit, en effet, à ce dernier, dans le cas où il lui conviendrait de supprimer son parent ou d'accélérer sa disparition, d'armer contre lui le bras d'un misérable à qui il aurait promis, sous la garantie d'une évidente communauté d'intérêt, de lui pardonner son crime.

Toutefois il n'est que juste de dire que, grâce à l'extrême absurdité de cette législation et, dans une certaine mesure, à ce puissant instinct de conservation qu'aucune législation, quelque défectueuse qu'elle soit, ne saurait annihiler d'une manière absolue, grâce, surtout, à cette inépuisable ressource qu'offre la science musulmane de pouvoir toujours éluder les lois les plus positives, quelques auteurs modernes — ne jouissant, d'ailleurs, d'aucune autorité scolastique, — sont d'avis qu'il est permis, dans certains cas, au pouvoir exécutif de prendre, par voie purement administrative, à l'égard des criminels à qui les ayants-

de passer la corde au cou du malheureux assassin et, après avoir renouvelé ses supplications, il ordonna, à la troisième expression d'un refus formel, que justice fût faite. Le bourreau hissa à la potence le misérable, qui expira au bout de quelques instants. La foule se retira, assure la feuille musulmane, pleine d'admiration pour cette loi sublime de l'Islam qui rend le représentant légal de la victime *maître de disposer de la vie des criminels* sur lesquels il a acquis un droit de talion (!!!)

Nous pouvons garantir que ces dernières paroles étaient sincères, et qu'elles ne renfermaient aucune teinte d'ironie ou de persiflage à l'adresse de cette singulière justice!

droit auraient accordé la rémission de leur crime, des mesures de précaution que pourraient leur suggérer l'expérience et leur sollicitude pour l'intérêt public, intérêt — il faudra toujours le rappeler — dont la justice n'a point à se préoccuper. Malheureusement cette latitude salutaire laissée à l'action du pouvoir administratif se trouve juridiquement et irrévocablement limitée par cette condition qui l'élimine presque en entier, à savoir : Que ces criminels ne seront, dans aucun cas, soumis à un châtement identique, ni même à un procédé de prévention génériquement analogue à celui qu'on eût dû leur infliger s'ils n'eussent pas obtenu la rémission définitive de leur crime!

Nous croyons pouvoir encore rattacher à cette funeste négligence de l'objet final et rationnel de la loi, ou de l'acte qu'il s'agit d'accomplir, le déplorable caractère d'incertitude qui prédomine dans la législation musulmane.

Malgré le ton tranchant, plein d'assurance et de présomption, tenant bien plus de l'oracle que du dialecticien, que prennent les légistes arabes depuis le 3^me siècle de l'Hégire; malgré ce pathos de leur exposition débordant de pompeuses arguties et s'appuyant, presque toujours, sur de nombreuses citations de hadices et de textes coraniques, on peut affirmer qu'en dehors d'un certain nombre de dogmes de pure théologie latrine et de quelques doctrines d'une vérité banale ¹⁾, on trouve rarement, dans

¹⁾ On se sent comme pris de vertige devant ce tourbillon de dialectique transcendante sans cesse tournoyant autour des doctrines les plus futiles, les plus stupides que jamais esprit humain ait imaginées. Des torrents de raisonnements sont dépensés pour déterminer, avec le plus grand sérieux, la syllabe précise d'une antienne ou d'un passage du Coran où il faudra élever la voix, celles où certaines lettres devront être, pour le salut des âmes, absolument retranchées; les parties de la barbe que

cette législation, une seule disposition qui n'ait été et qui ne soit encore l'objet d'autant de divergences d'opinion magistrale que l'école compte de docteurs autorisés. La diversité d'avis atteint souvent un tel degré d'intensité et de nombre que, dans bien des cas, la même question peut être résolue dans plusieurs sens différents et même contraires. (26)

Un mot résumera notre pensée à ce sujet : Il y a des légistes musulmans, mais il n'y a point de législation musulmane ! Il y a des auteurs qui paraissent savoir comment on satisfait à la loi; mais il n'y en a aucun qui sache, d'une manière positive, ce que c'est que cette loi.

l'on devra humecter d'eau pendant l'ablution et celles qu'on pourrait laisser à sec sans offenser Dieu. La pauvreté du fond ne le cède qu'à la prolixité de la forme et ce défaut est poussé à un tel point qu'on est presque tenté de soupçonner la bonne foi de l'auteur et de croire qu'il ne visait à rien de moins qu'à jeter du ridicule sur sa propre religion!

Du mariage.

Un principe fondamental régit la législation du mariage, lui donne son caractère islamique, et marque le côté saillant par lequel il se distingue du mariage chrétien. Pour les musulmans, le mariage, — sauf certains cas de pure forme, — est assimilé à un contrat de vente: L'acheteur c'est l'homme, le vendeur c'est la femme. La différence de fond qui existe entre les deux contrats consiste en deux particularités: la première est que le contrat de vente, proprement dit, donne droit de propriété sur la totalité de l'objet vendu, tandis que le contrat de mariage ne donne qu'un droit de jouissance partielle, nommé: *istihlal-oul-bid'y* et qu'on peut rendre en français par ces mots: *licitation des rapports sexuels: principalement* en faveur de l'homme, à raison d'une finalité initiale seule visée par la loi, et, *secondairement*, en faveur de la femme, qui en profite, elle aussi, mais seulement par voie d'*accommodement* relatif ou d'*adaptation* naturelle, déterminée par cette même raison principale relative au mari.

La seconde est que, malgré le caractère initialement

bilatéral du mariage, qui forme, selon les docteurs, un trait de similitude de plus avec la vente, le droit de dissoudre le mariage, soit par divorce, soit à titre gratuit, soit à titre commutatif, appartient au mari seul, qui peut l'exercer à son gré extrajudiciairement, c'est-à-dire de plein droit et sans aucun motif légal.

Pour des raisons évidemment tirées de la conformation physique de la femme, aussi bien que de l'assimilation du mariage à un contrat de vente, assimilation fondée elle-même sur cette même conformation, c'est-à-dire sur le rôle absolument *passif* de l'organisme féminin, la femme est mise, sous le rapport de la jouissance sexuelle, dans un état de subordination absolue à la volonté de son mari. En conséquence de cette disposition principière, le mari peut en tout temps exiger de sa femme une abstention complète de tout ce qui pourrait entraver, arrêter ou seulement suspendre l'exercice de cette volonté. On déduit de ce droit à la jouissance discrétionnaire acquis au mari, l'obligation pour la femme, non seulement de se réserver à celui qui s'en est rendu le propriétaire légal — en d'autres termes — de rester fidèle à son mari, mais encore de ne point éveiller, par l'aspect de sa personne, le désir de la jouissance chez ceux qui n'y ont pas droit.

A cela près, tous les droits et les capacités civiles de la femme restent réservés et en dehors de toute action maritale. Elle peut déposer en justice, disposer de ses biens, embrasser un état, prendre des engagements civils en tout genre, tester, accepter un don, etc., etc., sans avoir besoin du consentement du mari, et même à l'encontre de son consentement.

Il ne faut pas, cependant, se méprendre ni sur la na-

ture de cette libéralité de la loi musulmane à l'égard de la femme, ni sur la portée d'une pareille concession dans le domaine pratique de la vie conjugale. Loin d'être l'expression ou l'affirmation d'une parfaite égalité de droits entre les deux sexes, cette apparente indépendance de la femme musulmane n'est que la conséquence inéluctable de la situation matrimoniale singulièrement désavantageuse qui lui est faite par la loi. La polygamie et la facilité illimitée du divorce rendent impossible la confusion des intérêts des deux époux et les obligent à rester, sous les rapports civils, entièrement étrangers l'un à l'autre. D'un côté, l'excessive dépendance de la femme en tout ce qui concerne les autres rapports de la vie intime, rapports très élastiques de leur nature et éminemment susceptibles d'exagération, et de l'autre la crainte du divorce dont elle peut être atteinte à chaque moment de sa vie et à tout propos, absorbent tous ses droits et en rendent la possession, par la difficulté de les exercer, absolument dérisoire.

Mahomet, à qui on ne saurait contester un certain sentiment de sollicitude pour le sexe faible, a introduit trois sérieuses améliorations dans la condition sociale de la femme. Il a limité à quatre le nombre des épouses, imposé quelque restriction au droit du divorce et admis les femmes, dans une assez large mesure, à hériter de leurs parents, même concurremment avec des héritiers mâles. (27) Cette dernière réforme est incontestablement la plus importante de sa carrière législative. On peut, d'ailleurs, affirmer que ces trois innovations forment, à différents degrés d'équité et de bienfaisance, l'unique œuvre réformatrice du prophète arabe dans le domaine de la vie sociale. Malheu-

reusement pour l'Islamisme, cette tendre sollicitude qu'il a presque constamment témoignée à la femme n'a pas été sans mélange avec un autre sentiment d'un ordre moins élevé, et qui a troublé dans leur source les intentions pures du législateur, et imprimé à sa meilleure œuvre le cachet d'une forte et dominante préoccupation de ses penchants personnels. Une sensualité exagérée, et qui paraissait s'être accrue avec l'âge, mettait à côté et souvent au-dessus du réformateur, le mari déjà quinquagénaire et toujours anxieux du sort de cette turbulente félicité qu'il avait l'habitude de chercher au milieu de son immense harem! Une simple jalousie, unie à un tempérament excessif l'emportèrent sur ce sentiment de haute équité dont il avait donné d'aussi gracieuses preuves envers les femmes. Un mouvement, enfin, d'inquiétude irritée, qu'un incident des plus ordinaires venait de lui inspirer et que nous allons rappeler succinctement, a suffi pour le déterminer à décréter, d'un trait de plume, la dégradation légale de la femme, à fermer, à jamais, pour elle la voie du progrès et à faire perdre aux futures sociétés musulmanes sa gracieuse et providentielle influence.

Voici en quelques mots l'histoire de l'incident qui a donné lieu à cette terrible et funeste destruction de tout rôle social pour la femme musulmane.

Un jour qu'il avait donné un festin à une nombreuse compagnie à l'occasion d'un nouveau mariage qu'il venait de célébrer, Mahomet fut très irrité de voir ses invités s'attarder après le repas à causer avec ses épouses, dont le nombre, déjà assez considérable, venait de s'enrichir de la belle et sémillante Zeynab, ci-devant femme de son fils adoptif Zeyd! Il communiqua dès le lendemain, à ses

invités de la veille, une loi que l'ange Gabriel était descendu la nuit même pour la lui apporter. Cette loi prescrivait de mettre, désormais, en état de claustration absolue toutes les femmes attachées à la couche du Prophète, et ordonnait aux hommes, à moins qu'ils ne fussent apparentés avec elles au degré dirimant, de ne plus leur parler que si elles étaient *soustraites à leurs regards par un voile ou une cloison* (27 bis).

Il est évident que dans ce sens l'Islam a rabaisé la femme bien au-dessous de la situation légale que le paganisme barbare lui-même lui avait reconnue.

Les passages du Coran qui ont trait aux femmes de Mahomet forment, par l'extrême évidence de leur adaptation à ses intérêts mondains ou apostoliques, à ses goûts et jusqu'à ses habitudes et ses préférences individuelles les plus intimes, un véritable monument historique dans la vie du Prophète, et reflètent l'image exacte de sa double personnalité d'homme privé et de législateur public.

Le passage auquel nous venons de faire allusion mérite, à plus d'un titre, l'attention du lecteur; il est, pour ainsi dire, palpitant des angoisses et des exaspérations du moment; il nous révèle, d'un côté, les terreurs séniles que le mari brisé par l'âge, et redoutant des séductions ou des entraînements qu'il n'était plus dans son pouvoir de combattre, devait éprouver au moindre contact, avec le dehors, de son nombreux troupeau de femmes et, de l'autre, cette gracieuse sollicitude avec laquelle Dieu intervenait si fréquemment jusque dans les détails les plus vulgaires du saint et populeux ménage de son prophète.

Nous devons toutefois reconnaître qu'on ne voit dans ces moyens, auxquels Mahomet avait recours pour défendre les

abords de la sainte et vaste bergerie féminine qui lui était consacrée, ni la marque d'un esprit hypocrite qui cherche à cacher son jeu, ni le symptôme de ce sensualisme outré dont on l'a tant accusé. Il n'y avait là — du côté de l'Eternel selon les grands docteurs de l'Islam — que la conséquence toute naturelle de l'amour exceptionnel qu'il avait pour son cher et dernier messenger, et, du côté du Prophète, rien qu'une humble et touchante résignation à la volonté du Maître adoré. Dieu a trouvé juste de distinguer son favori en lui accordant, dès cette vie, une partie des joies qu'on ne devrait, en règle générale, goûter que dans le ciel.

Cette manière d'envisager la polygamie en quelque sorte illimitée du Prophète fait tomber l'assertion de la critique que c'est grâce à l'extrême simplicité des Arabes qu'il a été possible de leur imposer, sans trop soulever leur indignation, une religion dont une notable partie de ses dogmes est destinée à servir de brevet de licence illimitée à l'homme même qui s'en est rendu l'organe, et qui devait apprendre à ce peuple la vertu de la résignation et l'art de maîtriser ses passions!!

Voici le passage en question :

« O ceux qui avez cru, n'entrez jamais dans les maisons du Prophète à moins que vous n'y soyez conviés à un repas (dans ce cas entrez-y) sans regarder sa vais-
« selle (littéralement son vase, ou son récipient), (c'est-à-
« dire sans jeter des regards indiscrets sur ses femmes),
« mais lorsque vous y êtes appelés, entrez-y, et lorsque vous
« aurez eu mangé, sortez-en, chacun dans sa direction,
« sans vous laisser distraire (de ce devoir) par le plaisir
« d'une causerie (que vous auriez engagée avec les femmes
« de la maison), cela (c'est-à-dire la conduite contraire à

«laquelle vous êtes coutumiers) offensait toujours le Prophète, mais il rougissait (стыбнялся) de vous le dire — «or Dieu ne rougit pas de la vérité. S'il vous arrive «d'avoir à leur demander quelque ustensile (c'est-à-dire «quelque objet relatif au service du repas), faites-le derrière une séparation qui les dérobe à vos regards. Cela «(une pareille manière de se comporter) serait plus propre «à maintenir dans la pureté vos cœurs et les leurs. Vous «n'avez pas le droit d'offenser l'apôtre de Dieu, ni d'épouser jamais celles d'entre ses femmes avec lesquelles il «aura consommé le mariage. Cela serait aux yeux de Dieu «un grand crime. Que vous manifestiez vos desseins, ou «que vous les cachiez, Dieu sait tout! Elles (évidemment «les mêmes femmes du Prophète) peuvent se montrer «(sans commettre un péché) à leurs pères, à leurs fils, «à leurs frères, à leurs neveux des deux lignées, à leurs «femmes (sans doute les femmes attachées à leur service «particulier) et à leurs esclaves. (28) XXXIII, 53, 55.

La faculté laissée, dans ce passage, aux femmes du Prophète de montrer leur visage à *leurs propres servantes*, semble exclure de cette faveur toutes celles d'entre les femmes étrangères qui ne seraient pas dans cette *condition*. Cependant jamais la société musulmane ne paraît avoir entendu ce passage dans le sens de cette exclusion. Quelques restrictions sous ce rapport furent, à la vérité, imposées, par les légistes postérieurs, au droit de la femme non musulmane qui pourrait se trouver en contact avec la femme croyante; mais ces restrictions ne portent que sur certaines parties intimes ou secrètes de cette dernière, lesquelles seules doivent être préservées des regards profanes d'une mécréante.

Que conclure donc de cette étrange insertion des servantes dans le nombre des personnes devant lesquelles les femmes du Prophète peuvent paraître à visage découvert?

Nous croyons qu'il faut prendre ce passage au pied de la lettre, et admettre que l'auteur avait réellement voulu limiter cette faveur aux seules servantes de ses femmes. Nous croyons que ce fut là le premier éclat d'une colère que l'événement avait allumée dans le cœur du Prophète.

Saisi, en face de l'incident que nous avons rappelé, d'un soudain et violent mouvement de jalousie, Mahomet n'eut qu'une idée : cacher désormais ses femmes à tous ceux qui pourraient les lui disputer, interdire l'accès du gynécée prophétique à tout étranger, sans distinction de sexe — en d'autres termes, mettre en sûreté cet encombrant et fragile trésor de sa félicité terrestre (29), non seulement contre les tentations directes des hommes, mais encore contre les femmes qui pourraient porter des messages d'amour ou des paroles séduisantes dans le sein même de son cher et attrayant paradis, *le seul* jugé digne de ses bien aimés croyants par sa sainte et frappante ressemblance, *en miniature*, avec celui du ciel.

Il est évident qu'il ne s'agit jusqu'ici que des femmes du Prophète, desquelles seules il pouvait être jaloux à tant de raisons diverses d'âge, de tempérament et d'intérêt personnel. Quant à la claustration générale, telle qu'elle a été pratiquée dans la suite par toutes les sociétés musulmanes, on peut affirmer qu'elle n'a été nulle part décrétée dans le Coran d'une manière positive. Tout prouve, au contraire, que cette mesure de police maritale était restée longtemps limitée aux seules épouses du Pro-

phète, et qu'elle constituait, à leur égard, une sorte de *privilege d'honneur* par lequel elles se distinguaient des autres personnes de leur sexe¹⁾.

On peut citer à l'appui de cette opinion le fait historique suivant :

Mahomet avait épousé une femme nommée Koutaïla, veuve ou répudiée d'un certain Kaïsse ben Madi Karab.

Quelques jours avant sa mort — les historiens musulmans se gardent bien d'en chercher les raisons — Mahomet déclara à sa nouvelle épouse qu'elle avait le choix de rester attachée à lui dans les liens du mariage, ou de disposer librement de sa personne. Koutaïla préféra ce dernier parti. Elle épousa, peu de temps après la mort du Prophète, un individu de Hadramoute, nommé Akrama. Abou Bekr, alors khalife, indigné de cette profanation de la couche prophétique que le Coran avait expressément interdite, résolut d'infliger un châtement exemplaire à l'épouse oublieuse de son caractère sacré, et ordonna de mettre le feu à sa maison, entendant la brûler ainsi toute vive dans les flammes de sa propre demeure. Omar, le futur khalife, qui connaissait une aventure intime arrivée à cette femme, l'en détourna, en lui représentant que Koutaïla ne pouvait pas prétendre à l'honneur de compter

¹⁾ Telle est la force du préjugé religieux et de son influence sur les instincts les plus profonds de la nature humaine, qu'en Orient les femmes musulmanes, tout en convoitant du fond de leur âme le sort des femmes chrétiennes, paraissent néanmoins sincèrement fières du fait de leur claustration. Elles regardent cette sorte d'éternelle captivité sociale dans laquelle se passe leur vie comme une faveur qui leur a été octroyée, précisément pour les distinguer de ces femmes mécréantes que leurs seigneurs et maîtres n'ont pas estimées assez dignes d'être si *précieusement renfermées* et si soigneusement soustraites aux regards indiscrets de l'étranger.

parmi les «*mères des croyants*»¹⁾ attendu que le Prophète n'avait ni commercé avec elle, ni ordonné *que la mesure de la claustration lui fût imposée*. (30)

Cette dernière raison rappelée par Omar ne laisse aucun doute sur le caractère, jusqu'alors exceptionnel, de la claustration mentionnée dans le Coran. Il est évident que dans l'opinion, au moins, des plus intimes compagnons de Mahomet, cette mesure n'était applicable qu'aux femmes du Prophète, et même à celles d'entre ces épouses avec lesquelles il avait eu des *relations maritales complètes*.

Mahomet avait, d'ailleurs, des prérogatives d'autorité et de jouissance qui ne devaient s'étendre, après lui, à aucun mortel. Plus tard la jalousie, et surtout les alarmes domestiques inséparables de la polygamie, ont pu inspirer la nécessité de rendre *générale* une mesure de privilège qui avait été établie en faveur *d'un seul*. Un haut exemple était donné; des passions et des nécessités identiques

¹⁾ Cette qualification donnée aux épouses du Prophète est fondée sur un passage du Coran dont voici la traduction à peu près littérale, avec les diverses nuances d'interprétation que comporterait le sens de l'adjectif comparatif «*Awïla*» du texte sacré :

«Le Prophète est plus digne ou plus apte (ou a plus de droit) à l'égard des croyants (c'est-à-dire à soigner leurs intérêts) qu'eux-mêmes. *Ses épouses sont leurs mères*» XXXIII, 6.

Ce passage présente une contradiction directe avec un autre de *date plus récente* et d'après lequel il n'y aurait d'autres mères pour les croyants que celles qui les ont engendrés réellement. LVIII, 2. Mais il est évident que le Prophète, envisageant toujours avec anxiété toute communication entre ses épouses et le dehors et redoutant, évidemment non sans raison, les dangereuses comparaisons que pourrait leur suggérer la condition d'autres épouses moins surabondamment *appareillées*, voulait, en établissant une sorte de parenté dirimante entre ses épouses et le reste des croyants, couper court, en les rendant d'avance sans résultat, à toutes les tentatives de séduction auxquelles ses femmes lui paraissaient encore accessibles malgré sa constante vigilance!

ou, pour le moins, analogues à celles qui dominaient l'esprit du Prophète, ont fait le reste.

Tous les autres passages du Coran qui ont trait à la conduite que les femmes auront à tenir au milieu de la nouvelle société ne paraissent avoir eu d'autre objet que de prêcher aux croyantes la chasteté, la décence et la modestie. Quant à l'obligation imposée aux épouses du Prophète de se dérober, d'une manière absolue, aux regards des étrangers, il n'en est question, pour ce qui regarde les femmes des croyants, que d'une manière partielle et considérablement mitigée, et cela même sous forme d'un conseil mis, à peu près, sur le même pied que celui qui leur est adressé relativement à la manière de tenir les yeux, ou à la façon de marcher sans trop faire sonner les ornements métalliques de leurs pieds. L'auteur du Coran recommande seulement à ces femmes, pour le cas où elles se trouveraient en présence d'hommes étrangers, ou hors de leurs maisons, de tenir cachés certains organes intimes de leur corps, nommément le sein, que le costume rudimentaire des femmes arabes laissait en évidence, et, dans tous les cas, de ne pas montrer certains ornements en bijouterie qu'elles avaient l'habitude de porter à nu, c'est-à-dire en contact immédiat avec le corps, tels que les bracelets qui ornaient le haut du bras près de l'aisselle et ceux que l'on portait à la cheville du pied. Il leur est recommandé de ne montrer de pareils ornements qu'à leurs maris ou à leurs proches parents, et de ne point découvrir, en public, les parties du corps sur lesquelles les yeux des hommes peuvent se porter avec convoitise.

Le Coran leur indique même la manière de corriger,

à cet égard, l'état débraillé de leur costume; il leur dit expressément de rabattre sur l'échancrure supérieure de la tunique les extrémités flottantes de leur *Khimar*. Ce mot, qui a été traduit par *voile*, signifie, au propre, une sorte de fichu qui servait, en tout temps, de coiffure aux femmes arabes; il était pour elles ce que le turban était pour les hommes: un simple couvre-chef uniquement destiné à parer la tête, tout en la préservant des ardeurs du soleil. Aucun dessein de cacher les traits du visage, pour les soustraire au regard d'un étranger, ne s'attachait à cette partie de l'accoutrement féminin. Il est, d'ailleurs, évident qu'en parlant de *Khimar*, l'auteur du Coran ne pouvait avoir eu en vue que cette partie de la toilette féminine qui existait déjà, et qui était en usage parmi les femmes arabes, alors qu'aucune loi ne les avait encore soumises aux rigueurs de la claustration musulmane.

Voici quelques-uns de ces passages:

«*Dis aux femmes croyantes de baisser leurs regards, de veiller à la pureté de leur corps (le mot du texte est intraduisible) de ne montrer de leurs ornements que ce qui est en évidence (c'est-à-dire les ornements qui se portent par-dessus leurs vêtements ou sur des parties du corps dont le découvrément n'est point considéré comme une nudité), qu'elles couvrent l'ouverture supérieure de leurs robes en y rabattant les pans de leur Khimar, et qu'elles ne montrent leurs ornements (portés à nu) qu'à leurs maris, à leurs pères, à leurs beaux-pères, à leurs fils, à leurs beaux-fils, à leurs femmes, à leurs esclaves et à leurs serviteurs qui n'ont pas encore atteint l'âge des passions, ou aux enfants mâles qui n'ont pas encore connaissance des parties intimes de la femme (c'est-à-dire*

les enfants sur lesquels la vue de ces parties ne produit aucune sensation libidineuse). «*Dis-leur, aussi, qu'elles aient à éviter de frapper la terre de leurs pieds dans l'intention de faire parade de leurs atours.*» XXIV, 31.

Cette dernière défense visait, très probablement, quelque manière de *coquetterie* propre aux femmes arabes et qui aurait consisté à remuer fortement le pied pour faire résonner les bracelets attachés au bas de la jambe.

L'exception admise pour les ornements portés sur les parties du corps qui pourraient rester en évidence, exclut de la manière la plus péremptoire l'obligation, pour ces femmes, de ne rien laisser voir de leur personne. En effet, à moins de prétendre qu'il s'agirait dans cette réserve de quelques ornements que les femmes arabes auraient eu l'habitude de porter par-dessus le voile, prétention que rien de ce que l'on connaît sur le costume des femmes arabes ne saurait autoriser, il serait impossible de concilier cette exception avec l'obligation pour la femme musulmane de ne paraître en public que couverte d'un voile.

Des trois réformes introduites par Mahomet dans la condition de la femme: la *limitation à quatre* du nombre des épouses; *certaines restrictions* imposées au droit du divorce et *l'admission des femmes à hériter* de leurs parents, les deux premières demeurèrent purement nominales et n'exercèrent aucune influence salutaire sur le sort des femmes. La faculté, accordée par le Coran même, de cohabiter avec un nombre illimité de femmes esclaves, de leur accorder la prérogative de la maternité, d'assimiler les enfants de celles-ci aux enfants issus du lit matrimonial proprement dit, sur la seule reconnaissance par *le patron*

de leur *filiation naturelle*, enleva à cette restriction toute valeur pratique, et ne laissa au mariage légal d'autre privilège sur la cohabitation concubinaire que cette distinction banale et si commode à éluder que dans le mariage la filiation des enfants s'établit de plein droit par le seul fait de l'état matrimonial, et que dans la cohabitation patronale la filiation ne peut s'établir initialement, c'est-à-dire la première fois, que sur la reconnaissance explicite du patron et, ensuite, *par voie de continuité*, ou de consentement supposé pour les fois suivantes, sur son silence, c'est-à-dire sur le seul fait de n'avoir pas contesté la filiation des enfants ultérieurement issus de ses rapports réels ou présumés avec sa concubine esclave.

Quant à la réforme relative au divorce, tous les Sunnites, à l'exception des Malkites, se sont, par degrés, affranchis des quelques restrictions que le Prophète avait imposées à l'exercice de ce droit.

Les légistes scolastiques, cette plaie de la société musulmane, appuyés sur un hadice attribué au Prophète ¹⁾, ont donné au passage du Coran qui a traité au divorce une telle extension, qu'ils en ont complètement dénaturé le sens. Par une interprétation manifestement absurde ils

¹⁾ Ce hadice est connu dans l'école sunnite sous la désignation de «hadisse, oul oussaïla» paroles du Prophète sur le petit miel. Les docteurs pensent que le mot «miel» mis au diminutif est pour indiquer implicitement que l'acte de la copulation *licitatrice* peut rester incomplet quant au degré du fonctionnement de l'organe masculin et quant au résultat fécondateur de l'évolution naturelle — c'est-à-dire que ni l'un ni l'autre de ces deux faits ne sont pas rigoureusement nécessaires pour donner à l'acte matériel de la copulation la vertu licitatrice qu'il importe de lui assurer: *satis est glandulam intrromettere maris in partes sexualis feminae.*

ont détruit, dans ce passage, la disposition limitative qui constituait le fond essentiel de son caractère et l'unique explication possible de sa raison d'être. Le divorce n'est plus, dans les trois principales écoles sunnites, qu'une simple question de mots.

Les Schytes, de leur côté, en consacrant le mariage à terme, «*el mita'a*», où le nombre des épouses n'est soumis à aucune limite, ont, à leur tour, enlevé toute valeur réelle au précepte coranique qui limite à quatre le nombre des épouses légitimes.

Le mariage est soumis à des conditions obligatoires, et donne lieu à l'observation de certaines pratiques tenues seulement pour méritoires et qui sont, à ce titre, conseillées par la généralité des docteurs.

A l'exemple des légistes musulmans nous commencerons par ces dernières: — les méritoires:

Il est méritoire que le mariage soit célébré dans une mosquée; un jour de vendredi; que le contractant masculin ait atteint l'âge viril; que les témoins qui assistent au mariage soient aptes à déposer en justice; que les noces soient rendues publiques; qu'elles soient précédées d'un discours convenable et *correspondant à la circonstance*; que l'homme ait vu sa future avant de s'engager avec elle dans les liens du mariage (si peu solides qu'ils soient). Il sera censé s'être suffisamment conduit d'après ce conseil s'il a pu obtenir de jeter, ne fût-ce qu'une seule fois, un regard rapide sur le visage et sur les mains de sa fiancée.

Remarquons en passant que cette autorisation ou plutôt cette tolérance relative à la faculté de voir le visage de sa future n'affecte en rien le droit de celle-ci, de se

tenir à la lettre de l'interdiction générale, et de se dérober au regard de son futur, mais, chose plus étrange encore, la loi permet à ce dernier d'user de quelques ruses pour voir ces deux parties du corps de sa fiancée. Toutefois cette permission n'est accordée qu'à bon escient, notamment si le mariage entre les deux personnes est légalement et moralement possible.

Il est également méritoire que l'homme soit supérieur à la femme sous les rapports de la naissance et de la fortune; mais il est méritoire que l'épouse l'emporte sur le mari sous le rapport des mœurs, de la piété et de la beauté.

Des noces pompeuses ne sont point réprochées, à moins qu'elles ne soient de nature à donner lieu à un désordre quelconque.

On place encore au nombre des actes méritoires les observances suivantes:

Que l'homme choisisse une femme qui n'exige qu'une dot modérée; de préférer une vierge à une veuve; que la femme ne soit ni trop grande ni trop petite; que, si elle était veuve, elle n'eût point d'enfants de son premier mari; qu'elle ne soit pas avancée en âge; de préférer une femme libre à une femme de condition servile, si l'on possède les moyens de pourvoir aux besoins, légalement plus étendus, de la première.

Le conseil concernant la préférence que l'on doit accorder à la vierge est fondé sur un hadice doit voici les termes propres: «Ayez toujours de la préférence dans vos choix pour les femmes vierges, attendu qu'elles ont «*l'haleine plus douce, le corps plus pur, le sein plus fécond et qu'elles sont moins exigeantes.*» (31)

J'ai à peine besoin de faire remarquer ce qu'un pareil hadice eût eu de déplacé dans la bouche de Mahomet. Nous savons que sur les 23 femmes avec lesquelles l'apôtre de Dieu contracta mariage, il n'y en avait qu'une seule de vierge, nommément Aïcha, fille d'Abou Bekr, qui, au dire de tous ses historiens, avait à peine six ans lorsqu'elle fut mariée au prophète ¹⁾, et aussi, mais moins sûrement, Marie la Cofte, dont le roi d'Égypte Moukaoukasse lui avait fait présent ²⁾. Khadija, sa première femme, laquelle, par ses richesses, son esprit et les avantageuses relations qu'elle sut procurer à son époux, fut une des principales causes de son succès, Khadija, disons-nous, à laquelle Mahomet n'osa jamais donner une rivale durant tout le temps qu'elle vécut, avait été deux fois veuve avant de s'unir au Prophète. Mahomet paraissait avoir pour elle une profonde affection. En tous cas il la respectait, je dirai même il la redoutait trop pour tenir, de son vivant, un pareil langage. Après la mort de cette femme, qui joua un si grand rôle dans la vie apostolique de son époux, la maison du Prophète devint le rendez-vous des veuves et en quelque sorte le refuge de femmes répudiées, dont plusieurs même avaient eu des enfants issus d'une union précédente. Il est donc, pour le moins, fort douteux que Mahomet ait donné un conseil dont il aurait lui-même fait si peu de cas.

C'est un phénomène fort remarquable dans la vie

¹⁾ Aïcha mettait au nombre des neuf principales distinctions par lesquelles Dieu l'avait honorée, celle d'avoir été la seule femme vierge que le Prophète ait épousée. (32)

²⁾ D'ailleurs Marie garda toujours sa condition d'esclave affranchie et ne fut jamais élevée à la dignité d'épouse.

privée de Mahomet que sur le nombre formidable de 31 femmes qu'il avait épousées effectivement, ou seulement fiancées sans avoir pu donner suite à ses promesses matrimoniales, une seule fût vierge. Le cas devient encore plus frappant quand on pense que cette *unique vierge* avait à peine six ans au moment de son mariage avec Mahomet et qu'elle était fille de son ami intime et son auxiliaire dévoué Abou Bekr, pour lequel aucun sacrifice en faveur de Mahomet ne devait paraître trop grand.

Faut-il voir dans la singulière persistance de ce fait l'indice d'une certaine propension de tempérament ou d'habitude à n'apprécier que le mérite des femmes pour lesquelles les ivresses des sens n'avaient plus ni *surprise* ni *mystère*? Le fait constant qu'il a traité Aïcha en épouse parfaite, alors qu'elle n'avait encore que neuf ans, ne permet guère de s'arrêter à une pareille hypothèse.

Il serait peut-être plus rationnel et, en tous cas, plus en harmonie avec les mœurs orientales, de ne voir dans la constance de ce phénomène que le résultat d'une dépréciation évidente des avantages personnels du Prophète. La virginité représente partout une qualité fort prisée. Elle relève la valeur de l'épouse, lui constitue un fonds de mérite réel et lui assure chez les Arabes un droit de priorité sur ses rivales qui n'avaient pas apporté cet avantage à leur mari. De plus, la virginité donne à la femme le droit de considérer comme un parti non assorti l'homme marié à plusieurs femmes. Aux deux circonstances qui ont rendu possible le mariage du Prophète avec la fille d'Abou Bekr: l'extrême jeunesse de Aïcha et le dévouement de son père aux intérêts de son prophétique ami, il faut encore ajouter le fait non moins important, non moins

explicatif, qu'à l'époque de ce mariage Mahomet venait de perdre son unique femme Khadija et qu'il n'avait jusqu'alors contracté aucune autre union matrimoniale.

Son âge, sa condition de polygame outré, ses infirmités ont dû faire de lui, dans la suite, un parti fort peu désirable.

Dans cette situation il était fort naturel que les veuves et les divorcées, naturellement plus accessibles à des maris de son espèce, formassent le seul contingent féminin au milieu duquel il lui fût possible de recruter le nombreux personnel de sa couche nuptiale.

S'il est un fait dominant dans la vie du prophète arabe, un fait qui frappe et édifie à la fois par sa persistance systématique, qui révèle un plan préconçu et poursuivi à travers toutes les phases de son existence, c'est assurément le constant empressement de l'Éternel à couvrir de la consécration divine, non seulement les intérêts majeurs de sa cause, mais encore jusqu'aux actes les plus indifférents de sa vie privée.

Lui arrivait-il, dans le trouble du moment ou dans les entraînements d'un intérêt réel nouvellement et inopinément surgi, de contredire un précepte qu'il avait précédemment imposé, il justifiait à l'instant cette contradiction par une nouvelle révélation tout fraîchement descendue du ciel pour déclarer que le premier précepte est *abrogé*, ou, ce qui est encore mieux, que Dieu l'a *effacé de la mémoire* du Prophète, afin de pouvoir le *remplacer* par un *autre, meilleur*. (33) De cette manière Mahomet mettait, par avance, à l'abri de la critique les contradictions auxquelles un défaut de mémoire ou une modification survenue dans les vues divines pourrait l'exposer et sauvait, tout en respectant la *dignité* divine, la *dignité* de sa propre mission.

Aussi une grande partie du Coran n'avait-elle eu d'autre

but, de l'aveu même des légistes, que de ratifier, par une sanction expresse de Dieu, une certaine série de décrets rendus par le Prophète en opposition à certains autres d'une date plus ou moins éloignée. (34)

Il est à remarquer que ces contradictions portaient souvent, non seulement sur des faits contingents, susceptibles d'être envisagés sous différents points de vue, suivant les circonstances du moment, mais encore sur des questions de doctrine et de vérités objectives sans rapport avec les accidents du dehors. (35) A une époque où le prophète arabe croyait devoir user de quelques ménagements envers les chrétiens et les juifs, Dieu lui faisait déclarer, solennellement, que ces deux peuples n'auraient absolument rien à craindre pour leur salut éternel; (36) que lui, Mahomet, a été envoyé pour confirmer l'authenticité et le caractère divin de leurs livres sacrés; (37) que sa mission se bornait à ramener dans la bonne voie les habitants de sa *ville natale* et de ses environs, etc., etc., (38) Mais à mesure que son autorité s'affermissait il lui était enjoint de s'écarter de ses premières déclarations, de vouer au feu éternel tous ceux qui refusaient de se ranger sous sa bannière, d'accuser les juifs et les chrétiens d'avoir falsifié leurs livres et d'assurer que Dieu lui a donné la mission de convertir l'univers, de le subjuguier même par la force des armes dont il a promis à l'Islam l'éternel succès! (39)

Avait-il, enfin, accompli quelques-uns de ces actes de sa vie privée qui soulevaient autour de lui des sentiments de surprise ou des rumeurs de réprobation, une révélation divine descendait, tout à propos, pour les justifier et pour imposer silence à ceux qui avaient osé les désapprouver. (40)

Un incident domestique, raconté par les chroniqueurs musulmans, fait voir quelle impression produisait sur le harem de Mahomet cette constante complaisance de Dieu pour les plaisirs les plus indiscrets de son envoyé.

