

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 046 948 733



**HARVARD LAW SCHOOL  
LIBRARY**

**HARVARD LAW SCHOOL**

~~France~~







30

# DROIT MUSULMAN

## DU STATUT PERSONNEL

ET

### DES SUCCESSIONS

*D'APRÈS LES DIFFÉRENTS RITES ET PLUS PARTICULIÈREMENT  
D'APRÈS LE RITE HANAFITE*

Par Eug. CLAVEL

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL D'ALEXANDRIE  
ANCIEN PROFESSEUR DE DROIT ET D'ÉCONOMIE POLITIQUE  
ANCIEN PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES AVOCATS-AVOUÉS PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL  
DE PREMIÈRE INSTANCE DE BONE (ALGÉRIE)

PREMIÈRE PARTIE

### DU STATUT PERSONNEL

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE  
DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS  
ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE, ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1895



# DROIT MUSULMAN

---

## DU STATUT PERSONNEL

ET

## DES SUCCESSIONS

*D'APRÈS LES DIFFÉRENTS RITES ET PLUS PARTICULIÈREMENT*

*D'APRÈS LE RITE HANAFITE*

I

IMPRIMERIE  
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

x **DROIT MUSULMAN** c

---

**DU STATUT PERSONNEL**

ET

**DES SUCCESSIONS**

*D'APRÈS LES DIFFÉRENTS RITES ET PLUS PARTICULIÈREMENT*

*D'APRÈS LE RITE HANAFITE*

Par Eug.<sup>av. c.</sup> **CLAVEL**

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL D'ALEXANDRIE  
ANCIEN PROFESSEUR DE DROIT ET D'ÉCONOMIE POLITIQUE  
ANCIEN PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE DES AVOCATS-AVOUÉS PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL  
DE PREMIÈRE INSTANCE DE BÔNE (ALGÉRIE)

---

PREMIÈRE PARTIE

**DU STATUT PERSONNEL**

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS  
ET DU JOURNAL DU PALAIS

**L. LAROSE, ÉDITEUR**

22, RUE SOUFFLOT, 22

1895



A SON ALTESSE

**ABBAS HILMI**

**KHÉDIVE D'ÉGYPTE**

Hommage respectueux

**E. CLAVEL**



## PRÉFACE.

---

Le gouvernement Égyptien a fait imprimer, en 1875, le Code « Du Statut personnel et des successions d'après le rite Hanafite<sup>1</sup>, » donnant ainsi un texte officiel aux diverses juridictions devant lesquelles se débattent les questions de droit musulman relatives à ces délicates matières.

Un texte ne saurait suffire et nous avons pensé que son interprétation, la discussion des controverses auxquelles il donne lieu, l'exposé de la Doctrine et de la Jurisprudence, ne seraient pas chose inutile.

Nous n'avons pas voulu, d'ailleurs, nous borner à commenter le texte officiel de 1875; il nous a paru que si la part la plus large devait être faite, dans notre ouvrage, au rite Hanafite suivi en Égypte, nous ne pouvions laisser de côté le rite Malékite presque exclusivement suivi en Algérie, en Tunisie, au Maroc et dans une partie du Soudan, pas plus que les rites Chaféite et Hanbalite.

Au point de vue spéculatif, il n'est pas sans intérêt de faire un tableau général comparé de la législation sur le Statut personnel et les successions telle qu'elle

<sup>1</sup> Alexandrie, imprimerie française A. Mourès.

est appliquée dans tous les pays de l'Islam, d'en dégager les règles générales admises par les quatre rites orthodoxes et d'établir les règles particulières à chacun d'eux.

Au point de vue de la pratique des affaires, de l'administration journalière de la justice, nous avons pensé qu'en Égypte surtout où les étrangers ont conservé intact plus qu'ailleurs leur statut personnel, il était bon que les divergences de rites fussent soigneusement notées. Nous estimons enfin que dans tous pays de Droit musulman, que devant nos juridictions consulaires tant en Égypte que dans les Échelles, notre travail pourra être consulté avec quelque utilité.

Nous eussions désiré, pour la plus grande commodité des recherches, suivre la division par chapitres, sections et articles telle qu'elle se trouve dans le Code de 1875. Mais nous avons trouvé cette classification tellement défectueuse que nous avons dû suivre un autre plan, plus logique, en groupant les dispositions relatives à une même matière, trop souvent éparées dans le texte officiel.

Nous avons cependant transcrit à la fin de notre ouvrage ce texte tel qu'il a été publié, les sommaires placés en tête des divisions de l'ouvrage et groupés sous forme de tables à la fin du second volume permettant de se reporter facilement au commentaire de chaque article.

Nous avons classé dans la seconde partie de ce travail (celle relative aux successions) les dispositions qui ont trait aux donations entre-vifs et testamentaires comme s'y rattachant plus particulièrement. Enfin, nous avons

complété toute cette seconde partie par divers chapitres qu'on s'étonne de ne pas trouver dans le texte officiel Égyptien, notamment par les règles relatives au partage des successions et à ses effets, aux constitutions de Habous, etc.....

Nous publions donc en appendice les textes Hanafites ayant trait à ces diverses matières.

Dans l'exposé des divergences existant entre les différents rites, nous nous sommes rapporté : pour le rite Hanafite au texte officiel et à la Moultéka d'Ibrahim Halébi (traduction de Mouradja d'Ohsson), pour le rite Malékite au Précis de Jurisprudence de Sidi Khalil, texte officiel suivi dans tous les pays de ce rite et spécialement en Algérie où il constitue le Code reconnu par l'administration française, pour le rite Chaféite à Abou Chodja, pour le rite Hanbalite à l'Hedaya. Dans l'explication des textes et des controverses auxquels ils donnent lieu, nous avons tenu à indiquer d'une façon aussi complète que possible la Doctrine et la Jurisprudence.

Pour la Doctrine, nous avons eu recours tout d'abord aux Livres sacrés, sources du droit musulman, au Koran, à la loi de Moïse, aux anciennes coutumes, à la Souнна, puis aux divers Docteurs musulmans qui ont commenté ces textes, enfin aux Jurisconsultes non musulmans qui ont traité ces matières.

Nous avons consulté surtout, parmi ces derniers, les auteurs algériens qui ont entrepris l'explication du Droit musulman, en tenant compte, bien entendu, des différences que comporte sur certaines questions la divergence des rites.

Les musulmans d'Algérie ont conservé, de par la capitulation de 1830, leur statut personnel. Dès le début, les juridictions françaises ont eu à connaître journellement des questions de Droit musulman, soit que celles-ci fussent nées incidemment à un litige de la compétence de ces juridictions, soit qu'elles leur eussent été volontairement dévolues par les parties, soit enfin qu'elles fussent portées devant elles par voie d'appel de sentences émanant des juges musulmans.

Aujourd'hui, la juridiction française est compétente en Algérie, même en matière de statut personnel musulman et de successions, à l'exception des questions d'état qui restent réservées, en première instance, aux Cadis.

L'étude du Droit musulman est donc devenue chose de jour en jour plus indispensable en Algérie aux magistrats français de tout ordre comme aux divers agents chargés de représenter les parties devant les tribunaux ou de coopérer à l'œuvre de la justice. Elle est d'ailleurs exigée pour avoir accès aux différentes carrières qu'ouvre la connaissance du Droit<sup>1</sup> et la Faculté d'Alger compte maintenant diverses chaires de Droit musulman, de Législation et Coutumes, occupées par d'éminents professeurs.

C'est aux travaux de ces jurisconsultes et aussi des commentateurs qui les ont précédés, parmi lesquels nous citerons en première ligne, MM. Sautayra et Cherbonneau<sup>2</sup> que nous avons eu recours à chaque instant.

<sup>1</sup> Décret 9 octobre 1882. Voir aussi décrets des 8 janvier 1881, 14 septembre 1882.

<sup>2</sup> *Du statut personnel et des successions*, Paris, Maisonneuve et C<sup>ie</sup>, éditeurs, 1873.

Pour la jurisprudence, nous avons, comme il convenait, donné le pas aux décisions émanées des juridictions établies en Égypte. Nous regrettons vivement que les recueils ne remontent pas plus loin dans le passé ; nous avons cependant rassemblé tout ce qui nous a paru intéressant au point de vue de notre travail.

Nous avons eu recours très fréquemment à la jurisprudence algérienne, toujours, ainsi que nous le disions plus haut pour la Doctrine, en tenant compte de la divergence des rites, précaution essentielle sans laquelle on donnerait une foule de solutions inexactes en pays Hanafites.

Cette jurisprudence émanée des Cadis, des Chambres musulmanes, des midjelès consultatifs, des tribunaux de première instance, de la Cour d'appel d'Alger et de la Cour de cassation, est aujourd'hui, à plus de soixante ans de la conquête, un monument considérable et des plus utiles à consulter.

Nous n'avons certes pas la prétention d'avoir fait une œuvre échappant à la critique ; nous avons simplement fait un travail consciencieux, nous croyons avoir apporté une pierre à l'édifice que d'autres continueront et nous serons récompensé de tout notre labeur, s'il a pu rendre quelques services et contribuer, pour sa faible part, à une bonne et saine administration de la justice.

EUG. CLAVEL.



**LIVRE PREMIER.**



**DU MARIAGE.**



## CHAPITRE PREMIER.

### DE LA DEMANDE EN MARIAGE.

#### SOMMAIRE :

1. Forme et termes de la demande.
2. Il faut que le mariage ne soit pas prohibé.
3. Existence d'une précédente demande.
4. Effets juridiques de la demande.

**1.** — La demande en mariage est une formalité légale, préliminaire à l'union légitime, qu'on retrouve dans les plus anciennes coutumes hébraïques, dans celles des tribus arabes et que Mahomet a maintenue. Elle doit se faire en particulier et en termes ne donnant lieu à aucune ambiguïté; c'est ainsi qu'un simple désir, aussi clairement exprimé soit-il, ne saurait remplacer les termes formels d'une demande.

**2.** — Le texte porte qu'une femme ne peut être demandée en mariage si elle n'est, libre du lien conjugal et de retraite légale. Il convient d'ajouter qu'il faut encore que le mariage puisse être légalement contracté; il n'y aurait donc pas de demande, dans le sens légal du mot, si les parties étaient parentes à un degré prohibé, si la femme était idolâtre, en un mot, s'il y

avait au mariage un empêchement prohibitif ou dirimant.

**3.** — Les Malékites défendent de demander en mariage une femme qui a été l'objet d'une précédente demande, avant qu'il ait été statué sur la première, et Sidi Khalil recommande à celui qui veut se marier avec une femme déjà demandée de ne pas passer outre à la conclusion avant d'en avoir averti celui qui, le premier, a fait la démarche légale. Il décide qu'en cas d'inobservation de ces préceptes, le mariage pourrait être annulé s'il n'avait pas été consommé.

L'école de Cordoue va plus loin et professe que le mariage contracté dans ces conditions pourrait être annulé, même après sa consommation.

Le texte Hanafite ne reproduit pas ces prohibitions, d'où il y a lieu de conclure qu'elles n'existent pas dans ce rite, du moins avec leur caractère légal et leurs conséquences.

**4.** — L'article 4 n'attache aucun effet juridique à la demande et au simple accord, tant qu'il n'existe pas « d'acte de mariage régulier et authentique », y eût-il acceptation par la femme des cadeaux de mariage et même versement par le mari de tout ou partie de la dot constituée. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Alger, par arrêt du 22 décembre 1862, dans une espèce où, après une demande en mariage, le futur avait versé trois cents francs, mais sans qu'il y ait eu acceptation formelle de la demande par l'autre partie (*Sic*, Alger, 17 avril 1867). C'est improprement que le texte se sert des expressions : *Acte de mariage régulier et authentique*; l'acte écrit, nous le verrons plus loin, ne constitue généralement pas le contrat; il n'en est qu'un des modes de preuve.

Chez les Malékites, cependant, la demande produit un effet juridique, puisqu'elle donne à celui qui l'a faite le premier, alors qu'elle n'a pas été formellement écartée, une sorte de droit de priorité pouvant aller jusqu'à faire prononcer l'annulation du mariage contracté dans des conditions que le rite répute illicites.

## CHAPITRE SECOND.

### DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

**5.** — Ces conditions sont au nombre de trois :

- 1° Absence de toute prohibition légale,
- 2° Consentement valable,
- 3° Présence de témoins et observation des formalités prescrites par la loi.

Nous allons étudier successivement chacune de ces conditions.

### SECTION I.

#### **Absence de toute prohibition légale.**

##### SOMMAIRE :

- 6. Empêchements relatifs ou absolus.
- 7. Empêchements absolus.
- 8. Empêchements relatifs. — Renvoi.
- 9. Parenté légitime et naturelle. — Alliance. — Parenté civile.
- 10. De la femme illégitimement enceinte.
- 11. De la parenté de lait.
- 12. De quoi résulte l'allaitement. — Divergence des rites.
- 13. Preuves de la parenté.
- 14. Prohibition résultant de ce que la femme est mariée.
- 15. Prohibition provenant de l'Edda. — Exception.

16. Reprise de la femme par le mari.
17. Prohibition de contracter mariage avec deux sœurs par un même acte.
18. Prohibition résultant de la répudiation par trois.
19. Libération de cet empêchement.
20. Prohibition résultant de l'idolâtrie de la femme.
21. Prohibition pour la femme musulmane d'épouser un non musulman.
22. Prohibition résultant de ce que le mari a déjà quatre épouses.
23. De la mésalliance.
24. Dans quels cas elle produit une nullité radicale.
25. Ce qui la constitue.
26. Du défaut ou du vice du consentement. — Renvoi.
27. Appendice : de l'état d'Irham.

**6.** — Les empêchements au mariage sont absolus ou relatifs.

**7.** — Les empêchements absolus résultent :

- 1° de la parenté, de l'alliance, des relations illicites,
- 2° de ce que la femme est mariée,
- 3° de ce qu'elle est en état de retraite répudiaire ou viduaire,
- 4° de la prohibition de contracter mariage avec deux sœurs par un même acte,
- 5° de la répudiation par trois ou définitive,
- 6° de l'idolâtrie de la femme,
- 7° de la prohibition pour la femme musulmane d'épouser un non musulman,
- 8° de ce que le mari a déjà quatre épouses légitimes,
- 9° de la mésalliance,
- 10° du défaut ou d'un vice du consentement.

**8.** — Nous traiterons des empêchements prohibitifs au chapitre relatif aux nullités du mariage. Ces sortes d'empêchements et les nullités qui en dérivent découlant de l'inobservation ou d'une observation imparfaite d'une des

trois conditions énumérées au commencement du présent chapitre, il nous paraît opportun de ne les examiner qu'après avoir étudié les conditions nécessaires à la validité du mariage.

### § 1.

#### 9. — Parenté :

La parenté comprend : la parenté légitime et naturelle, l'alliance et la parenté provenant de l'allaitement.

Quant à la parenté civile qu'engendre l'adoption, elle n'est pas un empêchement. On peut épouser les femmes de son fils adoptif après leur répudiation (Sourate 33, verset 37).

Le mariage est prohibé à l'infini en ligne directe ascendante et descendante.

En ligne collatérale, il est interdit entre frère et sœur, oncle et nièce, neveu et tante, petit-neveu et grand-tante (tante des ascendants). Le mariage entre cousin et cousine germains est autorisé.

Il est défendu d'épouser la fille de la femme avec laquelle le mariage a été consommé, ce mariage fût-il entaché d'une nullité radicale. Cependant si la consommation du mariage a eu lieu alors que les parties étaient toutes deux en bas âge et que la femme soit morte ou ait été répudiée avant toute cohabitation, la fille n'en serait pas interdite à son mari.

Il est également interdit d'épouser la mère de la femme avec laquelle on a valablement contracté mariage, sa belle-fille, la femme de son père, même en cas de non consommation du mariage.

On ne peut non plus épouser la sœur, la tante ou la nièce de la femme avec laquelle on est encore uni par le lien

du mariage ou qui, ayant été répudiée, n'a pas encore accompli le temps prescrit pour la retraite.

On ne peut épouser ni la mère, ni la fille, ni la sœur, d'après le cheik Ibrahim, de la femme avec laquelle on a eu des relations illicites et cette femme sera interdite au père et au fils de celui qui aura eu ces relations. Mais ces derniers pourront se marier avec la mère et la fille de cette femme. Abou Hanifa fait résulter la prohibition, même de simples attouchements.

Les Chaféites n'admettent pas la prohibition résultant d'un commerce illicite; tout au moins faudrait-il une véritable cohabitation. Les Malékites sont divisés; les uns admettent, les autres repoussent la prohibition.

**10.** — La femme illicitement enceinte peut être épousée, mais la cohabitation avec elle n'est permise qu'après sa délivrance, à moins que l'époux ne se reconnaisse l'auteur de sa grossesse.

**11.** — L'allaitement engendre entre la nourrice et le nourrisson et leurs proches une parenté qui fait considérer la femme qui nourrit comme mère de l'enfant. Cette parenté entraîne, au point de vue du mariage, les mêmes prohibitions que la parenté naturelle et l'alliance, sauf les exceptions énumérées en l'article 377 du texte.

Mais de quoi résulte cette parenté?

**12.** — Chez les Hanafites, une seule goutte de lait absorbée par l'enfant, le lait fût-il extrait d'une femme morte, dit le texte, engendre la parenté si l'enfant a moins de deux ans, eût-il été antérieurement sevré.

Chez les Chaféites, il faut, pour que la parenté ait lieu,

que l'enfant ait été allaité avant sa deuxième année mais qu'il ait pris le sein au moins cinq fois <sup>1</sup>.

Enfin chez les Malékites l'allaitement entraîne la parenté dès que l'enfant, quel que soit son âge, a absorbé une quantité quelconque de lait à titre d'aliment <sup>2</sup>.

Les empêchements au mariage résultant de cette parenté sont réduits aux suivants : il est défendu à l'homme de se marier avec sa nourrice, la mère, la fille, la sœur, la tante et la nièce de celle-ci. La nourrice ne peut épouser son nourrisson et ses descendants, là s'arrête pour elle la prohibition.

Si une femme mariée allaite sa coépouse dans les conditions créant un empêchement, l'une et l'autre seront éternellement prohibées à leur mari si le mariage de la femme majeure a été consommé. Dans le cas contraire, le mari pourra épouser la mineure par un nouvel acte.

**13.** — La parenté et l'alliance se prouvent par les mariages d'où elles résultent, la parenté de lait par l'aveu du mari, par le témoignage de deux hommes, par le témoignage d'un homme et de deux femmes non suspects.

L'aveu de la femme seul est insuffisant pour faire annuler le mariage s'il y a dénégation de la part du mari <sup>3</sup>.

Certains auteurs, notamment Ibn Salamoune et Mohammed Assem, estiment que le témoignage d'une seule femme serait suffisant pour prouver la parenté de lait si, à ce témoignage, venait se joindre la notoriété.

<sup>1</sup> Abou Chodja.

<sup>2</sup> Sidi Khalil-Perron, t. III, p. 120. Sautayra et Cherbonneau, n° 86.

<sup>3</sup> Ibn Salamoune.

## § II.

**14.** — Prohibition résultant de ce que la femme est mariée.

L'empêchement dirimant résultant de ce que la femme est encore engagée dans les liens d'un précédent mariage se retrouve dans toutes les législations. Nous renvoyons au chapitre relatif aux nullités l'explication des questions que peut faire naître le mariage contracté dans ces conditions.

## § III.

**15.** — Prohibition résultant de ce que la femme est en état de retraite répudiaire ou viduaire (Edda).

Les cas dans lesquels la femme est assujettie à la retraite, les conditions de cette retraite, les droits de la femme et généralement les questions résultant de l'Edda feront l'objet d'un chapitre spécial.

Au point de vue qui nous occupe, il y a nullité radicale du mariage contracté pendant l'Edda. MM. Sautayra et Cherbonneau (*Statut personnel*, n° 91) prétendent que les Hanafites valident le mariage contracté en état d'Edda et ne prohibent que la cohabitation, les rapports sexuels, pendant le délai fixé. Les articles 27 et 132 du texte Hanafite ne permettent pas cette interprétation; le mariage est radicalement nul, qu'il y ait cohabitation ou non. L'article 2 du texte Hanafite n'autorise même pas la demande en mariage pendant la retraite; il ne regarde comme licite que la manifestation d'un simple désir « sans que le mariage puisse être *contracté* avant l'accomplissement du temps prescrit pour la retraite. »

**16.** — Le seul cas d'exception à la prohibition que nous étudions en ce moment est celui où le mari contracte valablement un second mariage avec la femme qu'il a répudiée. Dans ce cas, le second mariage peut être contracté sans tenir compte de l'Edda.

C'est en ce sens qu'a décidé la Cour d'Alger par arrêt du 28 février 1870. Cela ne pouvait d'ailleurs faire question, les motifs qui ont fait édicter la prohibition n'existant pas dans l'espèce.

#### § IV.

**17.** — Prohibition de contracter mariage avec deux sœurs par un même acte.

Nous avons vu qu'il est interdit d'épouser la sœur de sa femme. Mais que décider lorsque le mariage a lieu simultanément et par un même acte avec deux sœurs ?

Si les deux sœurs étaient toutes deux dans les conditions légales pour que l'union de chacune d'elles avec le mari fût valable, considérée séparément, le double mariage sera nul pour le tout.

Si l'une des deux sœurs n'était pas dans ces conditions de validité, de telle sorte que son mariage fût nul, l'union de l'autre sœur serait valable.

Quant au mariage contracté avec deux sœurs successivement, il est prohibé par les règles relatives aux empêchements naissant de l'alliance. Nous verrons plus loin les effets de cette prohibition, suivant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Le mariage contracté par le même acte avec deux femmes étrangères l'une à l'autre et se trouvant toutes deux posséder la capacité voulue est valable. Rien, dans le

texte, ne l'interdit; Malek et quelques-uns de ses disciples ont cependant enseigné le contraire, mais leur doctrine n'a pas prévalu.

### § V.

**18.** — Prohibition résultant de la répudiation par trois.

Le mari qui aura répudié définitivement sa femme ne pourra s'unir de nouveau légitimement avec elle qu'après que la femme aura contracté avec un autre homme un mariage licite suivi de consommation et dissous lui-même par une répudiation ou le décès du second mari.

**19.** — Il faut que le second mariage, pour être libératoire de la prohibition, soit licite, c'est-à-dire non entaché de nullité. Si cependant cette nullité n'était que relative et de celles qui sont couvertes par la consommation, le second mariage, une fois consommé, libérerait la femme tout comme le mariage valable *ab initio* et la rendrait permise au premier mari après le décès du second ou la répudiation par lui prononcée.

Le second mariage ne doit pas être un moyen de tourner la loi, avoir pour but de libérer la femme de la prohibition. S'il avait ce caractère, sa consommation même ne ferait pas disparaître l'empêchement, nul ne pouvant faire indirectement ce qui est défendu.

### § VI.

**20.** — Prohibition résultant de l'idolâtrie de la femme. Il est recommandé aux musulmans d'épouser des femmes

de leur religion. Cependant, il leur est permis d'épouser les femmes d'une religion dont la croyance est fondée sur les Livres Saints, c'est-à-dire les chrétiennes et les juives. Les idolâtres, adoratrices du feu, et les Sabéennes, adoratrices des astres, leur sont interdites. Le texte officiel contient cette prohibition formelle (art. 32).

Abou Hanifa cependant et l'Hédaya<sup>1</sup> étendaient la tolérance aux Sabéennes parce que leurs pères lisaient les Livres sacrés; mais cette doctrine a été abandonnée et les quatre rites n'offrent plus aujourd'hui aucune divergence sur la question.

### § VII.

**21.** — Prohibition pour la femme mahométane d'épouser un non musulman.

Cette prohibition est absolue dans tous les rites.

### § VIII.

**22.** — Prohibition résultant de ce que le mari a déjà quatre femmes légitimes.

Le nombre des épouses légitimes, illimité sous les anciennes coutumes, a été réduit à quatre par le Koran (Sourate IV, verset 3). L'homme ne peut donc épouser une cinquième femme qu'après avoir répudié une de ses quatre épouses et laissé s'écouler le temps de l'Edda.

<sup>1</sup> Tome I, page 85.

## § IX.

**23.** — Prohibition résultant de la différence de position (mésalliance).

Il y a mésalliance lorsque le mari est inférieur à la femme au moment de la conclusion du mariage.

**24.** — Cette infériorité du mari entraîne la nullité radicale de l'union dans les cas suivants :

1° Si la femme libre et capable se choisit un mari contre la volonté de son parent azeb ;

2° Si la femme soumise au droit de Djebz, c'est-à-dire incapable, est mariée d'autorité par un parent autre que son père ou son grand-père et qu'il y ait lésion dans la dot ou mésalliance ;

3° Si le père ou le grand-père qui consentent le mariage de l'incapable sont réputés irréguliers et de mauvais choix.

**25.** — Pour que le mariage soit assorti, il faut qu'il y ait entre les époux égalité de naissance, s'ils sont d'origine arabe, et égalité d'Islamisme, de fortune, de vertu et d'état, quelle que soit leur origine.

L'égalité de naissance s'entend d'une égalité plutôt morale que matérielle. « Un savant pauvre, dit le texte, est bien assorti avec la fille d'un homme opulent et ignorant. » Et encore : « Un savant qui n'est pas d'origine arabe est bien assorti à une femme arabe, même coréchite. »

L'égalité d'Islamisme résulte de ce que le mari est fils et petit-fils de musulmans. Les ancêtres antérieurs au grand-père ne sont nullement pris en considération pour apprécier cette égalité.

En vertu de cette règle, il y aurait mésalliance entre le non musulman de naissance, converti à l'islamisme, et la femme issue d'un musulman, entre le fils d'un converti à l'islamisme et la femme dont le père et le grand-père étaient musulmans.

L'importance de la fortune de la femme est absolument relative. Quelle qu'elle soit, il y a égalité si le mari peut, lors du mariage, acquitter la partie exigible de la dot et fournir à son épouse soit son entretien pendant un mois, soit le nécessaire par un travail quotidien. Il n'y aurait donc réellement inégalité que si le mari ne pouvait, à l'époque du mariage, subvenir aux besoins journaliers de la femme.

L'égalité de vertu est également exigée. Une femme vertueuse ne saurait être unie à un homme vicieux. C'est ainsi que la jurisprudence a décidé qu'une jeune fille vertueuse ne pouvait être valablement mariée à un jeune homme ayant des habitudes d'intempérance et qui n'accomplissait pas ses devoirs religieux (Cadi de Blidah, 12 avril 1872. — Cour d'Alger, 18 juin 1872. — Sautayra et Cherbonneau, n° 99 *in fine*).

L'égalité de profession est une condition à l'égard de tous ceux qui ne sont pas d'origine arabe; quant aux arabes, elle n'en est une qu'à l'égard de ceux qui exercent réellement des professions. La noblesse de la profession dépend des usages de chaque pays, de la considération qui s'y attache et qui peut varier suivant les contrées. Il n'est pas nécessaire que la profession du mari soit identique à celle du père de la femme, mais il faut qu'elle le mette au même niveau social. L'homme exerçant une basse profession ne pourrait épouser la fille de celui qui exerce une profession relevée; un journalier, par exemple, ne pourrait épouser la fille d'un magistrat.

