

# Droit musulman.



Cours pour le 1<sup>er</sup> Examen de Doctorat  
es-Sciences politiques et économique.



Répétitions pour les 2 Doctorats,  
et

Préparation de Thèses pour les 2 doctorats,  
par M<sup>r</sup> Joseph Orsier, professeur de Droit

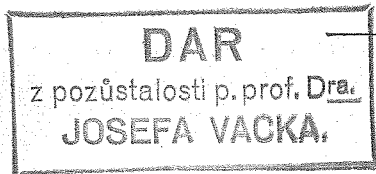
(27<sup>e</sup> année d'Enseignement)

4, rue Laillet, à l'Entresol, à Paris.

(Angle de la rue Soufflot, 11).

1895-96.

I-4230



1320/422



I gm 2

*Répétitions écrites*

aux tous les Cours professés  
 à la Faculté de Droit de Paris et à l'École des Sciences politiques  
 par

M<sup>r</sup> Joseph Orsier, professeur de Droit  
 4, rue Laillet, (à l'Entresol) Angle rue Soufflot, 11.

Les Cours, seuls, de nos éminents Maîtres peuvent assurer  
 le succès aux Examens. Aucun livre ne peut les remplacer. Nous conseillons  
 surtout aux Étudiants qui ont souci de leurs bonnes études d'acheter l'emploi des  
 Manuels, principes et autres résumés ou Tableaux quelconques, cause di-  
 recte de tant d'ajournements. Les candidats aux divers examens de Capacité,  
 de Baccalauréat, de Licence et de Doctorat trouveront dans nos Cours et  
 nos Répétitions écrites, les documents les plus complets et les plus exactement  
 conformes à l'enseignement de la Faculté de Droit de Paris et à l'École des  
 Sciences politiques. Ces répétitions écrites sont absolument indispensables  
 aux candidats résidant en province et aux Étudiants de Paris qui sont dans  
 l'impossibilité de suivre les Cours de la Faculté de Droit.

Communication gratuite des Cours aux candidats prenant leurs  
 répétitions avec M<sup>r</sup> Orsier, soit pour la Licence soit pour les Doctorats.  
 Leçons collectives ou individuelles, tous les jours, sauf le dimanche, de 7 heures  
 du matin à 8 heures du soir.

On ne s'improvise pas répétiteur; il faut plus de 20 ans de  
 travaux assidus pour se former à l'Enseignement. Les Candidats ont besoin  
 d'un travail sérieux et d'une direction constante dans leurs études: il est  
 impossible actuellement qu'ils puissent passer leurs examens sans de bonnes  
 répétitions. Les rapports officiels constatent chaque année un chiffre énorme  
 d'ajournements.

M<sup>r</sup> Orsier donne les leçons, lui-même et ne se fait remplacer par  
 personne.

Plus de 2100 examens préparés par M<sup>r</sup> Orsier, depuis 1868.  
 Une quarantaine de Candidats de Doctorat préparés chaque année avec succès  
 par M<sup>r</sup> Orsier.

Préparation rapide, en 12 à 14 mois, pour chacun des 2 doctorats  
 thèse comprise, succès garanti, pour les candidats qui veulent travailler  
 avec régularité.

**Droit musulman.**

**Sommaire**

- I. Introduction historique. - Sources du droit musulman (Coran, Sunna, Aitjma).
- II. Droit canonique.
- III. Jurisprudence civile. - Organisation judiciaire. - Les personnes dans la société (capacité, émancipation, tutelle, etc.). - Les personnes dans la famille (mariage, répudiation). - Les biens. - Droits réels. - Droits personnels. Principaux contrats. - Successions.

IV. Divergence des quatre rites orthodoxes entre eux - Rite chiite.

**Preliminaires**

Le droit musulman régit plus de 100.000.000 d'hommes. Il gouverne la Turquie d'Europe, la Turquie d'Asie, l'Arabie, la Perse, une grande partie des Indes et des Îles de la Sonde, l'Égypte, Tripoli, Tunis, l'Algérie, le Maroc, le Soudan.

Tantôt il règne seul, tantôt concurremment avec les lois des nations européennes, qui y ont établi, soit leur souveraineté, soit leur protectorat, soit de simples comptoirs commerciaux; de là, parfois, des législations mixtes, inspirées par les besoins du moment. La connaissance du droit musulman et des législations mixtes est indispensable à ceux qui sont appelés à résider dans l'un des pays, soit comme fonctionnaire, soit comme simple particulier. Les rédacteurs du décret, instituant le droit musulman ont voulu qu'il fût étudié non au point de vue scientifique et spéculatif, mais surtout au point de vue de son rôle dans les rapports internationaux.

**Programme du Cours de Droit musulman.**

Voici la méthode suivie par les commentateurs ordinaires du droit musulman:

Le droit musulman est un droit révélé de source divine; les préceptes de l'islamisme comprennent donc

1<sup>er</sup> Les dogmes, la théologie.

2<sup>o</sup> Le droit proprement dit qui se subdivise en

théories du droit, "racines du droit" disent les musulmans;  
 applications du droit "branches du droit"  
 { devoirs de l'homme envers Dieu (devoirs religieux, pratiques);  
 devoirs de l'homme envers ses semblables (mariage, transactions);  
 peines.

Voici la méthode que suivra M<sup>r</sup> Estoublon:  
 Introduction. - L'islamisme. État du monde musulman, son histoire. Sources du droit musulman (Le Coran, les traditions, les jurisconsultes). Rites, schismes, organisation de la justice.

1<sup>re</sup> Partie. - Droit religieux. La purification, la prière, les pré-lèvements, le jeûne, les pèlerinages.

2<sup>me</sup> Partie. - 1<sup>re</sup> section. Droits des personnes (famille, mariage, paternité, filiation, puissance paternelle, interdiction, tutelle)

2<sup>e</sup> section. Étude des biens

3<sup>e</sup> " Différentes manières d'acquiesce.

3<sup>e</sup> Partie. - Droit pénal.

4<sup>me</sup> Partie. - Domaine d'application de la loi musulmane.

Conflits des lois musulmanes avec les lois européennes.

**Introduction.** L'histoire du droit musulman, droit révélé, est l'histoire de la religion musulmane. Mahomet (al Mohammed, le loué) est le fondateur de l'Islamisme. Il naquit à la Mecque (569) ville de l'Hedjaz, habitée par la tribu des Koreich, divisée elle-même en plusieurs sortes de "gentes"; les familles les plus puissantes étaient celles des Abou-Hachem à laquelle appartient Mahomet, et de Abou-Sofian elles avaient tour à tour eu la prépondérance. Orphelin à 5 ans, pauvre, Mahomet fut élevé par son oncle, Abou Caleb, qui le recommanda à une riche veuve, Kadidja. Cette femme le plaça à la tête de sa maison de commerce et l'épousa.

Riche, désormais, Mahomet se livra à l'étude et mérita par la régularité de sa conduite, la sûreté de son jugement, le nom de "El Amin" l'homme digne de confiance. C'est alors qu'il conçut le projet de réformer les religions qui se partageaient l'Arabie, savoir le Sabéisme, l'adoration d'Allah, Dieu suprême, et de divinités inférieures, les astres, les anges et leurs images, le judaïsme, le christianisme. Tous étaient divisés en un grand nombre de sectes.

Mahomet partit de cette idée que toutes ces religions, vraies à l'origine, avaient peu à peu perdu leur pureté primitive, et résolut de fonder sur toutes ces erreurs une religion nouvelle en faisant revivre dans sa pureté originelle l'ancienne religion que tous les prophètes avaient professée. Ayant les qualités nécessaires pour réussir, imagination vive, esprit fin et pénétrant, force de volonté, il fut de plus secondé par l'état politique et social de l'Orient à cette époque: la corruption des mœurs, les schismes ont discrédité le christianisme; l'empire romain tombe peu à peu, l'Asie est divisée par des guerres intestines. Partout on sentait le besoin d'un réformateur. Mahomet, à 40 ans s'ouvre de son projet à sa femme; la convertit à ses idées, et bientôt après les gens de sa maison, son cousin Ali, son oncle Abou Bekr, Osman et d'autres notables de la Mecque. Au bout de 3 ans il se proclame ouvertement l'envoyé de Dieu et prêche publiquement à la Mecque la nouvelle religion, mais il y rencontre une si vive opposition qu'il est obligé, en 622, de s'enfuir à Yathbel, autre ville de l'Hedjaz. De cette fuite, qu'on appelle l'Hégire, date le commencement de l'ère musulmane. Arrivé à Médine, Mahomet y bâtit un temple, marcha avec 14000 hommes contre la Mecque, s'en empara et y renversa les idoles (630). Ce succès détermine la soumission et la conversion d'un grand nombre de tribus arabes. Entre temps ses lieutenants avaient pénétré en Syrie et y avaient battu les Byzantins. Mahomet mourut en plein succès (632) et en pour successeurs les califes (ar. Khalifa, lieutenant). Ses 4 successeurs immédiats, les califes justes, étaient ses parents ou alliés, Abou Bekr, Omar, Osman, Ali.

Historique sommaire de l'Empire arabe.

Le calife juste Abou Bekr (632, 634) était le beau frère de Mahomet, qui avait épousé sa fille Aïschah. Il commença la conquête de la Syrie.

Omar, petit cousin de Mahomet (634-644), guerrier intrépide et législateur éclairé, s'intitula lui-même le 1er des croyants, quoi qu'il eût été d'abord un des adversaires les plus acharnés de la

nouvelle religion. Il acheva la conquête de la Syrie, fit celle de la Perse, de l'Égypte, de la Mésopotamie où il fonda Bassorah. Il fut assassiné.

Othman ou Osman (644-656) gendre du Prophète fut reconnu par ses vertus, il avait 80 ans lorsqu'il succéda à Omar; il fut tué au milieu de ses conquêtes dans l'Afrique du Nord par Mohammed fils d'Abou Bekr; il appartenait à la famille des Omniades.

Ali (656-661), fils d'Abou Caleb, cousin germain de Mahomet dont il avait épousé la fille Fatima, fut la souche de la descendance du Prophète. Vaincu par le rebelle Mousouial, gouverneur de Damas, il alla s'établir avec sa famille et ses partisans à Bassorah et à Koufa, mais il y fut assassiné et son fils Hachem, dut abdiquer quelques mois après.

Les Omniades. Mousouial fonde la dynastie des Omniades qui fournirent de 661 à 749, 14 califes. C'est à partir de ce moment que l'Empire arabe commença à se désagréger.

Les Abbassides. Les des persécutions infligées aux descendants du prophète, l'Islam se souleva contre le dernier des Omniades, Merwan II et, en 750, Aboul Abbas fut porté au califat. Les Abbassides quittèrent Koufa pour Bagdad en 762 et de 750 à 1258 fournirent 37 califes parmi lesquels Haroun-al-Raschid. Parmi cette période le mahométisme parvint à s'implanter dans l'Inde. En 1258 Bagdad fut prise par le petit-fils du conquérant mogol Gengiskhan.

Califat de Cordoue. Les Omniades détronés s'étaient réfugiés en Espagne et l'avaient conquise de 711 à 714 sur les Visigoths. En 756 Abd-el-Rahaman I, vice-roi des Califes d'Orient en Espagne, se déclare indépendant et fonde la dynastie des califes de Cordoue qui règne jusqu'en 1031 (30 califes). A cette époque le califat de Cordoue se désintègre. En 1086 les Maures envahissent l'Espagne. En 1236, Ferdinand III roi de Castille et de Léon prend Cordoue et en 1472 Ferdinand le Catholique s'empare du dernier état musulman, le royaume de Grenade. En Orient l'empire arabe est envahi par les Turcs seldjoucides et les Ottomans (1300) qui s'emparent de Constantinople avec Mahomet II en 1453.

Aujourd'hui l'Islam règne encore dans les Turquie d'Europe et d'Asie, en Arabie, en Perse, dans les Indes françaises, anglaises et hollandaises, en Égypte, en Crispolitaine, en Tunisie, en Algérie, au Maroc et au Soudan. En moins d'un siècle les arabes étaient les maîtres des frontières de la Chine à l'Océan atlantique. Mais ils respectaient la liberté de conscience. "Abjurer ou soumettre-vous" disaient-ils aux vaincus. Entre les croyants et les mécréants ou infidèles, il n'y avait qu'une différence, c'est à dire que les infidèles étaient sujets et en signe de soumission payaient l'impôt. A cette condition la liberté de conscience était assurée aux vaincus, leurs lois, qui au regard de l'Islam faisaient partie intégrante de la religion, respectées. Eût-elles les mécréants restaient dans une position inférieure; ils ne pouvaient exercer aucun droit politique, prendre aucune part au gouvernement et aux fonctions publiques. Aussi comprend-on très bien le nombre des conversions.

**Formation du Droit musulman.**

A chacune des périodes que nous venons de parcourir correspond une source différente de la religion. Avec Mahomet, c'est le Coran; avec les Califes justes, c'est la tradition; avec leurs successeurs, c'est

les décisions des juristes précisant les des 2 premières sources et c'est pendant leur application.

Coran.

Le droit musulman est un droit révélé, un droit divin, religieux, dont la principale source est le Coran (al Koran, lecture, livre par excellence). Le Coran c'est la parole de Dieu révélée au Prophète par l'ange Gabriel est transmise aux hommes par Mahomet. Pour les musulmans Mahomet n'est pas seulement un simple prophète, un inspi- ré de Dieu, c'est l'envoyé de Dieu qui parle par sa bouche. Le Coran est donc à leurs yeux un livre sacré et éternel. Selon la tradi- tion, la parole divine était transmise au Prophète dans des extases, selon que Dieu le jugeait utile; d'autres disent selon les circonstances. Le Prophète la dictait ensuite à ses secrétaires qui la transcrivaient im- médiatement sur du papyrus, des os d'épaule de monton, des feuilles de palmier, des peaux de chameau. Le Coran se divise en 114 chapitres (132 suivant d'autres) ou sourates (matières rangées par ordre) désignées par des titres, pris soit des matières qu'il renferme, soit des personnes dont il y est parlé, soit d'un mot important remarquable qui s'y trouve. Cha- que chapitre est divisé en versets. Le Coran en contient 6000 (6236) suivant les autres. Pour la lecture dans les mosquées le Coran est divisé en 30 parties ou arza (succession, rassemblement) ou encore djoz (division). Chaque chapitre du Coran est précédé de la formule « au nom de Dieu éternel et miséricordieux ». Un certain nombre de ces chapitres commencent par une lettre de l'alphabet; le sens de cette façon d'agir est inconnu.

Le style du Coran est d'un arabe très pur et très élégant, concis et imagé, fleuri, poétique, inné, par suite très obscur. Il faut donc consulter l'esprit et non la lettre. Le Coran contient péle- nièle des préceptes religieux, les uns dogmatiques (iman) les autres pratiques (din), des préceptes juridiques, des conseils de moral et d'hygiène.

ceptes  
généraux.

Le dogme religieux fondamental est : "Il n'y a qu'un seul Dieu dont l'a-pôtre est Mahomet". Il n'y a qu'une seule religion corrompue peu à peu par les hommes, ce qui a nécessité l'envoi des prophètes Moïse, Jésus, Mahomet, le meilleur de tous est le dernier. Outre ce dogme fondamental, le Coran en contient d'autres encore, la croyance aux anges, aux écritures, au prophète, à la résurrection, au jugement dernier, à la prédestination.

ceptes  
juridiques.

Le Coran ne contient pas un corps de doctrine juridique. Les préceptes ont été révélés au prophète dans des circonstances et des temps différents. Ce corps de doctrine juridique a été constitué plus tard par les juristes musulmans qui ont puisé dans le Coran certains éléments fonamen- taux. On ne trouve guère dans le Coran que quelques règles relatives au mariage, à la répudiation, aux successions, aux testaments, puis un assez grand nombre de règles relatives au droit pénal et aux peines. Nous reparlerons de ces matières.

tradition.

La tradition ou sunna est la 2<sup>e</sup> source du droit musulman. C'est la tradition relative aux actes et aux paroles de Mahomet, c'est la conduite du prophète. Lorsqu'on ne trouvait pas dans le Coran la solution d'une difficulté on demandait aux compagnons du prophète s'ils avaient con- naissance de quelque parole de Mahomet, ayant trait au cas en question. Ce sont ces réponses qui ont formé la tradition en se transmettant de génération

en génération. D'abord orale, la tradition devint par suite une partie du droit écrit.

Décisions  
des  
jurisconsultes.

C'est la 3<sup>e</sup> source. Ce sont les décisions des juristes chargés d'interpréter la loi. D'après certains auteurs il faudrait distinguer 4 sources du droit musulman : 1<sup>o</sup> le Coran; 2<sup>o</sup> la Tradition; 3<sup>o</sup> l'interprétation résultant des décisions prises dans des assemblées de juristes; 4<sup>o</sup> l'analogie légale, ce que nous venons d'appe- ler, les décisions. C'est compliquer inutilement la question et l'on peut évidem- ment réunir la 2<sup>e</sup> et la 3<sup>e</sup> source. En effet, les réponses données par les compa- gnons du prophète assemblés, étaient relatives aux actes et aux paroles du prophète, à sa conduite; c'était bien là la tradition. Il est donc plus sim- ple de ne distinguer que 3 sources du droit musulman, 1<sup>o</sup> le Coran; 2<sup>o</sup> la tradition ou sunna; les décisions des juristes, des imams et des muftis.

Les décisions  
des  
jurisconsultes.

La Tradition. - La tradition, nous l'avons vu, était une suite de récits concernant la conduite du prophète, ses actes et ses paroles.

Ce sont elles en réalité qui ont formé le droit musulman. Sans doute les pres- criptions du Coran et de la sunna ou tradition, sont pour les musulmans des vérités incontestables, mais elles contiennent peu de principes de droit. A force de se transmettre la tradition était devenue de moins en moins sincère. De là, la nécessité de recourir aux décisions des juristes (phétos d'oï mu- phtis, interprètes de la loi). Le mufti donne des réponses sur des questions de droit en termes généraux. Le juge, au contraire, se statue que sur l'affaire qui lui est soumise. Le mufti ne seulement interprète la loi mais encore est prêtre. Ces deux caractères appartiennent également à l'imam qui est, après le calife, l'interprète le plus autorisé de la religion. On appelle plus par- ticulièrement mufti, l'imam reconnu et salarié par l'Etat et attaché au service d'une mosquée. L'imam n'a pas en effet chez les musulmans un caractère officiel. Ses décisions en principe constituent à l'Etat par analogie en appointant un fait nouveau non encore qualifié par le Coran ou la tradition à un fait ancien prouvé et qualifié et en étendant à ce fait nouveau la même qualification légale. On pourrait comparer ces "phétos" aux respon- sa prudentium des Romains. Le rôle législatif de l'imam est dû uni que- ment à la confiance qu'inspiraient leur savoir et leur piété. Les décisions des juristes émanaient d'abord des décisions du Prophète, puis de leurs disciples et enfin des autres juristes qui faisaient autorité. Elles étaient rendues dans deux circonstances différentes 1<sup>o</sup> soit dans les assemblées provoquées par les 1<sup>ers</sup> califes; lorsqu'elles étaient unanimes on les appelait "djemma", c'est à dire, assemblées; 2<sup>o</sup> soit par les juristes consultants isolément sur une question de droit (italitia, effort).

Les rites orthodoxes. - Parmi ces juristes 4 seulement ont fait autorité et sont devenus chefs de 4 rites différents.

1<sup>o</sup> Abu-Anefa (81-150 de l'Égypte), que ses vertus et son érudition firent considérer comme l'imam par excellence, fonda le 1<sup>er</sup> un véritable corps de droit juridique. Il professa à Bagdad sous le calife al-Mansour, qui sur son refus de devenir cadi de Bagdad, le fit jeter en prison où il mourut. Sa doctrine se distingue par une grande largeur d'interprétation. Il ne s'attache pas à la lettre même du Coran ou de la sunna; il applique fréquemment le raisonnement par analogie en faisant une place importante à la philosophie en droit. Son système est empreint d'un libéralisme éclairé.



Les deux principaux disciples furent Abou-Yousef et Mohammed-ben-Hasan, l'un cadî à Bagdad, l'autre dans l'Iran. Tous deux vivaient sous le calife Karoun-Al-Raschid.

Le rite anésite semble avoir été prépondérant dans tous le monde musulman. Aujourd'hui il domine encore en Turquie, dans le Turkestan, aux Indes anglaises, en Chine, dans le nord de l'Afrique et enfin aux Indes hollandaises. Les commentaires les plus connus de la doctrine anésite sont le Mokhtacar ou Précis de Ahmet-el-Moudour (428 hég.), la Hedâia ou guide dans les branches de droit, de El-Marghinarih, le confluent des mers par Ibrahim.

2<sup>e</sup>. Malek (95-179 hég.) professa à Cordoue. Sa doctrine se répandit dans le Magreb (occident) et en Espagne. Elle est le contre-pied de la précédente. C'est une doctrine "strictissima interpretationis". Malek s'évertua à appliquer à chaque cas particulier la lettre même du Coran et de la Sunna. Son principal ouvrage est "El-Mouhatafi l-hadith" (L'aphan). Parmi les commentaires de son oeuvre on peut citer le Mokhtacar de Amin.

3<sup>e</sup>. Cafî (150-204 hég.) né à Gara. Sans être aussi large que la doctrine d'Abou Anéfa, sa doctrine est moins sévère que celle de Malek. Le rite cafî compte de nombreux adeptes en Egypte, sur la côte orientale de l'Afrique, en Arabie, dans les îles de la Sonde, dans la presqu'île de Malacca, dans le Dekhan et dans l'île de Ceylan. L'ouvrage le plus célèbre sur la doctrine est le Mokhtacar d'Abou Kodja (434-500) dont il fut fait plusieurs commentaires entre autres le Minbadj-el-Calibid ou guide des zélés croyants, puis le Fath-el-Karib ou Révélation de l'omniprésent.

4<sup>e</sup>. Habal (164, 241 hég.), a peu de sectateurs. Son rite est suivi dans une partie de l'Arabie centrale et dans l'Afghanistan. Sa doctrine est encore plus étroite que celle de Malek. Le principal livre sur ce rite est El-Masni' de Sunna ou Livre de la Tradition.

Ces quatre rites sont dits orthodoxes ou soumites ce qui signifie qu'ils sont d'accord sur les croyances fondamentales et ne diffèrent que sur certaines pratiques religieuses et quelques points de droit. De cette orthodoxie commune aux quatre rites est née une importante conséquence: c'est qu'un musulman appartenant à l'un des 4 rites orthodoxes peut se soumettre à l'un des 3 autres, s'y conformer dans ses actes, mais ne peut pour un acte emprunter des formalités à l'un et à l'autre en même temps. Il en résulte encore que tout musulman peut être jugé par le cadî d'un autre rite que celui auquel il appartient.

Les Schismes. - A côté de ces quatre rites orthodoxes, existent des schismes. Le plus répandu est celui des Chibites suivi en Perse, dans une partie de l'Indoustan et dans le Yémen. La doctrine chibite nie la souveraineté, la légitimité des 3 premiers califes. Il n'admettent qu'Ali et la descendance du prophète. Par suite la djemma (voir plus haut) n'est pas pour eux une source du droit musulman. - Un autre schisme est celui des Moabites du nom de leur chef Ben-Mo'ab. Suivant certains auteurs cette secte aurait pris naissance des les premiers années de l'Islam chez les Karidjites et serait tombée dans l'oubli jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle. Suivant d'autres elle ne serait née qu'à cette époque. C'est d'ailleurs seulement au XVIII<sup>e</sup> siècle que les Moabites sortirent de

l'Yémen pour s'enfuir en Turquie d'Asie et même en Egypte où elles furent arrêtées par le pacha de cette contrée. Aujourd'hui il ne reste plus de Moabites que dans certaines contrées de l'Arabie ou dans l'Assam sur les bords du Golfe persique. Au point de vue de la doctrine on peut dire que les Moabites sont les protestants de l'Islamisme. S'attachant à la lettre même du Coran, ils se montrent intraitables sur le dogme de l'unité de Dieu et répudient toutes pratiques qui pourraient en altérer la pureté. C'est commettre le péché "d'association à Dieu" que d'invoquer directement le prophète ou tout autre être créé, d'ériger des tombeaux à des personnes pieuses et d'y aller prier. D'autre part ils sont très rigoureux dans l'application pratique des choses licites et illicites. Cette loi "bête en core" loi ilia rite "est toute entière contenue péle mêlé sans aucune méthode dans l'ouvrage appelé "le Nil" sur au cheikh Abd. el-Azir (1167-1223 de l'hég.)

La Canon.

Ces 3 sources fondamentales du droit musulman forment la Chara ou loi écrite par apposition à la Canon ou coutume à laquelle on peut recourir toutes les fois que la loi écrite garde le silence.

Ses sont les fondements du droit musulman.

Origines

ou

Droit

musulman.

La question est controversée. Le droit musulman a-t-il une origine propre ou provient-il de législations antérieures? Certains disent qu'il fut calqué sur le droit romain, en vigueur en Syrie et en Chaldée et connu des négociants arabes qui commerçaient avec ces pays.

D'autre part le droit musulman ne s'est formé que lentement et les premiers califes, obligés d'administrer les pays conquis et d'y rendre la justice, y ont laissé les lois alors en vigueur, en tant qu'elles n'étaient pas contraires aux croyances musulmanes. Les Omeyyades laissèrent subsister le droit romain à Damas. Sous les Abbassides les jurisconsultes, exerçant presque tous des fonctions judiciaires en Syrie ou en Mésopotamie, furent forcés d'inspirer du droit romain qui y régnait.

Opinion contraire: Le droit musulman est le droit révélé, tiré de la parole de Dieu et de la conduite du Prophète, tandis que le droit romain est un droit raisonné. - Opinion intermédiaire: le droit musulman s'est formé: 1<sup>o</sup> des principes contenus dans le Coran et dans la tradition; 2<sup>o</sup> des usages antérieurs islamiques de l'Arabie et de la Perse; 3<sup>o</sup> des lois romaines, en tant que ces lois et usages n'étaient pas contraires aux principes du Coran et de la Sunna. Ces usages et ces lois ont été peu à peu islamisés, c'est à dire rendus conformes à la vérité islamique et déclarés obligatoires pour tous les musulmans. C'est tant donné l'élasticité d'interprétation du Coran et de la tradition c'était chose facile. Actuellement la fusion des musulmans et des européens dont ils sont les sujets pourrait se faire progressivement par l'islamisation étrangère (M. Savas Pacha). Mais l'islamisation moderne n'en serait une que si elle émanait des musulmans eux-mêmes et non des juges étrangers. C'est un travail progressif qui exige du tact, des ménagements et l'intervention des jurisconsultes musulmans.

La justice

musulmane.

Elle a deux grands avantages, elle est simple et peu coûteuse; d'une part suite de juge et de juridiction, d'autre part, gratuité et absence à peu près complète de procédure. A l'origine les califes réunissent en leurs mains tous les pouvoirs, pouvoirs religieux et pouvoirs tem-

Les Cadis.

portels mais ils délèguent la justice aux cadis. Le Cadi est un juge nommé et révoqué par le souverain. En principe ses fonctions sont gratuites, il peut cependant recevoir une indemnité lorsqu'il est pauvre. Le Coran lui interdit d'accepter des présents de la part des plaideurs ou plutôt il défend aux plaideurs même de faire des présents aux juges. "Ne portez pas vos richesses aux juges." Le Cadi est forcé d'accepter des présents il doit les remettre au trésor public.

Leurs attributions. Fonctions et règles judiciaires.

Les attributions sont de deux sortes: judiciaires ou extra-judiciaires. 1<sup>o</sup> Unité de juge. - D'après la loi musulmane, le Cadi juge seul. (Les collèges judiciaires qui existent sont de création moderne). Il peut cependant, si ses fonctions sont trop lourdes, se faire remplacer par un ou deux suppléants. Le suppléant prend le nom de naib. Dans certains pays le cadi est assisté d'assesseurs (Bach, Adeb et Adeb) et de greffiers pour la rédaction des actes relevant du Tribunal du Cadi; ces greffiers prennent le nom de Machouma (secrétaires).

2<sup>o</sup> principe. - Le Cadi juge toutes les affaires civiles ou militaires (au sens large). Les parties ont cependant le droit de désigner d'un commun accord des arbitres (Alem). Aujourd'hui il existe des juridictions qui ont le droit de juger les affaires administratives ou criminelles. En Tunisie elles sont appelées Oumarah. - Ce sont des juridictions de fonctionnaires administratifs chargés de juger des affaires administratives ou pénales. Dans le même pays le tribunal du Cadi qui est appelé Chaara (loi) n'est qu'arbitre dans les affaires procéduraires.

3<sup>o</sup> principe. - Le Cadi juge seul, toutes les affaires, en premier et dernier ressort. Il juge seul toutes les matières, sans appel. Il existe cependant dans certains pays des assemblées qu'on pourrait être tenté de confondre avec des tribunaux d'appel. En Algérie, par exemple, une cour Medjles (de siège, s'assesse) chargée de donner son avis sur le bien-fondé de l'appel en une affaire jugée par les tribunaux français. Lorsque l'affaire est plus importante la médjles est présidée par celui qui a rendu le jugement et composée de Cadis et de muphtis. Elle donne son avis sur la manière dont l'arrêt a été rendu et peut autoriser à porter appel devant les tribunaux français.

4<sup>o</sup> principe. - Les procès civils ou criminels sont affranchis de toute procédure. Même en matière pénale le Cadi n'est saisi en principe que par la plainte de la partie lésée. Il n'existe ni avoué, ni avocat ni procédure civile. Les parties apparaissent en personne mais peuvent se faire remplacer par des mandataires (Oukil, confier). Le défendeur ne comparait pas en personne pour lui et que rien n'excuse son absence il est condamné par défaut.

La preuve.

Les parties présentent leurs moyens de preuve. - La preuve, chez les musulmans, est sur tout testimoniale, elle prend le nom de Cha-hadah, (de Chahadah, témoin), admise en toutes matières quel que soit l'intérêt du procès. Cependant il n'en résulte pas que chez les musulmans la preuve par témoins soit supérieure à toute autre. Enfin les musulmans écrivent peu, ce qui fait que les jurisconsultes parlent peu de la preuve littérale, mais le Coran la reconnaît, il place la preuve par écrit au dessus de toutes les autres. Chap. II vers. 282 - O vous qui croyez, lorsque vous contractez une dette sol-

vable mettez la par écrit..... ne dédaigner pas de mettre par écrit une dette petite ou grande..... cela est mieux devant Dieu et pour pro-pre au témoignage. - Verset 283. Si vous êtes en voyage et que vous ne trouvez pas d'écrivain il y a lieu à un nantissement.

En fait de preuve écrite, on semble n'avoir connu que l'acte sous seing-privé, mais l'acte n'a de valeur que si la personne ou ses héritiers reconnaissent l'écriture devant le cadi. La loi exige deux témoins au moins du sexe masculin ou un homme et deux femmes si l'on ne trouve pas deux hommes. Le Coran dit: "Appeler deux témoins choisis par vous. Si vous ne trouvez pas 2 hommes appelez-en un et deux femmes choisis parmi les personnes habiles à témoigner. Indépendamment de la preuve littérale et de la preuve par témoins, la loi admet deux autres sortes de preuves: l'Ouou et le Serment. (C'Alkrar et le Yemin).

exécution des jugements.

Le Cadi connaît de l'exécution de ses jugements. La vérité judiciaire n'est pas autorisée par la loi. Le Cadiancier peut cependant contraindre son débiteur à travailler pour lui sous sa surveillance ou même le faire emprisonner. Encore ce deuxième moyen n'est-il admis que si le débiteur est en faute ou de mauvaise foi, s'il y a eu négligence ou dol. Il n'est saisi et la voie judiciaire ne peut avoir lieu que lorsque le débiteur a été déclaré judiciairement insolvable. Le droit musulman ne connaît pas la faillite, c'est-à-dire l'état du commerçant qui a suspendu ses paiements et dans l'insolvabilité judiciairement constatée, il n'y a pas de distinction entre le commerçant et le non-commerçant.

fonctions extra-judiciaires.

Le Cadi a d'autres attributions. Il est le protecteur de tous les incapables mineurs, interdits, etc. - Chargé de pourvoir à leur tutelle, il doit lui-même s'en charger sauf à se faire remplacer. Les femmes ne pouvant se marier sans intermédiaire, il marie celles qui n'en ont pas. Enfin il surveille la gestion des biens "Araabous" appartenant à des ordres religieux, collèges, mosquées. Ces biens sont en Ouakh (immobilisés).

### Bibliographie.

Caussin de Perceval. - Essai sur l'Histoire des Arabes - Paris 1848.  
 Dausies. - Précis de l'Histoire de l'Islam traduit en français par Chauvin et Herblin. - 1863.  
 Barthélemy St-Hilaire. - Mahomet et le Coran.  
 Garcin de Taddy. - L'Islamisme d'après le Coran. - Paris 1894.  
 Stanley Lane. - Le Coran, sa poésie et ses lois.  
 Renan - Conférences faites à la Sorbonne 1883.  
 Hyacinthe Loison. - Conférences à Paris 1895.  
 Mouradjea d'Alsdon - Valléau de l'Empire ottoman divisé en deux parties dont l'une comprend la loi mahométane et l'autre l'histoire de l'empire ottoman. Il a paru en 1787. C'est un ouvrage de grande étendue sur les rites Anéfite et Chaféite.  
 Vandenberghé. - Principes de droit d'après les rites Anéfite et Chaféite traduit du Hollandais par De France de Cersaint et Damien. - Cet ouvrage a été extrait de la revue algérienne et tunisienne qui paraît à Alger chez Jourdan, elle contient des annotations très utiles.

Rite Anéfite.

- Decroix - Législation musulmane. Journal asiatique 1848-1852.  
 Ricc. - Traité des lois mahométanes dans les Indes françaises. 1851.  
 3<sup>e</sup> série, vol. 12.  
 de Langelard - Droit musulman.  
 Alex. Essette - Jurisprudence et doctrine de la loi en matière de droit  
 hindou et musulman. 2<sup>e</sup> vol.  
 Chamouidji - Le Wapf. Imoun.  
 El Cadi Pachy - Le statut personnel d'après le rite chaféite. Le sta-  
 tut réel.  
 Hamilton. Sur la Hé'daïah. Guide usité dans les Indes anglaises.  
 Pabry de Chiersant - Le mahométisme en Chine et dans le Turkestan.  
 Clavel. Traité des deux rites.  
 La vas Pachy. - Etude sur la théorie du droit musulman.  
 Santeyrera et Chorbouneau - Statut personnel et successions.  
 Leys. Droit musulman.  
 Dr. Perron - Jurisprudence musulmane. 6 vol. et 1 table.  
 Seignette - Traduction de l'ouvrage de Sidi Khrain, Les contrats  
 et le droit pénal.  
 Pharaon et Oulau - un petit livre "Droit musulman" contient des  
 rapprochements intéressants.  
 Hanoteau et Lecomte pour la Kabylie. La Kabylie et les coutu-  
 mes Kabyles. demander l'édition de 1894.  
 Luciani. Traité des successions mahométanes.  
 Brochures. - Cadot - Initiation à la science du droit musulman. 1868.  
 Vincent. Etude sur la loi musulmane  
 Kaoudja. Précis de la juridiction ottomane selon le rite chaféite.  
 Leyde 1879.  
 Vandenberghe. Traduction du Minadj el Hallibidj.  
 Vandenberghe. Traduction française de Fath al Garib.  
 Worms. La constitution de la propriété territoriale dans les pays  
 musulmans.  
 Rite chiite. - Query. Recueil de lois concernant les musulmans chiites.  
 Revue algérienne et tunisienne de législation et jurisprudence pu-  
 bliée par l'École de droit d'Alger depuis 1887.  
 Revue internationale de droit musulman publiée à Alcazar:  
 dirigée sous la direction de M. Clavel, avocat.  
 Il existe un grand nombre d'ouvrages en langues étrangères,  
 principalement en allemand, anglais, hollandais, italien; on en trouve  
 la liste complète dans le livre de M. M. de Chersaint et d'Amiens vers la  
 page 17. Il y a là une bibliographie complète.