Mahomet venait de *prendre possession* de la personne d'une femme appelée Khaoula bent Hakime sans avoir fait précéder cette union ou plutôt «cette prise de possession» d'aucune formalité ou cérémonie légale, ce qui souleva des rumeurs de mécontentement au milieu même de ses plus chauds partisans. Le Prophète déclara que cette femme lui avait fait présent de sa personne, et que sa *prérogative d'apôtre* l'autorisait à se contenter de cette forme. C'était, comme on peut le remarquer, abroger en faveur de soi la loi qui défendait les relations... extra-conjugales, et ne poser à ses privilèges prophétiques d'autres limites que l'adhésion volontaire des femmes qu'il lui plairait de choisir pour l'objet de ses caresses.

Khaoula était la quatrième femme que le Prophète obtenait par simple acte de donation de leurs personnes. (41)

Aïcha, qui, comme on pense bien, n'était pas parmi les moins scandalisées de cette nouvelle manière de prendre femme, s'écriait avec indignation: «Comment une honnête femme peut-elle ainsi se donner sans se couvrir de honte?» Mais Dieu, qui ne laissait jamais le Prophète longtemps dans l'embarras, lui expédia l'ange Gabriel avec la révélation suivante:

«O Prophète, nous avons rendu licites pour toi les femmes à qui tu as remis leurs salaires (c'est-à-dire que tu as épousées, selon la règle établie, moyennant une donation nuptiale arrêtée), celles que tu as possédées par

«droit de conquête (tes captives), tes cousines de toutes les lignées qui t'avaient accompagné dans ta fuite et toute femme croyante qui fait don de sa personne au Prophète; c'est là un privilège que nous t'avons accordé «à toi à l'exclusion de tous les autres croyants!» XXXIII, 49. (42)

Lorsque Aïcha eut appris cette suprême sanction donnée aux désirs de son insatiable époux, elle lui adressa ces paroles, où perce l'esprit fin et mordant de la favorite irritée: «A vrai dire, observait-elle malignement à son prophétique époux, je ne vois à ton Dieu d'autre occupation sérieuse que de servir tes passions», mot à mot «de courir après tes caprices». (43)

On ne rapporte pas la réponse de Mahomet, mais on peut la deviner. Maître dans l'art de faire vibrer à propos les cordes les plus sensibles de cette vanité enfantine, si particulière à la race arabe, il inspirait aux hommes les sentiments les plus enthousiastes en flattant leur orgueil national, et savait toujours ramener ses femmes à l'obéissance en incitant leur vanité féminine; — il disait aux uns qu'ils étaient le chef-d'œuvre de Dieu, la nation la plus noble qu'Il ait jamais mise sur la terre, (44) et aux autres que leur soumission absolue à sa volonté leur méritait le premier rang parmi les femmes du paradis céleste. (45) Il eut un jour la joie d'annoncer à sa femme bien-aimée Aïcha que l'ange Gabriel venait de descendre sur la terre chargé pour elle d'un salut amical de la part de l'Éternel. (46)

Enfin les docteurs sont d'avis que l'époux qui se trouve dans un état de gêne momentanée ferait un acte *méritoire* s'il empruntait de l'argent pour pourvoir aux besoins de

ses noces, ou aux premiers frais d'un établissement matrimonial.

Nous soupçonnons dans ce conseil des vues économiques tendant à faciliter les mariages, en écartant, autant que possible, les obstacles de caractère pour ainsi dire aigu qui pourraient les entraver ou les rendre moins fréquents. Le but légal signalé par le législateur lui-même, c'est la multiplication du nombre des fidèles. « Mariez-vous, » aurait dit le Prophète, car au jour de la résurrection « j'aurai à défier tous les apôtres qui m'ont précédé de « conduire devant l'Éternel un peuple aussi nombreux que « le mien ». (47)

Ajoutons que celui qui prête de l'argent pour faciliter le mariage de son coreligionnaire, fait également un acte méritoire.

Cette doctrine, bien que présentée sous forme de simple conseil, n'a pas été sans influence sur les mœurs des peuples musulmans. On peut, en effet, affirmer que c'est le peuple de la terre qui pratique le plus le mariage, qui le contracte le plus tôt, et qu'il est de tous les peuples celui pour lequel les préoccupations de fortune, dans le moment actuel ou d'avenir pour les enfants, interviennent le moins dans une question de mariage.

Le mariage lui-même est mis au nombre des actes méritoires pour les organismes tempérés, attendu que l'homme qui se marie dans un pareil état de complexion imite le Prophète et accomplit, par cela même, un acte agréable à Dieu.

Le mariage est réprouvé, c'est-à-dire qu'il devient un sujet de blâme, dans tous les cas où il serait impossible à l'homme de traiter sa femme selon les exigences de la

loi, ou s'il pouvait exposer à des *actes injustes envers un coreligionnaire*, mais le mariage devient d'obligation religieuse dans le cas d'une forte propension physique aux fonctions sexuelles. Dans une pareille disposition aucune, considération ne saurait l'interdire.

Les hommes atteints de maladies infectieuses ou communicatives, telles que la lèpre, la syphilis, l'épilepsie, peuvent-ils, dans le cas de cette disposition, contracter des unions conjugales sans tomber sous le coup de l'interdiction applicable au mariage qui pourrait devenir une cause directe d'injustice ou de préjudice envers un croyant? La législation, ou, pour parler plus exactement, la théologie morale des musulmans, ne paraît pas avoir prévu le cas où le mariage peut devenir une source de dégénérescence. Le Coran ne signale qu'un seul cas d'interdiction ou plutôt de suspension des rapports sexuels pour cause hygiénique, c'est la présence du flux menstruel, durant lequel il est prescrit, sous forme de conseil, de s'abstenir du commerce conjugal en considération du mal qu'il pourrait occasionner, II, 222. (48) On peut dire, d'ailleurs, qu'en général les jurisconsultes musulmans ont complètement perdu de vue la finalité hygiénique d'une certaine partie de leur législation. Ils ont substitué à cette finalité rationnelle et parfaitement intelligible une raison arbitraire d'un ordre mystique ou fantastique empruntée, sans discernement, à la législation juive. Ainsi, d'après ces docteurs, si, par exemple, il est interdit de manger du porc ou du chien, c'est parce que ces animaux sont *des êtres impurs*; s'il est défendu à la femme de prier, de s'acquiescer d'un jeûne, de toucher le Coran pendant l'époque des menstrues, c'est parce que le flux sanguin constitue

une *souillure* qui rend la femme indigne de vaquer à ses devoirs religieux. Mais que doit-on entendre par le mot «*souillure*»? Quelle influence une chose réputée telle aurait-elle sur les dispositions de l'âme humaine, sur sa destinée future, sur ses rapports hyperdouloureux avec Dieu? L'homme qui meurt, après avoir porté la main sur un objet impur, serait-il, pour cela même, déchu de la grâce qu'il avait méritée par sa foi? en serait-il frappé sur-le-champ d'une éternelle incapacité physique à prendre sa part dans la félicité qui lui était promise? en d'autres termes cet attouchement de la chose impure communique-t-il à l'homme une sorte de *contamination* d'un mal infectieux qui le rend impropre à pénétrer, *en libre pratique*, dans l'intérieur du paradis?

Aucune de ces questions ne paraît avoir arrêté, un seul instant, l'attention des théologiens musulmans. Du moment qu'ils ont trouvé le mot «*nagisson*» (impur), tout fut dit, et ils jugèrent inutile d'aller plus loin. Le mystique vocable est chargé de la double destination d'être, à la fois, le nom et la raison de l'accident extérieur qui a pour propriété de rendre l'homme indigne jusque d'exprimer ou de manifester au dehors un sentiment religieux, dont, cependant, la source est supposée être encore en pleine activité dans le fond de son cœur.

Le mariage ne sera pas interdit par la crainte qu'il pourrait devenir un obstacle à l'accomplissement d'un devoir purement religieux — ou, selon la manière de s'exprimer des auteurs musulmans, d'une obligation due à Dieu exclusivement, sans mélange d'intérêt humain. Cette disposition tire son autorité dogmatique d'un principe fondamental admis par tous les légistes, que le droit naturel de

l'homme prime celui de Dieu, (49) c'est-à-dire qu'en cas de conflit entre les deux droits c'est au droit de l'homme que l'on doit, en justice, accorder la priorité.

Les auteurs expliquent la raison de cette doctrine par une remarque qui, pour être naïve dans sa forme, n'en recèle pas moins le germe d'une pensée profonde. Dieu — font-ils observer — est riche par lui-même et peut bien se passer de ce qui lui est dû sur l'homme — tandis que celui-ci est pauvre et n'a que le moment actuel pour jouir de ses droits. (50) Malheureusement, au lieu d'entendre cette richesse de Dieu — en d'autres termes — cette conception de Dieu se passant des obligations rituelles de sa créature, dans le sens des paroles divines adressées à la Samaritaine: «Un jour viendra où l'on n'adorera plus Dieu ni sur cette montagne ni sur celle-là, mais seulement en esprit et en vérité»; au lieu, disons-nous, de maintenir la conception de cette richesse de Dieu à cette hauteur théologique, seul point d'où elle peut refléter un sens clair et digne de la majesté divine, et de ne considérer, par conséquent, les œuvres rituelles que comme l'expression subjective, nécessairement variable, et sans valeur absolue, d'un sentiment interne d'hommage et d'amour envers l'Être suprême, les théologiens musulmans, renchérisant sur le judaïsme talmudique, ont abaissé Dieu au niveau d'un maître capricieux qui n'accordera jamais sa grâce qu'à ceux de ses serviteurs qui lui exprimeront leurs sentiments d'une certaine façon déterminée.

Passons maintenant aux conditions essentielles:

Les conditions de cette catégorie sont peu nombreuses. Si l'on fait abstraction des conditions négatives, telles que l'absence de parenté au degré dirimant, l'indépendance

civile ou sociale de chacun des deux époux à l'égard de l'autre, afin de ne pas tomber dans le cas appelé surcroît de droit, (51) la profession, par la femme qui épouse un musulman, d'une religion reconnue d'origine céleste, (52) les conditions de cette espèce se réduisent à la partie sacramentelle de tout contrat bilatéral, c'est-à-dire à *l'affirmation* d'une part, et à *l'acceptation* de l'autre.

On appelle « *affirmation* » l'acte par lequel l'un des conjoints s'impose, directement ou par voie de représentation, l'engagement légal d'épouser l'autre, et « *acceptation* » celui par lequel le second époux, ou son représentant, exprime son consentement.

Ces deux actes doivent être manifestés par leurs formules respectives que nous appelons *sacramentelles* pour marquer la valeur opérative attachée à leurs effets. Elles doivent contenir le verbe « *Nakaha* » ou « *tazaouaja* », qui expriment au propre, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une figure ou d'une métonymie, l'acte de contracter mariage selon les dispositions de la loi qui régit ce contrat. Le second de ces verbes présente, il est vrai, un sens figuré; mais l'usage l'a consacré à la désignation de l'union matrimoniale et l'a dépouillé de toute nuance de métaphore.

En principe général ces vocables devraient constituer les seuls termes destinés à exprimer, ou plutôt à constater la réalisation légale des deux actes sacramentels de l'affirmation et de l'acceptation; mais, en conséquence de la similitude reconnue entre le contrat de vente et celui de mariage, tout mot qui exprime le transfert de la propriété est considéré par les Sunnites comme valable — tels seraient, par exemple, les verbes « donner », « faire l'aumône », « vendre », « acheter », etc.

Les Chytes n'admettent dans aucun cas cette extension de sens ni, par conséquent, la possibilité de substituer de pareils mots aux termes propres de « épouser » et « se marier »¹⁾.

Parmi les termes qui expriment le transfert de la propriété et qui, par conséquent, peuvent être employés à la place des termes propres sans concours d'intention, on cite spécialement les verbes « *s'approprier*, *posséder*, *acheter*, *vendre*, » considérés comme s'approchant le plus des termes propres. Si on emploie de pareils termes à l'égard d'une femme libre, en lui disant par exemple : je me suis *approprié* ta personne ou j'ai formé la résolution de te *posséder*, ou je t'ai *achetée*, il sera censé avoir employé la formule du mariage dans ses éléments essentiels, par la raison que la personne à laquelle ces paroles ont été adressées ne pouvait être l'objet d'une possession ou d'une appropriation qu'à titre *d'épouse*; mais ces mêmes paroles, adressées à une femme de condition *servile*, pourraient signifier, avec une égale exactitude, le désir de la posséder à titre *d'époux* aussi bien qu'en qualité de *patron* ou de propriétaire absolu proprement dit.

Si les termes sacramentels ont été prononcés d'une manière défectueuse, le mariage est invalide, à moins, toutefois, que cette manière de les proférer ne soit le résultat d'une convention générale, car, dans ce cas, les termes défectueusement exprimés seront considérés comme des termes nouveaux qu'on aura conventionnellement adoptés à la place des termes originaux.

¹⁾ Il sera traité à part, à la fin de ce cours, des différences dogmatiques qui existent entre les Sunnites et les Chytes.

Il est nécessaire pour la validité du mariage que chaque conjoint entende la voix de l'autre. La manifestation ou la transmission de la formule par écrit n'est permise que dans le cas où, pour des raisons légalement acceptables, les deux conjoints ne se trouveraient pas réunis dans le même endroit où se passe la séance légale du contrat.

Nous laisserions cette règle sans explications si la raison qu'en donnent les légistes ne renfermait le germe d'un principe fréquemment invoqué dans la jurisprudence musulmane et qui trouve son application dans un assez grand nombre de cas.

Ce principe se formule ainsi :

La représentation, ou, pour parler avec plus de rigueur, le succédané d'une chose quelconque, ne peut être ni légalement ni rationnellement mis en usage qu'en l'absence de cette chose dont il est destiné à tenir la place. Il doit par conséquent perdre sa raison d'être du moment où la chose à laquelle il est substitué se trouve présente et à portée de l'agent qui désire en faire usage. Or, dans l'opinion de ces docteurs l'écriture est un mode de communication essentiellement représentatif, c'est-à-dire un mode d'expression destinée à remplacer la parole vivante dans le cas où la transmission de l'idée par le procédé phonique est absolument impossible.

Cette doctrine, qui n'est vraie qu'en partie, a considérablement affaibli chez les musulmans la valeur des documents écrits et contribué, dans une grande mesure, à ne reconnaître d'autre signe à l'authenticité qui fait foi, que dans la vive voix de celui qui parle et au moment où il parle. De là le fameux brocard jurisprudentiel d'après lequel il

serait permis de dire en justice : *El khattou khatti ou-al khatmou khaimi ouala ilma li*. L'écriture est mon écriture, le cachet est mon cachet, et cependant je n'en sais rien, c'est-à-dire et cependant je nie ce que ce document contient par rapport à moi. (53)

Les deux formules sacramentelles qui expriment l'affirmation et l'acceptation doivent former une proposition complète, positive, exempte de toute nuance de condition ou de promesse pouvant se rapporter à un temps futur.

C'est à raison de ce principe que le droit d'imposer le mariage à la fille mineure ne peut être, excepté chez les Malkites, délégué par testament, quelque autorité d'ailleurs que le testateur ait eue sur la personne objet de cet acte. Le père, qui d'après toutes les écoles sunnites a droit de forcer sa fille impubère à contracter mariage, ne peut, cependant, pas disposer d'elle dans un testament, ni transférer, par cette voie, son pouvoir à un autre individu.

Mais si la condition se rapporte à un temps présent ou passé, elle n'infirmé point l'engagement du mariage. Cette doctrine s'explique par cette considération que l'obligation qui a dépendu d'un fait préexistant ou seulement concomitant à son expression n'a pu rester un seul instant en suspens et que, par conséquent, elle a dû entrer en vigueur dès le moment où elle a été contractée.

Le résultat pratique de cette théorie est assez important pour être noté, attendu que, contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, si l'événement (objet de la condition) a eu déjà lieu, l'engagement matrimonial sera considéré, pour tout ce qui regarde ses effets civils, comme ayant été contracté dans le moment seulement où la for-

mule suspensive a été prononcée, et non pas du moment où le fait, objet de la condition, s'est produit. En d'autres termes, on ne considérera pas la date à laquelle remonte le fait, mais l'état de concomitance actuelle de ce fait avec l'énonciation de l'engagement conditionnel. (54)

Si l'événement auquel l'engagement matrimonial a été subordonné n'a pas eu lieu, l'engagement sera considéré comme ayant été frappé de nullité dans le moment même où il a été prononcé.

Nous remettons au chapitre spécial des engagements à parler des obligations qui peuvent être contractées dès le moment présent, quoique sous réserve de n'entrer en vigueur que dans un temps futur.

En conséquence de cette disposition principielle les termes verbaux destinés à exprimer l'engagement des deux volontés doivent être employés *au passé*. «Je t'ai épousé», c'est la formule prépositive de *l'affirmant*; «j'ai accepté», c'est la formule responsive de *l'acceptant*.

L'emploi du présent ou du futur dans les deux formules à la fois est unanimement rejeté et considéré comme sans effet. La raison en est qu'un engagement exprimé au futur ou au présent qui s'emploie souvent à sa place, ne se rapporte d'une manière certaine à aucune période de temps déterminée et que, par cela même, il échappe à l'action coercitive de la loi. Toutefois, si l'une des deux formules contient, au passé, le verbe qui désigne l'acte du mariage, la valeur sacramentelle de l'autre sera tenue pour parfaite, par la raison que le passé employé dans l'une sert de limite à l'espace temporaire que pourrait comporter l'emploi du futur dans l'autre.

Si l'une des formules contient ce verbe à *l'impératif*,

celui de l'autre restant au passé, la validité sacramentelle n'en sera pas moins parfaite, mais cette fois pour une raison différente et d'un caractère fort subtil. Nous signalerons cette raison comme un des traits distinctifs de la dialectique musulmane, et comme une confirmation de cette vérité, déjà si souvent rappelée, que le plus grand malheur de la législation musulmane est presque tout entier dans sa précocité. Une science improvisée, qui n'aura été ni le résultat d'un travail régulier et progressif, ni le fruit d'une longue expérience dans le domaine objectif de la réalité, ne saurait manquer d'entraîner dans un labyrinthe d'arguties les auteurs futurs qui auront accepté cette improvisation primitive comme une œuvre parfaite n'ayant plus d'autre besoin que d'être expliquée. Il est naturel que dans ce cas des torrents d'esprit, de grands efforts d'une dialectique, parfois fort ingénieuse, soient appliqués par ces auteurs, remplis de foi en la science infallible de leurs prédécesseurs, au vide le plus absolu et dépensés en pure perte pour établir des vérités banales, ou pour justifier une absurdité, ou enfin pour faire jaillir d'une grosse sottise quelques étincelles de vérité sans rapport réel avec le fond de la doctrine qu'il s'agit d'éclaircir.

Voici, à peu près, le texte même, suivi de son explication juridique, de la doctrine qui permet de substituer, dans la formule prépositive, le mode de l'impératif à l'emploi du passé.

L'emploi du mode *impératif* dans la formule prépositive implique, à l'égard de *l'affirmant*, un engagement parfait pourvu que le verbe de la formule responsive soit mis au *passé*. Ainsi, si le conjoint préposant dit: *épouse-moi* et que l'autre réponde: *je t'ai épousé*, les deux formules ainsi énoncées établissent l'engagement matrimonial

en vertu de deux actes juridiques distincts et qui seront censés avoir été successivement accomplis par le conjoint acceptant. L'impératif de la formule prépositive sera considéré, dans ce cas, non comme un commandement adressé d'un futur conjoint à un autre, mais comme l'expression légale d'une délégation de pouvoir faite au second de marier le premier à sa personne. C'est-à-dire que celui des deux futurs qui présente son affirmation sous forme impérative, remet à l'autre le pouvoir de disposer de sa personne par un engagement conjugal, comme s'il lui avait dit : je te confère le droit de me marier avec toi. Le second, en répondant : je *t'ai épousé*, ou *j'ai accepté*, fait simultanément un acte complexe : il marie l'affirmant en vertu du *pouvoir* que celui-ci vient de lui *concéder*, c'est-à-dire à titre de *mandataire*, et se constitue lui-même, en vertu de son *droit personnel*, époux légitime du mandant.

Ajoutons que dans ce cas la plupart des légistes considèrent les deux actes alternatifs de *l'affirmation* et de *l'acceptation* comme ayant été accomplis, *tous deux à la fois*, par celui seul des deux futurs qui aura répondu à la proposition *sollicitative* (c'est-à-dire à la proposition présentée sous forme impérative) par la formule déclaratoire mise au *passé*, attendu que les mots *épouse-moi* ne contiennent au fond, selon ces légistes, qu'un simple mandat de marier l'impétrant dans un *temps à venir*, et non l'expression d'un engagement déjà contracté.

Il est évident qu'à ce compte l'auteur de la formule déclarative aura accompli, à lui seul, trois rôles d'attributions diverses : 1° celui d'un mandataire en quelque sorte absolu ; 2° celui d'un proposant ; — 3° et en dernier lieu le rôle décisif et final de l'acceptant.

Il faut entendre l'accomplissement de ces trois rôles par un seul individu comme s'accomplissant dans l'ordre génésiaque suivant : L'homme à qui la proposition impérative a été adressée *propose* sa propre personne à sa cliente et, en sa qualité de *mandataire* absolu, il *accepte* cette proposition au nom de sa mandante !

On verra au chapitre relatif au mandant que le mandataire n'a point qualité, excepté chez les malkites, de vendre ni d'acheter pour son propre compte la chose même à la manutention, à la vente ou à l'achat de laquelle il a été commis. D'après ce principe, d'ailleurs parfaitement judicieux, il devrait être également interdit au mandataire, en matière de mariage, de marier le mandant à sa propre personne. Cet écart de la règle générale n'est expliqué, dans les digestes musulmans les plus étendus, que par cette remarque superficielle et passablement tautologique que dans le mariage un seul des deux contractants — évidemment le conjoint masculin — peut remplir à lui seul les deux rôles de la partie sacramentelle, et que cette disposition est admise en droit à l'encontre du principe qui régit le mandat en matière d'achat.

On peut remarquer cependant que des considérations qu'on pourrait tirer de la combinaison de certaines doctrines relatives à la vente et au mandat ne laisseraient pas d'enlever à cette disposition le caractère d'exception qui lui est attribué, et de la ramener sous l'empire de la règle générale.

Nous les résumerons ainsi :

1° Dans un mandat de vente, l'intermédiaire se comporte, à l'égard du vendeur, en acheteur initial, absolument indépendant et seul responsable vis-à-vis de ce der-

nier; tous les droits et toutes les obligations qui peuvent ressortir de cet acte sont, pour tout ce qui regarde le propriétaire de la chose vendue, exclusivement assumés ou acquis par le mandataire. En un mot, le mandant reste, à l'égard du vendeur, absolument en dehors du contrat.

2° Malgré cette circonstance, il est admis que si le mandataire — reconnaissant d'ailleurs le fait matériel du mandat, — n'a contrevenu à aucune des conditions précises du mandant, ou du moins s'il n'y a contrevenu que dans la limite de la tolérance légale, (55) l'acte est imputé, de plein droit, au mandant lors même que le mandataire aurait déclaré avoir entendu le faire pour son propre compte.

Si l'on ajoutait maintenant à ces deux considérations, qui, certes, n'ont rien d'irrationnel, le principe essentiel de la législation musulmane d'après lequel le mariage est assimilé, pour ce qui regarde le conjoint masculin, à un contrat d'achat, on pourrait être induit à croire que le mandataire matrimonial est soumis aux mêmes obligations envers son commettant, et qu'il suffit à un individu de charger quelqu'un de le marier à une femme déterminée pour rendre à jamais illicite le mariage de son mandataire avec cette femme, et pour donner au premier le droit de se faire rendre cette femme, comme étant mariée à lui, par le fait même de son mariage avec l'homme qui l'avait épousée à la suite d'un mandat. Car telle serait, en effet, la position légale d'un mandataire en matière d'achat au cas où, toutes conditions restant d'ailleurs les mêmes, il aurait acheté pour son propre compte la chose précise à l'acquisition de laquelle il aura été commis par un tiers. Or,

c'est évidemment pour prévenir une pareille conclusion que les légistes ont attribué un caractère d'exception au mandat matrimonial.

Grâce à une doctrine bizarre des musulmans sur certaines particularités relatives aux droits et aux obligations du mandataire, il ne sera pas difficile d'arriver à ce résultat. Et voici comment:

Toute contravention commise par le mandataire, dans l'exécution de son mandat, aux conditions du mandant, soit qu'elle ait produit une différence positivement *désavantageuse* pour ce dernier, ou amené seulement entre les conditions imposées et celles auxquelles le mandat a été exécuté une différence neutre, c'est-à-dire une différence *incommensurable*, sans base de comparaison, telle que celle qui existe entre deux choses de substances diverses, toute relation d'obligation mutuelle entre le mandant et le mandataire sera rompue, et le résultat de l'acte réalisé restera à la charge ou pour le compte du mandataire.

Par un singulier paralogisme on fonda sur ce principe, tout vrai qu'il est, une disposition légale d'une évi-dente fausseté: c'est de ne tenir, en aucun cas, le mandataire pour responsable de la non-exécution et encore moins de l'exécution irrégulière ou abusive de son mandat, et de faire de l'une et de l'autre de ces deux circonstances une raison *d'affranchissement*, pour le mandataire, de toute obligation envers le mandant. En d'autres termes elle fait dépendre l'obligation contractée par le mandataire d'une condition *potestative* tout au profit de ce dernier.

Ainsi par exemple un mandataire commis à l'achat d'un cheval déterminé au prix de cent roubles peut l'acheter en toute régularité pour son propre compte.

en le payant un peu plus de cette somme, ou en fournissant au vendeur une valeur correspondante, mais en numéraire consistant en une autre substance, soit 10,000 kopeks. La première différence est celle que nous avons appelée différence positivement *désavantageuse*, et la seconde «différence neutre ou *incommensurable*» par la raison qu'elle consiste dans un écart sans base d'appréciation positive ou naturelle, et qu'elle n'offre pour l'exacte évaluation de sa valeur réelle que le moyen mobile et essentiellement relatif de l'estimation arbitraire. Or on sait qu'au point de vue musulman, les objets de valeur *estimative* ne sont point comparables entre eux. (Voir premier fascicule, page 86). Ceci posé, remarquons que, malgré l'assimilation du mariage à un contrat de vente, pour la femme, et à un acte d'achat par rapport à l'homme, il existe, néanmoins, entre les deux contrats une différence de détail fort notable. Elle consiste dans cette circonstance externe que dans le mariage l'objet à vendre c'est le *vendeur* même, ou, pour parler plus rigoureusement, c'est une chose inséparable de sa personne et faisant de lui, tout à la fois, *l'agent qui aliène et l'objet aliéné*, tandis que dans un contrat de vente la transaction porte sur une chose autre que la personne du vendeur même. — Dans le premier les objets intervenant dans le contrat sont au nombre de trois: le *mandant*, le *mandataire* et la *femme à marier*; dans le second ils montent jusqu'à quatre: *les deux premiers, le vendeur et la chose à vendre*.

Il résulte de cette situation que la désignation précise au vendeur de l'individu (*le mandant acquéreur*) en la propriété duquel le vendeur-objet est appelé à passer, et son passage réel en cette propriété constituent une con-

dition essentielle de conformité aux indications du mandant et, par conséquent, un procédé d'exécution auquel la législation a subordonné l'imputation légale au mandant de l'acte accompli par le mandataire. Or, si celui qui a reçu d'un individu l'ordre de le marier à une femme déterminée, épousait lui-même cette femme en son propre nom et sans faire mention de son mandant, il est évident qu'il commettrait une contravention à l'une des indications les plus essentielles du mandant, et tomberait par conséquent sous l'action de la loi générale qui laisse à la charge du mandataire la chose déterminée qu'il aura acquise à la suite d'un mandat accepté, mais qu'il n'aura pas rempli conformément aux conditions imposées par celui qui l'a donné.

Voilà pourquoi il existe une différence apparente entre les attributs respectifs des deux mandats, et voilà, surtout, pourquoi le mandataire qui épouse la femme objet de son mandat ne sera point obligé de la rendre à son mandant.

Cette explication pourrait paraître oiseuse et même banale à des esprits habitués aux allures magistrales d'une législation plus sérieuse. Personne, d'ailleurs, en dehors de l'Islam ne songerait à faire des comparaisons entre des choses si essentiellement dissemblables et qui n'ont aucun besoin de se ressembler. On ne surprend personne d'entre nous en lui disant qu'il est indifférent au vendeur de savoir à qui ou à quoi on destine la chose qu'on lui achète et qu'il désire aliéner; mais qu'il ne saurait être aussi indifférent à la femme de savoir à quelle créature humaine on prétend la marier; et que si elle devient l'épouse de celui qui l'a épousée en son propre nom, et non l'épouse de celui qui ne lui a pas même été nommé, c'est évidem-

ment parce qu'elle a été épousée par cet homme et non par celui-là. — Mais n'oublions pas que pour les musulmans ce point présente une sérieuse difficulté: — si le mariage est une vente pourquoi le mandataire de l'un ne serait-il pas assimilé à celui de l'autre? Il s'agissait de trouver la raison de cette différence, si différence il y avait ou de la justifier, au point de vue systématique, en la faisant entrer dans le domaine de la législation générale — c'est ce que nous avons essayé de faire.

Il est évident que la justification cherchée devait se trouver, tout entière, dans cette disposition même de la législation musulmane qui fait consister la responsabilité du mandataire s'écartant des conditions de son mandat, dans le seul fait de laisser à sa charge la chose dans l'acquisition de laquelle il aura commis cet écart.

Le trait antinomique de cette disposition qui la fausse dans sa fin légale et la transforme en une sorte de condition potestative ¹⁾ en faveur du mandataire réside précisément dans cette circonstance que l'abandon au mandataire de la chose ainsi achetée par lui n'est point facultatif au mandant, mais absolument obligatoire pour lui, c'est-à-dire alors même qu'il consentirait à la prendre aux mêmes conditions qu'elle a été acquise par le mandataire contrevenant à son mandat.

Si le conjoint masculin fait suivre sa formule d'affirmation d'une désignation de dot, le consentement de la femme ne sera valable qu'à la condition pour elle d'accepter la dot annoncée ou une autre moindre. Si elle dit:

¹⁾ La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution d'un engagement d'un fait qu'il est au pouvoir de l'obligé de produire ou d'empêcher.

j'ai accepté sous la réserve de nous entendre sur la dot, son consentement est nul, mais il n'en sera pas ainsi si la réserve ou la modification impliquent une concession ou une réduction en faveur du mari, comme dans le cas où celui-ci aurait dit: je t'ai épousée pour mille, et que la femme lui aurait répondu: j'ai accepté, mais seulement pour cinq cents. Le mari jouit, à son tour, du même droit de modifier, à l'avantage de la femme, la condition de dot qu'elle aurait déjà acceptée ou proposée. Ainsi par exemple si celle-ci dit à son futur: j'ai consenti à te rendre mon époux pour une compensation dotale de mille, et que celui-ci réponde j'ai accepté pour deux mille, le mariage sera également conclu et définitif, pourvu que des deux côtés la réduction ou l'augmentation respectivement favorables aient eu lieu dans la même séance légale.

Il n'est pas nécessaire, d'après les Ecoles sunnites, que les contractants comprennent la signification des formules dont ils se sont servis pour exprimer les deux actes de leurs volontés respectives; il suffit seulement qu'ils aient eu connaissance préalable qu'on contracte mariage en vertu de ces mêmes termes qu'on leur a dictés.

Cette disposition, qui ne subordonne nullement la validité de l'acte à l'intelligence, par les contractants, des formules destinées à l'établir, est applicable à tous les engagements qui peuvent être imposés par contrainte et dans lesquels, d'après la manière de voir des musulmans, ni la violence ni l'absence d'intention ne constitueraient ni une cause de nullité ni même un vice de forme qui rendrait l'acte susceptible de rescision.

Il est de rigueur que ces deux actes: *l'affirmation* et *l'acceptation*, soient accomplis dans la même séance légale

et que la femme soit individuellement déterminée. Cette dernière condition, qui pourrait nous paraître d'une singulière naïveté, s'explique suffisamment par la claustration des femmes et par l'obligation que la loi leur impose de se présenter couvertes d'un voile partout où elles pourraient être vues par des hommes virtuellement aptes à les épouser. L'épouse se tient, pendant la célébration du mariage, entièrement enveloppée dans un ample voile qui la cache des pieds à la tête. Dans une pareille situation la seule garantie d'identité qu'il soit possible de donner au futur mari consiste dans la désignation nominative de l'épouse en présence des témoins assistant au contrat.

La présence personnelle des deux conjoints à la séance légale ¹⁾ où le mariage est appelé à être célébré est de rigueur à moins qu'un empêchement matériel ne s'y oppose; — dans ce dernier cas le mariage est conclu par représentation des deux côtés, ou seulement du côté du conjoint absent. Celui-ci peut également exprimer par écrit la partie de la formule afférente à son rôle, à la charge par lui de faire attester son écriture par deux témoins.

Si la femme est mineure, la présence du père, ou, à son défaut, du tuteur légal, est requise sous peine de nullité.

Nous arrivons maintenant à l'une des conditions essentielles, selon les Hanéfites, purement précautionnelles selon les trois autres Ecoles sunnites, à laquelle serait subordonnée la validité interne du mariage dans l'opinion des premiers, ou seulement les effets externes à en croire

¹⁾ Toutes les fois que le mot *séance légale* se présente il doit être entendu dans la plénitude de la définition que nous en avons déjà donnée. Voir premier fascicule, pages 50 et 51.

les derniers, mais qui, pour les uns comme pour les autres, est d'une nécessité de pratique de premier ordre.

Tous les Sunnites, à l'exception des Malkites, sont d'avis que la présence de témoins est une condition essentielle pour la validité du mariage. Toutefois, les raisons qu'ils donnent de cette formalité tendent à la faire considérer comme une mesure de précaution externe bien plus que comme une condition de licitation interne. *Religieusement*, le mariage est conclu par le seul fait de l'accord des conjoints; *civilement*, c'est-à-dire pour le cas de litige portant sur la constatation du fait même du mariage, et pour tout ce qui regarde les effets civils de ce contrat, il ne peut être considéré comme constant qu'à la condition d'être *juridiquement prouvable*.

Il est indispensable pour les Hanéfites que deux témoins assistent au contrat du mariage, mais il n'est pas de rigueur que les témoins soient en possession de toutes leurs aptitudes légales.

L'Ecole hanéfite ne considérant, évidemment, la présence des témoins à un acte de mariage que comme un précepte d'obligation, pour ainsi dire, surabondante ou excessive, c'est-à-dire à *peine nécessaire* pour la validité interne de l'union matrimoniale, se montre, sinon entièrement indifférente pour ce qui concerne les conditions de l'aptitude légale, du moins de composition fort accommodante à cet égard. Elle les dispense de satisfaire aux trois principales conditions d'aptitude auxquelles elle subordonne, dans tout autre cas, la validité du témoignage, à savoir:

1° Que les témoins soient d'une conduite religieuse *notoirement irréprochable*.

2° Qu'ils soient *clairvoyants*, c'est-à-dire non atteints de cécité.

3° Qu'ils ne soient pas des *repris de justice*, pour diffamation, en d'autres termes, qu'ils n'aient pas subi précédemment la peine afflictive de la fustigation pour diffamation non justifiée.

Cette tolérance n'est point admise par l'Ecole schafite. Celle-ci exige, au contraire, à peine de nullité, que les témoins qui assistent au mariage soient en possession de l'intégralité de leur aptitude civile et, par conséquent, dans un parfait état de capacité de déposer en justice sur toute matière de droit.

Cette importante divergence entre les deux Ecoles peut servir, dans certains cas qui seront signalés plus loin, de solution à l'une des difficultés les plus graves, nous dirons même les plus cruelles dans lesquelles un musulman puisse se trouver et dont nous aurons bientôt l'occasion de parler.

L'Ecole hanéfite n'impose, enfin, aux témoins qui assistent au mariage que les cinq conditions suivantes :

1° La qualité de musulman, si la femme épousée appartient à cette confession.

2° La pleine jouissance de la faculté intellectuelle.

3° L'âge viril.

4° La condition d'homme libre (ingénu).

5° La possession du sens auditif, c'est-à-dire la capacité d'entendre distinctement.

La cécité, nous le faisons pressentir, il y a un instant, n'est point une cause d'inaptitude à l'égard de ces témoins.

Cette Ecole admet, en matière d'union matrimoniale, la validité du témoignage mixte, c'est-à-dire celui qui aura eu pour organe formatif un homme et deux femmes. Elle

assimile ainsi, sous ce rapport, le mariage aux autres contrats de droit purement civil dans lesquels les femmes sont admises à déposer, à la condition d'être au nombre de deux (représentant, à ce nombre, l'unité parfaite d'une personnalité juridique) et d'être en même temps adjointes à un témoin du sexe masculin.

Le défaut de pratiques religieuses, la flétrissure même par la fustigation qui aurait été subie en punition d'un délit de calomnie et qui emporte, en principe, la perte, à perpétuité, de tout droit de déposer en justice, n'influe point, selon l'enseignement de cette Ecole, l'aptitude d'assister, à titre de témoin, à un contrat de mariage, et à lui donner, par le fait de cette assistance, la validité interne qui suffit à la licitation des rapports sexuels, tout en restant, en cas de contestation judiciaire portant sur le fait même du mariage, dépourvu de toute valeur *juridique probante*.

L'Ecole malkite rejette absolument *la nécessité*, à n'importe quel égard, de toute assistance de témoins à un contrat de mariage, à cette seule condition réservative qu'il ne serait point ni stipulé ni convenu *préalablement* entre les parties que le mariage *resterait secret*, auquel cas, les Malkites le tiendraient pour nul et non avenu.

Ce qui importe, selon cette Ecole, tant pour la validité interne du mariage que pour sa constatation juridique, dans son rapport avec les effets civils auxquels il peut donner lieu, c'est l'absence de toute tentative de le dérober à la connaissance d'autrui. Ce qui veut dire que le mariage sans assistance de témoins est valide, à la seule condition qu'aucun des deux époux n'aura cherché, de propos délibéré, à dissimuler le lien qui l'unit à l'autre.

D'après cette doctrine la seule présomption de l'état de mariage qui serait fondée sur l'apparence d'une vie commune entre deux individus de sexes différents, suffit pour qualifier cette communauté d'état de mariage et pour lui en attribuer tous les effets, à moins, bien entendu, qu'une cause quelconque, d'ordre naturel ou légal, ne s'oppose, d'une manière évidente, à une pareille présomption.