## § X.

**26.** — Prohibition résultant du défaut ou du vice du consentement.

Nous examinerons plus loin la nature du consentement, par qui, dans quelles conditions et dans quelles formes il doit être donné. Nous renvoyons au chapitre relatif aux nullités l'étude des questions auxquelles le défaut ou le vice du consentement peut donner lieu.

Disons toutefois que l'article 137 du texte édicte la nullité radicale du mariage entre le tuteur et la pupille, à défaut du consentement formel de cette dernière. Et cette nullité n'est même pas couverte par le consentement de la femme donné après la conclusion de l'acte.

## APPENDICE.

**De l'état d'irham.**

**27.** — L'Irham est le vêtement des pèlerins qui se rendent à La Mecque. Les trois rites, Malékite, Chaféite et Hanbalite, défendent aux musulmans en état d'irham de se marier, de servir de ouali ou de témoins, à peine de nullité radicale.

Le texte Hanafite ne reproduit pas cette prohibition. Les Hanafites ne l'admettent pas et se fondent pour cela sur un hadits recueilli par El Bokari et ainsi conçu : « Le mariage est licite pendant le pèlerinage, pendant les cérémonies religieuses, même lorsque vous serez à La Mecque. » Ils invoquent l'exemple du Prophète, qui était vêtu de l'irham lorsqu'il épousa Maimouna<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sautayra et Cherbonneau, n° 96.

## SECTION II.

**Du consentement.**

## SOMMAIRE :

28. Divisions.
29. Des deux majorités. — De la puberté.
30. Du droit de Djibr.
31. Sur qui il s'exerce.
32. Du consentement de la vierge.
33. Du consentement de la Saïb (non vierge).
34. Nature du Djibr.
35. A qui il appartient. — Divergences.
36. De la vilâat ou tutelle en mariage.
37. Ordre de dévolution hanafite.
38. Du ouaci quant au droit de Djibr.
39. De la femme.
40. Concours entre parents du même degré.
41. Du magistrat. — Prohibition au wali d'épouser sa pupille.
42. Tempéraments apportés au droit de Djibr.
43. Refus du wali. — Intervention du magistrat.
44. Par qui le consentement est donné.
45. Du wali chez les Malékites.
46. Dévolution malékite.
47. Dévolution chaféite.
48. Nullités provenant d'infractions aux règles de la vilâat.
49. Du mandat en mariage.
50. Qui peut donner mandat. — Preuve.
51. Substitution au mandataire choisi.
52. Mandat général et particulier. — Obligations du mandataire.
53. Nature du consentement. — Des conditions.
54. Formes du consentement. — De l'acte écrit.
55. Des vices du consentement. — De l'état de maladie.
56. De l'erreur.
57. Moment auquel le consentement doit être donné.

**28.** — Nous étudierons dans cette section :

1° Quelles personnes ont le droit d'imposer le mariage à telles autres (du droit de Djibr).

2° Par qui le consentement doit être donné (du ouaci, du wali, du mandat en mariage).

3° La nature et la forme du consentement.

I. — *Quelles personnes ont le droit d'imposer le mariage à telles autres. — Du droit de Djibr.*

**29.** — Il existe, en droit musulman, deux majorités, celle relative à la personne, celle relative aux biens. La première, la seule dont nous ayons à nous occuper actuellement, résulte de la puberté qui se détermine suivant l'*habitus corporis*, les symptômes physiques particuliers à chaque sexe. A défaut de symptômes suffisants, les adolescents, tant les garçons que les filles, sont réputés pubères à l'âge de quinze ans révolus.

Chez les Malékites, l'âge de la puberté est atteint seulement à la fin de la dix-huitième année, à défaut de symptômes physiques suffisants.

L'effet de cette puberté, chez les Hanafites, est de donner à l'homme et à la femme le droit de se marier par le fait seul de leur libre consentement; la puberté entraîne donc la capacité légale de disposer de sa personne.

II. — *Par qui le consentement doit être donné (du ouaci, du wali, du mandat en mariage).*

**30.** — Les incapables sont soumis au droit de contrainte ou Djibr. Ce droit, attribut essentiel du père de

famille ou de celui qui en tient lieu, se trouve dans les plus anciennes coutumes des tribus arabes et juives; il confère à celui qui en est investi le pouvoir de donner en mariage celui ou celle qui s'y trouve soumis, sans le consentement de l'incapable, sans que celui-ci doive forcément être consulté.

Le droit de Djibr commence à la naissance de l'enfant; il ne peut s'exercer pendant la gestation. Le mariage d'un enfant conçu mais non encore né ne serait donc pas valable (Cadi de Guelma, 17 mars 1866. — Cadi d'Oran, 11 août 1865. — Sautayra et Cherbonneau, n° 15).

**31.** — Ce droit cesse avec la puberté de l'enfant, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Toutefois, le majeur en état habituel de démence (medjnoun) sans intervalles lucides depuis un mois entier, reste incapable et soumis au droit de Djibr. Certains auteurs malékites étendent même l'incapacité au safih (dépourvu d'intelligence). Mais cette opinion n'a pas prévalu.

Chez les Hanafites, la perte de la virginité n'a d'effet qu'en ce qui concerne la forme du consentement à donner par la femme; ce consentement est nécessaire tant de la part de la femme bibr (vierge), que de la part de la saïb (non vierge), lorsque, bien entendu, la capacité existe.

**32.** — La vierge consultée avant le mariage ou instruite après la fatha (accord) par un proche parent, par son mandataire ou par un tiers irrécusable, donne son consentement ou ratifie ce qui a été fait pour elle si, après avoir eu connaissance de la personne à laquelle elle va être unie et du *quantum* de la dot, elle se tait, si elle rit ou sourit sans moquerie, si elle pleure sans cris. Il y a dans ces diverses attitudes consentement tacite.

La doctrine, cependant, n'applique pas ces règles relatives au mode d'exprimer le consentement à toutes les vierges. La fille émancipée, celle que son père refuse de marier, celle à laquelle on veut donner pour mari un esclave ou un homme difforme, celle à qui la dot affectée consiste en marchandises, l'orpheline mariée par le magistrat, la femme dont le mandataire a outrepassé ses pouvoirs, doivent donner leur consentement par paroles.

Si la fille vierge est instruite par un étranger récusable ou par un parent éloigné, son consentement doit être explicite.

**33.** — Quant à la femme majeure et non vierge, son silence n'équivaut pas à une adhésion; son consentement doit être donné par paroles ou par un acte non équivoque.

Chez les Hanafites donc la virginité n'influe pas sur la capacité; la bikr et la saïb sont également capables lorsqu'elles sont devenues majeures par la puberté.

Les Malékites, au contraire, considèrent que l'incapacité de la vierge ne cesse pas avec la puberté; elle reste sous la puissance paternelle et soumise au droit de Djibr quel que soit son âge, si elle n'a pas été émancipée. La saïb seule a le droit, à sa majorité, de disposer de sa personne.

On doit considérer comme vierge, pour l'application de toutes les règles qui précèdent, la femme qui a perdu sa virginité par suite d'accident ou de vieillesse, la femme dont le mariage a été dissous avant toute cohabitation par suite d'impuissance du mari, du décès de celui-ci, de répudiation, celle qui a perdu sa virginité par suite d'un acte illégitime non répété.

**34.** — Le droit de Djibr est inhérent à la puissance paternelle, il ne peut être aliéné ni cédé. Le tribunal

supérieur d'Alger <sup>1</sup> a consacré ce principe par jugement du 8 mars 1837, confirmatif d'une décision du Midjelès d'Alger du 26 janvier précédent. Dans cette espèce, le père, en divorçant avec la mère de l'enfant, avait conféré à celle-ci tous droits sur sa fille, renonçant à en exercer aucun par lui-même. Malgré cette renonciation, il la donna plus tard en mariage en vertu du droit de Djibr. Sur opposition de la mère, le Midjelès et le tribunal supérieur décidèrent que l'abandon consenti par le père était nul et de nul effet comme contraire à l'ordre public.

### 35. — A qui appartient le droit de Djibr ?

Les divergences sont extrêmes suivant les rites.

Les Hanafites reconnaissent ce droit au père, à l'aïeul et au wali ou tuteur en mariage. En d'autres termes, pendant son incapacité, jusqu'à sa puberté, le mineur est soumis au droit de Djibr qu'exerce son représentant légal quel qu'il soit.

Les Chaféites ne reconnaissent le droit de contrainte qu'au père et au grand-père. « Le père et le grand-père ont le pouvoir d'obliger leurs filles et leurs petites-filles vierges au mariage <sup>2</sup>. »

Les Malékites voient dans le Djibr un droit exclusivement attaché à la personne du père de famille qui, nous l'avons vu plus haut, ne peut le transmettre de son vivant mais peut, dans ce rite, le donner par testament au ouaci (tuteur testamentaire). C'est conformément à ce principe que la Cour d'Alger a, par arrêt du 11 octobre 1870, refusé de reconnaître à un grand-père le droit de Djibr sur sa petite-fille.

<sup>1</sup> Menerville, p. 451.

<sup>2</sup> Abou Chodja.

L'article 43 du texte confère le droit de contrainte à tous les tuteurs qui remplissent les conditions exigées par la loi. Il s'agit ici de la tutelle en mariage ou viliāat dont la dévolution fait l'objet de la section I, chapitre IV du Code Hanafite; nous verrons qu'il ne s'agit nullement du tuteur testamentaire.

Il faut donc déterminer par quelles personnes s'exerce la viliāat ou tutelle en mariage.

**36.** — Disons d'abord que pour être wali il faut : être libre, majeur, sain d'esprit et musulman quand il s'agit d'un mariage entre musulmans. Un musulman ne saurait être wali d'un infidèle.

**37.** — La viliāat s'exerce dans l'ordre suivant, en excluant le plus éloigné par le plus proche :

1° Les Acebs :

le père,  
l'aïeul paternel,  
le frère germain,  
le frère consanguin,  
le neveu germain,  
le neveu consanguin,  
l'oncle germain,  
l'oncle consanguin,  
le cousin germain,  
le cousin consanguin.

S'il s'agit d'une femme aliénée, la viliāat passe à son fils; à défaut, à son petit-fils, de préférence même au père.

2° A défaut d'Acebs, la ligne féminine :

la mère,  
l'aïeule paternelle,

la fille,  
 la petite-fille issue soit du fils soit de la fille,  
 ses descendants,  
 le grand-père paternel,  
 la sœur germaine,  
 la sœur consanguine,  
 le frère et la sœur utérins et leurs descendants.

3° Les autres Zawil Arhams :

la tante paternelle,  
 l'oncle maternel,  
 la tante maternelle,  
 les cousins et leurs descendants.

4° Le souverain ou le magistrat dont il est le délégué.

**38.** — L'article 38 du texte refuse rigoureusement le droit de Djibr au ouaci ou tuteur testamentaire, le testament du père de famille lui conférât-il ce droit.

Chez les Malékites, nous l'avons dit, le droit de contrainte réside exclusivement dans la personne du père; l'aïeul même ne peut l'exercer; la mère est pareillement exclue.

Mais, par contre, le ouaci peut être investi du droit de Djibr.

Si le testament lui confère expressément ce droit, tous les auteurs admettent que cette disposition est valable (contrairement au rite Hanafite), si le testament ne contient pas cette clause spéciale la question est controversée. Certains, El Lakhmi par exemple, pensent que le ouaci a tous les pouvoirs du père de famille dont il est le dévolutaire, qu'il a donc le droit de contrainte; d'autres, au contraire, considérant ce droit comme absolument personnel et intransmissible à moins d'une disposition formelle, le refusent au ouaci qui n'en a pas été formellement investi par le testament. C'est dans ce sens que s'est fixée la juris-

prudence de la Cour d'Alger (arrêts des 1<sup>er</sup> mai 1867 et 18 juin 1872).

**39.** — La femme qui, chez les Malékites, n'est pas investie du droit de Djibr, peut cependant avoir à l'exercer comme ouacia; mais ce droit se trouve restreint à ses pupilles du sexe masculin, d'après cette maxime du Prophète : « la femme ne marie pas une autre femme. »

On admet cependant, d'après Sidi Khalil, que la ouacia peut déléguer ses droits à un mandataire pour marier ses filles. Cette opinion ne nous paraît pas juridique car nul ne saurait déléguer à un mandataire un droit qu'il n'a pas lui-même. Admettre une telle solution, ce serait reconnaître implicitement à la femme ouacia le droit de marier les filles. Ce droit a d'ailleurs été reconnu à la ouacia par arrêt de la Cour d'Alger du 19 février 1852 basé sur la doctrine de Sidi Khalil.

Nous avons vu dans quel ordre s'exerce le droit de Djibr chez les Hanafites, le parent le plus proche excluant le plus éloigné. L'article 139 du texte permet au parent évincé à tort de faire prononcer la nullité du mariage contracté au mépris de la dévolution tutellaire légale. En cas d'absence ou d'incapacité du plus proche, ses droits passent à celui qui le suit immédiatement dans la dévolution.

**40.** — S'il existe deux parents au même degré, chacun pourra marier valablement le mineur, dans les conditions légales, sans avoir besoin de la ratification de l'autre (art. 42 du texte). Mais le premier mariage sera seul valable et si on ne peut déterminer lequel des deux mariages a été conclu le premier, ils seront tous deux frappés de nullité (art. 136).

**41.** — Le magistrat qui exerce le droit de Djibr en l'absence d'autre wali plus proche ne peut épouser la mi-

neure ni la marier à aucun de ses ascendants ou descendants. Il est interdit de même à tout autre wali de se marier avec sa pupille, même majeure, sans le consentement formel de celle-ci, consentement qui doit être donné antérieurement au mariage, à peine de nullité radicale.

**42.** — Le droit de Djibr, illimité à l'origine, à dû être réglementé quant à son exercice, ensuite des graves abus qu'il entraîne. Il n'est pas rare, en effet, de voir le droit de contrainte exercé plutôt dans l'intérêt du père ou du wali que dans celui de l'incapable. Il ne faut pas perdre de vue que ce droit exorbitant a été conféré au représentant du mineur dans l'intérêt de celui-ci et de l'ordre social, et nous pensons qu'il y a lieu d'apporter à son exercice tous les tempéraments compatibles avec le texte, chaque fois que le Djibr aura été exercé contrairement aux intérêts du mineur.

Les Hanafites reconnaissent certains tempéraments au droit de contrainte, mais ces atténuations diffèrent suivant le degré de parenté du wali. Ils sont nuls ou à peu près lorsqu'il s'agit du père ou du grand-père, plus étendus lorsqu'il s'agit d'un parent plus éloigné. Si le wali est le père ou le grand-père et qu'il ne soit pas notoirement irréligieux ou de mauvais choix (Saïl iktiar), le mariage par lui imposé est valable, y eût-il mésalliance, y eût-il lésion quant à la dot. Il en est de même du fils, wali de sa mère aliénée.

L'article 44 du texte qui contient ces dispositions nous paraît cependant devoir comporter certaines atténuations de droit ou d'équité à ce qu'il a de trop absolu. On ne saurait, par exemple, valider un mariage frappé d'une nullité radicale parce qu'au lieu d'être contracté par un

capable il aurait été imposé à un mineur par son wali. Si la lésion dans la dot ne donne pas, en thèse générale, le droit à celui qui en est victime de faire annuler le mariage consenti par son wali, il en serait autrement, à notre avis, en cas de fraude, par exemple si le tuteur avait stipulé qu'une partie de la dot lui reviendrait, et ce en vertu du principe qui domine toutes les législations : *fraus omnia corrumpit*.

Nous verrons ce que la jurisprudence a décidé à cet égard chez les Malékites.

Si le père et le grand-père exerçant la viliāat étaient notoirement irréligieux ou de mauvais choix, il y aurait nullité radicale du mariage mal assorti ou de celui dans lequel se trouverait une lésion pour l'incapable quant à la dot.

Les Hanafites ont fait dépendre la solution des antécédents, de la réputation du père ou de l'aïeul qui exercent le droit de Djibr. Le mariage est valable si la réputation est intacte parce qu'il y a alors présomption d'une simple erreur chez le père de famille; le mariage est nul au contraire si celui-ci est mal famé, la présomption étant alors celle de la fraude et du dol.

Ces dispositions viennent à l'appui de l'opinion que nous exprimions plus haut et d'après laquelle le mariage imposé par le père de famille, même de bonne réputation, peut être annulé si la fraude est établie.

Lorsqu'il s'agit d'un wali autre que le père ou l'aïeul et s'il marie *un jeune enfant* par contrainte, il y aura nullité radicale du mariage mal assorti ou entaché d'une constitution de dot vicieuse. Dans le cas où le wali marie ses pupilles à des conjoints assortis et moyennant la dot coutumière, le mariage sera valable; mais les pupilles deve-

nus majeurs auront le droit d'en demander la dissolution, même après la consommation.

Nous traiterons du droit d'option et des nullités relatives dans le chapitre relatif aux nullités du mariage.

La Cour d'Alger a eu fréquemment à se prononcer sur l'exercice du droit de Djibr et elle a posé ce principe dans tous ses arrêts que « ce droit doit être concilié avec l'intérêt de l'enfant. Par suite, le juge peut en modifier l'exercice si l'intérêt du mineur l'exige » (10 décembre 1877, Robe, 1878, p. 54. — 27 juin 1881, Robe, 1881, p. 189. — 5 décembre 1884, Robe, 1884, p. 275. — Sautayra et Cherbonneau, n° 38.)

**43.** — Le wali, fût-il le père, n'a pas le droit, chez les Hanafites du moins, de repousser sans raison plausible une demande en mariage du mineur. S'il y a réclamation de la part de celui-ci, le magistrat examinera les motifs du refus et procédera au mariage si ces motifs ne sont pas jugés sérieux. Dans le cas contraire, la volonté du wali prévaudra.

Les Malékites ne reconnaissent ce droit d'intervention au magistrat que si le wali a repoussé systématiquement plusieurs demandes, contraignant ainsi l'incapable au célibat. Sidi Khalil s'exprime ainsi : « On ne décidera pas qu'un père refuse de marier sa fille parce qu'il aura repoussé plusieurs demandes. »

III. — *Par qui le consentement doit être donné. — Du ouaci. — Du wali. — Du mandat en mariage.*

**44.** — Le mariage résulte d'une déclaration faite par l'une des parties contractantes et acceptée par l'autre. Le consentement émane des conjoints ou de leurs manda-

taires, s'ils sont capables, de leurs walis s'ils sont incapables.

Le texte Hanafite (art. 51) dispose formellement que « toute femme majeure, libre et saine d'esprit, peut disposer de sa main sans l'intervention d'aucun tuteur; » et plus loin (art. 53), « la femme libre et majeure, bikr ou saïb (vierge ou non vierge), ne peut être contrainte au mariage; elle doit être consultée et *appelée à donner son consentement.* »

**45.** — Chez les Malékites et les Chaféïtes, la femme, si elle doit consentir, ne peut le faire par elle-même. Elle doit donner son consentement par un wali.

Le wali n'est plus ici, comme chez les Hanafites, un tuteur en mariage jouissant du droit de Djibr; ce droit, nous l'avons vu, n'appartient en règle générale qu'au père et à l'aïeul; s'il est appelé à consentir, à homologuer en quelque sorte le consentement de la femme, il ne peut contraindre celle-ci au mariage; c'est plutôt un représentant chargé de compléter la capacité de la femme qu'un parent ayant capacité d'agir par lui-même et de conclure l'union, comme chez les Hanafites. Cette distinction est des plus importantes. Cette grande divergence des rites découle évidemment des conditions différentes de la femme après sa puberté. « Le wali, disent MM. Sautayra et Cherbonneau, n° 45, se trouve chargé des fonctions que la loi française a dévolues à l'officier de l'état civil et aux personnes chargées de former opposition au mariage. »

**46.** — Les Malékites suivent pour la vilâïat (laquelle s'exerce en cas d'existence du droit de Djibr par le père ou le ouaci auxquels elle appartient) l'ordre suivant :

Le fils né d'un précédent mariage de la femme,  
le petit-fils,

le père qui n'aurait plus le droit de Djibr,  
 le ouaci qui n'aurait pas été investi du Djibr,  
 le frère,  
 le neveu,  
 l'aïeul paternel,  
 l'oncle paternel,  
 le cousin,  
 l'affranchi,  
 le tuteur officieux, et enfin tout autre musulman.

Il y a cependant controverse en doctrine et en jurisprudence : un système n'admet en aucun cas le ouaci à la vilâiat (Alger, 1<sup>er</sup> mai 1867. — 18 juin 1872).

**47.** — Chez les Chaféites<sup>1</sup>, l'ordre adopté est le suivant :

le père,  
 le grand-père paternel,  
 le fils,  
 le frère germain,  
 le frère consanguin,  
 le neveu,  
 l'oncle,  
 le cousin,  
 le ouaci,  
 le Cadi.

**48.** — Nous avons vu que chez les Hanafites le wali, avec le droit de Djibr qu'il exerce, était le plus rapproché dans l'ordre de dévolution, à l'exclusion du plus éloigné.

Chez les Malékites et les Chaféites il y a bien nullité si le mariage n'a pas été contracté par wali, mais il y a

<sup>1</sup> Abou Chodja, p. 39.

grande divergence sur la question de savoir si l'ordre dévolutif doit être observé à peine de nullité.

Il existe trois systèmes sur la question :

Mohamed Assem et El Téoudi rapportent l'opinion d'Ebnou el Hadj et de Saïd ben Louebb d'après lesquels le mariage contracté hors la participation du wali le plus proche est radicalement nul, alors même que le wali véritable dévolutaire le ratifierait ensuite et qu'il aurait été consommé.

Le cheik Ziad, Ibn Salamoune, Ibn el Kassem, le cheik Méïara et El Karchi enseignent que la femme libre peut choisir son wali sans tenir compte des degrés. Le contraire, disent ces docteurs, serait rétablir contre la femme le droit de Djibr dont elle est affranchie. La jurisprudence algérienne est à peu près unanime en ce sens (Cour d'Alger, 20 août 1866. — 1<sup>er</sup> mai 1867).

Le troisième système enseigné par Sidi Khalil distingue suivant qu'il s'agit d'une femme de haute ou de basse naissance. Dans le premier cas il y aurait nullité à moins que le mariage n'eût été consommé et ne durât, depuis longtemps; dans le second cas, le mariage serait valable.

Le wali, dans tous les rites, doit être libre, majeur, sain d'esprit et musulman. En cas d'empêchement provenant d'absence ou d'incapacité, la viliâat est dévolue au parent qui vient après lui dans la dévolution.

Les Malékites refusent à la femme le droit de viliâat par application du principe cité plus haut qu'une femme ne peut marier une autre femme.

Le wali ne tient pas seulement ses pouvoirs de la loi dans ce rite; il les tient aussi de la femme dont il est le représentant; il ne peut donc agir qu'en vertu du mandat de celle-ci, qu'après avoir reçu sa procuration. La jurisprudence est formelle sur ce point (Midjelès d'Alger, 18

novembre 1861. — Cour d'Alger, 3 novembre 1865 et 26 mars 1866).

Nous avons donc à étudier la nature et la forme du mandat en mariage.

**49.** — Chez les Hanafites, la *vilaïat* et le mandat en mariage sont deux choses essentiellement distinctes. La *vilaïat* naît du seul fait de la loi; le mandat naît de la volonté seule de la partie. Dans les autres rites, au contraire, la *vilaïat* venant à la fois de la loi et de la volonté de la partie se confond avec le mandat en mariage, puisque le représentant n'est qu'un mandataire ordinaire, dont l'intervention est imposée il est vrai, dont le rang est suivant le cas déterminé, mais dont les pouvoirs ne naissent qu'ensuite de la volonté formelle de la femme et qui, enfin, ne possède pas le droit de *Djebr*.

**50.** — Les époux majeurs, libres et sains d'esprit peuvent contracter mariage par mandataires. Ceux qui possèdent le droit de *Djebr* peuvent, tant que dure ce droit, constituer des mandataires pour marier les incapables sous leur puissance. Nous avons vu que chez les Malékites la femme *doit* constituer ce mandataire, ne pouvant fournir le consentement par elle-même.

Le mandat se donne verbalement ou par écrit. S'il est verbal, la présence de témoins n'est même pas exigée pour sa validité; les témoignages ne sont requis que pour éviter toute contestation de la part du mandant. La consommation du mariage contracté par mandataire serait une preuve suffisante du mandat (Sautayra et Cherbonneau, n° 57).

**51.** — Le mandataire ne peut se substituer un tiers, à moins qu'il n'en ait reçu le pouvoir spécial ou que son

mandat soit absolu et discrétionnaire. Les Malékites admettent cependant la substitution pourvu que le substitué remplisse les conditions nécessaires pour être wali.

Quels sont les pouvoirs du mandataire dans les diverses hypothèses qui peuvent se présenter?

**52.** — En thèse générale disons qu'en cette matière, comme dans toute autre où il y a constitution d'un mandataire, les actes de celui-ci ne sont valables que s'il s'est renfermé dans les limites de ses pouvoirs. S'il les a excédés, il n'a pas engagé le mandant, lequel ne serait tenu au delà du pouvoir par lui conféré qu'autant qu'il aurait ratifié.

Le mandat peut être général et être constitué ainsi : « Je vous nomme mon mandataire pour me marier. » Il peut être spécial : « Je vous nomme mon mandataire à l'effet de me marier avec Ahmed fils d'Hassan et moyennant une dot de..... »

Dans le cas de mandat général, s'il émane de la femme, le mandataire ne peut conclure le mariage qu'après lui avoir désigné le futur et avoir obtenu sa ratification. S'agit-il au contraire du mari, celui-ci n'a pas le droit de refuser le mariage conclu en son nom par son mandataire général, ne lui eût-on pas désigné préalablement la femme à laquelle il allait être uni, la future fût-elle atteinte de maladie. Sidi Khalil et la jurisprudence sont de cet avis et c'est ainsi, croyons-nous, qu'il faut en décider chez les Hanafites et dans tous les rites (Alger, 20 février 1863).

Toutefois, si le mandataire marie le mandant à sa fille ou à une mineure dont il est le tuteur en mariage, ce mariage ne sera valable que s'il est ratifié par le mandant.

Dans le cas de mandat spécial, il n'y a pas de difficultés ; le mandataire ne doit pas aller au delà des termes de sa

procuration. Si, par exemple, chargé de marier un homme pour une dot déterminée, il le mariait pour une dot plus considérable, le mandant ne serait pas engagé, alors même que le mandataire paierait lui-même la différence.

Si le mandataire chargé de marier son mandant avec une seule femme le marie à deux, il faut distinguer : si le mandataire a agi par deux actes successifs le premier seul est obligatoire ; s'il a au contraire agi par un seul acte, aucun des deux mariages ne peut lui être imposé, sauf à lui à ratifier, si bon lui semble, soit pour l'un des deux mariages, soit pour les deux.

Le mandataire général d'une femme peut se choisir lui-même ou choisir son père ou son fils pour mari. Mais le mariage n'est pas obligatoire pour la femme ; elle a le droit d'en faire prononcer la nullité.

Les obligations du mandataire sont restreintes à l'accomplissement du mandat et ne créent un lien de droit qu'entre lui et son mandant. C'est ainsi que lorsqu'une femme a été mariée par mandataire celui-ci n'est pas tenu de la livrer au mari ; il n'est pas tenu envers elle du paiement de la dot à moins qu'il n'ait cautionné le mari et sauf répétition contre ce dernier si le cautionnement avait été donné avec son consentement.