### Le Mariage.

Le mariage (nikah ou zouat) chez les musulmans est considéré  
 comme une vente. C'est un contrat dans lequel le mari achète le droit de  
 posséder la femme. Très près de la réalité, et à peine déguisé chez les an-  
 ciens arabes chez qui la femme était considérée comme un être inférieur  
 une charge, ce caractère de vente perd dans le droit musulman actuel de  
 sa brutalité et devient une fiction. La vente primitive fait place à un  
 contrat plus humain, plus impartial, où la femme cesse d'être un objet  
 pour devenir une personne. Ce contrat, en raison de son importance so-

ciale a reçu des prépondérances, et fait avec force, privilège, est entouré de  
 garanties et accompagné de solennités spéciales, particulières (réunion  
 de familles, fêtes, etc.) Le Coran recommande le mariage. "Maries, dit le  
 Prophète, ceux qui ne le sont pas encore, même avec des femmes esclaves si  
 l'on ne peut faire mieux. . . . . n'épousez les esclaves qu'avec la permission  
 de leurs maîtres." Cette phrase prouve bien qu'il s'agit d'un mariage légal,  
 régulier et non pas d'un concubinage.

La loi favorise le mariage. Elle le permet même à ceux qui  
 n'ont plus le droit de contracter (par exemple à ceux qu'elle a déclaré ju-  
 diciairement insolvables). Toutefois le mariage n'est recommandable qu'à  
 ceux qui peuvent subvenir aux charges qu'il entraîne: paiement d'une  
 dot et entretien. Comme tous les contrats du droit musulman, c'est un  
 contrat privé, il n'exige aucune parole solennelle. Mais, comme il y  
 a intérêt à ce qu'il n'y ait aucun doute sur l'existence de ce contrat,  
 que la preuve en puisse être faite avec une complète certitude, le consen-  
 tement doit être donné devant témoins, et la publicité par des fêtes, en  
 assure la preuve en dehors de la famille.

Effets du  
mariage.

Le mariage ne concerne que la personne des époux; il n'a aucun effet  
 quant à leurs biens qui demeurent distincts, chacun d'eux en conser-  
 vant non seulement la propriété mais la jouissance et l'administra-  
 tion. Les charges du mariage incombent au shari. Le mariage est-il  
 chez les musulmans un acte religieux? Il faut s'entendre en ce sens que  
 chez les musulmans toutes les actes civils sont reliés à la loi religieuse  
 et c'est ainsi que le Prophète a pu dire: "Celui qui ne se marie pas n'est  
 pas des miens." Mais ce n'est pas un acte religieux dans le sens que nous  
 donnons à cette expression. Il ne comporte aucune cérémonie religieuse  
 bien qu'il soit souvent consacré par une bénédiction nuptiale. Il y a  
 lieu de considérer dans le mariage trois phases principales: La demande,  
 le contrat, le consentement.

Demande  
mariage.

D'abord la demande en mariage. Elle ne peut avoir pour objet qu'une  
 femme libre de toute union conjugale et avec laquelle le mariage est  
 actuellement possible. Ainsi il est défendu de demander une femme ré-  
 pudiée ou veuve pendant la durée de leur retraite légale. L'arrêt est  
 absolu en ce qui concerne la femme répudiée, quant à la veuve,  
 sans lui faire de proposition formelle, il n'est pas interdit de lui  
 laisser entendre qu'on serait heureux de devenir son époux. On peut  
 lui dire, en matière de galanterie, beaucoup de gens aspirent à votre  
 main. La demande doit être faite directement, en particulier, pour  
 ménager les susceptibilités; elle ne produit d'ailleurs aucun lien de droit.  
 Elle est consistante qu'un engagement moral et peut toujours être retirée  
 alors même qu'elle aurait été suivie du paiement d'une somme d'ar-  
 gent, à plus forte raison quand il n'y a eu que cette démarche. Si  
 la simple demande ne produit pas d'effet juridique entre les parties,  
 à fortiori elle est dénuée de tout effet à l'égard des tiers. Il est donc  
 difficile de concevoir comment cette demande pourrait empêcher  
 celle d'une deuxième prétendant avant le rejet de la première demande.  
 Dans le cas de mariage avec le deuxième prétendant le rejet de la  
 première demande s'impose et il est alors du devoir du frère de la  
 future de préserver, dans les termes qu'il croira devoir employer, le  
 précédent prétendant. Il n'y a là qu'une question de tact et de cour-

soisie. L'auteur de la seconde demande doit rester absolument neutre d'ailleurs il peut très bien ignorer la première. La loi permet au prétendant de voir le visage et les mains de celle qu'il doit épouser, si la demande est suivie d'acceptation. On suppose d'ailleurs qu'il n'y a encore rien de réglé par ces fiançailles signa Magnatiques. Cette promesse est-elle dépourvue de tout effet légal? Les quatre rites répondent oui et chacune des parties peut reprendre sa liberté et cela quand bien même il aurait été fait des présents ou acceptée une somme d'argent. Dans ce cas la cour d'Alger a ordonné la restitution des arrhes. Elle s'est fondée sur le principe que le consentement des époux doit rester libre jusqu'à la célébration du mariage.

**Contrat de mariage.** (Calverhove de mariage). Quatre conditions sont nécessaires pour la validité du mariage. Le consentement de certaines personnes. La présence de deux témoins. - La constitution d'une dot à la femme. - L'absence de tout empêchement légal.

**Consentement.** S'abord pour le consentement de certaines personnes. En fait ce consentement doit émaner soit du père, soit des personnes sous la puissance desquelles se trouvent les prétendants, sous les divers points qui ont trait au mariage. Ce consentement n'est plus nécessaire lorsque les fiancés ont cessé d'être soumis à cette puissance. Légalement, cette puissance qui existait déjà dans les anciennes coutumes arabes et juives donne à la personne qui en est investie le droit de marier même contre son gré celle qui y est soumise. C'est ce qu'on appelle en arabe le droit de Djébl ou contrainte matrimoniale. Cela légalement, car en fait et même en droit cette règle est très tempérée par cette loi qui domine toute la matière que le droit de Djébl est établi spécialement dans l'intérêt de l'enfant. A qui appartient ce droit et jusqu'à quel âge, et quelles personnes y sont soumises? - Cela diffère suivant les rites. La femme y est soumise suivant les rites malékite et chaféite jusqu'à ce qu'elle ait perdu légalement sa virginité (saïb). La femme n'est pas approchée de ce droit lorsque sa virginité a été perdue par suite de vieillesse ou d'accident ou par suite d'un acte illégitime et non répété à moins qu'elle n'ait subi une condamnation infamante, ou bien lorsqu'ayant été mariée, le mariage a été dissous avant toute cohabitation par suite du décès du mari ou par suite de l'impuissance de ce dernier, ou dans le cas de répudiation même si la cohabitation a eu lieu, ou par suite d'un mariage entaché de nullité. Dans ces cas la femme est réputée toujours vierge et soumise au droit de Djébl.

Chez les Mohabites et chez les Chaféites cette contrainte ne s'applique pour ainsi dire qu'aux femmes qui ont marié rarement sans qu'elles soient pubères. A quelle époque se place la puberté? On a eu longtemps recours aux experts ou matrones. Voici un procédé qui a été employé au Lycée d'Alger pour permettre de distinguer ceux des élèves qui devaient observer le jeûne du ramoadhan. On passait un fil autour du cou de l'élève ou lui faisant tenir les extrémités dans ses dents, si sa tête passait dans le cercle ainsi obtenu il était déclaré pubère.

La loi a fixé un âge. Chez les Hanéfites et les Chaféites 15 ans pour les deux sexes. Chez les Habanites 18 ans pour les hommes et 17 pour les femmes. Chez les Malékites 18 ans pour les deux sexes.

A qui appartient le droit de Djébl? Suivant le rite malékite le droit de Djébl n'appartient qu'au père ou à son défaut à celui qui il a désigné à cette intention comme mandataire (ouassi). Dans le rite

Chaféite ce droit appartient au père ou à son défaut à l'aïeul paternel. Dans le rite Hanéfite le droit appartient au père, puis au grand-père puis à tous les aïeux ou parents. En somme dans le rite Hanéfite tous les parents ont le droit de Djébl qu'ils soient ascendants ou collatéraux. Ce droit leur appartient dans l'ordre où la loi les admet à la succession. Dans le rite Hanéfite les parents peuvent remplir les fonctions de wali. Ordinairement lorsqu'il y a empêchement au mariage seulement en vertu du droit de Djébl le Cadi peut exiger qu'on marie l'enfant. Sur ce point, à qui appartient le droit de Djébl, il y a quelques explications nécessaires au sujet du rite malékite et du tuteur testamentaire.

Le droit de Djébl est inhérent à la personne du père, il ne peut être exercé par d'autre parent; cette règle a été consacrée par la cour d'Alger en deux de ses arrêts confirmant d'un jugement deboutant un grand-père qui demandait à exercer le droit de Djébl à défaut du père. Dans ce cas c'est au Cadi qu'il appartient de procéder au mariage après avoir pris le consentement de l'enfant. La tendance des tribunaux doit être de restreindre le plus possible ce droit. Le père, cependant peut déléguer son droit à un tuteur testamentaire ou ouassi qui devient alors dépositaire de la volonté du père, il en continue la personne. Il n'y a pas de difficulté à soulever si le ouassi a été investi d'un pouvoir spécial à ce sujet.

Un père, dis-je, nomme X ouassi de sa fille, de ses enfants pour les ou la marier à Y dans telles et telles conditions ou encore. Je nomme un tel ouassi de mes enfants pour les marier à sa volonté. Ce ouassi peut alors agir comme s'il était le père lui-même. Ce qui n'est pas si la père a dit seulement je nomme un tel ouassi de mes enfants. Sur ce point il y a des différences entre les jurisconsultes français et musulmans. D'après la Cour d'Alger (1852) un ouassi a le droit de Djébl même sans pouvoir spécial, dans deux arrêts de 1867 et 1872 elle se prononce en sens contraire. C'est là un point d'où à mon avis les juges français doivent tirer la conclusion la plus favorable à l'enfant en se basant sur le rite le plus favorable. Le ouassi n'est pas obligé de consentir lui-même au mariage, il peut déléguer ses pouvoirs à un mandataire. Une femme peut être nommée ouassi, elle a le droit de Djébl mais elle doit le déléguer à un homme dans le cas de mariage. Il y a un titre du Coran disant qu'une femme ne peut pas marier une autre femme. Un père encore vivant peut avoir investi une personne de l'administration de ses biens. Ce chargé d'affaires, ce mandataire général a-t-il le droit de Djébl, a-t-il qualité pour marier la fille de son mandant? Il faut répondre non; toutefois le mariage contracté serait valable s'il était approuvé par le père. Mais l'exercice de ce droit est très atténué par le pouvoir qui appartient au Cadi d'annuler le mariage lorsque le consentement n'a pas été libre ou lorsque le mariage a causé au contractant un réel préjudice. Ce préjudice peut être ou pécuniaire ou moral. Il est pécuniaire lorsqu'il y a disproportion de la dot, si le mari a apporté une dot insuffisante inférieure à celle qu'il devait fournir ou si la femme en a une supérieure à celle que le mari était en droit d'espérer.

Le préjudice sera moral lorsque le mariage aura été mal assorti, il en est ainsi seulement lorsque c'est la femme fille qui est mésallée, lorsque le mari est inférieur à la femme, non lorsque



la femme est inférieure au mari. Pour que le mariage soit assorti et faut qu'il y ait chez le mari et chez la femme égalité de naissance si le mari est d'origine arabe et les talents, le mérite personnel, ou supérieurs à la naissance. Il faut égalité d'Islamisme, de fortune, de vertu, toutes ces qualités sont laissées à l'appréciation des magistrats. Dans le rite alérite c'est la loi elle-même qui prévient la nullité du mariage; dans les rites malékite et chaféite ce sont les juriscultes qui dans la pratique ont les mêmes pouvoirs, en pratique ce la revient au même résultat. Il y a lieu cependant de tenir compte de la parenté du contraignant. Ce mandataire est-il le père ou le grand-père paternel il n'y a nullité que si ce père ou ce grand-père est connu pour une irréligieuse ou de mauvaise foi, mais alors il y a nullité radicale. Si le contraignant n'a pas cette mauvaise réputation le mariage est irrévocable à ce point de vue. Le contraignant est-il une personne autre que ce père ou ce grand-père le mariage est valable en principe, seulement l'époux contraignant ou l'ose peut lorsqu'il est devenu libre quant au mariage en demander la nullité et cela alors même que le mariage aurait été contracté.

Chez les malékites et les chaféites les juriscultes ont aussi des pouvoirs explicites. Il n'en est pas moins admis par eux que le droit de djebbl renferme expressément une idée de protection de l'enfant contre son inexpérience, que l'exercice de ce droit n'est pas licite autrement et que le magistrat a le droit d'intervenir soit pour annuler un mariage désavantageux soit pour obliger le père à consentir au mariage s'il est prouvé que ce refus n'est pas justifié.

Les juriscultes musulmans et les tribunaux français ne sont pas toujours en concordance sur ce point. Le tribunal de Bel-Abbès dit que la loi musulmane donne au père le droit de djebbl et lui permet de marier ses enfants comme il lui plaît. D'après la cour d'Alger ce pouvoir n'est pas absolu. Le droit de consentir au mariage ne donne pas celui d'obliger à se marier. Le droit de djebbl ne peut plus s'exercer d'abord sur la fille vierge que le père a mariée (Crachida) qu'il a rendue maîtresse de ce droit, sur la femme majeure qui a été légalement mariée qui a consommé le mariage et dont le mariage a été dissout, sur la fille pauvre d'esprit qui a déjà été mariée et dont le mariage a été dissout, enfin sur la fille qui a déjà été conduite chez son mari (Saina) qui y est restée une année entière et qui a ensuite été répudiée quand bien même le mariage n'aurait pas été consommé en fait, une cohabitation pendant un an établissant la présomption légale de consommation.

Comme malgré ce droit de djebbl le père doit toujours consulter sa fille avant de la marier, que la jurisprudence admet que la justice peut toujours intervenir, on se trouve bien près de cet article du Code civil qui dit qu'il n'est pas de mariage possible sans tel et tel consentement. Il resterait à formuler que ce droit de contrainte sera converti en un simple consentement, fixant les personnes par qui ce consentement doit être donné. Le mariage n'est tant valable qu'autant que le consentement des deux époux aurait été donné.

En vertu même du droit de djebbl aucune contrainte ne peut être exercée sur les époux et leur consentement est nécessaire. Le consentement doit être donné en toute liberté d'esprit, il ne peut être nul s'il émanait d'une personne qui n'ait pas toute sa raison, d'une personne très affaiblie par la maladie. Ainsi donc, dès qu'une femme est affranchie de la contrainte matrimoniale (djebbl), elle ne peut être mariée que de son consentement, elle ne se donne pas elle-même. La femme a un représentant spécial, un mandataire ad hoc (Quali); à ce titre s'attache une idée de protection.

L'institution du Quali remonte aux coutumes antérieures. Elle est fondée sur l'infirmité et la faiblesse de la femme et en même temps sur les conventions; toutes choses qui s'opposent à ce que la femme coopère elle-même à son contrat de mariage, cependant l'emploi des Qualis n'est obligatoire que chez les Malékites et les Chaféites; chez les Hafséites il est facultatif. Arab. Halifat se borne à recommander de recourir au Quali.

Malgré ce que les rites contiennent que le mariage contracté pour la femme elle-même n'est définitif qu'après l'intervention du Quali.

Le Quali n'est pas seulement un porte-parole, il n'intervient pas seulement pour représenter la femme au moment de la convention du mariage. C'est lui qui dicte les conditions du mariage, qui sert de principal témoin. Ainsi la loi est-elle donnée que les personnes qui ont cette qualité et déterminent l'ordre dans lequel s'exerce le droit de la Qualia. Ces personnes et l'ordre dans lequel elles sont appelées diffèrent suivant les rites. D'après les Chaféites, la Qualia appartient aux parents ascendants ou collatéraux dans l'ordre où ils sont appelés à la succession, les femmes sont privées de l'exercice de ce droit. Les Hafséites y ajoutent la ligne féminine à défaut d'homme, quant aux Malékites, ils déclarent comme les chaféites que la Qualia ne peut appartenir qu'aux hommes, mais ils suivent un ordre différent d'abord le fils de la femme, le petit-fils, le père lorsqu'il n'a plus de droit de djebbl, le tuteur testamentaire (Cadi) le frère germain, le neveu fils du frère germain, le frère consanguin, le neveu son fils, l'aïeul paternel, l'oncle paternel, le cousin, le tuteur officieux, le Cadi et enfin tout musulman.

À défaut d'observation de l'ordre légal le mariage peut-il être annulé? Le cas est controversé entre les juriscultes. La Cour d'Alger se prononce pour la négative. Elle juge que la femme avait le droit de constituer de choisir la personne dans laquelle elle a le plus de confiance. Il n'y a ici aucune distinction entre la femme de haute ou de basse extraction, c'est à une juridiction qu'il faut s'adresser. On doit profiter de sa contrainte pour élargir les règles du droit musulman sur ce sujet. Il y a plusieurs parents au même degré, ou en référence au Cadi. Si



personne à qui ce droit est absent ou empêché, le mari ou le parent qui s'agit. On a décidé que le mari ou le parent a le droit de mariage, parce qu'il a la jouissance de ses droits civils.

Le Quali doit être libre, majeur, sain d'esprit et musulman. Le Quali ne peut exercer son droit qu'autant qu'il en a reçu le pouvoir; ce pouvoir de marier est général ou spécial.

Si la femme donne pouvoir de la marier à n'importe qui, le pouvoir est général et la femme devra approuver le choix du Quali; c'est ce qui a décidé la Cour d'Alger. La femme doit néanmoins être consultée par son mandataire et elle a à ratifier son choix. Si le pouvoir donné pour la femme est général, le Quali peut se choisir pour mari. Il parait même que du vivant du propriétaire, un Quali se serait permis cette plaisanterie. On a donc consulté pour la femme, déclara que le Quali avait agi dans la plénitude de son droit.

Le consentement au mariage ou la délégation de pouvoir au Quali doit être donné si la femme est majeure, mais cette parole n'a rien de sacramentel, il suffit que sa volonté soit exprimée. Si elle est vierge, on peut dire qu'elle a consenti, mais on doit l'entendre si il aura cette signification. Si elle n'a, c'est qu'elle n'a consenti, et son refus doit être consentement; si elle s'oppose, elle refuse des hommes de voir ses hommes valent encore consentement, mais pour tout il faut qu'elle s'oppose sans être.

Cependant il est des cas où la fille vierge doit elle-même donner son consentement par parole et où son silence ne vaut pas consentement. Dans les cas suivants: si elle est majeure (Rachide); si son père refuse de la marier, si on veut donner à la fille un mari esclave ou difforme, si la dot se compose de marchandises, s'il s'agit d'une fille mariée par le Qadi, enfin si le Quali a dépassé ses pouvoirs qu'il aurait reçus. Voilà une exception qu'il serait utile de généraliser en décidant que la fille devra toujours consentir expressément.

Le Code égyptien décide que les déclarations des deux époux doivent avoir lieu dans une même séance de quelque longueur qu'elle soit, il ne doit pas y avoir d'interruption.

Stipulations. Le consentement au mariage n'est pas nécessairement pour et simple. Il peut être soumis à certaines clauses et conditions, pourvu que, ces clauses et conditions ne touchent qu'à des intérêts particuliers. Ainsi le mari s'engage à ne pas d'absenter du domicile conjugal pendant un certain temps; il s'engage à habiter un lieu déterminé, il s'engage à demeurer avec les parents de sa femme, à ne pas changer de domicile sans le consentement de celle-ci, à ne pas envoyer sa femme travailler ou se charger pendant l'été, à nourrir les enfants qu'elle aura d'un premier lit, à ne pas prendre une autre

femme tant qu'il conservera la première.

Toutes ces conditions peuvent être valablement stipulées et leur violation autoriserait la femme à demander le divorce. Mais que faut-il décider si il y a des stipulations contraires aux préceptes du Coran ou à l'ordre public?

On doit distinguer suivant la nature des stipulations, les unes entraînent la nullité du mariage même consommé, les autres ne pouvant justifier une demande en nullité qu'avant la consommation.

Il faut ranger dans les premières les clauses et conditions contraires à l'essence même du mariage. Par exemple celles en vertu desquelles un homme épouserait une parente ou de qui prohibé ou encore une femme enceinte, pour exemple encore d'après le rite Malékite, les conditions en vue de rendre le mariage chiara (par compensation). On appelle ainsi celui qui est conclu dans les conditions suivantes: je te donne ma sœur en mariage moyennant telle dot à condition que tu me marieras pour la même dot à ta fille ou à ta sœur, il y a compensation alors même que le chiffre de la dot serait différent.

Les Malékistes déclarent nul le mariage chiara, même quand le mariage serait consommé, il est cependant en usage dans certaines parties de l'Algérie. Les Hanéfistes le considèrent comme valable.

Il y aurait lieu de considérer comme nul le mariage subordonné à un événement incertain, conclu avant la Claude: si tel événement arrivait. Il en serait de même du mariage à terme: je t'épouserai dans un an.

Dans la seconde catégorie, on doit placer ceux qui tendent à modifier les effets légaux du mariage, pour exemple: les époux dérogeraient à l'ordre de succession; le mari renoncerait à sa jouissance paternelle, il abandonnerait à un tiers l'autorité maritale ou bien encore le mariage est limité à un temps déterminé. La consommation du mariage couvrirait la nullité.

Témoins.

Le consentement doit être donné en présence de deux témoins. Pour pouvoir témoigner en mariage, il faut être mâle, majeur, libre, musulman et honorable. Il est admis que l'un des témoins mâles peut être remplacé par deux femmes chez les Hanéfistes, contrairement aux chaféistes et aux Malékistes.

Dans le droit musulman en règle générale, une femme ne compte que pour la moitié d'un homme. En donnant à la femme cette situation inférieure, les jurisconsultes musulmans ont suivi les coutumes anté-islamiques et sont restés fidèles à la pensée du prophète qui avait des femmes une assez mauvaise opinion, bien qu'il ait montré qu'elles ne lui étaient pas indifférentes. Voici ce qu'en dit le Coran: « Les hommes sont supérieurs aux femmes, parce que Dieu a élevé avec la... au dessus de celles-ci... que les hommes emploient leurs biens pour doter les femmes. »

Le Prophète parlant de celui qui annonce la naissance de sa fille s'exprime ainsi en arabe : « Je cours de trois vers et il est oppressé par la douleur. » Il considérait les femmes comme des créatures qui comptent comme de simples ornements et qui sont la cause de disputes mal fondées.

La matière de droits successoraux, la femme semble apte au témoignage. Le Coran la dit formellement et tous les rites sont d'abord à cet égard, mais les Malékites et les Chaféites soustiennent qu'il n'en est pas de même pour le témoignage en mariage et que la loi exige la présence de deux témoins mâles et sains de mémoire. Les déclarations des témoins seront généralement recueillies par le Cadi, à la demande de la partie qui desire en faire usage, un acte de notoriété sera dressé. C'est à l'acte de cet acte qu'on prouverait l'existence du mariage. Comme toujours en droit musulman, le défendeur pourra faire valoir ses moyens en recours. La présence des témoins n'est pas obligatoire ad solemnitatem.

La règle que le consentement au mariage devra être donné devant deux témoins indique que la preuve du mariage pourra être faite par témoins. La Cour d'Alger l'a décidé en un grand nombre d'arrêts. Cela ne veut pas dire que le mariage ne peut être prouvé que par témoin et que l'écrit ne constituera pas une preuve plus sûre que le témoignage. Pour le contrat de mariage comme pour les autres contrats, la loi musulmane considère la preuve écrite comme la meilleure; il faut agir contre cette idée consacrée par de nombreux arrêts qu'en droit musulman, la preuve testimoniale est supérieure aux autres, c'est une idée fautive. Elle est au dessous de la preuve littérale (Revoir les Fustas du Coran déjà cités).

Un acte devant le Cadi constituant la preuve principale et authentique du mariage, toutes les conventions intervenues en dehors de cet acte sont nulles et inéxécutoires. Il a été reconnu qu'il fallait faire dresser un acte du mariage par le Cadi; cette prescription a été confirmée par une circulaire du Gouverneur général de l'Algérie. Un décret a pris soin d'assurer la constatation du mariage en donnant aux indigènes des facilités nouvelles pour en faire la déclaration.

Les actes de mariage sont dressés sur une simple déclaration faite dans les trois jours au moins de la commune par le mari et la femme ou par le mari et le représentant de la femme en présence de deux témoins. Toutefois, lorsque la distance ne permet pas de faire la déclaration au moins de la Commune, elle sera faite à l'adjoint de la partie détachée et laquelle appartiendra le mari ou la plus proche.

Elle sera faite en arabe, suivant la formule d'un régime à souche; cette souche reproduisant les indications du Volanté. La loi de 1882 n'est pas pour entraîner la nullité des mariages non enregistrés, puis que la loi musulmane n'exige pas que la preuve

du mariage soit faite par écrit. En outre cet acte de constatation de mariage est un acte de l'Etat civil et non un contrat de conditions péremptives. La jurisprudence des Cadis et les tribunaux ont sans cesse consacré la supériorité de la preuve écrite.

Un décret de la Cour d'Alger décide qu'un acte de notoriété ne saurait prévaloir contre un acte de l'Etat civil. Mais on ne doit pas aller jusqu'à dire que tous les actes de mariage doivent passer devant le Cadi et que même un acte sous seing privé constatant un mariage ne saurait être considéré comme régulier, n'a aucune valeur probante, ne peut être tenu au plus tenu que comme constatant le paiement d'une somme d'argent et à ce titre servir de base à une condamnation au paiement. C'est réformer complètement le droit musulman qui se contente de la preuve testimoniale.

Dans un procès, les époux n'avaient pu produire l'acte de mariage. Ce mariage avait eu lieu dans les formes légales avec publicité dans toute la tribu. Le Cadi obéissant aux trônes de gèle aux ordres qu'il avait reçus, n'en avait pas moins prononcé la nullité du mariage. La Cour a invalidé son jugement et déclaré que la preuve du mariage était suffisante.

Pour en résumé, d'après le droit musulman l'écrit n'est pas nécessaire comme preuve du mariage; ce contrat peut être prouvé par témoin; mais toutefois, il est recommandé de dresser un acte de mariage, la loi elle-même considérant la preuve écrite comme supérieure aux autres. Dans ces conditions, rien ne serait plus facile que de transformer l'art 194 du Code civil qui porte: qu'en formant nul ne peut réclamer le titre d'époux et les droits civils inhérents à ce titre s'il ne présente un acte de mariage inscrit sur les registres de l'Etat civil.

De cette façon, la preuve du mariage ne serait plus laissée à l'incertitude de témoignages toujours plus ou moins suspects.

On a vu déjà deux conditions exigées pour la validité du mariage: le consentement des parties, la présence de deux témoins. Une troisième condition, c'est la constitution d'une dot par le mari à la femme; il vaudrait mieux peut-être pour éviter toute équivoque dire don nuptial ou douaire.

Cette dot (Cidak ou Mahr) au temps où l'on considérait le mariage comme une vente, était le prix payé par le mari à la femme comme équivalent de sa personne. La dot perd ce caractère de prix de vente pour devenir une donation ante nuptiale; son but est d'assurer à la femme quelques ressources en cas de décès du mari ou de répudiation. De même qu'il n'y a pas de vente valable sans un prix, il n'y a pas de mariage valable sans une dot; toutefois cette assimilation de la dot à un prix de vente qu'on a la volonté de contracter n'est pas légale ni en fait, ni même en droit.

D'une part on doit faciliter le mariage qu'il est d'intérêt public de maintenir. Certains rites admettent qu'il y a toujours

en dot et même pour ceux qui sont d'absence de dot est un vice pour la consommation du mariage. Cette distinction entre la consommation et le contrat dont il a déjà eu quelques conséquences est capitale en matière de dot.

D'autre part cette dot peut être d'une valeur tellement minima, qu'on peut dire qu'elle n'existe que théoriquement et pour la forme et cela se comprend facilement dès lors que la constitution d'une dot a lieu d'être distinguée de l'acte d'état civil, de l'acte de mariage qui est un élément essentiel au mariage dans certains rites. C'est en mettre un obstacle légal au mariage que d'exiger du mari une dot d'une valeur appréciable. Or quand le mari n'a rien, et ne peut rien donner, le Coran a dit: « assignez des dots à vos femmes » cela peut s'entendre d'une dot symbolique, par exemple le mari donnera à sa femme une bougie en fer ou en or, il apportera en dot ses talents personnels, ainsi il peut promettre à sa femme en guise de don nuptial de lui enseigner le Coran. C'est le véritable moyen d'envisager la dot, c'est à qu'il faut pour étendre sa constitution.

Ch. règles relatives à la Constitution de la dot. Paiement de la dot. - Droits de la femme sur la dot.

Comment est fixée le montant de la dot? Est-elle toujours due intégralement? Quelles choses peuvent être constituées en dot?

Le montant de la dot est fixé:

1<sup>re</sup> - Le contrat contient stipulation de dot et il en fixe le montant. Ainsi c'est très simple, il y a dot conventionnelle, conventionnelle ou déterminée. Si dans ce cas le mandataire du mari avait fixé un chiffre supérieur à celui qu'il avait le pouvoir de payer, les Malékites décident que le mariage est annulable, le mari peut le demander, pourvu qu'il fasse sa demande avant la consommation du mariage et la nullité devrait être prononcée alors même que le mandant offrirait de parfaire la différence.

2<sup>e</sup> Il a été convenu qu'il n'y aurait pas de dot, le mariage a été fait par libéralité ou bien encore le contrat est muet sur ce point ou encore il est muet sur la manière dont le montant de la dot sera fixé. Ici, il y a lieu de distinguer suivant les rites.

Chez les Chaféites et les Aléfités, le mariage n'en est pas moins valable et comme le contrat est muet sur la dot ou sur sa constitution, il y a lieu à la dot coutumière proportionnée.

Le montant de la dot est fixé par l'usage suivant la coutume de la localité, on prend en considération la condition du père, la virginité de la fille, son âge, sa beauté, les dots de ses proches parentes. En cas de désaccord sur la constitution de la dot coutumière, c'est le Cadi qui prononce.

Chez les Malékites, en pareil cas, la constitution de la dot est vicieuse de même qu'une vente où il n'y aurait pas de prix ou un prix indéterminé, et ce vic rend le mariage annulable tant

qu'il n'est pas consommé. Jusqu'à ce moment la femme ou son représentant peuvent demander la nullité. Si il y a eu consommation du mariage, alors le même fait se produit dans tous les rites, la femme a droit à la dot coutumière.

3<sup>e</sup> Il y a eu stipulation de dot mais les parties ne sont pas d'accord sur la teneur de la convention, on en réfère au Cadi. Comment se fera la preuve et qu'en résultera-t-il. Il y a lieu de distinguer suivant que la contestation survient avant ou après la consommation du mariage.

Avant, à défaut d'autre preuve, chaque partie jure serment sur la constitution de la dot et le serment sert de règle.

Si l'un des époux refuse le serment, il est condamné sur le serment de l'autre. S'ils jurent tous les deux, il y aura incertitude sur le montant de la dot. D'après les Malékites, le mariage sera annulable tant qu'il ne sera pas consommé. Après la consommation, il y aura lieu à la dot coutumière. D'après les Hâléfites et les Chaféites, le mariage n'en est pas moins valable et la dot est fixée d'après la coutume. C'est l'application du principe général en matière de serment. Un arrêt de la Cour d'Alger du 29 octobre 1878 a déclaré le mariage nul sans qu'il y ait besoin de recourir au serment, mais c'était pour permettre à la fille d'échapper au droit de djebel car elle avait été mariée contre son gré. L'arrêt pose en principe que les règles générales du contrat de vente sont applicables au contrat de mariage. De même qu'il n'y a pas vente sans indication de prix, il n'y a pas mariage sans indication de dot.

Si la contestation survient après la consommation, des distinctions doivent encore être faites.

Ces contestations portent-elles sur la quotité de la dot, le mari est en sur sa déclaration, la femme en consentant à la consommation a renoncé tacitement à toute réclamation de ce chef, elle devrait s'y prendre plus tôt. La contestation porte-t-elle sur la nature de la dot, on réfère au serment des époux; s'ils se portent l'un et l'autre, il y a lieu à la dot coutumière.

4<sup>e</sup> Il y a eu stipulation d'une dot, mais il a été convenu que le montant en serait fixé ultérieurement. En pareil cas, ou bien la fixation a lieu à la volonté des parties ou bien à la volonté de leurs représentants, la dot est dite alors par Tafouildh (s'en remettre à quelqu'un) ou bien la fixation de la dot est laissée à la décision d'un tiers, c'est alors la dot par Takdim (arbitre). Quand aucun de ces moyens ne réussit, on en revient à la dot coutumière.

5<sup>e</sup> Il y a eu stipulation de dot, mais personne n'a été chargé du paiement. Le père et le fils se rejettent cette obligation l'un sur l'autre. Chez les Malékites le mariage est annulable tant qu'il n'a pas été consommé, dans les autres rites, le Cadi intervient en appliquant les règles générales sur le point de savoir à qui incombe le paiement de la dot.

Qu'il y ait dot contractuelle ou dot coutumière, la femme

a le droit d'exiger que le montant de la dot soit déterminé avant la consommation du mariage. Il n'y a pas de maximum fixe, pour le chiffre de la dot; y a-t-il un minimum? D'après Chajey, non; d'après Malak et Abou Halifat, oui. Chez les Malakites le minimum est de trois dirhems soit 1.50 à 1.80, les Haléfistes au moins six dirhems, 5 à 6 francs. Si le mariage a été conclu moyennant une dot inférieure la femme peut légalement en demander la nullité avant la consommation du mariage, mais en fait dans les classes pauvres, ces conventions ne sont pas observées.

En principe c'est dans le contrat de mariage que la dot doit être mentionnée, cependant la loi permet de l'augmenter pendant le mariage; il y a alors une véritable donation faite par le mari à la femme, soumise aux règles ordinaires et ayant les conséquences des donations. Elle ne devient cependant effective que pour la prise de possession par la femme. Par conséquent cette donation serait caduque si le mari mourait avant la livraison. La dot étant fixée soit par la convention, soit par la coutume sera-t-elle toujours due à la femme, sera-t-elle toujours due intégralement. Il y a là encore des distinctions à faire. En principe l'obligation pour le mari de payer l'intégralité de la dot soit contractuelle soit coutumière est subordonnée à une condition tacite, la consommation du mariage. C'est la consommation qui fixe le droit de la femme sur la dot. Chez les Haléfistes, pour avoir cet effet, la consommation doit être légale, légitime, elle n'aurait pas ce caractère si elle avait lieu à un moment où la loi l'interdit, par exemple si la femme étoit en état d'Istiham par suite de pèlerinage ou si elle avoit ses menstrues. Tant que le mariage n'est pas consommé, chacune des parties peut le résilier à un moment indéterminé.

Le mari a le droit de se dédire en répudiant sa femme en pareil cas, il lui abandonne à titre d'indemnité la moitié de sa dot; si la dot n'a pas été fixée d'avance, il doit un cadeau représentant la moitié de la dot coutumière. Il est même tenu de payer une indemnité lorsqu'il a soussé des vœux en vue du mariage. Cependant il y a un autre fait qui fixe le droit de la femme sur la dot, même avant la consommation, c'est le décès de l'un des époux survenu avant la consommation et avant toute répudiation de la femme. En pareil cas, si c'est la femme qui meurt, elle transmet à ses héritiers ses droits à l'intégralité de la dot. En dehors de ces faits, la femme n'a droit qu'à la moitié ainsi donc après le contrat, la mort; après la consommation ou après le décès de la femme ou celui du mari s'il n'y a pas eu répudiation la totalité est due.

Enfin, en cas de répudiation avant la consommation, la femme perd la deuxième moitié de la dot. Telles sont les règles générales, ces règles comportent cependant de nombreuses exceptions. Si le mariage a été contracté au mépris d'un empêchement légal, par exemple avec une parente au degré prohibé

avec une cinquième femme, on doit rechercher si la femme ou non connaît l'empêchement lorsqu'elle a consenti mariage, si elle connaissait l'empêchement, elle ne peut révoquer aucune dot, sinon elle a droit à l'intégralité de la dot si elle a consommé, à la moitié si la consommation n'a pas eu lieu.

Si il y a eu mariage Chirac (par compensation) en cas de compensation, d'après les Malakites le mariage est nul le mari est alors tenu de payer le chiffre le plus élevé de la coutumière ou de la dot déterminée; ce sera une peine infligée pour avoir violé les prescriptions du Coran.