C'est là un des points de divergence les plus importants qui existent entre l'Ecole hanéfite et les trois autres Ecoles orthodoxes de l'Islam. Il est certain, d'ailleurs, que cette dispense accordée par le grand Imam aux témoins en matière de mariage se trouve en parfaite contradiction avec la définition même du mot «*témoignage*» sous le double point de vue de la lexicologie et de la jurisprudence musulmanes. On sait, en effet, que ce mot signifie en arabe, seul idiome sacré de l'Islam, *assistance personnelle* à un fait et la perception de ce fait par le moyen des sens, notamment par le sens *optique*, par lequel doivent se corroborer les effets ou les transmissions de tous les autres sens (56) et que, au point de vue juridique, il n'y a de témoignage qu'autant que cette sorte d'attestation aura été l'image réelle d'une impression produite sur le sens de la vue et absolument dégagée de toute opération mentale.

Il faut remarquer cependant que les docteurs hanéfites ne pouvaient maintenir cette définition dans la plénitude de sa rigueur sans infirmer le premier acte de témoignage, le témoignage par excellence, sur lequel a été fondé tout l'édifice de la foi et de la certitude musulmanes. En effet, le premier acte de la profession de foi, la première formule du symbole religieux consiste, comme on sait, en un té-

moignage fondé sur le seul fait de *l'audition*, en d'autres termes sur le dire pur et simple *d'autrui*, à l'exclusion de tout autre procédé de conception humaine! ¹⁾

Or il est évident qu'un témoignage ayant pour objet d'attester l'authenticité de la mission divine de Mahomet par l'organe même de ceux qui seront appelés à professer sa foi, en tout temps et en tout lieu, constitue un véritable *non sens*. Il ne saurait nullement procéder d'une notion acquise à l'aide des sens, au moins par l'individu placé à une certaine distance du Prophète, et qui accepterait, néanmoins, de gré ou de force, de se rendre l'organe de ce témoignage. Ce sera toujours, et de quelque manière que l'on tournerait la question, une sorte de déposition faite sous forme personnelle, absolument subjective, tout en ne reposant que sur le dire d'un autre, ce qui présente une contradiction dans les termes, et implique une flagrante infraction aux conditions les plus essentielles auxquelles la législation musulmane elle-même a subordonné la validité du témoignage.

Il ne sera pas, en outre, sans intérêt de remarquer que cette principale formule du symbole musulman renferme, même selon les principes de cette religion elle-même, deux graves antinomies qui semblent avoir échappé à l'attention de tous les auteurs qui professent la religion de Mahomet. La première consiste dans le fait que la partie par

¹⁾ Cette formule de témoignage obligatoire qui représente le symbole confessionnel de la foi musulmane est conçu en ces termes: Je témoigne qu'il n'y a de Dieu que Dieu et je témoigne que Mahomet est l'apôtre de Dieu. L'apostolat musulman consiste à sommer le mécréant à prononcer cette formule — c'est-à-dire à se porter, sous l'action de la contrainte, témoin d'un fait allégué par le contraignant et que lui, le contraint, continue à rejeter comme une assertion absolument mensongère.

laquelle commence la formule du symbole: Je témoigne qu'il n'y a d'autre Dieu que Dieu, est absolument *néga-*
tive et, par conséquent, absolument *antitestimoniale*, car elle ne saurait contracter le caractère d'une transmission par voie de témoignage que si elle comportait le sens d'une affirmation ainsi conçue: *J'ai tout vu* et je n'ai point *vu de dieux* à l'exception d'un seul *que j'ai vu*, ce qui serait manifestement absurde. Mais il est évident que le cas ne serait pas le même si, au lieu de «je témoigne,» on disait «*je pense*» ou «*je crois*», mais alors ce ne serait plus un témoignage, c'est-à-dire la transmission exacte d'un fait perçu par les sens, mais l'expression d'un phénomène psychique ou intellectuel qui se passe dans notre âme, ou dans notre concept, et constituant, à raison de ce fait, une déclaration d'un tout autre caractère que celle dont le symbole musulman nous présente la formule.

Disons, enfin, que si l'affirmation formulée par la proposition purement *translative* de «je témoigne» était prise dans le sens juridique que les légistes musulmans eux-mêmes ont assigné à une pareille déclaration — c'est-à-dire dans un sens dégagé de toute opération intellectuelle, telle que celle que révélerait le mot «*je crois*», *je pense*, *je déduis*, etc., en un mot de toute conception par voie de raisonnement ou de compréhension interne, une pareille affirmation serait aussi peu applicable à l'existence d'un seul Dieu qu'elle le serait à la dénégation de l'existence de plusieurs, car enfin *l'invisibilité* sensorielle, c'est-à-dire *l'invisibilité qui échappe à l'action du témoignage juridique*, est aussi constante, pour ce qui regarde l'entité unique et réelle de Dieu, qu'elle le serait pour ce qui regarde les dieux imaginaires qui n'existent pas.

On peut dire, à la vérité, que l'invisibilité résultant de la nature *ontologique* même de l'objet, et celle qui ne serait que le simple résultat de sa *non existence* sont deux *invisibilités* de nature et de cause différentes; mais elles n'en sont pas moins *identiques* dans leurs *résultats* définitifs par rapport à nos sens. On ne voit point *l'invisible* de sa nature, pas plus qu'on ne voit ce qui *n'existe pas*.

La seconde antinomie du symbole musulman réside dans la partie de cet acte relative à la mission apostolique de Mahomet formulée en ces termes: *Et je témoigne que Mahomet est l'apôtre de Dieu*.

Pour l'intelligence de ce que nous aurons à dire à ce sujet il faudra se rappeler que le «*témoignage*» constitue, dans la législation musulmane, l'unique procédé de démonstration qu'on soit admis à faire valoir devant la justice. Tout autre moyen de prouver un fait contesté, même un fait simplement allégué, quelque probant qu'il puisse être de sa nature, est rejeté comme insuffisant, et, surtout, comme impropre à répondre au vœu du législateur. Rappelons-nous encore que la preuve testimoniale (la législation musulmane n'en reconnaît pas d'autre) incombe au *demandeur* — c'est-à-dire à la partie qui réclame ou affirme. Le *défendeur*, dont le rôle est supposé par le législateur arabe devoir se renfermer constamment, et dans tous les cas possibles, dans une simple dénégation des faits articulés par la partie adverse (la partie réclamante, le demandeur), n'est point admis à prouver par voie de témoignage le bien-fondé de ses dénégations et que, enfin, ce dernier peut être requis, si le demandeur l'exige, à appuyer ses dénégations par un serment. Cette doctrine fondamentale de l'Islam est formulée en ces termes, emprun-

tés eux-mêmes à un hadice attribué au Prophète: *Al baïanaton ala-l-Moudda'i ou al'Jaminou ala-l-mounkere*. C'est au réclamant qu'incombe le devoir de fournir la preuve; quant au défendeur, il ne peut devoir que le serment.

Ceci posé, il est évident que le catéchumène qui annonce son adhésion à la religion musulmane en se portant témoin légal de la mission divine de Mahomet, se place dans la position d'un homme qui aura été appelé à attester comme vraie une prétention avancée par un tiers et non encore légalement prouvée, et qui l'atteste, en tant que témoin, sur cette unique base subjective qu'elle est conforme à ses souvenirs personnels, c'est-à-dire à une notion de fait déjà acquise par lui antérieurement au moment où il a été convié à en faire la déclaration, — ce qui impliquerait, de la part du catéchumène qui se prêterait à un pareil témoignage, cette brusque et triviale contradiction que le témoin (le catéchumène) a été musulman *avant de l'avoir été!*

Remarquons, en outre, que les diverses parties engagées dans cette seconde formule du symbole musulman sont nominativement: Dieu, Mahomet et le témoin (le catéchumène ou le nouveau converti). Ces trois parties se trouvent incontestablement rangées, selon la valeur juridique de la formule, dans les trois positions respectives suivantes: Mahomet, en la position d'un prétendant qui affirme que Dieu a accompli, à son égard, un acte sensible et, par conséquent, parfaitement susceptible d'attestation par voie de témoignage; autrement dit, en la position d'un *réclamant* qui affirme un fait encore *non prouvé*, mais déjà connu de *quelqu'un* dont on invoquera le témoignage; Dieu en celle d'un engagé ou d'un facteur à

qui est attribué l'accomplissement de cet acte, et, enfin, la tierce personne appelée à faire acte de foi musulman, dans la position de ce quelqu'un appelé à s'en constituer témoin — c'est-à-dire à apporter, par son témoignage, la preuve légale de la réalisation matérielle de cet acte allégué par Mahomet, en le déclarant conforme à une *cognition* qui lui est personnelle, déjà *acquise*, et dont il aurait été *conscient* dès avant l'appel qui a été fait à son témoignage.

Nous n'avons guère besoin de faire ressortir l'absurdité d'une pareille situation, mais encore un mot, et nous aurons achevé de donner la mesure de cette extravagance.

Envisagées au point de vue juridique musulman, les trois parties intéressées dans le témoignage en question assumant, respectivement, les trois rôles d'une action juridique complète: Mahomet celui de réclamant ou demandeur à qui il incombe la présentation de la preuve: *el maschoudou lahou*; Dieu, celui du défendeur sur l'acte duquel la preuve doit être donnée: *el maschoudou alaï-hi*; l'individu appelé à embrasser la foi musulmane, celui de témoin: *Eschahidou*, c'est-à-dire le rôle important et décisif de la personne qui a prouvé, par le simple fait de son attestation testimoniale, le fait allégué par Mahomet.

Il serait difficile d'imaginer une combinaison de faits corrélatifs plus contradictoires ou qui mette à un plus haut degré d'évidence le caractère précoce et accidentel de la jurisprudence musulmane. Une croyance qu'on prétend imposer au genre humain, et qui cherche elle-même sa preuve ou sa démonstration dans le *futur témoignage* de ceux auxquels elle ira un jour, sous les auspices de la force brute et de la violence, s'annoncer pour la pre-

mière fois, et à la conscience desquels elle prétend s'imposer, tout en *n'y pénétrant pas*, est une de ces aberrations d'esprit si complexes que la logique humaine n'a pas même songé à nommer. C'est plus qu'une *contradiction* dans les termes, plus qu'une *pétition de principe*; c'est l'assertion d'un fait réunie à la prétention de le prouver par le témoignage de ceux qui *l'ignorent* ou qui le rejettent et qui sont toujours supposés *persister* à l'ignorer ou à *le rejeter* du plus profond de leur âme jusque et y compris le moment même où ils se seront, de gré ou de force, comportés en témoins légaux de sa vérité. — C'est, en un mot, faire du faux témoignage le plus manifeste une base de certitude, et inaugurer l'entrée, dans ce qui doit être le domaine de la vérité et de la justice, par le plus gros mensonge et la plus odieuse tyrannie qu'il soit possible d'imaginer! Mahomet, dira-t-on au catéchumène supposé l'ignorer ou le rejeter, prétend être le Prophète de Dieu; — crois donc à sa mission divine, et, s'il te faut une preuve de cette prétention, aie bien la complaisance de te constituer toi-même le témoin de ce fait que nous venons juste de t'annoncer!!!

Les Hanéfites, raisonnant évidemment par analogie ¹⁾, furent amenés à abaisser d'un degré les conditions légales du témoignage en matière d'unions conjugales, et n'envisagèrent cette formalité — considérée déjà comme superflue, que comme une mesure de choix à recommander, quoique sans rapport organique avec la partie sacramentelle du mariage. — Ils la présentent, enfin, comme un procédé

¹⁾ On sait, en effet, que c'est l'Ecole hanéfite qui a la première introduit, en matière de jurisprudence, le raisonnement par analogie «El Kiasse».

de haute morale religieuse dont, en principe général, les musulmans ne doivent pas se départir.

Mais il y a là, pourrait-on dire, une contradiction et une bizarrerie en tous cas difficiles à concilier avec les allures ordinairement assez correctes de la dialectique musulmane, lorsqu'elle n'a point pour tâche de justifier des propositions manifestement absurdes, mais imposées par quelque autorité supérieure contre laquelle il leur est impossible de régrimber. Par quelle succession d'idées les Hanéfites sont-ils parvenus à admettre, en matière d'union matrimoniale, le témoignage d'individus que la loi avait privés de tout droit de déposer en justice? Cette doctrine qui accepte, dans un acte de cette importance, le témoignage de ceux à qui une peine infamante avait été infligée pour délit de calomnie ou de mensonge, présente un écart immense des règles les plus positives, et elle est d'autant plus étonnante qu'aucun texte d'une autorité inéluctable, tel que le Coran par exemple, ou un hadice attribué au Prophète ne paraît l'avoir autorisée; au contraire cette doctrine s'oppose de la manière la plus manifeste à un des passages les plus formels, les plus explicites du texte sacré ¹⁾; elle accuse une telle aberration intellectuelle et une telle perversion du sens moral qu'on croirait difficilement que des hommes tels qu'Abou Hanifa et ses disciples aient pu en être les auteurs.

Cependant cette loi qui nous étonne existe et domine des millions d'âmes — nous dirons plus : elle existe même

¹⁾ Ceux qui accusent d'adultère les femmes mariées et qui n'auront pas ensuite présenté quatre témoins (qui justifient leur assertion), frappez-les de quatre-vingts coups de fouet (c'est-à-dire seront frappés) et n'acceptez plus jamais leur témoignage. XXIV, 4.

comme un bienfait, tout comme les lois les plus rationnelles et les mieux adaptées à leur fin. Nous nous expliquerons.

Bien souvent une loi absurde n'est que le correctif obligé d'une loi malfaisante. Il y a une somme de raisons d'ordre, de justice, au-dessous de laquelle la vie sociale devient matériellement impossible. Parfois cette somme d'ordre ou de raison se produit sous l'action contradictoire, mais combinée, de plusieurs facteurs dont chacun, pris séparément, ou détaché de son contact ou de son rapport corrélatif avec les autres facteurs, serait une source continue de souffrance et de désordre; réuni aux autres, il en neutralise les effets, au moins dans ce qu'ils peuvent avoir d'aigu ou d'impraticable, et crée une sorte d'harmonie d'ensemble produisant un ordre de choses — sinon rationnel — du moins matériellement possible. Faites aujourd'hui une demi-douzaine de lois irrationnelles et, partant, malfaisantes, vous en ferez demain forcément, fatalement, une vingtaine d'autres encore plus absurdes. Chacune de ces lois, envisagée à part, apparaîtrait comme la manifestation d'un violent accès de désordre cérébral; réunissez-les toutes ensemble, et vous verrez se produire ce phénomène d'accommodement inconscient qui en sollicitait la naissance, sous l'impulsion duquel elles se sont formées successivement et, en quelque sorte, malgré vous. Les folies, du moins dans ce qu'elles avaient de furieux ou de trop violent et dont chacune de ces lois était évidemment empreinte, parviennent, par une mutuelle réflexion de leurs effets les unes sur les autres, à se calmer, à se radoucir, et surtout à devenir, en pratique, matériellement possibles. Le désordre qu'elles eussent produit à l'état séparé, se replie, par leur combinaison, à certaines limites,

et le mal, perdant de son acuité, devient moins sensible; une somme de raison relative — une sorte de «*modus vivendi*» s'en dégage, du moins dans la mesure de ce minimum d'ordre ou de justice au-dessous duquel l'application des lois précédentes deviendrait une véritable calamité publique. La folie furieuse de la polygamie musulmane, sans la folie frénétique du divorce, eût été un vrai désastre social. La facilité antinomique avec laquelle tout homme peut, à son gré et même contre son gré, briser les liens du mariage, la dépendance de cette rupture d'un mot, d'une erreur, d'un moment de mauvaise humeur, peuvent seules rendre la polygamie une chose socialement possible. Vous prenez, a-t-on l'air de dire au polygame, plusieurs épouses; vous les enlevez à autant d'hommes qui y avaient droit; vous violez, à votre avantage particulier, l'ordre indiqué par la nature même; vous introduisez un grave élément de perturbation domestique dans le sort des enfants qui naîtront de vous; vous multipliez leur dépendance économique et filiale, tout en diminuant pour eux les ressources providentielles de la paternité sur lesquelles ils pourraient compter; si la polygamie n'affectait pas la fécondité de la femme, il y aurait dans la société plus d'enfants qu'il n'y aurait de pères à les protéger; — dans la thèse contraire, vous priveriez la femme du droit qu'elle avait d'être mère; — enfin, vous ne prenez conseil que de vos passions et de votre satisfaction personnelle... Eh bien, tous ces hommes que vous avez condamnés au célibat forcé, à qui vous avez volé leurs femmes, attendront nerveux, impatients, à la porte de votre chambre nuptiale; ils épieront vos mouvements; ils seront aux écoutes, l'oreille tendue, le souffle suspendu, frissonnant

d'envie et de convoitise; au moindre mot équivoque que vous adresserez à votre femme, au moindre geste de mauvaise humeur que vous ferez en sa présence, ils s'élanceront sur vous, ils vous saisiront au collet, ils vous crieront avec rage: vous avez répudié votre femme, *notre femme*; elle n'est plus à vous; elle est *reversée* dans la *circulation* où nous allons la chercher, car enfin *notre tour est venu!!!*

Avant de signaler le phénomène d'accommodement relatif au témoignage en matière d'union conjugale, remarquons que d'après l'Ecole hanéfite le témoignage *en justice* des *interdits* ou de ceux qui ne sont pas en possession de la plénitude de leur capacité civile n'aurait d'autre fin que de servir d'expédient fictif à la *validité interne* du mariage. Ce qui veut dire que s'il arrive dans la suite que l'un des époux marié en présence de pareils témoins, vient à nier le fait de ce mariage, ou si quelque autre individu l'attaque en justice, cette union ne peut être prouvée que par des témoins parfaitement irréprochables.

Ajoutons encore que le célèbre légiste Tahtavy fait remarquer, à propos de cette dispense d'aptitude civile accordée par son Ecole aux témoins matrimoniaux, qu'il y a, sur ce point, désaccord entre les juristes de la même obédience à l'égard de cette dispense; mais que la majorité l'admet — pour la raison, a-t-il soin d'ajouter à titre d'apologie — que dans le mariage *l'intention des contractants n'étant point de rigueur*, il est inutile, ou pour le moins superflu, de soumettre le fait qui le constate à toutes les conditions de la certitude légale parfaite, conditions qui s'imposent seulement dans les actes où le libre concours de la volonté, et, par conséquent, la preuve de ce concours, sont absolument nécessaires.

Voici maintenant le phénomène d'accommodement qui fait de cette dispense si absurde, grâce à cette même divergence dont elle est l'objet entre les Ecoles sunnites, une sorte de planche de salut dans un cas fort grave:

D'après l'Ecole schafite le mariage est nul «*in radice*» si les témoins ne sont pas d'une irréprochabilité légale parfaite. Or d'après toutes les Ecoles la femme qui aura été répudiée par trois fois, c'est-à-dire à laquelle son époux a adressé une formule de divorce triple, ne pourra plus revenir à son premier mari qu'à la condition de contracter un nouveau mariage avec un autre individu. La loi exige formellement que ce mariage — appelé «*accouplement de licitation*» soit réellement et physiquement *consommé*; si après cela la femme obtient la rupture de cette union, soit par la mort de son nouveau mari, soit par un divorce définitif, elle peut retourner à son premier époux en vertu d'un second contrat.

On conçoit facilement ce que cette condition peut avoir de dur et de révoltant pour le premier mari qui aura inconsiderément prononcé la fatale formule.

Pour échapper à cette cruelle exigence de la loi, il n'y a qu'un moyen, c'est de pouvoir considérer comme nul le premier mariage qu'il s'agit de raccorder, et, par conséquent, de dispenser la femme de l'odieux procédé de la licitation dont nous avons esquissé déjà le plan. En effet, si l'on parvient à annuler le premier contrat, on annule du même coup l'acte de divorce dont cette union a été frappée. Dans ce cas la situation se réduit pour les deux époux à la simple formalité de renouveler leur mariage.

On peut arriver à cette fin par le moyen suivant:

Si le musulman qui a répudié sa femme appartient

à la secte hanéfite et qu'il eût contracté mariage en présence de témoins incapables, dans l'opinion des Schafites, de déposer en justice, il sera loisible au juge hanéfite de renvoyer la cause à son confrère schafite; (57) celui-ci, se fondant sur l'inaptitude des témoins, au point de vue de sa propre secte, prononce la nullité de cette union et déclare le divorce de nul effet, par la raison qu'il a été appliqué en dehors du mariage. Les deux conjoints, déjà étrangers l'un à l'autre, acquièrent le droit de renouveler leur union par un nouveau contrat.

Il va sans dire que pour peu que les premiers témoins veuillent mettre de la *complaisance* envers le mari au désespoir, rien ne les empêcherait de faire valoir cette précieuse et salutaire inaptitude, en s'accusant de quelques faits d'inconduite se rapportant, au moins, au temps précis où ils ont assisté à ce mariage.

Si un homme ou une femme avouent ou reconnaissent avoir contracté mariage avec une personne déterminée, et que celle-ci dénie cette assertion, ils ne seront considérés comme réellement engagés dans les liens du mariage que dans le cas où le demandeur aura appuyé sa prétention sur le témoignage de deux individus. Dans ce cas il n'est pas nécessaire que les deux témoins aient assisté à la célébration du mariage, ni, par conséquent, qu'ils soient interrogés sur cette circonstance; il suffit qu'ils disent avoir entendu l'époux contestant reconnaître ce mariage avec le prétendant. Mais dans cette occurrence le mariage est considéré, par la plupart des légistes, pour ce qui regarde ses effets civils, comme ayant été conclu au moment seulement où le conjoint a été obligé à le reconnaître — c'est-à-dire, à partir du moment où il a été juridiquement

convaincu de son existence légale, et non pas du jour où il a été réellement contracté.

Bien qu'en principe la validité interne du mariage soit subordonnée à l'échange des formules sacramentelles et, dans une certaine mesure et avec les diverses distinctions scolastiques, à l'assistance de deux témoins, cependant il est admis que le seul fait de la reconnaissance par les deux personnes de l'existence entre elles d'un lien de mariage, suffit pour l'établir *de facto* aux yeux de la justice, à cette seule restriction près que, en cas de contestation présentée par un tiers, et en l'absence d'autre preuve, le mariage entre ces deux personnes sera également considéré, pour ce qui regarde ses effets civils, comme ayant été contracté seulement du moment où cette reconnaissance a eu lieu en justice; attendu que dans ce cas la reconnaissance équivaldrait à un acte de contractation initiale s'effectuant dans le moment même de la reconnaissance! et, par conséquent, sans effet rétroactif légal.

La reconnaissance du mariage qui n'aura été établi que seulement à l'égard de l'un des deux conjoints, n'a aucun effet légal. Toutefois, si cette allégation de l'une des deux parties est attestée par une preuve testimoniale, le mariage sera confirmé et le conjoint opposant sera forcé d'en reconnaître la validité avec extension rétroactive de cette confirmation, s'il y a lieu. (Voir plus haut, page 65.)

Cette doctrine s'appuie sur un principe appelé règle d'imitation «*taklide*,» c'est-à-dire, sur une raison de fait tirée des actes ou de la pratique d'un personnage à qui il est attribué, dans l'Ecole, une haute autorité législative, ou une certaine infaillibilité doctorale, quoique indépen-

dante de toute intervention apostolique et de révélation providentielle directe.

On rapporte, en effet, qu'un individu de condition roturière avait cité devant Aly une femme de condition distinguée qu'il prétendait avoir épousée. Interrogée sur ce fait par le khalife, la femme opposa à la prétention de cet individu les dénégations les plus énergiques. Toutes les apparences étaient en sa faveur. Aly exigea une preuve testimoniale comme unique fondement juridique sur lequel il fût possible d'établir la légalité de cette prétention. Le réclamant présenta deux témoins, deux misérables, mais légalement irrécusables. Aly prononça la confirmation du mariage, sans, cependant, cacher au prétendant que c'était avec regret qu'il lui donnait gain de cause. La femme, obligée, à raison de cette décision, d'accorder les droits d'époux à un homme qui ne l'avait jamais été, dit à Aly, dans un sentiment de justes scrupules : « Prince des croyants, si ta sentence est irrévocable, accorde-moi, au moins, le moyen de calmer ma conscience et marie-moi régulièrement à ce misérable. » Le khalife répondit simplement par ces mots : Ces deux témoins viennent déjà de te marier ! *Chahidaki Zaouajaki.*

On peut se demander comment une société régulière peut exister sous de pareilles lois qui offrent si peu de garantie pour les droits et la liberté personnelle des individus, et quel doit être, après tout, l'état d'un peuple qui se laisse gouverner par des formules, alors même qu'il est de toute évidence qu'elles ne répondent nullement à la réalité dont elles devraient, cependant, refléter l'exacte image.

Appliquée à une société d'une civilisation plus avancée, une pareille législation serait une source inépuisable de

scandales et de désordres domestiques du plus odieux caractère. La promiscuité des sexes, résultat et élément essentiel à la fois de la civilisation moderne, deviendrait un danger de toutes les heures. L'ordre, la morale, le repos des familles exigeraient, sous l'empire de cette législation, que chaque individu cachât sa femme avec le même soin anxieux qu'un homme entouré de voleurs mettrait à cacher son trésor.

La polygamie, qui est un autre résultat de cette législation arriérée, eût inspiré un sentiment d'horreur mêlé d'épouvante pour toute participation de la femme à la vie sociale; chacun eût éprouvé à montrer sa femme à des hommes étrangers le même sentiment de frayeur qu'éprouverait le voleur à étaler, au grand jour, l'objet qu'il a dérobé à son prochain. Mais grâce à l'état social musulman, état dans lequel les rapports entre les deux sexes sont presque nuls, les cas d'abus sont relativement assez rares. Les témoins qui d'après l'École hanéfite doivent assister à la célébration du mariage, et cette longue série de pratiques *méritoires* dont nous venons de parler, enfin la vie séparée de la femme musulmane qui la soustrait aux convoitises du dehors, rendent la tâche des faux époux, sinon impossible, du moins d'une exécution assez difficile pour n'être pas trop fréquemment tentée. Et puis le bon sens du public, cette *ultima ratio* de toute vie sociale, le système des *biais* qui peut servir à défendre le droit aussi bien qu'à le démolir, l'instinct de conservation, qui, dans tous les pays, supplée à l'imperfection de la loi, et, parfois, à son absence même, forment autant de chances préservatives contre l'extension du principe musulman à toutes les conséquences auxquelles il pourrait donner lieu.

Du Wilayat.

Le wilayat étant dans le droit musulman l'objet d'une législation très compliquée, nous remettons à en parler avec détails à l'occasion où nous aurons à traiter particulièrement de ce sujet. Nous nous bornerons pour le moment à signaler ici les cas où, d'après l'Ecole hanéfite, l'intervention du Waly est de rigueur, ceux où elle n'est que de convenance, et, enfin, la part d'autorité ou d'action efficiente que cette Ecole lui attribue.

En conséquence de cette espèce de minorité légale dans laquelle la femme est tenue dans le droit musulman, les légistes de cette religion mirent sérieusement en discussion la question de savoir si, en contractant mariage, ou, pour parler plus rigoureusement, en acceptant la condition d'épouse, la femme participe à cet acte en qualité de facteur réel et libre au même titre que l'homme qui accepterait la condition d'époux, de manière qu'elle puisse faire de sa personne le *sujet* du verbe «épouser», ou si elle n'y joue, en vérité, qu'un rôle passif n'impliquant aucune participation véritable à la conclusion de ce contrat. Heureusement pour le sexe faible on trouva dans le Coran un passage où l'action d'«épouser» est attribuée à

la femme. C'est celui où il est question de l'épouse qui aura été répudiée par trois fois. Le texte sacré dit expressément qu'une pareille femme ne pourra plus revenir à son premier mari qu'après avoir *convolé* à un second mariage; (58) ce passage, sans l'assimiler, sur tous les points, au mari, lui a donné, chez les Hanéfites, le droit de contracter mariage directement, c'est-à-dire de son propre chef, sans l'intervention d'un tuteur ou d'un représentant mâle.

Nous verrons, plus loin, que cette concession n'est point admise par les deux Ecoles rivales (la schafite et la malkite), qui n'accordent à la femme le droit de se marier qu'en vertu du pouvoir attribué au waly, car c'est à l'homme seul, d'après ces Ecoles, qu'appartient le droit de donner une base légitime au mariage de la femme, considérée, en elle-même, comme étant organiquement privée de tout droit de disposer de sa personne dans le sens d'une action conjugale.

Ces discussions ont amené de bonne heure de sérieuses divergences parmi les partisans respectifs des sectes musulmanes. L'Ecole hanéfite est celle qui professe, à cet égard, l'opinion la plus libérale. Pour ses partisans l'intervention de ce représentant appelé Waly n'est point indispensable pour la validité, soit interne, soit externe, d'un mariage entre majeurs, ou plus exactement entre *pubères*. Ils admettent que la fille qui a atteint l'âge de la puberté et celle qui est effectivement pubère (59) jouissent, pour tout ce qui est relatif au droit de contracter mariage, d'une parfaite indépendance, à cette seule réserve près que le Waly naturel, c'est-à-dire le plus proche agnat (au degré successible) conserve le droit de s'opposer au mariage de sa parente, même majeure, avec un homme d'une condition sociale *inférieure à la sienne*, ou qui aurait été con-

tracté moyennant une dot inférieure à la dot appelée *dot d'équivalence* «Mahr-oul missl» (60) si cette infériorité était telle qu'elle constituerait une lésion exagérée — c'est-à-dire dépassant la limite de la tolérance légale ou seulement coutumière de la localité. Si un pareil mariage a été contracté à l'insu du Waly, ou sans son consentement, celui-ci peut, en temps utile, l'attaquer en justice et en obtenir la rescision.

Il faut entendre par «*l'attaquer en temps utile*» la présentation de la demande en rescision, pour défaut d'assortiment, avant qu'il y ait eu un enfant entre les deux époux, déjà mis au monde ou seulement conçu.

Pour l'Ecole hanéfite le Wilayat se présente, partout où il est d'obligation essentielle, sous deux aspects différents : comme impositif absolu, ou comme impositif relatif, selon que le titulaire de cette autorité est un ascendant direct du sexe masculin, ou un parent collatéral assabité ou, enfin, à défaut de ce dernier, le juge de la localité.

Le Wilayat de la première catégorie implique en faveur de l'homme investi de cette autorité les droits suivants :

1° De marier le mineur de l'un ou de l'autre sexe même malgré lui.

2° De ne point être astreint aux conditions de l'assortiment ni à celles relatives à *l'équivalence* de la dotation nuptiale.

3° De rendre le mariage contracté de son autorité ou sous ses auspices — à quelque condition, d'ailleurs, qu'il ait été contracté, — absolument inaccessible au droit d'option que le mineur recouvrerait à sa majorité dans tous les cas où il aura été engagé dans les liens du mariage sous

le régime d'une toute autre autorité. Selon les Hanéfites ce droit ne peut avoir pour titulaire que l'ascendant masculin seul, à l'exclusion de tous les parents collatéraux et même du représentant du pouvoir souverain ou judiciaire, ni avoir pour objet que des enfants en bas âge et seulement pendant la phase de leur impuberté.

Le patron d'une femme esclave et le fils d'une femme atteinte d'aliénation mentale jouissent, sous ce rapport, le premier à l'égard de la femme dont il est le maître légal, et le second à l'égard de sa mère, des mêmes droits et prérogatives que cette législation reconnaît à l'ascendant du sexe masculin sur ses enfants en bas âge. Le côté bizarre de cette disposition est que le fils majeur et apte à exercer les fonctions de la tutelle exclut de ce droit son propre père, alors même que la femme atteinte de maladie cérébrale serait encore en la puissance maritale de ce dernier ! Si la conduite religieuse de l'ascendant est sujette à reproche, il sera déchu de son droit au Wilayat. Il le sera, également, s'il est généralement connu pour un homme de mauvais conseil, ou s'il est de notoriété publique qu'il s'était livré à des actions extravagantes ou marquées par un défaut évident de prudence. — Enfin le mariage qui aura été contracté sous les auspices d'un ascendant notoirement irréprochable, mais dans un moment d'ivresse accidentelle, sera également frappé de nullité, mais seulement dans les deux cas réunis suivants : 1° si la dot stipulée par lui a été inférieure à la norme d'équivalence ; 2° si l'époux qu'il a choisi est un individu d'une conduite manifestement répréhensible.

En dehors de l'incapacité notoire de l'ascendant ou de son état d'ivresse au moment du contrat, ni le défaut

d'assortiment, ni une lésion dotale outrée ne peuvent former un motif de rescision immédiate de ce contrat ni conférer à la femme le droit d'option par majorité.

Ajoutons que ce droit ne peut être exercé que par le titulaire même en personne, c'est-à-dire sans intermédiaire, à quelque titre que ce soit, et que, en conséquence de cette règle, il ne peut être transmis, selon les Hanéfites, ni par hérédité, ni par disposition testamentaire, à aucun autre individu.

Si, enfin, pour des motifs constants de déchéance le Wilayat est retiré à l'ascendant, ce pouvoir restera définitivement *périmé* et, dans ce cas encore, il ne sera plus représenté ni par l'autorité judiciaire, ni par aucun autre parent.

Le Wilayat impositif relatif appartient aux parents mâles du mineur «les assabites». Il confère aux titulaires, qui sont appelés à l'exercer dans un ordre de priorité réglé par le degré de leur proximité du mineur, ce même droit reconnu au Wilayat absolu d'imposer le mariage à leurs pupilles mineurs, mais sous les trois réserves suivantes: 1° que le mariage satisfera aux conditions de l'assortiment légal; 2° que la dot ne descendra pas au-dessous de l'équivalence coutumière au point de constituer une *lésion grave* au préjudice de la mineure; 3° que le mineur conservera — à moins de certains événements périlleux — le droit de demander, à sa majorité, la rescision de ce mariage.

Le mariage des mineurs reste donc, d'après toutes les Ecoles, soumis, sous peine de nullité, à l'intervention des Waly et ceux-ci peuvent le leur imposer à des conditions et avec des résultats qui varient selon le genre du Wilayat

auquel ils ont droit, à savoir que l'ascendant peut marier sa pupille sans condition et d'une manière définitive. Le collatéral ne peut le faire qu'avec condition (en observant les règles relatives à l'assortiment et à l'équivalence de la dot), et sous la réserve de leur droit absolu à la rescision par majorité.

Bien que le Wilayat ne soit point, aux yeux des Hanéfites, une condition essentielle pour la validité d'un mariage contracté par une fille majeure, cependant les docteurs modernes de cette Ecole conseillent aux conjoints de ne point négliger cette formalité, attendu, font-ils observer, qu'en l'adoptant ils se mettraient d'accord avec les adeptes de toutes les autres Ecoles sunnites. Or c'est un acte méritoire pour tous les musulmans, à quelque obéissance doctorale qu'ils appartiennent, de viser toujours à l'uniformité scolastique, toutes les fois qu'ils pourront le faire sans porter atteinte à la rigueur ou au caractère systématique de leurs principes.

Si cependant le Hanéfite justiciable, c'est-à-dire en âge de raison et en possession de toutes ses aptitudes légales, n'obéissant qu'aux strictes exigences de son école, contracte mariage sans la médiation d'un Waly, il ne commet aucun acte répréhensible aux yeux de sa secte. Cette omission pourrait même lui valoir un avantage inappréciable, absolument identique à celui que l'absence de témoins irréprochables lui assurerait. Dans le cas d'un triple divorce suivi de regret, elle lui fournirait le moyen de reprendre sa femme sans être obligé de la jeter dans les bras d'un autre; car il lui suffirait, dans ce cas, de faire annuler son mariage par un juge partisan de l'école schafite pour soustraire la pauvre répudiée aux effets

foudroyants du mot *trois* accolé au mot divorce dont elle aura été frappée, au cas où son mariage eût été contracté selon les stricts principes de la doctrine hanéfite, c'est-à-dire en dehors de l'intervention d'un Waly.

Les deux Imams Schafy et Hanbaly sont d'avis qu'il ne peut y avoir mariage qu'en tant qu'il a été contracté par l'intermédiaire d'un Waly. Pour ces deux grands docteurs de l'Islam la femme est incapable de contracter mariage de son propre chef. Cette doctrine se fonde évidemment sur une raison tirée de la conformation physique de la femme, organiquement faite pour être *épousée* et non pour *épouser* dans le sens de l'objet *final et transitif* de l'acte conjugal. A ce point de vue la femme ne saurait prétendre à un droit qu'elle serait incapable d'exercer sans le concours libre et *propensionnel* de l'homme; le lui attribuer serait lui reconnaître le droit de se faire raison par l'emploi de mesures *coercitives* au cas où cette propension viendrait à faire défaut chez le mari — moyens auxquels l'organisme masculin est absolument réfractaire. La femme enfin, selon cette école, se *prête* à l'acte du mariage, mais elle ne *l'exerce pas*; elle est l'agent *passif* et secondaire, et non le sujet *actif et initial* pour lequel le mariage a été institué. Tel est, en effet, le fond, sinon la forme même des idées ou des raisons sous l'empire desquelles ces deux principaux docteurs ont subordonné le mariage de la femme à la médiation d'un Waly. Ajoutons maintenant que partout où l'intervention de ce dernier est adoptée ou mise en usage, à quelque titre que ce soit, c'est-à-dire alors même qu'elle ne serait que de simple convenance — c'est toujours lui, le Waly, qui exerce la fonction de marier sa pupille et d'accomplir la partie

contractuelle ou efficiente de l'acte. La femme sujette de cette intervention ne peut effectuer, en présence du Waly, que la partie semi-passive du mariage, c'est-à-dire de vouloir, ou de ne pas vouloir être l'objet de ce contrat. Les formules sacramentelles s'échangent entre lui et le futur conjoint, et non entre ce dernier et sa future, à cette seule réserve distinctive du cas où les deux conjoints contractent directement sans médiation de Waly, que le conjoint majeur emploie le verbe épouser sous la forme active simple, et que le Waly le met à la forme de l'activité double; l'un dira, par exemple: *j'ai épousé* ta pupille, ou une telle; et l'autre: *j'ai fait épouser* ma pupille, une telle (ici présente) à toi. Cette forme est observée alors même que la femme serait majeure et en possession de tous ses droits — c'est-à-dire en condition, selon l'École hanéfite, de pouvoir contracter directement mariage sans l'intervention d'un Waly. Mais il demeure entendu pour l'école hanéfite que cette intervention du Waly ne serait qu'une *pure forme*, ou un simple procédé de convenance, n'affectant, dans aucun sens, ni le droit de la fille majeure de traiter directement de son mariage, ni l'obligation incombant au Waly, qui joue ici un simple rôle d'intermédiaire officieux, de s'assurer préalablement du consentement de sa pupille majeure.