#### IV. — *De la nature et de la forme du consentement.*

Un mariage dépourvu de consentement est nul.

**53.** — Le consentement doit être pur et simple ; il doit ne rien contenir d'incompatible avec l'essence du mariage. C'est ainsi qu'un mariage temporaire, dont la durée serait limitée à un certain temps, ne serait pas valable, pas plus que le mariage contracté en termes de Mut'ah ou simple

jouissance. De même pour le mariage soumis, quant à sa réalisation, à une condition incertaine. Le mariage contracté sous une condition certaine et illégale serait valable; seulement la condition illégale serait considérée comme non avenue.

Le mari peut-il valablement s'obliger, en se mariant avec une première femme, à n'en pas prendre d'autre? Cette stipulation est-elle licite?

Quoique les auteurs ne soient pas favorables à une telle stipulation ils la déclarent en général obligatoire. Ceux qui sont d'un avis contraire donnent au mari la faculté de faire annuler la clause dont s'agit mais seulement jusqu'à la consommation du mariage. Après cette consommation, la stipulation devrait sans aucun doute être respectée.

**54.** — Nous avons vu comment la femme donne son consentement suivant qu'elle est vierge ou non, et suivant la personne qui sollicite ce consentement.

En principe, le consentement doit être verbal et non équivoque. Quand les parties sont présentes, un acte écrit n'y suppléerait pas. L'acte écrit n'est admis que lorsque le proposant est absent et à condition que la partie à laquelle la demande est adressée par écrit fasse part aux témoins de cette demande et de son acceptation. Le muet peut se marier par signes indiquant d'une façon non équivoque son consentement.

Si les parties sont présentes, la loi exige qu'elles entendent la parole l'une de l'autre prononcée même dans une langue qu'elles ne comprendraient pas, pourvu qu'elles sachent qu'il s'agit de contracter mariage.

L'accord de deux volontés et la manifestation du consentement doivent avoir lieu dans la même séance et sans

que l'attention des parties soit détournée par une autre occupation.

Le consentement donné verbalement peut d'ailleurs être constaté par un écrit qui devient un moyen de preuve. Cela a été recommandé de tout temps et dans tous les rites. Les Emirs et entre autres Aroun al Rachid en ont donné l'exemple. La Cour d'Alger, ensuite d'instructions gouvernementales données aux Cadis d'Algérie et prescrivant l'établissement d'un acte de mariage, a prononcé la nullité de plusieurs unions contractées verbalement. (Arrêts des 29 mars et 18 mai 1865.) Nous repoussons cette jurisprudence contraire à tous les textes et aux principes généraux du droit musulman qui, parmi tous les modes de preuves, donne le premier rang à la preuve testimoniale.

C'est à tort que MM. Sautayra et Cherbonneau enseignent que dans le rite Hanafite l'acceptation de cadeaux après la demande en mariage non suivie d'un consentement formel, établit ce consentement et prouve le mariage. L'article 4 de notre texte se prononce formellement dans le sens opposé.

Chez les Malékites il y a divergence : certains docteurs adoptant la doctrine Hanafite voient dans l'*emlissia* un simple projet de mariage dépourvu d'effets légaux; d'autres y voient un consentement régulier quoique tacite, rendant le mariage parfait. La Cour d'Alger s'est rangée au premier de ces systèmes par arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1867.

**55.** — Le consentement, pour être valable, ne doit pas être vicié par une des causes qui rendent tout contrat caduc, le dol, la violence, l'erreur. Un consentement obtenu par ces moyens serait nul et inexistant (Alger, octobre 1872. — Cet arrêt est rapporté par MM. Sautayra et Cherbonneau, n° 140, § 5).

Nous ne trouvons pas chez les Hanafites, au titre relatif aux empêchements au mariage, la prohibition résultant de l'état de maladie grave de l'un des époux au moment de la conclusion de l'acte. L'article 16 du texte paraît même repousser cette sorte d'empêchement. Les autres rites admettent au contraire la nullité de toute union consentie alors que l'un des conjoints est atteint d'une maladie dangereuse devant vraisemblablement entraîner la mort. Le mariage *in extremis*, ne répondant pas au but primordial de l'union conjugale et constituant le plus souvent un préjudice pour les héritiers naturels, n'est pas valable.

Nous croyons que l'opposition entre les deux doctrines est plus apparente que réelle. Sans doute, chez les Hanafites, le seul état de maladie d'un des époux ne suffit pas pour donner à l'autre le droit d'option, mais le plus souvent la maladie grave constituera un état d'infériorité pouvant vicier le consentement qui aurait été obtenu d'un malade ne possédant plus toutes ses facultés intellectuelles. C'est là un point de fait dont l'appréciation est laissée à la prudence des magistrats.

**56.** — L'erreur sur la personne vicierait le consentement, ou plutôt il n'y aurait pas de consentement si une femme croyant épouser Ahmed fils de Mohamed était unie à Ahmed fils de Hassan. L'erreur sur la qualité morale d'un des conjoints peut donner lieu à l'annulation du mariage pour cause de mésalliance. Si le mari trompe la femme en se donnant un faux titre ou une fausse qualité et que la femme ne soit instruite de la fraude qu'après la conclusion de l'acte, elle pourra demander la dissolution du mariage; son wali aura le même droit.

Mais l'erreur sur les qualités physiques de la personne

ne vicierait pas le consentement. Si donc le mari a stipulé la beauté, la virginité de la femme, l'absence de tout défaut, si la femme a stipulé l'absence de toute infirmité, de toute maladie, de tout vice corporel, ces conditions sont réputées non avenues et aucune des parties n'aura le droit de faire annuler le mariage comme ne remplissant pas les conditions exigées. L'impuissance seule du mari donne ouverture au droit d'option. Nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons du droit d'option.

**57.** — Le consentement, nous l'avons vu, doit être donné séance tenante lorsque les parties sont présentes; l'échange des volontés crée le contrat.

Les Malékites admettent que le père investi du droit de Djibr peut marier sa fille, pour le cas où il viendrait à mourir, à tel individu déterminé, à l'insu même du futur. Ce dernier pourrait accepter ce mariage et aurait le droit d'en exiger la consommation, pourvu toutefois qu'il exerçât ce droit dans l'année où il aurait eu connaissance de la disposition, suivant les uns, dans l'année du décès, suivant les autres.

Cette doctrine ne saurait être admise chez les Hanafites. Elle est doublement contraire au texte : 1° en ce qu'elle constitue un mariage soumis à une condition future et dont l'époque de réalisation est incertaine (la mort du père) et même à une condition incertaine puisqu'il faut que le décès du père précède celui du futur, ce qui n'est pas certain; 2° en ce qu'elle admet un long espace de temps entre le concours des deux consentements, celui du père exerçant le droit de Djibr et celui du futur qui reste libre de ne pas le donner.

Telles sont les conditions générales du consentement. Nous verrons plus loin les conséquences de l'inobservation des règles que nous venons d'exposer.

## SECTION III.

**Présence de témoins et observation des formalités prescrites par la loi.**

## SOMMAIRE :

58. Droits du prétendant lors de la demande.  
 59. Des témoins, de leur nombre et de leur qualité.  
 60. Le concours des deux consentements rend le contrat parfait. —  
 Divergences.

**58.** — Il est permis au prétendant, porte le texte, de voir la figure et les mains de celle qu'il demande en mariage. Ce droit, reconnu par tous les rites, n'est pas exercé dans un grand nombre de pays musulmans. Très souvent le mari voit sa femme pour la première fois dans la chambre nuptiale. Un ancien usage est d'envoyer la mère du futur ou une de ses parentes qui examine la jeune fille et rend compte qu'elle paraît bien conformée et apte à la procréation.

Nous avons traité de la demande en mariage. Si cette demande qui, répétons-le, ne crée aucun lien de droit entre les parties, du moins chez les Hanafites, est agréée, on procède à la conclusion.

La conclusion du mariage a lieu par le consentement non équivoque des deux futurs époux exprimé par eux-mêmes ou leurs représentants légaux, dans les conditions que nous avons étudiées dans la section II du présent chapitre.

**59.** — Ce consentement qui crée le lien de droit entre les contractants doit être donné en présence de deux

témoins du sexe masculin ou bien d'un homme et de deux femmes.

Un seul témoin du sexe masculin ou deux femmes suffisent quand le père est présent au mariage consenti personnellement par sa fille majeure et y adhère. Le père fait alors l'office d'un témoin. Il en est de même lorsque le père a délégué ses pouvoirs à un tiers pour marier sa fille mineure en sa présence.

Les Hanafites et les Chaféites s'appuient, pour admettre ces exceptions à la règle qui veut le témoignage de deux hommes, sur le Koran, Sourate II, verset 282 : « Si vous ne trouvez pas deux hommes choisissez-en un seul et deux femmes parmi les personnes aptes à témoigner. » Les Malékites soutiennent que cette disposition, si elle s'applique au témoignage en général, ne s'applique pas en matière de mariage pour la validité duquel la présence de deux témoins masculins est exigée à peine de nullité (Sidi Khalil. — Arrêt de la Cour d'Alger du 30 décembre 1862.)

Les témoins doivent être majeurs, sains d'esprit, libres et musulmans. Ils peuvent être choisis parmi les ascendants, descendants et parents des conjoints; ils peuvent être irréguliers. Les auteurs Malékites cependant, notamment Sidi Khalil et Ibn Kaldoun, exigent que les témoins soient irrécusables et s'acquittent fidèlement de leurs devoirs religieux<sup>1</sup>.

Le sourd, l'homme qui dort, celui qui est en état d'ivresse ne peuvent servir de témoins. L'aveugle le peut chez les Hanafites; il ne le peut pas d'après les autres rites.

Nous examinerons plus loin la qualité des témoins dans les mariages où un musulman épouse une chrétienne ou une juive.

<sup>1</sup> Slane, p. 72.

**60.** — Dans les pays du rite malékite la question s'est posée de savoir si le mariage est parfait par le consentement exprimé en présence des témoins et dans les conditions exigées par la loi ou si, au contraire, il ne le devient que par la consommation.

M. Bourdens de la Salle<sup>1</sup> se range à cette dernière opinion et la Cour d'Alger paraît s'y être définitivement ralliée en décidant par plusieurs arrêts que lorsqu'une femme a été mariée à deux hommes, le second mariage est valable s'il a été consommé avant le premier. Une telle décision implique bien que le premier mariage est inexistant malgré le consentement et l'accord non équivoque des parties (Arrêts des 30 juillet 1862, 28 octobre 1863, 19 décembre 1866, 22 février 1866, 10 avril et 26 juin 1867).

Cette doctrine, malgré les sérieuses raisons morales qui militent en sa faveur, ne saurait être accueillie; elle est contraire à l'opinion de tous les docteurs, même des Malékites, qui ne valideraient le second mariage qu'autant qu'il aurait été consommé de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance par le mari de l'union préexistante.

L'opinion de M. Bourdens de la Salle est d'ailleurs le résultat d'une erreur qui provient de ce qu'il n'a pas établi les différences essentielles qui caractérisent les trois phases du mariage : demande, conclusion et consommation. Il est donc antijuridique de soutenir que les droits et les devoirs réciproques des époux ne commencent qu'avec la consommation; si cette consommation confirme certains droits, elle ne les fait pas naître.

MM. Sautayra et Cherbonneau (n° 112) paraissent également, dans leurs citations de jurisprudence, confondre la demande, la promesse, la fatha ou simple accord avec

<sup>1</sup> Notes sur le traité de Mohamed Assem.

la conclusion du mariage. La Cour d'Alger a sagement jugé, dans l'arrêt qu'ils rapportent du 17 avril 1867, en décidant que la promesse ne confère pas un droit de reprise dotale ou un droit héréditaire. La promesse, nous l'avons expliqué plus haut, est chose toute différente de la conclusion, du contrat.

L'article 17 du texte Hanafite ne permet aucune controverse sur les effets de la conclusion, indépendamment de la consommation : « Une fois l'acte valablement contracté, les liens du mariage sont assurés, les droits et devoirs des époux commencent, *même avant la consommation du mariage.* »

---

## CHAPITRE TROISIÈME.

## DE LA DOT.

## SOMMAIRE :

61. Caractères de la dot. — Du mariage sans dot.  
62. Division du sujet.

**61.** — La dot est une des conditions essentielles de toute union légitime; c'est un pécule mis à la disposition de la femme et qui constitue à son profit une garantie d'indépendance, une sécurité d'avenir en cas de répudiation ou de veuvage.

Elle peut être de la plus minime importance, ne pas être constituée (et dans ce cas elle est fixée par la coutume), mais elle ne saurait faire complètement défaut.

Y aurait-il nullité du mariage dans lequel le mari stipulerait que la femme n'aurait droit à aucune dot? Non, dans le rite Hanafite; l'article 77 du texte donne seulement le droit à la femme de réclamer la dot coutumière « quand le mari aura stipulé la non-constitution de dot. » Et l'article 12 répute une telle stipulation illégale mais la considère simplement comme non avenue, de telle sorte que le mariage est valable. La femme se trouve ramenée au cas de défaut de constitution dotale qui lui donne droit à la dot coutumière.

Remarquons que ces dispositions formelles du texte sont

en complète opposition avec la doctrine malékite et avec un hadits rapporté par Bokhari : « Tout mariage sans dot est nul. »

**62.** — Nous avons adopté, pour l'étude de cet important sujet, la division suivie par le Code Hanafite; nous étudierons donc successivement les règles relatives :

- 1° à la fixation de la dot,
- 2° au droit d'attribution de la femme sur la dot,
- 3° aux circonstances qui confirment les droits de la femme et à celles qui lui font perdre la moitié ou la totalité de la dot,
- 4° à la dot conditionnelle,
- 5° à la perception de la dot et au droit de disposition de la femme; à la restitution,
- 6° à la garantie, à la perte, à la consommation et à la revendication de la dot,
- 7° aux contestations relatives à la dot,
- 8° aux accessoires de la dot, aux cadeaux, aux meubles garnissant le domicile conjugal et aux contestations y relatives.

## SECTION I.

### De la fixation de la dot.

#### SOMMAIRE :

- 63.** Dot contractuelle, coutumière, par téfouid et par takim. — Minimum légal. — Divergences.
- 64.** En quoi la dot peut consister. — Mariage Chighar.
- 65.** Fixation de la dot dans les mariages par téfouid et par takim.
- 66.** Fixation de la dot coutumière; à quelle époque elle a lieu.
- 67.** Nullités. — Renvoi.
- 68.** Augments à la dot.

**63.** — Le montant de la dot peut être déterminé lors de la conclusion du mariage ou ne pas l'être. Dans le premier cas, l'importance de la dot est conventionnelle, dans le second cas elle est fixée par la coutume ; c'est alors la dot coutumière. Elle peut être également laissée à l'arbitrage ultérieur d'un tiers ou même des époux.

La dot conventionnelle n'a pas de maximum ; son minimum est fixé à dix dirhams ou talents en argent, pesant sept miskals, monnayés ou non monnayés. Les Malékites ont fixé ce minimum à trois dirhams, mais ils ont, presque partout, abandonné cette fixation et exigent que le montant de la dot soit conforme aux usages de chaque localité. Se basant sur le hadits rapporté plus haut, ils prononcent la nullité du mariage contracté au mépris de cette règle. C'est ainsi qu'un mariage contracté moyennant une dot de cinquante francs a été annulé comme contenant une constitution de dot inférieure au quantum en usage dans le pays, par jugement du Cadi de Tlemcen du 23 novembre 1864 (V. en ce sens plusieurs décisions rapportées par MM. Sautayra et Cherbonneau, n° 72).

L'article 70 du Code Hanafite ne permet pas d'adopter cette jurisprudence ni quant au minimum de la dot que cet article fixe d'une façon précise et absolue, ni quant à la nullité qui résulterait d'une fixation au-dessous de ce minimum. L'article 75 ramène d'ailleurs à dix dirhams toute dot fixée conventionnellement à une somme moindre.

La divergence des rites est, on le voit, considérable. D'après les Hanafites, une constitution de dot vicieuse n'entraîne pas, *en général*, la nullité de l'union ; les stipulations illicites sont simplement considérées comme non avenues et si les parties s'écartent de ce qui est prescrit, il n'est pas tenu compte de leurs conventions ; la femme a droit à la dot coutumière. Les Malékites, au contraire, et

avec eux la jurisprudence algérienne de ce rite, déclarent nul tout mariage entaché d'une constitution de dot vicieuse ou d'une importance inférieure à celle admise par l'usage local, et aussi toute union dans laquelle la dot n'est pas fixée par un contrat écrit. Cette jurisprudence est contraire à l'opinion des docteurs (V. Mohamed Assem, El Téoudi, Abou Chodja, etc...).

**64.** — La dot ne doit pas nécessairement être constituée en une somme d'argent; elle peut l'être en immeubles, en objets mobiliers et même en simple usufruit de ces biens. Mais il faut : 1° que la nature et la quantité des choses données en dot soient déterminées; 2° que ces choses aient une valeur vénale; 3° qu'elles puissent être légitimement possédées par des musulmans. « Peuvent être données en dot, les choses dont la vente ou la possession sont permises par la loi<sup>1</sup>. » C'est ainsi que la constitution serait nulle si le mari donnait des objets provenant d'un vol connu de l'autre partie, des bestiaux sans en déterminer le nombre et l'espèce, un bénéfice éventuel et incertain, s'il s'engageait à faire une bonne action, à enseigner à la femme le Koran pour toute dot, etc... Dans tous ces cas, chez les Hanafites, la fixation serait réputée non avenue et la femme aurait droit à la dot coutumière.

La femme a également droit à cette dot dans le mariage Chighar ou par compensation. Ce mariage est celui où un homme marie sa fille ou sa sœur à un homme sans dot et épouse en compensation la fille ou la sœur de celui-ci. Ce mariage est d'ailleurs valable.

**65.** — La dot coutumière est encore due, à défaut d'entente postérieure à la conclusion, dans les mariages par

<sup>1</sup> Ibn Zarkoun.

téfouid et par takim. Le mariage par téfouid est celui où il est convenu que la dot sera fixée par les conjoints ou leurs représentants postérieurement à la conclusion; le mariage par takim est celui où la dot, non déterminée lors de l'acte, est laissée à l'arbitrage d'un tiers. Si, dans le premier cas, les parties ne s'entendent pas sur le quantum, si, dans le second cas, le tiers ne fait pas la détermination, la femme a droit à la dot coutumière.

**66.** — L'importance de cette dot varie, ainsi que sa dénomination l'indique, suivant les usages des divers pays et la condition des parties. L'article 78, simplement énonciatif, trace certaines règles relatives à sa fixation. On prend pour terme de comparaison une femme de la tribu du père, ayant la plus grande analogie possible avec la future quant à l'âge, à la position sociale, à la fortune, à l'intelligence, à la vertu, à la virginité, à l'instruction et à l'éducation. On tient compte également de l'enfantement ou non-enfantement de la femme et de la condition du mari. Si on ne peut comparer la future à une femme de la tribu de son père, on prendra pour terme de comparaison une femme d'une tribu semblable.

La coutume est déterminée par deux témoins irrécusables, par un homme et deux femmes recommandables, à défaut par la déclaration faite sous serment par le mari. Chez les Malékites, la détermination est faite, en cas de contestation, par le Cadi.

La détermination de la dot coutumière doit avoir lieu avant la consommation du mariage. La femme, en cas de refus du mari, a le droit de s'adresser au magistrat, qui la fixe par un jugement et conformément aux règles que nous venons d'indiquer.

**67.** — Nous avons vu, sous le n° 63, qu'une consti-

tution de dot vicieuse n'entraîne pas, *en général*, chez les Hanafites, la nullité du mariage. Les articles 41, 47, 52 du texte contiennent à ce principe des exceptions que nous étudierons dans un chapitre suivant.

**68.** — Le mari, son père et son aïeul peuvent, en cours du mariage, constituer des augmentations à la dot stipulée; la femme y aura droit si elle les a acceptés par elle ou son tuteur avant la dissolution du mariage.

## SECTION II.

### Du droit d'attribution de la femme sur la dot.

#### SOMMAIRE :

- 69. Distinction entre l'attribution et les circonstances confirmatives.
- 70. De la conclusion, de la consommation et de la cohabitation.
- 71. Naissance des droits de la femme dans les différents cas.

**69.** — Il faut établir une distinction entre le droit d'attribution de la femme sur la dot et la confirmation entière ou partielle de son droit dotal. L'attribution est la naissance au profit de la femme, soit par le seul effet du contrat, soit par suite d'un fait positif, d'un droit définitif ou simplement éventuel. La confirmation, qui naît toujours d'un fait, est la sanction positive d'un droit éventuel de la femme. Les prescriptions du droit musulman sur ce sujet, souvent fort délicates, sont toutes basées sur la distinction essentielle qu'il convient d'établir entre la conclusion du mariage, sa consommation et la cohabitation.

**70.** — Nous nous sommes expliqué dans le chapitre précédent sur la conclusion du contrat et les règles y relatives.

La consommation et la cohabitation, souvent confondues, sont cependant deux choses bien différentes. Une seule entrevue privée entre les époux, après la conclusion, en tête-à-tête et dans un lieu où le mari pourrait avoir des relations intimes avec sa femme, sans obstacle et sans être vu, constitue une présomption légale, non pas de cohabitation, ainsi que le porte à tort l'article 82, mais de consommation.

La cohabitation, ainsi que le mot l'indique, est l'habitation en commun ou une situation équivalente. Elle résulte de la pluralité des entrevues privées des époux dans les conditions plus haut énumérées.

Le droit d'attribution naît à des moments différents, suivant que le mariage est valable ou non.

**71.** — Dans les mariages valables le droit de la femme *naît* au moment précis de la conclusion (art. 17 et 74). Le décès de l'un des conjoints avant la consommation ne fait que confirmer ce droit; la consommation résultant d'une seule entrevue privée le confirme également, mais ne le crée pas. Dans les mariages frappés de nullité radicale, le droit de la femme ne naît que par suite de la cohabitation; la consommation résultant d'une entrevue privée ne confère à celle-ci aucun droit. C'est donc encore à tort que l'article 81 du texte considère la cohabitation comme une circonstance confirmative dans les unions frappées de nullité absolue; la cohabitation seule, répétons-le, crée le droit qui semble ici plutôt une sorte de dédommagement accordé à la femme qu'une véritable attribution dotale.

Cette distinction théorique faite, nous allons examiner les circonstances confirmatives ou modificatives du droit de la femme.

### SECTION III.

**Des circonstances qui confirment les droits de la femme et de celles qui lui font perdre la moitié ou la totalité de la dot.**

#### SOMMAIRE :

- 72. Cas où la femme a droit à la totalité de la dot. — Effets juridiques de l'entrevue privée.
- 73. Droit de propriété de la femme.
- 74. Caractères que doit avoir la cohabitation. — Divergences.
- 75. Preuves de la consommation.
- 76. Droits de la femme répudiée avant la consommation. — Distinctions.
- 77. De la mut'ah. — Sa nature. — Quand elle est due.
- 78. Des droits de la femme sur la dot en cas d'option.
- 79. Du mariage contracté par l'incapable et annulé par son wali. — Perte des droits de la femme.

**72.** — La femme a droit à la totalité de la dot contractuelle, coutumière, par tefouid ou par takim, dans les circonstances suivantes :

1° Dès qu'il y a eu cohabitation, que le mariage soit valable ou radicalement nul. Dans le premier cas, nous l'avons vu, le droit de la femme est confirmé, dans le second cas il prend naissance, l'acte matériel le constituant et non le contrat réputé inexistant.

2° Dès qu'il y a eu entrevue privée si le mariage est valable et non frappé de nullité absolue. Dans les mariages valables, l'entrevue privée produit les mêmes effets

que la cohabitation, en ce qui concerne la confirmation des droits de la femme sur la dot, la légitimité des enfants, la défense faite au mari d'avoir plus de quatre femmes et d'épouser la sœur de sa femme. Au contraire, l'entrevue privée ne rend pas passible les époux de la peine d'adultère, n'entraîne pas la prohibition d'épouser la fille de la femme répudiée, ne libère pas la femme répudiée par trois, ne constitue pas un acte de retour pour la femme qui a été l'objet d'une ou de deux répudiations révocables, ne lui ouvre pas un droit à la succession du mari.

Dans les mariages frappés de nullité radicale l'entrevue privée non suivie de cohabitation avant la séparation volontaire ou judiciaire des époux ne donne aucun droit à la femme. Si la séparation a lieu après la cohabitation la femme, nous l'avons vu, puise dans cette cohabitation un droit à la dot. Mais dans ce cas son droit se trouve réduit « à la dot la moins élevée de la dot contractuelle ou de la dot coutumière, et à défaut de la dot contractuelle elle aura le montant de la dot coutumière, quelque élevé qu'il soit » (art. 87 du texte).

3° Par le décès d'un des conjoints après la conclusion du mariage valable, consommé ou non.

**73.** — Les droits de la femme ainsi attribués ou confirmés, celle-ci devient propriétaire définitive de la dot alors même que la dissolution ultérieure du mariage proviendrait de son fait.

**74.** — La cohabitation, pour donner naissance aux droits de la femme, doit être légitime; ainsi une cohabitation alors que la femme a son flux périodique est illicite et n'engendre aucun droit<sup>1</sup>. Les Malékites n'admettent pas cette

<sup>1</sup> Hédaya, t. I, p. 128.

distinction; le seul fait de la cohabitation, légitime ou non, donne droit à la femme à l'intégralité de la dot.

L'impuissance du mari ne change rien à ce que nous venons de dire, soit quant aux effets de la simple entrevue, soit quant à ceux de la cohabitation effective; mais les Malékites n'assimilent pas la simple entrevue à la cohabitation et ne lui font produire aucun effet; il faut le séjour de la femme chez le mari pendant un an; alors seulement il y a véritablement cohabitation.

**75.** — La consommation du mariage se prouve par l'aveu de l'un ou de l'autre des époux et par les modes de preuves reconnus par le droit musulman.

**76.** — Quels sont, quant à la dot, les droits de la femme répudiée après la conclusion d'un mariage valable mais avant sa consommation ?

Ici il faut distinguer suivant que le mariage est à dot déterminée ou que, par suite d'une constitution vicieuse ou d'une non-constitution de dot, la femme ne peut prétendre qu'à la dot coutumière.

Dans le premier cas, la femme a droit à la moitié de la dot stipulée si la dissolution du mariage par répudiation ou divorce ne provient pas de sa faute mais du fait du mari. Si au contraire la dissolution peut être imputée à ses torts, par exemple si elle abjure l'Islamisme, elle n'a pas droit à cette moitié. Nous étudierons dans la section V du présent chapitre comment s'opère la restitution par la femme qui a reçu la totalité de la dot, de la moitié à laquelle elle cesse d'avoir droit par suite de répudiation. La femme a également droit à la moitié de l'accroissement dérivé directement du bien dotal soit avant soit après la répudiation; elle a droit à la totalité de cet accroissement s'il est survenu avant le juge-

ment ordonnant à la femme de restituer la moitié dont elle est déchuë. Quant aux augments constitués par acte postérieur à la conclusion du mariage, la femme, en cas de répudiation dans les conditions que nous étudions, n'y a aucun droit. Son droit simplement éventuel n'est confirmé que par la consommation.