Quelles choses peuvent être constituées en dot. - On peut valablement constituer en dot toutes les choses qui peuvent être légitimement possédées qui peuvent faire l'objet d'une vente, par conséquent sont exceptées les choses illicites. Du vin pour exemple ne pourrait pas être constitué en dot, mais du vinaigre pourrait l'être et s'idi Kalbim ajoute que s'il n'y a pas de vinaigre et qu'on trouve du vin, on ne peut remplacer le vinaigre par du vin. De même on ne peut constituer en dot un objet volé, un animal qui s'est enfui, des héritages à venir. Un esclave peut être constitué en dot mais le mari ne peut pas forcer la femme à le recevoir, on peut constituer en dot un talent et même un avantage personnel.

Paiement de la dette. - Qui doit faire le paiement, à qui doit il être fait, dans quels délais?

En principe c'est le mari lui-même qui doit payer la dot. Toutefois, il y a deux exceptions à cette règle. Chez les Malakites le père est tenu personnellement au paiement de la dot lorsqu'il a marié son fils par droit de djehl. La deuxième exception concerne le cas où il y a eu caution pour le paiement. (H'arnil). Cela arrive fréquemment qu'une personne se porte caution du paiement de la dot, en fait c'est presque toujours le père ou le tuteur du mari qui, dans le cas où le mari ne pourrait pas, se trouveraient solidairement responsables. Sur ce point les jurisconsultes ne sont pas très nets. La femme n'a pas d'hypothèque recours sur les biens de son mari. Il se pourrait cependant que cette jurisprudence n'existe que dans les établissements français de l'Inde où un tribunal de première instance a nettement décidé que la femme n'avait pas recours sur les biens de son mari.

La femme nécessairement ne peut avoir d'hypothèque légale et cela pour deux raisons. La première suffisante à elle seule, c'est que l'hypothèque est inconnue dans le droit musulman. On n'y connaît que le nantissement et la vente à réméré, contrat qui permet la saisie du débiteur. D'autre part, l'hypothèque légale ne peut être accordée à la femme musulmane pour analogie du droit français; la dot du droit musulman diffère de celle du droit français en ce qu'elle est payée par le mari à la femme et non par la femme au mari.



Le mari est un acheteur, le don nuptial est la proie de la vente et le vendeur n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de l'acheteur. Bien que l'hypothèque soit inconnue du droit musulman, il ne s'ensuit pas qu'un musulman ne puisse constituer une hypothèque conventionnelle sur ses immeubles en se conformant aux règles du droit français. Une pareille convention n'a rien de contraire à l'ordre public, la créance dotale de la femme pourrait donc être garantie par une hypothèque conventionnelle.

On a admis de même que l'exécution d'un jugement musulman pouvait être garantie par une hypothèque judiciaire; l'hypothèque judiciaire, ou; l'hypothèque conventionnelle, ou; mais l'hypothèque légale c'est impossible puisque c'est la loi qui fonderait cette hypothèque et que la loi musulmane ne la connaît pas.

Le paiement de la dot incombe au mari en principe, ou au père du mari, ou à sa caution.

A qui la dot doit être payée. Si la femme est majeure c'est à elle-même que le paiement doit être fait. Toutefois, il y a lieu de distinguer suivant qu'elle est vierge ou veuve. Si elle est vierge, le mari reçoit la dot sans opposition de la femme. Si elle est veuve, le mari ne peut recevoir cette dot que si la femme lui en donne pouvoir spécial.

Si la femme est mineure la dot doit être payée à son père ou à son oncle paternel ou à son oncle, ou enfin au Cadi.

La mère n'a pas qualité pour recevoir la dot lorsqu'elle n'est que tutrice dative; elle n'a qualité que si elle a la tutelle.

Quand le paiement de la dot doit être fait. A défaut de convention spéciale, la dot est payable en deux fois, une partie avant la consommation, l'autre partie après. La Cour d'Alger l'a consacré dans un arrêt de 1866.

La partie payable avant la consommation du mariage s'appelle *Maqd*. (payer comptant) la partie payable après s'appelle *Kali* (Totalité).

Le *Maqd* ne peut être inférieur à la dot légale de trois dirhems et so dirhems, pour conséquent, lorsque la dot est de minimum importance, on peut dire que tout est payable d'avance. Le terme pour le paiement du *Kali* est fixé par la convention. En Algérie, le délai ordinaire est de six ans, dans d'autres pays, il est de vingt ans, on peut même aller jusqu'à cinquante ans. Il faut pourtant que l'époque du paiement soit fixée, sinon le mariage serait nul. La partie payable avant la consommation doit être payée effectivement, pour cette partie de la dot, le mari ne pourrait pas opposer en compensation une créance sur la femme, ou sur le père de la femme. Il en est autrement pour le *Kali* pour lequel la compensation peut être admise ainsi que l'a décidé le Tribunal de Saint-Louis le 17 Novembre 1894.

Quels sont les droits de la femme sur la dot. - La

femme est propriétaire, elle a le droit de la revendiquer contre tous ses représentants légaux qui l'auraient perçue, elle peut l'administrer comme ses autres biens, l'aliéner, en faire donation ou assigner à titre onéreux soit de la dot elle-même, soit de la créance.

Peut-elle faire remise de la dot au mari? Oui si elle est majeure et saine d'esprit, pourvu que la dot consiste en objets, il en serait autrement si elle consistait en objets mobiliers ou en immeubles. Les *M'alekites* exigent qu'elle constitue le minimum de la dot légale. Si elle est mineure ou faible d'esprit (*Safia*), le père ou son autre représentant naturel peuvent faire remise au son nom. Cependant par exception, les *M'alekites* autorisent le père à faire cette remise à deux conditions.

D'abord qu'elle ait lieu avant la consommation du mariage, ensuite qu'elle soit faite en vertu d'une répudiation anticipée favorable aux intérêts de la femme.

Indépendamment de ce don nuptial, il est d'usage que les futurs époux se fassent des cadeaux, surtout que le futur en fasse à sa fiancée en vue du mariage. Ces cadeaux peuvent être de véritables libéralités; mais il peut être convenu aussi qu'ils n'aient que le caractère d'avances imputables sur la dot. En cas de contestation sur ce point, on s'en réfère à l'usage. Pour les objets qu'il est d'usage d'offrir en cadeau, la présomption est qu'ils ont ce caractère et cette présomption est confirmée par le serment de la femme. Quant aux autres objets, ils sont présumés une simple avance sur la dot et le serment du mari corrobore cette présomption. Il y a une importance à savoir s'il y a cadeau ou avance. C'est que dans le cas où il ne serait pas donné suite au mariage, les cadeaux sont acquis à la femme et s'il s'agit d'avances, le futur a le droit de les reprendre en nature ou d'en exiger la valeur, alors même qu'il s'agirait de sommes d'argent. Si au contraire il s'agit de cadeaux, il ne peut légalement en exiger la restitution ou la valeur, excepté pour les sommes d'argent ou pour les choses trop chères.

La femme doit-elle apporter quelque chose au mariage? Non d'après les *Shaféites*, il n'y a pour elle rien d'obligatoire, pas même un trousseau; mais chez les *M'alekites* et les *Chaféites*, elle doit employer à l'achat d'un trousseau la totalité du *Maqd*. Si le *Maqd* consiste en argent, par de difficulté, s'il consiste en objets mobiliers, elle pourra les vendre pour acheter un trousseau, quant aux immeubles, les opinions sont controversées. La femme est propriétaire de son trousseau comme elle est propriétaire du don nuptial.

En matière de mariage le droit musulman ne distingue pas le contrat péninsulaire de l'acte de l'Etat civil. Les deux conventions se tiennent et n'en font qu'une. Sur la seconde et les éléments plus ou moins essentiels de la première, la convention relative à la dot, a la plupart du temps si peu d'importance qu'elle n'existe en réalité que pour la forme. Il serait donc facile sous



finie violence à la loi musulmane de séparer les deux contractés et de dire que la convention préamiable ne sera qu'un accessoire facultatif de l'acte de l'Etat civil. On éviteroit aussi de nombreuses difficultés.

4<sup>e</sup> Condition. L'absence d'un empêchement légal. Les empêchements au mariage sont nombreux en droit musulman.

Il faut s'écarter en premier lieu la parenté ou l'alliance au degré prohibé qu'elle soit légitime ou naturelle. La parenté est un empêchement légal en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement.

Les grands oncles et les grands tantes sont assimilés aux oncles et tantes. Les demi-frères et demi-sœurs sont assimilés aux frères et sœurs germains.

Pour la ligne collatérale, l'empêchement résultant de l'alliance cesse par la dissolution du mariage qui produisoit cette alliance, mais la défense persiste pour la ligne directe.

La parenté de lait (Ridha) constitue également un empêchement au mariage. Toutefois, il constitue des effets moins étendus que la parenté du sang. On ne peut se marier ni avec son père ou sa mère de lait ni avec les parents du sang en ligne directe de ses parents de lait, ascendants ou descendants, ni avec les parents en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré inclusivement ni enfin avec les oncles et tantes de ses parents de lait. Deux enfants nés de parents différents mais nourris par la même femme ne peuvent non plus se marier ensemble, mais la parenté n'est opposable qu'au nourrisson et à ses ascendants, elle n'est pas opposable aux ascendants ou aux collatéraux de ce nourrisson. Pour que la parenté de lait existe, il faut que l'enfant ait été cinq fois. Abu. Halifat et Malek se contentent d'une seule fois.

La parenté adoptive ne crée pas d'empêchement au mariage. Un père peut épouser la femme de son fils adoptif après sa répudiation. Le maître peut, en dehors de ses femmes légitimes, avoir commerce avec toutes ses esclaves non mariées, ces relations sont justifiées par le droit de propriété, elles sont donc licites, permises par la loi bien qu'elles ne soient pas légitimes et bien qu'existant en dehors du mariage. Ces relations avec les esclaves qui sont licites produisent une alliance suffisante pour interdire au maître toute relation avec les ascendantes et les descendantes de ses esclaves ou avec les parents du sang en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement comme pour la parenté ordinaire. Cette alliance constitue les mêmes empêchements au mariage que l'alliance légitime. Les relations illégitimes sont celles qui ne sont justifiées ni par le mariage ni par le droit de propriété. Il y a donc crime de fornication. Ces relations produisent un empêchement au mariage. Chaféi défend à la mère d'épouser le fils qui lui est né du crime de fornication ou les descendants de ce fils et il blâme sans le défendre, le mariage contracté par le père dans des

conditions analogues. Abou Halifat va plus loin, il défend et au père le mariage avec la fille née d'un commerce illégitime, ou avec les descendants de cette fille avec un autre père et de la femme avec laquelle il y a eu un commerce. Quant à Malek, lui ne semble pas s'être prononcé formellement sur ce point et ses sectataires ne sont pas d'accord sur l'existence de ces empêchements.

2<sup>e</sup> Empêchement au mariage. L'existence chez la femme d'un premier mariage. Une femme ne peut avoir qu'un seul mari à la fois, par conséquent il est défendu d'épouser une femme mariée.

3<sup>e</sup> Autre empêchement. L'existence pour l'homme de quatre femmes légitimes. Selon les anciennes coutumes arabes, le nombre des femmes légitimes était illimité. Le Coran l'a limité à quatre. Un homme ne peut avoir plus de quatre femmes légitimes à la fois. Il y a toujours moyen d'en répudier une des quatre.

4<sup>e</sup> Il y a même un cas où un homme qui a moins de quatre femmes légitimes ne peut pas compléter ce chiffre. C'est lorsqu'il s'est soumis à cette condition en se mariant. Il a promis de ne pas prendre de troisième ou de quatrième femme tant qu'il conserverait les autres. Cette condition n'est pas une avec faveur par les jurisconsultes; ils déclarent qu'elle n'est pas obligatoire pour un mari tant qu'il n'a pas consommé le mariage; mais seroit applicable après la consommation. En dehors de ses femmes légitimes un musulman peut avoir commerce avec toutes ses esclaves non mariées sans limitation de nombre si la condition toutefois de respecter les règles concernant la parenté ou l'alliance ou degré prohibé; à Fleuret dit le Coran les croyants qui honorent leurs devoirs à leurs femmes et aux esclaves que leur a procure leur droit. Il n'est donc pas permis de prendre d'autres femmes que celles que l'on a si l'exception de celles que procure la guerre.

5<sup>e</sup> On appelle Iddé ou Adda la retraite légale pendant laquelle une femme peut se remariée. Chez les Musulmans elle dure trois ou quatre mois, chez nous dix mois. Le but de la retraite légale est d'éviter la confusion de père. Les Malekites défendent d'épouser une femme avant l'expiration de l'Adda. Quant aux Hanéfites, ils autorisent la conclusion de mariage moins à la condition de ne le consommer qu'après le délai. Il y a bien entendu, exception à cette règle en ce qui concerne une femme divorcée ou répudiée qui s'unit de nouveau à son mari. La grossesse de la femme est un empêchement au mariage, parce que en cas de grossesse, le délai de retraite est augmenté jusqu'à la délivrance.

6<sup>e</sup> L'état de Hiram (de consécration et particulièrement l'état de ahni qui est en pèlerinage). D'après ses rites Malekites, Chaféites et Hambalites, le mariage contracté pendant que l'un des époux est en état d'Hiram n'est pas valable.

On donne aussi le nom de *Hiram* au vêtement que revêtent les pèlerins avant de rentrer à la Mecque, pendant tout le temps qu'un pèlerin porte ce vêtement, il est en état de consécration. Il doit se consacrer à ses devoirs religieux. Il lui est interdit de se peigner, de se raser, de se couper la barbe et les cheveux, de se livrer à un acte voluptueux, de se marier, ou de se servir de témoin. Les Malékites admettent la validité du contrat, mais non de la consommation.

7<sup>e</sup>. La triple répudiation - Si un mari répudie sa femme trois fois (c'est une manière particulièrement énergique qui a une formule spéciale), il ne lui est permis de la reprendre que lorsqu'elle aura épousé un autre mari et que ce mari l'aura répudiée à son tour, après avoir consommé le mariage. Le but de cette règle assez étrange est de mettre un frein au divorce et au mariage, indéfiniment répétés. Il y a empêchement au mariage entre les époux séparés par une triple répudiation.

8<sup>e</sup>. L'état de maladie de l'un des époux; mais une maladie grave. On a voulu aussi éviter les spéculations possibles en contractant un mariage in extremis avec une personne affaiblie par la maladie.

9. La différence de religion. - Elle crée un empêchement au mariage, mais pourtant le Coran permet d'épouser les filles de ceux qui ont reçu les écritures par opposition aux idolâtres. La réciproque n'est pas vraie. Quant aux femmes idolâtres, proscription absolue, le Coran le dit formellement: *Il n'épousez pas les filles de ceux qui ne croient pas tant qu'elles n'aient cru.* Un Musulman peut épouser une juive ou une chrétienne, mais une musulmane ne peut épouser ni un juif ni un chrétien.

10<sup>e</sup>. La différence de condition. - Il faut que ce soit la condition du mari qui soit inférieure à celle de la femme. Le mariage n'est pas assorti. A ce sujet, il y a à parler du mariage avec un esclave. Un maître ne peut épouser son esclave qu'après l'avoir affranchi, le mariage étant incompatible avec le droit de propriété. Mais on peut épouser l'esclave d'autrui pourvu que cette esclave ne soit pas infidèle. Ce mariage doit cependant être évité, il doit être considéré comme un pis aller. Un homme ne doit épouser une esclave que lorsqu'il ne trouve pas de femme libre ou qu'il n'a pas les ressources nécessaires pour se marier, ou lorsqu'il craint de tomber dans le vice en restant célibataire.

Dans tous ces empêchements, les uns sont dirimants, les autres prohibitifs, l'illiance, l'état d'*Hiram*, la servitude qui peut cesser sont prohibitifs seulement.

La Consommation

La consommation est appelée *doekhoul* ou *Bina*. La première expression s'applique plus spécialement aux relations intimes des époux, c'est l'acte matériel. La deuxième désigne l'entrée de la femme dans le domicile conjugal. *Bina* signifie édification parce que les anciens arabes édifiaient une tente pour y

recevoir la fiancée. On va chercher la fiancée pour la conduire à la maison du mari. Lorsque les futurs habitent des centres différents, les frais du voyage sont à la charge de la femme; quant au repas de noces, c'est le mari qui doit en faire les frais. Cette condition de la femme est accompagnée de rejoissances et de fêtes. La réception de la femme produit les effets attachés à la consommation, c'est la célébration. Les rejoissances sont recommandées sans être obligatoires, ainsi que celles à l'occasion du contrat.

D'après les Malékites, il est défendu de consommer le mariage sans prendre des témoins de cette consommation; mais il semble bien que Malék entende simplement par là que le mariage doit recevoir une certaine publicité et que cette publicité n'est exigée pour la consommation que si elle n'a pas eu lieu pour la convention même, si le contrat lui-même n'a pas été fait en présence des deux témoins réglementaires, en d'autres termes, il suffit pour les Malékites que la publicité du mariage existe, soit lors de la convention, elle sera assurée alors, par la présence de deux témoins, soit lors de la consommation, elle consistera soit dans la présence de témoins, soit dans toute autre manifestation de notoriété.

Chez les Malékites et les Chaféites, la présence de deux témoins est nécessaire lors de la consommation. Il est recommandable que le mariage soit célébré par un repas de noces (*ouahma* - célébration d'un événement joyeux). Ceux qui ont été invités doivent accepter, sans pourtant être obligés de manger des plats offerts. Toutefois on peut alléguer une excuse valable par exemple la crainte de rencontrer un ennemi ou une personne avec laquelle il ne serait pas convenable de se trouver. Quant aux fêtes qui accompagnent souvent le mariage et qui durent trois jours, on n'est jamais obligé de les accepter, mais cela est recommandable; d'après la *Sounna*, il est bon de ne paraître que le deuxième ou troisième jour et de ne pas abuser en restant les trois jours.

Consommation légale - En principe le contrat n'exige pas la puberté chez l'homme ni la nubilité chez la femme. Au contraire, la consommation n'est légale qu'autant que les époux ont atteint la puberté ou la nubilité. Cette puberté se détermine par les signes physiques qui la caractérisent, en cas de doute, on procède à des expériences. A défaut de ces signes, les Malékites ont fixé cette époque à 15 ans, les Malékites et Chaféites à 18 ans. Si le contrat a eu lieu avant la puberté des époux, la consommation doit être retardée jusqu'à. Le mari peut sans crainte que la femme lui soit livrée avant sa nubilité et c'est le devoir du Cadi d'imposer ce délai.

L'acte que dresse le Cadi avant la nubilité des époux est appelé *hulack* (espères) dans cet acte, défense doit être

fait. et espère de consacrer le mariage avec...  
une autre qui... le nom de répud (consommation) ont  
en l'aise cette consommation.

En Algérie particulièrement, cette règle a souvent été  
appelée aux Cadi's par des cir culaires gouvernementales. On a  
souvent le plus souvent, les poursuites fixent elles-mêmes dans le  
contraire un délai avant lequel la consommation ne pourra  
avoir lieu, soit à cause de la jeunesse de la femme, soit à cause  
de sa santé; soit pour toute autre raison, par exemple pour  
qu'elle puisse préparer son trousseau.

Si la consommation a lieu avant la nubilité de  
la femme, ou avant le délai fixe, la femme peut demander le di-  
vorce. Quant à la Cour d'Alger, elle déclare le mariage absolu-  
ment nul. Il y a sur ce point de nombreux arrêts.

Arrêt du 28 Juillet 1881: « Attendu qu'il résulte des faits  
et circonstances de la cause que Kaira a été mariée, avant sa nu-  
bilité, et que Mohammed ben Moussa a consommé le mariage  
..... Attendu qu'il résulte des documents versés que  
Ibrahim abusant de son autorité paternelle et transportant la  
bonne foi du Cadi a donné en mariage à Mohammed, sa fille  
âgée de onze ans en déclarant qu'elle était âgée de seize ans et  
nubile. Attendu que le Cadi n'a pas fait visiter la fille, .....

..... que l'expérience a démontré qu'elle n'était pas nubile  
..... Attendu qu'il est bon de restreindre le nombre de ces  
mariages anticipés qui n'ont d'autre but qu'un intérêt sordide.  
Cette nullité radicale ne pourrait pas avoir été prévue par la loi  
musulmane, mais la Cour a voulu donner une sanction plus éner-  
gique aux prescriptions de la loi en présence des abus fréquents  
qui consistent à marier une fille non nubile et non consentante  
On contentait de donner à la prescription de la loi une sanction  
juridique énergique, la Cour y ajoute une sanction pénale. Dans  
le cas où le mari aurait consommé le mariage avec sa femme  
non nubile, le mari ou les personnes qui s'y seront prêtées pour-  
ront être poursuivies pour attentat à la pudeur. Si il y a eu  
violence de la part du mari, il commet le crime de viol. Un  
arrêt de la Cour d'Alger a condamné un mari à vingt jours  
de travaux forcés pour viol de sa femme âgée de 9 ans. On  
aurait pu, la femme même nubile, n'est tenue de consommer  
le mariage que si elle a reçu le nicaq; si toute la dot avait été  
sujoutée payable à terme, la femme pourrait se refuser jus-  
que là, sous convention contraire.

L'idée générale, c'est que la consommation conso-  
lide le mariage et cette consolidation se produit à plus ou  
moins de vue, notamment au point de vue de la dot, puisque  
c'est la consommation qui fixe les droits de la femme sur la  
dot, ensuite au point de vue des nullités de mariage qu'elle  
contre dans certains cas.

Cas de nullité du mariage. - Comme en droit français

les nullités sont ou absolues ou relatives.

Lorsqu'elles sont absolues, elles peuvent être invoquées  
par toute personne intéressée et même prononcées d'office par le  
Cadi. Ces nullités absolues sont divisées en deux catégories. Les unes  
remontent au jour du mariage et empêchent le mariage d'avoir  
aucun effet civil, il n'y a pas de mariage, la femme n'a aucun droit  
à la dot, en cas de décès, les époux ne succèdent pas l'un à l'autre,  
le mariage n'a pas d'existence légale. Les autres nullités absolues em-  
pêchent la dissolution du mariage, mais seulement par voie de  
divorce, elles n'ont pas d'effet rétroactif, donc le mariage produit des  
effets jusqu'à sa dissolution par le divorce.

Il donne à la femme le droit de réclamer la dot, ou le  
droit de succession etc. Quant aux nullités relatives, elles sont con-  
verties par la ratification expresse ou tacite des intéressés et la ratifica-  
tion tacite consistera dans la consommation du mariage. Ces nulli-  
tés relatives se subdivisent en deux classes ou catégories, les unes peu-  
vent être prononcées soit à la requête des parties intéressées, soit  
même d'office par le Cadi. Les autres ne peuvent être poursuivies que  
par les parties intéressées. En dehors de ces nullités, chaque époux peut  
encore exercer ce qu'on appelle le droit d'opposition pour vice rédi-  
bitoire. Enfin la nullité peut être demandée par chaque époux pour  
exécution des conditions stipulées.

Nullités absolues - Le mariage est radicalement nul  
il n'existe pas.

Sont nuls radicalement:

Le mariage contracté entre parents ou alliés au degré prohibé  
même contracté de bonne foi. Si donc un homme a épousé deux soeurs  
successivement, le second mariage est nul. Si il les a épousées soit  
par un seul et même acte, soit par deux actes distincts, mais sans qu'  
on sache lequel des deux est le premier, les deux mariages sont nuls.

Cela est radicalement le mariage contracté avec une femme  
mariée. Donc lorsqu'une femme a été mariée successivement à deux  
maris par son père, son oncle, deux ouahis ayant l'un et l'autre  
tue son pouvoir ou bien lors que deux hommes se prétendent mariés  
à la même femme, cela peut se présenter assez souvent étant don-  
né l'absence d'écrit et l'institution de la forme testimoniale.  
Dans ce cas, le premier mariage seul est valable, le deuxième en date  
est nul. Si on ignore lequel a été contracté le premier, ils sont nuls  
tous les deux. Dans ce cas, la femme n'a droit à aucune dot, ni à  
aucune succession. Telle est la règle générale, tous les jurisconsultes  
sont d'accord à cet égard. Pas de difficulté si aucun des deux mari-  
age n'a été consommé ou si le premier en date seulement l'a été.  
Mais cette règle doit-elle être maintenue même dans le cas où c'est  
le deuxième mariage qui seul a été consommé? Est-ce encore le  
premier mariage qui prévaut en sorte que la femme soit obligée  
de quitter son mari de fait pour son mari de droit?

Il semble bien que oui d'après les Hâlephistes qui n'indi-  
quent pour ce cas aucune exception à la règle générale, mais les

Malékites et les Chaféites sont une différence d'usage que le second mari était en non de bonne foi. On ne voit pas le second mariage, même consommé, que si le second mari ignore le premier mariage. Si au contraire, il savait que la femme était déjà mariée, ils décident que le mariage est nul et que le premier mari conserve tous ses droits. Quant à la Cour d'Alger, elle a toujours répondu soit la doctrine absolue des Malékites, soit les distinctions faites par les Malékites et les Chaféites. Par une jurisprudence constante, elle a maintenu le deuxième mariage, toutes les fois qu'il était suivi de consommation; quant au premier, il ne doit être considéré que comme une promesse ou des fiançailles. Il y a eu de nombreux arrêts en ce sens. Un du 30 juillet 1862 dit: attendu que la promesse faite ne saurait prévaloir contre un mariage consommé..... attendu que ce principe est conforme à la loi musulmane. En supposant que l'existence du premier mariage soit établie, cette jurisprudence de la Cour d'Alger serait difficile à justifier soit aux yeux de la loi musulmane, soit même par les considérants de morale publique qu'elle invoque; en effet, la consommation ne doit avoir aucune influence sur la validité du mariage.

Quant à la morale, elle exigeait au contraire que le premier mariage fut maintenu et que la consommation illégale du deuxième mariage ne fut pas validée, et par cela même, une femme chez nous, ni la distinction des Malékites, ni la solution de la Cour d'Alger ne seraient admises; en pareil cas le deuxième mariage devrait toujours être annulé qu'il soit ou non consommé comme en décide la doctrine Malékite.

Mais on ne devra déclarer nul le second mariage même consommé que si l'on est bien certain de l'existence du premier. C'est ce qui explique dans une certaine mesure la jurisprudence de la Cour d'Alger, c'est que pour trop souvent, il y aurait doute sur l'existence du premier mariage, doute sur le point de savoir si ce premier mariage constitue un véritable contrat ou une simple promesse. On peut se trouver en présence de deux situations: dans la première, une convention de mariage établie par de simples témoignages souvent très suspects, dans la seconde, il existe aussi une convention, mais elle est confirmée par la cohabitation et souvent par la naissance d'enfants. On comprend très bien qu'on ajoute plus de foi à la dernière qu'à la première.

Ce sont ces considérations qui ont déterminé il y a quelques années un jugement du Tribunal de Bizé-Duzou dans une affaire qui a fait un certain bruit, même et surtout en France. La femme Fatma avait été mariée deux fois pour son père, et c'est avec le deuxième mari qu'elle avait consommé. Elle fut revendiquée par le premier qui réclamait en outre un certain chiffre à titre de dot, mariage et intérêts pour dépréciation. Fatma qui se trouvait très heureuse avec le second mari résista. Le juge de paix de Fort national, délibérant en soirée, déclara nul le deuxième mariage et ordonna que la femme serait livrée au premier mari, sous le droit d'

insurrection qu'il lui accorde la coutume Kabyle, mais seulement après la consommation du mariage. Fatma et le mari d'abord protestèrent contre ce jugement; ils surent, ce qui est assez rare, intéresser à leur cause à la fois les autorités et la presse. C'est en cet état que l'affaire vint en appel devant le Tribunal de Bizé-Duzou. Les juges de Bizé-Duzou étaient quelque peu embarrassés, d'une part la coutume Kabyle comme le droit musulman voulait le maintien du premier mariage, d'autre part la femme voulait le deuxième mari et non pas le premier. Le Tribunal rendit son arrêt le 25 février 1892. Il déclara nul le premier mariage par le motif qu'il n'avait pas été régulièrement consacré, il y avait des vices de forme, on n'avait pas réuni le Palais et surtout la future avait enfreint la coutume en se permettant d'assister à l'entretien ou l'on décidait de son sort. Le Tribunal maintint le deuxième mariage. Ce Tribunal aurait pu trouver un autre motif plus rationnel d'annuler le premier mariage. C'est que dans l'espèce, il y avait eu défaut de publication; or, la coutume exige que le mariage soit célébré publiquement par un marabout dont le rôle est assez comparable à celui de notre officier civil.

Ce qui est la source de toutes les difficultés, c'est l'incertitude de l'embarras pour discerner le mariage de la simple promesse ou des fiançailles. Mais le jour où l'on aurait posé en principe que le mariage ne peut résulter que d'un acte authentique, il n'y aurait plus toutes ces résistances et il ne serait plus possible d'avoir à annuler un premier mariage pour en valider un deuxième qui a été consommé. Sera nul, d'une nullité absolue, le mariage contracté avec une femme qu'on aura répudié trois fois, à moins que cette femme n'ait été épousée par un autre mari qui lui-même aura consommé le mariage.

Sera nul: le mariage avec une femme enceinte.

Le mariage à terme ou conditionnel.

Le mariage avec une cinquième femme.

Le mariage avec une femme idolâtre, ou celui

d'une musulmane avec celui d'un non musulman.

Le mariage contracté sous consentement, si le mariage a été contracté au mépris du droit de djehd, ou lorsque la femme se marie elle-même chez les Malékites et Chaféites.

Deuxième Catégorie. - Le mariage peut être dissous par le moyen du divorce. -

Le mariage Chiraq ou pour compensation chez les Malékites. - Le mariage contracté en état d'Iram sauf chez les Malékites.

Chez les Malékites et les Malékites, le mariage avec une femme mariée, lorsque le mari avoue qu'il connaît le mariage et que cependant on ignore quel est celui qui a été contracté le premier.

Si le mari ne remplit pas les conditions requises.

Si le consentement de la femme est vicié par l'erreur, le dol ou la violence.

Nullités relatives à la requête des parties ou d'office.

Troisième Catégorie. -



Le mariage contracté de sa nature est un contrat qui tendrait à en modifier les effets légaux, à les épouser de regret à l'égard des successions, le mari renonce à sa puissance paternelle, à la puissance maritale, le mari spécifie qu'il ne pourra pas également ses biens entre ses femmes etc.

En outre, le mariage limité à un certain temps, contracté sous la publicité ou celui contracté sans témoin, ou avec une personne âgée ou très affaiblie.

Deuxième Catégorie. - Nullité à la requête des parties, moins convertie pour la Consummation.

Chez les Mahétites, le mariage avec constitution de dot vicieuse, pas de dot, dot inférieure à la dot légale, si le mandataire a excédé les pouvoirs que lui avait confiés le mari et a stipulé une dot supérieure à celle qu'il avait le pouvoir de fixer.

Le mariage moyennant une dot que personne n'aurait été chargé de payer ou dont l'exigibilité n'aurait pas été fixée et, enfin, le mariage mal assorti, moins seulement à la requête de la femme.

Ces sont les divers cas de nullité du mariage.

Du Droit d'Option. - Le droit d'option est l'application ou au mariage d'une règle générale admise en matière de vente ou en matière de contrat équivalent à la vente. Dans ses contrats, la loi musulmane distingue quatre sortes de droits d'option.

1<sup>o</sup> D'abord, le droit pour chacune des parties, tant qu'elles se trouvent l'une et l'autre au lieu où il a été conclu; c'est l'option de lieu; cette option est de droit, à la nous pourrions étrange à nous dire d'entente qui avons l'habitude de la vente à prix fixe; mais en fait, il y a une telle disproportion entre les prétentions de l'acheteur et celles du vendeur, qu'on marchandé et qu'on discute tant qu'on ne s'est pas quitté.

2<sup>o</sup> Le droit pour chacune des parties, pendant un certain délai de résilier le contrat et de restituer la chose ou le prix; c'est l'option conventionnelle.

3<sup>o</sup> L'option d'examen pour celui qui achète une chose hors vue.

4<sup>o</sup> L'option pour vice rédhibitoire. On entend par là, le droit pour l'acheteur de restituer la chose après la prise de possession s'il est prouvé que cette chose ne remplissait pas la condition fixée, ou bien si elle présente des vices que l'acheteur ne pouvait pas connaître et qui, s'il les eût connus, l'eussent empêché d'acheter.

Ces sont les quatre genres d'option en matière de vente. En ce qui concerne le mariage spécialement, on a déjà vu que jusqu'à la consommation, chacune des parties pouvait se dédire moyennant une indemnité; c'est un droit qu'on peut faire rentrer dans le premier cas d'option. Il y a en outre en matière de mariage l'option pour vice rédhibitoire; toutefois, les Mahétites n'accordent cette option qu'à la femme, et uniquement pour cause d'impuissance du mari. Chez les Chaféites et les Chaféites, au contraire le droit d'option appartient aux deux époux et il leur appartient dans tous les cas

où des maladies ou infirmités seront un obstacle aux fins du mariage en rendant impossibles ou difficiles les rapports conjugaux, ainsi la lépre, la folie, l'impuissance chez l'homme, la stérilité chez la femme. Il en est de même de l'erreur sur la condition morale de l'un des époux; ainsi si le mari prétendait être enfant légitime et soit enfant naturel, s'il se prétendait libre et qu'il était esclave de même pour la femme que l'on croyait libre et qui était esclave. Mais la qualité de juive ou de chrétienne n'est pas une cause de répudiation, non plus que les autres infirmités ou l'erreur sur la personne physique. Ce sont là, d'après les différents rites, les différents cas d'option légale et prévus par la loi. Mais les parties peuvent valablement stipuler d'autres, par exemple, la virginité de la femme.

Pour application de la règle générale, les vices rédhibitoires ne sont admis comme cas d'option que si les époux les ignorent avant le mariage. Lorsque les vices rédhibitoires surviennent quant à la femme après le contrat, on n'en tient pas compte, le mari a toujours le moyen de la répudiation. S'il s'agit au contraire des vices rédhibitoires du mari, alors même qu'ils surviendraient après le mariage, toutefois, il y a exception pour l'impuissance survenue après le mariage consommé, si le mari a eu des relations avec sa femme, ne serait-ce qu'une seule fois, il n'y a plus lieu à option.

Effets produits par l'exercice du droit d'option.

Si l'option survient entre la convention et la consommation, le mariage est nul et l'option a vertu d'une véritable action en nullité, et lorsque cette action est déclarée fondée, le mariage est annulé rétroactivement. Si l'option n'est exercée qu'après la consommation, la décision qui intervient produit les effets du divorce par autorité de justice et le mariage n'est annulé que pour l'avenir; les effets juridiques produits par la consommation sont maintenus.

Mariages mixtes. - Cette théorie des nullités du mariage doit être complétée par quelques explications sur le mariage entre un musulman et une infidèle et entre un infidèle et une musulmane.

Il y a nullité absolue du mariage contracté par un musulman avec les filles qui n'ont pas reçu les écritures et pour celui d'une musulmane avec un non musulman.

Un musulman peut épouser une juive ou une chrétienne, toutefois ce dernier mariage, bien que valable d'après la loi, ne produit pas tous les effets du mariage entre croyants. En pareil cas, la femme ne succède pas à son mari. Chez les Mahétites particulièrement les filles qui naissent de ces unions appartiennent à la religion de leur mère et n'ont aucun droit dans la succession de leur père. Il est de règle qu'une non musulmane ne peut succéder à un musulman.

A côté de ces mariages mixtes, la loi reconnaît encore les mariages entre infidèles. Il peut arriver qu'au cours du mariage, les deux époux infidèles ou l'un d'eux se convertissent à l'Islamisme, ou bien que des époux musulmans abjurent leur religion et deviennent infidèles.



Cette conversion produira certains effets juridiques soit d'après la loi française, soit d'après la loi musulmane.

12 Si deux époux se sont musulmans, le mariage sera maintenu. Cependant s'il existe un empêchement par la loi musulmane et non par la loi française, le mariage pourrait être nul, mais seulement à la requête des parties. Si la dot comprend des choses illicites, elle ne serait pas maintenue. Si il n'y avait pas de dot, il y aurait lieu chez les Malékites à la restitution ou à la dot par tesquid.