Il sera traité, dans la partie spéciale de notre étude relative au Wilayat, des différentes manières dont ce consentement peut être exprimé par la femme, et des divers cas où le silence équivaldrait, selon les faits et gestes qui l'accompagnent, soit à une acceptation, soit à un refus de la proposition de mariage qui aurait été présentée par le Waly ou par le contractant principal lui-même. Si

le futur conjoint est encore mineur de fait ou de droit, son rôle sera réduit à une passivité parfaite, et son Waly pourra le marier sans *s'assurer préalablement* de sa volonté, et même malgré cette volonté si, par aventure, elle se manifestait contre la sienne; sauf, bien entendu, la réserve admise pour ce cas, à savoir que le mineur à qui le mariage aura été imposé, recouvrera, au moment précis de sa majorité, le droit d'opter entre le maintien ou la rescision de ce mariage ¹⁾. Jusque-là, les mineurs, à quelque sexe qu'ils appartiennent, sont, de l'avis de toutes les Ecoles ²⁾, abandonnés à l'autorité discrétionnaire de leurs Walys, et ceux-ci, sans égard à l'incapacité physique de leurs pupilles, peuvent les engager dans les liens du mariage, fussent ces derniers encore à la mamelle, sans autre condition essentielle que celle de présenter à la fille mineure un parti assorti, et une dotation nuptiale proportionnée à sa valeur personnelle. C'est pour cette raison que le mariage imposé à la mineure, ou contracté en son nom par les titulaires du Wilayat impositif relatif

¹⁾ Il faut remarquer qu'aussi longtemps que le mariage n'aura pas été judiciairement rescindé à la suite d'une action formellement introduite par l'épouse usant de son droit d'option, tous les effets de cette union, tant civils que religieux, resteront absolument intacts, tels que le droit réciproque de s'entre-succéder, celui réservé à la femme de recevoir une dotation nuptiale complète, dans le cas où le mariage aura été, soit consommé, soit suivi de la mort du mari dès avant l'accomplissement de ce fait; ou seulement la moitié de cette dotation dans le cas où le mari l'aura répudiée avant d'avoir commercé avec elle; le droit, enfin, de bénéficier de la tolérance juridique dans les questions douteuses et qui sont du ressort de la justice pénale et, par conséquent, de faire considérer cette union comme exempte de tout caractère délictueux.

²⁾ Pour l'école schafite la fille pubère, mais encore vierge, est mineure et doit être traitée comme telle pour tout ce qui regarde le droit de contracter mariage.

n'est valide qu'à la condition pour eux d'avoir fourni à leur pupille un conjoint d'une condition sociale équivalente à la sienne et une dot analogue à celle que des experts, en l'absence de stipulation spéciale sur ce point, lui eussent adjudgée. Si la condition de l'assortiment n'a pas été observée par le Waly à l'égard de la fille mineure, le mariage sera frappé de nullité et, sauf la tolérance légale, il ne produira absolument aucun effet.

On déduit de cette doctrine qu'un mariage contracté à l'encontre des règles relatives à l'assortiment légal, n'établira entre les parties aucune parenté au degré successible (61) et n'aura point, selon l'avis unanime de tous les docteurs, l'effet interne de liciter le retour à son premier mari de la femme qui aura été, de la part de ce même mari, l'objet d'un triple divorce. On excepte de cette règle le cas où l'époux *licitateur* aurait formellement contracté ce mariage sous les auspices et du consentement constaté du Waly, suffisamment renseigné, sous l'autorité duquel la femme, ainsi divorcée, était placée ¹⁾.

Les règles relatives à l'assortiment ne sont observées qu'une fois et, uniquement, par rapport à l'état dans lequel se trouvent les futurs conjoints au moment du contrat. Les changements ultérieurs qui peuvent survenir dans la condition respective des mariés n'auront aucun effet sur la validité d'une union qui aura été contractée sous

¹⁾ Ce qui veut dire qu'un mariage contracté avec un *licitateur* en vue de rendre possible le retour à son premier mari de la femme répudiée par trois fois ne saurait sortir ses effets licitatifs que dans le cas où le Waly — connaissant d'ailleurs l'insuffisance du conjoint licitateur — y aura néanmoins donné son assentiment et présidé même en personne à la conclusion du contrat.

le régime de l'assortiment, et ne peuvent, par conséquent, autoriser une demande en rescision pour cessation subséquente de ce régime.

La fille qui aura été victime d'une mésalliance pourra, à tout moment, introduire, par représentation, une action en rescision de mariage par défaut d'assortiment, à moins toutefois, ainsi qu'il a été dit plus haut, que la naissance d'un enfant, ou une grossesse bien constatée résultant de cette union, ne soient survenues dans l'intervalle. Dans cette conjoncture, font observer les légistes, le mariage sera, *par égard pour l'enfant*, absolument et définitivement confirmé ¹⁾.

La raison alléguée par les auteurs à l'appui de cette dernière considération est aussi juste en elle-même qu'elle nous paraît étrange dans la bouche d'un légiste musulman; — c'est, disent-ils littéralement « afin que l'enfant ne soit point perdu faute d'avoir auprès de lui quelqu'un qui prenne soin de son existence ». Il faut, sans doute, comprendre cet intérêt porté à un pareil enfant dans ce sens que la rupture du mariage devant avoir nécessairement pour conséquence de séparer le père de son enfant ¹⁾, celui-ci serait exposé à rester privé des bienfaits de la sollicitude paternelle, ce qui pourrait amener la perte de l'enfant.

Nous ne contesterons pas la justesse de cette réflexion, mais nous trouvons fort étrange que ces bons docteurs n'aient point songé à l'appliquer au cas où la rupture du mariage aura été effectuée, non par rescision, comme

¹⁾ En cas de divorce ou de séparation par rescision la garde des enfants, jusqu'à l'âge de 7 ans, appartient de droit à la mère, et elle conservera ce droit aussi longtemps qu'elle n'aura pas convolé à un second mariage.

dans le cas précité, mais par répudiation pure et simple par le mari contre sa femme qui aurait, par hasard, une demi-douzaine d'enfants en bas âge.

Ajoutons, enfin, que la condition de l'assortiment de naissance et de fortune ne s'impose point en faveur des garçons. Cette distinction se fonde en droit sur cette considération tirée des mœurs arabes que l'homme élève la femme à lui, mais qu'il ne descend jamais jusqu'à elle — raison que les docteurs musulmans expriment, selon les allures illustrativement naturalistes de leur langage, en ces termes: l'homme *étend* sous lui la femme, mais il n'est jamais *étendu* sous elle. La position potentielle contraire est qualifiée de... *sollicisme* ou d'une sorte de figure métaphorique par renversement de rôles: une *antiphrase*.

L'Imam Malek adopte sur ce point une opinion fort étrange et qui ne paraît reposer sur aucune raison d'autorité supérieure. Pour lui il y a lieu à *distinction*: si la femme est douée d'une beauté remarquable, et qu'elle soit de haute naissance, de manière qu'on puisse la considérer comme offrant un parti généralement désirable, elle ne peut se marier qu'en vertu de la médiation impérative de son Waly. Dans le cas contraire, tout homme, fût-il étranger, peut servir, sur l'ordre de cette femme, de médiateur, de pure forme, entre elle et son futur conjoint. (62)

On peut trouver bien bizarre cette manière de rendre hommage à la beauté et à la naissance et de faire, ainsi, intervenir l'absence de ces deux avantages comme éléments de droit personnel, valant plus d'indépendance et, partant, plus de dignité à la condition sociale de la femme. Mais en se reportant au principe fondamental de l'Islamisme relatif au mariage, on trouvera que cette dispo-

sition n'est peut-être pas absolument réfractaire à toute explication satisfaisante. L'assimilation du mariage, pour ce qui regarde la femme, à un acte de vente peut, pensons-nous, rendre raison de cette bizarrerie. On comprend, en effet, que le degré de vigilance et de circonspection que l'on doit mettre dans la pratique de la vente, soit en raison de l'importance de l'objet à vendre. On ne vend pas une poignée de brillants avec la même insouciance relative que l'on mettrait à vendre une quantité égale d'objets de vil prix. La femme belle et de haute naissance, c'est un article fort précieux, dont on ne saurait entourer la vente de trop de précautions. De là l'obligation que l'Imam Malek lui impose de ne placer ses avantages qu'avec le concours et sous le contrôle de son Waly, afin, sans doute, de diminuer les chances de lésion grave auxquelles elle est naturellement exposée.

Cette doctrine de Malek n'a certes rien d'inconséquent avec la principale note de la définition dogmatique donnée au mariage, à savoir qu'il constitue un contrat de vente par rapport à la femme, et un acte d'achat par rapport à l'homme. La femme belle et noble est soumise au contrôle et à l'autorité impérative d'un protecteur naturel, c'est-à-dire d'une sorte d'expert supposé mieux entendu qu'une simple femme dans l'estimation de pareilles valeurs. La femme laide et vilaine est abandonnée à ses propres inspirations, par la raison que, quoi qu'elle fasse, elle ne saurait guère s'exposer à des lésions sérieuses. L'excédant de droit personnel que Malek lui reconnaît à cet égard sur celui de sa redoutable rivale ne peut être, aux yeux de cet Imam, qu'une sorte de droit négatif bien plus humiliant que flatteur, ne lui con-

cédant, au fond, d'autre faculté que celle de pouvoir être *négligée* par l'agent priseur, faculté que la prudence commande de refuser à la femme d'un prix élevé, c'est-à-dire à la femme bien faite et de race distinguée.

Tel est le fond rationnel de la doctrine professée par Malek. Elle n'est que le résultat complexe de la combinaison de ces deux principes fondamentaux et communs à toutes les Ecoles islamiques, à savoir: que les femmes — un hadice célèbre l'a formellement affirmé — ont eu pour partage une intelligence et une religiosité défectueuses « *En-nissa'ou nakissatou aklen oua dine* » et que le mariage, par rapport au sexe féminin, est un acte de vente pure et simple. Il faut donc voir dans cette doctrine de Malek, sinon certes une note de haute jurisprudence, du moins une sorte d'emballage logique fort compréhensible, et il faut presque s'étonner que les autres Imams aient pu y résister.

Quoi qu'il en soit de la raison réelle qui accorde ce droit d'indépendance à la laideur et à la roture, il doit être toujours permis de douter qu'il y ait eu beaucoup de femmes malkites qui aient *revendiqué pour elles* le bénéfice de cette singulière prérogative accordée, de si haut, aux déshéritées de la naissance et de la nature!

Pour les Hanéfites, nous l'avons déjà dit en passant, le recours à l'office du Wilayat ne s'impose, pour la validité du mariage, que dans un seul cas: c'est lorsque le conjoint à marier est mineur, soit de fait, soit de droit. Il n'est admis sur ce point aucune distinction de sexe. Est mineur de fait l'individu qui n'a pas encore atteint la puberté physique ou l'aptitude à la procréation, état d'homme correspondant évidemment à la condition opposée

que la Bible appelle dans la sainte simplicité de son langage naturel «*ouvreur de matrice.*»

Cette dernière aptitude peut être légalement attestée par diverses espèces de signes qui font autorité et dont nous allons donner un rapide aperçu :

1° Par la preuve directe naturelle. C'est la *constatation du fait physique et réel de la puberté* chez une fille au-dessus de neuf ans, et chez un garçon âgé de plus de douze.

Si les phénomènes qui servent d'indices de puberté apparaissent à un âge moins avancé, il n'en sera fait aucun cas.

2° Par la présomption directe et naturelle. Ce procédé se fonde uniquement sur *l'affirmation pure et simple* de l'individu qui serait en état de satisfaire aux deux conditions réunies suivantes :

A. Etre d'un âge au-dessus de douze ans pour les garçons, et de neuf pour les filles. ¹⁾

B. Avoir une complexion apparente en correspondance avec l'état de puberté dans le sexe auquel il appartient, et que nous appelons aspect de contempérance.

Dans cette dernière combinaison de cas la présomp-

¹⁾ Cette limite d'âge, à laquelle les indices physiques de la puberté sont pris en considération, pourrait nous paraître trop avancée; mais elle s'explique par l'extrême précocité des habitants des climats chauds. On sait, d'ailleurs, que le Prophète épousa Aïcha encore à peine âgée de six ans et que trois ans après il usa sur elle de la plénitude de ses droits. El Karamany cite, dans son commentaire sur El Boukhary, le fait singulier et à peine croyable que le fils de Amr ben El A'asse, le célèbre conquérant de l'Égypte — Abdoullah — n'était que de douze ans moins âgé que son père. Les légistes disent, à propos de ce fait, que c'est l'unique phénomène d'une paternité si étonnamment précoce qu'il soit possible de citer.

tion légale de la puberté peut s'établir indépendamment d'une constatation portant sur les effets naturels propres à cet état.

Remarquons que l'affirmation de l'individu, alors même qu'elle se produirait dans les conditions requises, n'établirait la présomption légale qu'en tant que l'allégation de cet état serait faite en vue de maintenir un acte accompli par l'affirmant, et non pas pour en obtenir l'annulation ¹⁾.

Cette réserve très judicieuse se fonde, évidemment, sur ce principe naturel que personne ne peut ni ne doit se constituer son propre adversaire afin d'obtenir l'annulation d'un acte accompli par lui-même, en opposant à cet acte la raison qu'il l'aurait accompli dans un sens ou sous une forme que la loi devrait désavouer.

Les docteurs musulmans donnent à ce principe la formule suivante «*menne sa'a fi nakdi a'amalîhi, fa a'amalouhou mardoudon alaïh*» mot à mot «Celui qui s'applique à infirmer son propre acte, son application sera tournée contre lui» c'est-à-dire qu'il aura à subir les effets de ce même acte.

2° Par la présomption légale pure et simple, c'est-à-dire sans égard ni à des effets manifestes de la puberté, ni à une complexion correspondante à cet état, ni à l'affirmation contempérante (que l'aspect physique de l'individu ne paraîtrait pas démentir). Cette présomption s'établit et s'impose à la justice de plein droit, selon Abou Hanifa, pour le garçon, sur le seul fait d'avoir atteint l'âge de dix-huit ans et, pour la fille, celui de dix-sept.

¹⁾ C'est-à-dire que la justice ne fera aucun cas d'une pareille affirmation personnelle, si elle a pour but d'infirmer un acte quelconque accompli par l'affirmant lui-même.

La contempérance à laquelle se trouvent subordonnés les effets de l'affirmation individuelle s'établit sur divers signes de l'aspect physique, signes sur lesquels cependant les docteurs sont loin d'être d'accord. La plupart, par exemple, ne tiennent pas la naissance des poils sur le pubis pour un signe de puberté, tandis qu'Abou Yousef y voit un indice certain de cet état.

Quelques-uns voient dans l'avancement et le redressement du sein le signe certain de l'âge productif pour la femme, alors que d'autres auteurs n'en tiennent aucun compte; on rapporte que le Khalife Ali prenait en grande considération la mesure de la stature, et limitait à un minimum de 5 emfans celle que la *contempérance* doit offrir. Pour les uns, ni le poil couvrant la jambe, ni celui qui vient sur la lèvre supérieure, ni le poil des aisselles ne sont des signes certains de puberté; pour les autres toute naissance de poils sur ces parties du corps forme, avec les distinctions de détail résultant de la différence de sexe, un signe irrécusable de la puissance procréatrice. On n'est, enfin, d'accord que sur ces trois points:

1° Qu'un léger duvet n'a aucune valeur indicative.

2° Que la tonalité vocale est un signe douteux ou peu sûr.

3° Qu'en général, la *contempérance* s'établit sur l'impression souvent irraisonnée ou irréfléchie que l'aspect de l'individu produit sur les sens.

Remarquons, enfin, que les effets de la puberté ne peuvent être attestés par un témoignage légal qu'autant que les déposants puissent déclarer avoir vu s'opérer ou se produire sous leurs yeux les effets physiques de la puberté. Il convient toutefois d'ajouter qu'il résulte de

l'ensemble des dispositions légales musulmanes sur la manière de constater l'impotence, que personne ne saurait être obligé à mettre des témoins en état de déposer de sa puissance génitale.

La *minorité légale* ou de droit (par comparaison à la *minorité naturelle*) est le résultat de l'une des trois conditions suivantes:

1° L'insanité mentale,

2° L'interdiction par voie judiciaire,

3° La condition servile.

Il faudra cependant remarquer que l'interdiction pour extravagance ou pour mauvaise conduite religieuse n'infirme que les actes qui appartiennent au droit humain — voir plus haut page 29 — que l'on désigne tour à tour, ainsi que nous l'avons déjà dit, sous la qualification générale de «actes susceptibles de rescision» ou «actes contraignables» ou enfin «actes dans la formation desquels la plaisanterie est assimilée à un procédé d'engagement sérieux et décisive». Une notable partie, en effet, des actes réputés dépourvus de ces traits caractéristiques, et qui appartiennent par conséquent à la classe des droits dits «*divins*» peuvent être accomplis par l'interdit et produisent tous leurs effets légaux tout aussi sûrement que s'ils avaient été accomplis par un individu en parfaite possession de tous ses droits. Ce sont notamment le mariage; la répudiation; l'affranchissement sous toutes ses formes; l'acquiescement de la dîme; la rupture du jeûne; le pèlerinage; les observations rituelles; la validité de ses aveux sur des faits relevant de la justice criminelle ou correctionnelle et entraînant des peines corporelles ou de talion; l'obligation de pourvoir à l'entretien de ses femmes ou de ceux auxquels il doit la pension

alimentaire; le droit de léguer par testament, jusqu'à concurrence du tiers disponible de ses biens; et, enfin, la cessation, par rapport à lui, du pouvoir paternel, qui, en cas d'interdiction, est remplacé par celui du magistrat compétent (le juge de la localité), ce qui veut dire que l'interdit, pour extravagance ou pour conduite scandaleuse, a le droit de récuser l'autorité paternelle, déjà légalement périmée par l'interdiction, pour se placer sous celle du magistrat, devenue, par suite de ce même fait, seule légitime à son égard.

Il est certain que cette dernière faculté, qui n'est qu'une simple permutation du pouvoir ou de tutelle, ne saurait être qualifiée de „droit“ imputable à l'interdit; mais les auteurs musulmans la présentent comme tel, uniquement parce que, dans le cas où le juge aura négligé de réclamer ce transfert de pouvoir, l'individu contre lequel la mesure de l'interdiction a été prise, pourra récuser, comme sans effet pour lui, les dispositions de tutelle ou de surveillance que son père aura prises à son égard.

L'ascendant, ou, à son défaut, le juge compétent et, si la pupille est encore mineure, l'exécuteur testamentaire, peuvent seuls, à l'exclusion de tous les autres Walys, recevoir, à titre de représentants affidés de leur cliente, la dot qui lui est due sur son mari.

Cette disposition s'applique avec les distinctions suivantes:

Si la pupille se trouve dans les deux importantes conditions de l'émancipation parfaite, à savoir: la nubilité et la perte de la virginité par voie *coitale*, les deux Walys précités ne peuvent opérer ce recouvrement que sur un ordre formel de leur cliente; si elle est encore vierge,

mais déjà majeure, son silence vaut autorisation; mais elle conserve le droit de ne point ratifier le recouvrement effectué sur le seul fait de son silence; si elle est mineure, le droit alternatif de ses trois Walys demeure sans limite.

Ajoutons à titre d'amplification que ce Wilayat n'a point de prise, selon les Hanéfites, sur la fille pubère, *fût-elle encore vierge*, c'est-à-dire dans une condition où le ménagement de la pudeur semblerait réclamer, à juste titre, l'intervention d'un Waly entre elle et l'homme qui désirerait l'épouser.

A défaut pour les Walys *relatifs* de satisfaire à ces conditions le mariage sera considéré comme nul et ne produira aucun effet. Il pourra être attaqué en justice, non seulement par les autres Walys quoique moins proches que ceux sous les auspices desquels il a été contracté, mais encore par chaque musulman qui aurait eu connaissance de la lésion ou de la mésalliance dont l'un ou l'autre des deux conjoints a été la victime de la part de son Waly légal. Cette doctrine juridique se fonde sur le principe déjà signalé du système musulman que les unions matrimoniales appartiennent, dans la principale partie de leur destination, à la catégorie des actes qui intéressent le *droit divin*. Or dans ces sortes d'actes tout musulman a qualité de se constituer, de son propre chef, partie civile et de dénoncer à la justice toute infraction qui aura été commise contre ce droit.

Il résulte de l'ensemble de ces doctrines relatives au Wilayat les dispositions juridiques suivantes:

1° Que le Wilayat *impositif absolu* appartient à l'ascendant mâle *seul*.

2° Que les droits et les prérogatives qui se rattachent

à cette autorité sont *incommutables* et, par conséquent, non susceptibles de transmission, ni par délégation, ni par testament, ni même par substitution ou succession dans le cas où le titulaire légitime viendrait à faire défaut.

3° Qu'à cette autorité *seule* appartient le droit d'imposer le mariage à des mineurs, sans aucun égard aux conditions de l'assortiment et de l'équivalence dotale. Ce qui veut dire qu'au titulaire de cette autorité *seul* revient le droit discrétionnaire de mésallier ses pupilles et de leur faire subir *une lésion dotale outrée* «*Gabnon fahichon*» et, comme conséquence naturelle de cette prérogative, le droit de soustraire le mariage contracté sous ses auspices à l'action dissolutoire de l'option par adolescence dont il sera bientôt traité.

4° Que les autres Walys (les titulaires du Wilayat relatif) ne peuvent imposer le mariage à leurs pupilles mineurs qu'à la condition de leur avoir fourni un parti assorti et une dot équitable.

5° Que, en tout état de cause, c'est-à-dire lors même que le mariage présidé par cette classe de Walys aurait répondu à toutes les conditions légales de l'assortiment et de la suffisance dotale, les personnes mariées sous le régime de ce Wilayat conservent le droit d'opter à leur majorité pour la rescision de cette union, sans être obligées d'articuler d'autre raison que le seul fait de leur volonté.

6° Que la femme majeure — fût-elle encore vierge — peut se marier indépendamment de tout consentement de tuteurs à quelque classe que ces derniers appartiennent. — Mais dans cette occurrence la loi réserve aux Walys de toutes les catégories le droit de s'opposer à un mariage qui serait, soit légalement, soit selon les us et cou-

tumes de la localité, regardé comme une mésalliance pour leurs pupilles, ou qui tendrait à faire subir à ces mineurs une forte lésion dotale. Si un pareil mariage a été déjà conclu par la fille majeure à l'insu de ses Walys naturels, c'est-à-dire de ses proches parents, les tuteurs, en leur qualité de seuls intéressés en cette matière, pourront *en temps utile* demander à l'autorité judiciaire de la localité la rescision immédiate de ce mariage.

7° Qu'en l'absence de tout Waly, la fille majeure peut se marier comme elle l'entend et indépendamment de toutes les dispositions relatives à l'assortiment et à l'équivalence dotale.

8° Que les filles majeures en possession de parents au degré de Wilayat ne peuvent passer outre sur les conditions de l'assortiment et de la dot que si elles sont secondées dans leur désir par leurs Walys, attendu que la femme majeure ne peut se dispenser de l'observation des règles relatives à l'assortiment et à la dot que dans les deux cas alternatifs suivants: 1° Si elle n'a point de Waly — c'est-à-dire aucun parent assabite (agnat) du sexe masculin. 2° Si elle en a, d'obtenir le consentement de ses Walys pour son mariage conclu en infraction aux règles de l'assortiment et de la dot.

Tout ce qui vient d'être dit relativement au Wilayat de deuxième ordre (impositif relatif) doit être entendu, disons-le encore une fois, sans préjudice, pour la fille mineure, du droit qu'elle conserve, dans tous les cas, de demander et d'obtenir à sa puberté la rupture de son mariage, à la seule charge pour elle d'exercer ce droit dans certaines conditions de forme et de procédé dont nous aurons bientôt à parler.

Du droit d'option que les personnes mariées dans leur minorité peuvent exercer à leur majorité.

Le droit à la rescision du mariage par majorité appartient à toute femme qui a été mariée sous le régime du Wilayat relatif, quelque avantageuses d'ailleurs qu'aient pu être les conditions auxquelles ce mariage aura été contracté.

La législation musulmane fait des distinctions d'un caractère purement arbitraire quant à la période du temps pendant lequel le droit à l'option par majorité peut être exercé avec utilité. Elle la détermine avec une rigueur extrême, ou elle la laisse absolument indéfinie, selon le *sexe* du mineur ou l'état de la membrane hyménale, le *puçelage*, au moment de l'entrée en puberté. Si le mineur est un garçon ou une fille déjà initiée aux mystères du mariage, leur droit à l'option n'est limité par aucune période de temps; il peut s'étendre, sans restriction, à toute la durée de la vie, à cette seule condition, imposée à l'un aussi bien qu'à l'autre, de s'abstenir, pendant tout l'intervalle de leur inaction ou de leur silence, de toute privauté conjugale.

La fille mineure mariée sous le régime du Wilayat impositif relatif, et qui serait restée vierge jusqu'à l'époque de son entrée en nubilité, ne peut faire valoir son droit à l'option par majorité qu'en l'exerçant dans l'instant même où elle viendrait à remarquer les premiers signes révélateurs de sa puberté. Si les circonstances de temps ou de lieux ne lui permettent pas de saisir la justice de sa décision optative dans le moment où elle en aura fait la découverte, elle devra déclarer cette décision devant deux témoins, en attendant de pouvoir en faire la raison d'une demande formelle en rescision de mariage par devant le juge de la localité la plus proche. Dans le cas où une pareille attestation par voie de témoignage serait également impraticable, l'épouse optante n'en serait pas moins admise à présenter cette demande à la première occasion favorable qui s'offrirait pour l'accomplissement de cette formalité, mais sous les deux conditions restrictives que nous allons signaler et que les auteurs signalent avec soin, tout en se faisant un pieux devoir d'apprendre aux fidèles les procédés casuistiques par lesquels il leur serait possible de les éluder avec autant d'aise que de sûreté et à la plus grande satisfaction de la loi elle-même.

Remarquons, tout d'abord, que la légitimité de ces procédés se fonde sur l'adage que nous avons déjà cité : *lorsqu'une obligation légale devient trop gênante, c'est alors qu'elle devient particulièrement commode* — ce qui veut dire que l'homme placé sous l'empire d'une obligation légale à laquelle il ne saurait satisfaire qu'en portant sûrement et inévitablement atteinte à un droit qui lui est reconnu, ou à un intérêt personnel d'une légitimité incontestable, peut user de ruse, en d'autres ter-

mes recourir au procédé *légitime* des *adaptations lexicologiques*, pour sauvegarder ce droit ou pour défendre cet intérêt, c'est-à-dire appliquer à l'obligation dont il s'agit de s'affranchir un mode de *réalisation linguistique* scolastriquement suffisante.

La première condition regarde le fond même de la question et se rattache à un principe de droit parfaitement justifiable, à savoir que dans tous les cas où la matérialité pure et simple d'une *action* équivaut à une déclaration formelle et positive, la continuité de cette *action* sera considérée comme connexe à la continuité de la *cause* qui seule pouvait la *produire*.

En conséquence de ce principe, la fille mineure qui aura été mariée sous le régime du Wilayat impositif *relatif*, et à laquelle la loi réserve la faculté d'opter pour la rescision de son mariage à sa majorité physique, doit s'abstenir, à partir du moment précis où elle aura constaté sur sa personne les premiers signes de son entrée dans cette nouvelle phase de sa vie, de tout rapport conjugal intime avec son mari. Elle doit également éviter qu'aucun fait approubatif ou consensuel soit de *simple silence* soit de *privauté* matrimoniale ne vienne marquer l'intervalle qui se sera écoulé depuis ce moment jusqu'à celui où la demande en rescision pour *majorité* aura été présentée à la justice.

La seconde condition n'est, au fond, qu'une direction casuistique à l'usage des épouses qui n'auraient pas pu satisfaire à la première. Elle consiste dans cette recommandation adressée à la postulante de s'abstenir devant la justice de toute mention positive de la date à laquelle remonte le fait matériel de son entrée en pu-

berté. L'objet de cette réserve est d'assurer à la mineure le moyen légal de pouvoir déclarer, avec une véracité *linguistique* suffisante, qu'elle *vient de voir* les premiers signes matériels de sa nubilité, attendu qu'en effet elle peut bien les avoir vus, *encore une fois*, dans l'instant d'avant, bien que le fait de leur première apparition remontât déjà, en réalité, à un temps plus éloigné.

Mais voici où commence l'antinomie de cette disposition et où *la ruse légale* peut légitimement intervenir pour permettre au justiciable d'échapper aux rigueurs extrêmes de cette loi : si l'épouse qui désire exercer le droit d'option est pressée par la partie adverse d'interrogations sur la date précise de son entrée en puberté, au point qu'elle se voie dans l'alternative d'être déboutée de sa demande ou d'avancer une fausseté, elle peut, sans prévarication ni péché, choisir ce dernier parti ; attendu, font observer les casuistes, parmi lesquels nous pouvons citer le nom imposant de Hanbaly lui-même, qu'il est permis de *mentir* toutes les fois que la vérité pure serait une *cause certaine* de la *perte* d'un *droit*.

Ici se présente une question fort naturelle : quelle peut être la raison de cette différence établie entre la fille vierge et celle qui ne l'est plus ? La perte de la virginité serait-elle aux yeux des musulmans une qualité personnelle, comme la masculinité, valant, en droit, un surcroît de privilège à la femme qui l'a subie ? Cela serait absolument contraire à certaines dispositions de la législation musulmane dont il sera parlé à propos du partage marital, *el kasma* (63) c'est-à-dire de la manière dont un mari doit se comporter envers ses femmes. On comprendra bien qu'on ne saurait ni tenir longtemps en suspens le droit à la rescision du ma-

riage, ni prolonger indéfiniment, sans inconvénient pour les époux eux-mêmes, les incertitudes de leurs situations, mais comme il n'est tenu aucun compte de ces considérations dans le cas où la personne appelée au droit d'option serait un garçon ou une fille non vierge, il faut nécessairement croire que la rigoureuse limitation du temps accordé à la vierge pour l'exercice de son droit d'option ne repose nullement sur des raisons de cette nature. Cette limitation, d'ailleurs, ne viserait que des intérêts d'un ordre abstrait où ni la virginité ni son absence ne sembleraient destinées à intervenir. Les légistes n'en donnent aucune raison ; — il ne paraît pas même qu'ils aient senti le côté bizarre ou antinomique de cette distinction. Nous proposons l'explication suivante :

L'importance légale attribuée dans la législation musulmane à la virginité, le surcroît de droit ou de privilège que cette qualité assure à l'épouse sur ses rivales qui ne l'avaient plus au moment de leur mariage avec le mari commun, (64) autorise à penser que, comme la virginité de l'épouse doit représenter aux yeux du mari un bien précieux, une qualité féminine fort estimée et, enfin, une occasion unique de jouissance sans retour possible, la législation musulmane, avec ses tendances à tout rapporter dans le mariage au conjoint du sexe masculin, a pu trouver fort naturel et parfaitement légal d'user d'un certain procédé de sollicitude pour les intérêts du mari exposé à la perte d'un si précieux avantage ¹⁾).

Or on ne peut ni empêcher ni arrêter l'exercice d'un

¹⁾ Au cas où l'épouse encore douée de la précieuse qualité viendrait à user à sa majorité de son droit à la rescision de son mariage.

droit acquis qu'en soumettant cet exercice à des formalités difficiles, gênantes, ou qui seraient, dans bien des cas, absolument impraticables. De là, pensons-nous, cette condition imposée à la fille vierge d'avoir à déclarer son option pour la rupture du mariage *dans l'instant précis* où elle viendrait à constater sa puberté, sous peine de déchéance définitive de ce droit.

Il est évident, en effet, que la prorogation *sine dies* de la faculté d'exercer ce droit par un garçon ou par une fille non vierge n'impliquerait, pour aucun des conjoints, la privation d'un avantage exceptionnel et ne saurait, par conséquent, réclamer aucune mesure de protection spéciale pour personne.

Nous avons pu dire, quelque part plus haut, qu'une loi absurde est parfois corrigée, ou, du moins, atténuée dans ses effets malfaisants les plus aigus, par une loi plus absurde encore. Ici se présente le cas inverse où une loi rationnelle, fondamentale, une loi naturelle de premier ordre, qui sert de *criterium*, nous dirions presque de véhicule à toute idée de justice et de droit: la *vérité*, est, elle-même, annulée au profit d'une loi absurde, uniquement pour faciliter la mise à exécution d'une formalité inutile et manifestement insensée.

Nous voyons, maintenant, ce qu'il en coûte de vouloir corriger l'absurde. De correctif en correctif le dernier effort de palliation versera fatalement dans le vide et se résumera en une négation forcée de la vérité la plus positive! Une fille en bas âge, une *bambine*, est reconnue bonne pour le mariage, pourvu que cet acte lui soit imposé par un Waly ou parent de la classe des agnats. Doctrine effrayante dans ses conséquences, et renfermant

deux absurdités : la consécration des unions *précoces* et la légitimité de la *contrainte* en matière de mariage. Deux correctifs y sont introduits : l'obligation pour le Waly de n'engager sa pupille que dans les liens d'un mariage avantageux ou pour le moins légalement assorti, et le droit absolu de la pupille d'opter, à sa majorité, pour la dissolution de ce mariage, si alors, et par aventure, il lui déplaisait de le continuer.

Mais il devait importer, selon notre explication, d'entraver l'exercice de ce droit, de l'encombrer de formalités ardues afin de laisser au mari la chance d'échapper à la perte décevante dont il est menacé. Eh bien, on exigera, dans cette vue, que l'option pour la rupture du mariage soit articulée par devant la justice dans l'instant même où la fille se serait aperçue, pour la première fois, des premiers signes matériels de sa puberté.

C'est précisément le résultat rationnel qu'on avait en vue d'amener. On eût dû sans doute en rester là et ne pas aller plus loin dans la voie des annulations réciproques; mais le dernier mot de la science des biais légaux, cet éternel complot doctoral contre la législation positive, n'eût pas été dit, et la succession des correctifs eût subi un arrêt, alors qu'une dernière poussée en avant était encore possible. Aussi, par une sorte d'entraînement inconscient déterminé par la force acquise, les légistes musulmans ont-ils introduit un troisième correctif — c'est le dernier qui ferme la série des manœuvres antinomiques et qui verse en *plein vide*. Ils déclarèrent, sur l'imposante autorité de Hanbaly lui-même, que la femme mise ainsi en demeure de satisfaire à une formalité impraticable, est autorisée à avancer un faux, à mentir sciemment,

de propos délibéré et, au besoin, de jurer que c'est dans l'instant même qu'elle vient de constater, *pour la première fois*, les signes de sa puberté. Il lui sera loisible de mentir, attendu, font-ils observer *sans malice*, que la *vérité* lui serait *préjudiciable* et qu'elle pourrait avoir pour résultat la perte de son droit.

Ainsi la loi rationnelle qui prescrit la véracité, qui condamne le mensonge, est annulée au profit de la loi absurde qui fait dépendre l'exercice du droit d'option, cette dernière ressource de salut réservée à la mineure, d'une formalité toujours vexatoire dans sa rigueur et bien souvent matériellement impraticable.

Nous devons toutefois reconnaître que ce procédé de défense par le moyen d'une fausseté n'est autorisé que dans le cas où la déclaration de la vérité pure et simple impliquerait la perte certaine d'un droit, ou le triomphe d'une injustice, ou lorsque cet écart de la vérité est le *seul moyen possible* de redresser un fait manifestement *inique*.

Nous sommes loin de refuser à cette thèse toute considération philosophique; mais nous tremblons de la voir inscrite, en si grosses lettres, sur les tablettes de la Justice!