Dans le second cas, alors que la femme ne peut prétendre qu'à la dot coutumière, et aussi dans les mariages par téfouid et par takim, la femme répudiée avant la consommation n'a aucun droit sur le bien dotal.

**77.** — Dans cette seconde hypothèse, la femme ne peut prétendre qu'à un cadeau (mut'ah) consistant en hardes ou vêtements, et encore faut-il que la dissolution du mariage ne provienne pas de sa faute.

L'importance de la mut'ah est fixée suivant les usages de chaque localité et la condition des parties. Elle peut être fournie en nature ou en argent; dans ce dernier cas, elle ne peut être inférieure à cinq dirhams ni supérieure à la moitié de la dot coutumière.

Nous avons vu que la femme à dot coutumière, répudiée avant la consommation, a droit à la mut'ah. La femme mariée avec une dot contractuelle n'y a droit en aucun cas. « Cependant, dit le texte, il est louable de ne pas l'en priver. »

**78.** — Ainsi que nous l'avons exposé sous le n° 42, lorsqu'un wali autre que le père ou le grand-père et usant du droit de Djibr marie ses pupilles à des conjoints assortis et moyennant une dot égale à la dot coutumière, les pupilles devenus majeurs ou instruits de leur mariage à leur majorité ont le droit d'option, c'est-à-dire le faculté de demander la dissolution du mariage, même après sa consommation.

Si c'est la femme qui demande la dissolution avant toute cohabitation réelle ou présumée (et il ne faut pas oublier que la résomption présulte de la simple entrevue privée), elle perd tous ses droits à la dot et à la mut'ah (art. 89). Mais ses droits ne s'évanouissent qu'au moment où intervient la décision du magistrat prononçant la dissolution. Jusque-là, même en cours d'instance, si le mari venait à mourir son décès confirmerait les droits de la femme à l'intégralité de la dot.

Que faut-il décider si c'est le mari qui, arrivé à sa majorité, demande la dissolution ? Sera-t-il tenu au paiement de la moitié de la dot conformément à ce qui est établi en cas de répudiation ? Les docteurs sont divisés : les uns enseignent que, le mariage étant valable, le mari arrivé à sa majorité le dissout par une véritable répudiation ; il doit donc la moitié de la dot. « Le mariage consenti par le « tuteur, disent MM. Sautayra et Cherbonneau, n'est point « un simple projet ; c'est une union valable, régulière, qui « est appelée à produire tous ses effets. Le mari peut la « dissoudre, il est vrai, mais il est forcé pour cela d'*em-* « *ployer la répudiation* et il doit, dès lors, être soumis à « toutes les conséquences de ce mode de dissolution, « notamment au paiement de la moitié de la dot stipu- « lée. »

Dans un autre système le mari est affranchi de tout paiement. Ibn Rouchd s'exprime en ces termes : « les conditions relatives à la dot n'ont pas plus d'effet que le mariage lui-même. » Nous nous rangeons sans hésiter à cette dernière opinion. Sans doute le mariage contracté au nom de l'incapable est une union valable, régulière, appelée à produire tous ses effets, *mais en tant qu'elle ne sera pas désavouée par l'incapable devenu majeur*. La dissolution n'a pas lieu en suite d'une véritable répudiation puisque la

femme a un droit égal au mari, mais simplement ensuite d'un non agrément. Il nous semble peu logique de donner à l'ex-incapable la faculté de ne point continuer l'union contractée en son nom et de l'obliger, nonobstant, à payer une partie de la dot. La charge imposée au mari nous paraît inconciliable avec l'exercice d'un droit.

**79.** — Lorsqu'un incapable se marie sans l'autorisation de son wali et que celui-ci désapprouve le mariage et l'annule, même après sa consommation, la femme n'a droit ni à la dot ni à la mut'ah.

## SECTION IV.

### De la dot conditionnelle.

#### SOMMAIRE :

**80.** Le quantum seul de la dot peut être conditionnel. Hypothèses diverses.

**80.** — Nous avons vu (n° 56) que les parties ne peuvent pas soumettre la validité du mariage à l'existence de telle ou telle qualité physique; ainsi si le mari stipule la beauté ou la virginité de la femme ou l'absence de tout défaut et en fait une condition de son union avec elle, la clause est réputée inexistante et le mariage n'en est pas moins valable dans le cas où la femme ne réunit pas les conditions exigées.

Mais le futur peut faire dépendre *le montant de la dot contractuelle* de l'existence chez la femme de tel ou tel avantage physique ou de la virginité. Si le mari avait fait de la virginité de la femme *une condition de son union*, la

femme trouvée non vierge n'en aurait pas moins droit au montant intégral de la dot; mais si, sans en faire une condition de la validité du mariage, le futur s'engageait à payer une dot supérieure à la dot coutumière en stipulant la virginité de la future, il ne serait tenu qu'au paiement de la dot coutumière s'il était prouvé que celle-ci n'était plus vierge.

De même le mari peut stipuler deux sommes différentes comme attribution dotale, en s'engageant à payer la plus élevée si la femme réunit telles ou telles conditions physiques et la moindre dans le cas contraire. La femme aura droit à l'une ou l'autre de ces sommes suivant qu'elle réunira ou non les qualités physiques requises.

Nous avons vu que tout ce qui peut être licitement possédé et transmis par un musulman peut être constitué en dot, même l'usufruit des choses mobilières et immobilières.

Le mari peut ne stipuler qu'une dot inférieure à la dot coutumière et s'engager, à titre de complément, à procurer à la femme tel ou tel avantage. Si la chose promise à titre de complément et son usage sont licites, le mari sera libéré en remplissant l'obligation de faire par lui contractée. S'il ne l'accomplit pas, il devra la différence entre la dot déterminée et la dot coutumière. Mais si l'usage de la chose promise en complément était défendu, l'engagement du mari serait illicite et nul et le mari ne devrait que la dot par lui fixée, inférieure fût-elle à la dot coutumière.

Telles sont les conditions qui peuvent être apportées à la constitution de dot, conditions dont les unes subordonnent la quotité à tel ou tel avantage physique de la femme et dont les autres peuvent modifier cette quotité, abstraction faite de l'état physique de la future, de sa beauté, de sa virginité.

## SECTION V.

**De la perception de la dot. — Du droit de disposition de la femme. — De la restitution.**

## SOMMAIRE :

- 81. A quelle époque la dot doit être payée.
- 82. Du naqd.
- 83. Du kali.
- 84. Caractère du kali.
- 85. En mains de qui doit se faire le paiement.
- 86. Droit de propriété de la femme; — de la remise de la dot.
- 87. Transmission des droits de la femme; — par qui la dot doit être payée.
- 88. Donation en faveur du mari.
- 89. Règles relatives à la restitution de la dot par la femme.

**81.** — Le mari est tenu de payer la dot stipulée ou, dans les cas précédemment étudiés, la dot coutumière. S'il y a stipulation, nous avons vu que l'attribution dotale ne peut être inférieure à dix dirhams. La femme a le droit d'exiger que la dot soit fixée avant la consommation du mariage et, jusque-là de se refuser à son mari.

A quel moment la dot doit-elle être payée?

La dot peut être payée en totalité, soit lors de la célébration du mariage, soit postérieurement, à une échéance fixe plus ou moins éloignée, ou être divisée en deux parties, la première payable lors de la conclusion, la seconde à terme. Cela dépend de la convention et, à défaut, des usages de chaque pays.

**82.** — En règle générale et à défaut de convention expresse, la dot est payable en deux fois : la première partie nommée naqd et qui doit représenter au moins la dot légale, soit un quart de dinar, doit être versée avant la consommation du mariage. Jusqu'à ce paiement la femme n'est pas tenue de se livrer à son mari, de le suivre, de cohabiter avec lui. Cette doctrine, enseignée par les docteurs, notamment par Ebnou El' Hassan, Ebnou Habib, Ebnou Djozéï, Ibn Salamoune, Mouradja d'Ohsson (t. I, p. 147) est consacrée par l'article 17 du Code Han.

**83.** — Le kali ou deuxième partie de la dot doit être payé après la consommation du mariage, à une époque qui, si elle n'est pas déterminée par la convention, varie suivant les usages de chaque pays ou plutôt de chaque localité. Parmi les Docteurs, les uns pensent que le kali devient exigible six mois après la consommation; d'autres portent le délai à vingt, cinquante et même quatre-vingts ans. Sidi Khalil dit qu'il est blâmable de fixer le paiement du kali à une époque trop éloignée. En Algérie, le délai varie de six ans (Alger), jusqu'à vingt ans (Mostaganem). En Égypte, on s'en réfère aux usages locaux, aux termes de l'article 73 du texte.

La jurisprudence admet qu'en cas de répudiation le délai stipulé en faveur du mari pour le paiement de la deuxième partie de la dot peut être abrégé par le magistrat qui fixe alors judiciairement les termes des versements à effectuer (Tribunal de Bône, Chambre musulmane, 5 mars 1870).

**84.** — Le kali engendre au profit de la femme un droit de créance pur et simple; le non-paiement ne donne

pas à celle-ci la faculté de faire dissoudre le mariage ou de se refuser à son mari (Cour d'Alger, 28 février 1869). Il ne faut pas conclure de là, ainsi que le font MM. Sautayra et Cherbonneau, que « le kali n'a pas de caractère obligatoire. » Ces auteurs ont d'ailleurs plutôt employé une expression inexacte que méconnu en réalité les droits de l'épouse puisqu'ils reconnaissent à celle-ci un droit de créance, ce qui implique celui d'exiger le paiement.

La femme a contre son mari, pour le paiement du kali, tous les droits et actions qu'on a contre un débiteur ordinaire; elle peut l'actionner en justice, faire vendre ses biens et même le contraindre par corps (Jugement du Cadi de Mostaganem du 21 décembre 1865. — Arrêt de la Cour d'Alger du 26 décembre 1874, etc...).

Le kali conférant un droit de créance pur et simple, le montant peut en être compensé avec une créance active du mari. Il n'en est pas ainsi du naqd qui doit toujours être payé effectivement, en dehors de toute compensation ou contestation.

**85.** — En mains de quelles personnes doit être versée la dot?

La femme majeure reçoit elle-même sa dot. Il y a cependant une distinction à faire entre le cas de virginité et celui de non-virginité de la femme majeure. Pour la vierge, le wali peut valablement recevoir la dot, de par sa seule qualité, si la femme ne le défend pas; pour la non-vierge (saïb), le wali ne peut toucher, à moins qu'il n'ait une procuration spéciale et en vertu des règles générales du mandat.

La dot de la femme mineure, vierge ou non, est payée pour elle à son père, à son grand-père, à son ouaci (tuteur

testamentaire) ou au magistrat. La mère tutrice dative n'a pas le droit de recevoir la dot de sa fille; elle ne l'aurait que si elle était ouacia. La rédaction de l'article 96 du texte Hanafite est vicieuse; elle semble dire que si la mère tutrice reçoit la dot, la femme devenue majeure ne pourra s'adresser qu'à elle, non au mari, qu'elle ne pourrait contraindre le mari que si la mère avait perçu sans avoir la qualité de tutrice. Mais le premier paragraphe de l'article 96 et le premier alinéa de l'article 95 permettent de rétablir la véritable doctrine qui est celle-ci : aucun tuteur autre que le tuteur testamentaire ne peut, en cette qualité, recevoir la dot due à la mineure.

**86.** — La dot appartient dans tous les cas à la femme qui a le droit de la répéter intégralement contre son représentant légal qui l'a perçue. Cela ne fait aucune difficulté ni en doctrine ni en jurisprudence (Hédaya, t. I, p. 149. — El Bénouni sur Sidi Khalil. — Constantine, 14 février 1867, 26 octobre 1865, 22 mai 1867. — Cadi d'Alger, 19 avril 1867, etc...).

La femme a sur les biens dotaux tous les droits inhérents à la propriété; elle n'est pas obligée d'en faire abandon total ou partiel à qui que ce soit, spécialement au mari; mais si elle est majeure et saine d'esprit elle peut faire à ce dernier remise volontaire, c'est-à-dire abandon intégral ou partiel de la dot, pourvu que celle-ci soit constituée en argent. La remise ne pourrait porter sur des objets mobiliers ou des immeubles. Les Malékites enseignent que même lorsque la dot consiste en une somme d'argent le mari est tenu de payer avant la consommation et malgré toute remise le minimum de la dot légale.

Le père et les autres wali ne peuvent consentir remise

de la dot constituée au profit de la femme majeure sans le consentement préalable et formel de celle-ci; ils ne peuvent remettre, même partiellement, la dot stipulée en faveur de la mineure qui n'a pas capacité d'ailleurs pour autoriser cet abandon de ces droits. Les Malékites cependant reconnaissent au père représentant sa fille mineure ou safiha (faible d'esprit), le droit de consentir pour elle remise de la dot, mais à la double condition : 1° que cette remise ait lieu avant la consommation du mariage, 2° qu'elle ait lieu ensuite d'une répudiation anticipée favorable aux intérêts de la femme. Le texte Hanafite ne permet pas cette exception au principe impérieusement écrit dans l'article 80.

**87.** — Nous avons dit que la femme avait sur la dot tous les droits d'un propriétaire; elle peut donc la céder à un tiers à titre onéreux ou gratuit, l'engager, la louer, la prêter, exercer toutes actions y relatives. Bien entendu, la femme doit avoir la capacité voulue pour disposer de ses biens, capacité que nous étudierons plus loin.

Le cessionnaire mis au lieu et place de la femme exerce, à l'encontre du mari, tous les droits de créance de celle-ci.

La créance dotale de la femme passe, à son décès, à ses héritiers; elle est comprise, comme tout autre bien, dans l'actif héréditaire, sauf compensation partielle ou totale au profit du mari qui viendrait comme héritier de sa femme à la succession (Art. 99. — Tribunal de Constantine, 4 octobre 1869. — Cadi de Constantine, 23 mars 1865, 24 avril 1869, 5 mars 1870).

La dot doit être, en principe, payée par le mari; c'est contre lui ou sa succession que l'action en paiement doit être dirigée.

Le paiement peut cependant incomber directement à la

caution. Nous traiterons du cautionnement de la dot dans la section suivante.

Quant au père, il est tenu personnellement chez les Malékites lorsqu'il a marié son fils mineur par suite de l'exercice du Djibr. Nous disons *personnellement* car la femme ne pourrait s'adresser au mari qui, par la suite, aurait acquis des biens lui permettant de payer la dot ; elle devrait forcément s'adresser au père de celui-ci (Sautayra et Cherbonneau, n° 566).

Les Hanafites décident au contraire que l'obligation du père n'existe pas en réalité puisqu'elle ne lui est jamais personnelle. Si le père marie son fils mineur ayant des biens propres, il sera tenu comme tuteur et seulement sur les deniers de son fils dont il a l'administration. Si le mineur est dénué de ressources le père n'est tenu que s'il s'est porté caution et en cette qualité.

Quant au majeur, le père n'est jamais tenu de payer la dot due par son fils à moins qu'il ne l'ait cautionnée.

**88.** — Si la femme a fait donation partielle ou totale à son mari de la dot reçue et si elle est répudiée avant la consommation du mariage, le mari pourra répéter la moitié de la dot composée d'espèces ou de choses fongibles. S'il s'agit d'objets mobiliers devant être spécifiés, il n'aura droit de répéter cette moitié que si le mariage a été consommé.

Le droit du mari n'existe, bien entendu, que dans le cas où il a effectivement versé la dot. La femme n'aura rien à payer si elle a fait abandon de la dot avant de l'avoir reçue elle-même ou par son ayant-droit.

La restitution, dans le cas où elle est ordonnée, est obligatoire pour la femme encore qu'après avoir reçu la dot elle en ait fait donation à un tiers ou que le tiers, donataire avant le versement, ait reçu la dot du mari.

**89.** — Nous avons vu (n<sup>os</sup> 76 et suivants) quels sont les droits de la femme sur la dot en cas de répudiation avant la consommation du mariage : la femme est tenue à restitution de moitié lorsque la répudiation vient du fait du mari ; elle est tenue à restitution totale lorsque la dissolution de l'union peut lui être imputée. Mais le mari n'a pour la restitution de la dot qu'une créance ordinaire et non privilégiée ; de sorte que la somme à restituer par la femme ne sort du patrimoine de celle-ci pour redevenir la propriété du mari qu'après accord entre les parties sur ce point ou décision judiciaire. Jusque-là la femme, débitrice pure et simple, a le droit de disposer par tous les moyens légaux de la totalité de la dot. N'oublions pas toutefois qu'en vertu des principes primordiaux du droit, le mari pourra poursuivre l'annulation de toute aliénation consentie par la femme, en fraude et pour échapper à des poursuites légitimes.

## SECTION VI.

### **De la garantie, de la perte, de la consommation et de la revendication de la dot.**

#### SOMMAIRE :

- 90.** Du cautionnement. — Qui peut se porter garant.
- 91.** Nature de l'obligation de la caution. — De la répétition contre le garanti.
- 92.** Cautionnement d'une stipulation dotale illicite.
- 93.** Le cautionnement peut être indéterminé.
- 94.** L'obligation des garants conjoints est divisible et non solidaire.
- 95.** Règles générales du cautionnement.
- 96.** Responsabilité à raison de la dot ; de l'éviction.

**90.** — La dot étant souvent payable, quant au kali, à terme très éloigné, il arrive fréquemment que le cautionnement d'un tiers est exigé; c'est une garantie qui remplace pour la femme, dans une certaine mesure, l'hypothèque légale que lui accordent d'autres législations.

Toute personne capable d'aliéner peut cautionner.

Les articles 100 et suivants du texte Hanafite semblent n'accepter comme caution que le père ou le tuteur du mari ou de la femme. Il y a là encore une rédaction vicieuse qu'on ne saurait admettre : sans doute, le cautionnement sera le plus ordinairement fourni par le père ou par le tuteur; mais rien ne s'oppose à ce qu'il émane de toute autre personne capable. — L'article 60 du texte (voir n° 52) prévoit le cas de cautionnement fourni par le simple mandataire; il faut conclure que l'article 100 est simplement énonciatif, nullement limitatif; cela est d'ailleurs de doctrine constante.

Le cautionnement doit être approuvé par la femme elle-même si elle est majeure et capable, par son tuteur dans le cas contraire.

Une exception est faite à la capacité générale de se porter caution, relativement à celui qui est atteint d'une maladie mettant ses jours en danger. Si le mari cautionné ou la femme bénéficiaire de la garantie sont parmi les héritiers de la personne malade, la garantie donnée par celle-ci ne sera pas valable. On admet cependant que le père malade peut cautionner au profit de sa fille la dot que doit ou devra son gendre<sup>1</sup>. Si le mari ou la femme ne sont pas appelés à l'hérédité du malade, celui-ci pourra s'engager comme caution mais seulement à concurrence du tiers de ses biens. Ces dispositions ont été évidemment dictées par

<sup>1</sup> Sidi Khalil.

la crainte de la captation dont pourrait être l'objet une personne atteinte d'une maladie grave, au préjudice de ses héritiers légitimes.

Les Malékites vont même plus loin : le cautionnement donné par une personne gravement malade, sauf par le père qui marie sa fille, est nul, que les époux soient ou non au nombre de ses héritiers. « Toute garantie relative à la dot est nulle lorsqu'elle est faite par un malade et mise à la charge de sa succession, à moins qu'il ne s'agisse d'un père mariant sa fille » (Texte Malékite).

**91.** — La caution peut-elle opposer à la demande de la femme le bénéfice de discussion? n'est-elle tenue réellement qu'en cas d'insolvabilité du débiteur principal, ou au contraire est-elle une caution solidaire à laquelle la femme puisse s'adresser sans discuter au préalable les biens de son mari? MM. Sautayra et Cherbonneau (n° 568) pensent, d'après Sidi Khalil, que la caution ne peut être recherchée qu'en cas d'insolvabilité du débiteur principal établie par la discussion de ses biens. L'article 101 du Code Hanafite paraît donner au contraire à la femme le droit de s'adresser indifféremment soit au mari, soit à la caution considérée dès lors comme solidaire.

La caution se trouve engagée par le fait seul de son consentement, même donné à l'insu du mari, mais elle n'aura pas, quand elle aura agi sans le consentement formel de celui-ci, le droit de répéter les sommes payées. Certains auteurs font cependant, à ce sujet, une distinction : Mohamed Assem enseigne que le garant qui s'est engagé au moment où est née l'obligation du mari n'a pas de recours contre celui-ci : « il est engagé personnellement pour ce qui est porté dans la convention et sans recours contre le mari..... mais il aura son recours contre le mari lorsque

son acte de garantie sera postérieur au contrat de mariage. » El Téoudi a adopté la même doctrine : « la caution peut toujours exercer son recours lorsque son engagement est postérieur à l'acte de mariage. »

Nous avons vu que le père qui marie son fils mineur dénué de ressources n'est tenu au paiement de la dot que s'il l'a cautionnée. Si, dans ce cas, il est tenu de payer, il n'aura recours contre son fils que si, à l'instant du paiement, il a formellement déclaré devant témoins vouloir exercer le droit de répétition.

Si le père meurt avant d'avoir payé, sa succession sera tenue de sa dette envers la femme; mais les héritiers auront le droit de se retourner contre le mari et de se faire rembourser sur sa part héréditaire.

Il est d'ailleurs hors de doute que l'obligation du garant passe à ses héritiers.

**92.** — « La caution, disent MM. Sautayra et Cherbonneau, n'est valablement engagée que lorsque la cause de l'obligation est licite. La caution ne serait donc pas tenue si la dot consistait en choses défendues ou prohibées. » Cette opinion ne nous paraît pas juridique. Elle le serait, nous le reconnaissons, s'il s'agissait de la garantie d'une obligation ordinaire et non de l'obligation spéciale qui incombe au mari au sujet du paiement de la dot. La convention illicite disparaît, en thèse générale et ne peut, dès lors, donner lieu à un cautionnement valable. Mais nous avons vu, sous le numéro 64, qu'en matière dotale si la stipulation est viciieuse le mari n'échappe pas au paiement de la dot; il est tenu de la dot coutumière. Nous pensons que l'obligation du mari maintenue et simplement transformée par le fait de la loi, reste garantie par la caution. Celle-ci n'aura d'ailleurs

à s'en prendre qu'à elle-même d'avoir garanti une obligation illicite et ne pourra puiser dans son quasi-délit l'affranchissement de toute charge au préjudice de la femme qui, en ces matières plus qu'en toutes autres, a besoin d'être protégée par la loi.

**93.** — Le cautionnement peut être indéterminé; c'est ce qui a lieu dans les mariages par *téfouïd* et par *takim* où la quotité de la dot est fixée à une époque postérieure au contrat, soit par les parties, soit par un tiers. Cependant si le cautionnement est valable quoiqu'indéfini, il sera ramené, en cas de fraude dans la détermination, à ce que le garant a pu raisonnablement prévoir. C'est ainsi qu'on ne saurait obliger la caution d'une dot par *téfouïd* à payer, au lieu et place du mari insolvable, une somme exorbitante que les parties n'auraient fixée au delà du quantum normal que dans le but de se procurer, aux dépens du garant, un gain illicite.

**94.** — Lorsque plusieurs personnes ont cautionné le paiement de la dot, l'obligation se divise entre elles; il n'y aurait solidarité que si elle avait été formellement stipulée.

**95.** — Le cautionnement dotal est d'ailleurs régi, en droit musulman, par les règles générales relatives à ce contrat en ce qu'elles n'ont rien de contraire aux principes que nous venons d'exposer; c'est ainsi que le délai accordé à la caution profite au débiteur principal, que la caution reste obligée malgré le délai de grâce accordé au mari, le tout sauf stipulations contraires.

**96.** — Le mari est responsable de la dot tant qu'il ne l'a pas effectivement livrée ou payée. Dans le cas où la chose

vient à périr entre ses mains avant la délivrance comme dans celui où, après avoir reçu la dot, la femme en est évincée, celle-ci a le droit de répéter contre le mari des biens de la même nature et d'égale valeur ou, à défaut, leur montant en argent.

Si l'éviction ne porte que sur la moitié du bien dotal, la femme aura le choix ou de garder l'autre moitié et de faire compléter la dot par le mari, ou de faire abandon de la moitié qui lui reste et de réclamer la dot intégrale. Cette disposition a trait évidemment aux dots constituées en immeubles.

En cas de répudiation avant la consommation, la femme évincée de moitié sera propriétaire de ce qui restera, dans le cas, bien entendu, où elle se trouve avoir droit à la moitié de la dot.

L'éviction s'entend soit de celle qui serait le fait du mari, soit de celle qui serait pratiquée à bon droit par un tiers, par exemple par le véritable propriétaire de la chose donnée en dot. Si l'éviction provenait d'un acte illégal et violent d'un tiers, la femme aurait à s'en défendre à ses risques et périls, ayant l'administration de ses biens et le mari ne serait pas tenu du fait illicite de ce tiers.

## SECTION VII.

**Des contestations relatives à la dot.**

## SOMMAIRE :

- 97. Distinction entre les divers genres de contestations dotales.
- 98. Contestations portant sur la fixation de la dot. — Distinction entre les contestations qui se produisent avant la consommation et celles qui se produisent ensuite.
- 99. Contestations portant sur la quotité. — Serment.
- 100. Contestations de l'un des conjoints avec les héritiers de l'autre. — Contestations entre les deux hérédités.
- 101. Capacité pour contester.
- 102. Divergences des rites.
- 103. La quotité de la dot peut-elle être déterminée au moyen de présomptions?
- 104. Contestations relatives à la quotité dans les mariages conclus par mandataires.
- 105. De la réduction conventionnelle et des augments.
- 106. Preuves du paiement de la dot.
- 107. De la répétition des sommes et objets fournis à la future pendant l'edda.

**97. —** Les contestations portent soit sur la fixation de la dot soit sur son paiement.

Étudions d'abord celles relatives à la fixation :

La contestation peut porter sur la question de savoir s'il y a eu fixation d'une dot et, en cas où les parties s'accordent à reconnaître qu'une dot a été fixée, sur le quantum convenu. La contestation peut naître avant ou après la consommation du mariage, et encore ensuite de la dissolution de l'union par répudiation ou par décès.

**98.** — Contestations quant à la fixation de la dot :

Deux hypothèses sont à examiner : ou la contestation est soulevée avant la consommation du mariage ou elle se produit après.

*Premier cas :* Lorsque un des époux soutient que la dot a été fixée et que l'autre le nie, ce dernier sera tenu de prêter serment ; en cas de refus, il sera condamné à payer la somme réclamée. Si c'est la femme qui demande, en soutenant la fixation déniée par le mari et que ce dernier prête serment, la femme aura la dot coutumière, sans toutefois que son montant puisse dépasser la somme demandée.

Si la femme demanderesse soutient qu'aucune dot n'a été fixée et que le mari prétende le contraire, la femme, après avoir certifié sa prétention par serment, aura droit à la dot coutumière dont le montant ne pourra être inférieur au chiffre prétendu par le mari.

En cas de décès du mari, ses héritiers seraient dans la même situation juridique que leur auteur ; le serment devrait être prêté par eux ou par la femme suivant les distinctions exposées plus haut.