Le mari se convertit seul, si les époux étaient chrétiens ou juifs, le mariage reste valable et il produit tous ses effets sauf les droits de succession de la femme; mais les Malékites déclarent le mariage nul en droit, mais il subsiste en fait, mais d'après eux la femme perd même ses droits à la dot et à l'entretien.

22 Si les époux, au lieu d'être chrétiens ou juifs, étaient idolâtres, le mariage serait dissous par le Cadi au moyen du divorce. Si le converti avait plus de quatre femmes, il devrait répudier l'excédent, les femmes répudiées auraient droit à la dot pourvu qu'elles soient répudiées après la consommation.

32 La femme se convertit seule à l'Islamisme. En pareil cas, d'après les Malékites, le mariage est dissous par le Cadi puisqu'il est défendu par la loi musulmane. Dans les autres, cette dissolution est également prononcée si le mari ne se fait pas musulman après une mise en demeure.

Effets produits par le mariage. - Droits et devoirs des époux l'un envers l'autre et envers les enfants.

Les époux se doivent mutuellement fidélité. Cette règle de morale est rappelée plusieurs fois par le Coran. Une femme il est recommandé de conserver soigneusement pendant l'absence de leur mari et que Dieu a ordonné de conserver intact et aux maris de vivre chastement avec leurs femmes, de ne pas commettre le crime de fornication, et de ne pas prendre de concubines. D'après une autre version, la prescription serait de ne pas prendre leurs femmes comme concubines, et le verset ajoute: celui qui trompera sa foi, sera en l'autre monde au nombre des malheureux. Quant à la sanction en ce monde, le Coran porte qu'il faut infliger à l'homme et à la femme adultère cent coups de fouet à chacun. Cette peine est confirmée et aggravée même par les jurisconsultes qui punissent la fornication, c'est à dire le commerce illicite entre toutes personnes de tout âge de sexe s'il s'agit de personnes libres, de cinquante s'il s'agit d'esclaves et Chaféi ajoute même aux coups de fouet le bannissement pour un an. La peine la même jusqu'à la lapidation lorsque l'homme est Mahal (marié), a déjà possédé une femme en mariage légitime.

D'après la loi musulmane, l'adultère est punissable chez l'homme comme chez la femme, alors même qu'il ne se serait pas chez nous, puisque chez nous, le mari n'encourt la peine de l'adultère au moins comme auteur principal que s'il a introduit une concubine au domicile conjugal. C'est donc avec raison que dans les pays musul-

mans soumis à la domination française et où le Code pénal français a été substitué à la loi pénale musulmane en ce qui concerne les indigènes musulmans, c'est donc avec raison que les Tribunaux français appliquent à la femme musulmane adultère, et au mari qui a entretenu une concubine, les peines prévues aux articles 308 et suivants. C'est ainsi que l'a jugé la Cour d'Alger dans un arrêt du 10 Novembre 1894, infirmant un jugement du Tribunal d'Orléansville qui avait décidé que la loi musulmane autorisait à avoir des concubines. Cela n'est vrai que pour des esclaves, et l'esclavage est aboli en Algérie et dans les Colonies françaises depuis 1848. Hors ces cas de commerce licite avec des esclaves, le mari doit fidélité à ses femmes légitimes. Si en pareil cas, il y a lieu d'appliquer le Code pénal français, c'est que le cas prévu n'est pas licite d'après le statut personnel, il n'y a pas conflit entre les deux lois; il en serait autrement si le Code pénal français punissait un fait licite d'après le statut personnel: par exemple la bigamie.

Les époux se doivent aussi secours et assistance, mais en droit musulman, cette obligation n'est pas réciproque, l'idée que la femme pourrait venir en aide au mari est tellement contraire aux usages de l'Orient que les législateurs n'y ont même pas songé. C'est donc le mari seul qui est obligé de pourvoir à l'entretien de sa femme et même à l'entretien des domestiques de celle-ci, si sa condition le comporte. (Arrêt de la Cour d'Alger 1891. 17 Mars).

Le mari seul doit l'entretien qui prend le nom de nafaqah. Le Tribunal de Sétif a jugé le 15 Novembre 93 que le mari ne pourrait dans aucun cas être mis à la charge de celui qui a répudié le mari dans les pourparlers relatifs au mariage.

La Cour d'Alger a décidé qu'une femme renoncée ne peut pas demander une pension aux enfants qu'elle a eu d'un premier mari (Arrêt du 4 Mai 1881).

Le mari doit pourvoir à l'entretien de sa femme suivant l'usage et suivant sa position; suivant la condition de la femme, en regard du point où l'on se trouve; et aussi au prix des denrées et, nous dit Sidi Kalim, le mari doit la nourriture à sa femme, alors même qu'elle serait d'un appétit extraordinaire.

Le mari peut tomber dans la gêne; en pareil cas, et aussi, en France la femme a le droit de demander le divorce, dans les autres rites on dira comme on pourra. Les jurisconsultes musulmans réglementent avec beaucoup de soins les détails de l'entretien de la femme: sa nourriture, logement, parure etc. Il est inutile de les suivre sur ce sujet, car il n'y a rien d'obligatoire. Seulement d'après un arrêt de la Cour d'Alger du 17 Mars 1891, les frais de couches et de maladie rentrent dans l'entretien légal.

Sur le point de savoir quand commence cet entretien, il y a différence entre les rites. D'après les Malékites l'entretien n'est dû qu'à partir de la consommation du mariage, lorsque la femme n'est donnée au mari et il faut en conclure que le mariage n'est pas l'entretien quand la femme n'est pas nubile ou qu'il est impossible pendant

si la consommation était retardée par le fait du mari; la femme ne devrait pas en souffrir et la Cour d'Alger a jugé par un arrêt du 3 Février 1840 que si le mariage contracté depuis longtemps n'a pas été consommé par suite de l'inconduite du mari, l'entretien est dû à la femme.

Les Hétérites et Chaféites accordent l'entretien dès la convention du mariage, et la condition que la femme soit de suite en état de satisfaire aux devoirs conjugaux; ou bien si encore n'étant pas encore nubile, le mari la prend chez lui; ou lui tenir compagnie. Si le mari la laisse chez ses parents, il ne doit l'entretien qu'à partir de sa nubilité. D'autre part, d'après les mêmes écoles, le mari doit l'entretien s'il prend sa femme chez lui, alors même qu'il serait incapable de consommer le mariage, étant impubère.

La femme ne peut réclamer la pension alimentaire que si elle habite le domicile conjugal, pourvu que le mari offre de la recevoir et de la traiter convenablement (Arrêt de la Cour d'Alger du 3 Février 1879). L'entretien ne lui serait pas dû, si elle refusait d'habiter le domicile conjugal ou si elle s'absentait sans l'autorisation du mari pour un voyage ou pour le pèlerinage de la Mecque, ou si elle était emprisonnée pour dette; mais elle y aurait droit si elle quittait avec l'autorisation de son mari, par exemple, sur l'avis d'un médecin pour aller habiter avec ses parents.

En principe, l'obligation d'entretien prend fin avec le mariage, par conséquent par la mort de la femme ou du mari; toutefois, dans ce dernier cas, l'entretien est dû à la veuve pendant un an par les héritiers du mari, et la veuve peut pendant ce délai continuer à habiter la maison conjugale. L'obligation cesse en troisième lieu par la répudiation définitive. Dans les deux derniers cas, l'obligation subsiste pour exemple si la femme est en retraite légale; si elle est enceinte pendant sa grossesse et jusqu'à sa délivrance, enfin si elle allaite l'enfant issu du mariage.

L'obligation d'entretien cesse par l'accusation d'adultère.

Devoirs de Cohabitation. — La loi musulmane pose l'obligation de cohabiter. A ne considérer que la lettre du Coran: « Les femmes sont votre champ, cultivez-les comme vous l'entendez », il semblerait que le mari peut agir à sa guise dans cet ordre d'idées. Il n'en est rien et si le prophète lui-même s'est permis de grandes libertés à cet égard, les jurisconsultes musulmans ont pris soin de régler très minutieusement toute la matière des relations conjugales, si minutieusement qu'on hésite à les suivre dans tous les détails qu'ils prévoient.

Voici ce qu'il est permis de dire: D'abord le mari doit remplir ses devoirs conjugaux, sinon la femme peut demander le divorce (Cour d'Alger, 28 Octobre 1878) et a-t-il qu'une seule femme, il a pu valablement s'obliger à passer toutes ses nuits chez elle sous la sanction de divorce s'il manque à son engagement. (Tribunal de Tunis, 16 Juillet 1891). A-t-il plusieurs femmes, il doit également partager ses nuits entre elles et c'est une obligation et il lui est recommandé de

partager également ses faveurs. Toutefois, ce principe d'égalité absolue reçoit une exception dans les cas suivants: D'abord si le mari étant déjà marié prend une deuxième, troisième ou quatrième femme, il est autorisé à consacrer à sa nouvelle femme plusieurs nuits consécutives; mais si elle est vierge, trois si elle ne l'est plus, et cela sous qu'il soit du consentement ou de ses femmes. En cas de voyage, le mari peut n'emmener qu'une de ses femmes désignée par le sort ou choisie par lui. En cas de maladie, il peut rester chez celle de ses femmes qu'il voudra s'il n'est pas transportable. L'exception si la femme consent à être moins favorisée que les autres. La femme a le droit de céder un de ses tours; le mari peut le demander et même payer pour l'obtenir.

Si la femme n'est pas obéissante, le mari peut la punir en suspendant qu'on a elle le partage égal, jusqu'à ce qu'elle se soumette à l'autorité maritale. Le partage n'est pas seulement pour les nuits, mais encore pour les jours, il est recommandé au mari de passer la journée auprès de la femme avec laquelle il a passé la nuit.

L'acte conjugal est interdit pendant l'état d'impureté de la femme, pendant l'intermède, il est blâmable de s'y livrer pendant les éclipses de soleil ou de lune; les orages, les tempêtes, la nuit de la nouvelle lune, soit celle du mois de Rihmadou.

La Cohabitation se rattache au domicile conjugal. Si le mari est tenu d'habiter avec sa femme, la femme de son côté est tenue d'habiter avec son mari de le suivre partout où il lui plaira de résider.

Celle est la règle générale qui comporte certainement un certain nombre d'exceptions.

La femme musulmane est obligée de suivre son mari partout où il lui plait de résider, il y a cependant plusieurs exceptions à cette règle qui ont été consacrées par la Cour d'Alger. D'après la loi musulmane, la femme ne peut être contrainte d'habiter le domicile de son mari, lorsque ce domicile est en même temps celui du père et de la mère de ce dernier et lorsque la femme est exposée à voir troubler ainsi la paix de son ménage, surtout alors qu'elle a sujet à se plaindre des parents de son mari. Le mari est obligé de fournir à la femme un domicile séparé de celui de ses parents.

Lorsque le mari a plusieurs femmes, chacune d'elles a le droit d'exiger dans la maison du mari un logement séparé. L'obligation pour la femme d'habiter le domicile conjugal peut être sanctionnée par la force, manus militari (C'est chez nous un point controversé). Toutefois la loi musulmane ne considère pas comme d'ordre public que la femme doit habiter le domicile de son mari, il est permis avec épouse d'y déroger par une convention expresse. (Cour d'Alger, 7 Octobre 61 et 25 Mars 1891). Chez nous, une pareille convention serait nulle aux termes de l'article 1388 du Code Civil comme dérogeant à la puissance maritale. Si le contrat porte seulement que la femme aura le droit d'aller voir ses parents aussi souvent qu'elle voudra, cette clause ne l'

autorise pas à établir son domicile ailleurs que chez son mari, lorsqu'une femme a quitté le domicile conjugal et a refusé de le réintégrer, le Cadi, si les torts sont au mari doit mettre les époux en observation en les faisant habiter pendant un certain temps chez des personnes (adali) qui les surveilleront, et chercheront à les reconcilier pour être en suite statué ce que ce droit.

Le mari doit traiter sa femme avec tous les égards dus à son sexe, il lui doit en même temps protection, la femme mal-traitée peut demander le divorce. Mais de son côté, la femme doit obéissance à son mari. Il vous recommandez celles dont vous avez à craindre la désobéissance, vous les releguez dans des lieux à part, vous les battez (Coran). Le texte même du Coran donne donc trois genres de peines. Le mari doit d'abord eshorter sa femme à la soumission. « Crains Dieu et souviens toi du respect que tu me dois; n'oublie pas que l'insoumission te fait perdre tes droits à mes faveurs. Si la femme persévère, le mari la relegue dans sa chambre, si la femme s'obstine, il peut recourir à des peines des plus touchantes. Ce pouvoir est limité aux coups sans violence qui ne laissent pas de traces. Si la femme se montre un jour ôté, et si le mari ne veut pas la répudier, il peut faire une déclaration au Cadi, celle de cloration le dispense d'obligation d'entretien lorsque la condition de femme ne comporte pas de cohabitation, elle doit faire le ménage, faire le pain, balayer; cependant elle n'est pas tenue de tisser ou de filer. Si le mari avant promis de ne pas lui faire faire certaines besognes, la violation de ce serment autorise la femme à demander le divorce. (Cout d'Alger & Casart 1862.).

La loi musulmane oblige la femme à vivre retirée, non dans l'isolement absolu, elle l'autorise à recevoir ses parents et mère et à aller les visiter, à recevoir des enfants à un mariage; le nombre et la nature des visites varient en raison du lieu, des usages locaux et les conventions de famille.

Le Coran et ses commentateurs s'étendent longuement sur la manière dont un homme et une femme doit se conduire. Il obtiennent en ce qui a même l'usage du voile, une femme libre doit avoir le visage couvert et elle ne peut se mouvoir sans voile que devant certaines personnes déterminées: son mari, les parents en sang, les parents de lait et ses alliés mâles avec lesquels le mariage lui est interdit, des esclaves, les enfants au dessous de 7 ans, les eunuques et les vieillards.

#### Devoirs des époux en ce qui concerne les Biens.

Le mariage n'ayant pour les époux leurs positions respectives. Leurs patrimoines demeurent distincts, il peut néanmoins exister une communauté de biens résultant de conventions spéciales. En droit musulman, la femme mariée conserve sa pleine capacité, elle acquiert souvent même une capacité plus grande lorsque le mariage l'emancipe. Elle peut signer sans l'intermédiaire du mari tous les actes juridiques, elle est donc l'égale du mari.

En comparant la situation de la femme musulmane à celle qui lui est faite chez nous, on constate que si la loi musulmane traite moins bien la femme quant à sa personne, elle la traite beaucoup mieux quant à ses biens et à sa capacité juridique. La femme a droit à la dot, à l'entretien sans avoir à supporter aucune des charges du ménage; elle a la libre administration de ses biens, elle peut même les aliéner, elle peut tester en justice, elle peut acquiescer. D'un autre côté, elle partage avec le mari, et c'est un droit pour elle, le soin de l'éducation des enfants jusqu'à un certain âge, à côté de la puissance paternelle, de la tutelle du père, se trouve le droit de adama qui appartient à la mère, la mère peut même exercer une véritable tutelle, enfin elle succède au mari soit comme femme mariée, soit comme mère, même au cas où se l'époux laisserait une postérité. A tous ces points de vue, la condition de la femme musulmane est supérieure à celle de la femme en Europe et même en France. Il y a plus, même en ce qui concerne la personne, la loi musulmane se montre plus large que la loi française, en ce qu'elle considère comme n'étant pas d'ordre public les règles relatives à la puissance maritale que reste-t-il donc?

L'infériorité morale de la femme, la dépendance dans laquelle elle est placée en fait à l'égard du mari, l'ignorance profonde dans laquelle elle est tenue. Mais cette dépendance tient beaucoup plus aux mœurs des Orientaux qu'à la loi musulmane elle-même. Chez les Arabes et les Musulmans en parti culier, on peut dire que la femme est soumise non pas à l'autorité maritale mais à la jalousie maritale. Tous les arguments invoqués pour les auteurs musulmans pour s'opposer à l'instruction de la femme, se ramènent à celui-ci: la propension à ce vice féminin, un vice et un désordre.

Etant données les aptitudes de la femme au vice, l'instruction créerait en elle une faculté, un instrument des plus redoutables pour le mari. Les livres? elle n'en lirait que ce qui a trait à l'amour, aux ruses et aux rancunes de ses pareilles. L'écriture? le premier usage qu'elle en ferait serait d'envoyer des billets amoureux. De ne cette infériorité tient aux mœurs, non à la loi.

En lisant le Coran, on y trouve nombre de prescriptions sur la nécessité d'instruire les femmes aussi bien que les hommes. Mais cette infériorité est blâmée par certains auteurs musulmans ils s'élèvent avec force contre cet usage qui fait des femmes musulmanes des bêtes, ou des troupeaux dans les pâturages. Nos idées modernes pourraient s'appliquer là dans une sage mesure sans violer les principes fondamentaux, seulement, il faut être en parfaite matière extrêmement prudents.

Quant à chercher à donner à la femme ou à sa fille musulmane l'instruction française, on ferait mieux de chercher à lui donner une instruction musulmane, c'est ce qu'on a eu le tort de ne pas faire en Algérie.

Devoirs des Eponx envers les Enfants

Il s'agit du devoir d'education et de la dette alimentaire (c'est-à-dire que la dette alimentaire entre eponx). La loi musulmane impose de nourrir, entretenir et elever les enfants. C'est la règle de droit naturel, une obligation consacree par toutes les legislations. Cependant la loi musulmane autorise les pere et mere a faire entre eux des conventions relativement a l'execution de ces obligations, a la condition de ne pas porter prejudice aux enfants.

Ainsi par exemple, l'un des eponx s'est engage a pourvoir a l'entretien des enfants, mais il vient a manquer de ressources, c'est l'autre a qui incombe l'obligation. (Cours d'Alger, 23 Mars 1891). Que si que soient les stipulations intervenues, au cas de divorce, c'est au pere qui incombe le devoir de subvenir aux besoins des enfants. L'obligation ne s'etend qu'aux enfants legitimes, elle ne s'etend pas aux enfants d'un precedent mariage.

Jusqu'a quel age les enfants peuvent-ils invoquer cette obligation? Si il s'agit d'un fils, il y a divergence jusqu'a sa puberte, suivant les uns, jusqu'au moment ou il peut suffire a ses besoins, suivant les autres. Pour les filles, tant qu'elles restent domniees a l'autorite paternelle, c'est a dire jusqu'a l'emancipation ou au mariage. Cette obligation est reciproque, le fils doit la nourriture a ses parents pauvres et cette dette alimentaire subsiste meme si la mere est remariee avec un homme pauvre.

L'obligation des enfants s'etend dans le rite Malékite aux serviteurs des parents ou si la mere survit a son mari, a la servante qui prend soin d'elle, de meme pour les beaux-pere, belle-mere ou a l'aieule. Dans le rite Malékite, les enfants doivent la nourriture a tous leurs parents a tous les degres. La dette alimentaire n'existe d'ailleurs que dans les proportions des besoins de ceux a qui elle est due et de la fortune de celui qui la doit.

Dissolution du mariage. - Le Divorce.

Le mariage se dissout par la mort ou l'apostasie de l'un des eponx, le divorce ou la repudiation.

Le divorce chez les musulmans, contrairement a ce qui se passe chez nous, peut resulter d'un consentement mutuel des eponx ou d'une decision judiciaire. Le divorce par consentement mutuel est ordinairement declare par la femme qui veut reprendre sa liberte, le mari ayant le moyen de la repudiation. Le divorce par consentement mutuel s'appelle en arabe Khol, ce qui veut dire rachat de la femme. Il n'y a aucune formule speciale. Les personnes qui peuvent consentir au divorce sont les memes qui peuvent consentir au mariage. Au Maroc, aucun écrit n'est necessaire, la preuve testimoniale suffit, bien que la preuve litterale soit meilleure.

Lorsque l'on dresse devant le Cadi un acte de divorce, cet acte porte que c'est le mari qui divorce sa femme, ce n'est qu'une question de forme. Le mari qui rend a la femme sa liberte a une compensation, la restitution de la dot par exemple, il faut alors que le mariage ne puisse pas etre dissout autrement dans le cas contraire, le mari

aurait pu se marier avec une autre femme. Si il serait tenu de restituer par exemple, lorsque le mariage est nul, lorsque la femme aurait ete repudiee definitivement. Le divorce dissout le mariage definitivement. Il est dit *Dhim* (separe) c'est a dire que les effets de ce divorce ne pourrout pas cesser par la seule volonte du mari, contrairement a ce qui a lieu pour la repudiation; dans certains cas, il faudra pour faire cesser les effets du divorce, nouveau consentement des eponx, nullem contract et nouvelle dot.

Divorce par autorite de justice. - Cas de Divorce.

Le divorce par autorite de justice, (*Khulfi* propre) differe de l'autre en ce qu'il est prononce le plus souvent a la requeste de la femme, cependant le mari pourrait avoir interet a demander le divorce au lieu de recourir a la repudiation, par exemple pour se faire restituer sa dot. D'une facon generale, il y a lieu a divorce toutes les fois que le mari ne remplit pas ses devoirs, ou manque a ses engagements pris dans le contrat de mariage, enfin lorsqu'il prononce le serment de *Cha* (continence). Le mari ne remplit pas ses devoirs conjugaux en pareil cas. Si c'est une pretention de la femme, le mari peut demander d'affirmer sous la foi du serment qu'il remplit ces devoirs. Il peut demander en outre que la pretention de la femme soit ecartee jusqu'a ce qu'une autre ait demontre que le mariage n'a pas ete consommé.

Autre cas de divorce; le mari est impuissant, si en pareil cas le mari conteste le dire de sa femme, le Cadi nommera un expert pour s'assurer que le mariage a ete consommé. Si le mari reconnait etre atteint de cette infirmité, le Cadi devra ordonner que la vie commune continuera pendant un an, pendant lequel le mari devra une traite mensuelle a sa femme. Si apres cette annee, il n'y a pas de progres, le divorce sera prononce au profit de la femme. Le mari peut demander le divorce sur l'aveu de la femme qu'elle a eu des relations avec un autre. (Cours d'Alger, 3 Juin 1878). La femme se rend coupable d'adultere, cas de divorce. Le mari meurt ou si l'obligation d'entretenir la femme question finissée a l'inspiration des juges. Si le mari a disparu et qu'il ait pourvu néanmoins a l'entretien de la femme, on attend plusieurs annees, si la femme est abandonnee sans ressources, le divorce est prononce immediatement. Le mari maltraite sa femme, lui dit des injures, ou a ses parents, ou ses amis, il lui reproche d'avoir perdu sa virginite avant le mariage, il la frappe en dehors des cas prevus par la loi, il frequente des femmes de mauvaise vie, il entretient une concubine ou concubine conjugale, il abandonne le domicile conjugal, il y rend la vie insupportable. C'est la une question de fait, les tribunaux apprecient si la sollicitude de la femme est fondee. Le mari ne remplit pas les engagements contractes en se mariant, il n'a regle la dot, a separe la femme de ses parents, l'a envoyee travailler aux champs en ete, il avait promis d'habiter la ville, il habite la campagne, il s'etait engage a n'avoir qu'une femme, il en prend d'autres, il s'etait engage a consacrer le mariage dans un lieu, il l'a consommé dans un autre, il avait promis de passer toutes ses nuits chez sa femme et il decouche (Tribunal de Tunis, 15 Juillet 94).

Lui qui peut etre demande le divorce, par autorite de justice!



Sur les ménages personnels qui peuvent consentir au mariage. —  
vorce par consentement mutuel. Le procureur a lieu de s'en tenir  
en général de l'adi avant de prononcer le divorce, comme le doit à la  
femme entre le maintien ou la dissolution du mariage, c'est-à-dire que  
l'un ve forme, si la femme demande formellement le divorce, il se pro-  
nonce. Si le divorce est prononcé à la requête de la femme, il est immé-  
diatement exigible ce qui reste du sub-stitut, si c'est à la requête du  
mari, la femme perd ses droits sur la dot, si c'est à la requête de  
le divorce peut être Bâin (définitif) ou Réjâi (sujet à rétractation) la règle  
générale, il est toujours définitif, cependant, il y a des exceptions à cette  
règle à la suite du serment de continence ou d'abstinence d'un côté  
de la femme. Le mari peut en faisant cesser l'abstinence en prouvant  
qu'il a des ressources suffisantes pour l'entretien, reprendre sa femme  
pendant la durée de sa retraite légale.

### De la Répudiation

La répudiation s'appelle l'elâg (rompre un lien) cette expression  
s'applique du reste à toutes les dissolutions du mariage. La répudiation  
diffère du divorce en ce qu'elle est réservée au mari seul. Les conditions  
de validité sont que celui qui répudie soit majeur et sain d'esprit  
et surtout que l'intention de répudier soit évidente, cette intention doit  
bien manifester, elle peut d'ailleurs résulter de paroles quelconques, il  
n'y a pas de formule sacramentelle. Mais la formule a une impor-  
tance en ce que suivant qu'elle est plus ou moins énergique, la répu-  
diation produit des effets qui ont plus ou moins d'étendue, ainsi à ce  
point de vue, la répudiation peut avoir lieu par un, deux ou trois, sui-  
vant que la formule est dite ou répétée une, deux ou trois fois. On exi-  
ge que la formule ordinaire soit répétée pour que l'intention soit bien  
manifeste.

Il y a cependant des formules qui bien que prononcées une  
seule fois, produisent les mêmes effets que par trois. Par exemple la for-  
mule : « Tu as la bride sur le cou » la règle est cependant qu'il faut  
que l'intention de répudier soit bien manifeste et la Cour d'Alger a  
jugé qu'en ce cas, on doit s'en remettre à la conscience du mari.

Lorsque la répudiation a lieu par trois, doit répétée par  
la formule plus énergique et à triple effet, elle est définitive, le plus  
souvent elle n'est que révoicable. Le mari qui répudie sa femme s'expose  
me devant témoin, et la preuve en sera faite par témoignage et on  
peut aller devant le Cadi et faire révoquer un acte; les jurisconsultes  
recommandent ce mode de preuve.

Les effets de la répudiation diffèrent suivant qu'elle est défini-  
tive ou sujette à retour; pour la répudiation comme pour le divorce on  
emploie les expressions Bâin ou Réjâi. La répudiation définitive dis-  
sout immédiatement le mariage et, comme pour le divorce irrévoca-  
ble, les époux ne peuvent plus se remarier si ce n'est de leur consente-  
ment mutuel, en vertu d'un nouveau contrat et moyennant constitu-  
tion d'une nouvelle dot et même, si la répudiation a eu lieu par trois,  
le mari ne peut plus reprendre sa femme que si elle devient veuve  
mariée à un tiers et répudiée par lui après avoir consommé le mari-

age. Le but de cette règle est de punir par ses difficultés le mari qui  
répudie sans motifs irrésistibles. Il faut que le mari intermédiaire ait con-  
sommé le mariage et comme on pourrait trouver un ami complai-  
sant pour consommer fictivement, les jurisconsultes exigent que la  
preuve de la consommation soit faite.

Quant à la répudiation réjâi, elle n'entraîne pas la disso-  
lution du mariage, elle oblige seulement les époux à se séparer, le mari  
n'a plus le droit de s'introduire chez sa femme, mais il peut de sa sen-  
se volonté faire cesser cette répudiation et reprendre sa femme sous le  
consentement de celle-ci, sous nouveau contrat, sous nouvelle dot. Le  
retour replace les époux dans la situation où ils étaient avant la ré-  
pudiation. La répudiation est toujours Bâin lorsque la femme n'a  
pas consommé le mariage ou si la répudiation a lieu par trois. La  
femme répudiée conserve sa dot.

Cas de Divorce. — A cette matière du divorce et de la  
répudiation, il y a lieu de rattacher trois sortes de serments qui sont con-  
sidérés comme des injures de nature à dissoudre le mariage. C'est d'abord  
le serment de continence ou ilâ, ensuite le serment du dos ou amina  
ou char, puis le serment lian ou accusation d'adultère.

Par le serment de continence, le mari jure qu'il n'aura pas  
de relation avec sa femme pendant un délai déterminé ou indéterminé.  
Le droit musulman considère ce serment comme un manquement aux  
devoirs conjugaux et si le mari persévère dans son attitude plus de  
quatre mois, la femme est autorisée à demander le divorce.

Par le serment d'ihar, le mari assimile sa femme à une  
personne avec laquelle toute relation lui serait interdite, il lui dit par  
exemple : « que son dos soit pour moi comme le dos de ma mère » Le  
serment du dos ne constitue pas à lui seul la répudiation, il fondera  
établi, si d'après les circonstances, le mari a eu bien l'intention de ré-  
pudier.

Le serment lian ou anathème est l'accusation d'adultère  
par le mari, contre sa femme et prononcé sous la foi du serment après  
que le Cadi a autorisé le mode de preuve. En règle générale dans le droit  
musulman, le crime de fornication doit être prouvé par quatre té-  
moins, il devra répéter le serment quatre fois de suite, puis pour une  
cinquième invocation, appeler sur lui la malédiction divine pour  
le cas où il aurait menti. De son côté la femme est admise à pré-  
ter le serment contraire, elle se prêterait quatre fois, jurera que son  
mari ne l'a pas prise en flagrant délit d'adultère et appellera  
sur elle la colère de Dieu pour le cas où elle aurait menti. Lorsqu'il  
s'agit d'une femme, ce n'est pas la malédiction, c'est la colère divine  
la femme n'est pas digne de la malédiction de Dieu qui se met seu-  
lement dans une violente colère.

Trois hypothèses peuvent se présenter. Le mari, après  
avoir accusé sa femme, refuse de prêter le serment. En pareil cas,  
l'accusation est nulle et la femme qui a eu à subir et outrage  
peut demander le divorce. La femme accusée par son mari refuse-t-  
elle de prêter le serment? C'est un avènement, le divorce est prononcé aux



faits de sa femme et sans préjudice des cent coups de fouet. Le mari et la femme prêtent l'un et l'autre le serment, le mariage est également dissous, mais dans ce cas, la femme n'est pas considérée comme coupable. En pareil cas il faut que l'un des deux épouse un autre en faisant ce mensonge, il a causé un préjudice à l'autre.

Le serment d'anathème doit être prêté solennellement dans un lieu vénéré après que l'Amirama a appelé l'attention des époux sur les conséquences de l'acte. S'il s'agit d'une femme chrétienne ou juive, il sera prêté dans une église ou une synagogue. Ce sont les règles rigoureuses du droit, aujourd'hui, en fait, on a abandonné ces pratiques, il suffit d'une déclaration d'adultère ou d'un aveu de la femme devant le Cadi. L'anathème dissout le mariage, cette séparation est plus énergique que celle résultant du divorce ou de la répudiation. D'après les Malékites et les Chaféites, elle rend la séparation irrévocable; les époux ne pourront plus jamais se remarier. Les Hanéfites sont moins rigoureux, ils admettent que les effets de l'anathème cessent lorsque le mari a rétracté son serment, sa déclaration et a subi la peine prononcée pour ce fait.

Retraite légale (Endda). L'endda est le délai pendant lequel une femme ne peut se remarier après la dissolution de son mariage. Ce délai prend le nom de Istriba lorsqu'il s'agit d'une femme qui a eu des relations illégitimes. L'endda et l'istriba ont le même but: reconnaître si une femme est enceinte, des œuvres de qui éviter la confusion de parenté.

L'endda suppose que le mariage a été consommé ou du moins que la consommation était possible physiquement. Cependant, lorsque le mariage est dissout par la mort du mari, l'endda de deus a un autre caractère, il est imposé à la veuve non seulement pour éviter la confusion de paternité, mais encore par convenance. Le délai varie suivant que le mariage est dissout par une séparation entre vifs ou par la mort du mari. Dans le premier cas, en cas de divorce ou de répudiation, le délai est de trois quouron si la femme n'est pas enceinte. (Le quouron est la purgation menstruelle). L'endda prend fin avec la 3<sup>e</sup> quand bien même elle devrait commencer la veille de la première. Quant à la durée de la quouron, elle est de trente jours, on compte donc par quouron et non par mois, si 3 ans se vont ou à l'expiration du délai il ne se produit aucun symptôme de grossesse, l'endda est terminée, sinon l'endda prend fin avec la grossesse de la femme. Si le mariage est dissout par la mort du mari, le délai de l'endda est plus long, il est de quatre mois et dix jours depuis la mort du mari.

L'endda s'accomplit au domicile conjugal et dans la retraite. Le pendant ce temps, le mari devra pourvoir à l'entretien de sa femme (lui ou ses héritiers). Dans tous les cas, la femme aura droit au logement ou à une indemnité de logement. Quant aux effets de l'endda, la retraite légale constitue un empêchement dominant au mariage qui serait contracté dans ce délai, et se rendrait radicalement nul.

Conséquences du mariage relativement aux enfants

La paternité se dit el bou. Ma. Le droit musulman distingue les enfants en enfants légitimes et en enfants illégitimes, il ne connaît pas la distinction que nous faisons entre les enfants légitimes et les enfants naturels légalement reconnus, dans la loi musulmane, un enfant illégitime reconnu a tous les droits d'un enfant légitime, la seule différence qui existe entre les deux est que le premier est protégé par la protection paternelle, tandis que l'autre ne peut invoquer cette protection, il serait en outre obligé d'établir de prouver sa filiation si elle est contestée, ce n'est qu'une question de preuves.

Sont légitimes: 1<sup>o</sup> Les enfants conçus pendant le mariage pourvu qu'ils ne soient pas désavoués.

2<sup>o</sup> Les enfants nés des relations du maître avec ses esclaves, et que le maître reconnaît pour siens.

Sont illégitimes: 1<sup>o</sup> Les enfants nés d'unions illicites.

2<sup>o</sup> Les enfants conçus pendant le mariage et que le mari a désavoués.

Enfants conçus pendant le mariage.

En droit musulman comme en droit français, il n'y a qu'un père le mari. Quelle est la durée de la gestation? En ce qui concerne la durée la plus courte, elle est de six mois moins tous les rites, c'est un peu moins de 180 jours, puisque l'année musulmane est composée de mois lunaires, quant à la durée la plus longue, elle est controversée. Elle est de deux ans chez les Malékites, quatre ans chez les Chaféites. Les Malékites admettent des durées de quatre et cinq ans. Et évidemment ce sont là des données contraires aux données de la science, mais il est probable que les jurisconsultes musulmans ont fixé cette durée extrême de la grossesse par raison d'humanité, pour éviter l'abus des répudiations et des divorces. D'autres prétendent qu'il n'y a pas lieu de fixer un terme et qu'il faut s'en rapporter à l'avis des sages-femmes. On trouve enfin un arrêt du conseil supérieur de juridiction algérienne déclarant que le délai maximum est de neuf mois. Quant à la Cour d'Alger, elle a profité de toutes ces controverses pour appliquer la loi française (Article 312 du Code Civil). Le délai le plus long sera de 300 jours. Par conséquent l'enfant sera conçu pendant le mariage, lorsqu'il sera entre le 180<sup>e</sup> et le 300<sup>e</sup> jour.

Deux mariés peuvent réclamer la paternité d'un enfant lorsque ces deux mariés se trouvent l'un et l'autre dans les conditions prévues par la loi. C'est le cas qui se présentera lorsqu'une femme accouchera moins de dix mois après sa répudiation et plus de six mois à compter de la consommation du mariage, lorsqu'il sera né plus de dix mois après la dissolution du mariage.

D'après les Malékites seulement, lorsqu'à cause de l'état de santé des époux, il y aura eu impossibilité de cohabiter, soit encore à cause de leur défaut de puberté, de l'impossibilité du mari, des vices de conformation de la femme, par suite du serment de continence justifié par le serment il a le desaveu pourra être exercé lorsque le mari prononcera contre sa femme l'accusation d'adultère, mais

alors il suffira pas d'une simple protestation même alors de  
 son vivant que l'enfant reçoit bien quand le père et la mère  
 sont blancs. Ce devoir pourra être facile faite de preuves. Le mari ne  
 serait plus recevable s'il avait cohabité avec sa femme après avoir eu  
 connaissance de sa grossesse ou bien s'il avait tardé à exercer l'action  
 sous motif acceptable, lorsqu'il a laissé passer sans agir un ou deux  
 jours suivant les Malékites, 7 jours dans les autres rites c'est le délai  
 pendant lequel le mari sera déclaré sur la naissance de l'enfant  
 ou la grossesse de la femme. Si le mari avoue que sa femme desavouant  
 l'enfant et prétendant que sa paternité doit être attribuée à un é-  
 tranger, la paternité sera attribuée au mari.