Nous croyons que cette doctrine qui légitime le mensonge, et à laquelle nous avons consacré plus loin un chapitre à part, n'est que le résultat nécessaire du désordre et de l'incohérence chez les musulmans des origines de l'autorité en matière de législation. Dans cette déplorable absence d'une unité de conception fondamentale, d'un plan général où les diverses données du droit et de la justice, en gravitant autour d'un centre idéal constant,

s'harmonisent entre elles et forment comme autant de rayons projetés par un foyer commun; dans ce ramassis de dispositions empiriques, fruits d'un siècle et demi de traditions orales venant de tout côté, bien souvent contradictoires et presque toujours forgées à plaisir pour les besoins d'une cause accidentelle et manifestement personnelle à celui-là même qui s'est rendu l'organe du hadice; (65) au milieu, enfin, de ces débris informes d'une longue époque d'anarchie *doctorale* sous lesquels la raison musulmane a été enterrée, peut-être pour toujours, les plus grandes découvertes de l'esprit dans le domaine du droit et de la philosophie sont forcées de rester stériles et de ne produire, tout au plus, que des résultats discordants et parfois même absolument négatifs! L'Arabe — nous le reconnaissons bien — est éminemment philosophe. Son esprit rêveur, et naturellement détaché des choses extérieures au milieu desquelles se passe son existence, et dont la désolante monotonie n'offre guère à ses sens de distractions sérieuses, le rend particulièrement capable d'une forte concentration intellectuelle, et lui donne, par cela même, les premiers éléments dispositifs d'une dialectique puissante et élevée; mais l'Arabe n'est pas *observateur*, ou, du moins, le *rêve* chez lui l'emporte sur *l'observation* et fait de ses méditations les plus élaborées une sorte de *délire raisonné*. Il procède toujours par bonds, il ne marche pas, il saute, et pour le moindre mouvement à faire, il a besoin d'être violemment poussé. Chaque pas qu'il fait en avant est le produit concentré de toutes ses forces, de tous ses efforts, le résultat soudain et immédiat d'un élan impétueux qui l'épuise et le force à laisser derrière lui une nouvelle lacune. Grâce à ses origines nomades, à ses mœurs erra-

tiques, à son apathie, son insouciance de l'avenir, à sa vie au jour le jour, l'Arabe est incapable de concevoir de grands desseins, encore moins de former des entreprises à longue portée; il voit mieux que personne une vérité abstraite, mais il sait rarement en tirer parti. Chaque vérité à laquelle il touche se pétrifie entre ses mains et est frappée de stérilité absolue; il voit net et à fond bien des choses; mais séparément, une à une, à l'état isolé, sans rapport avec celle qui est à côté et sans tendance à celle qui doit être en avant; son regard d'aigle ne porte à la fois que sur un point unique; on dirait un puissant télescope dont le champ de vision est d'autant plus restreint que son pouvoir magnifiant est plus intense. En un mot, l'Arabe est incapable d'apercevoir les choses sous l'harmonieux aspect de leur vaste économie d'ensemble; empirique et primesautier, il n'est pas jusqu'à sa poésie, cette première expression de sa pensée, qui ne porte l'image de ce caractère si déplorablement désordonné de son génie. On peut lire presque indifféremment la meilleure pièce de poésie arabe de haut en bas ou de bas en haut sans qu'il puisse résulter de ce renversement de l'ordre naturel un dérangement sensible dans le plan de l'auteur ou de l'enchaînement rationnel de ses idées. (66)

Il est vrai que ce défaut d'ordre, on pourrait dire ce défaut de conscience dans le travail de la pensée, passe ordinairement pour être le trait caractéristique des poètes ou plutôt des versificateurs et de ces prétendus stylistes rimeurs de l'époque musulmane; mais, à vrai dire, il n'y a là à citer à l'honneur des anciens qu'une différence dans le degré. (67) L'exemple des sauteriers intellectuelles, des déplorables lacunes d'esprit et de cette désolante absence

de suite dans les idées se fait également remarquer chez les poètes arabes de l'époque païenne, quoique dans une moindre mesure peut-être que chez leurs émules des époques récentes. Le mal vient, assurément, de plus loin qu'on ne pense. La rime, la funeste rime, cette *maladie endémique* de l'oreille arabe et qui, fort heureusement pour la civilisation, ne s'est communiquée à l'Europe que dans des proportions fort restreintes, remonte, comme on le sait, aux âges les plus reculés des Arabes et c'est, pensons-nous fermement, dans le goût dépravé, mais en quelque sorte organique, de la race pour ce vain et fatal ornement, qu'il faut chercher l'une des principales causes de sa rapide décadence littéraire, politique et sociale. (68) La parole, ce merveilleux instrument de la pensée humaine, a été dépouillée de sa divine puissance, détournée de sa destination naturelle, faussée dans son essence même pour devenir, dans les mains de ces éternels enfants, une sorte de joujou, un instrument de vaine fanfare et d'agaçant bourdonnement. Qu'on lise attentivement un morceau de poésie arabe, un discours rimé, tel, par exemple, que la préface d'un livre, une oraison funèbre, un sermon prononcé du haut de la chaire, voire même une prière adressée à Dieu ou le simple titre d'un ouvrage¹⁾ et on ne saura

¹⁾ Un auteur musulman moderne connu par son voyage en France et par d'assez bonnes études philologiques qu'il avait faites à Paris à l'école dite «des Egyptiens», alors placée sous la direction de feu M. Jomard, donna à sa traduction de Télémaque le titre aussi crépitant que vide de sens suivant: maouakioul afluque fi akhbar i télémaque, mot à mot: Les points ou les sites sur lesquels tombent les firmaments relativement au récit des aventures de Télémaque. — C'est comme si l'on disait en français — avec le même à-propos: — Les points où les firmaments subissent l'attaque, par rapport aux aventures de Télémaque!!!

de quoi s'étonner le plus, de l'absence d'idées personnelles, de l'incohérence des pensées, de la préciosité des expressions ou de ce ton éclatant de haute prétention au beau dire! On peut comprendre le sens de chaque vers pris séparément, de chaque incise détachée; mais on saisit rarement l'objet personnel ou subjectif de l'ensemble. Ce ne sont, souvent, que des paroles harmonieuses, sonores, courant les unes après les autres comme poussées par une force dont le point d'appui serait placé en dehors de la conscience de leur auteur. Celui-ci, en effet, semble bien plus se livrer à un travail expérimental sur les divers phénomènes de significations linguistiques ou de quasi-pensées qui se dégageraient, par une sorte de force mécanique, d'une certaine combinaison de mots, qu'exprimer des idées ou des sentiments qui lui soient personnels, ou dont il pût être conscient avant qu'ils se fussent formés sous l'action fortuite ou mécanique de cette force.

On peut appliquer ces remarques à presque toutes les productions arabes qui appartiennent à la classe des «belles-lettres». Le Coran, dont nous aurons à parler plus loin, peut passer, à juste titre, pour le modèle le plus parfait dans ce genre de composition, où le pathos exaspérant de la forme le dispute à l'extrême décousu du fond. Il peut donner une idée assez exacte de l'esprit désordonné ou essentiellement vagabondant des Arabes, et du goût déplorable de cette race qui a pu prendre ce verbiage indigeste pour le parangon du beau et du sublime, et qui a greffé sur ce tronc difforme tout le système de son étrange rhétorique.

Le fait que le mariage a été consommé n'infirmé en

rien le droit de la mineure ¹⁾ à l'option par majorité, à moins, sans doute, que la naissance d'un enfant ou une grossesse bien constatée n'aient été le résultat réel, voire même présumé ou putatif ²⁾, de cette union. Attendu que dans cette occurrence il aura été démontré, ou bien qu'elle était déjà nubile au moment de son mariage et que, par conséquent, elle a dû y consentir, son Waly n'ayant eu, dans ce cas, aucun pouvoir de l'y contraindre, ou bien qu'elle l'a été après le mariage et, dans ce cas, le fait constant par la grossesse qu'elle n'a point arrêté, en temps utile, les intimités conjugales, lui serait opposé comme un acte de renonciation à son droit à l'option par nubilité subséquente.

Le droit d'option que les mineurs acquièrent à leur majorité, dans tous les cas où le mariage leur aura été imposé par des Walys autres que le père ou un ascendant assabite quelconque, est, nous le savons déjà, entièrement indépendant des conditions relatives à l'assortiment. Les mineurs, de fait ou de droit, des deux sexes qui ont été mariés sous le régime du Wilayat relatif, peuvent toujours, à leur majorité, opter pour la rescision de leur mariage, lors même que la condition de l'assortiment aurait été observée à leur égard dans la mesure des prescriptions spéciales adoptées, en cette matière, par l'Ecole de leur obédience.

¹⁾ En serait-il de même par rapport au mineur du sexe masculin au cas où il serait parvenu à réaliser cette consommation? Les auteurs n'en disent absolument rien, mais comme ils admettent, dans d'autres circonstances, la possibilité matérielle pour le garçon, bien qu'encore impubère, d'accomplir un pareil fait, il faut en conclure à l'affirmative.

²⁾ Il sera traité plus loin des dispositions relatives à la présomption légale de la filiation.

C'est là, croyons-nous, un de ces nombreux exemples que présente la législation musulmane, où un correctif rationnel paraît avoir été ajouté après coup, afin d'éliminer, ne fût-ce qu'en partie, les effets d'une mauvaise loi. La tentative de redresser, même tardivement, un acte de tyrannie avilissante ne peut être que louable, par cela même qu'il accuse, au moins, un reste de sens de justice ou une certaine sensibilité de conscience. Malheureusement la réparation visée par cette espèce d'amendement portée au pouvoir oppressif des Walys n'est et ne saurait être, à la vérité, qu'une ressource, une garantie parfaitement illusoire. Quelle peut-être, en effet, la condition morale d'une pauvre musulmane qui aura vécu plusieurs années de sa plus tendre enfance sous la puissance d'un mari de 15 ou 20 ans plus âgé qu'elle, et qui l'aura tenue constamment isolée du monde extérieur et loin de toute relation sociale? Une pareille femme aurait-elle assez d'indépendance d'esprit, assez de conscience, assez de pouvoir sur elle-même, aurait-elle même le sentiment de sa propre individualité humaine pour profiter, à un moment donné, de ce droit d'option qui lui est réservé, et briser, à l'heure exacte, les liens d'une union détestée?

Et puis quelle réparation pourrait-on offrir à une fille qui a subi pendant de nombreuses années l'exécration martyre d'un mariage forcé? Disons donc, avec le regret que doit éprouver tout ami de l'humanité, que sur ce point, comme sur tant d'autres, la législation musulmane est restée essentiellement barbare et d'un caractère profondément dégradant pour ceux qui sont destinés à vivre dans la sphère de son action directe ou seulement de son influence.

La rescision fondée sur le droit d'option n'a point lieu de plein droit; elle ne peut s'établir qu'en vertu d'un jugement en règle, formel, et qui aura été prononcé à la suite d'une action en rupture de mariage introduite, en temps utile, par le conjoint qui désire mettre un terme à son mariage.

Cette doctrine, qui pourrait paraître à un juriste européen pour le moins comprise dans le principe fondamental du droit public d'après lequel personne ne peut être juge dans sa propre cause, ni se rendre justice soi-même, se fonde, dans la législation musulmane, sur une raison purement dispositive, c'est-à-dire de caractère empirique ou arbitraire sans rapport avec aucun principe générateur. Pour saisir l'idée musulmane qui a pu présider à cette doctrine, non, certes, dans le procédé scientifique de sa genèse, puisque, de l'aveu même des légistes¹⁾, elle ne peut s'attacher à aucun fond rationnel (69), mais seulement dans sa valeur de fait acquis, nous croyons utile de faire remarquer, par anticipation sur la partie de cette étude qui sera consacrée au divorce, que la législation de l'Islam, en outre de la répudiation proprement dite, admet dix-sept causes ou chefs de dissolution pour le mariage le mieux établi. Ces causes se distinguent juridiquement

¹⁾ Le Glossaire de Dorre, après avoir cité certaines tentatives faites par plusieurs auteurs en vue de ramener les diverses causes de rescision en matière de mariage sous l'empire d'un principe général, dit expressément: «Ces cas sont évidemment inconciliables; on ne peut les soumettre à aucune règle générale. Le mieux serait de donner à chacun une définition à part, sans essayer de le rattacher, par quelque trait d'analogie, à un principe général externe». Nous croyons cependant suffisamment caractériser la cause rescisoire par ce trait général qu'elle ne touche à aucune condition essentielle du mariage, mais qu'elle tend à introduire un fait incompatible avec l'objet final de ce contrat.

de celles qui produisent ou amènent le divorce par ce trait caractéristique qu'elles ne procèdent pas du *pouvoir répudiatif* qui appartient exclusivement au mari; elles n'ont point de facteur *personnel direct*, mais elles sont amenées par *implication légale* — c'est-à-dire non en vertu d'un acte formel de divorce, mais à la suite d'une circonstance externe (70), soit qu'elle ait existé au moment de l'acte, soit qu'elle ait surgi après sa conclusion.

Parmi ces causes que nous allons passer en revue, six sont assimilées, pour tout ce qui regarde les effets civils ou canoniques qu'elles peuvent produire, à un acte de répudiation pure et simple, bien que, sous le rapport de leur valeur *efficente*, elles soient rangées dans la classe des causes agissant sans facteur personnel direct.

La rupture du mariage résultant de l'une de ces dix-sept causes est qualifiée de «*faskh*», «rescision» pour marquer précisément qu'elle procède «*ipso facto*» de l'intervention d'un motif dissolutoire indépendant de tout acte de volonté expresse imputable au mari. Ce motif se caractérise par ce trait distinctif qu'il est possible d'attribuer à la cause qui l'amène un objet final direct autre que celui d'obtenir *précisément* la dissolution du mariage.¹⁾ Cette rupture, enfin, prend le nom de rescision, pour marquer une action en quelque sorte spontanée, par opposition au mot *talak*, qui qualifie un fait qui ne peut se produire que par un acte formel ou présumé du mari.

L'effet juridique du *faskh* — en dehors des cas où il

¹⁾ Exemple: l'apostasie de l'un des conjoints entraîne *ipso facto* la rupture du mariage par rescision, parce qu'on pourrait assigner au rejet de la foi un autre objet que celui d'amener précisément la rupture de l'union conjugale.

est assimilé à un acte exprès de *talak* répudiation, — c'est, en principe, l'annulation *immédiate* et *in radice* du mariage actuel, sans en laisser subsister aucune des traces canoniques que le divorce mineur ¹⁾ proprement dit ne fait disparaître qu'au bout d'un certain temps déterminé, tels que le droit du mari de reprendre sa femme pendant tout le temps de la retraite légale ²⁾; le droit de la répudier définitivement ou *additionnellement* durant l'époque de cette retraite; le droit réservé à la femme divorcée de recevoir, à titre de compensation pour l'abandon qu'elle a fait de sa personne, la totalité de la dot stipulée, si le mariage avait été consommé ³⁾ ou seulement la moitié si le divorce a eu lieu avant l'accomplissement de cet acte;

¹⁾ Le divorce mineur est celui qui est censé avoir été effectué par un nombre de fois moindre de trois, avec les termes réservés à la répudiation révocable, et lorsque ces termes sont adressés à une femme avec laquelle le répudiant a déjà commercé.

²⁾ Nous appelons retraite légale ce que les légistes musulmans appellent «*El iddatte*» et qui consiste en un certain laps de temps consacré à la constatation de la vacuité de la matrice, à la suite d'une cessation de mariage et pendant laquelle la femme divorcée d'une manière révocable reste sous la puissance du mari. La durée de cette période est limitée de différentes manières: par l'accouchement de la femme enceinte; par quatre mois et 10 jours pour la femme devenue veuve; par trois menstrues successives pour la femme soit réellement, soit fictivement nubile; et, enfin, par trois mois pour les filles mineures et pour les femmes arrivées à l'âge critique.

³⁾ On entend par consommation fictive toute réunion en tête-à-tête entre les deux conjoints pendant laquelle ils auraient pu se livrer à l'exercice du droit conjugal sans manquer à une observance religieuse prescrite ni aux règles de la bienséance. Ce mode fictif de consommation ne s'applique point au mariage entaché d'un vice de forme. Dans un pareil mariage la consommation seule réelle, physique, peut être prise en considération, par analogie à la vente vicieuse où l'appréhension réelle de l'objet vendu peut seule en opérer la translation légale en la possession de l'acheteur de manière à lui permettre d'en disposer.

le droit commun de s'entre-succéder, si l'un ou l'autre des conjoints venait à mourir avant l'expiration de la retraite légale; l'obligation canonique pour le mari de compter le temps de la retraite comme une continuation de la période active du mariage; celle enfin qui dérive de cette dernière obligation et qui met en suspens, durant tout le temps de la retraite, le droit du mari d'épouser une quatrième femme en adjonction à trois autres épouses actuelles, ou de contracter mariage avec une personne qui, supposée du sexe masculin, aurait eu avec la divorcée une parenté au degré dirimant ¹⁾.

Sauf le cas réservé où le mari peut être tenu pour responsable du fait qui a amené la cause rescisoire, aucun des effets *onéreux* ou *économiques* ²⁾ du divorce ne saurait,

¹⁾ Cette similitude établie entre la période active du mariage et celle de la retraite ne s'étend pas à la jouissance des rapports sexuels, qui demeurent interdits entre les époux divorcés ou en rupture de mariage sous quelque forme que ce soit. Si le mari, après avoir répudié sa femme, se livre sur elle, pendant la retraite de vacuité, à quelque acte de privauté conjugale, cela équivaut à un acte de réintégration formelle de la femme divorcée dans sa première condition matrimoniale, à cette réserve près, que le divorce dont elle avait été frappée sera retranché du nombre de fois par lesquelles elle peut être derechef répudiée par ce même mari. Exemple: Un homme répudie sa femme par deux fois et la reprend pendant la durée de la retraite. Si ensuite le mari répudie de nouveau cette même femme par une seule fois, la répudiation actuelle se joindra aux deux premières et formera, par cette addition, le nombre de trois répudiations qui constituent le divorce majeur, c'est-à-dire le divorce irrévocable qui efface incontinent toute trace légale du mariage précédent et rend la femme absolument indépendante du mari qui l'a ainsi divorcée.

Nous parlerons plus amplement de cette particularité au chapitre consacré au divorce.

²⁾ Nommément le paiement, en tout ou en partie, à la femme répudiée de la dotation nuptiale soit stipulée, soit d'équivalence; l'obligation de pourvoir à son entretien pendant toute la durée de sa retraite et le droit réciproque de s'entre-succéder endéans cette période.

se produire à la suite d'une rupture de mariage par simple rescision.

Nous donnerons ici même, avec quelques aperçus explicatifs, la nomenclature de ces causes telles qu'on les trouve citées en sept vers didactiques dans le célèbre digeste appelé «*En nahre*».

1° *Un vice rescisoire de circonstance*, tel, par exemple, que le fait d'avoir épousé une esclave en adjonction à une épouse actuelle de condition libre. Les vices *de fond* ou seulement *de forme* impliquent: les premiers, la nullité absolue du contrat et ne peuvent, par conséquent, donner lieu à aucun acte de rescision ni de divorce, vu qu'en principe, ces deux modes de rupture ne s'appliquent qu'à un mariage qui fût valide en soi et qui eût pu subsister si l'acte répudiatif personnel, ou le fait rescisoire, ne se fussent point produits. Les seconds, c'est-à-dire les vices de forme, donnent, à chacun des deux conjoints, à l'autorité judiciaire, et, en général, à tout musulman apte à déposer en justice, le droit imprescriptible de les invoquer ou de les dénoncer et d'exiger la rupture immédiate du mariage qui s'en trouverait entaché.

Remarquons qu'en matière de mariage, les vices de forme «*El fassade*» et les vices de fond «*El boutlan*» sont presque identiques dans leurs effets; — nous disons «*presque*» uniquement pour réserver un point de doctrine particulier à la première catégorie consistant dans cette disposition, d'ailleurs fort importante, que les rapports sexuels qui peuvent s'établir entre deux personnes par suite d'un mariage entaché d'un vice de forme ne sont point imputés à péché, aussi longtemps que l'annulation de cette union n'aura pas été prononcée par l'autorité compé-

tente, ou réalisée «*de facto*» par l'un ou l'autre des deux conjoints.

De pareils rapports entamés à la suite d'un mariage défectueux de fond *Batel* — (sauf les cas de tolérance réservée au doute, ou à la présomption admissible d'ignorance bona fide («*bonafide*»)) sont imputés à crime et peuvent entraîner une pénalité corporelle.

La rupture pour vice de fond ou de forme se distingue de celle qui a lieu sous forme de rescision par ce trait essentiel que la première, bien que canoniquement obligatoire, ne peut cependant s'effectuer que par un acte personnel procédant, soit des conjoints eux-mêmes, soit de l'autorité judiciaire, et que dans le premier cas elle ne peut s'établir que par une déclaration formelle *verbale* dont la formule technique pour ce qui regarde le mari est l'expression: «*taraktouki*» adressée à la femme par l'époux désirant mettre un terme à son mariage illégal, ce qui signifie: je me prête à la séparation mutuelle.

La femme peut-elle user de plein droit de ce mode de séparation pour opérer la rupture d'une union illégale? Il y a silence sur ce point, mais tout autorise à conclure dans le sens de la négative et qu'elle ne peut exercer ce droit que par voie judiciaire et à la suite d'une action en nullité de mariage régulièrement introduite auprès d'un magistrat compétent.

2° Une *lésion dotale* exagérée — c'est-à-dire dépassant la limite de la tolérance coutumière.

Ce motif de dissolution ne peut se produire que dans les deux cas réunis suivants: 1° S'il y a eu stipulation expresse d'une dot nuptiale, 2° si la dot stipulée est

inférieure à la dotation dite d'équivalence « mahr oul missle ¹⁾ ».

3° Le défaut d'assortiment.

4° Une parenté dirimante survenue à la suite d'un acte d'allaitement accompli par une femme déjà mère sur sa rivale ou coépouse endéans les deux premières années de l'âge de cette dernière.

Pour comprendre cette étrange disposition, il faut se rappeler que la législation musulmane ne fixe, à aucune période de la vie ni à aucune limite d'âge, l'aptitude de contracter une union matrimoniale. Les Walys peuvent engager dans les liens du mariage des enfants à la mamelle, et l'individu majeur peut prendre un conjoint à tout âge. La cause rescisoire dont il s'agit peut se produire dans le cas où une épouse déjà mère aura allaité, à même le sein, ne fût-ce que de quelques gouttes de son lait, une coépouse encore à la mamelle ou pendant les deux premières années de sa naissance. Ce fait suffit, à lui seul, pour rendre l'épouse-nourrice mère par allaitement de l'épouse-nourrisson, et pour amener par suite de cette parenté une cause de rescision entre son mari et cette coépouse à la mamelle devenue petite fille, par alliance, de l'époux commun.

¹⁾ En cas d'absence absolue de toute stipulation de dot, le mari doit à sa femme la dot d'équivalence, c'est-à-dire celle que des musulmans justes et suffisamment entendus en cette matière jugeraient équitable de lui assigner; si la dot stipulée est au-dessous du minimum légal (10 dirhams = 1 rouble et demi ou 6 francs) elle sera rétablie dans cette limite et ne pourra la dépasser que du consentement du mari; si la dot stipulée est supérieure au minimum légal, elle sera due en entier, quelque élevée qu'elle soit. Il ne peut donc y avoir lésion dissolutoire que dans le seul cas où la dot stipulée serait à la fois supérieure au minimum fixé par la loi et inférieure à la dotation d'équivalence.

5° Un acte de *privauté libidineuse* effectué par l'épouse sur le fils majeur de son mari, n'eût-il consisté qu'en un baiser appliqué sur les joues de ce dernier. C'est d'ailleurs sous l'intitulé littéral de ce fait (c'est-à-dire de *baiser donné au fils du mari*) que ce chef de rescision est désigné dans les auteurs musulmans.

Il ne faut cependant voir dans cette détermination de la personne sujet ou objet (patient ou agent de cet acte de privauté), aucune vue d'application exclusive, comme si le même fait de privauté accompli ou subi (à moins de violence, bien entendu) par un autre individu que le fils du mari eût été absolument irréprochable. Il y a là une subtilité morale résultant des mœurs religieuses des musulmans. Il ne serait pas inutile de la saisir dans le procédé logique de sa genèse.

On sait que la législation de l'Islam prescrit aux femmes de se dérober aux regards des hommes avec lesquels elles pourraient contracter mariage. Or à l'exception du fils du mari, dont la parenté, reconnue dirimante avec l'épouse de son père, est fondée sur un simple fait d'alliance n'excluant point les *propensions sexuelles*, tous les autres parents au degré dirimant sont supposés placés, par la nature même, à l'abri de tout entraînement de ce genre.

Dans cette situation légale faite à la femme musulmane, celle-ci est censée avoir été religieusement soustraite à toute séduction extérieure, puisqu'elle ne peut se montrer à visage découvert qu'à des hommes qui ne pourraient concevoir pour elle aucun désir charnel. N'était, donc, le fils du mari, que la loi a rangé dans la catégorie des « *mouhrams* » aux regards desquels il lui est interdit de se cacher, il eût été matériellement impossible à la femme

musulmane de commettre un acte d'inconduite sans commencer d'abord par enfreindre la loi absolue de la claustration des femmes. Si elle contrevient à cette loi elle tombe sous le coup du droit commun qui interdit la *promiscuité* des sexes et punit l'adultère avec la dernière sévérité. Le premier de ces deux crimes, la *promiscuité*, est nécessairement contenu dans le second, « l'adultère, mais celui-ci n'est point inévitablement compris dans le premier, — c'est-à-dire que la réciproque peut n'avoir pas lieu. Si la femme n'a été coupable que d'un simple acte de promiscuité illégale, elle n'encourt qu'une peine correctionnelle dont le choix et l'application, à moins que le délit n'ait atteint les proportions d'un scandale public, restent du ressort de l'autorité maritale. Si la promiscuité a été suivie d'adultère et que le crime soit parvenu, n'importe par quelle voie, à la connaissance de la justice, la femme sera punie, mais seulement de l'adultère, et non pas du fait même de la promiscuité. Cette confusion des deux peines s'appelle « *El tadakhol* » littéralement « la pénétrabilité ». Elle a lieu en vertu de ce principe fort rationnel qu'en fait de peines afflictives ou corporelles, la peine de moindre gravité est absorbée dans la peine la plus grave. Mais ni la promiscuité illégale ni l'adultère n'entraînent nécessairement pour le mari l'obligation de répudier sa femme coupable, ni, par conséquent, l'obligation qui s'ensuivrait, de payer à la répudiée, lors même qu'il n'aurait pas encore commercé avec elle, la moitié de la dot stipulée ¹⁾.

¹⁾ Si le divorce a lieu avant la consommation du mariage, à quelque époque que remonterait le contrat matrimonial, le mari ne doit à sa

Ceci posé, il est évident que la femme qui se livre à un acte de privauté libidineuse avec le fils de son mari, lors même que cet acte n'aurait point dépassé la limite d'une simple caresse d'affection commet, en outre du délit d'inconduite, ou d'insubordination criminelle, un commencement d'inceste, contre lequel il importe de mettre le mari d'autant plus en garde que le crime est facile à commettre. Le père, en effet, ne peut ni sévir contre son fils du seul chef de la promiscuité, puisqu'elle n'est point interdite entre fils et belle-mère, ni l'éloigner pour toujours de la maison paternelle, puisqu'il est des cas où cette mesure serait incompatible avec ses devoirs de père, ni, enfin, interdire à sa femme d'avoir avec son fils les relations familiales que la loi autorise entre parents au degré dirimant. La séduction la plus dangereuse se trouverait ainsi installée au foyer conjugal, avec cette complication aggravante qu'elle y serait comme placée sous la protection de la loi, et qu'elle y échapperait à toute action de police maritale. Dans cette situation complexe, envisagée au point de vue des mœurs musulmanes, il est fort naturel pour le mari de concevoir le désir de briser les liens d'un pareil mariage et de renoncer à une épouse capable d'abriter, sous le manteau d'une sorte de maternité légale, le désordre ou les penchants d'une passion criminelle. La loi, il est vrai, met à sa disposition le divorce, sans lui en demander la moindre raison; mais le divorce n'est point une peine, au contraire, tout dans la législation mu-

femme que la moitié de la dot stipulée ou, à défaut de stipulation, la moitié de la dot d'équivalence. Si la dot entière avait été déjà remise à l'épouse, celle-ci sera tenue, dans le cas précité, d'en rendre la moitié à son mari.

sulmane concourt à lui attribuer un caractère de bienfait, d'affranchissement, d'une sorte de restauration de la femme dans la condition d'un être humain indépendant que le mariage ou, en termes analytiques, la vente de sa personne a dû avoir pour résultat de lui faire perdre. — De plus, le divorce crée à la charge du mari des obligations dont on n'aime pas à s'acquitter envers une femme coupable ou infidèle, telles que le paiement de la dot entière, ou pour le moins la moitié à titre de dédommagement et sans qu'il y ait eu aucune compensation pour le mari. L'obligation de fournir à la répudiée une pension alimentaire et l'habitation durant le temps de la retraite;—et surtout cette autre disposition, qui ne pourrait manquer de paraître particulièrement vexatoire aux yeux d'un mari offensé, que le divorce, à moins d'être «*Batte*» définitif et irrévocable, maintient dans toute sa vigueur le droit de la femme, aussi bien que du mari, de succéder à son ci-devant conjoint dans le cas où il viendrait à mourir avant l'expiration du terme assigné à la retraite légale. Il est vrai que le mari peut aisément échapper à cette éventualité en répudiant sa femme sous la forme d'un divorce majeur, ce qui ne lui coûterait que la peine de prononcer le *terme* qui a pour *propriété* de produire ce résultat; mais en considération de l'atroce situation qu'un divorce définitif *suivi de regret* créerait au mari, ce mode de répudiation est toujours envisagé avec un certain sentiment de réprobation.

Il est en effet fort rare qu'un bon musulman l'adopte, à moins d'y avoir été entraîné par un mouvement de colère, d'exaspération extrême ou par une simple erreur dans le choix des termes qui devaient correspondre à son intention.

La rupture par rescision reste seule applicable, sans inconvénient, au cas dont il est question. Elle met un terme à la situation fâcheuse du mari et, en privant du coup la femme coupable de tous les droits que le divorce eût fait subsister jusqu'à l'expiration de la *retraite*, la loi n'aura point laissé *impunie* la prévarication de la femme prise en faute d'une inconduite si répréhensible.

6° *La conversion à l'Islamisme d'un mécréant harbite* ¹⁾ mari d'une mécréante qui aurait refusé de suivre son mari dans sa nouvelle religion.

Dans ce cas le mariage peut être annulé par le mari sous forme de rescision. Mais si c'est l'inverse qui a lieu, c'est-à-dire si c'est la femme qui embrasse l'Islamisme, le mari restant mécréant, la rupture obligatoire ²⁾ qui s'ensuivrait serait assimilée, par égard pour la dignité musulmane, à un acte de répudiation pure et simple.

L'objet de cette distinction est de conserver à la femme croyante les droits matrimoniaux auxquels le divorce ne met un terme qu'après l'expiration de la retraite légale.

La même disposition est applicable au cas où le converti à l'Islamisme serait un tributaire «*Zoummiy*», à cette seule différence que pour le harbite converti, et dont la femme est restée en pays harbite, et ressortissante d'un Etat non musulman, la rescision est obligatoire contre la femme. Elle se produit par *simple implication* à l'expiration d'un laps de temps égal à la durée de la retraite

¹⁾ *Harbite*, c'est la désignation juridique de tout homme qui n'est ni musulman ni tributaire d'un Etat musulman.

²⁾ Il est permis à un musulman d'épouser une mécréante si elle appartient à une religion d'origine céleste, mais il est défendu à un mécréant d'épouser une musulmane.

à laquelle la législation musulmane eût soumis la femme en rupture d'un mariage légal. Entre Zoummites résidant en pays musulmans, la rescision pour conversion du mari n'a lieu que du consentement de ce dernier et sous forme de répudiation. Dans le cas où c'est la femme qui s'est convertie à l'Islamisme, la rescision ne s'établit que si le mari, invité formellement par le juge à opter entre la séparation définitive ou la conversion à la nouvelle foi de sa femme, a choisi le premier parti. Et dans ce cas la rescision sera également — nous l'avons déjà dit — assimilée à un acte de répudiation pure et simple.

7° *La captivité.* C'est-à-dire si l'un ou l'autre des deux conjoints a été fait prisonnier par des harbités et, en même temps, emmené en pays non musulman. Dans cette double occurrence le conjoint restant en pays musulman a droit à la rescision de son mariage avec le conjoint captif et déjà emporté dans le territoire des mécréants.

8° *La différence politique des lieux* où sont établies les résidences respectives des conjoints. D'après cette doctrine, si l'un des conjoints habite un territoire musulman, et l'autre un pays étranger, le droit de rescision est acquis au résident musulman, *sans autre forme de procès*, sur le conjoint résidant en pays étranger. Si le conjoint du pays musulman est le mari, il lui sera loisible de contracter un cinquième mariage ; si c'est la femme, elle aura le droit de convoler à de nouvelles noces à l'expiration de la retraite destinée à constater la vacuité vaginale, qui court pour elle à partir du moment où cette séparation de résidence politique entre elle et son mari a eu lieu.

9° *L'apostasie du mari*, la femme restant musulmane.

10° *La possession totale* ou seulement *partielle* à titre

de propriété patronale de l'un des conjoints par l'autre. C'est-à-dire si, par suite d'une circonstance acquisitive quelconque : *succession, achat, don, etc.*, l'un des conjoints, étant de condition servile, venait à passer, en tout ou en partie, en la propriété de l'autre. Dans ce cas, le mariage sera rescindé pour excès de droit. Le droit de propriété partielle sur un esclave s'entend dans le sens d'un droit acquis sur une proportion déterminée de la valeur vénale de l'esclave. Voir plus amples notions Fascicule I, page 159.

11° *Le serment d'abstention* *Elila'a* par lequel le mari s'impose l'obligation de s'abstenir de tout rapport charnel avec sa femme pendant une période de temps considérée comme impliquée « *de jure*, » par le seul fait de cette sorte de serment. Cette période, pendant toute la durée de laquelle le mari est censé avoir juré de suspendre l'exercice de ses droits conjugaux, est de quatre mois. La loi permet au mari engagé par un pareil serment de ne point le tenir, à la charge par lui d'expier le parjure par certains actes de charité déterminés. (71) Si le mari maintient son serment, c'est-à-dire s'il laisse passer les quatre mois sans reprendre ses rapports avec sa femme, celle-ci acquiert, *ipso facto*, le droit à la rescision de son mariage. La rescision provenant de ce chef est assimilée à un divorce, *baïenne*, majeur mais non irrévocable, ce qui veut dire qu'elle sera considérée comme si elle avait été répudiée par une seule fois, mais sans aucune dépendance du mari pendant le temps de retraite légale. (72)

12° *La parenté dirimante* par alliance survenue.

Cette parenté s'établit entre un individu et les parents au degré dirimant de la personne avec laquelle il avait eu des rapports sexuels.

Il est indifférent pour l'efficacité des effets dirimants d'une pareille alliance que ces rapports aient été légitimes ou délictueux.

Confondant, selon leur habitude, un principe de pure morale abstraite, avec une loi sociale, les légistes musulmans ont transformé une doctrine évangélique de haute édification psychologique, et par cela même exclusivement destinée à agir sur la conscience, en un acte de droit commun accessible aux constatations légales et à l'action coercitive de la justice terrestre: ils ont assimilé le simple éveil d'un désir charnel à un acte de *copulation* effective avec la *personne* qui a été la *cause directe de cet éveil!*

Il est établi comme conséquence naturelle de cette manière de voir que pour créer une parenté matrimoniale entre deux individus de sexes différents et, conséquemment, une parenté par alliance entre eux et leurs proches parents respectifs, il suffit du seul fait d'un attouchement périphérique effectué entre ces deux individus et accompagné d'une sensation libidineuse — ne fût-ce que d'un seul côté, et alors même que ce fait aurait eu lieu involontairement ou par une méprise évidente. Mais ce n'est pas encore tout. Ils affirment, avec non moins d'assurance, qu'un regard arrêté avec quelque désir sexuel sur une certaine nudité intime de l'autre suffit pour produire cette parenté à l'égal d'une copulation parfaite.

Remarquons que les auteurs les plus sérieux croient toujours, à ce point de leurs laborieuses dissertations, présenter au lecteur la remarque pour le moins inutile suivante:

Si la perception optique de cette partie du corps humain s'est effectuée à travers une matière transparente, la parenté matrimoniale, pour tout ce qui regarde l'al-

liance qui pourrait en résulter, n'en serait pas moins assurée. Nous avons reproduit cette remarque extensive, toute banale qu'elle pourrait paraître, afin de pouvoir donner place à une réflexion faite par ces auteurs et qui peut bien passer pour un des traits les plus typiques des spéculations philosophiques des légistes musulmans. Ces savants ont soin d'avertir, à ce point de leurs laborieuses dissertations, que si l'image de la partie honteuse a été perçue par suite de sa réflexion sur un corps poli, mais opaque, tel qu'une glace ou une masse d'eau stagnante, cette vision n'établit point la parenté matrimoniale, par la raison, font-ils observer, *trionphalement*, que l'image formée par la réflexion n'est point la chose même, mais *seulement* son *semblant*. Cette pensée, en tout digne de la doctrine à l'appui de laquelle elle a été émise, nous montre le ridicule qui se dégage de toute tentative de raisonnement appliqué à la justification de ce qui est faux ou absurde.

Nous citerons deux exemples illustratifs des cas qui peuvent se placer sous les dispositions législatives de cette doctrine.

Premier exemple: un homme voulant, dans l'obscurité, attirer à lui sa propre femme, met la main, par méprise, sur sa propre fille déjà nubile et éprouve, par suite de ce contact, une sensation de concupiscence; aussitôt la mère de celle-ci, c'est-à-dire la propre femme de l'homme victime de cette erreur, devient absolument et éternellement illicite pour lui, et cela uniquement pour cette singulière raison que la sensation égarée du père a créé entre lui et sa fille une parenté matrimoniale et que, par suite de cette parenté si inopinément survenue, sa femme, la mère de sa fille, s'est transformée en mère de son épouse. Or la

législation musulmane ne permet point le mariage entre un homme et sa belle-mère!

Second exemple: un homme a porté un regard de complaisance lascive sur une certaine nudité intime d'une personne physiquement désirable ¹⁾, immédiatement une parenté par alliance au degré dirimant est créée entre lui et les proches parents, à ce degré, de la personne objet de sa convoitise! (73)

Ajoutons que la faculté de contracter mariage avec la personne même qui a été l'objet ou la cause de cette sensation ne subit aucune modification à l'égard de l'individu qui a éprouvé cette sensation ou qui l'a fait naître.

Il faut encore remarquer que la parenté par alliance n'annule pas, en tout sens, le mariage, mais qu'elle l'entache seulement d'un vice résolutoire qui le rend susceptible de dissolution, mais seulement par jugement judiciaire et à la suite d'une action formellement introduite à cet effet, à *l'instar* de toutes les ruptures de mariage par *rescision*.

Terminons cet article en remarquant que, en dehors de cette parenté par alliance, la parenté matrimoniale ainsi créée ne saurait faire naître entre les deux facteurs aucun autre effet d'un caractère matrimonial de quelque nature que ce soit.

¹⁾ Attendu que si elle ne l'est pas, soit parce qu'elle est trop âgée ou, au contraire, parce qu'elle ne l'est pas assez, ou qu'elle a un aspect repoussant, aucun des motifs indiqués ne saurait avoir de l'effet. Il faut cependant comprendre cette exclusion dans ce sens qu'en l'absence d'attraits sensibles, la sensation libidineuse ne se présume pas et que, par conséquent, elle ne peut s'établir qu'en vertu d'une preuve juridique positive et formelle. Nous croyons superflu de faire remarquer l'absurdité d'une doctrine qui place le phénomène d'une sensation charnelle sous l'action extérieure de la justice sociale.