Si les parties reconnaissent qu'il n'y a pas eu de fixation, la femme a droit à la dot coutumière.

*Deuxième cas :* La contestation se produit après la consommation du mariage :

La femme a droit à la dot coutumière suivant les distinctions faites plus haut ; mais il y a ici présomption que la partie de la dot payable d'avance, le naqd, a été versé à la femme. Celle-ci ayant le droit de se refuser au mari tant qu'elle n'a pas reçu le naqd, le fait seul de la consommation implique le paiement.

La femme qui aura droit à la dot coutumière sera tenue,

si le mari ou ses héritiers prétendent que la première partie de la dot a été payée, de spécifier la somme par elle reçue et dont le montant viendra en déduction de la dot coutumière; si elle s'y refuse, le naqd sera fixé suivant les coutumes locales, réputé payé et la femme n'aura plus droit qu'au kali.

Cette présomption légale disparaîtrait évidemment devant la preuve contraire. Pour qu'elle existe il faut : 1° que le mari ou ses héritiers soutiennent que le naqd a été versé, 2° qu'il soit d'usage constant dans le pays que la femme se refuse à son mari avant le paiement de la première partie de la dot.

Si la contestation s'élève après la répudiation d'une femme dont le mariage n'a pas été consommé, la dot coutumière n'est plus due; la femme n'a droit qu'à la mut'ah.

**99.** — Contestations entre les époux ou leurs héritiers relativement à la quotité de la dot :

Le fait de la fixation étant incontesté, il n'y a plus de différence à faire entre le cas où la difficulté naîtrait avant et celui où elle naîtrait après la consommation du mariage. Cependant, si la répudiation avait lieu avant la consommation, au lieu de la dot coutumière la mut'ah servirait de base pour la solution à intervenir.

Le dernier paragraphe de l'article 106 du texte pourrait induire en erreur si on le rapprochait de la première partie et des dispositions qui suivent; la mut'ah ne servira de règle que dans le cas où la contestation naîtra après la dissolution *par répudiation* du mariage non consommé. Si la dissolution a lieu par suite du décès, c'est la dot coutumière qui servira de règle.

Si donc la contestation, à quelque moment qu'elle se produise, porte sur la quotité, on prendra pour base de la

décision la dot coutumière, mais avec les modifications suivantes :

Si la femme réclame une dot n'excédant pas la dot coutumière elle sera crue sur son dire affirmé par serment.

Si le mari reconnaît devoir une dot supérieure à la dot coutumière, sa déclaration sous serment fera foi du quantum.

Dans le cas où ni les prétentions du mari ni celles de la femme ne seraient fondées sur la dot coutumière, les deux parties se déféreront mutuellement le serment s'il n'y a pas de preuves certaines à l'appui des dires de l'une d'elles ou si chacune administre des preuves contradictoires; celle des parties qui refuserait de prêter serment donnerait, *ipso facto*, gain de cause à l'autre. Si toutes deux prêtent le serment ou si toutes deux refusent de le prêter, la dot coutumière leur sera imposée.

**100.** — Une fois la quotité de la dot judiciairement déterminée, la femme sera réputée avoir ou non reçu le naqd suivant que le mariage aura été ou non consommé, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Si les contestations surgissent entre un époux et les héritiers de l'autre, il n'est rien changé aux règles que nous venons de préciser, mais il en est autrement dans le cas où, les deux conjoints étant décédés, la difficulté surgit entre les deux hérédités. Dans ce cas, la dot sera fixée par la coutume si les héritiers du mari dénie la fixation et s'abstiennent de prêter serment. Si la contestation porte simplement sur la quotité, les héritiers du mari seront crus en leurs déclarations et tenus de payer aux ayants-droit de la femme la somme par eux reconnue.

**101.** — Dans toutes les contestations relatives à la dot le mari et la femme n'agissent par eux-mêmes, conformé-

ment au droit commun, que s'ils ont la capacité juridique requise pour l'exercice des actions; dans le cas contraire, leurs droits sont exercés par leurs représentants légaux.

**102.** — Les questions que nous venons de traiter dans la présente section, au point de vue de la doctrine Hanafite, sont autrement résolues dans les autres rites. Les Hanafites, nous l'avons vu, admettent la validité du mariage malgré la non-constitution d'une dot, l'incertitude sur sa quotité, etc... Dans tous ces cas, la dot coutumière sert de règle. Les Malékites, au contraire, déclarent nul le mariage non précédé d'une constitution valable de dot, celui dans lequel il y a incertitude sur la quotité, celui même lors de la conclusion duquel aucun acte dotal n'a été dressé. Ces deux doctrines, si diamétralement opposées, ont forcément donné lieu à des solutions contradictoires suivant les rites relativement aux questions que nous venons d'étudier.

Les Malékites, en cas de contestation sur la fixation de la dot antérieurement à la consommation, admettent que chacun des époux peut déférer le serment à l'autre. Si un seul prête ce serment, il obtiendra gain de cause; mais si tous deux le prêtent, le mariage sera annulé comme union à dot incertaine<sup>1</sup>.

Le mariage ne serait pas nul de plein droit, de sorte que les époux ne puissent, après avoir tous deux prêté serment, se mettre d'accord jusqu'à la décision du magistrat; cette décision seule annulera le mariage. Shanoun enseigne cependant que le fait seul des deux serments contradictoires entraînerait la nullité absolue de l'union.

Si la contestation naît après la consommation, les Malékites distinguent : s'agit-il de la fixation de la dot? les deux

<sup>1</sup> Sidi Khalil, Mohamed Assem, El Téoudi, El Habib, etc...

parties devront prêter serment. Si une seule le prête elle obtiendra gain de cause, si toutes deux jurent, la femme aura droit à la dot coutumière. S'agit-il de difficultés relatives à la quotité? le mari sera cru sur son affirmation, la femme ayant à s'imputer le défaut de détermination du bien dotal<sup>1</sup>.

**103.** — La Cour d'Alger, par un arrêt du 13 octobre 1873, a admis que la quotité de la dot peut résulter au profit de la femme de simples présomptions. Dans l'espèce soumise à la Cour, il s'agissait d'une femme qui, après le décès du mari, venant en concurrence avec deux coépouses, et n'établissant pas la quotité de sa dot, réclamait à ce titre une somme égale à celle que chacune des autres femmes avait reçue en mariage. La Cour a fait droit à sa demande, parce que, dit-elle, il y a présomption que chacune des femmes avait eu la même dot. C'est là une doctrine contraire à tous les principes, surtout à ceux du rite Malékite et de la Cour d'Alger elle-même qui a toujours proclamé la nullité des mariages à dot incertaine, même de ceux dans lesquels la dot n'est pas établie par contrat écrit.

**104.** — Les docteurs examinent l'hypothèse de contestations portant sur la quotité de la dot dans le cas où un mandataire spécial aurait outrepassé les pouvoirs à lui conférés, en mariant son mandant moyennant une somme supérieure à celle fixée par le mandat.

Nous avons vu, sous le n° 52, que les Hanafites annulent ce mariage, le mandataire offrit-il de payer personnellement la somme représentant la différence entre la dot qu'il avait pouvoir de stipuler et celle qu'il a réellement

<sup>1</sup> El Téoudi, El Hadjeb.

promise. Cela ne fait pas de difficulté tant que le mariage n'a pas été consommé ; mais si la contestation s'élève après la consommation , il n'y aura pas lieu à annulation. Si le mari a connu la fraude il sera tenu de payer la totalité de la dot promise ; dans le cas contraire, la femme ne pourra réclamer que la dot stipulée par le mari, ne pouvant s'en prendre qu'à elle-même de ne pas avoir contrôlé les pouvoirs du mandataire ; mais si elle a été de bonne foi elle aura recours contre le mandataire pour le complément. Si les deux époux avaient tous deux connu la fraude du mandataire, le mari serait tenu de la somme promise par celui-ci<sup>1</sup>.

**105.** — Le quantum de la dot peut, entre l'époque de la convention et celle du paiement, être réduit par suite d'un abandon partiel de la femme ou au contraire être élevé par suite d'un augment consenti par le mari. Ces accords modificatifs sont valables ; la preuve en incombe à la partie qui s'en prévaut et elle peut être faite par tous les modes légaux, notamment par la délation du serment.

**106.** — Le paiement de la dot s'établit par les modes du droit commun : 1° par écrit. S'il a été dressé acte des stipulations dotales, cet acte peut contenir quittance totale ou partielle. Les paiements postérieurs à la conclusion peuvent être prouvés par reçus.

La jurisprudence algérienne exige que la quittance indique qu'elle est délivrée à raison d'un paiement dotal (Cour d'Alger, 12 mars 1862). L'indication de la nature du paiement est sans aucun doute une chose importante ; mais il nous semble bien rigoureux d'écarter comme ne

<sup>1</sup> Sidi Khalil.

constatant pas la libération dotale un reçu donné au mari par la femme, qui n'aurait d'autre créance contre lui que ses droits à la dot.

2° Par témoins. Le témoignage est le mode de preuves le plus en faveur dans la loi musulmane.

3° Par les présomptions légales. Nous avons vu que la femme qui a consommé le mariage est réputée avoir reçu auparavant la partie exigible de la dot, le naqd, avant le versement duquel elle est en droit de se refuser au mari. L'article 108 est explicite à cet égard. L'importance du naqd est déterminée par les usages locaux<sup>1</sup>. En Algérie, à défaut de stipulation contraire, cette première partie de la dot est de moitié (Arrêt de la Cour d'Alger du 20 août 1866).

4° Par le serment, s'il n'existe pas dans la cause un des trois modes de preuves dont nous venons de parler.

S'il s'agit du paiement du naqd, il faut distinguer suivant que la contestation se produit avant ou après la consommation. Dans le premier cas, la présomption est que le mari n'a pas payé cette partie de la dot, puisqu'il a négligé de se procurer toute preuve de ce paiement anticipé. Le serment est déféré à la femme. Dans le second cas, la présomption légale est que la femme ne se serait pas livrée si elle n'avait préalablement reçu le naqd exigible avant la consommation; le serment est déféré au mari. C'est, on le voit, une sorte de serment supplétoire.

S'il s'agit du paiement du kali, en l'absence de l'un des modes de preuves ci-devant énumérés, le serment est déféré à la femme, le mari étant en faute s'il n'a pas fait établir la preuve de sa libération.

<sup>1</sup> Sidi Khalil.

**107.** — Lorsqu'un prétendant a fourni à une femme en état d'edda, avec laquelle il doit se marier à l'expiration de la retraite, une somme d'argent destinée à son entretien, il a le droit de la répéter en cas de refus par la femme de contracter le mariage à l'époque où il est permis. En cas de mariage, le mari ne pourra, à moins de conventions contraires, réclamer ces frais d'entretien à la femme ou les imputer sur sa dot. Le prix des aliments fournis à la femme ne pourra même être réclamé à celle-ci, y eût-il stipulation contraire et formelle.

## SECTION VIII.

**Des accessoires de la dot. — Des cadeaux. — Du trousseau. — Des meubles garnissant le domicile conjugal et des contestations y relatives.**

### SOMMAIRE :

- 108.** Des cadeaux.
- 109.** Des avances sur la dot.
- 110.** Contestations sur le caractère des choses et des sommes remises à la future.
- 111.** Du trousseau. — Divergences quant à l'obligation de le fournir.
- 112.** Propriété du trousseau acheté par le père de la femme.
- 113.** Droit de propriété de la femme sur le trousseau pendant le mariage et après sa dissolution.
- 114.** Contestations relatives au mobilier.
- 115.** Des frais de voyage et du repas de noces.

**108.** — L'article 110 du texte Hanafite fait une distinction entre les cadeaux faits à la femme par le futur, en vue du mariage, c'est-à-dire les libéralités volontaires

par lui faites en dehors de la valeur dotale, et les choses, de quelque nature qu'elles soient, avancées à la femme par le futur, mais à imputer sur la dot. Pour les cadeaux, dans le cas où le mariage n'aurait pas lieu par suite du refus ou du décès de l'une des parties, le futur a le droit de les reprendre en nature s'ils existent encore et d'en exiger la valeur s'ils n'existent plus<sup>1</sup>. La propriété des choses fongibles étant acquise par l'usage qui en est fait, et une somme d'argent monnayé étant chose fongible, il a été jugé avec raison que le futur n'avait pas le droit de réclamer, dans le cas où il n'était pas donné suite au projet de mariage, une somme d'argent par lui donnée à la future, sans stipulation que cette somme serait imputable sur la dot.

**109.** — Quant aux avances faites à la future sur la dot, en argent ou en objets de diverse nature, le futur a le droit, en cas de rupture, de les reprendre dans l'état où ils se trouvent ou d'en exiger la valeur en cas de perte ou de détérioration.

**110.** — Il y a quelquefois contestation sur la question de savoir si le futur a entendu faire une libéralité ou une simple avance sur la dot. La preuve du caractère de la remise des objets se fait par les modes de droit commun. Si les deux parties administrent des preuves contradictoires, la femme sera crue sur son affirmation, le mari étant en faute de n'avoir pas fait constater le caractère de la remise alors qu'il y avait ambiguïté possible.

A défaut de preuves on admet qu'il y a libéralité de la part du futur quant aux objets qu'il est d'usage, dans le

<sup>1</sup> Mohamed Assem et El Téoudi.

pays, d'offrir en cadeaux de mariage, qu'il y a eu simple avance sur la dot quant aux autres. Cette présomption est confirmée par le serment de la femme quant aux objets réputés cadeaux et par celui de l'homme quant aux autres qu'il revendique.

La contestation peut surgir en cours de mariage relativement au caractère des choses précédemment reçues par la femme; on suit les règles que nous venons d'exposer.

Lorsque le mari aura, ensuite du serment par lui prêté, fait considérer la remise par lui faite comme imputable sur la dot, la femme pourra garder les choses reçues en les imputant ou les rendre au mari en exigeant l'entier paiement de la dot stipulée. Si les choses n'existaient plus, leur valeur viendrait nécessairement en déduction de la créance dotale.

**111.** — Chez les Hanafites, la femme n'est pas tenue d'apporter un trousseau ni d'employer une part quelconque de sa dot en achats; le père n'est pas davantage tenu. Donc aucune réclamation possible de la part du mari en cas d'insuffisance et même d'absence totale du trousseau.

Chez les Malékites et les Chaféites, il en est tout autrement; la femme doit employer à l'achat du trousseau la totalité du naqd. Cette partie de la dot a une affectation spéciale: l'achat du trousseau. Tous les docteurs de ces rites sont d'accord sur ce point (Ibn Salamoune, Mohamed Assem, El Téoudi, etc...). Sidi Khalil défend à la femme de distraire du naqd une somme même infime pour son entretien, à moins d'y être absolument contrainte par la gêne.

Si le naqd consiste en objets mobiliers ou immeubles, la femme aura le droit de le vendre pour l'employer à l'achat du trousseau; il y a cependant controverse quant aux immeubles.

Le mari ne peut jamais, dans les rites que nous étudions en ce moment, exiger un trousseau d'une valeur supérieure au naqd. El Téoudi pense que le mari qui aurait compté sur un trousseau plus considérable, augmenté par le père de la future, aurait le droit, si cet augment n'était pas fourni, de rompre le mariage jusqu'à sa consommation ou de faire, après la consommation, réduire la dot stipulée. Cette opinion, repoussée par tous les docteurs, ne saurait s'appuyer sur aucun argument juridique.

**112.** — Le père, nous l'avons dit, n'est pas tenu d'acheter de ses deniers un trousseau à sa fille. Il arrive cependant fréquemment que le père achète le trousseau. A quel moment la fille en devient-elle propriétaire ?

Il faut distinguer suivant que la fille est majeure ou mineure. Dans le premier cas, la propriété est transférée par la tradition réelle. Si le père est en bonne santé à ce moment la prise de possession entraîne au profit de la femme un droit de propriété irrévocable ; mais si la tradition avait lieu pendant la dernière maladie du père, elle ne donnerait à la femme que la possession ; la propriété ne lui serait conférée que par le consentement des héritiers.

Dans le second cas, celui de minorité, la future est investie de la propriété irrévocable du trousseau dès que son père l'a acheté à son intention et indépendamment de toute tradition laquelle peut avoir lieu pendant la dernière maladie, même après le décès du donateur. C'est, en effet, une véritable donation qui devient irrévocable dès l'instant de l'acquisition. Le père doit donc personnellement le prix aux vendeurs du trousseau et ceux-ci n'auront, de ce chef, aucun droit ou recours contre la mineure.

Il va sans dire que si le père emploie à l'acquisition du trousseau les deniers dotaux, il n'est plus qu'un simple

*negotiorum gestor* tenu de rendre compte et qu'il devra restituer à sa fille la somme non employée. L'article 115 qui porte cette disposition est surabondant.

**113.** — La femme est propriétaire exclusive du trousseau, le mari n'a sur les objets qui le composent aucun droit de propriété ni même d'usage. La femme, pendant le mariage ou après sa dissolution par voie répudiaire, ses héritiers après son décès, ont le droit de réclamer au mari la restitution en nature ou en argent de tout objet dont il se serait indûment emparé.

Disons toutefois que la femme n'est propriétaire qu'autant qu'elle possède légitimement et à ce titre. Les tiers pourraient donc revendiquer les objets compris dans le trousseau qu'ils auraient simplement prêtés à la future. Cette revendication peut être exercée par le père, la mère ou leurs héritiers; elle sera jugée en tenant compte des usages locaux : si les objets revendiqués sont de ceux que le père ou la mère sont dans l'usage de fournir, la revendication ne sera pas admise; elle le sera dans le cas contraire. Le tout, bien entendu, sauf le droit que possède chaque partie de prouver toute convention dérogatoire à la coutume.

Chez les Malékites, le père qui revendique des objets faisant partie du trousseau, est cru après son affirmation sous serment si la réclamation se produit dans l'année; si elle se produit après, la réclamation du père devra être justifiée par témoins. La reconnaissance par la femme du bien fondé de la demande ne donnerait droit au père qu'à la restitution du tiers des choses par lui revendiquées.

**114.** — Les contestations portant sur la propriété du mobilier et objets mobiliers garnissant la maison conju-

gale, des marchandises pouvant s'y trouver, que ces contestations se produisent en cours de mariage ou après la dissolution, sont régies par l'équité et la présomption de propriété qui résulte de la nature des objets, à défaut de preuves contraires.

Les objets à l'usage exclusif de chacun des époux sont réputés appartenir à celui des deux auxquels ils sont destinés; ceux qui sont à l'usage commun des deux conjoints sont réputés la propriété du mari; les marchandises sont attribuées à celui qui s'occupait du commerce<sup>1</sup>.

El Téoudi attribue les objets à usage commun à la femme; c'est là plutôt une question de coutumes qu'une question de droit proprement dite.

Abou Hanifa attribue au survivant des deux époux tout ce qui se trouve dans sa chambre particulière, même tout ce qui est considéré comme ayant été nécessaire ou utile au ménage commun. La jurisprudence algérienne Hanafite suit cette doctrine basée sur l'opinion exprimée par le chef du rite (Cadi Hanafite d'Alger, 20 juillet et 17 août 1866. — Cour d'Alger, 13 octobre 1866). Le survivant, d'après les décisions ci-dessus rapportées, est cru sur son affirmation quant à la possession et à la destination de l'objet à attribuer.

**115.** — Lorsque les futurs époux habitent des localités éloignées l'une de l'autre, les frais du voyage qui

<sup>1</sup> La Cour d'appel mixte d'Alexandrie a décidé, par arrêt du 15 décembre 1881, que « les meubles qui se trouvent dans le domicile du mari, même dans le harem, et qui peuvent servir indifféremment au mari ou à la femme, sont censés, jusqu'à preuve contraire, appartenir au mari » (*Recueil*, 1881-82, p. 35). Et encore, par arrêt du 13 juin 1878, que « les objets personnels tels que bijoux, bagues et joyaux à l'usage de la femme sont réputés sa propriété, sauf preuve contraire » (*Recueil*, 1877-78, p. 293).

a pour but de conduire la future chez son mari sont à la charge de la femme.

Le repas de noces doit être payé par le mari.

Les jurisconsultes sont d'accord sur ces deux points, d'après la doctrine d'Ibn' el Kassem.

---

## CHAPITRE QUATRIÈME.

### DE LA DIFFÉRENCE DE RELIGION RELATIVEMENT AU MARIAGE.

---

#### SOMMAIRE :

- 116.** Division du sujet.
- 117.** Du mariage entre personnes de croyances différentes.
- 118.** De la religion des enfants issus de ces unions.
- 119.** Formalités.
- 120.** Changement de croyance en cours de mariage, hypothèses diverses.
- 121.** Conversion des deux époux infidèles à l'islamisme, ses effets.
- 122.** Conversion du mari seul.
- 123.** Conversion de la femme seule.
- 124.** De l'apostasie et de ses effets.
- 125.** De l'effet de la conversion du père et de celle du grand-père, quant à la religion des enfants et petits-enfants.

**116.** — La différence de religion peut exister au moment du mariage ou se produire ultérieurement, par suite d'un changement de croyance soit des deux époux, soit de l'un d'entre eux.

**117.** — Examinons d'abord ce qui a trait au mariage entre personnes de religions différentes.

Nous avons vu dans la section I du chapitre II relative aux empêchements, que la femme musulmane ne peut, en aucun cas, s'unir légitimement à un non musulman,

pas plus que le musulman ne peut prendre pour épouse une femme idolâtre ; ces unions sont entachées de nullité radicale.

La loi reconnaît la validité du mariage entre un musulman et une femme chrétienne ou juive quoiqu'elle les considère avec défaveur ; le mari peut donc avoir des femmes légitimes de religions différentes et celles-ci devront être traitées avec une parfaite égalité ; toutefois aucun droit héréditaire n'existe entre époux qui ne professent pas la même religion.

**118.** — Les enfants de l'un et de l'autre sexe, issus de ces unions, suivent la religion du père.

Les Malékites admettent que les filles suivent la religion de la mère et que, par suite, elles n'ont rien à prétendre dans la succession paternelle, le droit musulman n'admettant pas la transmission héréditaire entre personnes de croyances différentes (Art. 587 du texte. — Arrêt de la Cour d'Alger du 26 décembre 1854. — Sautayra et Cherbonneau, n° 609 *in fine*).

**119.** — Lorsque le mariage doit être conclu par tuteur, celui-ci peut être, dans les mariages mixtes, chrétien ou juif. La présence de deux témoins chrétiens ou juifs est également exigée ; mais il n'est pas nécessaire que les témoins soient de la même religion que la femme ; ainsi un chrétien pourra être témoin d'une juive et réciproquement.

Les témoins infidèles prouvent le mariage en cas de dénégation de la femme mais non en cas de dénégation du mari.

**120.** — En cours de mariage, il peut se faire :

1° Que deux époux non musulmans se convertissent en même temps à l'Islamisme ;

2° Que le chrétien ou le juif, mari d'une femme de sa religion, se convertisse seul ;

3° Que la femme chrétienne ou juive, épouse d'un homme de sa religion, se convertisse seule ;

4° Que l'un des époux musulmans abjure sa croyance ou que tous deux embrassent une autre religion.

L'union dans laquelle ces changements de religion viendront à se produire subira souvent d'importantes modifications juridiques. Nous n'avons à nous occuper de ces modifications qu'au point de vue du droit musulman. Il arrivera fréquemment que les dispositions de la loi musulmane à ce sujet seront en contradiction avec celles du droit public ou privé et avec la législation sous l'empire de laquelle le mariage aura été contracté. C'est ainsi que la dissolution du mariage prononcée par le Koran en cas de conversion du mari seul à l'islamisme n'aura presque jamais de résultat légalement opposable à la femme au point de vue de la législation sous laquelle elle aura été placée par le fait de son mariage. Ce sont là des questions de droit privé et de statut personnel étranger qui sortent du cadre de notre ouvrage et dont la solution se trouve d'ailleurs dans les commentaires et traités spéciaux à la législation de chaque pays. Nous allons donc examiner les quatre hypothèses prévues plus haut, mais exclusivement au point de vue des modifications que le droit musulman apporte, dans ces derniers cas, à l'union dans laquelle elles viennent à se produire.

**121.** — *Premier cas* : Si les deux époux non musulmans se convertissent à l'islamisme, le mariage reste valable et produit tous ses effets. Il peut se faire que les deux conjoints soient parents ou alliés à un degré prohibé par le Koran. Il en est ainsi notamment dans l'union de l'oncle

et de la nièce absolument prohibée par la loi musulmane et admise par certaines législations, notamment par la législation française, moyennant dispenses; et encore dans l'union des personnes entre lesquelles existe la parenté de lait qui crée, en droit musulman, un empêchement dirimant inexistant dans les autres législations. Dans ces divers cas, le mariage n'offrant plus les conditions de validité exigées par la nouvelle croyance des époux, pourra être dissous par le magistrat mais seulement sur la réquisition des parties. Le Cadi n'aurait pas le droit d'agir d'office comme il pourrait le faire en cas de mariage contracté pendant l'edda par une chrétienne ou une juive précédemment unie à un musulman.

Les conventions matrimoniales subsistent, après la conversion des époux, telles qu'elles ont été précédemment conclues; si le mari a constitué en dot des choses que la loi musulmane déclare illicites, la stipulation sera maintenue. S'il n'a pas été fait de constitution dotale, la femme aura droit, chez les Hanafites à la dot coutumière et chez les Malékites à la dot par téfouid. Il est à remarquer que ce dernier rite admet exceptionnellement, dans ce cas, la validité du mariage non précédé d'une convention dotale, mariage qu'il déclare nul lorsqu'il est conclu entre musulmans.

**122.** — *Deuxième cas* : Si le chrétien ou le juif époux d'une femme de sa religion se convertit seul, le mariage reste valable alors même que la femme conserverait sa croyance, en vertu de la tolérance qui permet à un musulman d'avoir pour épouses des femmes dont la croyance est basée sur les Livres Saints.

Les Malékites toutefois considèrent le nouvel état des époux comme une union de fait mais lui refusent les effets de l'union légale. « L'infidèle qui embrassera l'Islamisme

sera laissé avec sa femme non musulmane; mais aux yeux de la loi leur mariage sera nul » (Texte de Sidi Khalil). Il s'ensuit que non seulement la femme ne vient pas à la succession de son mari (exclusion prononcée également par les autres rites) mais encore qu'elle perd son droit à la dot et à l'entretien.

Si le converti était précédemment marié à une femme idolâtre, le mariage est dissous par le magistrat, à moins que la femme, invitée à embrasser l'Islamisme, ne se convertisse également et que, dans ce cas, elle ne soit pas prohibée au mari par un empêchement dirimant.

Le magistrat prononce le divorce entre les époux mais le mariage reste valable jusqu'à sa décision.

Si le converti avait plus de quatre femmes il devrait ramener le nombre de ses épouses au chiffre légal; chacune des femmes répudiées aurait droit à la dot si le mariage avait été consommé et suivant les distinctions que nous avons faites au chapitre « De la dot; » mais les femmes répudiées avant la consommation n'auraient pas droit au bien dotal. Si le converti venait à mourir avant d'avoir ramené à quatre, par voie de répudiation, le nombre de ses épouses légitimes, chacune d'elles aurait droit à la dot.