Enfants nés d'esclaves — Est légitime l'enfant né de  
 relations du mari avec ses esclaves et qui il reconnaît comme sien d'  
 après les Malékites, cette reconnaissance doit être expresse, d'après les  
 Chaféites, cela n'est pas nécessaire lorsque le maître a vécu avec l'es-  
 clave. Dans ce cas, la présomption est qu'il est le père de l'enfant.  
 Les Malékites paraissent se ranger à cette légitimité. S'il y a eu un  
 premier enfant et qu'il en existe d'autres, la présomption est qu'ils  
 lui appartiennent.

Enfants illégitimes. — Les enfants illégitimes sont ceux  
 nés d'unions illicites, ils ne peuvent être légitimés par le père, ils  
 restent annexés à leur mère, leur ruche est indélébile, ils n'ont de lieu  
 juridique qu'avec leur mère et les parents de celle-ci en supposant que  
 que la maternité soit établie soit par la reconnaissance de la mère  
 soit par des preuves légales. Toutefois le rite Malékite défend le mari-  
 age entre le père et les enfants illégitimes.

Condition des enfants. — Les enfants légitimes suivent la  
 condition de leur père. Si le père et la mère ou l'un d'eux sont es-  
 claves, les enfants suivent la condition de la mère. Donc si la mère est  
 libre, les enfants sont libres, si elle est esclave, ils sont esclaves de son  
 maître. Quant aux enfants nés d'un mariage entre un musulman  
 et une femme infidèle, chrétienne ou juive, dans le rite Malékite  
 ils suivent la religion du père, qu'il s'agisse d'un garçon ou d'une  
 fille. Dans le rite Malékite, les garçons suivent la religion du père,  
 les filles celle de la mère.

Reconnaissance des enfants naturels. — La loi mu-  
 sulmane ne connaît pas les enfants naturels reconnus, ni ce que nous  
 appelons la filiation naturelle. Cependant, la jurisprudence a varié  
 soit quant à la reconnaissance, soit quant à la recherche de la  
 paternité naturelle, reconnaissance judiciaire. En ce qui concerne la  
 reconnaissance volontaire, un arrêt de 1885 décide que le père peut  
 reconnaître un enfant comme sien, mais d'autres arrêts, 24 décembre 1863  
 et 28 janvier 1889 ont jugé au contraire que la reconnaissance de  
 l'enfant né hors du mariage n'est pas admise par le droit mu-  
 sulman. Quant à la reconnaissance forcée, il y a encore divergence  
 dans les arrêts de la Cour d'Alger. Un arrêt du 18 novembre 1879  
 dit qu'en cas de rite musulman n'interdit la recherche de la  
 paternité naturelle et que dès lors il y a lieu d'admettre que cette

recherche peut être faite par tous les moyens et notamment par  
 la forme testimoniale, la Cour en conclut qu'il y a lieu de déclarer  
 recevable l'action d'une femme musulmane qui prétend avoir été seduite  
 par un indigène lui ayant promis le mariage et qui se fonde sur  
 sur la naissance de l'enfant survenue à la suite de ces relations, ré-  
 mande à titre de réparation, pour elle un douaire et pour son enfant  
 une pension alimentaire (Nefatia). Cette action peut être justifiée par  
 un acte, toutefois les juges ne doivent se déterminer que sur des preuves  
 indubitables. Dans un autre arrêt du 23 décembre 1865, décide que  
 droit musulman, la paternité n'est pas ad mise. C'est là un  
 point pour lequel on a voulu adopter le droit français de  
 silence du droit musulman.

#### Reconnaissance spéciale au droit musulman.

Si le droit musulman n'admet pas la recherche de la  
 paternité, il admet l'aveu la reconnaissance de parenté. C'est là une  
 sanction de la loi qui a pour but et pour effet de créer des liens  
 de parenté entre des personnes qui ne sont pas liées par les liens du  
 sang. Cette reconnaissance ne s'applique donc qu'à la parenté légitime et  
 c'est ce qui la distingue de notre reconnaissance d'enfant naturel, elle ne  
 s'applique qu'aux parents qui pourraient être légitimes, mais cette san-  
 tion n'est admise qu'autant qu'elle est vraisemblable. Les effets sont diffé-  
 rents suivant qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme. Un homme  
 peut reconnaître un enfant comme sien, que ce soit un garçon ou une  
 fille, mais sous conditions suivantes : d'abord qu'il puisse physiquement  
 en être le père, c'est à dire que la différence d'âge permette au père d'être  
 pubère au moment de la conception de l'enfant, il faut en second  
 lieu que la naissance de l'enfant soit inconnue, si elle est connue  
 il y a obstacle matériel.

Enfin, au moins chez les Malékites, il faut que cette reconnais-  
 sance n'ait pas pour but de frustrer les héritiers légitimes. Elle don-  
 ne à l'enfant les mêmes droits qu'à un enfant légitime dans ses rapports  
 avec l'auteur de la reconnaissance, notamment quant à l'entretien  
 et quant aux droits de succession, et même chez les Malékites, l'enfant  
 reconnu a les droits des enfants légitimes dans la succession du  
 père de l'auteur de la reconnaissance et cela quand bien même le  
 père du déclarant n'aurait pas reconnu la filiation de l'enfant.

D'autre part et réciproquement, la reconnaissance  
 donne au père des droits à l'entretien, aux aliments et à la  
 succession de l'enfant, toute fois avec une restriction, il ne faut  
 pas qu'il y ait de la part du père le caractère d'une spéculation.  
 Si donc le déclarant était pauvre, indigent ou si le recon-  
 nu était riche, la reconnaissance ne produirait ses effets si l'enfant  
 quant à l'entretien et quant aux droits de succession qu'il aurait  
 qu'elle aurait lieu du consentement de l'enfant.

La reconnaissance peut profiter également à la mère de  
 l'enfant reconnu sur les droits de la succession de l'auteur de la  
 reconnaissance en qualité d'épouse légitime, mais seulement à une

condition, c'est qu'elle affirme et qu'elle prouve en cas de contestation que l'enfant est issu de son union avec le déclarant.

La femme peut reconnaître un enfant comme sien lors qu'elle est majeure, non mariée, non soumise à l'indda, mais cette reconnaissance ne produit pas des effets aussi étendus que lorsqu'il s'agit d'un homme, ces effets ne se produisent qu'entre la mère et l'enfant, et même ils ne viennent à la succession l'un de l'autre qu'à défaut d'héritiers naturels.

A l'inverse la reconnaissance peut émaner, de l'enfant qui indique que telle ou telle personne comme étant son père ou sa mère, mais cette reconnaissance doit être acceptée par le père et la mère dont il s'agit. On peut encore reconnaître une personne comme son frère, sa sœur, son cousin, comme un collateral. Pratiquement cette reconnaissance a lieu lorsqu'on veut admettre cette personne au partage dans une succession. Deux frères ou deux cousins reconnaissent une personne comme frère ou comme cousin, les effets de cette reconnaissance seront limités entre le reconnaissant et le reconnu.

L'Adoption - L'adoption bien que pratiquée par Mahomet est une institution inusitée chez les Musulmans.

### - Puissance Paternelle -

La puissance paternelle peut s'exercer sur la personne ou sur les biens de l'enfant. En ce qui concerne la personne, le père a le droit de contrainte matrimoniale pour le fils jusqu'à sa puberté, sur la fille jusqu'à la nubilité chez les hachémites, jusqu'au mariage légal chez les Chaféites et les Malékites.

Le père a le droit d'obliger son enfant à demeurer dans la maison paternelle, il a le droit de correction dans nos possessions françaises ce droit est restreint dans les limites du Code pénal français. L'ère qui touche les biens, le père a l'administration des biens de ses enfants jusqu'à leur majorité qui se confond avec la puberté en général, chez les hachémites et les chaféites quinze ans pour les deux sexes, chez les malékites 18 ans. Il se peut même que cette administration dure jusqu'à ce que l'enfant soit impuissant, et cette incapacité peut en avoir lieu qu'après la puberté, c'est à dire jusqu'à ce que l'enfant soit reconnu apte à gérer lui-même son patrimoine.

Après la mort du père, on fait passer la puissance paternelle à certaines personnes dans les rites hachémites et chaféites ou au oncle ou tuteur testamentaire dans le rite malékite. Mais après la mort du père ainsi qu'en cas de divorce ou de répudiation, la mère exerce un droit particulier, celui de garder l'enfant et de lui donner les soins que réclame son sexe ou sa faiblesse. Ce droit porte le nom de hadhama ce qui veut dire action de couvrir. C'est un droit que la mère exerce parallèlement à la tutelle de son enfant, c'est une sorte de tutelle féminine qui n'appartient aux hommes qu'à défaut de femmes, ce droit consiste dans les soins physiques qu'une femme seule peut donner à un enfant. Au père appartient l'éducation mo-

rale, à la mère l'éducation physique à elle aussi l'entretien, le choix des aliments, des habits, tout cela sous la surveillance et le contrôle du tuteur.

Pour les garçons dans le rite malékite, ce droit s'exerce jusqu'à la puberté. Il faut entendre ici la puberté légale l'âge de 18 ans, Pour les hachémites jusqu'à l'âge de 7 ans révolus, c'est l'âge où l'enfant est censé pouvoir se débarrasser de laver les mains et s'habiller seul à cet âge le père ou le tuteur ont le droit de réclamer la personne de l'enfant. Même âgé de 7 ans chez les hachémites et les chaféites, seulement ces deux rites distinguent et décident qu'après cet âge le garçon est libre de choisir entre les soins de sa mère ou ceux de son père. Dans le rite hachémite, c'est à l'âge de cinq ans après lequel il est confié à la garde de son père. Pour les filles chez les Chaféites, les malékites, les hachémites et les hachémites, jusqu'à leur mariage; chez les hachémites jusqu'à l'âge de neuf ans révolus.

Le droit de hadhama appartient d'abord aux femmes qui doivent être sages, majeures, saines d'esprit d'une conduite exemplaire, et c'est seulement à défaut de femmes que la hadhama passe aux hommes. Ce droit appartient dans l'ordre suivant: d'abord à la mère, à l'aveule maternelle de l'enfant, à la bisavante, la tante, la grande tante maternelle, viennent ensuite l'aveule paternelle, la sœur germaine, la sœur utérine, la sœur ensanguinée, la tante paternelle s'il n'y a pas de parents à ces degrés on dit auant d'elles ne veut on ne peut exercer la hadhama le droit passe au père, au oncle, au frère de l'enfant, à ses neveux, à ses oncles etc, le degré le plus proche excluant le plus éloigné et en accordant la préférence à la ligne féminine.

La hadhama perd son droit, d'abord si elle s'est remariée, la loi suppose que la femme se devant à sa nouvelle famille n'aurait plus pour l'enfant les soins qu'il réclame. Il peut pourtant être fait exception à la règle dans l'intérêt de l'enfant, toutefois cette déchéance n'est légale que lorsqu'elle est demandée dans la dernière année du mariage, sinon il y a présomption de la perte du droit de l'impquer.

La hadhama perd ce droit par son incontinence, par un changement de domicile l'éloignant trop du lieu habité par le père, il faut que la distance soit alors de six lieues (20 kilomètres soit 120 kilomètres). Le droit de hadhama est perdu lorsque la personne qui en est revêtue perd l'aptitude à en remplir les charges.

L'application des règles de la hadhama donne lieu dans la pratique à de nombreux procès, parcequ'il est difficile de concilier ce droit avec le droit d'éducation du tuteur, ou bien encore parce qu'il se produit des conflits entre les personnes qui demandent à l'exercer ou enfin, parceque la personne investie de ce droit protège contre la déchéance dont elle est frappée par la loi, la tutelle

que la tutelle qu'on a sur les biens d'un tuteur qu'il n'est pas intervenu un acte de l'enfant après à administrer ses biens. Mais on continue un autre arrêt par lequel la cessation de cette tutelle a l'âge de 18 ans.

En droit français, la tutelle ne s'ouvre que par la dissolution du mariage pendant le mariage le père exerce la puissance paternelle sur la personne de l'enfant et il a en outre l'administration de ses biens, cette administration lui appartient en qualité d'administrateur légal et on admet certaines différences entre l'administration légale et la tutelle.

Le droit musulman en moins d'après l'opinion générale, ne connaît pas d'administration légale en dehors de la tutelle mais pendant le mariage, le père administre les biens de ses enfants mineurs, c'est un peu d'ailleurs affaire d'étiquette, il administre les biens en vertu de sa puissance paternelle non en qualité de tuteur. Cependant des auteurs et des arrêts décident que le père et le ouassi qui est le représentant du père, agissant en vertu de la puissance paternelle, ont des pouvoirs plus étendus que les autres tuteurs.

**De la Tutelle** — La tutelle appartient en première ligne au père désigné par la loi comme tuteur légal; à défaut du père elle appartient à la personne qu'il a désignée. (Orassi tuteur testamentaire). (Comparez avec le Code Civil, art. 297). Le père peut donc nommer un ou plusieurs tuteurs testamentaires, si ces tuteurs remplissent les conditions voulues, c'est à dire sont musulmans, libres, sans esprit, majeurs et dignes de confiance, le père peut donc confier la tutelle testamentaire à une femme, soit la mère soit une non parente de l'enfant. Cette nomination du tuteur testamentaire aura lieu comme le testament lui-même, soit par une déclaration devant le Cadi, soit par une simple déclaration devant témoin.

Si le père n'a pas désigné de tuteur par testament, les hachéites et les chaféites, la tutelle appartient au plus proche anna de la ligne ascendante. (Code Civil, art. 402) et lorsque cet anna est le plus proche en degré, c'est à dire l'aïeul paternel, il a comme le père lui-même le droit de désigner un tuteur testamentaire et ses petits enfants. Quant aux malékites, ils ne reconnaissent pas cette tutelle légale des annas. À défaut du père et du tuteur testamentaire dans le rite malékite et d'anna de la ligne ascendante dans les rites hachéite et chaféite, la tutelle légale est dévolue au Cadi qui est le tuteur de tous les enfants à la tutelle desquels il n'a pas été pourvu ou qui n'ont pas de parents auxquels la tutelle revienne de droit. Comme le Cadi pourrait pas suffire par lui-même à l'exercice de toutes ces tutelles, il nomme pour la gerance de chacune d'elles un ou plusieurs mandataires qui prennent le nom de mokhad'heb. Ces mandataires sont les agents du Cadi. Ils exercent leur fonction sous sa surveillance et sa responsabilité. Si le Cadi est le tuteur légal il en résulte que dans nos possessions françaises, lorsque le droit de

juger a été enlevé aux cadis qui ont été remplacés par des juges de Paris, le Cadi étant réduit aux fonctions de notaire ne peut plus recevoir que des actes, il n'a plus qualité pour exercer la tutelle légale. (Ainsi jugé par la Cour d'Alger en plusieurs arrêts). La tutelle légale n'appartient qu'aux hommes la loi musulmane ne permet aux femmes que d'être tuteurs testamentaires.

Lorsqu'une mère n'a pas été investie de la tutelle testamentaire, elle n'a pas qualité pour s'immiscer dans la tutelle exercée par un tiers, elle ne peut que recourir à la plainte et provoquer ainsi la nomination d'un autre tuteur. En droit français, la tutelle est une charge publique que le tuteur ne peut refuser ou moins d'être dans un des cas d'exuse prévus par la loi. En droit musulman, il n'en est pas de même, la charge de la tutelle légale est purement facultative si cela ne s'applique pas à la tutelle légale du Cadi, cela s'applique aux Mokhad'heb. Il peut être ajouté au tuteur une personne chargée du contrôle, le plus souvent ce contrôleur sera désigné par le testament, en même temps que le tuteur lui-même.

**Fonctions du Tuteur.** — Le tuteur musulman a des fonctions analogues à celles du tuteur français. (Code Civil, art. 450) Il prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes de la vie civile, il en est de même dans le droit musulman, en ce qui concerne la personne de l'enfant, le tuteur doit en prendre soin sous le droit de hadhouna, alors même que la hadhouna s'exerce, le tuteur a toujours un droit de contrôle et de surveillance.

L'entretien et la surveillance du pupille nécessitent des dépenses, ces dépenses pourront être supportées soit par les biens du pupille soit par ceux du tuteur. Dans ce dernier cas, ce dernier aura le droit de les répéter. Il devra faire fixer les frais d'entretien par le Cadi; il y a dans notre code civil une disposition analogue. Si le tuteur n'avait pas pris cette précaution, les frais d'entretien ne lui seraient pas dus. Ainsi jugé en un arrêt du 17 Mai 1879. Comme en droit français, le tuteur musulman agit lui-même au nom de son pupille qu'il représente.

Abou, Khalifah et Chaféï permettent au mineur d'agir seul à partir de l'âge de discernement, 7 ans; mais les actes doivent toujours être ratifiés par le tuteur. Par conséquent si le pupille a agi seul, s'il a fait un acte sans que le tuteur y figure, l'acte est nul. Ainsi jugé pour une cession de droits immobiliers. Pour les actions, en justice, l'action intentée contre un mineur non pourvu de tuteur est nulle (26 Mai 1886).

Dans le cas où un Mokhad'heb n'aurait pas été nommé ou mineur et où celui-ci serait intéressé dans une instance engagée, il y aurait lieu de l'appeler en cause, et préalablement de lui nommer un mokhad'heb ad-hoc; c'est le Cadi de son domicile qui fera cette nomination. Don nullité des actes dans lesquels le tuteur n'a pas figuré. D'autre part, l'acte est encore nul si le tuteur y figure, mais dans son propre intérêt, il y a donc nullité des actes passés entre le tuteur et le mineur (Arrêt du 6 Janvier 1879. Cour



D'Alger). De même pour la reddition des comptes de tutelle avant l'émancipation du mineur (2 juillet 1879). Tant que l'émancipation n'aura pas eu lieu, il y aura lieu de nommer un mohhadab, ainsi jugé pour une donation faite par le mineur au tuteur. Cour d'Alger 20 juin 1881.

Donc le mineur sera représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie civile. Le tuteur a le droit d'administrer les biens et il doit les administrer en bon père de famille, par conséquent, il pourra faire seul tous les actes d'administration, recouvrer des créances, faire fructifier les biens, opérer des placements dans une société en commandite mais non par un prêt à intérêt, ce prêt étant défendu par la loi musulmane, il pourra faire des avances.

**Emprunts et Aliénations.** — Pourra-t-il emprunter, aliéner les meubles et les immeubles? Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. Les auteurs distinguent suivant que la tutelle est exercée par le père ou le Ouassi d'une part ou par le mohhadab ou le Cadi ou un autre tuteur légal d'autre part. Le père et le Ouassi agiront d'après eux pleins pouvoirs comme exerçant la puissance paternelle, les autres devraient obtenir l'autorisation du Cadi. (Consulter un arrêt de la Cour de Cassation, chambre civile du 14 Mai 1888, dans la Revue Algérienne et Tunisienne année 88, page 304, et, dans le même sens, un arrêt de la Cour d'Alger du 12 Novembre 1890, même Revue, année 91, page 169)

Mais cette distinction est repoussée par d'autres auteurs, et ce la semble plus conforme au principe du droit musulman d'après lequel le Cadi a la surveillance de toutes les tutelles, même de celle du père ou du Ouassi. Il paraît plus juste de dire que de même qu'en droit français, le tuteur ayant l'administration des biens du pupille, pourra faire toutes les aliénations qui entrent dans les actes administratifs, aliéner les meubles dans certaines limites, mais que s'il s'agit d'emprunt ou de vente d'immeubles, il faudra l'autorisation du Cadi et le magistrat avant de donner cette autorisation aura à examiner si on se trouve dans les conditions prévues par la loi.

La loi admet l'aliénation des immeubles pour des causes déterminées qui sont les suivantes: En cas de besoin d'argent, d'impôts trop lourds grevant les immeubles, en cas d'indivisibilité, lorsque l'immeuble tombe en ruine, lorsqu'on trouve un bon placement. Comme toute ces causes peuvent se réunir dans cette idée que la vente devra être avantageuse pour le mineur, l'immeuble pourra être aliéné lorsque tel sera l'intérêt du pupille et les immeubles devront être vendus aux enchères. Ainsi jugé par la Cour d'Alger le 12 Novembre 1890. En droit français, les emprunts, les aliénations d'immeubles doivent être autorisés par un conseil de famille et la déclaration homologuée par le tribunal, en droit musulman, il n'y a pas de conseil de famille, il ne peut être question de cette formalité.

**Nullité des actes d'un mineur ou de l'interdit.** — Quel est le caractère de nullité des actes faits par le mineur ou par le tuteur en dehors de ses pouvoirs. De même qu'en droit français, il n'y a là qu'

une nullité purement relative établie uniquement dans l'intérêt, pour la protection de l'incapable et l'on tire de cette règle des mêmes conséquences qu'en droit français. C'est d'abord que la nullité ne pourra être invoquée par les personnes qui auront traité avec le mineur (Comparer avec l'article 1125. Code Civil), qui pourra se prévaloir de cette nullité? Le tuteur prendra-t-il la tutelle de ce mineur lui-même lorsqu'il aura été émancipé et enfin, cela est particulier au droit musulman, toute personne, parente ou non du mineur.

La loi musulmane institue ainsi une action publique qui peut être exercée par toute personne pour faire annuler les actes qui ont causé un préjudice au mineur.

Deuxième conséquence de cette idée qu'il n'y a là qu'une nullité relative, l'acte sera valable, s'il a tourné au profit du mineur, on ne pourra invoquer la nullité que pour les actes qui l'auront lésé.

Troisième conséquence, dans tous les cas le mineur ou ses représentants ne pourront jamais invoquer la nullité si cette nullité devait tendre à enrichir le mineur aux dépens d'autrui. Enfin, le mineur devenant capable pourra ratifier l'acte annulable.

**Tutelle conférée à plusieurs personnes.** — Il peut se faire que la tutelle soit conférée à deux ou plusieurs personnes, si dans ce cas, un désaccord se produit entre les tuteurs sur l'utilité de telle ou telle mesure intéressant le mineur, c'est au Cadi qu'appartient de trancher le différend, et la décision de ce magistrat constituera un véritable jugement, susceptible d'appel, là où il peut y avoir appel, c'est à dire devant les tribunaux français. Seul ou plusieurs, ces tuteurs seront solidairement responsables de l'administration de l'un d'eux, alors même que chacun se serait chargé de l'administration d'une partie de la fortune. (Comparer avec l'art. 396 Code Civil).

**Fin de la Tutelle.** — La tutelle prend fin par la mort du tuteur ou du pupille, par l'expiration du temps pour lequel cette tutelle lui a été comptée, par l'émancipation ou la majorité du pupille, par la dissolution de tutelle prononcée par le Cadi.

**Reddition du Compte de Tutelle.** — Lorsque la tutelle prend fin, il y a lieu à reddition de comptes par le tuteur. Il est tenu de rendre compte de sa gestion soit à la fin de la tutelle, soit même au cours de la tutelle si le Cadi l'ordonne ainsi. Le Cadi peut fixer des époques auxquelles un compte périodique devra être rendu, par exemple tous les ans, tous les deux ans; il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard suivant qu'il s'agit du père tuteur, du Ouassi ou autre tuteur, le Cadi a en effet la surveillance de toutes les tutelles. Le compte de tutelle est rendu au pupille devenu majeur, au Cadi ou au Mohhadab en cas de minorité. Le compte de tutelle rendu à un mineur doit être déclaré nul. Il sera pourtant pour le tuteur de faire un inventaire lors de son entrée en fonction; à défaut d'inventaire, certains auteurs prétendent que la parole du pupille fera foi, d'autres distinguent suivant la personne chargée de la tutelle, ce qu'il faut dire c'est que le magistrat aura le droit d'appréciation et qu'il aura recours à toutes espèces de preuves.

Si le tuteur est créancier du mineur, il devra rendre les biens sans rien retenir, sauf à réclamer ensuite ce qui lui est dû.

## De l'Interdiction.

Il s'agit ici de l'interdiction proprement dite en raison de la faiblesse d'esprit plus ou moins grande de l'intéressé. Cette interdiction se dit *mad*, elle prend aussi le nom de *haja*, l'interdit est dit *Mad'jour*.

**Causes de l'Interdiction.** — En droit français, il y a deux degrés d'interdiction correspondant aux degrés de faiblesse d'esprit de l'intéressé. L'interdiction est plus ou moins grande suivant qu'elle a pour cause la démence d'une part, la faiblesse d'esprit ou la prodigalité d'autre part. Si il y a état habituel d'imbecillité, de démence, de fureur, il y a lieu à interdiction (Art. 489). Celui qui est frappé de cette interdiction est un incapable, il est privé de l'exercice de ses droits civils, il lui est nommé un tuteur qui agit pour lui. Il y a-t-il seulement que faiblesse d'esprit ou prodigalité, c'est l'art. 499 qui s'applique, il est nommé à la personne un conseil judiciaire sans l'assistance duquel cette personne ne peut faire certains actes énumérés par la loi : transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ou en donner décharge, aliéner, hypothéquer.

Voilà le droit français, le droit musulman ne connaît pas ces deux degrés d'interdiction, on est interdit ou on ne l'est pas. Qu'il y ait perte totale ou partielle des facultés intellectuelles, qu'il y ait démence, faiblesse d'esprit ou prodigalité, il y a lieu à interdiction et à interdiction complète. Les musulmans considèrent comme privée de raison celui qui ne sait pas administrer ses biens, cette règle a été consacrée en Algérie par une juridiction constante. Le mandat du tuteur s'étend à tous les actes de l'interdit. (Cour de Cassation ou Chambre Civile. Arrêt du 11 Mai 1886. — 2 Janvier 1890. — 27 Juillet 1891).

**Personnes pouvant provoquer l'Interdiction.** — Comme en droit français, (Art. 490) tous les parents qu'ils soient ou non à un degré successif. Le Cadi peut prononcer l'interdiction d'office. (Cour d'Alger 9 Mars 1872). Un frère a qualité pour faire interdire sa sœur malgré l'opposition du mari. Chez les musulmans, le Cadi n'exerce le pouvoir judiciaire qu'en vertu d'une délégation du souverain, mais le souverain peut lui-même et valablement interdire un de ses sujets. Donc le bey de Tunis a pu valablement interdire un sujet tunisien, cette interdiction aura tiers quelle que soit leur nationalité.

**Procédure.** — La procédure est très simple, la demande est portée devant le Cadi du rite de l'interdit. Toutefois comme les rites malékites et hanéfites sont orthodoxes, il a été jugé par la Cour d'Alger que le Cadi d'un de ces rites pourrait prononcer l'interdiction d'une personne appartenant à un autre. Le Cadi prononcera, comme en droit français, l'interdiction donnera lieu à un acte, le jugement rendu, la publicité n'est pas exigée, par conséquent l'interdiction est opposable dès lors même qu'elle n'aurait pas été publiée. Ce défaut de publicité présente-t-il un inconvénient pour les tiers.

**Publicité.** — Chez nous, la publicité donne pour l'affiche, n'est pas très sérieuse, il n'est guère que celles placées dans les études de notaires qui servent à quelque chose. C'est là que se trouvent la plupart des affaires sérieuses. Il y a un inconvénient à ne pas rendre les interdictions publiques, mais moins grand qu'on pourrait le penser. Les actes les plus importants que pourrait faire l'interdit sont les emprunts avec nantissement ou aliénation des biens, ces actes sont suffisamment prévus chez les musulmans par le titre de dépôt de propriété chez le Cadi.

Les aliénations d'immeubles et les actes qui peuvent conduire à l'aliénation ne peuvent avoir lieu que sur la présentation des titres de propriété et le Cadi ne se despoisera de ces titres que s'il donne son approbation à l'acte en vue duquel on les lui demande. En fait des communications sont faites dans les journaux, mais cela n'a rien d'obligatoire.

**Effets de l'Interdiction.** — Pour l'avenir, l'interdit devient incapable, il est mis en tutelle comme le mineur, seulement pour lui, c'est toujours le Cadi qui est tuteur; le Cadi ne pouvant se charger de la tutelle de tous les interdits, nommé un *mothhadeb* pour gérer les biens de l'intéressé. Sans cette exception, les règles de la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. L'interdit est un incapable, la loi musulmane, comme la loi française, prononce la nullité des actes qu'il a fait postérieurement à l'interdiction. Cette nullité pourrait avoir les mêmes caractères qu'en droit français. D'une part c'est une nullité de droit, d'autre part, elle est purement relative.

**Nullité de droit.** (Article 502 Code Civil) cela signifie que les actes faits par un interdit sont nuls par cela seul qu'ils ont été faits postérieurement à l'interdiction, sans qu'il y ait lieu de rechercher si en fait l'interdit avait sa raison au moment où il a agi, sans que le juge ait à se demander si cet acte a été fait dans une période lucide, il n'y a pas légalement de période lucide. Il semble qu'il en est de même en droit musulman, les textes ne disent rien de formel, cependant la règle est admise sans discussion par la jurisprudence française.

D'autre part c'est une nullité relative et non absolue, c'est à dire nullité établie simplement dans l'intérêt de l'interdit et pour sa protection. On retrouve là les mêmes règles, les mêmes conséquences que lors qu'il s'agit d'un mineur, il en résulte donc d'abord que cette nullité ne peut être invoquée par les personnes capables qui ont traité avec l'interdit. Qui pourra s'en prévaloir? L'interdit lui-même après la mainlevée de l'interdiction, durant l'interdiction, son tuteur et aussi toute personne parente ou non de l'interdit, il y a là une action publique. Une deuxième conséquence, c'est que la nullité n'atteint que les actes de nature à causer un préjudice à l'interdit et que les actes qu'il a faits sont valables, en tant qu'ils ont tourné à son profit.

Troisième conséquence, cette nullité ne peut généralement avoir pour effet d'enrichir l'interdit aux dépens d'autrui. Quatrième conséquence, la nullité sera convertie par la ratification de l'interdit devant capable ou par celle de son tuteur pendant l'interdiction.

Point de départ de l'interdiction. (Date) Ce sera en règle générale le jugement d'interdiction. Seulement le jugement d'interdiction du Cadi pourra être frappé d'appel. Si le premier jugement est confirmé, l'interdiction datera de elle du jour du jugement du Cadi ou du jour de la confirmation en appel. C'est une question qui se pose en droit français, elle n'est pas formellement résolue pour le côté civil, quant à la juridiction française, elle décide qu'en pareil cas l'incapacité date du jugement de première instance dans le silence de la loi musulmane et à cet égard, il a été jugé qu'il y avait lieu de suivre la même règle qu'en droit français. (Art 505. Code civil.)

Pour les actes antérieurs, quelle en sera la valeur? Même règle qu'en droit français (Art 503). Ces actes seront valables en principe, néanmoins ils pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement ou si l'époque où ils ont été faits, les intéressés n'auraient pas besoin de prouver l'absence de raison au moment de l'acte, il leur suffira de prouver que la personne était au moment où elle a agi dans un état habituel de démence ou de faiblesse d'esprit et d'autre part les intéressés auront à prouver que l'état de faiblesse d'esprit était notoire au moment de l'acte, les personnes qui ont contracté avec l'interdit ne devant pas ignorer cette notoriété (Arrêt du 11 Mai 86. Cour de Cassation, Chambre civile)

Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'état de démence et la prodigalité. Cependant l'art. 503 ne s'applique pas aux actes commis par un prodigue avant la nomination d'un conseil judiciaire ou du moins ces actes ne peuvent être annulés qu'autant qu'ils ont pour but de faire fraude à la loi et d'éviter les conséquences de la dation du conseil judiciaire. (Cour de Cassation 13 Décembre 1879, 25 et 26 Janvier 1888) La loi musulmane ne fait pas de distinction suivant la cause de l'interdiction, par conséquent la règle de notre art. 503, s'applique dans tous les cas.

L'interdiction prend fin par la mort de l'interdit, par la mort levée de l'interdiction, elle ne prendrait pas fin simplement par la mort du tuteur (28 Janvier 95. Trib. de Tunis). La mort du tuteur ne rendrait pas l'interdit capable. La demande de mort levée doit être formulée contre le tuteur, elle doit être portée devant le tribunal du Cadi, c'est le Cadi qui est le tuteur légal de tous les interdits, il aura donc ici une double qualité, celle de juge et celle de tuteur. La Cour d'Alger s'est tirée de la difficulté en décidant qu'en pareil cas le Cadi ne pouvant être juge et partie, la cause serait jugée par le premier assesseur du Cadi, le bach-adeb. C'est un expédient qui n'est pas très fondé, car en réalité le jugement sera toujours rendu par le Cadi.

Incapables. Le droit musulman considère encore comme incapables d'autres personnes que les interdits. D'abord les malades atteints d'une maladie grave, mortelle, n'ayant pas leur raison, ou assimilé à eux malades les Condamnés à mort, celui qui est amputé, celui qui est emprisonné pour subir l'amputation, le soldat qui est en expédition, la femme enceinte de 9 mois, les individus enfermés dans

une ville ou règne une épidémie; ces personnes sont frappées d'interdiction, pendant qu'elles se trouvent dans cette situation, elles sont réputées n'avoir pas l'usage complet de leurs facultés, dès lors, le droit les place sous la protection du Cadi. Les effets de cette interdiction sont moindres que ceux de l'interdiction proprement dite, le Cadi exerce sur leurs actes une surveillance, et il annulerait ceux qui auraient été surpris par dol à leur faiblesse. Le tribunal de Tunis a fait application de ces règles par un jugement du 21 Mars 1892.

Il faut ajouter aussi parmi les incapables la femme mariée, elle ne jouit pas, en droit musulman, d'une pleine et entière capacité, sans doute, il s'en faut de beaucoup, que son incapacité soit aussi grande qu'en droit français, son patrimoine est indépendant de celui du mari, elle n'a pas besoin de l'autorité maritale pour agir, elle peut contracter, aliéner ses biens sans l'autorisation du mari, seulement, elle ne peut pas disposer entièrement de ses biens pour des œuvres pieuses ou des actes d'obligation, elle ne peut consacrer, des dons, à des œuvres pieuses ou à des donations, d'une manière générale à des libéralités que le tiers de ses biens et le mari a le droit de s'opposer aux actes qui excéderaient cette capacité; il peut de même s'il y a lieu en demander la nullité.

Parmi les incapables se place encore l'absent. Comme en droit français, l'absent est celui dont on ignore la résidence et dont on n'a pas de nouvelles, dont l'existence est douteuse. Les biens de l'absent sont administrés par le mandataire qu'il a choisi, s'il a pris le soin d'y pourvoir; à défaut de mandataire par le Cadi qui lui est encore nommé un administrateur.

Jusqu'à quel moment durera-t-elle? Elle durera toujours, jusqu'aux limites extrêmes de la vie humaine. Chez les mahométans, 80 ans, chez les chrétiens et les Chrétiens 90 ans, et même d'après certains auteurs 120 ans. Jusque-là, les biens de l'absent ne seront qu'un dépôt entre les mains du mandataire. Au moment voulu, la succession de l'absent sera ouverte et les héritiers seront mis en possession de ses biens, sa femme, en susposant qu'elle vive encore, pourra se remarier étant veuve, après avoir par convention rempli l'indda.

Est encore incapable l'individu déclaré judiciairement insolvable, ou comme on dit improprement le failli, mais sans distinction s'il s'agit d'un commerçant ou d'un non commerçant. Cette insolvabilité s'appelle mofhis, mot à mot, celui qui ne possède que de la monnaie de bronze. De même qu'en droit français, l'incapacité de l'insolvable n'existe, en droit musulman, que vis à vis de ses créanciers, il peut s'obliger, et en redevenant solvable et par conséquent capable, il est tenu de satisfaire à ses obligations. Enfin l'esclave est incapable d'obliger son maître à moins qu'il n'ait reçu de ce dernier un mandat soit général, soit spécial, par exemple pour faire le commerce au nom de son maître. Cet esclave pourrait-il s'obliger lui-même personnellement? Oui, seulement ses obligations ne pourront pas être exécutées tant qu'il restera esclave, puis qu'il ne pourra en principe rien posséder, mais s'il vient à être affranchi, il sera tenu de les

exécuter)  
 Les successions. — Le mot succession se dit en arabe fardh, ce mot dans son sens étymologique veut dire détermination, en droit c'est la part déterminée des héritiers, cette part se dit également fardh; la succession s'ouvre par la mort réelle et par la mort présumée. La mort réelle est constatée par un acte ou par des témoignages certains. Dans les possessions françaises il existe des sujets musulmans, on leur a imposé de déclarer le décès, absolument dans les formes de la loi française.