13° Le serment par *malédiction* mutuelle quintuple. C'est le serment qui s'impose à tour de rôle à chacun des deux conjoints à la suite d'une accusation d'adultère portée par le mari contre sa femme sans pouvoir l'appuyer par aucune preuve testimoniale.

La forme de cette sorte d'enquête judiciaire *El l'anne* consiste, pour le mari, à jurer à quatre reprises successives que l'accusation d'adultère qu'il vient de porter contre sa femme est vraie, ou, selon l'expression du Coran, que lui, l'accusateur, a été véridique en lui imputant ce crime, et à appeler sur sa tête, à la cinquième fois, la malédiction de Dieu s'il n'avait pas dit la vérité. La femme en fera autant après le mari, à cette différence près qu'à la cinquième fois elle appellera sur sa tête, non la malédiction, mais la colère de Dieu, si elle n'avait pas été véridique dans ses dénégations.

Le résultat immédiat de ce serment, tenu de part et d'autre, c'est d'amener, sur-le-champ, la rescision du mariage entre les deux conjoints. Cette rescision obligatoire sera assimilée à un divorce définitif, avec cette aggravation particulière que les conjoints ainsi séparés perdent, à jamais et dans tous les cas, le droit de se remarier entre eux.

14° L'impotence du mari ou l'inaptitude de la femme à l'exercice des fonctions sexuelles. Dans le premier cas il sera accordé au mari, à titre de délai pour recouvrer ses forces, le terme maximum d'une année complète. Si le mal persiste — c'est-à-dire si, à l'expiration du terme, la cause rescisoire n'est pas disparue, — le juge prononce la rescision avec assimilation à un *divorce définitif* impliquant pour le mari l'obligation de rendre à sa femme

la moitié de la dot stipulée¹⁾. Une grossesse ou un accouchement qui seraient survenus endéans la période légale de la gestation mettent à néant l'allégation d'impuissance ou d'incapacité, quelles que soient d'ailleurs les preuves techniques ou médicales sur lesquelles cette allégation pourrait s'appuyer. Si l'incapacité alléguée de la femme vient d'une cause organique ou d'un vice de conformation évidente (74) ou seulement de disposition morale (75) la rescision gardera son caractère primitif essentiel, et ne donnera lieu à aucune compensation ou indemnité dotale.

15° L'émasculatation complète. Ce chef de rescision comprend l'absence totale de l'appareil sexuel de l'homme. Cependant la présence de la partie érectile, à moins qu'elle ne soit réduite aux dimensions d'un bouton, suffit pour enlever à l'émasculatation sa signification légale, et bien que la partie coopérative qui manque soit scientifiquement considérée comme nécessaire pour la fécondation de la femme, cependant la législation n'admet point le désaveu d'enfant ni l'accusation d'adultère, pour cause de grossesse, qui serait portée par un mari en possession de l'organe érectile dans une dimension au moins supérieure à celle d'un bouton. Les docteurs entendent évidemment par le mot bouton la forme de cet appendice et non le volume, qui peut varier à l'infini.

La rescision impliquée par cette cause est également assimilée à un divorce, pour la raison que la cause dissolutoire ne peut être imputée qu'au mari seul.

16° L'option par affranchissement. Cette cause se présente dans le cas où un esclave de l'un ou l'autre sexe,

¹⁾ Par la raison que la cause de la rescision vient du fait exclusif du mari.

après avoir été marié d'autorité de son maître, viendrait à obtenir son affranchissement. Il y a grande analogie de fond entre ce cas et celui de l'option par majorité, sauf sur les trois points de pratique suivants: 1° L'exercice du droit d'option par affranchissement ne peut être dans aucun cas limité à la séance légale. 2° Il peut être exercé de plein droit par le conjoint du sexe masculin devenu libre, mais la réciproque — c'est-à-dire l'exercice de ce droit par la femme recouvrant sa liberté — ne peut s'effectuer qu'en vertu d'un jugement préalable. 3° La rescision fondée sur le droit d'option par affranchissement est assimilée à un acte de divorce.

17° L'option par majorité. Nous avons déjà amplement traité de ce chef de rescision. Nous ajouterons que ce cas forme le type des causes rescisoires qui, tout en entraînant la séparation, n'affecte aucun caractère de dissolution répudiative et ne donne lieu à aucune compensation dotale.

Il faut encore remarquer que dans tous les cas où le mariage est invalidé pour cause de contravention à l'une de ces formes, voire même, selon la plupart des légistes, à l'une des conditions essentielles de ce contrat, ni l'annulation, ni la rescision qui pourraient s'ensuivre n'entraîneront, contre l'époux responsable de cette contravention, aucune pénalité d'aucune espèce et, sauf le cas d'inceste, les enfants qui naîtraient du fait matériel de cette union endéans le terme légal ne seront entachés d'aucune incapacité et seront imputés, à titre légitime, à leurs générateurs naturels.

Pour bien comprendre cette disposition, qui semble présenter quelque analogie avec la récente législation fran-

çaise qui autorise la recherche de la paternité, il faut se rappeler que le crime d'adultère ou le délit de fornication simple entraîne une peine nommée „had“, consistant, dans le premier cas, en la peine de mort par lapidation, et, dans le second, en cent coups de lanières appliqués sur le corps du coupable, à quelque sexe qu'il appartienne. L'excessive sévérité de cette loi, et en général de toute la législation pénale des musulmans, a été, dès le principe, considérablement tempérée par un hadice fort remarquable, dans ce sens qu'il rappelle un adage attribué à Confucius. Mahomet aurait dit: Dans le doute abstenez-vous d'infliger la moindre peine. Mot à mot, repoussez les peines par le doute. (Les Romains disaient: *in dubiis benigniora præferenda*.) Or par doute on doit entendre, selon les docteurs musulmans, non seulement le sentiment d'incertitude que l'insuffisance de preuves fait naître dans la conscience des juges, mais encore le degré d'ignorance relative sous l'empire duquel la contravention a été commise ¹⁾).

On pourrait demander comment un défaut de forme ou une contravention aux conditions essentielles du mariage peuvent se produire dans un acte civil qui doit nécessairement s'accomplir sous le contrôle et la surveil-

¹⁾ Cette explication donnée à ce hadice a rendu la législation musulmane, en matière d'adultère, singulièrement accommodante. Sans parler des nombreux cas d'adultère ou de simple fornication qui peuvent être, grâce à cette maxime, entièrement soustraits à l'action de la loi, on peut dire que l'adultère même qualifié, qu'aucune circonstance ne saurait excuser, est mis positivement à l'abri de toute poursuite. La preuve que la loi exige pour constater ce fait est telle qu'à moins que les deux complices n'y mettent une complaisance inouïe, il sera matériellement impossible de pratiquer les procédés de la vérification légale auxquels est subordonnée la validité de cette preuve.

lancé des autorités judiciaires compétentes. A cela nous dirons que la législation musulmane n'exige, dans aucun cas, que le mariage soit contracté sous la surveillance de la justice. Elle ne l'a soumis à aucune mesure de forme ou de précaution d'un caractère public obligatoire. Le législateur a édicté des lois *statuant* sur les conditions auxquelles l'union des deux sexes devient licite; mais il a abandonné le soin d'appliquer ces lois à la conscience seule des parties intéressées, sans les soumettre, en vue de l'ordre public, à aucune procédure préalable. On peut contracter mariage devant les juges, aussi bien que dans le désert et à l'insu de toute créature humaine. Le législateur musulman s'est borné, selon la manière de voir des légistes, à indiquer le mode légal en vertu duquel les actes civils acquièrent leur légitimité, au point de vue purement religieux, et a laissé aux contractants la tâche individuelle de s'y conformer et la responsabilité religieuse de leurs actes; il leur déclare qu'une infraction faite à la lettre de ces lois, présentées comme formulées dans un texte authentique rédigé de la main de Dieu lui-même, ou sous ses auspices, entraîne l'invalidité de l'acte, et constitue un péché dont ils seront responsables devant la justice de Dieu, et que cette infraction, si elle était portée à la connaissance de la justice dans ce monde, entraînerait l'annulation ou la rescision de l'acte contracté et, conséquemment, de tous les effets civils qu'il était appelé à produire (sauf la filiation).

C'est là, d'ailleurs, un fait constant bien des fois rappelé, que toutes les parties de la législation musulmane sont considérées, par les croyants, comme autant de dogmes religieux révélés d'en haut, et qu'elles s'imposent à la cons-

cience au même titre que la croyance en l'unité de Dieu et en la mission du Prophète.

Voilà pourquoi l'autorité n'intervient généralement dans les divers actes civils des croyants que dans le cas où ces derniers auront eux-mêmes eu recours à cette autorité, soit comme à un organe d'interprétation autorisé, soit, enfin, comme à un agent de conciliation entre les parties adverses. Dans tous les autres cas où elle intervient sur l'appel formel des croyants, son rôle se borne à celui d'un simple enregistrement de leurs actes ou de leur volonté.

Il y a certainement dans tout ce que nous venons d'exposer du bien et du mal, des tendances barbares et des éléments réels d'une dialectique remarquable, un mélange d'asservissement à la lettre, à la forme extérieure, et une liberté de pratique qui, dans nos mœurs, frise le désordre et la licence; d'un côté un pouvoir théocratique absolu, et, de l'autre, une sorte de pontificat suprême attribué à chaque individu et d'après lequel tout musulman est, en même temps, législateur et justiciable, ministre du culte et paroissien, soumis à la loi, et son suprême exécuteur.

Un musulman se marie, répudie sa femme, s'empare d'un bien vague, venge une injure ou un crime, obtient satisfaction pour une infraction commise, même contre un tiers, avec la même indépendance, la même autorité absolue et individuelle qu'un chrétien règle les heures de son dîner ou le menu de ses repas (76). La loi suit ses actions, mais elle n'y préside pas, son rôle étant bien plus de les interpréter après coup que de les régler par avance; elle ne dit pas, par exemple, tu dois te marier, divorcer, contracter de telle ou telle manière, mais dis-moi comment tu t'es marié, comment tu as répudié, comment tu t'es

lié, je te dirai quel mariage tu as contracté, quel divorce tu as effectué, quel engagement tu t'es imposé. Cette déplorable inconscience qui se remarque chez les légistes du véritable objet de la loi et de la finalité des institutions sociales est portée si loin que dans tous les traités législatifs, les chapitres concernant tel ou tel acte civil s'ouvrent parfois, *ex abrupto*, par une longue nomenclature des phrases dont il est linguistiquement possible de se servir à propos de cet acte. Au lieu d'un exposé méthodique de la nature de l'acte, de ses principes, de sa forme, de ses effets juridiques, on ne voit dans ces chapitres qu'une longue suite de recettes empiriques préparées à l'avance pour l'usage des contractants.

S'agit-il, par exemple, de l'affranchissement, l'auteur commence par passer en revue une série interminable de phrases où le mot «affranchir» peut être employé soit au propre soit au figuré, — il s'arrête devant chacune de ces expressions pour fixer la mesure de l'effet légal qu'elle produit, et passe ensuite aux phrases exprimées sous forme conditionnelle; examine celles où *les proportions affranchies* de l'esclave sont indiquées, et celles où elles ne sont fixées que par métonymie ou seulement par une sorte de mimique. Mais ce n'est pas encore tout. Par une sorte de fatuité scientifique inouïe, les légistes musulmans, après s'être épuisés à énumérer les expressions qui produisent le divorce, par exemple, se livrent, avec une égale bonhomie, à signaler celles qui ne le *produiraient pas*. On nous permettra de dire que si la première tâche est empiriquement impossible, la seconde est tout simplement une folie qui tiendrait du burlesque si elle ne causait au plus patient des lecteurs un insupportable sentiment de lassitude et d'ennui.

Du „Mahr“ ou Dotation nuptiale.

En conséquence de la doctrine fondamentale commune à toutes les écoles sunnites d'après laquelle le mariage, dans la presque totalité de ses effets, est assimilé à un contrat de vente, il a été établi que cette union ne peut être contractée que sous l'engagement formel, ou seulement *implicite* du côté de l'époux qui représente *l'acheteur*, de remettre à la femme, figurant en qualité de *vendeur*, une dotation nuptiale „*Mahr*“ dont le montant ne saurait descendre au-dessous d'une certaine somme, ou d'une certaine valeur monétaire déterminée.

Au point de vue auquel le mariage est envisagé par les docteurs musulmans et qui est — croyons-nous — celui de toutes les législations antérieures au christianisme, la dotation nuptiale „*El Mahr*“ prend dans un contrat de mariage la place précise du prix dans un contrat de vente. L'un et l'autre sont, en effet, destinés à représenter la contrevaletur d'une jouissance que l'une des parties contractantes, nommément l'homme, est censé avoir été seul appelé à tirer du fait transactionnel de l'autre, c'est-à-dire de la femme. Voir pages 34 et 35.

La seule différence juridique qu'il soit possible de remarquer entre ces deux procédés de compensation, consiste

dans cette disposition, d'ailleurs assez caractéristique, que dans un contrat de vente l'absence de toute mention de prix entraîne „*ipso facto*“ la nullité du contrat, tandis que, dans un acte de mariage, ni l'omission accidentelle, ni l'exclusion formelle et préalablement stipulée de cette condition, ne sauraient porter la moindre atteinte à la validité du mariage sous aucun rapport ¹⁾. L'absence d'une dot, qu'elle ait été le fait d'une stipulation expresse ou le résultat d'une simple omission matérielle, n'aurait d'autre conséquence devant la loi que de reconnaître à la femme, ainsi lésée, l'eût-elle été de son propre gré, ou à ses tuteurs, le droit de réclamer une dot d'équivalence.

La loi a fixé le *minimum* de *suffisance* auquel pourrait descendre cette *contrevaletur* de la jouissance sans rien perdre de son caractère compensatoire. En considération d'un fait de tradition, ou plutôt de pur *reportage*, mais qui n'a pas tardé à servir, dans la suite, de base fixe à la détermination de la valeur juridique, la seule dont la justice soit autorisée à tenir compte ²⁾, ce minimum

¹⁾ C'est-à-dire ni sous le rapport externe relatif aux effets civils du mariage tels que la filiation légitime, la successibilité mutuelle, la faculté de coercition que le mariage confère au mari sur sa femme; ni sous le rapport interne, qui comprend des conséquences d'un ordre purement religieux ou moral telles que la licitation des relations sexuelles, la création d'une parenté dirimante entre chacun des deux conjoints et certains proches parents de l'autre et, enfin, les diverses et innombrables procédés de divorce que la loi met à la disposition du mari, pour le cas où il lui plairait de briser, en un instant, les fragiles liens d'un pareil mariage.

²⁾ La raison juridique ou justificative qui paraît avoir déterminé l'adoption de cette minimumité comme la plus proche limite à laquelle puisse commencer la valeur économique légale, provient de cette circonstance, d'ailleurs entièrement controuvée, que le prophète avait engagé sa cuirasse, entre les mains d'un juif, en garantie d'une somme de dix dirhams,

a été fixé à la valeur monétaire de dix dirhams — soit six francs ou un rouble et demi de notre monnaie métallique.

Le *maximum* n'est soumis à aucune limite ¹⁾.

La femme, assimilée dans ce contrat à un propriétaire qui dispose à titre commutatif d'une partie de son bien, devrait, en principe, posséder le droit initial de disposer à sa guise de ce bien et, par conséquent, de la faculté discrétionnaire de s'en désister; en d'autres termes, d'en effectuer la cession avec ou sans rémunération et, partant, sans être *légalement*, ou *pro officio*, forcée à imposer au mari, en échange de cette cession, aucune obligation de ce genre; elle devrait, enfin, pouvoir accorder, à titre absolument gratuit, à l'homme légalement capable de la prendre pour femme, le droit de jouir de sa personne en vertu d'un simple acte de donation entre vifs. On devrait d'autant plus reconnaître cette faculté au mari que la collation à l'homme de ce droit de jouissance sexuelle constitue, à son égard, la raison d'être de sa suprématie, en quelque sorte souveraine, et, à l'égard de la femme, celle de sa subordination presque servile, dans tout ce qui re-

que le sémite usurier lui avait prêtée. Nous remettons à une autre occasion la tâche de démontrer que dans aucun moment de sa vie prophétique, Mahomet ne s'est trouvé dans la nécessité d'avoir besoin de dix dirhams. Ajoutons que l'ablation de la main dont la législation musulmane punit le voleur ne peut être infligée que si l'objet de ce crime représente, au *minimum*, une valeur vénale équivalente à cette somme.

¹⁾ Par respect, cependant, pour le prophète il est commandé, comme un acte de pure convenance, de ne point accorder à la femme, à titre de don nuptial, plus de 500 dirhams, attendu, fait-on observer, que cette somme forme le *maximum* d'une donation de ce genre que Mahomet ait accordée à la plus favorisée de ses femmes. La bienséance exige qu'aucun musulman ne se montre, en pareil cas, plus généreux que le prophète.

garde les avantages ou les droits que les conjoints sont appelés à tirer de l'état matrimonial. Il est, en effet, admis dans cette législation que la femme, pour tout ce qui peut intéresser la satisfaction de ses penchants sexuels, ne possède qu'un droit fort restreint et, surtout, fort mitigé. Douée, sous ce rapport, d'un organisme essentiellement passif, elle ne peut réclamer, pour l'exercice de ses fonctions génitales, ni l'intervention de sa propre volonté ni l'emploi d'un procédé coercitif qui puisse retentir sur les dispositions actives de l'homme auquel il pourrait déplaire de lui rendre justice. ¹⁾ La femme devrait, disions-nous, avoir le droit de conférer, à titre gratuit, le droit de jouissance sur sa personne; mais, par une sorte de recul en face de l'abîme sans fond où la logique de cette théorie n'eût point manqué de précipiter l'institution du mariage, les docteurs ont évidemment mieux aimé commettre une inconséquence, un simple écart de la stricte logique, que d'accorder à la femme la liberté illimitée de disposer de sa personne sous forme de donation *entre vifs*. La raison qu'on donne, cependant, de cette restriction de droit, manifestement illogique au point de vue de leur doctrine, est fort curieuse, et mérite, à ce titre, d'être signalée au lecteur qui désirerait saisir toutes les particularités phénoménales de la science musulmane.

¹⁾ Même dans le cas où les rapports sexuels ne sont point empêchés par quelque sentiment de répulsion personnelle, la législation musulmane ne fait du commerce conjugal une obligation pour le mari que dans une mesure extrêmement réduite. Le mari peut se livrer à un repos absolu pendant quatre mois consécutifs, au cours desquels il ne devra à sa femme que les simples procédés d'une honnête compagnie. Il peut également n'accorder ses caresses durant cet espace de temps qu'à celle de ses femmes qu'il préférerait.

La loi, font-ils observer, non sans quelque ostentation doctorale, tenant compte de l'objet sacré auquel sont destinées les parties génitales de la femme, mot à mot du *caractère sacré du vagin*, a voulu entourer l'acte de la copulation de toutes les marques d'une véritable vénération, afin de l'empêcher de dégénérer en un acte de facile et honteuse débauche. La gratuité absolue, ajoutent-ils d'un ton inspiré, eût, d'un côté, ravalé la *dignité* (la valeur) vaginale, et enlevé, de l'autre, à l'union conjugale la garantie matérielle de la continuité, qui seule distingue cette union des relations délictueuses entre non mariés. Selon la manière de voir de ces docteurs, le seul fait d'avoir acquis ce droit à la jouissance maritale au prix d'un certain sacrifice aura nécessairement pour conséquence d'empêcher de s'en désister à la légère! Voilà pourquoi, concluent-ils, il est défendu d'épouser une femme sans verser entre ses mains, ou celles de son tuteur ou représentant légal, le prix de cette jouissance.

Si le minimum légal auquel peut descendre ce prix sans affecter la validité du contrat est fixé à dix dirhams, c'est — nous le disions, il y a un instant, sous forme de note — parce que la valeur légale des choses, laquelle peut être prise en considération par la justice, commence précisément à cette somme. Si on fixait une autre limite pour la valeur susceptible de tomber sous l'action de la loi, il n'y aurait plus de raison de s'arrêter à un chiffre plutôt qu'à un autre. Or, il était de toute nécessité, en pratique, de fixer, au prix de la jouissance, un minimum auquel la compensation exigée pût être considérée comme suffisante. Cette minimité ne pouvait être choisie au hasard, ni admise à plaisir sans quelque raison juridique qui permit

de l'imposer à la conscience. Une circonstance de tradition, ou prétendue telle, est venue, fort à propos, marquer le point de départ des valeurs *justiciables*, et on s'y arrêta ¹⁾.

Il résulte de toutes ces dispositions que la désignation formelle d'une dot, ou l'assignation d'une rémunération d'équivalence en cas de silence sur cette partie essentielle du contrat, constituent alternativement deux obligations dont la première s'impose au mari et la seconde à la justice même.

Pour l'école hanéfite, l'absence de toute stipulation de dot et même l'exclusion explicite et préalable de cette rémunération n'infirmant point le contrat du mariage, mais, dans l'un et l'autre de ces deux cas, la dot omise ou exclue sera rétablie d'office sur la base de l'équivalence que des experts en cette matière jugeraient équitable d'adjuger à la femme qui se serait mariée dans des conditions pareilles.

Toutes les autres écoles sont, cependant, d'avis que l'absence de désignation, et, à plus forte raison, l'exclusion formelle de la dot, entraînent la nullité de l'acte. Cette opinion se fonde, en partie, sur la considération doctrinale que la dot dans le mariage est, de l'avis unanime de tous les docteurs, assimilée au prix dans un contrat de vente; or il est établi, non moins unanimement, que de pareils faits négatifs, intervenant dans une transaction

¹⁾ Ce sont les deux faits déjà relatés (voir note, page 155), à savoir : l'histoire, plus que douteuse, de l'engagement d'une cuirasse par le prophète et la loi qui subordonne l'ablation de la main d'un voleur à cette circonstance constitutive du crime que la valeur de l'objet volé n'est point inférieure à dix dirhams.

sous forme de vente, entraînerait la nullité „in radice“ de cet acte, et de toutes ses conséquences.

La controverse soulevée à ce sujet entre les écoles rivales nous paraît assez intéressante, par la nature naïve ou bizarre des arguments employés de part et d'autre, pour nous déterminer à en donner ici même un aperçu que nous tâcherons de rendre aussi intelligible que les formes nuageuses des textes originaux le permettraient.

Les hanéfites, pour lesquels ni l'exclusion préalable de la dot, ni l'omission accidentelle de cette obligation, ne sauraient être une cause de nullité, et les adeptes des autres écoles qui professent sur ce point une doctrine diamétralement contraire, citent à l'appui de leurs opinions respectives, avec un étonnant ensemble, *un seul et même passage* du Coran! Circonstance digne de remarque et qui pourrait bien démontrer de quelle mince valeur sont, parfois, les textes les plus clairs, les plus simples, les plus positifs pour des esprits prévenus, ou en face des théories ou des croyances déjà établies. Voici ce passage :

... *Et en outre de cela, c'est-à-dire des personnes que le Coran venait d'indiquer—et il s'agissait des personnes avec lesquelles il est permis de contracter mariage:—„il vous est accordé de chercher des jouissances matrimoniales moyennant une compensation dont vous aurez à vous acquitter sur vos propres deniers“.* Chap. IV. 28.

La partie du texte que nous avons traduite par le mot „moyennant“ est exprimée en arabe par la préposition adjonctive *bi* „par“ qui, selon les grammairiens arabes, marque un rapport de „connexion“, „d'adhérence“, entre le verbe dont dépend cette préposition et la chose placée sous le régime de cette particule. Raisonnant par induc-

tion, les non hanéfites affirment que le législateur a subordonné la légitimité de la recherche à l'obligation expresse d'offrir une rétribution à la femme recherchée. Il doit s'ensuivre, concluent-ils, que toute recherche de ces sortes de jouissance qui aurait été effectuée en dehors de cette obligation, ne serait point licite et ne produirait, par conséquent, aucun effet juridique.

Cet argument, dont on ne saurait contester la parfaite correction, n'est pas le seul que les non hanéfites opposent à leurs rivaux. En voici un autre, qu'on trouvera d'une rectitude pour le moins douteuse. Il est destiné à réfuter la doctrine des hanéfites suivant laquelle l'absence d'une stipulation formelle et nominale de dot, tout en n'infirmant point le contrat du mariage, n'en rendrait pas moins nécessaire la réintégration de cette obligation, soit qu'elle ait été formellement exclue, ou seulement passée sous silence :

L'absence dans un contrat, font-ils remarquer, d'un élément constitutif, indispensable, peut bien être une cause de nullité; mais non, comme le pensent les hanéfites, rester sans effet sur la validité de ce contrat et, en même temps, rendre nécessaire la réintégration de ce même élément dont on vient, justement, d'affirmer l'inanité. Si l'acte est resté valide, malgré l'absence de cet élément, quel besoin aurait-on ensuite de restituer à cet acte une chose dont l'absence ne l'avait pas empêché de se former valablement?

Oui, ripostent les hanéfites, la recherche d'une femme est, en effet, connexe à l'obligation de rétribuer la femme recherchée; mais cette connexité, marquée par la *préposition bi*, fait corps avec l'acte même; elle est, par con-

séquent, indépendante de toute intervention additionnelle d'un facteur humain. En recherchant une femme pour l'épouser, on contracte, en même temps, et par cela même, l'engagement relatif à sa rétribution; il n'est point possible de faire l'une, sans avoir fait l'autre.

D'après cette manière de voir, le seul fait de la recherche contient, comme partie formative, l'engagement de la compensation, et cela alors même que les deux futurs conjoints seraient convenus de l'exclure formellement. Dans ce cas, ajoutent-ils, cette dernière stipulation (l'exclusion de la dot), sera seule infirmée comme condition absurde et, par conséquent, comme non voulue ou, du moins, comme impropre à être rationnellement voulue par les parties contractantes, d'autant moins qu'elle se trouverait en contradiction flagrante avec la nature même de l'engagement par lequel ils viennent de se lier, et une dot d'équivalence sera adjugée à la femme, soit sur sa demande, à n'importe quelle époque de son existence matrimoniale, soit à la réquisition de son tuteur qui aurait été présentée en temps utile.

Les non hanéfites opposent à cette argutie la remarque que l'autorisation de prendre femme a bien été, plus d'une fois, formulée dans le Coran sans mention de *dot* et, par conséquent, sans subordination à aucun procédé compensatoire dans ce passage: *Épousez celles d'entre les femmes qui vous plairont*. IV. 3, et dans cet autre qui paraît plus concluant: *Ce ne sera point un péché pour vous si vous répudiez les femmes, à moins que vous n'ayez déjà commercé avec elles, ou que vous ne leur ayez assigné une (dot) déterminée*. II. 237. Ce qui, d'après les écoles rivales, détruit, du coup, la raison de la *connexité* sur laquelle a été fondée la

doctrine hanéfite¹⁾. Or, ajoutent-ils, par manière de raisonnement *ad hominem*, selon l'exégèse admise dans l'école hanéfite, le général, tel que le passage précité. *Épousez celles qui vous plairont*, n'est point limité par le particulier et ne doit point, par conséquent, être considéré comme renfermant, lui aussi, la même restriction ou la même disposition circonstancielle qui caractérisent le passage particulier tel que celui qui leur est opposé: *il vous est permis de rechercher des épouses moyennant compensation fournie sur vos propres deniers*.

Les non hanéfites déduisent de ces passages qu'il est matériellement possible de séparer l'action du moyen indiqué pour son accomplissement; qu'on peut effectuer

¹⁾ Il est évident qu'à ne considérer que la structure linguistique du texte coranique que nous venons de citer, le divorce ne serait permis qu'à l'égard des femmes auxquelles on n'avait assigné aucune rétribution dotale; mais cette interprétation, toute correcte qu'elle serait au point de vue du langage, ne laisserait pas d'être, au fond, un véritable contresens. On comprendrait bien, en effet, la défense de répudier une femme avec laquelle on a déjà eu des rapports conjugaux; qui sera devenue mère des œuvres de son mari; qui aura vécu un certain temps plus ou moins long avec ce dernier; mais non, assurément, la défense qui aurait pour motif le seul fait que le mari aurait désigné à sa femme une rétribution quelconque. On sait d'ailleurs que cette circonstance n'a jamais formé un empêchement au divorce dans la législation musulmane.

Nous croyons que ce passage, évidemment des premiers jours de la vocation prophétique, visait le règlement d'un droit que les mœurs de l'époque ne respectaient guère. Il faut le comprendre comme s'il avait été écrit ainsi:

«Il vous est permis de répudier vos femmes sans encourir vis-à-vis d'elles aucune responsabilité relativement à leur entretien ou à titre d'une rémunération quelconque, à moins toutefois que vous n'ayez déjà commercé avec elles ou que vous ne leur ayez assigné une récompense quelconque, attendu que dans le premier cas, vous leur devriez une juste rémunération *de l'usage* que vous avez fait de leurs *corps*, et dans le second, vous seriez obligé de vous acquitter de votre engagement, quelque «lourd qu'il puisse vous paraître».

l'une sans être censé, par cela même, avoir nécessairement satisfait aux exigences complexes de l'autre. Mais les hanéfites répondent à leur tour par cette remarque que le général peut bien et doit être même assimilé au particulier, en d'autres termes, que l'absolu doit être ramené aux proportions du limité, toutes les fois que l'un et l'autre se rapportent d'une manière évidente à un cas identique; or, il est évident, concluent-ils, que les femmes qu'on peut épouser sont les mêmes que celles auxquelles on doit assigner une dot.

Il n'est guère besoin de faire remarquer que ce passage: „*En outre de ce qui vient d'être dit (c'est-à-dire des personnes citées dans le Coran avec lesquelles on peut contracter mariage), „il vous est permis de chercher de pareilles jouissances moyennant rémunération, etc.,* vise une sorte d'union temporelle connue chez les Schytes sous le nom de *mit'a* et qui consiste en un véritable acte de location par lequel la femme accorde à un homme, pour un temps déterminé, et moyennant une rétribution dont ils seront convenus, l'usage de son corps à titre d'épouse parfaite, sauf certaines réserves dont il sera parlé au chapitre spécial qui traite de ce sujet.

La femme peut faire remise à son mari, en tout ou en partie, de la dot stipulée, mais elle ne peut le faire qu'après en avoir pris livraison. Dans ce cas il lui sera loisible de le rendre à son mari à titre de donation entre époux. Un pareil sacrifice de sa part fait en faveur du mari annule à jamais tout droit de la femme à réclamer, ou à faire valoir en sa faveur l'acte de pure bienveillance qu'elle aura librement accompli envers son mari.

Si la femme, après avoir accompli cet acte de pure

faveur, mais dès avant la consommation du mariage, venait à être répudiée, elle sera tenue de restituer à son mari la moitié de la dot stipulée, ou, en l'absence de stipulation formelle, la même quotité d'une dot d'équivalence. Il faut remarquer, en outre, que cette remise de la totalité de sa dot ne saurait nullement valoir sur la dette qui serait créée à sa charge par suite du divorce *hâtif* dont elle aurait été ultérieurement frappée. Exemple: Un homme épouse une femme moyennant une dot déterminée, soit mille dinars. (La désignation d'une dot peut se faire dans l'unique dessein de donner à l'acte une régularité légale garantissant, selon l'avis unanime de toutes les écoles, la validité du contrat). Le mari répudie sa femme avant d'avoir commercé avec elle. — Cette circonstance, créée par lui, lui donne le droit de se faire donner par sa femme déjà répudiée 500 dinars à titre de restitution pour cause de divorce précipité par lui-même! C'est-à-dire d'un divorce *progame*.

Il n'est point impossible qu'il y ait des cas où une pareille succession d'actes juridiques soit nécessaire pour effectuer une donation sous la forme d'une simple adjudication légale, afin de dissimuler le côté humiliant ou trop obligeant d'une cession à titre purement gratuit. Grâce, en effet, à cette combinaison d'actes juridiques, un *simulacre* de mariage, suivi d'un *simulacre* de don et terminé en un *simulacre* de divorce aura valu au mari une affaire d'autant plus avantageuse qu'elle ne lui aurait rien coûté!

Les docteurs musulmans justifient cette combinaison par une remarque d'une outrecuidance inouïe. La femme, disent-ils, avait remis à son mari, à titre de don,

une somme de mille dinars. Elle lui remet, dans la suite, et après en avoir été répudiée, une somme de cinq cents. — Or, nous font-ils observer, avec cette intéressante ingénuité de l'enfant jouant au docteur, une somme de cinq cents est *tout autre chose* qu'une somme de mille; donc, concluent-ils, d'un air de triomphe assurément digne d'une meilleure cause: il est évident que la seconde remise n'a pu avoir aucun rapport, d'origine ni de but, avec la première. *Quod erat demonstrandum!!!* (77).

Il serait peut-être plus rationnel d'expliquer cette subsistance du droit du mari à se faire rendre la moitié de la dot, malgré le fait constant de la *remise déjà faite à lui* de la totalité de la dot, par cette considération, pour le moins spécieuse, que le premier acte de cession faite au mari constituait, non une *restitution*, mais une *donation* pure et simple, et d'autant plus réellement qu'elle avait été effectuée dans un moment où la femme ne devait encore rien au mari et, par conséquent, alors qu'elle n'avait rien à lui *restituer*.

Voici maintenant les dispositions générales relatives à la dot:

1) Si la dot est stipulée, elle ne peut descendre au-dessous de dix dirhams (1 rouble et demi). A ce chiffre et au-dessus sans limite légale, le mari ne doit à sa femme que la somme stipulée, *quelle qu'elle soit*. Si la somme stipulée est inférieure à la quotité légale, c'est-à-dire si elle est au-dessous du *minimum* légal de 10 dirhams, alors même que la dot d'équivalence serait bien au-dessus de ce chiffre, elle sera ramenée à la proportion légale et ne la dépassera pas.

2) On verse, ordinairement, entre les mains de la

femme ou de son tuteur, au moment du contrat, afin de légitimer les premiers rapports conjugaux, la moitié de la dot nominale.

En prévision d'un divorce *progame*, et de plusieurs autres raisons incidentelles ou éventuelles qui peuvent amener la déchéance du droit de la femme à la totalité de la dot, le mari garde l'autre moitié aussi longtemps que ces éventualités lui paraîtront possibles. Ce qui a, en pratique, pour conséquence ordinaire que le mari garde indéfiniment cette partie de la dot, à moins qu'il n'ait été stipulé qu'elle serait remise aussitôt après la consommation du mariage.

3) La dot entière est due à la femme dans les trois cas suivants:

A. Si le mariage a été réellement consommé.

B. Si, alors même qu'il ne l'aurait pas été „*de facto*“ et d'une manière constante, les deux époux s'étaient trouvés seuls à seuls dans un endroit et dans des circonstances où aucune cause physique, ni morale, ni religieuse, ni même de simple bienséance, n'eût mis obstacle aux privautés conjugales.

Cette disposition, d'après laquelle le tête-à-tête parfait „*El Khalouatou-l-Sahihat*“ tient lieu de consommation réelle et effective, n'est applicable qu'aux mariages légalement et validement contractés et qui n'auront été entachés d'aucun vice de forme d'un caractère rescisoire. Dans le cas où le contrat n'aurait pas été entièrement exempt de toute défectuosité de forme, la dot ne pourrait être due à la femme qu'après la consommation réelle et légalement constatée du mariage.

C. Par la mort de l'un ou l'autre des deux époux,

alors même que le mariage n'aurait pas été consommé et que cet événement (la mort) serait arrivé avant que les époux aient commercé entre eux.

4) Le mari n'entre dans la jouissance de ses droits ni ne *continue* d'en jouir qu'après avoir remis à la femme la dot, soit entière, soit seulement la partie de cette rémunération qu'il s'était engagé à lui remettre au comptant. S'il refuse de s'acquitter de cette obligation la femme acquiert le droit d'user à son égard de certains procédés coercitifs que la loi met à sa disposition pour le cas d'une pareille insubordination maritale. Elle pourra repousser ses caresses, alors même qu'elle les aurait déjà autorisées, attendu, font observer les légistes, que la dot représente les prix successifs de chaque séance matrimoniale, et qu'un défaut de paiement de la dot rendrait les séances subséquentes (qui suivraient le refus de réintégrer la dot) absolument gratuites, et, par conséquent, comme si elles n'avaient mérité aucune compensation. Or, répètent les bons et fantasques légistes, la gratuité absolue serait incompatible avec l'idée de haute importance que le législateur a voulu qu'on attachât à la jouissance conjugale¹⁾.

Toute stipulation de dot qui ferait dépendre cette rémunération de la virginité de l'épouse est nulle de plein droit. La femme objet de cette condition conserve son

¹⁾ Si l'on se rappelle qu'il suffit d'une somme de dix dirhams, (un rouble et demi) pour affirmer *cette haute importance* qui doit caractériser la possession de la femme, on se sent plus disposé à constater le respect que les légistes ont dû concevoir pour une pareille somme qu'à reconnaître cette vénération protectrice dont ils se disaient soucieux d'entourer les relations conjugales.

droit à la dot alors même que son état hyménal n'aurait point répondu à l'exigence de cette condition.

Il faut remarquer ici que cette doctrine, si sage en apparence, ne se fonde nullement chez ces docteurs sur la possibilité d'une totale absence de la membrane hyménale sans que cette défectuosité soit due à un acte de copulation précédente. Les légistes musulmans l'expliquent par des raisons du domaine de la casuistique la plus étrange. La virginité, disent-ils, c'est l'état normal et primitif de la femme; on doit la supposer existante alors même que les preuves physiques ou anatomiques viendraient à lui manquer.

La femme qui n'aura pas reçu la dot stipulée pourra user, à titre de moyens coercitifs, des procédés suivants :

1) Sortir à volonté du domicile conjugal sans autorisation, et même malgré la défense expresse du mari.

2) Se refuser à l'accompagner dans un voyage dont l'opportunité viendrait à se faire sentir après le mariage.

3) Recevoir ses parents au degré dirimant en tout temps et indépendamment de l'autorisation du mari.

4) Lui refuser toute privauté conjugale.