**123.** — *Troisième cas* : Lorsque la femme d'un non musulman embrasse l'Islamisme, son mari sera mis en demeure d'embrasser également cette croyance. S'il le fait, le mariage reste valable; s'il refuse, le magistrat dissout l'union en vertu du principe qui interdit à une femme musulmane d'être unie à un infidèle. Pour que le mariage subsiste, en cas de conversion du mari, il faut qu'il n'y ait pas entre les époux un des empêchements dirimants prévus par le Koran.

Si le mari était mineur et au-dessous de l'âge de raison, la mise en demeure de se convertir ne pourrait lui être légalement faite que lorsqu'il aurait atteint l'âge de discernement; le mariage subsisterait donc jusque-là et sa validité dépendrait ensuite de la décision du mari, quant à la religion qu'il entend suivre.

Si le mari était fou (Medjnoun), son père ou sa mère seraient invités à embrasser l'Islamisme, et le mariage ne serait maintenu que s'ils se convertissaient. Si le mari aliéné n'avait ni père ni mère, le Cadi lui nommerait un tuteur à l'effet de répudier la femme; néanmoins l'union subsisterait tant qu'elle n'aurait pas été déclarée dissoute par une décision judiciaire.

La mise en demeure adressée au mari est substantielle; tant qu'elle n'a pas été juridiquement faite, le mariage ne saurait être résolu, quel que soit le temps qui se serait écoulé depuis la conversion de la femme<sup>1</sup>. Les Malékites n'admettent pas cette doctrine : le seul fait de la conversion de la femme entraîne, dans ce rite, la dissolution de l'union avec toutes ses conséquences juridiques.

**124.** — *Quatrième cas* : L'apostasie d'un des époux musulmans entraîne par elle-même, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer, l'annulation du mariage par voie de divorce (Art. 303 du texte). Nous étudierons les effets de l'apostasie dans le chapitre relatif à la dissolution du mariage.

Si deux époux abjurent en même temps la foi musulmane ou si on ne peut préciser lequel des deux a abjuré le premier et s'ils retournent ensuite de la même manière à l'Islamisme, le mariage reste indissoluble. Mais l'union

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 198.

serait dissoute si l'abjuration ou le retour avaient lieu à des époques différentes.

Quelle sera la situation juridique des conjoints pendant le temps qui s'écoulera entre leur abjuration simultanée et leur retour simultané? Les principes généraux du droit voudraient que, le mariage dissous par le fait de l'abjuration étant réputé inexistant pendant cette période, les conjoints ne pussent revendiquer les droits découlant de l'union légitime et cela sans que leur retour ultérieur à l'Islamisme pût avoir un effet rétroactif. Nous pensons cependant que l'article 305 du texte comporte la solution contraire, plus conforme à l'intérêt des époux et surtout à celui des enfants nés pendant la période dont s'agit. En employant ces expressions « le mariage est indissoluble » l'article indique que l'union n'a pas besoin d'être contractée à nouveau après le retour à l'Islamisme; ce retour simultané fait considérer l'abjuration comme n'ayant jamais existé : sans cela il faudrait admettre la nécessité d'un second mariage, ce qui est contraire au texte.

Nous avons vu que dans les mariages entre un musulman et une kitabiiah (chrétienne ou juive), les enfants de l'un et de l'autre sexe suivent, d'après le rite Hanafite, la religion du père, et que chez les Malékites les garçons suivent la religion du père, les filles celle de la mère.

**125.** — Lorsqu'un des époux infidèles embrasse l'Islamisme, les Hanafites font une distinction : tous les enfants conçus, nés et à naître seront élevés dans l'Islamisme, s'ils habitent un territoire musulman ; s'ils ne sont pas établis dans les états musulmans ils pourront avoir une autre religion.

L'enfant suit la religion musulmane si son père ou sa mère s'y sont convertis pendant sa minorité; il ne peut

embrasser une autre croyance qu'à sa majorité et si, à cette époque, il est sain d'esprit.

La conversion du grand-père n'a aucun effet quant à la religion de ses petits-enfants mineurs, alors même qu'il les aurait sous sa puissance par suite du décès de leur père.

---

## CHAPITRE CINQUIÈME.

### DES PREUVES DU MARIAGE.

---

#### SOMMAIRE :

- 126.** Des divers modes de preuve.
- 127.** De la preuve testimoniale. — De la capacité des témoins.
- 128.** De la récusation.
- 129.** Sur quoi doit porter le témoignage.
- 130.** De l'acte écrit.
- 131.** Concours de la preuve par témoins et de la preuve écrite.
- 132.** Reconnaissance par les conjoints de leur qualité d'époux.
- 133.** Du serment.
- 134.** De la possession d'état.

**126.** — Le chapitre X, livre II, du texte Hanafite, admet comme preuves de la réalité du mariage : les témoignages, le serment et la déclaration de l'un des conjoints accueillie par l'autre. Cette énumération est incomplète; il convient d'y ajouter : l'acte écrit et, suivant certains docteurs, la possession d'état.

**127.** — Nous avons vu (n° 59) que le consentement constitutif du mariage ne peut être valablement échangé que devant témoins et nous avons examiné la capacité de ces témoins. La preuve du mariage peut résulter de témoignages, mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'un

mode de preuve portant sur la réalité d'un fait et non pas de la validité du contrat; cette distinction est importante.

La capacité des témoins n'est d'ailleurs pas la même dans les deux cas; les témoins qui doivent assister les parties au moment de l'échange de leur consentement réciproque peuvent être choisis parmi les ascendants, les *descendants* et les parents des conjoints; les témoins certificateurs ne peuvent être choisis parmi les descendants de l'époux qui veut administrer la preuve de son union. Le témoignage des descendants ne serait reçu que s'il était invoqué contre leur ascendant par la partie adverse.

Le tuteur ne peut témoigner à raison du mariage contesté de sa pupille, à moins que la contestation ne se produisant après la majorité de celle-ci, l'ex-pupille ne corroborât le témoignage par sa déclaration. Le témoignage du tuteur serait encore reçu s'il était lui-même appuyé par l'affirmation conforme de témoins.

Les témoins certificateurs doivent, comme ceux appelés à recueillir le consentement, être majeurs, sains d'esprit, libres et musulmans; on admet le témoignage de deux hommes « capables de déposer en justice et reconnus pour leur honorabilité » ou celui d'un homme et de deux femmes « d'une probité certaine. »

Les Malékites ne reçoivent pas, en cette matière, le témoignage des femmes (Voir n° 59). Ils repoussent également le témoignage de l'homme irréligieux. « L'exclusion s'étend à tout homme irréligieux ou négligent dans la pratique de ses devoirs envers Dieu et envers son prochain<sup>1</sup>. » Sidi Khalil et la jurisprudence algérienne se sont rangés à cette doctrine et admettent comme motif de récusation le seul fait de ne pas pratiquer la prière (Arrêts

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson, t. VI, p. 224.

de la Cour d'Alger des 14 novembre 1870 et 18 décembre 1871.)

Les dispositions du texte Hanafite semblent permettre également, en cette matière, la récusation du témoin irrégulier et c'est encore là une différence à signaler entre la capacité du témoin qui doit assister à l'échange des consentements et de celui qui est appelé à certifier la réalité du mariage. La loi se montre peu exigeante quand il s'agit du premier; l'article 7 porte en effet : « Les témoins peuvent être aveugles, irréguliers, descendants des conjoints ou de l'un d'eux; » elle l'est bien d'avantage en ce qui concerne le second qui ne peut être pris parmi les descendants de la partie qui l'invoque, qui doit être capable de déposer en justice et reconnu honorable. L'homme irrégulier ne remplit pas ces conditions; il pourra donc être récusé.

**128.** — Pour que la déposition constitue une preuve, il faut qu'aucune récusation n'ait été admise contre elle, qu'elle soit claire et précise et qu'elle porte sur un fait que le témoin a perçu lui-même et par ses sens. La récusation, lorsqu'elle se produit, doit être motivée et les faits sur lesquels elle est basée doivent être établis par deux témoignages non suspects. Si elle est admise, la déposition du témoin récusé disparaît absolument; le cheik ben Assem s'exprime ainsi : « N'est point suffisamment prouvé un mariage dont l'existence n'est attestée que par des témoins récusés. » Le premier paragraphe de l'article 145 porte la même disposition.

**129.** — Mouradja d'Ohsson, ainsi d'ailleurs que tous les autres docteurs, exige que le témoin ait eu connaissance par lui-même du fait à prouver. « Pour attester une chose,

il faut en avoir été témoin, oculaire ou auriculaire. » Un hadits du Prophète dit encore : « Rendez témoignage à la vérité, mais seulement alors que le fait est aussi clair à vos yeux que le soleil. » La jurisprudence algérienne a consacré cette doctrine en décidant invariablement que le témoignage n'est pas probant lorsqu'il ne porte pas sur un fait précis et catégorique, lorsque celui de qui il émane n'a pu le contrôler par lui-même et l'a simplement appris d'une autre personne (Arrêts de la Cour d'Alger des 30 octobre 1862, 14 juillet 1863. — Jugement du Cadi de Collo du 6 novembre 1866, etc...).

Les Malékites n'exigent pas que le témoignage porte sur le fait même de la conclusion du mariage et Sidi Khalil enseigne que « la publicité donnée au mariage par le son des tambourins, par la fumée des cuisines, etc..., doit être admise comme preuve. » On peut objecter à cette doctrine qu'elle valide en définitive, de par le seul fait de la célébration, un mariage qui peut ne pas offrir les conditions exigées par la loi pour la validité de la conclusion, c'est-à-dire du contrat lui-même.

**130.** — Le mariage, nous l'avons vu, ne se contracte pas par écrit à moins que les deux parties n'habitent deux localités éloignées et encore, dans ce cas, la loi exige-t-elle certaines conditions. Le consentement qui rend le contrat parfait, qui le constitue, doit être verbal; les parties doivent entendre la voix l'une de l'autre. Mais l'acte écrit est recommandé comme moyen de preuve; c'est en effet le mode qui prête le moins à discussion, qui offre le plus de certitude (Sourate II, verset 82).

**131.** — Certains docteurs enseignent que lorsqu'un acte écrit est produit comme preuve du mariage, aucune

preuve contraire ne peut lui être opposée et la jurisprudence a également décidé que « lorsque deux individus se prétendent mariés à la même femme, il y a lieu de valider le mariage constaté par écrit, quand même le mariage établi par témoins serait antérieur » (Arrêts de la Cour d'Alger des 16 mars 1866 et 7 mars 1867). Nous nous sommes prononcé, sous le numéro 54, contre cette jurisprudence, logique d'ailleurs avec la doctrine de la Cour d'Alger qui déclare nul le mariage dont aucun acte n'a été dressé. Le droit musulman, admettant formellement le témoignage comme moyen de preuve en cette matière, on ne saurait regarder la production d'un écrit comme exclusive de la preuve testimoniale. Nous pensons, en conséquence, que dans les espèces ci-dessus rapportées, la Cour eût dû proclamer la réalité des deux mariages mais déclarer le second inexistant comme ayant été contracté par une femme en pouvoir de mari.

**132.** — Lorsqu'un homme reconnaît pour épouse une femme dont il n'est séparé par aucun empêchement, c'est-à-dire relativement à laquelle il est dans les conditions voulues pour le mariage, si la femme accueille cette reconnaissance, la double déclaration des parties vaudra preuve de leur mariage; il en est de même pour le cas où la reconnaissance émanant de la femme est accueillie par l'homme. Mais il faut que la déclaration soit accueillie du vivant de celui qui l'a faite; l'article 149 dispose, en effet, que « si la déclaration n'est accueillie qu'après la mort de la femme, l'individu reconnu n'aura aucun droit à la succession. » Les Malékites admettent, eux aussi, comme preuve du mariage, la déclaration des deux parties et même d'une seule mais dans certains cas déterminés seulement. Sidi Khalil s'exprime ainsi : « On accepte la déclaration

faite par une femme venant d'un pays éloigné qu'elle y a été mariée après avoir été répudiée définitivement.

« On accepte aussi la déclaration de la femme qui n'a pas quitté la localité qu'elle habite, lorsque cette déclaration présente des garanties de sincérité et que le mariage dont elle excipe remonte à une époque éloignée.

« On reconnaît le mariage de ceux qui, venant d'un pays étranger, déclarent s'y être mariés.

« Il en est de même lorsque, venant de l'étranger, le mari dit à sa femme : « Je t'ai épousée, » ou « je t'ai divorcée, » ou « tu m'es défendue, » et que la femme le reconnaît, ou du moins qu'elle répond par des paroles dont le sens atteste qu'il y a eu mariage entre eux. Il en serait autrement si l'un des époux ne répondait pas à l'autre, ou si l'un attestait le mariage et si l'autre le niait. »

**133.** — L'article 145 du texte permet à l'homme et à la femme qui se prévalent d'un mariage, dénié par l'autre partie et dont aucune preuve n'est rapportée, de déférer le serment à son prétendu conjoint. Si ce dernier jure, le demandeur est débouté de sa prétention, s'il refuse le serment, le mariage est établi. MM. Sautayra et Cherbonneau enseignent, à tort selon nous, que le serment des époux ne saurait constater légalement l'existence du mariage; leur opinion, si on se place au point de vue du rite Hanafite, est contraire au texte; elle nous paraît également inacceptable dans le rite Malékite où le serment est comme dans les autres rites, un des moyens légaux de preuve. Ces auteurs citent (Statut personnel, n° 171) un arrêt de la Cour d'Alger du 3 mars 1868 intervenu dans les circonstances suivantes : le demandeur prétendait avoir conclu le mariage avec une mineure représentée par son père, avoir déterminé la dot et payé, à valoir, une somme de 350

francs : le père opposait à la demande une dénégation absolue. La Cour déféra le serment à ce dernier et, après qu'il l'eut prêté, débouta le demandeur. Quoique cette décision soit absolument conforme à la thèse que nous soutenons, MM. Sautayra et Cherbonneau la considèrent comme venant à l'appui de leur doctrine « car, disent-ils, si le défendeur avait refusé de prêter le serment, son refus aurait amené une condamnation au paiement de la somme reçue, mais il n'aurait certes point suffi pour valider un mariage dont l'existence n'était pas établie par l'un des moyens autorisés par la loi. » Cette interprétation de l'arrêt ne nous semble pas juridique. Le serment refusé eût nécessairement impliqué le bien-fondé des prétentions du demandeur, c'est-à-dire l'existence d'une union légale, puisque celui-ci soutenait avoir versé la somme qu'il revendiquait, ensuite de la conclusion d'un mariage et à titre d'acompte sur la dot stipulée.

**134.** — La possession d'état d'époux légitimes est regardée par certains auteurs comme suffisante pour établir le mariage. Le texte Hanafite est muet à cet égard, ce qui nous porte à repousser ce mode de preuve au sujet duquel il y a controverse dans les autres rites, et qui n'est d'ailleurs accepté par les jurisconsultes qui l'admettent, que dans des cas tout à fait exceptionnels et avec de grandes réserves.

## CHAPITRE SIXIÈME.

### DES NULLITÉS DU MARIAGE.

---

#### SOMMAIRE :

**135.** Distinctions entre les diverses espèces de nullités.

**135.** — De même que les empêchements au mariage sont dirimants ou simplement prohibitifs, de même les nullités sont absolues ou relatives.

Cette division des nullités en deux classes bien distinctes, qui se trouve dans presque toutes les législations, admet elle-même, en droit musulman et pour chacune des deux classes, une subdivision; on distingue, en effet, parmi les nullités absolues celles qui rendent le mariage non existant de par la seule disposition de la loi et celles qui doivent être prononcées par le magistrat, l'union subsistant jusqu'au moment où intervient la décision judiciaire. De même pour les nullités relatives couvertes par la ratification ultérieure des parties ou par la consommation; les unes peuvent être, tant qu'elles ne sont pas couvertes, prononcées d'office par le magistrat, les autres ne peuvent être prononcées par le Cadi que sur la réquisition de la partie intéressée.

## SECTION I.

**Des mariages frappés de nullité absolue  
et réputés inexistantes.**

## SOMMAIRE :

- 136.** Effets des nullités radicales.
- 137.** Nullité résultant de la parenté et de l'alliance.
- 138.** Exception.
- 139.** Du mariage avec une femme et sa descendante.
- 140.** Nullité provenant du mariage de la femme.
- 141.** Hypothèse de deux mariages successifs de la même femme, dont le second seul a été consommé.
- 142.** Nullité provenant de l'état d'edda. — De la femme enceinte.
- 143.** Nullité du mariage conclu avec deux sœurs par un même acte.
- 144.** Nullité résultant de la répudiation par trois.
- 145.** Nullités résultant de l'idolâtrie de la femme, de ce que le mari a déjà quatre épouses et de la prohibition faite à la femme musulmane d'épouser un infidèle.
- 146.** Nullité du mariage clandestin.
- 147.** Autres nullités radicales admises par les Malékites.

**136.** — Les mariages que nous étudions dans la présente section sont nuls dans leur essence; les parties n'ont besoin d'aucune décision judiciaire pour les faire déclarer inexistantes; chacune d'elles peut se séparer de son conjoint en lui en donnant simplement avis. Ces unions ne donnent aucun droit de succession aux parties et ne créent aucune prohibition si elles n'ont pas été consommées. Il faut remarquer que la prohibition résultant de la consommation est la conséquence de l'acte matériel et nullement celle du mariage proprement dit. Toutefois, il ne faudrait pas

assimiler ces unions nulles à un concubinage, à des relations illicites. L'article 135 déclare légitimes les enfants qui en sont issus, si d'ailleurs leur naissance a lieu dans le délai légal et la loi reconnaît à la femme un droit à la dot, naissant du fait de la consommation, alors qu'elle ne saurait prétendre à cet avantage à la suite de relations illicites. Les mariages qu'on doit ranger dans la section que nous étudions en ce moment sont les suivants :

**137.** — 1° Le mariage contracté malgré une prohibition résultant de la parenté naturelle, de la parenté de lait ou de l'alliance. Cette nullité est absolue dans tous les cas, que les parties soient de bonne ou de mauvaise foi; la loi considère une telle union comme délictueuse et la punit d'une peine corporelle prononcée contre le mari, peine dont la gravité dépendra de la bonne ou de la mauvaise foi de celui-ci.

**138.** — Il peut se faire cependant que le mariage avec une alliée au degré prohibé soit valable; cela se produit dans le cas où le mariage qui a créé l'alliance est lui-même atteint d'une nullité radicale. C'est ainsi que l'union d'un homme avec la nièce de sa femme, union frappée de nullité, deviendra valable dans le cas où le mariage préexistant du mari avec la tante de sa seconde femme serait entaché de nullité radicale. Il faut toutefois qu'on puisse déterminer lequel des deux mariages a précédé l'autre; si on ne le pouvait, les deux unions, d'après l'Hadaya, seraient nulles.

**139.** — Ce que nous venons de dire cesse d'être vrai lorsqu'une des deux femmes descend de l'autre, par exemple en cas de mariage d'un homme avec la mère et la

filles ou les petites-filles. Si les deux mariages ont été consommés la loi les brise tous les deux, même celui qui, le premier en date, aurait été licitement contracté. Les deux femmes demeurent pour toujours interdites au mari, car il y a là une situation contre nature que le Koran qualifie d'abomination (Hédaya, t. I, p. 80 et 92).

Si les deux mariages n'avaient pas été consommés ou si l'un d'eux seulement l'avait été, le mari pourrait rendre valable une des deux unions en répudiant l'une des deux femmes avant toute cohabitation dans le premier cas, et, dans le second cas, en répudiant celle dont le mariage aurait été simplement conclu.

**140.** — 2° L'union avec une femme encore engagée dans les liens d'un précédent mariage.

Un tel mariage est réputé inexistant; la loi punit celui qui le contracte d'une peine correctionnelle qui varie suivant qu'il y a bonne ou mauvaise foi de sa part. Il peut se faire que la femme soit mariée à deux hommes par deux wali du même degré agissant indépendamment l'un de l'autre ou par deux mandataires auxquels la femme majeure aurait donné des pouvoirs séparés. Dans ces deux cas, le premier en date des deux mariages sera seul valable; s'ils ont été conclus en même temps ou si on ne peut déterminer lequel des deux a précédé l'autre, les deux unions seront réputées inexistantes.

**141.** — Que faut-il décider dans le cas où la femme, ayant été mariée à deux hommes successivement, a consommé le mariage seulement avec celui qui a conclu l'union postérieure en date? le second mariage, suivi de consommation, prévaudra-t-il sur le premier non consommé?

Le texte Hanafite ne paraît pas déroger en ce cas aux principes généraux posés plus haut d'après lesquels le premier mariage est seul valable; l'article 132 inflige une peine au second mari pour avoir consommé le mariage illicite, il est donc loin de lui attribuer un droit : le second alinéa de cet article autorise le premier mari qui a fait prononcer la nullité du mariage contracté au mépris de ses droits, à cohabiter immédiatement avec sa femme sans même qu'une retraite soit imposée à celle-ci, si le mariage a été contracté de mauvaise foi.

Si au contraire le second mariage avait été conclu de bonne foi, l'union n'en devrait pas moins être déclarée nulle *quoique consommée*, mais le premier mari ne pourrait cohabiter avec sa femme qu'après que celle-ci aurait accompli tout le temps de l'edda. La loi Hanafite, dans ses dispositions, ne distingue pas entre le cas où le premier mari aurait consommé le mariage avant le second et l'hypothèse contraire.

La jurisprudence algérienne est très divisée sur la question. Les Cadis jugent presque unanimement conformément aux principes généraux sur la matière, n'admettant pas l'exception que certains docteurs enseignent pour le cas où le second mariage a seul été consommé. D'après cette jurisprudence, le second mariage est nul dans tous les cas, que le deuxième mari soit d'ailleurs ou non de bonne foi (19 mai 1863, jugement du Cadi de Sidi-bel-Abbès; — 7 août 1866, jugement du Cadi de Constantine; — 18 mai 1867, jugement du Cadi d'Alger).

La Cour d'Alger (Arrêts des 30 juillet 1863, 28 octobre 1863, 26 juin 1867, etc...) décide au contraire que le second mariage doit seul être maintenu s'il a été consommé et que le premier ne l'ait pas été. « Cette doctrine, dit un de ces arrêts, est conforme aux principes de la

morale universelle. » Nous ne discutons pas la moralité de la doctrine dont s'agit, mais nous la croyons peu conforme aux principes de législation écrits dans les Livres sacrés.

Certains docteurs admettent une solution intermédiaire : le second mariage doit être validé, selon eux, sans tenir compte du premier, mais seulement s'il a été consommé *de bonne foi* et que la première union ait été simplement conclue (Ibn El Hadjeb, El Attab, Sidi Khalil, etc....) Cette doctrine est combattue par d'autres juriconsultes, notamment par Abd el Bakri ez Zorkani.

**142.** — 3° Le mariage avec une femme en état d'edda.

Le texte Hanafite réunit dans la même prohibition, frappe de la même nullité et des mêmes peines corporelles le mariage contracté avec une femme en puissance de mari et celui contracté avec une femme en état d'edda. Nous avons vu au chapitre I (de la demande en mariage), que cette demande elle-même est interdite pendant la retraite. La nullité de l'union est prononcée par la loi dans tous les cas, sauf celui où le mari épouserait de nouveau la femme par lui précédemment répudiée. Le second mariage pourrait alors être valablement conclu et consommé pendant le temps de la retraite répudiaire ou plutôt sans en tenir compte.

Si la femme était illicitement enceinte elle pourrait être épousée pendant sa grossesse, mais le mariage ne devrait être consommé qu'après sa délivrance à moins que le mari ne se reconnût l'auteur de la grossesse illicite. Il va sans dire que le mariage avec une femme légitimement enceinte serait radicalement nul, même dans sa conclusion et indépendamment de toute consommation ; les Malékites prononcent dans tous les cas la nullité du mariage con-

tracté avec une femme en état de grossesse, légitime ou non.

**143.** — 4° Le mariage conclu par un seul acte avec deux sœurs non mariées ni en état d'edda.

La nullité frappe également ces unions lorsqu'il est impossible de déterminer si elles ont été conclues simultanément ou l'une après l'autre.

Si l'une des deux sœurs était engagée, le mariage serait nul quant à elle, valable quant à l'autre.

Dans le cas de mariage simultané ou réputé tel, les deux sœurs n'ont aucun droit à la dot; mais elles puiseraient ce droit dans la cohabitation, ainsi que nous l'avons exposé sous le numéro 72.

Si le mariage avec deux sœurs a eu lieu par deux contrats successifs, le second en date est nul comme contracté au mépris de la prohibition dirimante résultant de la parenté et de l'alliance, mais si le mari a consommé le second il ne pourra cohabiter avec son épouse légitime pendant la retraite imposée à la sœur dont le mariage est caduc.

Si la nullité du mariage est prononcée avant toute cohabitation, le mari pourra épouser de nouveau et immédiatement l'une des deux sœurs. Chacune d'elles aura, en ce cas, droit à la moitié de la dot contractuelle si les dots sont égales en quotité et de même nature et si on ne peut établir qu'il y ait eu deux mariages successifs. S'il est prouvé au contraire que l'une des deux sœurs a été épousée avant l'autre, son mariage étant seul valable, ainsi qu'il a été dit, lui donnera droit à la totalité de la dot. En cas d'inégalité des dots conventionnelles, les deux sœurs auront chacune droit à la moitié de la dot la plus faible; enfin, s'il n'y a pas eu de dot stipulée, elles ne pourront prétendre qu'à la *mut'ah*.

**144.** — 5° Le mariage avec une femme qu'on aura répudiée trois fois.

Cette nullité est la conséquence de la prohibition que nous avons étudiée sous les numéros 18 et 19 et qui a été édictée par la nécessité de mettre un frein aux répudiations faites à la légère. Nous avons vu que la femme répudiée n'était libérée de la prohibition que par un mariage licite avec un autre homme, contracté de bonne foi, c'est-à-dire non en vue de rendre la femme permise à son premier mari, mariage lui-même dissous par la mort du second mari, le divorce ou la répudiation. Tant que la libération n'est pas acquise, le mariage que contracterait à nouveau la femme avec son premier mari serait entaché de nullité radicale.

Il faut évidemment, pour que la nullité existe, que la répudiation par trois soit valable. Si, par exemple, le mari avait prononcé la troisième répudiation à un moment où il ne jouissait pas de ses facultés intellectuelles, la répudiation définitive ne serait pas accomplie et la prohibition ne pourrait en découler. C'est ce qui a été jugé par décision du Cadi Hanafite d'Alger du 27 décembre 1867.

MM. Sautayra et Cherbonneau critiquent ce jugement et se rangent à l'avis contraire de la Cour d'Alger exprimé dans un arrêt qui a infirmé la décision susmentionnée. Cet arrêt a adopté purement et simplement l'avis du Conseil de droit musulman consulté sur la question. Le Conseil, dans sa consultation, semble dire que le moyen tiré de l'insanité d'esprit du répudiant manquait en fait; dans ce cas, il est certain que la décision du premier juge devait être infirmée, mais il ajoute que la doctrine résultant du jugement attaqué « n'était pas fondée en principe; » nous ne saurions admettre une telle opinion qui, contrairement aux règles générales du droit, proclamerait la validité d'un acte consenti par un insensé.