Il y a mort présumée lorsque la personne dont on réclame la succession a disparu et qu'on n'a plus de ses nouvelles depuis 80, 90 ou 120 ans suivant les rites. En droit français, les articles 720, 21, 22 du Code Civil établissent des présomptions de survie lorsque plusieurs personnes appelées respectivement et la succession l'une de l'autre périssent dans un même événement sans qu'on puisse savoir quelle est celle qui est décédée la première. Ces règles sont inconnues de la loi musulmane, lorsqu'on ignore qu'elle est celle qui est morte après l'autre, il n'y a pas de droit de succession, c'est à dire que ces personnes sont considérées comme étrangères l'une à l'autre et la succession de chacune d'elles en particulier est dévolue à ses héritiers vivants. En droit musulman comme en droit français les héritiers sont saisibles de plein droit du jour de l'ouverture de la succession, mais il n'y a pas de distinction entre les divers ordres d'héritiers, où ce point de vue.

Pour hériter, il faut d'abord exister au moment de l'ouverture de la succession et l'enfant simplement conçu est considéré comme existant, pourvu qu'il soit né viable. Il faudra donc prouver que l'enfant était conçu lors de l'ouverture de la succession, qu'il est né viable. Il y a des présomptions posées par la loi pour la durée de la gestation, quant à la deuxième preuve, la question de savoir s'il est né viable, la loi musulmane considère comme vivant l'enfant qui n'est pas mort lorsqu'il a plus de la moitié du corps hors du sein de sa mère.

La seconde qualité requise pour succéder c'est d'être musulman, par conséquent, ne peut être héritier celui qui a été élevé dans une autre religion ou qui a renié sa croyance. La Cour d'Alger a fait une application de cette idée: Il s'agissait d'un Israélite qui s'était converti à l'Isolaïsme; après sa mort, ses seuls restes Israélites réclamaient leur part de succession. Leur demande fut rejetée, attendu dit l'arrêt, que la loi musulmane n'admet pas les Israélites ou chrétiens à la succession des musulmans. . . . . Par contre, un musulman n'hérite pas d'un infidèle.

Les infidèles héritent les uns des autres, pourvu qu'il s'agisse de Juifs ou de Chrétiens infidèles ayant reçu les écritures. Troisième condition, il faut n'être pas indigne, et la loi musulmane reconnaît deux causes d'indignité: l'anathème, le mari qui a prononcé l'anathème n'hérite pas de sa femme, la femme n'hérite pas de son mari, en supposant que le divorce n'a pas été prononcé. La seconde cause d'

indignité c'est le meurtre du de cujus pourvu qu'il s'agisse d'un homicide volontaire et l'on doit considérer comme tels les coups donnés volontairement et ayant entraîné la mort, même sans l'intention de la donner. Quant à l'homicide involontaire, il n'est pas une cause d'indignité, seulement l'héritier devra payer une somme pour le prix du sang, l'homicide ne serait pas une cause d'indignité s'il avait été commandé par l'autorité. L'indignité a un caractère d'ordre public, le pardon du de cujus ne saurait l'effacer. Si l'indignité ne survient qu'un certain temps après l'ouverture de la succession, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 729 du Code Civil, dans termes duquel l'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité, est tenu de rendre tous les biens dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. La règle n'est pas écrite en droit musulman, mais on peut l'admettre.

Divers ordres de succession — Les règles des successions sont contenues dans huit versets du Coran, c'est bien peu, aussi l'interprétation a-t-elle pu se donner ici libre cours. En droit musulman les héritiers sont divisés en deux grandes catégories:

1<sup>re</sup> Catégorie. — Les héritiers dits fardhs, c'est à dire, les héritiers à part déterminée, à part fixée, à portion légale, on peut les appeler, si on veut, héritiers légitimaires, on les appelle encore héritiers réservataires, mais il faut se garder de confondre cette réserve avec celle du droit français.

La seconde Catégorie comprend les héritiers dits aeb, (ou pluriel aeba) ou héritiers universels. Les premiers, héritiers fardhs prennent dans la succession la part déterminée par la loi et sont servis les premiers, les seconds, héritiers aeba, prennent ce qui reste après le prélèvement des héritiers fardhs. Les héritiers aeba tiennent leurs droits de l'ancienne coutume arabe, les héritiers fardhs tiennent les leurs du Coran, c'est une innovation de Mahomet. Chez les anciens arabes, étaient seuls appelés à la succession les parents mâles ou au moins, c'est à dire ceux qui étaient alliés au défunt par les mâles sans interposition de femme. Quant aux femmes et aux parents par les femmes, elles étaient exclues de la succession, c'était aussi la règle de l'ancien droit romain; le but de cette règle est de maintenir les biens dans la famille. Il arrivait souvent que la veuve, le mari, la sœur, les filles étaient exclus de la succession par des neveux ou oncles neveux et même à défaut de parents par la tribu. Mahomet pensa qu'il y avait là une injustice et le Coran attribua aux femmes ou aux parents par les femmes soit en concurrence avec certains amas soit de préférence à certains amas.

On voit donc la Catégorie des légitimaires comprend surtout des femmes et des parents par les femmes. Par l'institution de cette réserve légale, c'est la ligne féminine, c'est la faiblesse du sexe, que le Coran a voulu protéger, quant aux héritiers mâles, ils sont presque capables de se constituer eux-mêmes une fortune, on les considère comme moins intéressants. Un arrêt de la Cour d'Alger du 28 Mai consacre en termes très clairs cette distinction fondamentale.



Certains héritiers légitimaires sont en même temps aînés, ils cumulent les deux qualités, c'est à dire que dans certains cas après avoir reçu leur part légitime, ils prennent part en outre à la succession universelle comme aînés. Les héritiers *faridh* sont légitimaires en ce sens qu'ils tiennent de la loi elle-même une part déterminée, une quote part fixée de la succession, ils sont réservataires en ce sens que cette part leur est réservée par la loi, mais cette stipulation de réserve ne doit pas être entendue pour le sens que lui donne le Code Civil. La réserve dans le Code Civil est une part que la loi réserve à certains héritiers, chez nous les ascendants et les descendants; une part de la succession que la loi met à l'abri des libéralités du de cujus, que ces libéralités consistent en donations ou en legs; si les donations ou les legs faits par le de cujus ne laissent pas cette part intacte aux descendants ou aux ascendants, les libéralités sont réduites à la quotité disponible, les donations entre vifs et les legs en commencent par le plus récent au marc le franc.

Si on se place au point de vue du Code Civil, c'est à dire une part de succession garantie à certains héritiers contre les libéralités du de cujus, il faudrait en droit musulman faire une distinction entre la donation entre vifs et le testament. Le de cujus peut disposer entre vifs de tous ses biens, sa liberté à cet égard est absolue, entière, il peut en disposer en faveur de qui il lui plaît, mais il n'est pas ainsi en ce qui concerne les legs, des testaments. Il ne peut disposer par testament de plus du tiers de ses biens et cela quels que soient le nombre et la qualité de ses héritiers; en outre de ce tiers disponible, il ne peut que léguer par préciput à ses héritiers contrairement à la règle de l'art 913 du Code Civil. Donc la réserve, si on veut l'entendre dans le sens que lui donne notre Code Civil, c'est à dire le sens d'une part garantie à certains héritiers contre les libéralités du défunt, à certains héritiers du moins, la réserve entendue dans ce sens ne protège les héritiers que contre les dispositions testamentaires, elle ne les protège pas contre les donations entre vifs, mais d'autre part contre ces dispositions testamentaires. Elle protège les héritiers quels qu'ils soient. Ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre en droit musulman la réserve dont nous parlons ici. Cette réserve est une part de la succession garantie à certains héritiers légitimes, les *faridh* contre la concurrence d'autres héritiers les aînés. Il importe de bien préciser ce point et il vaut mieux dès lors pour éviter tout équivoque ou bien d'employer l'expression réservataire ou légitimaire, dire héritiers à portions légales, héritiers *faridh*.

Il y a donc des portions légales attribuées à certains héritiers, ces portions légales sont au nombre de six. Elles sont ou de la moitié de la succession ou du quart ou du huitième; ou bien des deux tiers de la succession, du tiers ou du sixième, cela suivant la qualité des héritiers.

Quels sont les héritiers *faridh* ou légitimaires? Il faut distinguer suivant que le de cujus a laissé une postérité, et, s'il a laissé

une postérité suivant que cette postérité est mâle ou femelle. Sont légitimes:

A. — Lorsqu'il y a une postérité mâle de la ligne masculine, sans distinction entre l'enfant légitime ou naturel, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'enfants déraisonnés ou d'enfants adultérins ou incestueux.

1<sup>o</sup>. Le père qui prend la moitié de la succession, à son défaut est remplacé par l'aïeul paternel.

2<sup>o</sup>. La mère qui prend le quart de la succession, à son défaut, elle est remplacée par l'aïeule maternelle.

3<sup>o</sup>. Le conjoint survivant, si c'est le mari lui donne le quart de la succession, si c'est la femme un huitième quel que soit le nombre des femmes et pour elles toutes.

B. — Lorsqu'il n'y a pas de postérité mâle, mais seulement des filles ou petites filles de la ligne masculine.

4<sup>o</sup>. La fille a droit à la moitié si elle est seule; si il y a deux ou plusieurs filles elles prennent les deux tiers pour elles toutes.

5<sup>o</sup>. La petite fille, (fille du fils) qui prend la moitié de la succession à défaut de la fille. Si il y a deux ou plusieurs petites filles, elles prennent les deux tiers. Si elles concourent avec une fille, elles prennent un sixième de la succession quel que soit leur nombre.

6<sup>o</sup>. La mère a droit à un sixième, à son défaut, l'aïeule maternelle.

C. — À défaut de postérité laissée par le défunt:

La loi appelle le conjoint survivant, si c'est le mari pour la moitié de la succession de sa femme; si c'est la femme, le quart de la succession de son mari.

Puis la mère du de cujus, la loi lui donne un tiers de la succession si le défunt, n'a laissé qu'un frère ou une sœur, un sixième si le défunt a laissé plusieurs frères ou sœurs.

D. — Lorsque le défunt n'a laissé ni descendant ni ascendant pour la ligne masculine:

7<sup>o</sup>. Est appelé par la loi à la succession, le frère utérin, la loi lui donne un sixième s'il est seul, si ils sont deux ou d'avantage, ils prennent un tiers à eux tous.

8<sup>o</sup>. La sœur utérine un sixième si elle est seule, un tiers si elles sont deux ou d'avantage.

E. — Lorsque le défunt n'a laissé ni descendant, ni ascendant, ni frère germain, la loi appelle comme héritier femme:

9<sup>o</sup>. La sœur germaine, elle a droit à la moitié si elle est seule, si elles sont deux ou d'avantage, les deux tiers.

10<sup>o</sup>. La sœur consanguine a droit à la moitié si elle est seule, aux deux tiers si elles sont deux ou d'avantage. Si les sœurs consanguines concourent avec une sœur germaine, on doit leur donner un sixième quelque soit leur nombre.

On peut faire le tableau des héritiers *faridh*, en se plaçant au point de vue de la quotité réservée par la loi, le tableau

devra donc se présenter de la manière suivante: Quels sont ceux qui ont droit à la réserve de la moitié, qui du quart, qui du huitième, des deux tiers, du tiers, du sixième; les deux tableaux se contrôlant l'un l'autre permettront de mieux graver dans l'esprit ces divers genres de succession.

### Tableau des Héritiers Fardh. (par droit)

Ont droit à la réserve de la moitié. -

- 1<sup>o</sup> L'époux survivant dans la succession de sa femme pré-décédée.
- 2<sup>o</sup> La fille unique du défunt.
- 3<sup>o</sup> La fille du fils du défunt à défaut de la précédente.
- 4<sup>o</sup> La sœur germaine du défunt, quand elle est seule et à défaut de la précédente.
- 5<sup>o</sup> La sœur consanguine du défunt, quand elle est unique et à défaut de la précédente.

Ont droit à la réserve du quart:

- 1<sup>o</sup> L'époux survivant d'une femme qui laisse une postérité mâle ou femelle, issue du mariage ou d'un autre lit.
- 2<sup>o</sup> L'époux ou les épouses survivantes d'un homme qui ne laisse point de postérité.

Ont droit à la réserve du huitième

La veuve quand le mari laisse une postérité. Il en est de même s'il y a plusieurs veuves. Elles ont droit à un huitième à elles toutes.

Sont réservataires des deux tiers:

- 1<sup>o</sup> Les filles du défunt si elles sont plusieurs.
- 2<sup>o</sup> Les filles du fils.
- 3<sup>o</sup> Les sœurs germaines.
- 4<sup>o</sup> Les sœurs consanguines.

Sont réservataires du tiers:

- 1<sup>o</sup> La mère du défunt, si celui-ci ne laisse aucun descendant mâle ou femelle, ni plus d'un frère ou d'une sœur.
- 2<sup>o</sup> Les frères ou sœurs utérins du défunt lorsqu'ils sont deux ou plusieurs.

Sont réservataires du sixième

- 1<sup>o</sup> La fille du fils lorsqu'elle est unique et se trouve en présence d'une fille. Si il y a plusieurs filles du fils en présence d'une fille, elles se partagent le sixième à elles toutes.
- 2<sup>o</sup> La sœur consanguine, qu'elle soit unique ou non, en concurrence avec une ou plusieurs sœurs germaines pour compléter les deux tiers.
- 3<sup>o</sup> Le frère utérin ou la sœur utérine quand l'un ou l'autre est unique.

4<sup>o</sup> Le père. En concurrence avec des descendants mâles du défunt, fils ou petit-fils, le père ne reçoit alors que son sixième comme réservataire. Avec un fils ou petit-fils, celui-ci prend la moitié

comme réservataire et le père prend le surplus au double titre de réservataire et d'amma.

5<sup>o</sup> La mère avec un descendant du de cujus de l'un ou l'autre sexe, ou un ou plusieurs frères ou sœurs du de cujus. D'ailleurs la mère n'est pas exclue par le père, elle reçoit un sixième comme lui, mais elle n'a aucun droit sur le restant, parce qu'elle n'a pas la qualité d'amma.

6<sup>o</sup> L'aïeule maternelle ou les aïeules, en concours avec un descendant du défunt de l'un ou l'autre sexe.

7<sup>o</sup> L'aïeul paternel à défaut du père et dans les mêmes conditions que le père, c'est à dire, lorsqu'il y a un descendant mâle du défunt, fils ou petit-fils.

Observations. - Lorsque les héritiers fardh sont nombreux, il se peut que leurs parts additionnées dépassent l'unité l'as héréditaire, dans ce cas, il y a lieu à une réduction proportionnelle. Cette opération s'appelle *abol* (arrangement).

Exemple: Une femme meure laissant son mari et deux sœurs. Le mari avait droit à la moitié de la succession ou deux tiers sixièmes. Les deux sœurs auraient droit aux deux tiers ou deux quarts sixièmes, ce qui fait au total sept sixièmes, l'as est dépassé. Pour appliquer la règle de l'abol, on transformera les sixièmes en septièmes. Les droits du mari seront réduits aux trois septièmes, ceux des deux sœurs aux quatre septièmes en tout, sept septièmes. Le procédé consiste donc à élever le dénominateur à la somme de tous les numérateurs qui eux restent invariables. En ce qui concerne cette première catégorie d'héritiers, l'as de droit musulman diffère du droit français sur deux points. D'abord les ascendants concourent avec les descendants ou bien d'être exclus par eux, ensuite le conjoint survivant concourt avec les ascendants et les descendants, tandis que la loi française du 9 Mars 1891 n'appelle le conjoint survivant à la succession en propriété qu'à défaut de parent au degré successible et d'enfant naturel et, dans le cas contraire, ne lui donne qu'un nourrit.

Lorsque le conjoint laisse plusieurs veuves, la part du huitième ou du quart n'est pas due à chacune d'elles, elle est à partager entre toutes. Si une femme ou contraire a eu successivement plusieurs maris et qu'au moment du décès de cette femme, tous les maris soient encore vivants, la part légitime est attribuée au mari qui a cette qualité au jour du décès, c'est lui seul qui à ce moment avait la puissance maritale et était obligé de subvenir aux besoins de la femme. Ainsi jugé par la Cour d'Alger le 9 Mai 1870. Le mari a toujours dans la succession de la femme une part double de celle qu'il a la femme dans celle du mari.

Héritiers Aceba.

Si les héritiers fardh sont généralement des femmes, puis que c'est la faiblesse du sexe que le Coran a voulu protéger, les héritiers aceba sont généralement des hommes rattachés au défunt par

les mâles, ce sont les héritiers masculins de la ligne paternelle. Lorsque les héritiers fardh ont prélevé leur part légitime, les aceba viennent prendre le surplus s'il en reste; d'ailleurs un héritier peut venir au double titre, en qualité de fardh et d'aceba. Pour les Aceba l'ordre de succession est très simple, ils se divisent en trois classes qui viennent à la succession dans l'ordre suivant: les descendants, les ascendants, les collatéraux. Les descendants comprennent le fils, le fils du fils etc; les collatéraux, comprennent tous les parents par les mâles jusqu'au sixième degré inclusivement après lequel en droit musulman on n'hérite plus; c'est à dire: le frère germain, le frère consanguin qui ne vient qu'à défaut du frère germain, le fils du frère germain et à son défaut le fils du frère consanguin, l'oncle germain, l'oncle consanguin, le grand oncle, c'est à dire le frère de l'aïeul paternel, puis le parent ou la succession de l'affronchi et enfin le Bait-el-Mal ou trésor public. (Chambre des biens).

Remarques à faire sur la succession des Aceba. — En règle générale, tous les aceba sont mâles et rattachés au défunt par les mâles, ces aceba sont aceba par eux-mêmes, ce sont des ammas. Par exception à la règle générale, il existe ce qu'on appelle des aceba ou ammas par d'autres ou avec d'autres. Voici l'espèce: si le défunt laisse des fils ou petites-filles et en même temps des filles ou petites-filles, ou encore s'il laisse des frères ou des sœurs germains ou consanguins; les filles ou petites-filles ou bien les sœurs sont exclues à la succession en concours avec les mâles, elles sont ammassées par les mâles. Par conséquent un fils et une fille ont droit l'un et l'autre à la succession de leur père, seulement le fils prend le double de ce que prend la fille, deux tiers pour le fils, un tiers pour la fille. La Cour d'Alger a très bien formulé cette exception dans un arrêt du 28 Mai 1862.

L'exception des lors a lieu toutes les fois qu'un parent masculin vient à l'hérédité en même temps qu'une femme parente du défunt au même degré que lui et alors que cette femme est déjà en vertu de ses droits propres héritière légitimaire ou a réservé et la Cour ajoute: comme par exemple une petite fille en concours avec un fils, lors qu'il s'agit de la succession d'un ascendant ou bien la sœur soit germaine, soit consanguine en concours avec un frère soit germain soit consanguin, lors qu'il s'agit d'un autre frère du défunt.

Les aceba viennent à la succession en vertu de leurs droits propres, jamais par représentation, la loi musulmane ne connaît pas la représentation.

En principe, chaque classe exclut la classe suivante et le degré le plus proche exclut le plus éloigné. Cependant il y a des exceptions, ainsi le grand père qui est au quatrième degré concourt avec les frères germains ou consanguins qui sont au cinquième degré.

La loi musulmane reconnaît le privilège de double lien.

Les parents de père et de mère germains, excluent les parents de père, seulement les consanguins. Le frère germain exclut le frère consanguin, cependant quelquefois, le frère consanguin compte dans le calcul des parts, sans en rien prendre.

Entre aceba du même degré, pour savoir comment se fait le partage de la succession, il faut distinguer suivant les sexes. Si les héritiers sont de même sexe, ils partagent par tête, par portions égales. Si ils sont de sexes différents, la part de chaque homme est double de celle de chaque femme. « Dieu vous commande dit le Coran, de donner au garçon la part de deux filles. » Il y a exception toutefois pour les frères et sœurs utérins. Les utérins de l'un ou l'autre sexe partagent par portions égales.

Certains utérins peuvent venir à la succession aux deux titres de fardh et d'aceba, mais les utérins aceba ou universels ont ant droit à la totalité de la succession, de l'induction faite du prélevement des utérins fardh, n'ont pas d'intérêt à se prétendre réservataires lorsqu'ils se trouvent en présence d'héritiers plus éloignés; ils n'ont intérêt à invoquer cette qualité que lorsqu'ils sont en présence d'héritiers plus proches, qui les excluraient. Ces héritiers sont:

1<sup>o</sup> Le père en concours avec une ou plusieurs filles ou petites filles (filles de fils). En pareil cas, le père prend le sixième comme réservataire et il prend le reste comme aceba après prélèvement des réserves.

2<sup>o</sup> Le grand-père dans les mêmes conditions que le père.

3<sup>o</sup> Le fils de l'oncle paternel, s'il est en même temps frère utérin du défunt, il touche un sixième comme légitimaire et le reste comme aceba après prélèvement des réserves.

Il est inutile de faire l'application de ces règles, de voir un certain nombre d'espèces, afin de bien se rendre compte de la manière de les appliquer. Les calculs que ces applications rendent nécessaires sont extrêmement compliqués, nous ne verrons que les plus simples.

La succession étant ouverte, la première chose à faire, c'est de payer les dettes. Une fois les dettes payées, on paie les legs, mais seulement jusqu'à concurrence du tiers des biens, car on ne peut disposer par testament de plus du tiers de ses biens. On obtient ainsi l'unité de la succession, l'as héréditaire à partager, et il faut partager et on s'en va sans qu'il en reste rien. La difficulté provient des réserves, de ce que les réservataires ont droit à une part fixe. Si il n'y avait que des aceba, le partage se ferait d'après le nombre des ayants-droits et suivant les sexes, les mâles comptent pour deux, les femmes pour un. Mais il y a des réservataires dont la part est déterminée, le partage devra donc se faire d'après des bases qui varieront suivant la qualité des réservataires et suivant la quote part qui leur est réservée. Or la réserve est de deux ou de trois ou de multiples de deux ou de trois, les bases du partage seront donc deux, quatre, huit ou bien trois, six, douze, vingt-quatre. Ainsi la

base sera toutes les fois qu'on aura pourmi les héritiers soit des réservataires qui prendront la moitié, soit un réservataire prenant la moitié et un aueb prenant le reste, les bases seront quatre s'il y a lieu d'attribuer un quart à un réservataire, un aueb prenant le reste.

Espèces. — Partage par deux. 1<sup>re</sup> Espèce. — Une femme meure laissant son mari survivant et une sœur germaine. Le mari a droit à une réserve de la moitié, la sœur germaine a droit également à une réserve de la moitié, le mari et la sœur se partagent la succession par moitié.

Seconde Espèce. — Une femme meure laissant son mari survivant et un frère germain. Le mari a droit à la réserve de moitié, le frère germain prend le reste comme aueb.

Partage par quart. — Une femme meure laissant son mari survivant, une fille et un frère. Le mari a un quart comme réservataire, la fille a la moitié ou deux quarts, le frère prend le reste comme aueb.

Autre Espèce. — Le de cujus laisse sa femme survivante, son père et sa mère. Régulièrement la veuve devrait prendre comme réservataire un quart, le père la moitié, la mère le quart, mais il y a ici une *scilicet* dérogation à la règle générale, c'est ce que l'on appelle la théorie des déceptions. La veuve prendra un quart, la mère prendra un tiers de ce qui reste et le père prendra le surplus.

Partage par huit. — Le de cujus laisse sa veuve et un fils. La femme survivante a droit à la réserve du huitième, le fils prend le reste, soit sept huitièmes comme aueb.

Partage par tiers. — Le de cujus laisse sa mère et un frère. La mère a droit à une réserve du tiers et le frère prend le reste. Le de cujus laisse deux filles et un oncle paternel. Les deux filles sont réservataires des deux tiers, l'oncle paternel prend le reste.

Le de cujus laisse des frères utérins et des sœurs consanguines. Les frères utérins ont droit à la réserve du tiers, les sœurs consanguines à une réserve des deux tiers.

Partage par sixième. — Le de cujus laisse un grand père et un fils. Le grand père a droit à la réserve du sixième, le fils prend le reste comme aueb.

Le de cujus laisse sa grand mère, deux frères utérins et un frère consanguin. La grand mère a droit à une réserve du sixième, les deux frères utérins à une réserve du tiers ou de deux sixièmes, le frère consanguin prend le reste comme aueb, c'est à dire trois sixièmes.

Le de cujus laisse sa mère, deux filles et un frère. La mère a droit à une réserve du sixième, les deux filles à une réserve de deux tiers ou quatre sixièmes, le frère prend le surplus comme aueb, soit un sixième.

Le de cujus laisse sa sœur, sa mère et un fils de son frère. La sœur a droit à une réserve de moitié ou trois sixièmes, la mère à une réserve du tiers ou deux sixièmes, le fils du frère prend le surplus.

comme aueb.

Partage par douze. — Le de cujus (c'est une femme) laisse son mari, sa mère et un fils. Le mari survivant prend le quart comme réservataire, ou trois douzièmes, la mère prend un sixième comme réservataire ou deux douzièmes, le fils prend le surplus comme aueb, soit sept douzièmes.

Le de cujus laisse sa veuve, sa mère et un frère. La femme survivante a une réserve du quart ou trois douzièmes, la mère a une réserve de un tiers ou quatre douzièmes, le frère prend le reste comme aueb soit cinq douzièmes.

Une femme meure laissant son mari, deux filles et un frère. Le mari a une réserve de un quart ou trois douzièmes, les deux filles ont une réserve de deux tiers ou huit douzièmes, le frère prend le surplus soit un douzième.

Partage par 24. — Le de cujus meure laissant sa femme, sa mère et un fils. La femme a droit à une réserve de un huitième ou trois vingt-quatrièmes, les deux filles à une réserve de deux tiers ou seize vingt-quatrièmes, le frère germain ou consanguin prend le surplus comme aueb.

Voici maintenant des espèces d'annulations.

Le de cujus meure laissant un fils et une fille. Le fils prend deux tiers et la fille annulée prend un tiers.

Le de cujus laisse sa veuve, un fils et une fille. La veuve a droit à une réserve de un huitième, la fille est annulée par son frère et les sept huitièmes que ne prend pas la veuve sont partagés entre le fils et la fille, le fils prenant une part double de la fille, c'est à dire le fils deux quarts, la fille un quart.

Le de cujus laisse son père et un fils. Le père prend un sixième comme réservataire, le fils prend le reste, cinq sixièmes comme aueb.

Le de cujus laisse son père et un frère. Le frère est exclu par le père.

Il laisse un frère germain et une sœur germaine. Le frère germain prend les deux tiers, la sœur germaine annulée le tiers.

Le de cujus laisse une fille (ou une fille de fils) et une sœur germaine. La sœur germaine est annulée, mais la fille (ou fille de fils) lui est préférée et elle prend tout.

Le de cujus laisse une fille et son père. La fille prend la moitié, le père prend le reste, un sixième comme réservataire, et le reste comme aueb.

Le de cujus laisse son grand père paternel et une sœur germaine ou consanguine. La sœur est annulée, le grand père et la sœur se partagent la succession chacun par moitié.

Les difficultés abondent lorsqu'on vient multiplier les espèces. Ainsi, par exemple, je vous ai fait connaître la manière de réduire les réserves pour l'emploi de l'aoul, lorsque le total excède l'an héréditaire; l'emploi consiste à réduire les fractions au même dénominateur, puis à transformer le dénominateur qui devient le



égal de la somme des numérateurs. Quelquefois, cela ne suffit pas. Par exemple, le défunt laisse sa veuve, deux filles, son père et sa mère:

La veuve a droit à  $\frac{1}{8}$  ou  $\frac{3}{24}$   
Les deux filles ont  $\frac{2}{8}$  ou  $\frac{6}{24}$   
Le père a droit au  $\frac{3}{8}$  ou  $\frac{9}{24}$   
La mère a droit au  $\frac{1}{8}$  ou  $\frac{3}{24}$

On a ainsi  $\frac{27}{24}$  qu'il faut transformer en vingt septièmes. On aura ainsi 3 - 16 - 4 et 4 vingt septièmes. Pas de difficultés dans ce cas, la veuve prendra trois vingt septièmes; mais supposons qu'il y ait quatre veuves, elles doivent se partager les  $\frac{3}{8}$  à elles quatre, or  $\frac{3}{8}$  ne sont pas divisibles par 4. On multiplie  $\frac{3}{8}$  par 4, égal  $\frac{12}{32}$  et chaque numérateur également par 4. Les quatre veuves se partageront  $\frac{12}{32}$ , elles auront chacune  $\frac{3}{8}$ , les deux auront  $\frac{6}{16}$ , les deux filles  $\frac{6}{16}$  et la mère  $\frac{3}{16}$  ou total  $\frac{108}{108}$

En principe, les frères germains excluent les frères consanguins; en pareil cas, généralement il n'est tenu aucun compte des frères consanguins exclus par les germains; mais il arrive quelque fois cependant, que les consanguins comptent pour le calcul des parts, sans à ne rien prendre. Ainsi, par exemple, le défunt a laissé pour héritiers son grand père paternel, un frère germain, deux frères consanguins, sa mère et sa veuve. La mère reçoit comme réserve un sixième ou deux douzièmes, la veuve un quart ou trois douzièmes, au total cinq douzièmes pour les réserves. On prélève ces deux réserves et il restera sept douzièmes à partager. Les consanguins devraient être exclus par les germains et alors le grand père prendrait la moitié de ces sept douzièmes comme acéb; mais pour le calcul des parts, on admet qu'il faut compter les consanguins et on calcule la part du grand père en tenant compte des consanguins, le frère germain élève fictivement les consanguins à son degré et dès lors le grand père n'a droit qu'à sa réserve du tiers; puis cette part fictive, les consanguins redescendent à leur rang et le germain les exclue, il prend les deux tiers de 7. La règle est de réduire autant que possible le grand père en diminuant sa réserve.

Tout ceci est surtout dans le rite malékite, c'est celui que nous avons le plus d'intérêt à connaître, puis que c'est celui de nos possessions. Il y a des dérogations dans les rites houfélite et chafélite, nous les indiquons un peu plus tard.

Succession du patron ou des biens de l'affranchi. - En règle générale, les acéba ne succèdent que jusqu'au troisième degré, puis vient la succession du patron aux biens de l'affranchi. Le patron, la patronne ou leurs descendants viennent comme acéba à la succession de leur affranchi ou de ses descendants et inversement l'affranchi vient à la succession du patron.

Ce droit de succession du patron n'a plus grand intérêt dans les Colonies françaises où l'esclavage a été aboli par le décret du 27 avril 1848 et également en Tunisie par un décret du bey du 23 janvier 1846. Néanmoins, cette question de la succession

du patron s'est encore présentée il y a quelques années seulement devant les tribunaux d'Algérie et de Tunisie. Par un arrêt du 19 Novembre 1862 et un autre du 30 Décembre 1867, la cour d'Alger a décidé que le décret du 27 avril 1848 a eu pour effet d'abolir en ce qui concerne les esclaves, de les affranchir et de leur restituer tous les droits des personnes libres et d'autre part en ce qui concerne les affranchis, de faire cesser toutes les conséquences de leur ancienne condition et d'oublier dans leurs anciens maîtres tous les droits résultant de leur patronage. En conséquence, dit la Cour, le patron et son droit à la succession de l'affranchi n'existent plus, alors même que l'affranchissement aurait eu lieu antérieurement au décret de 1848.

La Cour pose en principe qu'en droit musulman comme en droit français, la dévolution des successions est réglée par la loi sous laquelle ces successions viennent à s'ouvrir. Dès lors, si la succession est ouverte depuis le décret, le patron n'a plus droit à la succession alors même que l'affranchissement serait antérieur au décret de 1848.

La même solution a été consacrée par un jugement du tribunal de Tunis du 21 Février 1889. Il s'agissait de la succession d'indigènes algériens ouverte en Tunisie. Mais un autre arrêt de la Cour d'Alger du 4 Mars 1889 fait une distinction suivant que l'esclave de Tunis est devenu libre par l'effet de la promulgation du décret de 1848 ou antérieurement à cette promulgation.

Dans le premier cas, dit l'arrêt, les droits de patronage ont cessé d'exister, mais dans le second, ils subsistent, toutefois il n'en est ainsi en ce qui concerne les descendants de l'affranchi qu'autant que leur conception remonte à une époque antérieure à la promulgation du décret. Cette solution s'appuie sur le raisonnement suivant: l'affranchissement résulte d'un contrat librement passé et consenti entre le maître et l'esclave. Le législateur n'aurait pu sans porter atteinte à un droit légitimement acquis, abolir les droits nés de ce contrat, et la preuve que telle n'a pas été son intention, c'est qu'il n'a fait aucune mention dans le décret de 1848 des droits de patronage dont il ne pouvait cependant pas ignorer l'existence. On peut répondre que l'affranchissement n'est pas un contrat, mais un acte émanant de la seule volonté du maître ou bien de dispositions de la loi elle-même.

Successions dévolues au Bèit-el-Mal. - (Trésor public). A défaut d'héritier arab ou 6<sup>e</sup> degré et à défaut de patron, d'après l'opinion générale, la succession est dévolue au Bèit-el-Mal (trésor) auquel en Algérie, la loi du 16 Juin 1851 a substitué le Domaine et l'Etat. Parmi les biens qui étaient dévolus au Bèit-el-Mal, figuraient notamment les biens vacants et sans maître, y entrent aussi les successions en desherence et les successions vacantes.

On nous avons trouvé en Algérie cette institution du *Beit el Mal* et nous y avons substitué l'administration des Domaines de la certaines difficultés qui sont spéciales à l'Algérie et qui sortent d'ailleurs du droit musulman proprement dit. Mais une question qui est du droit musulman, c'est celle de savoir à quel rang de succession vient le *Beit el Mal*. C'est dans le rite *Malekite*, à défaut d'*acab* ou 6<sup>e</sup> degré, le rite *Halefite*, n'admet l'Etat qu'à défaut de successeur ou n'importe quel degré. Dans le rite *Malekite*, le *Beit el Mal* exclut les *ammas* au delà du 6<sup>e</sup> degré, les *cogna* ou parents pour les femmes et enfin les réservataires pour ce qui excède leur portion légale.

C'est une question discutée à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence française. *Nidi Kalkil* s'exprime ainsi: Après le prélèvement des réserves ou à défaut de réservataires, la succession est dévolue aux *ammas* par ordre de parenté.

«Au dernier degré dans l'ordre des *ammas* est l'Etat.»  
«Faut-il d'*amma* d'un degré plus rapproché la succession est dévolue à l'Etat en totalité ou en partie après le prélèvement des réserves, le reliquat ne devra pas être attribué aux *ammas* dont le lien de parenté avec le défunt est interrompu par une génération féminine, mais il devra accroître les réserves.

La grande majorité des auteurs *malekites* paraissent d'accord pour décider qu'à défaut d'héritier *acaba*, le reliquat après prélèvement des réserves n'est pas reparti entre les réservataires, mais dévolu au *Beit el Mal*. Il en est de même des auteurs français qui ont connu de ce rite *Malekite*, cependant des auteurs musulmans se prononcent en sens contraire. Les uns rapportent un dire de *Abi*, comprouveur du prophète, d'après lequel la succession doit être partagée entre les héritiers réservataires ou non, à l'exclusion du *Beit el Mal*. D'autres relolent que deux cents ans après l'égire, les docteurs du rite *Malekite* admirent l'exclusion du *Beit el Mal* et la répartition entre les héritiers du reliquat disponible. Enfin en autre auteur rapporte que dans le cas où le *Beit el Mal* n'est pas organisé, le reliquat doit être distribué en *ammas* et de préférence non pas au profit des réservataires, mais des parents par les femmes, (*Cogna*) lorsque ceux-ci sont indigents.

La jurisprudence française avait commencé par se prononcer en faveur du *Beit el Mal*, mais depuis, des arrêtés ont donné gain de cause aux *cognas* et aux réservataires.

Malgré les décisions de la Cour d'Alger, les *Cadis* Algériens et *Ommissis* n'en ont pas moins continué de juger au profit du *Beit el Mal*, de même le tribunal d'Alger, mais la Cour d'Alger conclut toujours dans le second sens. C'est un des points sur lesquels il serait très utile de fixer la jurisprudence, puisque le Do. manie de l'Etat est intéressé dans la question.

Différences entre les rites au point de vue des successions.