5) Continuer, malgré ces actes de coercition ouverte, à jouir, obligatoirement pour le mari, de la plénitude de son droit à l'entretien aux frais de ce dernier et, le cas échéant, à sa protection.

Dans un mariage entaché d'un vice rescisoire le mari ne doit que la dot stipulée, fût-elle inférieure au minimum légal, ou à la dot d'équivalence.

Il est facile de saisir la raison de cette disposition pénale. Nous la résumons par cette considération générale que les dispositions favorables ou protectrices de la loi

ne doivent pas couvrir de leur action tutélaire les infractions commises contre cette même loi. ¹⁾

En cas de contestation entre les deux époux s'élevant sur le fait même de la stipulation d'une dot, et en l'absence de toute preuve juridique, le serment sera déféré à celui qui dénie la stipulation; s'il refuse de confirmer ses dénégations par le serment, l'assertion de son adversaire fera foi. S'il prête serment, l'allégation contraire sera écartée et il sera, par cela même, alloué à la femme une dot d'équivalence. Si la contestation porte, non sur le fait même, mais sur la quotité de la somme convenue, celle des deux assertions opposées qui s'approcherait le plus de la dot d'équivalence fera seule autorité, à la condition d'être appuyée par le serment de celui qui l'aura avancée. Dans tous les cas la preuve juridique, de quelque côté qu'elle vienne, fera foi à l'exclusion de toute autre démonstration déductive possible.

La dot d'équivalence se détermine sur l'estimation de deux hommes ou de deux femmes jointes à un seul homme.

La dot peut consister en quelque avantage abstrait,

¹⁾ Cette doctrine, aussi juste qu'elle est rationnelle, correspond au brocard latin que l'on formule ainsi: «*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*».

C'est à raison de ce principe que, par un abus d'analogie, plusieurs docteurs très distingués sont d'avis que l'ébriété causée par l'usage immodéré d'une boisson prohibée, telle que le vin, l'eau-de-vie, la bière, ou, selon l'opinion d'Abou Honifa, tout liquide fermenté autrement que par *bullition* ou *coction*, n'inflige point le divorce, ni aucun engagement contracté sous l'influence de l'ivresse qu'il a pu causer, ni servir d'excuse à aucune action légalement répréhensible. Tandis que l'ivresse ou plutôt l'espèce d'hébétéation que produit l'ingurgitation de certaines matières narcotiques que la législation n'a point déclarées illicites ni impures en elles-mêmes, telles que l'opium, le hachiche, les grains du chouvre, etc., sera considérée comme constituant un cas de nullité autant que d'excuse (78).

tel que l'enseignement du Coran ou de quelques préceptes de la religion par le mari à la femme, ou par son engagement de la servir à la place d'un serviteur salarié, pourvu toutefois qu'il n'y ait point d'empêchement légal à la mise en pratique de cette espèce de rémunération dotale. Aussi cette substitution de la dot par le service ne saurait être nullement autorisée dans le cas où le mari, quoique de condition libre, aurait épousé une femme esclave, ni à celui où le mari serait revêtu de quelque haute dignité publique impliquant l'exercice d'un certain pouvoir souverain ou magistral à l'égard de sa femme.

Si, en vue de se faire attribuer la totalité de la dot, la femme répudiée prétend l'avoir été après la consommation du mariage, tandis que le mari, dans un intérêt opposé, affirme l'avoir répudiée avant de s'être livré sur elle à quelque acte de privauté conjugale, l'assertion de la femme — en l'absence, de part et d'autre, de toute preuve juridique — fera seule foi. Dans cette occurrence le serment juridique ne peut être déféré à aucun des deux conjoints en présence.

De l'entretien „El nafakat“.

L'entretien de l'épouse comprend l'obligation de lui fournir la nourriture, le vêtement et l'habitation, le tout sur un pied et dans une mesure en harmonie avec l'état social et les ressources économiques de l'époux, et, dans certains cas, en correspondance avec la dignité attributive ou héréditaire de l'épouse objet de cette obligation.

L'entretien s'impose au mari à titre inéluctable pour diverses raisons, parmi lesquelles nous remarquerons, tout particulièrement, celle qui se fonde sur le besoin de maintenir la jouissance sexuelle à la disposition discrétionnaire du mari. Il est établi, en conséquence de cette doctrine, que la femme qui refuse, par insubordination, de se prêter à la tendresse de son époux perd tout droit à l'entretien matrimonial.

Il constitue l'une des obligations les plus essentielles du mariage. Il incombe au mari alors même que celui-ci serait impubère ou incapable de commercer avec sa femme, ou pauvre, et, par conséquent, hors d'état de pourvoir à cet entretien.

Cette dernière disposition signifie que dans le cas d'une incapacité constatée de fournir à l'entretien de la femme,

la loi ordonne, d'office, la rescision du mariage et la libération de la femme de toute obligation matrimoniale envers son mari.

L'entretien ne peut être supprimé légalement ni mis en suspens que par suite d'un fait répréhensible, imputable à la femme elle-même.

Il est dû à l'épouse, fût-elle mécréante. La seule condition à laquelle la loi subordonne ce droit de la femme, c'est d'être en état de recevoir les *approches* du mari.— Mais si ces approches sont entravées par des motifs venant du fait de la femme, elle sera privée du bénéfice de cette législation; si les motifs sont réciproques, l'obligation du mari restera seule en vigueur.

L'insuffisance des ressources économiques du mari, sa misère même, ne sera jamais considérée comme une excuse pour son refus de satisfaire au vœu de la loi. De même la richesse de l'épouse ne saurait affranchir le mari, même pauvre, de l'obligation de pourvoir à l'entretien de la femme, ou de se résigner à la rupture de son mariage, qui — dans ce cas — sera prononcée, d'office, par l'autorité magistrale.

Les gens aisés doivent à leurs épouses un entretien convenable et en correspondance évidente avec leur situation. S'il y a une différence sensible entre les ressources respectives des deux conjoints, l'entretien sera réglé d'après la capacité ou la condition sociale du mari.

Toutes les fois que l'entretien est imposé d'office, le fait que la femme aura préféré de vivre chez ses parents n'infirmes en rien son droit à la pension alimentaire.

Cette préférence par la femme est de droit dans le cas que le mari, ne pouvant ou ne voulant loger son épouse à

part, n'avait à lui offrir que la vie commune avec ses propres parents.

La maladie de l'épouse devrait, en principe, suspendre son droit à la pension, attendu que dans cet état elle se trouverait incapable de recevoir les caresses du mari; mais on a trouvé équitable „oustehsina“ de ne point l'en priver, à raison de cette considération que la claustration de la femme, dans l'intérêt exclusif du mari, équivaut à une jouissance matrimoniale (79). En effet, font-ils remarquer, avec bonté, la présence de la femme au domicile conjugal procure au mari les douceurs d'un intérieur agréable, les charmes d'une compagnie réconfortante, la garde de la maison, la bonne direction du ménage, etc., etc.

Quoi qu'il en soit de la valeur juridique de ces considérations, nous constatons, avec un certain serrement de cœur, qu'il n'a fallu rien de moins que l'influence de pareils intérêts pour mériter à l'épouse la grâce insigne d'une continuation de l'entretien pendant sa maladie, malgré l'espèce de privation à laquelle cette circonstance pourrait soumettre l'outrecuidant mari! Abouyousef professe sur ce sujet une opinion que nous signalerons pour mieux caractériser l'idée musulmane relativement au mariage, et pour faire ressortir le véritable objet final que les légistes musulmans ont assigné à cette union.

La femme, dit-il, qui tombe malade ne perd rien de son droit à l'entretien, mais si elle ne s'est prêtée aux caresses du mari qu'après sa maladie, elle n'aura plus qualité à l'invoquer.

La femme qui s'est rendue coupable d'insubordination contre l'autorité tutélaire du mari n'aura aucun droit à cette assistance. Une femme est censée avoir commis un

délit d'insubordination par le seul fait d'être sortie de chez elle sans l'autorisation de son mari.

En outre des épouses coupables d'insubordination ou d'infidélité envers leurs maris, la législation musulmane exclut les personnes suivantes de tout droit à la pension matrimoniale:

1) La femme qui aura contracté un mariage entaché d'un vice rescisoire constaté.

2) Celle qui aura abjuré la religion musulmane.

3) L'épouse encore jeune qui aura embrassé le fils déjà adolescent de son mari. (Voir plus haut page 137).

4) Celle qui se trouve au cours de la retraite légale par suite de la mort de son mari, ce qui veut dire que cette retraite, qui dure quatre mois et dix jours, pendant lesquels il est interdit à la femme de convoler à de secondes noces, ne donne droit à aucune pension du chef de cette vacation, toute forcée qu'elle a pu être par une cause imputable au mari.

5) La femme pendant une retraite de ce genre qui suivrait une rescision de mariage — c'est-à-dire l'annulation d'un mariage reconnu entaché d'un vice de forme rescisoire.

6) Si l'épouse est de condition servile, et qu'elle ne demeure pas encore au domicile du mari.

7) Si la femme n'est pas nubile — c'est-à-dire si elle est encore impropre à autoriser les rapports naturels du mari.

8) La femme ravie ou enlevée à la garde du mari.

Cette étrange disposition signifie que le fait de son enlèvement — joint au fait de sa présence en la possession effective d'un autre — bien qu'involontaire, n'entraînerait pas moins la déchéance de ce droit de la femme à l'en-

retien, par cette raison non moins bizarre, que l'enlèvement par une action ouverte vaut titre de propriété, ou plutôt d'acquisition au ravisseur, dans ces cas que celui qui s'empare d'une chose par enlèvement en devient une sorte d'*acquéreur forcé*, de manière que, si cette chose venait à périr ou à se détériorer, le ravisseur ne sera passible que de l'obligation qui s'imposerait à un simple acheteur, c'est-à-dire d'en payer au propriétaire la valeur vénale, telle qu'elle avait été au moment où cet enlèvement fut effectué (80).

Cette simple responsabilité réparatrice, incombant au ravisseur de payer le prix de l'objet enlevé, a été regardée par les légistes musulmans comme un trait important de ressemblance entre l'enlèvement et l'acquisition ordinaire ou le transfert du droit de propriété par voie d'achat pur et simple. On sait, en effet, que l'entretien de l'esclave, qui passe du domaine d'un seigneur à un autre, reste, pendant la retraite de *passage*, à la charge de l'acheteur, et non du vendeur. Or, dans un cas d'enlèvement, le ravisseur est assimilé à un acheteur, et la victime de cet acte de violence, à un vendeur !

Tout acte d'insubordination de la part de la femme contre l'autorité du mari, et ayant pour but de forcer ce dernier à s'acquitter envers elle d'un devoir légal injustement négligé, est considéré comme un acte de coercition parfaitement légitime et, par conséquent, comme une mesure de défense personnelle qui ne donne lieu à aucune imputation à un délit d'insubordination contre la suprématie tutélaire du mari.

Les docteurs résument ces cas de déchéance de tout droit à l'entretien par les affirmations principielles suivantes :

1) tout fait imputable à la femme et qui serait de nature à entraver ou à gêner les rapports conjugaux ; 2) tout fait, quelle qu'en soit la cause efficiente, qui soustrairait la femme au pouvoir du mari et qui met ce dernier dans l'impossibilité matérielle ou morale de lui imposer la *claustration conjugale*.

La femme qui entreprend un pèlerinage aux lieux saints sans être accompagnée de son mari, se met également dans un cas de déchéance.

En principe le mari n'est obligé à pourvoir à l'entretien de sa femme que dans la stricte mesure des besoins actuels. Selon cette doctrine, évidemment dictée par l'extrême dépression que l'on remarque, généralement, dans la moyenne ordinaire des ressources économiques chez les peuples musulmans, la femme ne devrait avoir droit qu'à des remises de fonds, ou d'objets en nature, limités aux exigences immédiates du moment. Toutefois, si le juge de la localité, qui aura été saisi d'une demande en provision d'entretien ¹⁾, conçoit des raisons sérieuses pour la justification de cette demande, il pourra autoriser la femme à exiger la remise anticipée des fonds nécessaires pour assurer son entretien pendant un certain espace de temps qui peut varier d'un jour à une année entière, selon la nature des ressources sur lesquelles le mari peut compter.

Dans une pareille occurrence, on est tenu de suivre les règles suivantes :

¹⁾ Les sommes affectées à l'entretien et qui n'auront pas été remises par le mari à la femme, conformément à leurs conventions, ne peuvent constituer une créance réelle en faveur de l'épouse que du jour où celle-ci aura présenté, à ce sujet, une plainte en règle, et que, par suite de cette action, elle aura obtenu un jugement ordonnant au mari la reprise de l'entretien indûment interrompu.

Si les revenus du mari consistent, pour la totalité ou du moins pour la majeure partie, en produits ruraux ou agricoles, elle sera autorisée à exiger le paiement, à l'avance, d'une année entière d'entretien; d'un mois, si le mari est marchand; d'une semaine, s'il est ouvrier, et, enfin, d'un jour, s'il est artisan. Si le mari, à quelque condition qu'il appartienne, est obligé de s'absenter de la localité dans laquelle se trouve établi le domicile conjugal, la femme peut exiger un cautionnement qui lui assure, au moins, l'entretien d'un mois.

Il faut, cependant, ajouter, au risque de ne plus se faire comprendre, que d'après les légistes eux-mêmes qui professent cette doctrine, qui la développent tout au long dans leurs écrits, il serait parfaitement loisible à l'époux, dans chacune de ces quatre catégories d'état, de repousser cette demande et de lui opposer une fin de non-recevoir absolue, comme si tous ces droits, qu'on a fait miroiter un instant devant la pauvre épouse, n'avaient d'autre but que de lui ménager une cruelle déception.

Achevons, enfin, l'exposé de cette lamentable législation en signalant la surprenante conclusion à laquelle s'arrêtèrent les légistes musulmans. Si le mari, disent-ils, avec une touchante bonhomie, refuse de faire droit à une pareille demande, la femme pourra exiger la remise, d'avance, des fonds nécessaires, *pour un jour entier d'entretien*. Vraiment, ce n'était pas la peine de faire si longtemps attendre un si beau résultat! Les légistes auraient pu commencer par cette finale, que rien ne semblait présager; mais il fallait bien que l'enfant s'amusât un peu avec son jouet avant de le mettre en pièces.

Si le mari est d'une situation aisée, il doit fournir à l'entretien d'un serviteur pour sa femme.

Le refus par la femme de se prêter aux privautés intimes n'entraîne point la déchéance de son droit à la pension, s'il a été motivé par le refus du mari de lui payer la dot qu'il s'est engagé à lui reconnaître.

Voici une disposition qui, dans nos mœurs au moins, paraîtra d'une choquante rudesse. Elle peindra, avec des couleurs bien vives, la nature du rapport que la législation musulmane a entendu établir entre l'homme et son épouse: Le mari — le croirait-on en Europe — n'est point tenu de nourrir sa femme des mêmes aliments dont il se sert lui-même. Toutefois les légistes font cette charitable concession, que s'il l'admet à cette faveur il fait une action méritoire! (81)

Aucune dette ne peut s'établir à raison d'une obligation d'entretien dont le mari ne se serait pas acquitté à temps. Ce qui veut dire que si le mari a négligé ce devoir, la justice peut le forcer à le recommencer, mais seulement du jour où il a été fait droit à la réclamation de sa femme. Tout arriéré sera tenu pour périmé ou éteint de plein droit. (82)

Il n'est guère besoin de faire remarquer que, en conséquence de cette législation, tout retard que le mari serait tenté d'apporter dans l'accomplissement de ce devoir, tout atermoiement, tout procédé dilatoire, quelque exaspérant qu'il puisse être, dont il userait, à cet égard, envers sa femme, lui constitueraient un avantage réel, et dont l'importance serait toujours en raison directe du préjudice qu'il lui aurait causé.

Kondoury est d'avis que la détention du mari dans

une prison par ordre d'une autorité magistrale, sinon absolument souveraine, implique sa libération de toute obligation d'entretien envers sa femme.

Kadi Khan fait ici une distinction fort curieuse. Si, dit-il, la détention est fondée sur des raisons juridiques, l'obligation de fournir à l'entretien restera dans toute la plénitude de sa vigueur ; dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'emprisonnement a été injuste, ou sans raison légale, le mari sera affranchi de toute obligation relative à l'entretien.

Qui prononcera, qui statuera sur la nature de ces raisons ? Serait-ce l'autorité même qui a ordonné la détention ? Serait-ce le détenu, qui, s'érigeant en tribunal d'appel ou de dernière instance, se prononcerait souverainement sur le caractère des motifs qui avaient amené sa détention ? Les interminables dissertations des juristes sunnites ne nous fournissent aucun moyen pour la solution de ce problème de jurisprudence, ou de pratique musulmane (83).

Il ne serait pas sans intérêt de nous arrêter ici un instant en face d'une curieuse particularité des mœurs et des coutumes musulmanes. Les juristes de cette confession, en signalant les services que le mariage impose au mari envers sa femme, entrent dans des détails d'une extrême minutie. On y voit, d'une part, la mesure de cette touchante simplicité de vie dans un ménage musulman, et, de l'autre, le rôle que la loi a réservé à la femme pour l'accomplissement de sa destinée sociale.

Le mari, nous apprennent-ils, est obligé de fournir à sa femme *les objets nécessaires* qui se résument en un moulin à bras pour moudre le blé, des vases pour boire, une cruche

pour l'eau, un bocal, ou un hanap, une marmite, une écuelle, un morceau de feutre (!), un tapis, et, enfin, une natte. C'est là, on doit l'avouer, un équipement à peine supérieur à celui d'une hutte de sauvages, mais on doit y ajouter certains objets de toilette qui paraîtront accuser un état social un peu plus avancé ou plutôt un peu moins reculé, tels qu'un peigne, une filasse et, notons-le hautement, des parfums ! (84)

Les objets de pur usage voluptuaire, tels que *la hinnée* (poudre végétale avec laquelle on se teint les mains et les pieds en rouge foncé), le collyre pour l'embellissement des yeux, ne sont point à sa charge, — évidemment parce que c'est de son devoir de se faire agréer par son mari et que, par conséquent, les objets qui seraient utiles à cette fin doivent être fournis par elle-même, en sa qualité de *redevable* ou de principale intéressée. Mais voici un digne pendant, sinon plus remarquable encore, à la doctrine qui dispense le mari de nourrir sa femme des mêmes aliments dont il use lui-même. Le mari, affirme la jurisprudence musulmane, ne doit point fournir à sa femme ni les médicaments, ni les honoraires du médecin, ni le salaire d'une saignée ou d'une pose de ventouses. (85) Cette dispense accordée au mari est faite pour stupéfier un chrétien, mais elle n'est pas sans quelque raison en harmonie avec toute l'étiologie de cette étrange législation. En effet, la femme n'a droit à l'entretien qu'en tant qu'elle sera en état de compenser ce service par la jouissance qu'elle est destinée à procurer à son mari. Or, il est certain que cette jouissance ne peut se réaliser que sur une personne saine de corps et d'esprit. Ce qui, au point de vue de la science musulmane, fait de l'état de santé

une manière d'être obligatoire pour la femme, une condition d'existence à laquelle se rattache sa double destinée humaine et sociale — et, par conséquent, une qualité essentielle dont la conservation ou le rétablissement incombe à ses propres soins et constitue, à son égard, un véritable devoir. La législation musulmane, nous le répétons, ne reconnaît à la femme d'autre destinée que celle de servir l'homme, et par conséquent de mettre en jeu, pour l'accomplissement de ce devoir, toutes les forces vitales dont elle est douée. Il était, croyons-nous, fort naturel de commettre un abus de déduction et d'en tirer cette thèse, devenue l'âme ou la raison directrice de toute société musulmane, que la femme qui ne pourrait prendre part à la production (dans le sens économique du mot) ne saurait avoir droit à la consommation que si elle compensait la faculté de production, qui lui fait défaut, par celle de la conservation, qui ne peut lui manquer, c'est-à-dire par l'exercice effectif de ses forces dans l'intérêt de l'homme son seigneur et son nourrisseur. Celui-ci, en retour du service qu'elle lui rend, pourvoit aux besoins de sa vie. Si, pour des causes provenant du fait de la femme même, fussent-elles involontaires, celle-ci est forcée d'interrompre l'exercice de ses forces au profit du mari, elle subit, comme un contrecoup de cette interruption, ou arrêt, une égale suspension de son droit à l'entretien — c'est-à-dire à la *consommation* — pendant tout le temps que ces forces féminines seront restées dans l'inaction.

On peut demander quel serait le sort de la femme malade, devenue, par cela même, incapable de *gagner* sa vie par son *travail*, et dont le mari se croirait en droit de lui refuser jusqu'à *l'assistance médicale*.

Il serait difficile de répondre d'une manière satisfaisante à cette question, toute naturelle qu'elle est. Remarquons seulement, pour notre propre soulagement, que toutes ces dispositions, plus ou moins marquées au coin d'une certaine sauvagerie, ne sont que très rarement observées en pratique. Elles restent, presque toujours, à l'état de principes abstraits sans application effective. Nous pouvons même assurer que partout où une société chrétienne se trouve mêlée à une population musulmane, le *croyant* qui userait de pareils droits à l'égard de sa femme, serait aussi vilipendé par l'opinion publique, que le serait en Europe un chrétien qui se comporterait d'une pareille façon envers son épouse. La loi peut être cruelle, absurde même, surtout lorsqu'elle se prétend puisée à une source qui la place au-dessus de toute critique, qui la rend inaccessible à la raison ou insensible aux enseignements, souvent si cruels, de l'expérience; mais le sentiment de la vérité, qui n'abandonne jamais entièrement la conscience humaine, l'intérêt véritable que mille sources diverses font jaillir au cours de la vie, le bon sens, enfin, des âmes simples que le *savant enfantillage* des légistes musulmans n'a pas encore troublé, finiront, bien souvent, par refréner, dans une grande mesure, les étourderies de l'enfance, les entraînements d'une foi aveugle, ou les bizarreries d'un illuminisme exalté.

L'entretien d'un ou de plusieurs serviteurs exigés par la femme dans l'intérêt de sa dignité ou de son confort ne s'impose au mari que si l'épouse est de condition noble, ou si elle se rattache, par les liens d'une proche parenté, à des hommes haut placés.

Abouyousef est d'opinion que dans aucun cas le nombre

de ces domestiques ne peut dépasser deux. Mais l'opinion la plus accréditée est que, dans cette occurrence, on ne doit poser d'autre limite aux exigences de la femme que celle de la suffisance, c'est-à-dire, du besoin de cette dernière complètement ou raisonnablement satisfait.

L'incapacité dans laquelle serait tombé le mari absent de continuer l'entretien de sa femme restée dans les lieux où se trouve établi le domicile conjugal, ne saurait nullement entraîner la rescision du mariage, mais il n'en serait pas de même si l'incapacité a surgi pendant que les deux époux se trouvaient tous deux réunis à ce domicile. Dans ce cas la rescision peut être prononcée d'office par le juge. Schafy est d'avis que la rescision peut être ordonnée contre le mari absent, aussi bien que contre le mari présent qui serait devenu incapable de pourvoir à l'entretien de sa femme.

C'est là, assurément, un des traits les plus saillants par lesquels le mariage musulman se distingue de celui que le christianisme a institué, et qui achève de donner au premier le caractère d'une cohabitation éphémère si semblable, dans sa forme, dans son objet final et dans ses effets, à un concubinage salarié pur et simple!

L'épouse chrétienne jure, aux pieds des autels, de se dévouer à son mari; de s'attacher à lui dans la bonne, comme dans la mauvaise fortune, dans la santé, comme dans la maladie; de confondre son sort avec le sien, et de voir en lui, dans toutes les circonstances de la vie, la continuation tangible, la partie complétive de sa propre personne. La femme musulmane s'engage, moyennant une certaine rétribution pécuniaire, à n'être plus une personnalité humaine, à se transformer en *un instrument de*

plaisir ou *de confort*, dans le sens le plus matériel que ces deux mots puissent nous révéler.

Dans le mariage musulman, la partie la plus élevée de la destinée féminine ne s'élève guère au-dessus d'une sorte de *machine de procréation* ou, selon les propres termes du Coran, d'un *champ* fait pour être *ensemencé*, et qui, en dehors de cette destination, ne doit être considéré que comme un objet d'une utilité accessoire et dont, à la rigueur, il doit être possible de se passer.

Le juge de la localité peut autoriser la femme de l'absent à emprunter des fonds pour subvenir à ses besoins. Dans ce cas l'emprunt autorisé par le juge incombe au mari, et celui-ci aura à en répondre envers le créancier qui aura fourni les fonds.

Si l'emprunt n'a pas été préalablement autorisé par le pouvoir judiciaire, le mari n'en répondrait pas et, par conséquent, le créancier ou bailleur de fonds ne pourra avoir aucun droit de recours contre le mari de sa débitrice.

La mort de l'un ou l'autre des deux époux, laquelle serait survenue après le prononcé du jugement (qui aura admis la femme au bénéfice de l'entretien matrimonial), mais avant la mise à exécution de ce jugement, aura pour effet de périmer, même rétroactivement, son droit à l'entretien, en sorte que l'on considérera comme entièrement annulé, par la mort subséquente de l'épouse, la partie de l'entretien qui serait restée en souffrance depuis le jour où ce jugement a été prononcé, jusqu'à la mort de la femme en faveur de laquelle il avait été donné.

L'épouse esclave n'a droit à l'entretien matrimonial que si elle habite avec le mari, ou dans un logis à part,

aux frais de ce dernier, et si elle n'est pas attachée au service de son patron, ni d'aucun autre individu, et aussi longtemps que cette condition complexe n'aura pas fait défaut.

La femme a droit à une habitation séparée et entièrement isolée de celles des parents respectifs des époux et, surtout, des autres femmes du mari, *ses coépouses*.

Dans le cas où le mari ne serait en état de fournir des fonds, pour l'entretien de sa femme, qu'au jour le jour, celle-ci aura le droit d'exiger une caution pour l'assurance de cet entretien.

Toute provision faite à titre d'avance à la femme, pour subvenir à son entretien pendant un certain espace de temps à venir, sera acquise à cette dernière en toute propriété — en sorte que si elle venait à mourir avant l'expiration de cette portion de temps en vue de laquelle l'avance avait été faite, ou avant l'épuisement de cette provision — le reliquat, quel qu'il soit, restera acquis à la femme et passera, de plein droit, à ses héritiers, y compris le mari.

Les arrérages en argent ou en objets en nature seront perdus pour la femme, à moins qu'ils n'aient été successivement accumulés depuis le prononcé du jugement qui l'aura admise à jouir de ce droit.

Si l'esclave qui aura obtenu de son maître l'autorisation de se marier tombe dans l'incapacité de fournir à l'entretien de sa femme supposée de condition libre, l'entretien incombera au patron, et la femme acquiert, par cela même, le droit de forcer ce patron à vendre son mari tombé en déconfiture, et de lui remettre le montant de cette vente, en paiement total ou partiel de sa créance.

Si l'acheteur, sachant le motif de la vente, l'a acheté pour une somme inférieure à sa dette, la femme pourra obliger, derechef, le nouvel acquéreur à vendre, à son tour, cet esclave et à lui remettre, en paiement, le prix qu'il aura tiré de cette nouvelle vente et ainsi de suite, de vente en vente, jusqu'à la formation intégrale de la somme due par l'esclave, et l'entière extinction de sa dette.

Dans aucun cas, aucune partie des biens ou des objets appartenant à un mari absent ne peut être vendue pendant son absence en vue de fournir à l'entretien de sa femme qu'il aura laissée sans ressources suffisantes. L'autorité judiciaire pourra seulement mettre, à la disposition de la femme, les objets appartenant au mari qui se trouveront être de même espèce que les choses dues par lui à cette dernière, ou l'autoriser à emprunter de l'argent au compte de son mari, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut.

La dette que la femme aura contractée envers le mari à raison d'un fait autre que celui de l'entretien, ne peut être opposée à celle qui incomberait à ce dernier du chef de cette obligation. La raison de cette absence de parité entre les deux créances est facile à saisir. En effet, la créance du mari présente un caractère de stabilité auquel aucune circonstance ne saurait porter la moindre atteinte, tandis que celle de la femme est sujette à diverses causes d'annulation d'une occurrence possible, telles que l'insubordination, l'infidélité, le baiser donné au fils adulte du mari, etc., éventualités *favorables* au mari, autant qu'elles sont préjudiciables à la femme. En face d'une pareille situation il est bien naturel pour le mari de repousser toute similitude économique entre sa créance et celle de sa femme.

La femme répudiée a droit à l'entretien durant tout le temps de la retraite légale et quel qu'ait été le mode du divorce dont elle a été frappée. Schafy refuse l'entretien à la femme qui aura été divorcée par un acte de répudiation majeure, à moins qu'elle ne soit enceinte, au moment du divorce, des œuvres de son mari.

La veuve — sauf ce même cas — n'a point droit à l'entretien, pas même pendant la retraite de viduité, qui dure cependant quatre mois et dix jours.

Cette disposition paraît d'autant plus irrationnelle que le terme de vacances qui lui est imposé est plus long.

Les docteurs paraissent avoir adopté cette doctrine pour cette seule raison que l'obligation du mari de subvenir à l'entretien de la femme est connexe à la faculté d'exercer son droit à la jouissance matrimoniale! Or la mort met fin à la possibilité de ces actes et, par conséquent, prive la femme de tous les avantages qui s'y rattachaient indissolublement.

Si le fonds servant d'habitation aux deux époux appartient à la femme, celle-ci ne peut exiger du mari aucune rétribution à titre de loyer.

L'habitation de ce dernier, en tant que jointe à celle de la femme, doit rester absolument gratuite.

Cette doctrine paraîtra quelque peu contraire au principe musulman d'après lequel toutes les parties de l'entretien, ou les frais du ménage, doivent rester à la charge du mari, et qui défend la confusion des ressources et des biens respectifs des époux; aussi les légistes se sont-ils appliqués à la justifier par des considérations sur lesquelles nous attirerons l'attention du lecteur. Elles montreront, encore une fois, jusqu'où peut aller la manie du raisonne-

ment dans une science encore toute naissante, à laquelle ont manqué les avertissements de l'expérience.

Le mari, pensent-ils, ne doit aucune rémunération à sa femme du chef d'un pareil service, attendu qu'il lui est toujours loisible de considérer le fait de son hébergement par sa femme comme un simple *service d'intérieur*, analogue à ceux que la législation ordonne à la femme de ne jamais refuser à son mari, tels, par exemple, que l'obligation générale de lui apprêter des aliments, de moudre le blé du ménage, de pétrir de la farine, et de cuire du pain pour la consommation commune. D'ailleurs, ajoutent-ils, avec une logique non moins sautillante: la femme profite, elle-même, de l'habitation autant que le mari, et même, souvent, dans une plus grande proportion, puisque ce dernier n'occupe ordinairement la maison que durant la nuit, et pendant des espaces de temps bien plus courts que ceux pendant lesquels la femme fait usage de cet immeuble.

En supposant même, font-ils observer, que le mari doive quelque rétribution à sa femme, ce ne pourrait être qu'à titre de *locataire* pur et simple; or il est unanimement admis, en jurisprudence musulmane, que le locataire qui a sous-loué ou seulement prêté au propriétaire l'immeuble qu'il tenait de ce dernier, sera dispensé de payer aucun loyer pour tout le temps qu'auront duré ces deux actes du locataire.

Le mari, occupant l'immeuble simultanément avec la femme, doit être considéré, dans cette supposition, ou comme un sous-locataire, ou bien comme un emprunteur, et dans l'un et l'autre de ces deux cas, alternativement inéluctables, la femme n'aurait nullement droit à exiger le loyer d'un

fonds détenu par elle-même à titre de prêt ou de sous-location.

L'entretien ne peut être fixé que par la justice, à la suite d'une instance en règle, ou de l'accord commun des parties intéressées. La règle à suivre dans cette occurrence consiste à tenir compte de la situation respective des époux, et du prix des objets destinés à faire partie de l'entretien. Il est loisible au juge de déterminer ces objets et d'en ordonner la remise en nature, à la femme *adjudicataire* de l'entretien, ou d'en faire l'estimation au prix actuel, en monnaie courante, et de lui en faire remettre le montant.

Si la femme, entraînée par un penchant à l'avarice, se soumet volontairement à des privations pouvant devenir nuisibles à sa santé, afin de réaliser, sur son entretien, des économies et d'augmenter, ainsi, son avoir aux dépens de sa santé, et, par conséquent, de sa beauté, ou de l'agrément d'une mise convenable, le mari peut, dans tous ces cas, la forcer à se mieux nourrir et à mieux soigner sa toilette. Il eût, assurément, suffi de s'arrêter à cette raison, dans laquelle on n'aurait pu voir que la marque d'une tendre ou au moins d'une charitable sollicitude de la part de celui des deux conjoints que la loi appelle à protéger l'autre, mais les légistes ont mieux aimé nous dire, tout franchement, la raison sur laquelle ils entendaient baser cette bienveillante attention du mari. Une alimentation insuffisante, font-ils observer, et un habillement peu soigné pourraient donner à la femme, la première en l'amaigrissant, le second en la déparant, un aspect peu attrayant; or — ils le répètent, à l'infini, il est du devoir de la femme — exclusivement faite à cette fin —

de ne rien négliger de ce qui peut raviver les penchants *virils* de l'homme ou flatter ses goûts, quels qu'ils soient, et alors même qu'ils seraient d'un caractère entièrement anormal.

Dans tous les cas où la femme aurait droit à se faire servir d'un ou de plusieurs serviteurs, le mari sera tenu de les défrayer complètement, mais seulement sur le pied du strict nécessaire.

Les serviteurs de l'épouse ne sont admis au bénéfice de l'entretien que s'ils se trouvent effectivement et exclusivement au service de cette dernière. Le mari n'a point qualité de congédier, de son propre chef, de pareils employés de sa femme, ni de les remplacer par d'autres de son choix.

Cette sorte d'indépendance ou d'immunité attribuée aux serviteurs de l'épouse doit être entendue sans préjudice du droit, en quelque sorte dictatorial, du mari, chef de la famille, d'éloigner de sa maison les gens qui auront commis des actes répréhensibles pouvant affecter la paix, l'ordre ou la sûreté de son ménage.

Toutes les fois qu'il y a lieu de pourvoir à l'entretien de l'épouse pendant l'absence de son mari, par des emprunts judiciairement autorisés, le juge doit s'abstenir de notifier son autorisation sous forme de jugement, attendu que ce serait prononcer un jugement contre un absent, ce qui est absolument interdit dans le droit musulman. Mais il est loisible au juge, en sa qualité d'officier civil, préposé à la garde et à la protection des faibles, d'ordonner à la femme de prendre toutes les mesures nécessaires pour la conservation de son existence et celle des personnes qui se trouveraient confiées à sa tendresse et, par conséquent,

d'emprunter, au compte du mari, les fonds indispensables à cette fin.

Si le juge a des raisons pour soupçonner la véracité de la femme qui affirmerait n'avoir pas reçu de son mari de quoi subvenir à ses besoins, il devra demander à cette femme de lui présenter une caution qui garantisse la restitution des fonds empruntés dans le cas où elle n'aurait pas dit la vérité sur sa situation.

Les parents du mari et, en général, tous ceux qui, si ce dernier se fût trouvé en droit de recevoir une pension alimentaire de ses proches, eussent été légalement forcés à fournir cette pension, seront tenus pour obligés de prêter à la femme—supposé qu'ils soient en état de le faire—les fonds nécessaires pour subvenir à son entretien.

La femme, au cours d'une retraite légale de vacuité, par suite d'une *rescision* de mariage qui aurait été prononcée contre elle, n'a droit — de toutes les parties de l'entretien — qu'à celle de l'habitation seulement. Si elle quitte le domicile conjugal, elle perd ce dernier droit ¹⁾.

¹⁾ La législation musulmane attache à l'obligation imposée à la femme de rester *constamment* renfermée au domicile conjugal une importance telle que dans l'énumération des objets de première nécessité que l'homme est tenu de fournir à son épouse, les digestes disent expressément que le mari n'est point obligé de procurer à sa femme *ni chaussures ni voile*, attendu, font-ils remarquer, tout carrément, que ce sont là des choses destinées à servir d'*instruments de sortie* et que l'homme n'est nullement obligé de faciliter à la femme une action de cette nature (86).

La loi lui permet, il est vrai, de visiter ses parents, mais pas plus d'une fois par an (87). On lit ailleurs dans les légistes les plus renommés que dans le cas d'une contestation s'élevant entre les conjoints sur la véritable destination que le mari avait entendu assigner à certains objets affectés, de sa propre autorité, à l'usage de sa femme, c'est-à-dire sur la question de savoir si ces objets avaient été donnés à titre de *dot*, ou à titre d'*entretien*, l'affirmation du mari tendant à leur attribuer un

La femme qui abjure l'Islamisme ne sera déchuée de son droit à la pension alimentaire que si elle quitte le domicile conjugal ¹⁾.

La femme qui se sera laissé courtiser par le fils du mari ou qui aura accepté, de la part d'une pareille personne, des avances galantes, ou des marques d'un certain penchant libidineux, commet un délit qui emporte, ainsi qu'il a été dit plus haut, la rescision de son mariage, mais non pas la perte de son droit à la pension alimentaire durant la retraite légale. La loi exige seulement, comme condition de cette jouissance, que la femme dont le mariage aurait subi le fait de la rescision, de passer au domicile conjugal la période de temps consacrée à la constatation de la *vacuité vaginale*. Si, après la rupture

caractère de dot pur et simple, fera autorité toutes les fois que la femme ne pourrait point opposer à cette assertion une preuve juridique suffisante, et que ces objets ne seraient point compris, de leur nature, dans la catégorie des matières affectées à l'entretien. Ils citent comme modèle *typique* des objets que la loi place hors de cette catégorie «*les chaussures et le voile*» précisément parce qu'ils sont destinés à l'usage de la *sortie*, acte qualifié d'incompatible avec les intérêts du mari et auquel la loi lui donne toute faculté de s'opposer (88).

Nous nous rappelons avoir lu dans des livres écrits par des savants européens que la femme musulmane jouit de plus de droits que sa sœur chrétienne. Les auteurs de ces assertions sont, peut-être, sincères; mais, à coup sûr, ils n'ont pas demandé, sur ce sujet, l'avis des marchands de voiles dans les contrées où règne la foi du Prophète.