**145.** — 6°, 7° et 8°. Le mariage d'un musulman avec une femme idolâtre ou avec une cinquième épouse avant la répudiation d'une des quatre femmes légitimes ; l'union d'une musulmane avec un infidèle.

Nous avons étudié, sous les numéros 20, 21 et 22, les empêchements dirimants qui produisent la nullité radicale de l'union contractée à leur mépris.

**146.** — 9° Le mariage conclu sans témoins.

Les articles 18 et 134 du texte édictent, en ce cas, une nullité absolue que le magistrat doit prononcer d'office si les parties ne se séparent pas volontairement. Il y a lieu de considérer comme clandestin le mariage dans lequel les témoins appelés n'avaient pas la capacité exigée par la loi musulmane, par exemple alors que tous deux ou l'un d'eux seulement étaient infidèles ou mineurs.

**147.** — Les Malékites regardent encore comme dénué de tout consentement et frappé d'une nullité que le magistrat doit proclamer d'office : le mariage contracté au mépris du droit de Djibr, le mariage conclu par une ouacia, le mariage contracté par la femme majeure sans wali ou avec un wali incapable, enfin le mariage dans lequel le consentement est entaché d'erreur, de violence ou de fraude. Nous avons étudié, en traitant des ouaci, des wali et du droit de Djibr les divergences qui existent à ce sujet entre les différents rites. Les Hanafites admettent, nous le verrons plus loin, certaines des nullités que nous venons d'énumérer, mais ne les rangent pas parmi celles qui rendent le mariage inexistant et donnent au magistrat le droit d'en déclarer d'office la nullité absolue.

## SECTION II.

**Des mariages frappés de nullité absolue et dissous  
à la réquisition des parties.**

## SOMMAIRE :

- 148.** Nullité du mariage contracté avec une majeure par son tuteur, sans consentement préalable.
- 149.** Nullité du mariage imposé au mineur, en cas de mésalliance ou de lésion.
- 150.** Nullité du mariage entaché de mésalliance contracté par la femme majeure contre la volonté de son parent aceb.
- 151.** Nullités admises par les autres rites. — Mariage chighar. — Mariage contracté pendant l'irham.

**148.** — On doit ranger dans cette section :

1° Le mariage contracté par le tuteur d'une femme majeure avec celle-ci sans son consentement préalable. L'article 137 du texte est ainsi conçu : « Lorsque le tuteur d'une femme majeure, dont le mariage ne lui serait pas prohibé, l'épouse lui-même sans avoir obtenu préalablement son consentement, l'acte sera de nul effet, quand même la femme instruite du mariage se tairait ou y consentirait expressément après la conclusion de l'acte. » Cette nullité ne peut donc être couverte, mais elle doit être proposée par la femme.

**149.** — 2° Le mariage imposé au mineur et entaché de mésalliance ou de lésion dans la dot par un tuteur autre que le père ou le grand-père exerçant le droit de Djibr et même par le père ou le grand-père s'ils sont

réputés irréguliers ou de mauvais choix. Les articles 46 et 47 déclarent ces mariages radicalement nuls.

**150.** — 3° Le mariage contracté par la femme majeure contre la volonté du parent aceb, s'il y a mésalliance. Ce mariage est nul dans son origine et le consentement postérieur du parent aceb ne saurait le rendre valable (Art. 52 et 63 du texte).

**151.** — Les Malékites et les Chaféites considèrent encore comme nuls : 1° le mariage chighar, ou par compensation : ils invoquent, à l'appui de leur opinion, un hadits rapporté par El Bokhari : « Un mariage sans dot est nul, quand même les deux frères se seraient donnés mutuellement leur fille en mariage. » Les Hanafites qui n'admettent pas, d'après l'Hédaya, la nullité résultant du défaut de stipulation dotale, déclarent le mariage chighar parfaitement valable. Il est à remarquer que, dans l'espèce prévue par El Bokhari, les deux unions seraient nulles comme contraires à la prohibition résultant de la parenté.

2° Le mariage contracté pendant que les époux ou l'un d'eux était en état d'irham. Les Hanafites admettent la validité de ces unions; les trois autres rites en prononcent la nullité (Voir ci-dessus, n° 27).

## SECTION III.

**Des nullités relatives pouvant être prononcées d'office par le magistrat.**

## SOMMAIRE :

**152.** Du mariage temporaire.

**153.** Nullités de cette catégorie admises par les Malékites. — Clandestinité du mariage. — Etat de maladie.

**152.** — Ces nullités sont en fort petit nombre, les nullités relatives intéressant moins l'ordre public que les nullités radicales; il était dès lors logique de n'admettre qu'exceptionnellement l'intervention du magistrat en matière de nullités relatives et de laisser aux seules parties intéressées le soin de les proposer.

Nous trouvons dans le texte Hanafite un seul cas où le mariage entaché d'une nullité relative peut être dissous d'office par le Cadi; c'est celui du mariage temporaire déclaré non valable par l'article 13. La loi, en déclarant le mariage « non valable » nous paraît permettre l'intervention du magistrat tant que l'union n'a pas été consommée. Après la consommation, le mariage serait valable d'après la doctrine et la condition qui limiterait sa durée devrait être réputée non existante : nous sommes donc bien dans le cas d'une nullité relative, puisqu'elle peut être couverte. MM. Sautayra et Cherbonneau (n° 142, § 1), professent la même doctrine.

**153.** — Les Malékites rangent encore au nombre de ces nullités : 1° celle résultant de l'absence ou du défaut

de capacité des témoins. La clandestinité du mariage est au contraire regardée par les Hanafites comme constituant une nullité absolue; le texte ne peut laisser aucun doute à cet égard.

2° Le mariage contracté pendant la dernière maladie de l'un des conjoints. Nous avons traité ce sujet sous le numéro 55.

#### SECTION IV.

**Des nullités relatives qui ne peuvent être prononcées qu'à la réquisition des parties intéressées. — De la ratification et de l'option non fondée sur un vice rédhibitoire.**

##### SOMMAIRE :

- 154. Nature de ce genre de nullité.
- 155. Mariage sans assistance du tuteur ou au mépris de l'ordre légal de dévolution.
- 156. Du mariage conclu par un tiers sans qualité.
- 157. Du mariage par mandataire.
- 158. Droit d'option du mineur devenu majeur quant au mariage conclu pour lui pendant sa minorité.
- 159. Exercice de ce droit par la femme.
- 160. Mariage contracté par la femme contre la volonté de son parent azeb et entaché de lésion dans la dot.
- 161. Erreur sur la condition du mari.

**154.** — Ces nullités peuvent se grouper en deux classes : celles qui proviennent d'un vice du consentement et celles qui naissent d'une lésion, soit quant à la dot, soit quant à la personne du conjoint (mésalliance). La loi les édicte dans l'intérêt des incapables, mineurs, insensés, et même

des personnes capables qui ont besoin d'être protégées telles que la femme majeure.

**155.** — Lorsqu'un individu de l'un ou de l'autre sexe, en âge de raison et non émancipé ou un majeur incapable contracte mariage sans l'autorisation de son tuteur, ce dernier a le droit d'en poursuivre la nullité. Le tuteur ne peut ratifier l'union que s'il n'y a pas dans la dot de lésion grave pour le mineur. De même le wali a le droit de faire annuler l'union contractée au mépris de la dévolution légale, c'est-à-dire avec l'assistance d'un parent plus éloigné que lui.

**156.** — Il peut se faire qu'un mariage soit proposé ou accepté par un tiers n'ayant ni qualité ni mandat pour le conclure. En ce cas, dit l'article 144 du texte, le mariage reste en suspens jusqu'à ce qu'il ait été ratifié par la partie intéressée ou désavoué par elle. Les Malékites déclarent le mariage valable si la partie intéressée ne l'a pas désavoué par serment dès qu'elle en a eu connaissance. Ces solutions s'appliquent au cas où le mandat est irrégulier ou insuffisant (Arrêts de la Cour d'Alger des 10 février 1863 et 5 décembre 1864).

**157.** — Dans les mariages conclus par mandataire le mandant n'est tenu de ce qui a été fait au delà des pouvoirs par lui conférés qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Nous nous sommes expliqué sur les différents cas dans lesquels le mandant peut choisir entre la ratification et l'annulation du mariage (Voir numéro 52).

**158.** — Nous avons dit que lorsque le tuteur, autre que le père ou le grand-père non réputés irréligieux, marie le

mineur placé sous sa tutelle à un conjoint mal assorti ou avec une stipulation dotale lésant l'incapable, le mariage est radicalement nul (n° 149). S'il n'y a pas mésalliance ou lésion, le mariage imposé au mineur par le tuteur dont s'agit sera dissous si l'un des intéressés le requiert à sa majorité ou dès qu'étant devenu majeur il est instruit du mariage contracté pour lui. Ce droit est réservé à l'incapable tant que dure son incapacité et malgré la consommation du mariage.

L'union n'est dissoute que par la décision du magistrat; elle a jusque-là un caractère légal, de sorte que si l'un des deux conjoints décédait auparavant, le mariage produirait tous ses effets légaux, notamment au point de vue de l'attribution dotale et héréditaire.

**159.** — La femme qui se trouve dans le cas que nous étudions et qui veut user du droit que lui confère la loi de faire annuler son mariage doit, à l'époque de sa majorité ou à l'instant où étant déjà majeure elle est instruite de son union, déclarer devant témoins et formellement qu'elle désavoue le mariage et qu'elle entend disposer de sa personne. Si elle est encore vierge, elle doit faire cette déclaration formelle; à défaut, elle sera considérée comme ayant tacitement ratifié, sans pouvoir se prévaloir de son ignorance de la loi. Après avoir ainsi protesté, la femme peut attendre un temps plus ou moins long avant d'intenter l'action en rescision; il n'y a pas, pour l'exercice de ce droit ainsi réservé par la protestation, de délai fatal. Il y aurait cependant acceptation tacite du mariage si la femme se livrait à son mari. La femme qui, arrivée à sa majorité, opte pour la dissolution avant toute cohabitation, perd tous ses droits sur la dot et sur la mut'ah (art. 89).

Si la femme n'atteint sa majorité qu'après avoir perdu sa

virginité, elle n'est pas tenue de protester au moment et dans les conditions que nous venons d'indiquer. Son action sera toujours recevable, à moins qu'elle n'ait ratifié le mariage expressément ou tacitement.

Il en est de même pour le jeune garçon devenu majeur.

**160.** — Dans le cas où une femme majeure et capable contracte un mariage contre la volonté du parent aceb et que la dot est inférieure à la dot coutumière, le parent aceb peut faire annuler le mariage par le Cadi à moins que le mari ne complète la dot, à due concurrence. Nous avons vu que, si au lieu de lésion dans la dot, il y avait mésalliance, le mariage serait radicalement nul et que l'approbation ultérieure du parent aceb ne le validerait même pas.

**161.** — L'erreur sur la condition du mari ne donne pas à la femme majeure, mariée par un parent et de son consentement, le droit de faire annuler le mariage dans le cas où elle s'apercevrait ensuite que le mari lui est inférieur, c'est-à-dire qu'il y a mésalliance; il en serait autrement si le mari avait trompé la femme ou celui qui a conclu pour elle en se donnant un faux titre, une fausse qualité, en un mot en provoquant lui-même l'erreur. Dans ce cas, le mariage serait annulé à la réquisition de la partie intéressée.

---

## CHAPITRE SEPTIÈME.

### DE L'OPTION.

---

#### SOMMAIRE :

- 162.** Nature du droit d'option. — Divergence des rites.
- 163.** Les Hanafites n'admettent que le cas d'impuissance du mari.
- 164.** Conditions de l'exercice du droit d'option par la femme.
- 165.** Preuves et procédure.
- 166.** Déchéance.
- 167.** Effets de la séparation prononcée.
- 168.** Ses effets juridiques.
- 169.** Rite Malékite. — Cas d'option.
- 170.** Conditions de l'exercice du droit.
- 171.** Des preuves; du serment.
- 172.** Délai de l'exercice de l'action.
- 173.** Procédure et formalités; maladie; impuissance; stérilité.

**162.** — Il est fréquemment question, en droit musulman, de l'option. Ce droit qui consiste dans l'alternative laissée à l'intéressé de valider le mariage ou de le faire dissoudre peut être exercé : 1° par celui qui, soit à l'époque de sa majorité, soit à l'instant où devenu majeur il est instruit du mariage conclu pour lui, a le droit, ainsi que nous l'avons vu plus haut, d'opter entre la continuation ou la dissolution de l'union; 2° par celui des conjoints qui veut faire rompre son mariage pour cause de vice rédhibitoire de l'autre partie.

Nous avons étudié dans quelles circonstances et dans quelles conditions s'exerce l'option dans le premier cas ; nous allons examiner ce qui a trait à l'option en cas de vice rédhibitoire.

Il n'est peut-être pas de sujet, en droit musulman, où les divergences entre les rites soient plus accentuées ; c'est à peine si l'option basée sur un vice physique se rencontre chez les Hanafites ; elle est très fréquente au contraire chez les Malékites qui, en outre de nombreux cas relatifs à la personne physique du conjoint, admettent la rédhhibition en cas de vices relatifs à la personne morale.

**163.** — Les Hanafites n'admettent le droit d'option qu'en faveur de la femme et dans le seul cas d'impuissance du mari, l'union ne répondant plus alors au but final du mariage. Et il faut remarquer que, même dans ce cas, ils ne l'admettent qu'avec une grande répugnance et l'entourent de formalités qui le rendent presque illusoire. Aucune autre cause ne donne à la femme le droit d'opter et le mari n'est jamais admis à l'exercer. Les parties ne peuvent, par des conventions spéciales, créer un tel droit à leur profit ; toute stipulation à ce sujet serait nulle et non avenue.

Nous avons vu en effet que le mari pouvait subordonner la quotité de la dot à l'existence chez la femme de telle ou telle qualité physique, mais qu'il ne pouvait faire de ces qualités une condition de validité du mariage. La maladie ou l'infirmité de l'un des conjoints, la perte de la virginité chez la femme, sa stérilité, même constitutionnelle, ne donnent pas ouverture au droit d'option, pas plus que les défauts et vices portant sur la personne morale, sauf ce que nous avons dit au sujet de la mésalliance.

Nous allons étudier le seul cas de rédhhibition admis par le Code Hanafite, celui d'impuissance du mari.

**164.** — La femme a le droit de demander la dissolution du mariage à quelque moment que ce soit si elle a ignoré l'état du mari au moment du contrat. Il faut donc que la femme ait été trompée au moment de la conclusion; l'impuissance survenue en cours de mariage serait sans influence sur l'union. El Téoudi s'exprime en ces termes : « Dès qu'il y aura eu relations entre époux, la femme n'a plus rien à prétendre; l'impuissance du mari provenant même de mutilation ou de castration est pour elle un malheur. » Que faut-il décider dans le cas où l'impuissance se produit après la conclusion mais avant la célébration? Nous verrons que, même dans ce cas, la femme n'a pas le droit d'opter si elle n'est plus vierge et cela alors même qu'elle aurait perdu sa virginité antérieurement à la conclusion; elle ne pourrait rompre le mariage que si elle était reconnue vierge au moment où elle exerce son droit parce qu'il en faudrait forcément déduire la non consommation du mariage. Mais si le mari a eu, ne fût-ce qu'une fois, des rapports intimes avec sa femme, le mariage reste indissoluble; la loi admet que l'union sexuelle a eu lieu lorsque le contraire n'est pas établi par l'existence de la virginité.

**165.** — Si le mari est dans un état physique dénotant fatalement son impuissance, par exemple s'il est eunuque, le magistrat prononce la dissolution immédiate du mariage. Mais si l'impuissance ne résulte pas de l'*habitus corporis*, de signes extérieurs certains, les formalités relatives à la constatation sont longues et compliquées. Deux hypothèses peuvent se présenter : le mari reconnaît son impuissance ou il la nie. Dans le premier cas, le magistrat lui accorde un délai d'un an (année lunaire) augmenté du temps pendant lequel la femme s'absen-

terait et de celui pendant lequel l'un des époux serait atteint d'une maladie empêchant tout rapport sexuel. L'année commence au jour de la demande en justice; toutefois, si le mari était mineur à cette époque, elle ne commencerait qu'au jour de sa majorité, s'il était malade qu'au jour de sa guérison, s'il était en état d'irham qu'au moment où cet état prendrait fin. A l'expiration du délai, si le mari reconnaît de nouveau son impuissance, le magistrat le somme de répudier sa femme et, sur son refus, prononce lui-même la répudiation.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le mari nie son impuissance soit au moment où l'action est introduite contre lui, soit à l'expiration du délai qui lui avait été fixé ensuite de sa première reconnaissance, le magistrat doit recourir à une véritable expertise médico-légale. Cette expertise a toujours pour objectif l'état physique de la femme, jamais celui du mari.

Si la femme est trouvée non vierge (saïb) par deux matrones de confiance à ce commises par le magistrat et alors même qu'il serait établi que la virginité aurait disparu par suite d'accident et antérieurement à la conclusion du mariage, le mari n'a qu'à dénier par serment l'impuissance que la femme lui reproche; celle-ci est déboutée de sa demande. Si la femme est reconnue vierge ou qu'en cas de non-virginité le mari refuse de prêter serment, le mariage est dissous si l'épouse le requiert. Le mari aurait droit toutefois au délai d'un an dans le cas où il ne lui aurait pas été précédemment accordé, c'est-à-dire dans le cas où sa dénégation se produirait dès l'introduction de l'action.

**166.** — La femme doit opter dans la séance même où ce droit lui est reconnu; si elle consent à rester avec son

mari ou si elle quitte la séance « volontairement ou *par contrainte* » (texte, art. 301), son droit s'évanouit pour toujours. Nous ne croyons pas que ces dispositions exorbitantes puissent être suivies à la lettre car elles auraient en définitive pour résultat la négation du droit de la femme et rendraient illusoire la procédure prescrite par les articles précédents. Sans doute la femme sera déchue si elle ne manifeste pas en temps utile sa volonté de rompre le mariage, mais nous ne pouvons admettre qu'elle le soit si elle a été contrainte à quitter la séance avant d'avoir manifesté sa volonté.

**167.** — La séparation prononcée pour cause d'impuissance n'empêche pas les époux de se réunir par un nouveau contrat pendant ou après l'edda; seulement la nouvelle union sera indissoluble, la femme ne pouvant arguer en ce cas de son ignorance du vice rédhibitoire au moment de la conclusion.

La séparation prononcée anéantit les droits des conjoints à la succession l'un de l'autre.

Nous verrons au chapitre relatif à la retraite que la femme qui a opté pour la dissolution du mariage est soumise à l'edda. Cela est contraire à la doctrine des autres rites et au caractère même de l'edda qui n'est que la conséquence d'un mariage consommé ou, tout au moins, dont la consommation est présumée. Or, nous l'avons vu, la loi ne donne ouverture au droit de la femme que lorsqu'il est constant que le mariage n'a pas été consommé par suite de l'impuissance du mari; il nous semble aussi rigoureux qu'inutile de soumettre à l'edda une femme mariée à un homme mutilé par castration.

**168.** — MM. Sautayra et Cherbonneau recherchant le caractère juridique de la séparation entraînée par l'option

de la femme pensent que si la demande se produit entre la conclusion et la célébration elle a le caractère et les conséquences d'une action en nullité : nous nous rangeons volontiers à cette opinion. — Examinant l'hypothèse où l'action est intentée après la consommation (c'est après la célébration qu'il faut dire dans le rite Hanafite puisque la consommation fait disparaître le droit de la femme), ces auteurs estiment que la séparation a les caractères et ces conséquences d'un divorce judiciaire; l'article 300 du texte Hanafite dispose expressément que, dans le cas où la séparation est prononcée, elle l'est ensuite d'une véritable répudiation.

**169.** — Les Malékites admettent de nombreux cas d'option aussi bien en faveur du mari qu'en faveur de la femme; ils admettent également l'erreur sur la personne morale et sur la personne physique. C'est ainsi qu'en dehors des cas de nullité pour cause de mésalliance chacun des deux époux peut exercer l'option s'il y a eu erreur sur la condition morale de son conjoint.

Au point de vue de la conformation physique, de la maladie et des infirmités, le texte Malékite admet comme donnant ouverture au droit d'option : 1° la lèpre, 2° l'éléphantiasis, 3° l'insanité d'esprit, 4° les vices de conformation susceptibles de produire l'impuissance chez l'homme, la stérilité chez la femme. Certains auteurs admettent en outre la non-virginité de la femme qui s'est fait passer pour vierge lors de la conclusion du mariage.

Cette énumération ne contient que les cas prévus par la loi elle-même. Contrairement au rite Hanafite, le rite Malékite admet que les époux peuvent soumettre la validité de leur union à l'absence de telle maladie déterminée, que le mari peut valablement stipuler la condition de virginité

de la future, etc... Nous avons vu que le texte Hanafite déclare de telles stipulations inexistantes.

**170.** — Les Malékites enseignent que pour l'exercice de l'action rédhibitoire il faut : que le vice soit prouvé, que le conjoint l'ait ignoré lors de la conclusion et, s'il s'agit de la femme, qu'il soit antérieur au mariage; mais ils admettent que le vice rédhibitoire, sauf l'impuissance dont le mari serait atteint en cours de mariage, donne à la femme le droit d'option.

En somme, on peut dire que tout vice survenu pendant le mariage peut donner lieu, dans ce rite, à la dissolution puisque le mari peut toujours agir par voie répudiaire et la femme par voie d'option. Mohamed Assem s'exprime ainsi : « Le vice physique existant chez l'homme avant *ou* après la consommation du mariage donne naissance à un droit d'option, excepté pour l'impuissance survenue après le mariage consommé. » Comment prouvera-t-on que le vice de la femme est antérieur au mariage? S'il s'agit de la virginité, la femme ne doit pas, comme chez les Hanafites, être visitée. « Une femme libre, dit El Téoudi, ne doit pas, pour pareille chose, être mise à nu. »

**171.** — La femme est appelée à prêter serment sur le fait de sa virginité et si elle est incapable son représentant jurera pour elle. Certains docteurs enseignent que le serment de la femme tranchera toute contestation portant sur l'époque à laquelle le vice rédhibitoire s'est produit, c'est-à-dire sur le point de savoir si ce vice est antérieur ou postérieur au mariage. D'autres pensent que le mari peut, dans certains cas, être cru dans son affirmation sous serment.

**172.** — Aucun délai fatal n'est imposé pour l'exercice du droit d'option; mais l'époux perdrait ce droit si, ayant connaissance du vice de son conjoint, il continuait à avoir avec lui des rapports d'époux; il y aurait là, d'après les auteurs, une renonciation tacite à l'exercice du droit ou plutôt il y aurait option en faveur de la continuation du mariage<sup>1</sup>.

**173.** — Lorsqu'un des époux a introduit sa demande en séparation, la procédure diffère suivant que le vice allégué est de ceux qui ne peuvent disparaître ou se guérir, ou qu'au contraire il est de ceux dont on peut espérer la guérison. Dans le premier cas, la séparation sera immédiatement prononcée si l'existence du vice est reconnue; dans le second cas, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une maladie, de l'impuissance du mari ou de la stérilité de la femme.

S'il s'agit d'une maladie, le magistrat fixera un délai d'une année pendant lequel le mariage sera suspendu; le mari ne pourra, pendant ce laps de temps, cohabiter avec sa femme et il ne sera pas tenu de l'entretenir. A l'expiration du délai, l'union sera dissoute sur la réquisition du conjoint si la maladie n'est point guérie.

S'il s'agit de l'impuissance du mari, le délai d'un an lui sera accordé et ne commencera à courir qu'après son rétablissement s'il est malade au moment du jugement qui l'impartit, mais, à l'expiration de l'année, le mari sera cru s'il affirme sous serment que son impuissance a cessé et qu'il a eu des relations avec sa femme: s'il refuse de jurer, la femme peut, après avoir elle-même prêté ser-

<sup>1</sup> Perron sur Sidi Khalil, t. II, p. 403.

ment, exercer le droit d'option. On voit combien cette disposition est contraire à celles du rite Hanafite.

En cas de stérilité de la femme, si la cause en est dans un défaut de conformation, il y a lieu à séparation immédiate. Si le vice a pour cause une maladie guérissable, le magistrat fixe le délai accordé à la femme, délai dont il a tout pouvoir de déterminer la durée.





## LIVRE DEUXIÈME.



### DES DROITS ET DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.



## CHAPITRE PREMIER.

### DE LA COHABITATION ET DU PARTAGE ÉGAL DES NUITS.

---

#### SOMMAIRE :

- 174. Préliminaires et division du livre.
- 175. Droit du mari, chez les Hanafites, de s'abstenir du devoir conjugal.
- 176. Doctrine opposée des autres rites.
- 177. Égalité dans le partage des nuits; exception admise par les Malékites.
- 178. L'égalité doit s'entendre relativement au laps de temps qui s'écoule entre le coucher et le lever du soleil, non à une période de vingt-quatre heures; divergences.
- 179. Exception relative au voyage.
- 180. Exception relative à la maladie du mari.
- 181. Exception relative à la femme désobéissante.
- 182. Dérogations conventionnelles.
- 183. Mesures de coercition contre le mari en cas d'infractions.

**174.** — Les époux, en outre des devoirs spéciaux à chacun d'eux, ont une obligation générale et réciproque qui est inhérente à toute union légitime; ils se doivent mutuellement fidélité. La loi punit de la même peine corporelle l'adultère de la femme et celui du mari.

Les devoirs du mari envers sa femme se trouvent résumés dans l'article 17 du texte Hanafite et développés dans les trois premiers chapitres du livre deuxième; ils consistent pour lui :

1° A cohabiter avec sa femme une fois au moins au cours du mariage et à faire entre ses épouses, s'il en a plusieurs, un égal partage des nuits,

2° A entretenir convenablement sa femme,

3° A la traiter avec bienveillance,

4° A lui laisser fréquenter, de la façon et dans les limites fixées par la loi, son père, sa mère et ses autres parents.

Les devoirs de la femme sont contenus dans les articles 17 et 212 du texte et consistent pour elle :

1° A être soumise et obéissante à son mari,

2° A ne pas se refuser au désir de son mari quand il est légitime,

3° A garder le domicile conjugal et à ne pas s'en absenter sans motif légitime ou l'autorisation du mari.

Nous allons étudier successivement, dans les chapitres du présent livre, chacune des prescriptions que nous venons d'énumérer.

Il est ordonné en outre à la femme de veiller à la conservation de ses biens et de ceux de son ménage et de n'en disposer sans l'autorisation maritale que selon la coutume. Nous renvoyons, quant au droit de disposition de la femme mariée, au chapitre relatif aux incapables et à ceux relatifs aux donations entre-vifs et aux testaments.

**175.** — La femme ne peut se refuser sans motif légitime à l'accomplissement du devoir conjugal; il en est autrement quant au mari qui, une fois le mariage consommé, a le droit de s'abstenir. Cette doctrine, contraire à celle de tous les autres rites et à l'essence même du mariage, est écrite, il faut le reconnaître, dans le Code Hanafite. Elle est en contradiction avec la loi naturelle et aussi avec d'autres dispositions écrites de ce rite. Il est difficile

d'admettre que la femme qui tire de l'impuissance du mari un droit d'option, qui est tenue comme lui au devoir de fidélité conjugale, ne puisse se faire un grief susceptible d'entraîner le divorce de l'abstention prolongée du mari, tout au moins lorsque cette abstention est volontaire et par conséquent injurieuse. Les législations d'Occident admettent généralement, dans leur jurisprudence, que le fait par un époux de délaisser sa femme peut être, suivant le cas, considéré comme une injure grave donnant ouverture à la séparation de corps ou au divorce.