Il reste à indiquer les principales dérogations des rites *Halefite* et *Chaféite*. D'abord deux divergences communes aux deux rites. La première et la plus importante c'est que les *acaba* succèdent quel que soit leur degré de parenté. Autre divergence, dans tous les rites, le patron et ses descendants succèdent à l'affranchi; dans le rite *Malekite*, il est généralement admis que l'affranchi succède aussi au patron; mais cette dernière règle est contestée par les auteurs *Chaféites* et *Halefites*.

Différences spéciales au rite *Halefite*.

1<sup>o</sup> Les filles et les sœurs du défunt pourvoient avec les frères et deviennent seules héritières pour la totalité de la succession à défaut de parents par les mâles ou *acab*.

2<sup>o</sup> L'aïeul paternel, d'après *Abou-Halifat* exclut tous les frères germains, consanguins et utérins, c'est la doctrine stricte, mais en Algérie et dans beaucoup de pays où le rite *Halefite* est suivi, on donne à l'aïeul seulement un tiers de la succession.

3<sup>o</sup> Les parents utérins succèdent pour la totalité s'ils sont plus rapprochés en degré que les autres parents.

4<sup>o</sup> La mère et les ascendants maternels deviennent *acaba* à défaut de parents de la ligne masculine.

5<sup>o</sup> Les parents par les femmes deviennent également *acaba* à défaut des autres héritiers.

6<sup>o</sup> Le défunt a le droit, lorsqu'il n'a pas de parent au degré succédable de laisser tous ses biens par testament.

7<sup>o</sup> (Succession du *Beit el Mal*): Le rite *Halefite* à défaut d'*acab* appelle à la succession de réservataires, pour le surplus de leur réserve, ou de *cogna*, à défaut de parents ou de légataires universel le *Beit el Mal* a droit à la succession. Il y a donc tout naturellement beaucoup moins de successions en désaccord dans le rite *Halefite* que dans les autres rites.

8<sup>o</sup> Autre règle consacrée par la jurisprudence. En cas de décès de l'un des époux, tout ce qui est regardé comme ayant été nécessaire au ménage commun doit être attribué à l'époux survivant et s'il y a désaccord entre les héritiers du défunt et cet époux survivant, la parole de l'époux fait foi, sauf preuve évidente de contraire.

Particularité des Coutumes Kabiles. — Les coutumes Kabiles contiennent à peu près, en ce qui concerne les successions, les mêmes règles que le droit musulman, seulement, il y a une dérogation très importante, c'est l'exclusion des femmes. Les femmes sont exclues de la succession, elles ne peuvent avoir sur les biens héréditaires qu'un droit de jouissance. droit dont l'étendue varie suivant les villages, et encore il faut dire que ce droit leur est le plus souvent conféré sous forme de donation *ammiénière*.

Partage et liquidation

Les règles en sont très simples et on une grande analogie avec le droit français. En droit musulman comme en droit

français, nul n'est tenu de rester dans l'indivision et le partage (Kis ma) peut toujours être demandé. Voilà pour le droit, mais en fait, l'indivision est dans les moeurs des musulmans. Tout le monde a donc le droit de demander le partage, mais le partage peut être ajourné si lors de l'ouverture de la succession, la veuve est enceinte. En pareil cas, on bien on surseoit au partage jusqu'à sa délivrance ou bien on consigne une certaine partie de la succession et on procède au partage du surplus. C'est cette dernière règle qui est suivie le plus souvent dans le rite hâléfite.

Si tous les héritiers sont capables, le partage peut avoir lieu à l'amiable, c'est le partage conventionnel, s'il y a des incapables, mineurs ou interdits, ou bien si l'un des héritiers capables n'accepte pas le partage amiable, il y a lieu à un partage légal ou judiciaire, c'est à dire que c'est le Cadi qui doit procéder au partage. Le Cadi charge ordinairement d'un partage une personne qu'il désigne et il en surveille les opérations.

Comme en droit français, le partage peut porter sur la propriété soit sur la simple jouissance (partage provisionnel) la même propriété restant indivise. Il se peut, et cela est assez fréquent que l'indivision subsiste depuis plusieurs générations et qu'à l'occasion d'une succession, il y ait lieu d'en partager plusieurs à la fois. Dans ce cas, on dresse ce que l'on appelle un acte de fieda, cet acte comprend la filiation des parties intéressées et leur généalogie, puis la liquidation est faite.

**Paiement des dettes.** — Les dettes sont déduites de la masse à partager, elles se partagent aussi entre les héritiers, chacun d'eux devant les supporter pour sa part héréditaire. Mais (remarque importante) les héritiers ne sont jamais tenus des dettes au delà des forces de la succession. En droit musulman, toutes les successions sont bénéficiaires et il en résulte qu'en principe la renonciation à la succession est sans utilité. Tous les biens de la succession sont d'ailleurs un gage commun des créanciers du défunt et ceux-ci peuvent faire saisir et vendre les biens de l'héritier entre les mains des héritiers qui les détiennent. Ces héritiers sont tenus, chose qui payent au delà de leur part ont un recours contre leurs co-héritiers. Ce sont les mêmes règles qu'en droit français, en droit de partage.

Le partage de droit de propriété quant aux opérations qui naissent du partage est aussi à peu près quant aux actions en nullité, en rescision du partage.

En ce qui concerne spécialement la rescision, les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur l'importance que doit avoir la lésion pour donner lieu à rescision. Les uns disent un quart, d'autres un tiers, d'autres la moitié, la vérité, c'est que la lésion est laissée à l'appréciation du magistrat. Il y a un certain délai dans lequel doit être exercée l'action en rescision pour cause de lésion, ce délai est généralement d'un an à partir du partage

## Droit de Chefa. (retrait)

À la matière des successions, se rattache une institution particulière au droit musulman et qu'on appelle le droit de Chefa (retrait). À la suite du décès d'une personne, il y a division entre ses héritiers la succession est donc la cause la plus ordinaire de la division, mais cette division pourrait résulter d'autre chose, d'un contrat par exemple, cette division donne lieu au droit de Chefa.

C'est le droit qui appartient aux communistes, et même d'après le rite hâléfite aux voisins, d'écarter un étranger introduit dans la succession dans la communauté sans le consentement des communistes et de l'écarter en le désintéressant et en prenant sa place. Le verbe Chefa veut dire en arabe priver, interceder. Le retrayant prie l'étranger de lui céder son marché.

Par qui ce droit de chefa peut-il être exercé? Par tout co-propriétaire des immeubles indivis ou des droits immobiliers indivis, notamment par les héritiers de celui qui a vendu à un tiers sa propriété indivise, notamment aussi dans ce qu'on appelle le bail à complant par le bailleur du sol, lorsque le preneur a planté des arbres ou lorsqu'il a élevé des constructions sur le sol. Un propriétaire n'a pas les ressources suffisantes pour faire des plantations ou élever des constructions, dans l'intérêt public, on permet à ce propriétaire de prêter son terrain à un tiers qui lui fera des plantations ou élèvera des constructions, il y a là une sorte d'indivision.

Le droit de Chefa peut être exercé encore par ceux qui ont fait produire des fruits en commun. Dans le rite hâléfite, le droit de retrait appartient au voisin qui a le droit d'exercer chefa sur une terre contigue à la sienne lorsque le propriétaire de cette terre l'a vendue à un étranger.

Le droit de chefa peut être exercé aussi chez les Kabiles pour les gens de la Kahroutba, fraction du village qui comprennent ordinairement les personnes d'une même famille, parents ou alliés, ou bien par les habitants du village entier, ou enfin par les membres de la confédération ou tribu.

Dans quel délai le droit de Chefa doit-il être exercé? Ici les rites diffèrent, en droit mâlékite, il faut distinguer trois hypothèses. Ou bien le retrayant étoit présent à la vente et il a été interpellé sur le point de savoir s'il entendait user de son droit. Dans ce cas on lui donne une heure seulement pour le déclarer. Seconde hypothèse, il étoit présent à la vente et personne ne l'a interpellé à ce sujet, il aura deux mois. Enfin, il n'étoit pas présent à la vente, on lui donne un délai d'un an.

Au contraire, chez les Chaférites et les hâléfites, d'après l'opinion générale le retrayant doit faire connaître sa volonté dès qu'il est informé de la vente. Ceci ne vaut pas d'ailleurs contre les incapables, mineurs, interdits ou absents.

à quelles conditions le retrait pourra-t-il être exercé ?  
Indépendamment de la qualité de retrayant, le retrayant devra rendre le retrayé indemne, c'est-à-dire qu'il devra lui payer le prix de son acquisition et les accessoires ou frais.

Au même forme n'est exigée pour la manifestation de cette volonté. Quant à l'effet du retrait, c'est de substituer entièrement celui qui l'exerce à celui contre qui il est exercé. On comprend quels sont les inconvénients d'une pareille législation au point de vue de la sécurité de la propriété, aussi en Algérie, la loi du 16 Janvier 1861 sur la propriété, a-t-elle cherché à limiter les inconvénients et elle a introduit dans la législation une première amélioration.

En donnant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser le chef, mais seulement lorsque l'Européen est en cause. La loi de 1873 qui est encore en vigueur au jour d'hui va plus loin, son article 1<sup>er</sup> décide que le droit de chef ne pourra être opposé à l'acquéreur que par les parents successibles d'après le droit musulman et sous les conditions prescrites pour l'art 861 du Code civil.

### Des Donations

Il y a en droit musulman deux espèces de donations : la donation ordinaire et la donation ammonière. La donation ordinaire est comme en droit français un acte à titre gratuit, il peut être fait par toute personne capable de disposer à ce titre. Je rappelle que la femme mariée ne peut donner entre vifs plus d'un tiers de ses biens et il convient d'observer que tout créancier peut empêcher son débiteur insolvable d'aliéner à titre gratuit. Ordonnance de la Cour d'Alger, 18 février 1890.

La donation peut être faite au profit de toute personne capable de recevoir. Elle serait nulle si elle était faite pendant la maladie dont le donateur est mort. Elle peut porter sur tous les biens du donateur. Elle peut être faite verbalement et n'est soumise à aucune formule et peut être prouvée par témoins. Bien entendu il faut le consentement des deux parties.

Jusqu'ici c'est du droit français, voici maintenant du droit musulman. Il faut pour la validité de la donation que le donateur se dessaisisse des biens donnés et que le donataire en prenne possession. La prise de possession du donataire doit être effective, elle ne résulte pas de la détention du titre de propriétaire. Le droit musulman n'impose pas la transcription de la donation sur les titres de propriété, mais le donataire commet une faute lourde en laissant ces titres entre les mains du donateur. Si le donateur vient à décéder avant la prise de possession ou par le donataire, la donation est annulée, de même si le donateur devient insolvable avant la prise de possession.

Voici maintenant deux cas particuliers. L'immeuble donné était au moment de la donation l'objet d'un nantissement (rahma). Entre les mains du créancier l'immeuble n'était pas

possédé, pour le compte du donataire et d'autre part la prise de possession était impossible. La Cour d'Alger s'est prononcée deux fois sur cette question, en apportant des tempéraments à la règle rigoureuse. Elle a décidé que la donation ne serait pas caduque si le donataire s'engageait à payer le créancier et s'il prenait possession dès la fin du nantissement.

Le second cas porte sur une part indivise qui ne peut être individualisée que par un partage. Par un arrêt du 11 Février 1879, la Cour d'Alger a décidé que les juges devraient ordonner le partage suivant les droits héréditaires des parties.

La sanction de la donation, c'est la prise de possession du donataire. Dans les rites Malekites et Chaféites, les donations sont irrévocables, lorsque les conditions pour leur validité ont été remplies y compris la prise de possession. Il y a exception à cette règle de l'irrévocabilité en ce qui concerne les donations faites par le père et la mère au profit de leurs enfants. Quant aux donations entre époux, elles sont irrévocables comme les autres. Dans le rite Maléfite, c'est le principe contraire qui existe, les donations sont révocables, tant que le donataire est vivant et que l'objet donné est en sa possession. Cette règle reçoit exception pour les donations entre époux, entre parents au degré prohibé, ou encore les donations réciproques.

Donation ammonière. — Les donations ne sont pas sujettes aux recours d'action. Le droit musulman distingue de la donation ordinaire, la donation ammonière, celle qui a un caractère pieux, qui est faite en vue d'une récompense dans la vie future. La donation ammonière est toujours irrévocable dans tous les rites. Le droit musulman considère comme une variété de la donation, la remise de la dette faite par le créancier à son débiteur. Il autorise la donation avec clause de retour au donateur ou à ses héritiers au décès du donataire. Il y a là une règle égale à celle de notre article 951 du Code civil ; seulement d'après l'article 951, le retour ne peut avoir lieu qu'au profit du donateur ou à ses héritiers au décès du donataire ou encore en cas de pré-décès du donateur et de ses descendants.

### Du Testament. (Waccia)

Le testament est un acte peu usité chez les musulmans. Pour faire un testament il faut être sain d'esprit. En principe, le testateur peut disposer de ses biens au profit de toute personne, à cette règle, il y a des exceptions. Le mentirier du testateur ne pourrait être légataire, il y aurait injustice, d'autre part un légaire peut être fait aux héritiers du testateur venant à la succession ab intestat, cette règle ou plutôt cette exception est admise par tous les jurisconsultes, et cependant elle est contraire aux textes formels du Coran (Vernet 176 de la Douaith. 2). Le rite Maléfite fait toutefois exception à cette prohibition en faveur des conjoints, c'est alors un retour à la règle. Cette défense de léguer aux héritiers ab intestats n'existe que pour l'intérêt des autres héritiers, par conséquent elle n'aurait



pas de raison d'être si tous les héritiers consentaient à la validité du legs. On peut léguer tous les biens qui sont dans le commerce, les biens dits *habous*, (immobiliers) sont hors du commerce.

On peut aussi par testament faire d'autres dispositions que des legs. On peut affranchir des esclaves, nommer des tuteurs ou des exécuteurs testamentaires, faire des constitutions de *habous*. La quotité disponible est fixée au tiers des biens soit tant à l'instant du décès du testateur; si les legs excèdent cette quotité, ils pourront être réduits au gré des héritiers.

Il faut savoir si la quotité est dépassée, on procède conformément aux règles du droit français (art 922. du Code civil), avec cette réserve toutefois, que dans le calcul de la quotité disponible, il n'y a pas à tenir compte des donations entre vifs, mais seulement des legs, car les donations entre vifs sont sorties irrévocablement du patrimoine du donateur.

Si il y a plusieurs legs dont la somme dépasse un tiers des biens, quotité disponible, il faudrait, d'après certains auteurs, suivre un certain ordre pour la réduction de ces legs, en considérant la valeur du leg au point de vue religieux; mais cette règle n'est pas admise généralement. On décide qu'il y a lieu à réduction proportionnelle (art 916 du Code civil).

**Formalités du testament.** — Il n'y en a pas. Il suffit que la volonté du testateur soit clairement exprimée par conséquent le testament verbal est valable, il pourrait même être fait par signe d'après les doctrines de Malek et de Chaféi, non d'après la doctrine de Abou. Halifat. Si le testament est verbal, il sera fait devant deux témoins. à plus forte raison, le testament pourra être fait par écrit, et dans ce cas, il sera écrit de la main du testateur, signé de lui et de deux témoins, ou bien à défaut de la signature de deux témoins, il devra contenir la mention suivante: «*Exécute le présent testament.*»

On peut encore tester de la façon suivante: «*J'ai écrit mon testament, et je l'ai confié à telle personne, ayez confiance en elle.*» J'ai légué le tiers de mes biens à telle personne, rédigez-la». Bien entendu, le testament peut être fait par un acte authentique devant le Cadi. Dans nos possessions françaises, rien n'empêche de recourir à un notaire français, en vertu de ce système que les indigènes peuvent toujours se soustraire à la loi locale pour recourir à la loi française.

Le testament est expressément révoqué, la révocation peut être expresse ou tacite. Elle serait tacite, si la chose léguée d'abord à une personne, l'était ensuite à une autre. En droit musulman, le testament ne confère aucun droit héréditaire et il n'y a pas comme chez nous de distinction entre les légataires particuliers ou universels.

#### — Constitution du *habous*. —

Le *habous* se rattache à la fois aux successions ab intestat, aux donations et aux testaments. Il peut constituer une dérogation aux règles ordinaires des successions et la constitution *habous*

emprunte quelquefois la forme du testament, souvent celle des donations. Le mot *habous* vient de *habo* qui veut dire prison, prisonnier, les biens *habous* sont emprisonnés. Cette expression de *habous* est employée en Algérie et généralement dans le Nord de l'Afrique; dans d'autres pays, on emploie l'expression de *ouaqf* qui veut dire en arabe arrêté, fixe, noté. Le sens des mots *habous* et *ouaqf* est donc celui de immobilité, fondation.

Le *habous* consiste dans la mise hors du commerce d'une chose ou d'un immeuble pour l'affectation de cette chose, de cet immeuble à une fondation privée ou d'intérêt public. Dès lors, la propriété de la chose *habousée* est réputée appartenir à la personne naturelle ou morale en faveur de laquelle le *habous* est constitué qui en a l'usage et en perçoit les revenus. Quelquefois cette personne en a l'usage direct; par exemple: le public, personne morale, aura l'usage d'une mosquée, d'une fontaine publique, d'un caravansérail, mais d'autres fois, le bénéficiaire en a non seulement l'usage, mais en perçoit les revenus, c'est ce qui a lieu lorsque la fondation a pour objet des terres ou des maisons dont le produit est affecté à l'entretien d'une personne déterminée ou subvient aux besoins d'établissements déterminés. Ces bénéficiaires sont ou des particuliers, ou bien des établissements religieux, ou bien encore des œuvres charitables. Souvent des personnes sont substituées l'une à l'autre dans le bénéfice du *habous*, comme chez nous dans les successions *fidei commissoires*. L'usufruit est alors réservé à une ou plusieurs personnes pour être au décès de ces personnes, dévolu à d'autres personnes désignées par le constituant, jusqu'à ce qu'enfin au décès du dernier intermédiaire, l'usufruit se remette à la personne propriétaire dont le détenteur nominal fictif est Allah et dont le détenteur réel est une ville sainte, la Mecque ou Médine, ou un établissement religieux, une mosquée, ou une œuvre pieuse ou charitable, ou d'intérêt public.

Le *habous* peut donc être particulier ou public. Si l'usufruit appartient à une personne morale, cette personne morale ayant une existence indéfinie, il n'y aura jamais d'extinction de l'usufruit.

Les règles du *habous* diffèrent assez sensiblement suivant les rites, il y a surtout des différences concernant le rite hâléfite. En droit musulman, la personne qui appartient à l'un des quatre rites orthodoxes peut dans ses actes adopter un autre de ces quatre rites, seulement, elle ne peut pas se conformer à l'un pour partie et pour partie à l'autre, cette règle s'applique au *habous*, il y a des jugements qui ont déclaré nuls des *habous* constitués suivant les règles des deux rites.

Qui peut constituer des *habous*? Toute personne capable de faire une donation. Le *habous* peut être constitué au profit de toute personne capable de recevoir. Le *habous* ayant précisément pour but de déroger à l'ordre des successions. Le bénéficiaire peut être un homme ou une femme, mineur ou majeur, héritier ab intestat ou non, il peut être une personne morale.

Celui qui a constitué *habous* peut dans les rites chaféite

et hâlebites se réserver à lui-même l'usufruit. Donc liberté complète du constituant, cependant la règle reçoit une exception dans le rite Malékite, le constituant, en moins d'après les jurisconsultes les plus autorisés, notamment Sidi Kalihl, le constituant n'auroit pas le droit d'exclure du hâbons ses filles en faveur des fils. Ce n'a été consacré en Algérie par plusieurs arrêtés de la Cour; mais d'autres arrêtés ont décidé que les filles pouvaient être exclues, même dans le rite malékite.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 16 Janvier 1877 se prononce dans le second sens. « Attendu, dit l'arrêt, que le Coran ne régit que l'institution même du hâbons dont le but même est de déroger à l'ordre de la dévolution des successions.

Quant aux fils, toujours dans le rite malékite, le constituant pourrait, d'après la plupart des jurisconsultes, les exclure du hâbons, mais la Cour d'Alger n'a pas eu besoin de consacrer cette doctrine; il y a plusieurs arrêtés en ce sens. Dans tous les cas, l'exclusion n'est interdite que pour les enfants en premier degré, le constituant peut exclure la descendance de ses fils ou filles. Au contraire les rites hâlebites et chaféites permettent au constituant d'exclure de la dévolution de succession, ses enfants du premier degré ou quelques uns d'entre eux seulement, mais en ce qui concerne les filles, cette exclusion est toujours faite sous cette restriction: à moins qu'elles ne soient indigentes ou non mariées. Si les filles prouvent qu'elles réunissent ces deux conditions, elles peuvent toujours participer au hâbons, c'est alors une pension alimentaire.

Le constituant peut désigner non seulement le premier dévolutaire, mais encore les dévolutaires successifs et régler l'ordre dans lequel ces dévolutaires seront appelés, il a donc le droit de fixer un ordre de succession spécial quant aux biens hâbonnés, si il n'a pas exprimé clairement sa volonté à cet égard, on suit pour la dévolution du hâbons les règles ordinaires de la dévolution des successions.

Toutes choses peuvent, si on en a la libre disposition, être constituées hâbons, à l'exception cependant de celles qui sont susceptibles de se consommer par l'usage ou à dépérir par l'action du temps, cette exception se justifie tout naturellement par le but même de la fondation. L'exception concerne donc en général les meubles et objets mobiliers, toutefois, elle ne s'applique pas aux meubles destinés à être vendus pour le produit servir à l'acquisition d'un immeuble, ni à des objets immeubles par destination: omnibus attachés à la culture, instruments aratoires, choses unies à l'immeuble et faisant corps avec lui.

Il y a d'ailleurs quant à la validité du hâbons appliqué aux objets mobiliers de nombreuses contradictions entre les jurisconsultes et la Cour de Cassation par un arrêt du 28 Avril 1873 s'est fondé sur ces contradictions pour rejeter un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Alger qui avait déclaré valable le hâbons d'objets mobiliers. La Cour de Cassation a jugé

qu'il n'y avait pas de texte assez précis, ni d'unanimité suffisante entre les jurisconsultes pour permettre d'annuler un hâbons ainsi constitué. Quant aux immeubles, sans doute ils peuvent être constitués hâbons, il n'est pas nécessaire d'ailleurs que le constituant soit propriétaire de l'immeuble entier, il peut constituer hâbons une fraction de l'immeuble, il n'est pas nécessaire non plus qu'il soit le propriétaire actuel ou peut constituer hâbons des biens à venir, seulement en pareil cas, le hâbon ne sera valable que pour les biens dont le dévolutaire sera entré en possession avant la mort du constituant ou avant son insolvabilité déclarée, ou enfin avant sa dernière maladie, celle dont il est mort.

#### Formalités relatives à la Constitution du hâbons.

Il n'y a aucune formalité relative à la constitution du hâbons, par conséquent le hâbons peut être constitué verbalement par une simple déclaration qui, afin de permettre d'établir l'acte de hâbons, devra être faite devant témoins, la preuve testimoniale sera admise comme dans toute autre matière.

Quelques fois même la constitution du hâbons pourra être tacite, c'est aussi que tout bien donne en remplacement d'un hâbons, c'est un hâbons lui-même. (Cour mixte d'Alexandrie, 24 Janvier 1895). En fait, le plus souvent, l'acte est dressé devant le Cadi. La seule condition exigée pour la validité du hâbons indépendamment de la capacité du constituant, est que le premier dévolutaire prenne possession et encore cette condition n'est exigée que dans le rite malékite.

L'acte de hâbons porte ordinairement que le dévolutaire est entré en jouissance. On trouve ici une règle analogue à celle qui existe pour la validité de la donation. Cette prise de possession doit avoir lieu avant la mort du constituant ou son insolvabilité, ou la maladie à laquelle il a succombé.

Le hâbons doit-il pour être valable avoir nécessairement le caractère d'une œuvre pieuse? Il a été jugé que oui, (plusieurs arrêtés de la Cour d'Alger, notamment du 10 Mars 89). Le hâbons ne peut être sanctionné par les tribunaux qu'autant qu'il a un caractère de piété ou tout au moins d'intérêt public. On doit dire que la jurisprudence française cherche à effacer de la loi musulmane le hâbons qui est vu d'un très mauvais oeil. Cependant, d'autres arrêtés de la Cour d'Alger ont jugé que le hâbons n'est pas nul par cela seul que le dévolutaire final n'était pas un établissement religieux ou charitable.

Sur un pourvoi, la Cour de Cassation, chambre des requêtes, dans un arrêt du 10 Janvier 1877 a donné raison à la Cour d'Alger en décidant qu'aucune loi n'exige à peine de nullité que le hâbons institué pour dévolutaire final un établissement religieux, charitable ou d'utilité publique, cette solution paraît bien conforme au droit musulman.

Clauses qui peuvent être insérées dans l'acte du hâbons.

Le constituant peut insérer dans l'acte de habous, toutes les clauses qui ne sont pas contraires à l'essence même du habous. C'est ainsi qu'il peut déterminer le rite par lequel le habous sera régi, (le rite halebite est plus large en matière de habous). Il arrive souvent qu'en vertu du principe général qu'un musulman peut se conformer à l'un quelconque des rites orthodoxes, qu'un malekrite ou un chaféite constitue un habous d'après le rite halebite. Il faut toutefois qu'un acte soit réglé en entier par le même rite.

Le constituant peut aussi désigner certaines personnes pour administrer le habous. S'il n'a pas pourvu lui-même à cette administration, il y sera pourvu par le Cadi, l'administrateur ainsi désigné s'appelle *nathir* (ou *nazir*). Le constituant peut encore fixer l'ordre des dévolutions s'il y en a plusieurs. Il a le droit de dire qu'un dévolutaire pourra aliéner s'il justifie de son indigence. Il peut stipuler le droit de retour du habous dans certains cas déterminés; mais, dans le rite malekrite, tout au moins, le constituant ne peut se réserver le droit de modifier les conditions du habous une fois constitué, ni celui de disposer du bien habousé. Il paraît bien en être autrement dans les rites chaféite et halebite. On admet généralement que dans ces rites, le constituant peut modifier les conditions du habous et même se réserver le droit de disposer des biens habousés; il y a cependant sur ce point désaccord entre les jurisconsultes musulmans.

D'après les malekrites, la perpétuité ne serait pas de l'essence même du habous, mais il en est autrement dans les deux autres rites chaféite et halebite. Dans la pratique, même chez les malekrites, le habous n'est jamais constitué pour un certain temps seulement. Le habous est considéré comme un tout indivisible, si donc il y a contestation sur les clauses du habous entre les parties intéressées la décision qui intervient produit effet même pour les parties désintéressées de la contestation.

Effets produits par le habous. — La Constitution du habous produit trois effets principaux. Elle rend les biens inaliénables et par suite insaisissables. Elle les rend imprescriptibles et enfin, elle les soustrait à la loi successorale.

Inaliénabilité. — D'après le droit musulman, tout au moins d'après le rite malekrite, le caractère essentiel des habous est de rendre inaliénables les biens sur lesquels il porte, c'est là une des raisons d'être de l'institution. Le habous est né et s'est développé chez les musulmans dans le double but d'abord de déroger à la loi successorale, en excluant certains héritiers, ensuite de soustraire les biens dont il s'agit aux conversions et aux spoliations du souverain en leur imprimant un caractère religieux ou d'utilité publique, et en les rendant ainsi inaliénables et insaisissables.

Il n'y a pas de règle sans exception: 1<sup>re</sup> Exception. — Si le habous comprend des immeubles par destination, par exemple

des immeubles attachés à la culture, les immeubles qui ne pourront plus être utiles seront vendus, et avec le prix, il en sera acheté d'autres.

2<sup>me</sup> Exception. — Si la vente est nécessaire pour une œuvre pieuse, par exemple la construction d'une mosquée. Si le dévolutaire est dans l'urgence et que les produits du habous ne soient pas suffisants pour le faire vivre, il pourra aliéner le capital.

4<sup>e</sup> Exception. — L'immeuble habousé pourra être aliéné si cela est nécessaire pour payer les dettes du constituant décédé.

5<sup>e</sup> Exception. — Si l'œuvre en vue de laquelle il a été constitué cesse d'exister.

6<sup>e</sup> Exception. — En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. En pareil cas, l'immeuble exproprié perd le caractère de habous, mais le prix doit être employé à l'acquisition d'un immeuble qui sera subrogé au premier, et à ce sujet, il a été jugé par la Cour d'Alger (arrêt du 10 Novembre 1885) que l'expropriation par l'État d'une parcelle comprise dans une constitution de habous, ne porte pas atteinte aux droits du dévolutaire sur les autres parcelles labourées et non comprises dans l'expropriation.

Si un bien labouré est aliéné par un dévolutaire, soit en violation de la volonté formelle du constituant, soit en violation de la règle même d'inaliénabilité qui forme la base de l'institution, dans ce cas, l'aliénation sera considérée comme nulle, mais cette aliénation du habous n'entraînera pas la nullité du habous lui-même, cependant cette dernière proposition a été contestée et certains arrêts se sont prononcés en sens contraire prétendant que non seulement l'aliénation, mais encore la constitution de habous seraient annulées, cette dernière opinion n'a pas prévalu, elle a été repoussée par la plupart des arrêts et notamment par un arrêt de la Cour de Cassation, chambre des requêtes du 18 Décembre 77 et par un arrêt de la Cour d'Alger du 1<sup>er</sup> Février 1896. De ce qu'ils sont inaliénables, il résulte que les biens labourés sont insaisissables pour les créanciers du bénéficiaire. (Cour d'appel de Pondichéry, 14 Avril 1868).

Dans l'Inde les décisions sont très rares en ce qui concerne les habous, c'est à peine si on parvient connaître cette institution.

Imprescriptibilité. — Les biens habousés ne peuvent être aliénés ni directement ni indirectement, toutefois, en Algérie si, l'État qui s'est substitué aux congrégations religieuses devient dévolutaire d'un habous, la prescription courra contre lui dans les conditions indiquées par le Code civil français. L'État ne pourrait pour son profit appliquer les règles du droit musulman.

Les biens habousés sont soustraits à la loi de dévolution successorale ordinaire. Il est de l'essence du habous que les biens qui en font l'objet soient définitivement en dehors de l'hérédité et ils sont affectés à une dévolution sous réserve de la volonté du disposant ou du dévolutaire. Par suite, s'il y a plusieurs appelés à la

jouissance et si l'un d'eux ne peut sans recueillir, les héritiers légitimes n'ont aucun droit aux biens de la part du dévolutaire qui devra profiter aux autres appelés ou bien l'affectation précitée devra recevoir immédiatement effet, l'usufruit se réunissant alors à la nue propriété.

Cependant par application de la même idée que le habous est une dérogation à la loi successorale, il faut décider que les bénéficiaires y sont appelés en qualité d'héritiers, mais en vertu d'une fonction personnelle, résultant de la volonté du constituant; fonction propre et personnelle prenant naissance au jour même de la constitution du habous et non seulement au jour où la dévolution s'ouvre ou profite aux appelés.

Donc s'il y a plusieurs dévolutaires successifs, chacun d'eux tient son droit du constituant lui-même et non du dévolutaire qui le précède. Chaque dévolutaire est l'ayant-eause du constituant et non du dévolutaire précédent. Si un dévolutaire à grevé son usufruit de certaines dettes ou charges, les dévolutaires qui viennent après ne sont pas tenus de ces dettes et charges, à moins toutefois qu'ils ne soient engagés solidairement avec ce dévolutaire. Cour d'Alexandrie 10 Mai 1894.

Le habous dans la législation algérienne et tunisienne. — Il est inutile d'insister sur les inconvénients de cette institution au point de vue économique et au point de vue de la sécurité de la propriété. L'inaliénabilité du habous, son immobilisation produisent à ce double point de vue des effets désastreux. C'est si en Algérie s'est ou précépué dès les premiers temps de la conquête de limiter les inconvénients qu'entraîne cette institution.

L'ordonnance du 10 Octobre 1844. (art. 2); la loi du 16 Juin 1851 sur la propriété. (art. 17) indiquent qu'aucune transmission immobilière entre musulman et chrétien ne pourra être attaquée pour cause d'inaliénabilité résultant de la loi musulmane et le décret du 30 Octobre 1858 étend cette disposition aux aliénations de musulman à musulman. Le but du décret dit le rapport qui le précède, est de mettre les acquéreurs à l'abri des revendications fondées dans les termes de la loi musulmane, sur des actes de habous cachés ou ignorés lors de la vente et qui frapperaient de nullité l'aliénation de l'immeuble.

Donc en Algérie, si un immeuble habousé a été aliéné, échangé ou hypothéqué par un dévolutaire, la vente, l'échange ou l'hypothèque ne pourront être attaqués pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane.

Mais faut-il aller plus loin et dire que ces aliénations totales ou partielles des biens habousés entraînent la nullité du habous lui-même à l'égard des dévolutaires. On l'a soutenu, et des arrêts l'ont jugé; mais cette opinion n'a pas prévalu, elle ne devait pas prévaloir. Cependant, quelles seraient les conséquences de la nullité du habous? Ici la jurisprudence se divise de nouveau. D'après certains arrêts de la Cour d'Alger, le droit de pleine propriété

se trouve consolidé sur la tête du bénéficiaire qui a rendu ou hypothéqué. Donc si l'immeuble a été rendu, le bénéficiaire aurait seul droit au prix, si l'immeuble a été hypothéqué et s'il n'a été ni transmis ni rendu, ni exproprié, ce bénéficiaire en deviendrait seul propriétaire. (Arrêt du 25 Mai 1881, 9 Mai 1882). D'autres arrêts au contraire décident que les actes d'aliénation ont pour effet de soumettre les immeubles ainsi que le prix de dévolution aux règles de dévolution successorales ordinaires, il n'y a plus de habous, donc c'est la succession ordinaire qui s'ouvre. (Arrêts du 4 Février 1889 et du 25 Octobre 1889).

Ces deux solutions sont également contraires au principe. Il n'est pas exact de dire que l'aliénation des biens habousés entraîne la nullité du habous, ni en droit musulman, ni en législation algérienne. On veut simplement protéger l'acquéreur des biens habous contre les revendications pour cause d'inaliénabilité, par conséquent le habous subsiste dans les rapports entre le constituant et le dévolutaire, et il subsiste avec tous ses effets. Cour de Cassation 18 Décembre 1877, et par un arrêt plus récent: Cour d'Alger 1<sup>er</sup> Février 1896.

Voici une autre question pratique de législation algérienne. Les biens habousés ont été frappés de séquestre, par exemple à la suite d'insurrection, puis l'immeuble séquestré a été restitué par l'Etat soit au propriétaire de l'immeuble, soit à ses descendants désignés nominativement. En pareil cas, il y a de la part de l'Etat envers le propriétaire une donation qui forme un titre nouveau à cet immeuble, et détruit notamment la constitution de habous, l'immeuble ainsi rendu par l'Etat devient libre (Cour d'Alger, 3 Décembre 1884).

Cette législation algérienne a rendu les habous à la circulation en abrogeant la règle de l'inaliénabilité. On trouve dans la législation tunisienne un autre moyen employé pour combattre les effets de l'inaliénabilité, mais un moyen non plus radical et direct, mais indirect et détourné, c'est l'institution de l'engel, très pratique que en Tunisie où près de la moitié du sol était aboussé en 1881, lors de l'établissement de notre protectorat.

Législation Algérienne et Tunisienne. (L'Engel). L'Engel tunisien a pour but de tourner la règle de l'inaliénabilité du habous, tel qu'il est pratiqué dans les usages musulmans.

L'Engel n'est autre chose qu'un mode de location perpétuelle, c'est un bail perpétuel, moyennant une redevance fixe (anna). L'Engel a son origine et sa cause dans la législation des habous. Lorsque le bénéficiaire d'un habous ne pouvait pas entretenir les immeubles dont il avait la jouissance, il était autorisé à se substituer une autre personne qui moyennant une redevance annuelle, avait le droit de jouir de l'immeuble, à charge de faire les dépenses nécessaires à l'entretien. Grâce à cette combinaison, les biens habousés sont préservés de la ruine et le bénéficiaire du habous en titre profite,



et celle sans violer la règle d'inaliénabilité puisque, grâce à une fiction, il y avait là une location perpétuelle et non une vente.