¹⁾ Nous devons faire remarquer ici que l'abandon du domicile conjugal s'impose forcément à la femme qui se serait rendue coupable d'apostasie. La loi la soumet, dans ce cas, à un emprisonnement *illimité*. La raison de cette *contrainte à perpétuité* se fonde sur la considération juridique que la femme, jouissant de la *prérogative de faiblesse*, n'est point passible de la peine de mort pour apostasie. En conséquence de cette disposition de pure condescendance, la *contrainte par corps*, à laquelle elle aura été soumise du chef de ce crime, n'aura d'autre limite que son retour réel ou seulement ostensible à la foi de l'Islam.

du mariage, la femme quitte ce domicile, elle sera tenue pour avoir abandonné tout droit à l'entretien.

L'allaitement n'est point obligatoire pour la mère, à moins que l'enfant ne refuse avec persistance le sein d'une autre.

En conséquence de cette doctrine, qui étonnerait, à juste titre, l'âme maternelle d'une chrétienne, la législation musulmane range l'allaitement parmi les besoins d'intérieur dont la satisfaction incombe exclusivement au père, et accorde à la mère, qui consentirait à servir de nourrice à son enfant, le droit d'exiger un salaire convenable.

A conditions égales, la mère doit être préférée à une étrangère; mais si celle-ci consent à se charger de ce soin, soit gratuitement, soit à un prix moindre, elle primera la mère. Ce droit reconnu à l'étrangère est subordonné à la condition que l'enfant sera allaité au domicile conjugal et sous les yeux de la mère.

Droits et devoirs réciproques des époux.

Quand on pense que dans cette union éphémère si improprement appelée „mariage“, quatre femmes dites: „épouses légitimes“ et un nombre indéfini d'esclaves, c'est-à-dire de *concubines* non moins religieusement licites, peuvent se trouver dans l'effrayante, nous dirions mieux, dans la dégradante nécessité de disputer les grâces, en tout genre, d'un seul homme, et qu'il suffit d'un mot tombé de la bouche de ce législateur au petit pied, pour mettre instantanément à néant cette union dérisoire, on comprendra sans peine qu'il ne saurait être question de justice égale, de réciprocité de droits entre l'homme, le *potentat* absolu, et la femme, cette éternelle captive de la législation musulmane. On comprendra également bien qu'il ne saurait non plus être question de paix, d'ordre, de concorde sous le toit d'une famille si singulièrement composée, au sein de laquelle doivent nécessairement s'agiter les passions les plus tumultueuses; où l'envie la plus cruelle, la jalousie la plus furieuse, l'amour-propre le plus irrité, en un mot tout ce qu'une âme humaine, une âme de femme profondément ulcérée peut renfermer de plus violent et de plus vil à la fois, se donnent ren-

dez-vous et éclatent ou grondent à toutes les heures du jour et de la nuit; où le mari, bien que vivant en maître absolu au milieu de cet éternel fracas qui encadre son lamentable bonheur, ne goûte presque jamais les délices de son pouvoir qu'en répudiant ou en vendant, de temps à autre, celles d'entre les compagnes de sa couche qui auront le plus exaspéré ses sentiments ou le plus lassé sa patience.

Il se dégage de l'ensemble de cette législation, qui fait l'objet de notre étude, une doctrine principielle que l'on voit s'appliquer à presque tous les cas où la femme se trouve en quelque rapport social avec l'homme, à savoir que la première n'est point faite pour avoir *des droits* dans un sens initial ou personnel, de façon à pouvoir invoquer, en sa faveur, une aptitude sociale quelconque indépendamment de tout rapport corrélatif avec les droits *préétablis* de son congénère du sexe fort. Elle ne saurait avoir qu'une sorte de droit *servile*, c'est-à-dire, une aptitude uniquement destinée, jusque dans le procédé extérieur de son application, à favoriser l'exercice des facultés spéciales afférentes au sexe masculin, lesquelles seules constituent des droits à titre initial et intégralement indépendant. Si, par exemple, la femme a droit à être hébergée par le mari et défrayée de toutes les dépenses nécessaires à son entretien, c'est uniquement pour assurer à ce dernier l'exercice de son droit à la *réclusion* ou, pour employer les propres termes des légistes musulmans, à la *séquestration* corporelle de sa femme „*hokkou-l-iltibasse*“, ce droit ne pouvant se réaliser que si la femme se trouve dispensée de vaquer, elle-même, à la recherche de sa subsistance; si elle a droit à une dot nuptiale, c'est

à titre de *vendeuse* d'un certain droit d'usage sur sa personne, — en d'autres termes en qualité d'ayant droit à recevoir le prix assigné à la cession d'un avantage que la loi considère comme devant revenir *exclusivement* au mari; si elle a droit à exiger un salaire pour allaiter son propre enfant, c'est parce que cet enfant est mis au monde, non pour elle, mais pour son père, le Coran ayant dit expressément „c'est à celui *pour qui* l'enfant est né de pourvoir à *leur* entretien, II, 223, „*oua d'la-l-maouloudi lahou riskouhonna*“. (Il est question, dans ce passage, des épouses devenues mères) ce qui signifie, selon ces légistes, que l'enfant a reçu le jour pour *appartenir* au père et que, par conséquent, la femme n'est qu'un facteur extérieur parfaitement négligeable.

Nous pensons, cependant, qu'il est à peine possible de déduire de ce passage le droit des pères à placer dans leur propre personne la raison de toute attribution ou distinction nominative des enfants issus de leurs œuvres.

Ajoutons que ce passage ne resta pas sans influence sur la formation d'une doctrine anthropologique des plus oppressives — nous dirions peut-être mieux, des plus avilissantes pour la femme. En dépit du célèbre hadice enregistré par les principaux rapporteurs: „*Dieu a mis „le Paradis sous les pieds des mères*“ et qui doit, probablement, signifier que le bonheur des hommes, même dans l'autre monde, sera subordonné au contentement de leurs mères, malgré, disons-nous, cette sorte de galante condescendance que le législateur arabe ne dédaignait pas de témoigner presque constamment à la femme, les légistes des époques postérieures, ces coryphées de la scolastique musulmane, enlevèrent à la femme le plus beau et le plus

mérité de ses titres à notre vénération : *sa maternité*. Ils ont abaissé cette admirable fonction au niveau d'un simple instrument entre les mains de son propriétaire. Celui-ci, pensent-ils, est fait pour mettre en jeu cet instrument quand il veut et comme il veut et, toujours, pour une fin et sous une impulsion où la personnalité de la femme n'intervient que comme un simple stimulant extérieur. A en croire ces docteurs, la femme ne remplit dans ses fonctions maternelles qu'un rôle purement mécanique : celui d'un véhicule en quelque sorte *corvéable*, et toujours dans l'unique intérêt de son compagnon du sexe fort.

Cette doctrine des légistes contribua, dans une grande mesure, à imprimer à la société musulmane cet aspect si rude et, parfois, si sauvage d'un *campement* de soldats où le combat contre l'ennemi constitue le principal objet de l'activité collective de la masse, aspect repoussant, monstrueux, qu'on ne saurait maintenir qu'à l'aide de terribles stimulants, au prix de grands sacrifices et en inspirant, au monde civilisé, un invincible sentiment de méfiance et d'horreur!

La rigueur de cette doctrine qui fait de la femme un objet médial, un moyen sans personnalité véritable, fut poussée si loin que, de l'avis de toutes les Ecoles, on dénia à la femme jusqu'au droit irréductible de demander au mariage, à l'union des sexes, le moyen d'exercer certaines *fonctions organiques* qu'il pourrait lui peiner de maintenir dans un état de perpétuelle *vacance*. D'après les légistes les plus accrédités l'homme ne doit à sa femme, durant toute sa vie, que la première séance matrimoniale, si ce devoir est acquitté à temps, c'est-à-dire pas plus

tard qu'une année entière, à partir du jour où la femme aura intenté contre le mari une action en rescision de mariage pour *abstention offensante* (89). Enfin, il suffit que l'homme affirme une fois son aptitude, en d'autres termes, sa qualité d'homme parfait, pour jouir de tous les droits afférents à cet état, et pour enlever à la femme toute raison de rupture pour cause d'incapacité virile. Les séances ultérieures qui pourraient se réaliser sont considérées comme devant découler d'un droit et non d'un devoir. Vos femmes, c'est votre champ, a dit le Coran, II, 223 (*Nissa'ou kom harson lakom*); or, celui qui achète un champ est libre de le cultiver ou de le laisser en friche, sans que la loi puisse intervenir d'une manière impérative dans le règlement de ce droit.

Les juges peuvent dans une pareille occurrence adresser des reproches au mari récalcitrant, ou atteint, à l'égard de sa femme, de frigidité conjugale, mais ils ne peuvent ni ordonner contre lui de mesure coercitive ni décréter, d'office, la rescision du mariage.

Il n'est, après tout, que juste d'ajouter à cet exposé que c'est là aussi un exemple de ce „*summum jus*“ que les mœurs, souvent plus rationnelles que la loi, repoussent avec indignation. Il est très rare de les voir s'appliquer dans toute la tendance de leur triste logique. La plupart du temps un pareil dédain pour la femme ne manquerait pas de provoquer des cas de divorce, à la satisfaction commune des deux parties.

Voici maintenant un tableau général, bien que très resserré, des droits et des devoirs réciproques des époux :

1) L'homme de condition libre peut épouser à la fois et réunir sous sa puissance maritale quatre femmes à titre

d'épouses légitimes, à quelque condition sociale qu'elles appartiennent, sans autre condition limitative que celle subordonnée à la capacité, d'ailleurs fort élastique, de pourvoir à leur entretien ¹⁾ d'une manière équitable et parfaitement égale, sans acception de personne, et d'observer les divers cas de parenté (par proximité naturelle, par allaitement, ou par alliance) qui forment des empêchements de mariage ²⁾.

¹⁾ L'obligation relative à l'entretien se fonde, dans le droit musulman, sur trois raisons principales, dont deux sont d'ordre purement autoritaire; la troisième peut être considérée comme de caractère mixte, tenant, d'un côté, à l'autorité scripturale et, de l'autre, à une déduction rationnelle. La première est fournie par ces passages du Coran se rapportant à la manière dont les maris doivent se comporter envers leurs femmes «*que l'homme qui jouit d'une certaine aisance dépense selon son état, LXVII, 7, et cet autre déjà cité: L'homme à qui un enfant est né doit pourvoir à l'entretien de sa mère, et par le hadice suivant attribué au Prophète et qui passe pour avoir été dit à l'occasion de son dernier pèlerinage: vous devez à vos femmes la nourriture et le vêtement.*

Quant à la 3^{me} raison les docteurs font judicieusement observer que le mari, usant de son droit à la claustration de la femme, contracte, par cela même, l'engagement de fournir à sa *captive* les ressources que la claustration ne lui permettrait pas de se procurer elle-même.

²⁾ Il faut ajouter aux empêchements de mariage par parenté, la défense d'épouser une femme esclave pendant le temps qu'on est encore lié par un mariage, réel ou assimilé, avec une femme de condition libre.

Nous entendons par «*mariage assimilé*», l'état passager dans lequel se trouveraient les deux conjoints à la suite d'un divorce mineur et pendant tout le temps qui serait consacré à la purgation de la retraite légale de vacuité. Il est établi, de l'avis de toutes les Ecoles sunnites, que depuis le moment où ce genre de répudiation aura été prononcé jusqu'au dernier instant qui précède le moment terminal de cette retraite, la femme est obligée de rester à la disposition du mari. Celui-ci pourra la reprendre, et même la *forcer* à réintégrer sa condition d'épouse légitime, sans renouvellement de contrat. Le mari sera censé avoir accompli cette dernière mesure par le seul fait d'avoir usé à son égard, au cours de sa retraite, de quelque privauté maritale.

A l'exception des rapports sexuels, aucun des effets légaux du ma-

2) Il a droit de cohabiter avec un nombre indéfini de femmes esclaves et d'exercer sur elles, à titre de maître ou propriétaire, dans le sens absolu du mot, tous les droits réunis de l'époux et du propriétaire, sans autre limite que ces trois réserves, qui sont, comme on va le voir, tout en sa faveur:

A. Que le mariage subséquent d'un homme avec sa propre esclave vaudrait à cette dernière un titre d'affranchissement parfait.

B. Que le cas inverse, c'est-à-dire celui d'une épouse, esclave d'un tiers, devenant, par suite d'une raison légale quelconque, propriété de son mari, amène instantanément la rescision du mariage, et transforme l'épouse en une esclave pure et simple de celui qui fut son mari.

C. Que la femme, esclave du mari, qui donnerait à ce dernier un enfant dû à ses œuvres, ou reconnu pour tel par lui, acquiert, par le fait de cette maternité, le droit d'être affranchie à la mort de son maître, dût-elle représenter, à ce moment, une valeur vénale supérieure à la troisième partie disponible de l'hoirie. (Voir premier fascicule, page 161, N° 4.) Ce droit réservé à l'avenir de la femme esclave la rend *invendable* du vivant de son patron, à partir du moment où le patron aura reconnu l'enfant de l'esclave pour dû à ses propres œuvres; mais sans que cet avenir d'affranchissement et de liberté complète, qui lui est éventuellement assuré, puisse la soustraire, durant toute la vie de ce dernier, aux devoirs qui s'imposent à elle en sa qualité *d'esclave actuelle*. Les docteurs formulent cette combinaison dans les termes assez heureux sui-

riage ne sera ni supprimé ni mis en suspens, pendant la retraite de vacuité qui aura été imposée à la suite d'une pareille répudiation.

vants: „*Matloukat-oul-rakabat, Mamloukat-oul-yud*“ affranchie de tête, c'est-à-dire rendue *invendable*, mais esclave de main, c'est-à-dire restant, obligatoirement, attachée au service de son patron.

3) Il a droit à l'obéissance complète et sans réserve de sa femme en tout ce qui est religieusement licite.

Ce pouvoir du mari se fonde sur diverses raisons; la principale, sans doute, c'est l'espèce d'éternelle enfance que la doctrine musulmane attribue à la femme — ce qui a pour conséquence toute naturelle de la soumettre, dans presque tous les états ou conditions de son existence, à une éternelle tutelle. Les femmes, aurait dit le Prophète, *ont une religion et une intelligence incomplètes*. Les hommes, ajoute le Coran, sont les *directeurs naturels des femmes*.

On peut ajouter à ces raisons d'ordre purement autoritaire cette considération rationnelle que le devoir de l'homme, de protéger la femme, implique nécessairement, en sa faveur, le droit de régler et de surveiller la conduite de cette femme, ne fût-ce que pour se rendre facile l'accomplissement de cette tâche, qui lui est imposée par la nature même aussi bien que par la loi.

La femme, il est vrai, peut revendiquer, en théorie, bien des droits; on peut même, si l'on veut, affirmer que dans la sphère des actes de l'ordre civil la femme musulmane jouit de plus de latitude que sa congénère chrétienne; mais ce ne sont là que des facultés dérisoires, qui n'aboutissent ordinairement en pratique à aucun résultat appréciable. L'asservissement absolu de la femme — nous l'avons déjà constaté — à la volonté, aux caprices même les plus désordonnés du mari pour tout ce qui se rapporte

ne fût-ce que de bien loin, aux jouissances sexuelles, absorbe tous ces droits ou les étouffe dans leur germe. On dirait, vraiment, qu'on n'a accumulé tant d'aptitudes sur la tête de la femme que parce qu'on était certain d'avance de leur parfaite inutilité. Il est évident, d'ailleurs, que la femme musulmane, avilie par le mariage, est condamnée à ne pouvoir recouvrer sa dignité humaine que par le divorce et, par conséquent, à voir dans cette déplorable solution l'unique moyen de délivrance de sa triste et révoltante captivité! L'islamisme en convient *systématiquement*. — Il appelle l'acte qui annule le pacte conjugal de la femme „*talak*“, „affranchissement“, ce qui répond parfaitement à la réalité. Le divorce, en effet, *affranchit* la femme d'une servitude véritable; de plus, il la réintègre dans son état primordial de personne pensante et, conséquemment, libre et égale à celui qui était, à la fois, son maître, son ennemi légal, et son geôlier farouche et *toujours méfiant*.

4) Si l'homme est marié à plusieurs femmes (— jusqu'à quatre inclusivement—) et que ces dernières soient toutes de condition libre, il doit partager son temps entre elles d'une manière parfaitement égale. Si elles sont quatre il sera tenu de consacrer à chacune une nuit et une journée (= 4 jours pleins); le reste lui appartient exclusivement, et il lui est loisible d'en disposer à sa guise. Si parmi ses femmes il se trouve des esclaves, il devra à celles-ci le reliquat disponible de son temps, ou la moitié du temps qui serait dû à une épouse de condition libre.

5) La femme nouvellement mariée et jointe à une ou plusieurs coépouses précédentes ne saurait prétendre, même dans les premiers jours de son mariage, à aucun traitement de priorité ou de préférence sur ses rivales pour

récence de noces. Toutefois Schafy est d'avis que si la nouvelle mariée est vierge, elle aura droit à sept nuits consécutives, à titre de supplément de faveur, à partir du jour où le contrat de mariage aura été conclu, et à trois seulement, si elle est déjà déflorée. Ce délai de faveur passé, toute marque de priorité ou de préférence de ce chef sera rigoureusement interdite, et la nouvelle mariée prendra son rang parmi ses coépouses pour ne plus s'en départir.

6) Le partage *de temps* consiste à passer un certain nombre de nuits, et, accessoirement, une certaine portion de la journée, auprès et sous le toit de chacune de ses femmes. Ce devoir est entièrement indépendant de toute obligation de commercer avec cette femme. Le mari—nous l'avons déjà dit — ne doit à sa femme que cette justice ou égalité de traitement que la nature *lui permet de réaliser*. L'amour, et, par conséquent, ses effets, ne se commandent pas. Mahomet, raconte la chronique sacrée, observait scrupuleusement les règles du partage temporel; mais il n'accordait les faveurs de son amour effectif qu'à celles de ses épouses que son cœur lui désignait. *Mon Dieu, — disait-il, — voilà mon partage effectué dans les limites de mon pouvoir; n'exige point de moi un partage qui dépasse ce pouvoir.*

On pourrait, sans doute, hasarder cette remarque que rien n'obligeait le Prophète à gaspiller ses précieux moments au milieu d'un si grand nombre de femmes, et qu'il eût, peut-être, mieux mérité l'indulgence de ce Dieu qu'il invoquait si, dès le principe, il s'était, tout simplement, abstenu d'avoir besoin de cette indulgence! Mais à cela on pourrait opposer cette réponse péremptoire: il fallait que

la dignité et le mérite transcendants du Prophète fussent affirmés solennellement. Or rien ne pouvait les établir avec autant d'éclat que ce privilège paradisiaque d'épouser un nombre illimité de femmes, d'entourer les unes de toutes les marques d'une tendresse passionnée, et de délaisser entièrement les autres; de leur témoigner même une invincible aversion.

7) Il est interdit, sous peine de nullité, d'adjoindre une épouse de condition servile à une autre précédente de condition libre.

Cette interdiction se maintient, dans toute sa rigueur, pendant le temps de retraite qui serait imposé à la femme libre par suite d'une répudiation mineure.

L'inverse est parfaitement permis, c'est-à-dire que la loi ne met aucun obstacle à ce que le mari de femmes esclaves adjoigne à celles-ci des femmes libres.

8) Le partage n'est point d'obligation en temps de voyage. Il est permis au mari qui quitte, provisoirement, les lieux de sa résidence de se faire accompagner de celles de ces femmes qu'il lui plairait d'avoir à ses côtés, et même de voyager seul sans en prendre aucune. Toutefois on considère comme méritoire, dans le cas où il se déciderait à prendre une compagne, de la choisir par un simple tirage au sort. Cette conduite se recommande par égard à celle que le Prophète lui-même avait l'habitude d'observer envers ses épouses en pareille occasion.

9) Le temps que l'épouse aura passé en compagnie de son mari en voyage ne sera point imputé sur les portions de temps soumises au partage, ni par conséquent, décompté des périodes auxquelles les épouses auraient droit d'après les règles du partage.

10) A partir de la première séance d'intimité conjugale, le droit du mari à une abstention absolue — nous l'avons déjà constaté — est illimité; mais il n'en est pas de même pour ce qui concerne l'exercice effectif du droit conjugal. En cas d'excès habituel au mari, motivé par une exubérance *d'aptitude* pouvant incommoder la femme, la justice peut imposer des limites à de pareils témoignages de tendresse. Dans ce cas, tout écart des prescriptions restrictives ordonnées par le juge pourra former un cas dirimant, et donner, à ce dernier, le droit de prononcer d'office la rescision du mariage.

Nous ne pouvons ne pas signaler le fait d'une curieuse divergence qui divise les docteurs, sur la détermination du nombre exact des séances auquel commencerait l'excès légalement *redhibitoire*. Les uns placent cette sorte d'abus dans le nombre *cinq*; d'autres, moins rigides, le poussent jusqu'à *sept* inclusivement. L'exagération tolérée varie — comme on le voit — entre quatre et six. Les docteurs commandent de les répartir ainsi: 3 ou 4 durant la nuit, et 1 ou 2 pendant le jour, selon l'une ou l'autre de ces deux limites qu'on aura adoptée. (90)

11) Il est interdit à l'homme d'éluder les vœux de la nature, en se dérochant au procédé de la fécondation, avec sa femme de condition libre, à moins que celle-ci n'ait accordé, sur cette espèce de détournement, son entier et libre consentement. Cette étrange doctrine tend à démontrer que la conscience musulmane ne voit, dans ce procédé, qu'un acte de violence pouvant affecter, plus ou moins péniblement, les dispositions libidineuses de la femme; (91) mais absolument rien qui soit incompatible avec l'objet essentiel du mariage, ou qui soit contraire à

la sainte décence qui doit présider aux affections conjugales¹⁾.

12) Si la femme est de condition servile son consentement n'est point requis par la loi pour légitimer un pareil procédé de détournement.

Il est assez facile de saisir la raison de cette différence: la servitude est incompatible avec l'exercice de tout droit qui aurait sa base, ou sa raison d'être, dans le respect de la volonté, et, par conséquent, dans cette

¹⁾ Les bons docteurs ne dédaignent pas d'entrer, parfois, dans des minuties de détails qui laissent bien en arrière les narrations descriptives les plus *consciencieuses* de l'Ecole naturaliste moderne. Nous nous permettrons de consigner ici, au recoin d'une simple note, et sous une forme infiniment moins *saillante*, un détail relatif à une sorte de *sollicitude* législative d'un caractère extrêmement *subtil*. Nous le signalerons uniquement pour donner au lecteur une idée du langage *expansif* et sans apprêts des auteurs musulmans. Il remarquera cet esprit primitif et absolument sans malice qui règne dans leurs écrits, et sera, nous l'espérons, bien plus tenté de s'écrier «*honi soit qui mal y pense*» que de s'en sentir sérieusement *choqué!*

Les auteurs sont unanimes à crier, à toute voix, le précepte suivant:

«Le mari, vaquant au procédé intime de la fécondation, ne doit considérer le rôle qui lui est réservé comme accompli que lorsque, lui et sa femme, parvenus au bout de leurs évolutions naturelles, se trouveraient en état de se détacher des bras l'un de l'autre à leur contentement égal et réciproque. Il ferait, en outre, un acte *méritoire* en faisant *coïncider* l'accomplissement de ce rôle avec celui de sa femme.»

Il est évident que ce précepte est fondé sur le préjugé populaire qui confond certaines sécrétions muqueuses avec les émissions séminales du sexe fort. Ajoutons, enfin que les auteurs le donnent à titre d'enseignement religieux et non comme un conseil médical qui aurait pour but d'augmenter les chances de la fécondation. Nous devons, d'ailleurs, remarquer que c'est seulement comme dogme religieux que de pareils préceptes peuvent intéresser le lecteur, et que c'est, précisément, à cause de cette attribution qui lui est assurée dans les digestes musulmans, que nous nous sommes permis de le signaler à l'attention de ce dernier.

somme de liberté individuelle dont elle (la servitude) est la négation directe.

13) Il est loisible à chacune des quatre femmes légitimes, supposées réunies en la puissance d'un seul mari, de se désister de son droit au partage, et même de le céder à celle d'entre ses rivales qu'elle voudrait favoriser.

Cette disposition, qui n'a rien d'anormal, se fonde, dans l'opinion des légistes, sur ce fait de reportage qu'une des femmes de Mahomet „*Saouda*“ devenue assez avancée en âge et ne pouvant plus inspirer aucun sentiment d'affection physique à son prophétique époux, dit à celui-ci, qui venait de lui annoncer son désir de s'en séparer: „Ne me répudie pas, ô apôtre de Dieu, je serais sans prétention et je céderais mon droit au partage à Aïcha“. (92) Le Prophète accepta cette combinaison et consentit à lui épargner, à ce prix, l'outrage d'une répudiation pour *excès de maturité*. Les biographes font particulièrement ressortir ce trait de mansuétude de la part de Mahomet en faveur d'une femme qui, au point de vue où le Prophète aimait à se placer, n'avait plus rien qui valût pour lui la peine de la garder. Saouda eut l'amère consolation de rester, au milieu de ses nombreuses rivales, simple spectatrice d'une félicité à laquelle on ne la jugeait plus digne de contribuer.

14) Si la femme se désiste, à l'avance — c'est-à-dire dès avant l'arrivée de son tour — de son droit au partage journalier, en faveur d'une coépouse, elle sera réputée avoir contracté un engagement *prématuré* et, par conséquent, susceptible d'annulation. D'après cette doctrine, Saouda, renonçant par anticipation à un droit qui ne lui

était pas encore échu, eût pu revenir sur sa concession, et forcer le Prophète à observer, à son égard, les règles du partage; mais un pareil revirement n'eût point amélioré sa situation, par cette raison bien simple que le Prophète pouvait toujours donner suite à sa première résolution, et se débarrasser de son incommode épouse par une répudiation plus ignominieuse que celle qu'elle désirait conjurer.

15) Le mari ferait une action répréhensible s'il entamait des relations intimes avec l'une ou l'autre de ses femmes en dehors du temps qui lui est assigné par le *partage*.

16) Le mari peut rester auprès de sa femme malade jusqu'au dénoûment définitif de la maladie, sans que cette cohabitation puisse être imputée sur les portions de temps soumis au partage.

17) Il est permis au mari, pendant sa propre maladie, d'appeler, à tour de rôle, chacune de ses femmes à lui tenir compagnie.

18) En cas d'insubordination de la part de la femme, la loi met à la disposition du mari, transformé en justicier, les moyens coercitifs suivants, qu'il pourrait pratiquer successivement dans leur ordre de citation, en commençant par le procédé le moins sévère: 1) se comporter avec l'épouse coupable d'insubordination, d'une manière particulièrement austère — c'est-à-dire éviter d'avoir avec elle des causeries enjouées, paraître faire peu de cas de sa personne, modifier ses manifestations de sollicitude conjugales, etc., etc.; 2) lui adresser des remontrances à plusieurs reprises; 3) l'éloigner de sa *couche nuptiale*; 4) et finalement, lui infliger des coups de lanières ou de

main sur le corps, à cette seule réserve que les coups ne laissent sur elle aucune trace visible.

Le troisième et le quatrième procédé sont explicitement commandés par le Coran, IV, 38, sauf la condition protectrice relative aux traces des coups, laquelle ne s'y trouve même pas !

19) Le mari a droit de défendre à sa femme l'usage, soit interne, soit externe, des choses qui pourraient affecter désagréablement ses sens et, par contre, lui commander l'emploi de tout ce qui serait, ne fût-ce qu'à sa manière exclusive, de nature à les flatter.

20) En cas de divorce ou de rescision de mariage, la garde des enfants en bas âge issus des époux divorcés appartient, de droit, à la mère.

Mais il faudra bien remarquer que cette charge est dévolue à la mère à titre d'un droit, et non d'un devoir. Aussi la loi lui reconnaît-elle la faculté légale de s'y refuser. Elle ne peut être contrainte à s'y prêter que dans un seul cas; c'est celui où la mère, venant à manquer, il n'y aurait plus personne qui voulût ou qui pût se charger de ce soin à la satisfaction de la loi.

21) La mère séparée de son mari et à laquelle l'enfant a été confié ne pourra pas s'éloigner, avec ce dernier, de la localité où se trouve établie la résidence du père, ni s'opposer à ce que celui-ci ait libre accès auprès de son enfant, et aussi fréquemment qu'il lui plairait.

Il y a éloignement, au point de vue de la loi, si l'enfant où elle voudrait se rendre se trouve placé à une distance telle de la résidence du père qu'il serait difficile à celui-ci sinon absolument impossible de s'y rendre et d'être de retour chez lui dans le cours de la journée.

22) Il est, cependant, permis à la femme de déroger à cette règle, dans les cas suivants: 1) Si l'éloignement se fait de la campagne à la ville, d'un village à une localité plus animée, en d'autres termes d'un endroit inférieur à des lieux plus prospères. 2) Dans le cas même inverse, si l'endroit inférieur est le lieu natal de la femme et qu'il se trouve, en même temps, compris dans la circonscription judiciaire du pays où le mariage a eu lieu.

23) La mère est déchue de son droit à la garde de son enfant dans les cas que voici:

A. Si elle s'est mariée, en noces ultérieures, à un homme étranger à l'enfant.

B. Si elle a refusé de se charger de cette garde autrement que moyennant rétribution, et alors qu'une autre femme, digne de confiance, s'offre à remplir gratuitement cette charge.

C. Si elle est d'une inconduite notoire.

D. Si elle a pour état une profession que la religion musulmane qualifie de *répréhensible*, telle que le chant ou la danse en public (93), et, en général, si elle est contrainte par sa profession — fût-elle honorable — de s'absenter, pendant des périodes de temps plus ou moins longues, de la maison où elle est obligée de laisser son enfant.

E. Si elle est de condition servile.

Il faut cependant remarquer sur ce point que si la mère esclave avait déjà obtenu de son patron la faculté contractuelle „*El Moukatabat*“ de se racheter sur le produit de son travail (ce qui implique l'autorisation de ce travail par le maître) et que l'enfant fût né depuis l'intervention de ce contrat, le droit à la garde de l'enfant lui serait reconnu à l'égal d'une femme libre de naissance.

24) La parente qui s'offre à remplir *gratuitement* les devoirs de la garde prime la mère qui exigerait, pour s'acquitter de cette charge, une *rétribution*, quelque minime qu'elle fût.

25) L'enfant ne peut être confié à des mains étrangères, malgré la présence de la mère, que si celle-ci — supposée irréprochable — a catégoriquement refusé de s'en charger, ou si aucune femme, ayant droit de garde, ne voulait ou ne pouvait remplir ce devoir, fût-ce avec rémunération.

26) A l'exception de la mère, le père — pour tout ce qui se rapporte à la garde — prime tous les parents sans exception, et alors même qu'il y aurait parmi eux des femmes d'une conduite irréprochable, et qui consentiraient à remplir gratuitement cette charge.

27) Il est interdit à la mère de faire de son droit à la garde de son enfant l'objet d'un trafic ou d'un échange à titre commutatif quelconque. Elle ne pourra, par exemple, dire à son mari: Si tu consens à me répudier, je te céderai mon droit à la garde de mon enfant ¹⁾. Les lé-

¹⁾ Il est aisé de constater, à la seule inspection de la *matière* littéraire dont se composent les exemples *didactiques* appliqués au divorce, que cet acte affecte, presque constamment, sous la plume des auteurs musulmans, l'aspect d'une *délivrance* que l'épouse est supposée tout naturellement portée à désirer, et toujours disposée à l'obtenir au prix des sacrifices les plus sérieux.

C'est là, croyons-nous, le reflet d'un sentiment instinctif — inconscient, peut-être, mais non moins vivace dans la réalité de ses effets — de la situation abjecte et, en quelque sorte, antihumaine, dans laquelle se trouverait placée la femme musulmane par le fait de son mariage.

Le divorce est envisagé dans ces exemples comme l'unique chance de salut qu'il soit possible à la femme d'espérer après son mariage. On rencontre, à propos d'actes de *faveur*, de *concession*, de *bienveillance* des exemples de cette nature: «Si la femme dit au mari: *répudie-moi*

gistes expliquent cette défense par la considération que la garde de l'enfant par la mère découle d'un droit qui, en réalité, appartient à l'enfant et non pas à celle qui lui a donné le jour, vu que tous les avantages matériels qui se rattachent à ce service reviennent au mineur exclusi-

«pour telle ou telle somme»; si elle *prétend* avoir été répudiée d'une manière *définitive et irrévocable*; si elle *affirme* que le divorce a été prononcé dans les formules répudiatives *majeures*; «si elle *tue* son mari, qui, malgré le divorce, dont elle avait été *... gratifiée*, aura tenté de se porter sur elle à quelque acte de privauté», etc., etc.

En face de cette situation faite à la femme nous croyons qu'aussi longtemps que la condition sociale du sexe faible n'aura pas été modifiée, dans le sens d'une législation plus rationnelle, toute tentative de relever l'état social des peuples musulmans n'aboutirait, dans les meilleures conditions de son succès, qu'à créer une civilisation postiche, éphémère et, surtout, profondément stérile. Une société d'hommes où la femme n'a point sa place, où elle n'est point admise à exercer les facultés que la nature lui a départies, où, enfin, elle n'est pas appelée à remplir sa mission de tendresse et de grâce, restera toujours une société incomplète. Elle ressemblera bien plus à un campement provisoire de troupes, qu'à une société normale, apte aux travaux de la paix ou accessible à une culture intellectuelle avancée. Un pareil atroupement, — car il mériterait à peine le nom de peuple — arrivera peut-être à une civilisation supérieure dans l'art de faire la guerre, dans celui de soigner ou de défendre certains intérêts d'un ordre purement politique; il excellera, surtout, dans l'art de se soustraire aux exigences importunes d'une civilisation plus avancée, toutes les fois qu'elles ne se trouveraient pas absolument compatibles avec ses habitudes, ses préjugés ou ses principes religieux; mais cette *agglomération* d'hommes sera incapable de concourir, en quoi que ce soit, au bonheur de ses propres membres, et, encore moins, à celui de l'humanité.

C'est là assurément une situation qu'on doit sincèrement déplorer. Ajoutons, en passant, que tout ami du progrès doit regretter qu'on se soit tant ému à Constantinople à propos du drame de M. de Bornier, tout en continuant à couvrir d'une parfaite indulgence celui de Voltaire. On aurait dû plutôt traduire cette pièce dans toutes les langues de l'Orient musulman. Le Prophète eût béni, du haut du ciel, cette tentative de réparer une injustice désastreuse, et que le monde civilisé a pris l'habitude de lui imputer, évidemment sans raison.

vement. Sans contester précisément la justesse de cette remarque, nous croyons pouvoir ajouter à cette raison de détail le principe fondamental que les *droits* abstraits sont et demeurent constamment personnels et, par conséquent, entièrement incommutables. (Voir premier fascicule, page 58.)

Cette dernière explication aurait, sur celle des légistes, le mérite de laisser intacte la doctrine déjà invoquée, et d'après laquelle la garde de l'enfant par sa mère serait un *droit* de celle-ci, et non un *devoir*; qu'elle pourrait décliner cette charge et que, dans tous les cas, elle aurait droit d'exiger un salaire pour les soins dont elle accepterait de se charger. (Voir plus haut, page 210).

Dans tous les cas où le divorce aurait été obtenu sur une pareille promesse l'acte serait considéré comme parfaitement valide, et la promesse comme nulle et non avenue.

28) Toute personne ne vivant pas aux frais du père, et à laquelle il serait loisible de confier la garde de l'enfant, a droit d'exiger une rétribution pour tout le temps que dureront ces soins.

29) La mère séparée du mari et ne vivant plus aux frais de ce dernier est, sous ce rapport, comme l'étrangère, tandis que la femme du père (la belle-mère de l'enfant) en tant qu'entretenu par le père, n'aurait aucun droit à réclamer une rémunération pour ce service que la loi considère comme dû au mari.

Cette disposition s'étend au cas où la femme du père, quoique divorcée, n'en continuerait pas moins à vivre aux frais du mari, soit parce qu'elle n'a pas encore terminé sa retraite de vacuité, soit que le mari répudiant continue encore, *bénévolement*, à pourvoir à son entretien.

30) La garde crée un cas de rémunération absolument *à part*, qui ne se confond pas avec le devoir de l'entretien.

31) La rémunération afférente à la garde se prélève sur l'avoir de l'enfant. A défaut d'une pareille ressource personnelle, les frais de cette charge incomberaient à celui que la loi tient pour obligé de pourvoir à son entretien.

32) La durée de la garde est l'objet de quelques divergences d'avis de la part des jurisconsultes musulmans, mais l'opinion qui paraît le mieux établie est celle qui la limite à 7 ans pour le garçon, et à 9 pour la fille, à cette seule réserve que, si la mère est infidèle et que l'enfant paraisse accuser une intelligence suffisante pour recevoir des impressions religieuses, la justice pourrait autoriser de le retirer à sa mère dès avant cet âge. La seule crainte qu'un long spectacle des manifestations religieuses d'une mère mécréante n'ait, pour résultat, d'habituer l'enfant à tolérer, dans la suite, de pareilles *profanations*, serait une raison suffisante pour déterminer le retrait de l'enfant avant l'âge légal.

TABLE DES MATIERES.

Système législatif	3
Mariage	34
Wilayat	94
Droit d'option par majorité	116
Causes rescisoires	134
Dotation nuptiale	154
Entretien	172
Droits et devoirs réciproques des époux	195

ERRATA.

Page	ligne	au lieu de	Lisez.
5	18	leur	son
7	3	Mouraja'at	Faï
16	4	devien	devient
18	17	expression	expression;
»	21	combinations	combinaisons
20	28	Schafite	Schafites
38	8	cloison	cloison. (27 bis)
43	21	Aoüla	Aoula
50	8	Cofte	Copte
67	4	adressée propose	adressée <i>reçoit</i> un mandat, <i>propose</i>
140	11	mari. L'obligation	mari, l'obligation
157	31	égalemen	également
175	11	heut	haut
182	19	nourrisseur	nourricier