En laissant de côté la fiction et en considérant la réalité des choses, l'enzel est une aliénation moyennant rente perpétuelle, c'est un moyen de rendre les biens à la circulation. Si l'on considère l'enzel tel qu'il est d'après les usages tunisiens, l'enzel présente les caractères suivants : si la rente n'est pas exactement payée, le bailleur a le droit de demander la résiliation du bail et de reprendre l'immeuble ou bien de faire saisir et de vendre cet immeuble aux enchères et de se faire payer sur le prix, les arrérages qui lui sont dus. Ce paiement est privilégié, dans le cas où il y aurait plusieurs débiteurs, il a lieu sous cautionnement, c'est à dire sous qu'il y ait partage de la jouissance par les débiteurs ou partage par le créancier, car en pareil cas, en cas de non paiement de sa part par un des débiteurs, il est autorisé à demander la résiliation pour les autres.

L'enzel n'est pas achetable, c'est à dire que le preneur ne peut pas s'affranchir du paiement de la rente en remboursant au bailleur le capital de cette rente, cependant il peut y avoir convention contraire, alors l'achat se fait moyennant seize fois la redevance. Le preneur à enzel peut céder ce droit à un tiers, mais il lui faut le consentement du bailleur, si le refus du bailleur n'est pas justifié, il peut être contraint par la justice à consentir. Tribunal de Tunis, 9 avril 1891.

Le preneur à enzel n'est pas propriétaire de l'immeuble, puisqu'il ne peut pas l'aliéner librement, la propriété éminente reste au bailleur. Chaque des parties jouit d'un véritable droit réel, mais d'un droit d'une nature particulière, c'est un droit réel immobilier. L'intérêt de savoir s'il y a là un droit immobilier ou personnel se présente en ce qui concerne la compétence des tribunaux. En cas de droit immobilier, ce sont les tribunaux indigènes dès qu'il y a un indigène en cause.

Article de l'enzel assez usité en Tunisie. — C'est ce qu'on appelle le bail à Kirdar. Il peut être stipulé que la redevance au lieu d'être fixe variera avec la valeur de l'immeuble que cette redevance sera augmentée si l'immeuble acquiert une plus value, qu'elle sera réduite dans le cas contraire. Le contrat d'enzel prend alors le nom de bail à Kirdar, c'est une forme particulière de l'enzel, sans cette particularité, il est soumis aux règles générales de l'enzel, le bailleur conserve le domaine éminent. Le preneur acquiert le domaine utile et le droit de chacune des parties est un droit réel immobilier, par conséquent l'action tendant à l'augmentation de la redevance stipulée est elle-même une action immobilière.

Si l'on ne considère que le droit musulman, il devra être tenu de toute plus value, quelle qu'en soit la cause et quel qu'

en soit le chiffre, mais d'après les usages tunisiens, il en est autrement. D'une part, on ne doit tenir compte que de la plus value provenant de circonstances étrangères au preneur et non de la plus value dont il est l'auteur, provenant des améliorations qu'il a faites sur l'immeuble et d'autre part, en ce qui concerne le chiffre, il faut que cette plus value soit tellement importante qu'il y aurait lésion énorme pour la fondation prise si la redevance était maintenue à son chiffre primitif. (Tribunal de Tunis, 27 Février 1890).

Ces caractères principaux existent encore aujourd'hui en ce qui concerne les immeubles non immatriculés. Il y a en Tunisie une formalité qui consiste à immatriculer les immeubles sur un registre et par cette immatriculation à les soumettre à la loi française ou plus exactement à la loi tunisienne du 1<sup>er</sup> juillet 1885 qui est en grande partie la reproduction de notre Code Civil.

Quant aux immeubles immatriculés, la loi foncière tunisienne du 1<sup>er</sup> juillet 1885 a supprimé cette fiction qui consistait à faire du contrat d'enzel une location perpétuelle, un bail, et cette loi a fait de l'enzel une moins du preneur ce qu'il est en réalité, c'est à dire un vrai droit de propriété. Il n'y a plus un bail moyennant rente mais une vente moyennant rente perpétuelle. Le bailleur de l'immeuble est devenu simplement créancier de la rente et il n'a plus retenu le domaine éminent, mais il a conservé pour assurer le paiement de cette rente dont il est créancier, un droit réel sur l'immeuble qu'il a vendu, et en même temps un privilège sur le prix comme notre vendeur du Code Civil. En cas de non paiement de la rente, il peut demander la résiliation du contrat et faire saisir et vendre l'immeuble entre les mains du débiteur et se faire payer sur le prix de référence ou sur autres créanciers.

Notions générales sur la vente et le louage dans la législation musulmane. — La Vente. La vente est droit musulman comme chez nous un contrat consensuel, elle porte le nom de bia; c'est un contrat créant des obligations à la charge des deux parties. Le vendeur s'oblige à livrer la chose, l'acheteur s'oblige à en payer le prix en monnaie.

D'après le droit musulman pur, la vente est parfaite par le seul consentement des parties et lorsqu'elle est parfaite, elle est translatrice de propriété par le seul fait du contrat. Par le contrat aussi, sont transférés les risques à la charge de l'acheteur et cela qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. L'ordre des mutations de propriété se détermine par la date des contrats. Il en est autrement lorsque la vente est imparfaite ou lorsqu'elle est conventionnelle. Lorsque le prix n'est pas déterminé définitivement par le contrat, par exemple le prix sera fixé ultérieurement ou bien le prix est laissé à la décision d'un tiers, ou bien la vente est encore incertaine, elle est soumise à un aléa, c'est le produit à partir d'un animal par exemple; en ce cas, c'est

l'arrivée de l'événement qui transmettra la propriété et les risques. Mais dans les usages musulmans spécialement, il est dérogé à cette règle en ce qui concerne les immeubles et le transfert de propriété à l'égard des tiers.

Le transfert de propriété ne devient opposable aux tiers que par la mention qui en est faite sur le titre de propriété, il en est ainsi non seulement de la propriété elle-même mais encore d'un nantissement, d'une survente, d'un bail perpétuel.

Le titre de propriété doit mentionner toutes les mutations successives dont cette propriété est l'objet, celui qui devient acquéreur d'un droit réel sur l'immeuble se fait représenter le titre de propriété et il s'agit à quoi s'en tenir sur l'état civil de l'immeuble. Toujours bien entendu pour les immeubles non immatriculés qui restent soumis à la loi musulmane. Il y a une petite exception en ce qui concerne les immeubles non immatriculés pour le bail à complant.

La vente peut être pure, simple ou conditionnelle, mais les parties ne peuvent se réserver le droit d'option. Même cause de résiliation qu'en droit français, sauf que la vente n'est pas rescindable pour cause de lésion.

Le Louage. — Le louage, sans certaines particularités de détail, présente en droit musulman les mêmes caractères qu'en droit français. Il se dit en arabe idjara ou encore kira. Les musulmans connaissent comme nous le louage d'ouvrages ou de services. Ils consacrent un chapitre spécial au louage des nourrices ou contrats d'allaitement. Les musulmans connaissent aussi le bail à colona partiaire, partage des fruits entre le bailleur et le preneur. Le preneur au lieu de payer le fermage en action abandonne au propriétaire une partie des fruits. Pour les musulmans, il y a plutôt dans ce bail à colona partiaire une association qu'un bail véritable.

Le colon partiaire prend le nom de Khesmas, il a le droit ou cinquième des produits, le propriétaire aux quatre cinquièmes. Le droit musulman connaît aussi le bail à complant (magharassa). Cultiver la terre, planter des arbres est chez les musulmans une œuvre méritoire. Si le propriétaire d'un terrain pour une cause quelconque ne peut pas mettre ce sol en valeur, il est bien qu'il en charge une autre personne. Par ce bail à complant (planter ensemble), le premier s'oblige à planter sur le sol d'autrui des arbres et de son côté le bailleur s'oblige à adier au preneur une partie indivise du sol et en même temps des arbres plantés sur ce sol, de telle sorte que les deux contractants auront des droits indivis sur le sol ainsi amélioré, droits qui resteront indivis jusqu'au partage qui aura lieu plus tard.

Ce contrat de magharassa est très usité en Tunisie principalement dans la région de Sfax pour la plantation des oliviers. Le propriétaire du sol fournit la terre et souvent la

semence ou une partie de la semence pour que le preneur n'est pas riche, il fait des avances au colon partiaire qui lui doit défricher le terrain, planter, soigner et entretenir les plantations.

Lorsque les oliviers commencent à produire, ordinairement vers la huitième année, on procède au partage, les notables (ommes) divisent la plantation en deux parties égales et les parts sont tirées au sort. Chacun des Co-propriétaires indivis et associés devient alors propriétaire de sa part qui est déterminée.

Indépendamment de ces contrats principaux, les musulmans connaissent comme nous les contrats de société, le prêt à usage, le prêt de consommation, le contrat de dépôt, le contrat de mandat, le cautionnement, la transaction et enfin le nantissement.

Contrat de Société. — La société se dit en arabe Chirkia. Ce contrat présente les mêmes caractères qu'en droit français, il en existe beaucoup de variétés; la plus usitée, c'est la commandite (Hira). Au partage les bénéfices d'après les conventions stipulées au contrat. La commandite est très usitée chez les musulmans et cela tient à cette raison que chez les Arabes comme un peu partout, c'est déroger que de faire le commerce; mais d'autre part, il faut faire valoir son argent par le commerce parce que la loi musulmane défend le prêt à intérêt, d'où résulte, la commandite.

Prêt à usage. (Arja). Rien de particulier.

Prêt de consommation. (Kerid). En ce qui concerne le prêt de consommation, ce sont les mêmes principes qu'en droit français, sauf qu'il n'est pas permis de stipuler des intérêts. La loi musulmane le défend; mais en fait l'usage se pratique sur une grande échelle au moyen d'une foule de combinaisons.

Contrat de dépôt. (Dax). Rien de particulier.

Contrat de mandat. (Dukala). Le mandat chez les musulmans est très usité, il est d'usage de désigner des représentants pour toutes ses affaires et souvent ces représentants sont désignés par la loi elle-même.

Le Cautionnement. (D'Amran). Ce sont les mêmes principes que chez nous, une petite dérogation cependant, le droit musulman connaît ce qu'on appelle le cautionnement de coopération qui est analogue à celui qui existe chez nous en droit civil. Une personne peut garantir qu'une autre personne comparaitra en justice; mais chez les musulmans, le cautionnement de coopération n'est admis qu'en matière civile seulement et non en matière criminelle.

La Transaction. (Colb). Même règle qu'en droit français.

Contrainte par Corps. — Pour suivre l'ordre du Code civil, il faut dire un mot de la contrainte par corps, placée dans le Code civil après la transaction. La contrainte par corps existe chez les musulmans et elle est usitée même en matière civile comme autrefois chez nous. En Algérie particulièrement, la contrainte par

Corps est encore pratiqué en matière civile lorsqu'il s'agit d'indigènes musulmans; cependant la légalité de cette contrainte pour corps a été contestée d'après la loi de juillet 1867 qui a abrogé chez nous la contrainte par corps en matière civile et qui a été promulguée en Algérie.

La question est de savoir si cette promulgation de la loi de 1867 en Algérie a eu pour effet de supprimer la contrainte par corps, non seulement à l'égard des Européens, mais encore à l'égard des indigènes musulmans. C'est une question discutée et assez importante.

Le créancier a le droit de demander que le débiteur fasse pour son compte un travail déterminé jusqu'au paiement de sa dette et, en outre, que ce débiteur soit emprisonné jusqu'à sa libération, mais cette contrainte par corps ne peut être exercée que si le débiteur est négligent ou de mauvaise foi, s'il est réellement dans l'impossibilité de payer sa dette, il ne pourra pas être emprisonné. Il en résulte que la déclaration judiciaire d'insolvabilité prononcée par le Cadi affranchit le débiteur de l'emprisonnement à moins qu'il ne soit de mauvaise foi.

Donc la contrainte par corps existe en droit musulman, quelle que soit la nature de l'obligation. La loi du 22 juillet 1867 a aboli chez nous la contrainte par corps en matière commerciale civile et contre les étrangers, elle ne l'a maintenue qu'en matière criminelle et de police, pour le paiement des amendes, restitutions, dommages-intérêts. Or, cette loi du 22 juillet 1867 a été promulguée en Algérie et y a été déclarée exécutoire par un décret du 27 juillet et cela sans aucune restriction ni réserve.

Cette promulgation a-t-elle eu pour effet de supprimer la contrainte par corps, non seulement à l'égard des Français et des étrangers européens, mais encore à l'égard des indigènes musulmans ou même des étrangers musulmans. La question s'est posée le lendemain du décret du 27 juillet 1867, mais les divergences d'opinion qui s'étaient manifestées étaient restées purement doctrinales et dans la pratique, on avait continué à appliquer la contrainte par corps en matière musulmane.

En 1886, un décret du 10 septembre sur la justice musulmane vint réveiller la controverse, il a été abrogé par un décret du 17 avril 1889 qui reproduit littéralement le texte de celui de 1886 en ce qui concerne la question. Ces décrets contiennent des prescriptions qui paraissent contradictoires, d'après certains articles les musulmans sont régis par la loi française en matière d'obligations, mais d'après d'autres articles, l'exécution des jugements en matière commerciale reste soumise à la loi musulmane. Les cadis ont été très embarrassés à partir de ce décret de 1886. Jusque là, aucune décision judiciaire n'était intervenue, c'est un jugement du Tribunal civil d'Alger du 28 novembre 1892 sur appel du jugement de Cadi, qui, pour la première fois, en se fondant sur les

textes des décrets indiqués décide que la contrainte par corps est abolie en Algérie même à l'égard des musulmans. En droit, à mon avis, le décret du 27 juillet 1867 n'a pas du tout pensé aux musulmans; il a promulgué la loi du 22 juillet qui n'était faite que pour les Français et les Européens et non pour les musulmans.

En législation, le décret de 1867 aurait-il dû comprendre les musulmans dans la suppression de la contrainte? C'est une autre question. De bons esprits pensent que la suppression de l'emprisonnement pour dettes est une chose regrettable même pour les Français ou les Européens, à plus forte raison pour ceux-là n'y a-t-il pas lieu de l'étendre aux musulmans puisqu'elle est dans leurs usages et qu'ils l'acceptent.

Le nantissement. — (rahmia ou rahn). Le nantissement, comme en droit français, est la remise d'une chose en garantie d'une dette par le débiteur au créancier ou à un tiers qui détient pour le créancier. Chez nous, le nantissement s'appelle gage lorsqu'il s'agit de meubles, antichrèse lorsqu'il s'agit d'immeubles, les musulmans ne font aucune distinction. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la prise de possession est essentielle pour la validité du contrat, certains paraissent dire que le contrat se forme par le seul consentement comme la vente et qu'il impose seulement l'obligation pour le débiteur de livrer la chose au créancier. Mais, d'après la majorité il y a un contrat qui se forme par la livraison de la chose ou, tout au moins, du titre de propriété.

À défaut de paiement, le créancier peut contraindre le débiteur à faire vendre le gage; cette vente est ordonnée par le Cadi et même, d'après les Malékites et les Alérites, le créancier peut stipuler qu'il sera autorisé à faire vendre lui-même le gage; mais il paraît bien qu'il ne pourrait pas s'attribuer le gage en paiement, ce qui, chez nous, prend le nom de pacte commissaire. L'Art. 2078 du Code Civil défend au créancier gagiste, non seulement de s'approprier le gage, mais encore de le vendre autrement qu'en justice. Chez les musulmans, il semble que cette dernière prohibition n'existe pas, au moins chez les Malékites et les Alérites. Le gage étant vendu et réalisé, le créancier aura un privilège sur le prix pour le paiement de sa créance.

La vente à réméré. — C'est un pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose dans un délai déterminé, en restituant à l'acheteur le prix et les accessoires, passé ce délai, l'acheteur reste irrévocablement propriétaire.

Chez nous, la vente à réméré sert le plus souvent à déguiser un pacte commissaire ou un prêt usuraire qui sont prohibés par la loi; il en est de même chez les musulmans. Non seulement le prêt usuraire, mais le prêt

à intérêt sont déclinés par la loi musulmane et si le pacte commissaire est permis en ce qu'il autorise le créancier à faire vendre lui-même le gage, il paraît bien prohibé en ce qu'il autoriserait le créancier à garder le gage en paiement. Il est donc commode, chez les musulmans comme chez nous de recourir à la vente à rémère, aussi est-elle pratiquée très souvent, étant admise comme un moyen légal d'éviter la loi.

L' hypothèque. — L' hypothèque est une sûreté réelle comme le nantissement, avec cette différence que le débiteur conserve la possession de la chose donnée en garantie. Les musulmans ne connaissent pas l' hypothèque, chez eux toute sûreté réelle implique la dépossession du débiteur, mais rien n'empêche les musulmans, dans nos possessions françaises, de constituer une hypothèque par acte dressé chez un notaire français, en se conformant à la loi française.

En Tunisie, il n'y a pas non plus d' hypothèques lorsqu'il s'agit d' immeubles non immatriculés, mais pour les immeubles immatriculés, la loi foncière tunisienne du 1er juillet 1885 a organisé l' hypothèque à peu près sur les bases du droit français avec quelques améliorations de détails qui sont réclamées après dans la législation française. Dans les contrées Kabyles il existe, à côté du nantissement immobilier du droit musulman une institution qui tient à la fois du nantissement musulman et de notre hypothèque et se rapproche même plutôt de l' hypothèque. Le créancier n'est mis en possession de l' immeuble donné comme sûreté de la dette que pour la forme et seulement pendant quelques jours et même pas du tout si le contrat est constaté par un écrit. Le débiteur conserve la jouissance de l' immeuble, seulement son droit de propriété est diminué. En droit de gage, au sens qu'il ne peut aliéner l' immeuble au profit d' un tiers qu' autant qu' il justifie son paiement de sa dette hypothécaire, à moins que l' acheteur ne s'oblige à payer lui-même la dette. Il ne peut grever cet immeuble d' un nouveau droit hypothécaire qu' avec le consentement du premier créancier.

L' absence de système hypothécaire chez les musulmans a donné lieu à un contrat particulier très usité auquel on donne le nom de salam (abaudamer). Le salam n' est autre chose qu' une vente de choses fongibles, ordinairement des denrées, avec avance du prix par l' acheteur. Un cultivateur a besoin d' argent et n' a pour toutes ressources que sa récolte, c' est avec sa récolte qu' il se procure des fonds; mais la récolte peut n' être par encore faite, il la vend d' avance, l' acheteur lui en verse le prix immédiatement moyennant promesse du vendeur de la lui livrer dans un délai déterminé. C' est donc une vente

à terme en ce qui concerne la livraison qui doit être faite par le vendeur. Le cultivateur y trouve l' avantage de préserver sa récolte des exactions de l' autorité. On peut vendre aussi une récolte sur pied et même l' espoir d' une récolte si venir alors même qu' on n' a encore rien planté ni semé. Ce contrat considéré au point de vue juridique est d' une nature toute spéciale, d' une part le prix doit être versé séance tenante, donc du côté de l' acheteur le contrat ne se forme que par le paiement du prix, c' est donc un contrat réel à son égard, il n' y a pas pour lui d' obligation résultant du contrat; mais d' autre part le vendeur s'oblige à livrer la marchandise à terme. De sa part c' est un contrat consensuel qui fait naître l' obligation de livrer dans un délai déterminé; ce contrat est donc purement unilatéral.

## — Droit de Propriété —

La loi musulmane, en ce qui concerne la propriété ou droit réel, manque de clarté et de précision, mais il s' est formé malgré toutes les dissidences entre les auteurs musulmans, une jurisprudence assez suivie.

Titre I<sup>er</sup> — Distinction des Biens. Le droit musulman reconnaît la distinction entre les biens meubles et immeubles, celle entre immeubles par nature et par destination, entre choses fongibles et non fongibles, entre les meubles par nature et ce que nous appellerons les meubles par détermination de la loi, c' est à dire les créances. Ces distinctions sont admises implicitement tout au moins par la loi musulmane ne leur donne pas la même importance que chez nous. Elle ignore la distinction que nous faisons en droit réel et en droit de créance, ou du moins elle ne formule cette distinction nulle part.

Titre II. — De la propriété. La propriété est reconnue et sanctionnée par le droit musulman avec un caractère d' inaliénabilité si ce n' est pour cause d' expropriation, pour cause d' utilité publique. Il y a chez les musulmans un domaine public de l' Etat, il y a comme chez nous une propriété communale, les musulmans admettent la propriété collective. Chez les arabes, les terres de la tribu sont appelées arch. La propriété communale très usitée chez les arabes, l' est peu chez les Kabyles. Les terres privées prennent le nom de meuh. La propriété du sol emporte celle du dessous et celle du dessous y compris celle des mines. La propriété d' une chose donne droit sur tout ce qui s' unit à cette chose et à tout ce que cette chose produit, les musulmans reconnaissent le droit d' accession, et ce droit s' applique soit à ce qui s' unit et s' incorpore à la chose, soit à ce que produit la chose elle-même. Il y a droit d' accession dans le premier cas lorsqu' on réunit la chose d' autrui à la sienne sans le consentement du propriétaire et que la réunion a lieu de telle sorte que les deux objets ne peuvent plus être séparés ou qu' il y a transformation de la chose en une chose nouvelle. Par exemple lorsqu' on construit une maison avec les matériaux d' autrui,



si l'on fait du fromage avec le lait d'autrui. Quel sera le droit du propriétaire ainsi privé de sa chose? Comment sera réglée l'indemnité?

Il y a divergence suivant les rites. D'après les hâlefités celui qui a opéré la transformation reste propriétaire dans tous les cas, l'autre n'a généralement droit qu'au remboursement de la valeur des objets. Dans les autres rites le propriétaire des objets remis pour accession a toujours droit d'exiger la séparation quelque préjudice qui puisse en résulter pour l'autre personne.

Le droit d'accession s'applique en second lieu à ce qui est produit par la chose, c'est aussi que le droit des animaux appartient au propriétaire.

La possession lorsqu'elle réunit certaines conditions peut faire acquérir la propriété. Il paraît bien que en fait de meubles les musulmans admettent que possession vaut titre, quant aux immeubles, les opinions sont très divergentes, soit parmi les auteurs soit dans la jurisprudence moderne. Les uns, les musulmans ne considèrent pas la prescription comme mode d'acquérir la propriété. (Cour d'Alger); suivant d'autres, les droits que confère la prescription peuvent toujours être combattus par la preuve de droits contraires. (Cour d'Alger). Suivant d'autres encore, la possession lorsqu'elle est de mauvaise foi ne pourrait jamais conduire à la propriété quelle qu'en soit la durée. Enfin, d'après l'opinion générale consacrée par le nombreux arrêt de la Cour d'Alger, du Tribunal de Tunis et aussi de la Cour de Cassation, la propriété peut s'acquérir par une possession dont les juges ont le droit de déterminer le caractère, c'est à dire qu'elle soit paisible, non précaire et sans qu'il soit besoin de justifier de justes titres ou de la bonne foi. Quant à la durée de cette prescription acquisitive, elle est dans le rite malékite de dix ans entre étrangers de quarante ans entre parents; dans les rites hâlefités et chaféites, elle est de quinze ans entre toutes personnes. (Cour d'Alger - Cour de Cassation. Recueil des requêtes. 14 Juin 1870. Chambre civile. 14 Mai 1888). La jurisprudence tunisienne a émis de nombreux arrêts en ce sens.

Chez les musulmans, la prescription ne court pas au profit des héritiers présumés, on croit que le propriétaire n'ose pas l'int interrompre. Elle court contre les mineurs et les interdits, dès qu'ils auront été régulièrement pourvus de tuteurs, elle ne court pas contre les absents. (Cour de Cassation. Ch. des requêtes 6 Mars 1867).

À l'acquisition de la propriété par l'acquisition, il y a lieu de rattacher l'acquisition des terres par la vivification. Par vivification, on entend l'occupation accompagnée de certains actes. La terre morte est celle qui n'appartient à personne. On pourra l'acquérir par vivification qui résultera de l'exécution de certains travaux, par exemple la découverte ou l'aménagement d'une source, une construction, une plantation d'arbres, des labours, des enrichissements etc. S'il s'agit de choses qui n'ont pas de maître, la simple prise de posses-

sion pourra même en faire acquérir la propriété, ainsi pour l'animal que l'on prend à la chasse ou à la pêche.

Tout les trésors que l'on découvre, les règles du droit musulman diffèrent un peu des nôtres, les juristes s'étendent très longuement sur ce point. Si on découvre un trésor sur son propre fonds on en devient propriétaire. Si on le découvre sur le fonds d'autrui, le trésor appartient au propriétaire du fonds, et l'inventeur n'y a aucun droit. Si l'on trouve une chose dans une terre sans maître ou sur la voie publique, on doit faire de la publicité sur les marchés, dans les lieux publics, mosquées etc, et si au bout d'un an, l'objet n'a pas été réclamé, il a pour propriétaire l'inventeur.

La servitude. Les musulmans ne connaissent pas l'expression de servitude réelle qui est employée par notre Code civil. Chez eux les servitudes sont plutôt considérées comme un droit et une obligation entre voisins, naissant du voisinage, le voisinage comprenant chez eux quarante maisons autour de celle du propriétaire; ces droits et les obligations naissent d'une quasi-société.

Régime des eaux. — En ce qui concerne les eaux, ils ont des règles analogues aux nôtres, le propriétaire d'un fonds est propriétaire des eaux qui s'y trouvent, qu'il s'agisse d'une source, d'un fossé, ruisseau etc. Dans cependant le cas des règlements locaux qui sont très fréquents pour la répartition des eaux entre propriétaires surtout dans le sud pour les palmiers.

Particulièrement dans le M'zab, en Algérie, il est d'usage constant qu'un propriétaire ne peut contre le gré des autres ayant droit, détourner pour irriguer une terre voisine dont il est le propriétaire exclusif une part quelconque de l'eau croissant sur le fonds commun, même en prenant cette part sur la quantité qui lui est spécialement dévolue pour l'irrigation de son fonds, et ce co. propriétaire ne peut acquérir par prescription la *sedya* (Canal) qui irrigue son fonds avec l'eau du fonds commun, que s'il justifie l'avoir construit de plus de dix ans. Les cours d'eau sont partagés comme chez nous du domaine public et chaque riverain a le droit de faire des barages et autres travaux pour l'irrigation de ses terres.

Murs et fossés mitoyens. — Tout propriétaire joignant un mur a le droit de le rendre mitoyen, seulement le partage a lieu non dans le sens de l'épaisseur, mais dans le sens de la longueur. Le droit musulman contient les règles indiquant les travaux qui on peut faire dans un mur mitoyen, l'échassement de ce mur, etc. Si des branches d'arbres s'étendent sur l'héritage du voisin, le propriétaire de ce dernier héritage a le droit de les faire couper après invitation faite au propriétaire des arbres.

Droit de passage. — Règles analogues aux nôtres.

Servitude de vue. — Les servitudes les plus importantes chez les musulmans sont les servitudes de vue. Les Orientaux tiennent beaucoup à ce qu'on ne voit pas chez eux. S'il s'agit d'un mur mitoyen, on ne peut en faire un jour, ne doit être pratiqué sans le consentement du voisin, et même si le mur n'est pas mitoyen. D'après les usages

musulmans le chef de famille a le droit et même le devoir d'interdire tout accès par la rue dans l'intérieur de sa maison. Il a été jugé par suite qu'il peut demander la fermeture des jours pratiqués dans une maison voisine et donnant rue dans une chambre établie par lui antérieurement. Toutefois, il faut bien que chacun puisse pratiquer chez soi les jours et ouvertures nécessaires pour respirer et s'éclairer, ainsi a-t-il été jugé que le propriétaire d'une chambre donnant sur une terrasse voisine peut pour s'éclairer pratiquer des ouvertures dans le mur de cette chambre, même sans être tenu d'y mettre des barreaux ou des grilles; mais à la condition que ces ouvertures soient placées au dessus du sol de la chambre, à une hauteur excédant la hauteur d'homme.

Chez nous les servitudes s'acquiescent par titres et par prescription, la prescription s'acquiescent en droit musulman même aux servitudes discontinues. La prescription ne s'applique pas toutefois lorsqu'il n'y a eu de la part du propriétaire qu'une simple tolérance. Il a été jugé, par l'application de cette idée, que les ouvertures destinées selon l'usage arabe à laisser pénétrer l'air dans les maisons doivent être considérées comme de simples jours de tolérance et non comme des jours d'aspect et que par suite, ils ne peuvent fonder la prescription.

L'arabement, et moins de convention contraire, au moins chez les malekites, un propriétaire peut toujours en construisant sur son propre fonds, obtenir des fenêtres des voisins, quel que soit le temps depuis lequel ces fenêtres sont établies.

Les Hâléfites ne vont pas jusque là, ils interdisent d'obtenir des fenêtres des voisins lorsque leur fermeture rendrait l'appartement obscur au point de ne plus pouvoir y écrire. Seulement il y a toujours un moyen, le propriétaire qui a bouché le jour peut en vertu du principe général invoquer le rite qui lui est le plus favorable, ou moins s'il est défendeur au procès. (Tribunal de Tunis, 29 Mars 1899) Quant à l'extinction des servitudes, ce sont à peu près les mêmes règles que chez nous, on reste sur toutes ces questions il n'y a pas de règles bien précises, il faut surtout considérer les usages.

## Notions de Droit Pénal.

Ces questions du droit pénal sont aujourd'hui à peu près sans intérêt pratique dans les pays soumis aux Européens et aux États modernes, c'est en général le Code pénal du conquérant ou du protecteur qui est applicable. Même pour les musulmans dans d'autres pays où le droit pénal musulman est resté applicable en principe, les peines les plus sévères ne sont plus en fait prononcées. Le droit pénal dans tous les États musulmans a été aujourd'hui modernisé.

Règles principales. — Les musulmans connaissent et admettent trois sortes d'infractions à la loi pénale d'après la peine encourue

1<sup>re</sup> Catégorie. — Celle que la loi punit de peines afflictives déterminées.

2<sup>e</sup> Catégorie. — Les infractions que la loi punit de la

peine du talion ou de la diya (prix du sang)

3<sup>e</sup> Catégorie. — Celles qu'elle punit de peines non prévues et non définies et qui peuvent varier suivant les circonstances, mais qui ne sont jamais très graves.

1<sup>re</sup> Peines punies du Talion. — (Yucicx) rendre la pareille. — Ces infractions sont les violences graves exercées contre les personnes, c'est à dire l'homicide et les blessures.

Celui qui avec intention, volontairement a tué ou blessé mortellement autrui avec une arme, doit subir la peine de mort, à moins que les héritiers de la victime ne lui permettent de se racheter en payant le prix du sang, s'il y a plusieurs héritiers, il suffit qu'un seul fasse grâce. Dans le premier cas, homicide ou blessure mortelle, la diya doit être payée immédiatement. Par exception, le talion n'est pas appliqué à certaines personnes:

1<sup>re</sup> A la femme enceinte, on attend que son enfant n'ait plus besoin d'être allaité par elle.

2<sup>e</sup> Aux ascendants de la victime, ceux là payent seulement la diya.

3<sup>e</sup> Au maître qui tue son esclave, l'esclave dont il est co-propriétaire; à l'ascendant qui tue l'esclave de son descendant; s'il y a meurtre volontaire de l'esclave d'autrui, les Hâléfites appliquent le talion, les Chaféites et malekites simplement la diya.

4<sup>e</sup> Le talion n'est pas appliqué s'il s'agit du meurtre volontaire d'un infidèle et que cet infidèle soit soumis à l'autorité musulmane. (Djinn). D'après les Chaféites et malekites il n'est dû en pareil cas qu'une indemnité, les Hâléfites appliquent le talion. Quant au meurtre d'un infidèle insoumis, il n'est pas punissable.

5<sup>e</sup> Les mineurs et les insensés ne sont pas punissables du talion parce qu'ils sont présumés avoir agi sans discernement, mais ils doivent la diya.

Si la mort a été donnée ou si la blessure mortelle a été faite sans intention, il n'y a pas lieu à talion, il est dû seulement le prix du sang et en pareil cas, le prix du sang peut être payé dans un certain délai, trois ans ordinairement. Lorsque c'est un esclave qui a commis l'homicide ou fait des blessures mortelles, si la peine du talion est encourue, le maître de cet esclave doit se libérer à la portée desée. S'il y a lieu seulement à la diya, le maître doit la payer dans le cas où la diya est supérieure à la valeur de l'esclave, le maître peut se libérer par l'abandon de cet esclave.

Montant de la Diya. — Elle varie suivant les cas, la diya est tantôt légère tantôt grave. Lorsqu'elle est légère et qu'elle est payée en nature, elle est de cent chameaux dont quatre vingt femelles, si elle est payée en argent, elle est de 1000 dinars ou 1200 dirhems. Si la diya est grave et qu'elle soit payée en nature, elle est de cent chameaux, dans le cas où elle est payée en argent, d'après les Malekites et les Chaféites, elle doit être supérieure de un tiers à la diya légère, d'après les Hâléfites, le montant est le même.

La Dija est grave en raison de certaines circonstances de temps ou de lieux, par exemple lorsque le crime a eu lieu dans un lieu sacré ou pendant les mois sacrés.

Le Talion appliqué aux blessures. — Par application de la règle, l'homme de loi blessé doit en subir une semblable. Si cela ne se peut plus, il paie la dija comme pour les blessures mortelles, mais la dija est moins élevée que pour l'homicide.

1<sup>o</sup> Peines afflictives déterminées. — C'est : la formation punie de la lapidation ou de cent coups de fouets, seulement la preuve est très difficile à faire, il faut quatre témoins ayant vu le délit. En second lieu, l'acte de boire du vin ou d'autre boisson enivrante, quarante coups de fouets. Le délit doit être prouvé par deux témoins mâles et chez les mahétites et les haletites, il peut être prouvé par l'aveu de l'haletite. Les chaféites n'admettent pas cette preuve. En fait la répression de ce délit est à peu près abandonnée aujourd'hui.

3<sup>o</sup> Le vol, le voleur doit avoir la main droite coupée, en cas de récidive le pied gauche; si il vole une troisième fois, il encourt chez les haletites et les mahétites l'emprisonnement, chez les chaféites on lui coupe la main gauche la quatrième fois et les suivantes on lui inflige une correction, seulement il faut que la chose volée ait une certaine importance et l'auteur du vol se soit toujours affranchi de la peine en faisant la restitution volontaire. Entre certaines personnes, il ne peut y avoir vol. Chez les haletites il n'y a pas de vol entre parents au degré prohibé pour le mariage, il n'y a pas de vol entre les époux. Chez les mahétites et les chaféites entre ascendants et descendants; seulement dans tous les cas le Cadi peut faire infliger une correction.

4<sup>o</sup> Délit de brigandage, vol à main armée sur les grands chemins ou encore le vol avec effraction dans les maisons. En cas de vol le coupable doit avoir la main droite et le pied gauche tranchés, en cas d'assassinat il doit être pendu ou décapité. Il encourt la même peine en cas d'assassinat et de vol armés et de plus il doit être exposé en croix.

5<sup>o</sup> L'apostasie; celui qui renie l'Islam, encourt la mort civile et son mariage est dissout, ses biens sont confisqués. Chez les haletites la confiscation ne frappe que les biens postérieurement acquis à l'apostasie, les autres sont partagés entre les héritiers de l'apostat, comme s'il était mort. L'apostat est de plus emprisonné on lui fait des exhortations et s'il persiste dans son crime, il encourt la peine de mort.

6<sup>o</sup> Crime de rébellion — Le rebelle qui refuse de reconnaître l'autorité ou de se soumettre à la loi encourt l'emprisonnement et même la peine de mort s'il persiste dans son attitude.

3<sup>o</sup> Délits punis de peines non prévues ou afflictives. (Contraventions). La Cadi peut toujours réprimer les délits par une correction qui n'est pas toujours corporelle et peut consister en un emprisonnement ou une amende, mais généralement la

partie lésée pour faire remise de la peine, pourvu qu'elle ne soit pas de question d'ordre public.

Punissables, excusables, responsables. — Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'acte a été commis en l'absence de la loi ou lorsqu'il a lieu sous l'empire de la contrainte d'une force majeure ou bien sur l'ordre de l'autorité. Les complices sont punis comme les auteurs principaux. La tentative n'est pas punissable en général, à moins que la loi ne l'ait prévu spécialement. Enfin la récidive n'est une circonstance aggravante que dans les cas prévus par la loi.

FIN

Ainsi présentée le Cours peut paraître aride, mais il peut être très utile comme guide pour des lectures plus étendues.