Malgré ces considérations d'équité, il est difficile de ne pas reconnaître au mari, chez les Hanafites, le droit de s'abstenir de rapports sexuels avec sa femme, en l'état des dispositions des articles 151 et 152 du texte. L'article 151 porte en effet que « le mari n'est obligé judiciairement de cohabiter qu'une fois avec sa femme dans toute la vie conjugale, » et l'article 152 dispose que le mari doit à toutes ses femmes le partage égal des nuits « pour leur tenir compagnie. » Il faut remarquer encore que si le texte revient à plusieurs reprises sur l'obligation imposée à la femme de ne pas se refuser aux désirs de son mari, il est muet quant à l'obligation corrélatrice de celui-ci. Enfin, les prescriptions de la loi sur le partage des nuits doivent être observées (art. 153, § 2) malgré les règles, les couches, les maladies de la femme, l'état d'irham. C'est dire que ces prescriptions n'ont pas trait aux rapports sexuels des époux. Nous croyons par conséquent que cette inégalité, contraire, nous le répétons, au but final du mariage, ne peut être juridiquement contestée au point de vue légal, en présence des dispositions non équivoques que nous venons d'analyser.

Le mari, nous l'avons dit, doit consommer le mariage et n'est ensuite tenu à aucune obligation au point de vue

de l'acte sexuel; nous verrons qu'il n'en est pas de même quant à la simple fréquentation de sa femme, à sa présence auprès d'elle, au temps qu'il doit lui consacrer.

**176.** — Les auteurs des rites Malékite, Chaféite et Hanbalite et la jurisprudence, tout en n'imposant pas au mari le partage égal des relations, égalité qu'ils recommandent toutefois, enseignent une doctrine qui diffère essentiellement de celle des Hanafites. Barham estime que « celui qui cesse de cohabiter avec sa femme (et la cohabitation s'entend ici du rapport des sexes) pour avoir des relations avec une autre, cause à la première un préjudice qui entraîne le divorce. » Le Moudaouana porte : « Si la femme est lésée dans ses droits (à ce sujet) elle obtiendra le divorce sans délai. » MM. Sautayra et Cherbonneau pensent également « qu'il y a lieu à divorce lorsque le mari s'abstient du devoir conjugal. » La jurisprudence algérienne des Cadis est unanime en ce sens (Cadi de Milianah, jugement du 24 septembre 1864. — Cadi de Médéah, jugement du 15 décembre 1866. — Cadi d'Alger, jugements des 16 mai 1867 et 9 avril 1869. — Midjelès consultatif d'Alger du 8 octobre 1864. — Cadi de Sétif, jugement du 17 avril 1865). Ce dernier jugement admet que le divorce doit être prononcé alors même que l'abstention ne provient pas de la volonté du mari, si, par exemple, celui-ci est en prison « car, dit cette décision, l'absence du mari oblige la femme à une continence qu'elle n'a pas pu prévoir et contraire aux recommandations faites par le Koran. » Il est vrai que ce jugement a été infirmé par arrêt de la Cour d'Alger du 19 juillet 1865, basé sur ce que l'abstention n'est une cause de divorce qu'autant qu'elle provient de la volonté du mari (Voir en ce sens un arrêt du 6 juillet 1869).

**177.** — Quoi qu'il en soit, le mari qui a plusieurs femmes doit les traiter avec la plus parfaite égalité quant au fait matériel du partage des nuits, qu'il les ait épousées vierges ou non vierges, qu'elles soient musulmanes ou chrétiennes, sans qu'un avantage puisse être fait à la nouvelle épouse et sans qu'il y ait lieu de modifier cette prescription dans le cas où tout rapport sexuel serait impossible ou illicite avec telle ou telle des épouses. Les Malékites admettent cependant que le mari peut consacrer à sa nouvelle épouse, avec laquelle il consomme le mariage, plusieurs nuits consécutives en outre de celles auxquelles elle a légalement droit.

Le mari détermine lui-même le laps de temps consécutif qu'il doit consacrer à chacune de ses femmes et qui peut être de vingt-quatre heures, de trois ou de sept jours et revenir périodiquement au profit de chaque épouse, ainsi que le tour de chacune d'elles, sans qu'il puisse être consenti de faveur à telle ou telle femme au préjudice des autres. Le mari ne doit même pas pénétrer chez celle de ses épouses dont le tour n'est pas venu; il pourrait cependant la visiter si elle était malade et même rester auprès d'elle en cas de maladie grave.

**178.** — L'égalité des visites et de la fréquentation n'est obligatoire pour le mari qu'en ce qui concerne les nuits; il n'y est pas tenu pendant le jour, à moins qu'il ne soit occupé la nuit; dans ce cas il devrait y avoir égalité quant aux séjours que ferait le mari, pendant la journée, chez ses femmes. Le deuxième alinéa de l'article 154 qui porte cette disposition formelle est en contradiction avec la doctrine Malékite ainsi formulée par Sidi Khalil : « Il est recommandé de commencer les fréquentations par la nuit. Pendant le jour, le mari n'entrera pas chez une de ses femmes

autre que celle avec laquelle il a passé la nuit, à moins que ce ne soit pour affaires. »

**179.** — En cas de voyage du mari, les prescriptions que nous venons d'examiner sont suspendues : le mari peut n'emmener qu'une seule femme qu'il a le droit de choisir à son gré mais qu'il lui est recommandé de choisir par la voie du sort. A son retour, les visites reprennent leur tour normal sans que les femmes qui n'ont pas accompagné le mari dans son voyage puissent demander qu'une compensation leur soit accordée et que les nuits passées avec la compagnie de voyage soient défalquées de celles auxquelles elle peut légitimement prétendre en temps ordinaire.

**180.** — Lorsque le mari est malade en sa demeure privée il peut faire venir auprès de lui celle de ses femmes dont le tour est arrivé ; s'il tombe malade chez une de ses épouses il a le droit d'y séjourner tant que dure sa maladie s'il est dans l'impossibilité physique de se rendre auprès de celle qui a droit à sa visite. Mais, en ce cas, une compensation est due aux autres épouses et chacune d'elles peut prétendre à un nombre de nuits égal à celui passé chez sa coépouse par le mari malade.

**181.** — Le verset 38 de la sourate IV permet au mari de priver de l'égalité des nuits la femme désobéissante.

**182.** — Il peut être dérogé par les parties aux règles que nous venons d'étudier ; une femme a le droit d'abandonner son tour à sa coépouse ou de consentir à un partage inégal.

Mais cet abandon, tout facultatif de sa part, ne saurait faire l'objet d'une stipulation valable que pour le présent,

non pour l'avenir, en ce sens que la femme aurait toujours le droit de rompre le pacte modifiant l'égalité prescrite par la loi.

**183.** — La femme lésée par un partage inégal non autorisé par elle a le droit de s'adresser au magistrat qui doit d'abord réprimander le mari et le rappeler à l'observation de ses devoirs conjugaux. Si le mari persiste, en dépit de cette réprimande, il est passible d'une peine correctionnelle « des plus graves, » dit le texte, mais non de l'emprisonnement.

---

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DE L'ENTRETIEN.

#### SECTION I.

##### **Quelles femmes ont droit à l'entretien.**

##### SOMMAIRE :

- 184.** La femme a droit à l'entretien dès la conclusion du mariage.
- 185.** Doctrine opposée des Malékites.
- 186.** Condition de l'habitation chez le mari.
- 187.** Maladie de la femme.
- 188.** Emprisonnement du mari ou de la femme.
- 189.** Règle générale.
- 190.** Voyage du mari ou de la femme.
- 191.** Désobéissance de l'épouse. — Cas de désobéissance.
- 192.** Restitution des frais d'entretien en cas de nullité du mariage.
- 193.** Cessation du droit de la femme.

**184.** — Toute femme qui peut être légitimement et valablement épousée par un musulman a droit à l'entretien dès la conclusion du mariage si elle est, à cette époque, en âge de satisfaire au devoir conjugal et de se faire désirer, ou si, n'étant pas nubile, le mari la prend néanmoins chez lui pour vivre en sa compagnie. Si la femme n'est pas nubile et que le mari la laisse chez ses parents, il ne doit l'entretien qu'à partir de l'époque de la nubilité.

Cette obligation est imposée au mari pauvre, malade, impuissant ou impubère. La femme qui se trouve dans les conditions que nous venons d'exposer a droit à l'entretien, même de la part du mari en bas âge, incapable de consommer le mariage.

**185.** — La doctrine Hanafite est en complet désaccord sur ce point avec la doctrine de Sidi Khalil : « le mari *pubère* doit l'entretien à sa femme *lorsque celle-ci s'est donnée à lui.* » Les Malékites subordonnent donc le droit à l'entretien à la consommation du mariage, tandis que l'article 100, § 2 de notre texte, fait commencer l'obligation du mari, même impubère, à la conclusion.

**186.** — La femme qui continue à habiter la maison paternelle, de l'aveu de son mari ou contre le gré de celui-ci, si elle a dans ce cas une raison légitime, a droit à l'entretien si elle est pubère ; si elle n'est pas nubile elle n'y a droit qu'autant qu'elle habite chez son mari « pour lui tenir compagnie » et, dans cette hypothèse, la femme n'est pas plus tenue d'habiter chez son mari que celui-ci n'est tenu de la recevoir. La cohabitation avec une femme impubère simplement autorisée par la loi, reste facultative aux deux conjoints ou à leurs représentants, c'est ce qui résulte de la combinaison des articles 56, 161 et 166 du texte.

**187.** — Si l'entretien est dû à la femme, en thèse générale, dès que le mariage a été conclu, le droit de l'épouse peut être modifié après la conclusion dans le cas où elle serait ou deviendrait malade. Il y a ici une distinction à faire selon que la maladie se produit avant ou après la consommation.

La maladie de la femme dont le mariage n'a pas été consommé, suspend pour elle tout droit à l'entretien si elle ne peut se transporter au domicile conjugal; mais elle conserverait son droit si elle tombait malade chez son mari ou si elle se faisait transporter chez lui.

Lorsqu'au contraire la maladie se produit après la consommation, la femme qui se trouve au domicile conjugal ou chez son père, quand même elle aurait refusé de suivre son mari, si le refus est légitime, peut réclamer ses frais d'entretien. La femme a le même droit lorsque, sa maladie s'étant déclarée au domicile du mari, elle s'est fait transporter chez ses parents, opposât-elle ensuite un refus à la demande de réintégration du mari, si ce refus est basé sur une raison valable, par exemple si elle est physiquement hors d'état d'être transportée au domicile conjugal.

**188.** — L'état d'emprisonnement du mari, même pour dettes envers sa femme vis-à-vis laquelle il ne peut s'acquitter, n'enlève pas à celle-ci son droit à l'entretien; l'emprisonnement de la femme la prive de ce droit à moins qu'il n'ait pour cause une dette envers le mari.

**189.** — On peut résumer d'ailleurs d'une façon générale les règles relatives à l'entretien de la façon suivante : l'entretien est une charge imposée au mari en compensation de l'avantage qu'il tire du mariage, conformément au vieil adage : *ubi emolumentum ibi onus*. Si l'avantage cesse par suite d'un fait imputable à la femme, l'obligation corrélatrice cesse également.

**190.** — Le voyage du mari ne modifie pas le droit de la femme laissée au domicile conjugal ou chez ses parents: le voyage de la femme seule, même pour accomplir le

pèlerinage, ne suspend pas son droit s'il a été entrepris avec l'agrément du mari. L'article 168 du texte paraît indiquer une solution différente; cet article dispose en effet que si la femme entreprend un voyage ou un pèlerinage sans être accompagnée de son mari, le fût-elle par un parent au degré prohibé, elle perd ses droits à l'entretien pendant son absence. Nous pensons que la rédaction de la disposition dont s'agit est vicieuse et qu'elle doit être interprétée conformément au principe que nous avons posé plus haut : le fait par le mari de ne pas accompagner sa femme est regardé par l'article 168 comme faisant présumer son non-consentement et il est, dès lors, sans difficulté que la femme ne pourra rien réclamer; mais si cette présomption disparaissait devant la preuve contraire, nous pensons que les droits de la femme ne seraient pas modifiés.

Lorsque la femme entreprend elle-même le voyage et emmène son mari, les frais du voyage sont à sa charge; le mari doit les frais de séjour, conformément aux règles sur l'entretien. Si le voyage est entrepris par le mari et qu'il emmène sa femme, il doit à celle-ci les frais de voyage et de séjour.

**191.** — La femme est privée de l'entretien si elle se rend désobéissante et cette perte pour elle comprend tout ce qui est échu et non payé, même ce que la femme a emprunté pour son entretien sans l'autorisation du mari ou de justice. La privation dure autant que la désobéissance; la femme revenue à ses devoirs reprend tous ses droits pour l'avenir mais non pour le passé.

Le texte indique certains cas de désobéissance qui produisent les effets que nous venons d'indiquer; l'énumération qu'il en fait est énonciative et non limitative. On considère comme désobéissante : la femme qui abandonne le

domicile conjugal sans motif valable, celle qui interdit au mari l'entrée de la maison habitée en commun, bien que cette maison appartienne à la femme, à moins qu'elle n'ait demandé au mari de pourvoir à son habitation et que celui-ci ne l'ait pas fait, celle qui quitte la maison pendant le jour pour exercer une profession contre le gré du mari, tout en y rentrant le soir. Le refus par la femme d'accomplir le devoir matrimonial dans le domicile conjugal n'est pas considéré comme un acte de désobéissance suspendant son droit à l'entretien.

**192.** — Dans les mariages entachés de nullité radicale, sauf dans celui où la nullité provient de la clandestinité, et dans les mariages consommés par suite d'erreur, la femme n'a pas droit à l'entretien; les sommes payées volontairement par le mari, à ce titre, restent toutefois acquises à l'épouse mais non celles qu'il n'aurait payées que contraint et forcé, par suite d'une décision du magistrat accordant à la femme, en cours de la demande en nullité, une provision pour son entretien. La femme devrait rembourser les sommes reçues à ce titre si la décision ultérieure du magistrat déclarait la demande fondée, c'est-à-dire le mariage nul.

**193.** — L'obligation imposée au mari de pourvoir à l'entretien de la femme cesse :

1° Par la dissolution du mariage ensuite du décès de la femme,

2° Par la dissolution du mariage venant du fait du mari ou judiciairement prononcée; mais seulement dans certains cas que nous examinerons en traitant de la répudiation, du divorce, de l'edda. MM. Sautayra et Cherbonneau joignent à ces deux cas d'extinction de l'obligation maritale : la désobéissance de la femme. Nous avons dit que c'est là un motif de suspension et non d'extinction du droit.

Les Chaféites, nous le verrons dans le numéro 197, admettent comme cause d'extinction du droit de la femme l'état de gêne survenu dans la situation du mari et ne lui permettant pas de remplir son obligation.

## SECTION II.

### De la nature des frais d'entretien.

#### SOMMAIRE :

- 194. Ce que comprennent les frais d'entretien.
- 195. De leur importance.
- 196. Fluctuation en cours de mariage.
- 197. Le non-paiement peut entraîner le divorce.

#### § I. De la nourriture.

- 198. Comment les aliments doivent être fournis.
- 199. A quelle époque.

#### § II. De l'habillement.

- 200. Étendue de l'obligation du mari.

#### § III. De l'habitation.

- 201. La femme a droit à un logement séparé.
- 202. Du mobilier que doit fournir le mari.

#### § IV. Des domestiques.

- 203. Étendue de l'obligation du mari.

**194.** — La femme a droit comme frais d'entretien :

- 1° à sa nourriture,
- 2° à ses vêtements,
- 3° à son habitation,

4° et, suivant le cas, aux salaires et à l'entretien de ses domestiques.

Nous étudierons, dans la section III, le mode de détermination des frais d'entretien, la procédure relative à cette matière.

**195.** — La fixation, quel qu'en soit le mode, doit toujours avoir lieu en tenant compte des règles suivantes : l'entretien de la femme doit être proportionné à la condition et à la fortune respectives des époux ; il doit être simple si tous deux sont pauvres, médiocre si leurs positions sont inégales, somptueux si tous deux sont riches. Le mari pauvre est tenu envers sa femme d'une condition supérieure *ultra vires*, c'est-à-dire au delà de ce qu'il peut réellement fournir ; mais il ne fournit réellement que ce qu'il est en mesure de donner et le manquant s'accumule pour constituer, au profit de la femme, une créance exigible seulement à l'époque où le mari sera revenu à meilleure fortune.

**196.** — La quotité que peut exiger la femme est d'ailleurs soumise aux fluctuations de la situation du mari. Si le mari devient opulent la femme peut demander une augmentation de cette quotité, de même que le mari peut en demander la diminution s'il tombe dans la gêne. L'article 179 paraît restreindre cette fluctuation au cas où la quotité a été déterminée par décision judiciaire ; nous ne croyons pas que la règle générale que nous venons de poser, et qui est admise par la presque unanimité des docteurs, reçoive exception dans le cas d'une fixation conventionnelle. Nous estimons que le texte Hanafite doit être interprété en ce sens que la pension, même après sa fixation par décision judiciaire, peut être modifiée.

**197.** — Les Chaféites voient dans le devoir qui incombe au mari d'entretenir sa femme une obligation stricte et essentielle du mariage, à tel point que si le mari, par suite de revers de fortune, ne peut plus la remplir, la femme est en droit de demander le divorce. Chaféi a même fixé le quantum des sommes mises de ce chef à la charge du mari et qui est, selon lui, de 1,000 dirhems si le mari est riche, de 500 s'il est pauvre<sup>1</sup>. Cette doctrine est repoussée par les trois autres rites. Sidi Khalil enseigne que « le mari qui se trouve dans la gêne ne doit pas de frais d'entretien, » et il prévoit même le cas où la femme subvient de ses deniers à la nourriture de son mari, en donnant à celle-ci un droit de créance pour la répétition des dépenses par elle faites sans exagération.

Nous allons examiner les règles spéciales à la nourriture, aux vêtements, à l'habitation et à l'entretien des domestiques.

### § I. — *De la nourriture.*

**198.** — La pension alimentaire peut être servie en nature ou en argent, au choix du mari. Mais si le mari ne remplit pas consciencieusement l'obligation par lui prise de la fournir en nature, c'est-à-dire s'il ne donne pas à la femme les choses nécessaires à son alimentation et suivant sa condition, celle-ci peut s'adresser au magistrat qui, après avoir reconnu le bien-fondé de sa réclamation, détermine en argent la valeur dont le mari est redevable de ce chef et le condamne à en payer le montant.

<sup>1</sup> Hédaya, t. I, p. 394.

Dans cette détermination, on prend pour base la valeur des denrées au jour du jugement, sauf modification ultérieure dans le cas de hausse ou de baisse sensible des dites denrées.

**199.** — La pension alimentaire, qu'elle soit fournie en nature ou en argent, est payable d'avance et à des termes qui dépendent de la nature des revenus du mari et de la façon dont il les perçoit.

Celui qui vit d'un travail journalier payé quotidiennement doit fournir à sa femme les choses nécessaires, au jour le jour; l'employé qui est payé à terme fixe s'acquittera par semaine ou par mois suivant qu'il touche ses appointements hebdomadairement ou mensuellement; le cultivateur qui fait ses récoltes annuellement paiera par annuités.

La pension alimentaire peut être exigée quotidiennement si le mari est en retard dans le versement, aux termes qui ont été d'abord fixés; la femme pourrait aussi contraindre le mari à fournir une caution solidaire si elle avait juste sujet de craindre son départ, par exemple dans le cas où il se préparerait à entreprendre un pèlerinage. L'épouse n'est pas tenue de préparer les aliments de son mari; si elle le fait volontairement elle n'a droit à aucune rétribution; elle ne pourrait exiger un salaire que si, sur l'ordre du mari, elle faisait le pain ou préparait les aliments pour les vendre.

## § II. — *De l'habillement.*

**200.** — Le mari, dit le texte, est tenu de fournir à sa femme deux vêtements complets par an, un pour l'été

et un pour l'hiver. Ces vêtements sont fixés eu égard à la position de fortune des époux et suivant les usages locaux.

Cette disposition a été, depuis qu'elle a été édictée, singulièrement élargie par les coutumes; on peut dire aujourd'hui qu'aussi bien quant au nombre que quant à la valeur et à la somptuosité des vêtements, il y a une question de fait qui varie avec chaque espèce. Il reste admis sans contestation que le mari doit vêtir convenablement sa femme suivant sa situation de fortune et les usages du pays; telle est la règle. La Cour d'Alger a adopté cette doctrine par un arrêt en date du 18 janvier 1865. Les magistrats admettent généralement que les dispositions contenues dans l'article 181 du texte Hanafite et qui se retrouvent dans les autres rites ne sont pas de droit strict et que la fixation du nombre et de la valeur des vêtements dus par le mari est laissée à leur appréciation. D'ailleurs l'article 183 permet cette interprétation puisqu'il autorise la femme à réclamer un vêtement supplémentaire dans le cas où le sien aurait été détérioré par l'usage. La femme ayant sur ses vêtements comme sur tous ses autres biens un droit de propriété, la loi met simplement à sa charge la perte ou la détérioration provenant d'un abus ou d'un défaut de précaution; mais lorsqu'elle fait un usage normal, elle ne peut être tenue de se contenter des deux vêtements prescrits par l'article 181 comme minimum de l'obligation du mari.

Comme les aliments, les vêtements doivent être fournis par anticipation et en nature ou en espèces, au choix du mari.!

§ III. — *De l'habitation.*

**201.** — La femme a toujours droit à un logement séparé; le logement doit être proportionné à la condition des époux et, s'ils sont opulents, la femme a droit à une maison particulière.

Le domicile privé de la femme lui est personnel; elle ne peut être contrainte d'y recevoir aucun des parents du mari sauf les enfants que celui-ci aurait eus d'un précédent mariage et jusqu'à l'âge de raison seulement. De même, la femme ne peut garder auprès d'elle aucun de ses parents, pas même ses enfants mineurs issus d'une première union. Ces dispositions peuvent être modifiées du consentement des conjoints.

Une proche parente du mari peut avoir son habitation dans la même maison que la femme et cette dernière n'aurait le droit de réclamer un autre logement que si elle avait à se plaindre, de la part de sa voisine, d'injures ou de mauvais procédés.

Mais les logements doivent toujours être distincts et séparés, et la femme, si elle doit souffrir le voisinage de la parente de son mari dans le corps de logis qu'elle habite, ne peut être contrainte de partager avec elle ses appartements.

Elle a également le droit d'exiger de ne pas être logée dans la même maison que sa coépouse; en fait, ce droit est très rarement exercé. Lorsque le mari loge sa femme dans une maison où elle se trouve seule ou s'il la délaisse pendant la nuit et qu'elle n'ait ni enfant, ni servante, la femme peut exiger d'être logée dans une maison habitée par d'autres personnes honorables et, à défaut, que le mari lui procure une compagne.

**202.** — Les appartements de la femme doivent être meublés par le mari, les meubles et menus objets étant compris dans l'entretien, la femme n'est pas tenue de se servir des objets mobiliers qui seraient sa propriété personnelle. L'importance du mobilier est proportionnée à la fortune des époux et, en cas de désaccord, elle est fixée par décision judiciaire. Un jugement du Cadi de Tlemcen du 14 novembre 1864 a prononcé le divorce parce que le logement fourni à la femme n'était pas convenablement meublé. Le mari se retranchait derrière le texte de la loi aux termes duquel il ne devait fournir qu'une natte ou un lit. Le magistrat a décidé, conformément à l'opinion par nous adoptée plus haut et à une jurisprudence aujourd'hui constante, que l'énumération écrite dans le droit musulman des choses dont le mari est tenu à titre d'entretien ne constituait qu'une indication susceptible d'être modifiée par l'usage, suivant le temps, le pays et les mœurs et que dès lors le mari ne pouvait, aujourd'hui, s'en prévaloir.

#### § IV. — *Des domestiques.*

**203.** — Le mari doit donner à sa femme une ou plusieurs servantes suivant sa position de fortune et les besoins de l'épouse; s'il a des enfants et qu'une domestique ne suffise pas, il doit en entretenir deux ou davantage. L'obligation est d'ailleurs subordonnée à la fortune du mari qui n'en serait pas tenu si ses moyens ne lui permettaient pas cette dépense. L'article 165 du texte semble ne mettre à la charge du mari que l'*entretien* des gens de service; mais les salaires sont compris dans l'entretien. Sidi Khalil s'exprime en ces termes : « le mari

doit obligatoirement les gages des gens de service à l'usage de sa femme si sa condition le comporte. » La femme a le droit de choisir elle-même ses serviteurs sous le contrôle du mari qui pourrait ne pas laisser auprès d'elle une servante vicieuse ou de mauvais conseil.

### SECTION III.

#### De l'acquit de la dette d'entretien et des droits de la femme à ce sujet.

##### SOMMAIRE :

- 204. Moyens de contrainte contre le mari.
- 205. Divorce prononcé pour refus d'entretien.
- 206. Emprunts de la femme pour cet objet.
- 207. Caractère du droit de la femme. — Droit de créance.
- 208. Nature de la créance de la femme; prescription; déchéance.
- 209. Remise de la dette et compensation.
- 210. Prêts faits à la femme; actions contre elle et recours contre le mari.

**204.** — Nous avons vu, sous le n° 98, que si le mari s'est réservé de pourvoir en nature aux frais d'entretien et s'il ne s'acquitte pas convenablement et aux époques voulues de son obligation, la femme peut faire convertir par le magistrat sa créance portant sur des choses fongibles en une créance portant sur la valeur de ces choses déterminée en argent et exiger même un paiement quotidien anticipé. Le mari qui n'obtempérerait pas aux injonctions du magistrat, et cela malgré les observations réitérées de celui-ci, pourrait être, sur la réquisition de la femme, condamné à l'emprisonnement. Ses biens pourraient éga-

lement être vendus à concurrence de la créance d'entretien.

**205.** — Le refus persistant du mari d'entretenir sa femme autorise même celle-ci à demander le divorce; ce refus constitue en effet un véritable sévice. L'article 177 implique ce droit de l'épouse par un argument *a contrario*; il dispose, en effet, que si le mari est dans un état de gêne bien établi le mettant dans l'impossibilité de pourvoir aux besoins de sa femme, il n'encourra aucune peine et que « le magistrat ne prononcera pas le divorce. » Il en faut déduire que le divorce serait au contraire encouru dans le cas où le refus du mari proviendrait de son mauvais vouloir. La jurisprudence est d'ailleurs constante sur ce point que nous traiterons plus à fond en étudiant les questions relatives au divorce. Nous avons vu, sous le n° 197, que les Chaféites admettent le divorce dès que le mari ne subvient plus aux frais d'entretien, y eût-il impossibilité absolue de sa part.

**206.** — La femme dont le mari est sans ressources peut être autorisée par le Cadi à emprunter pour compte de celui-ci ou à acheter ses aliments à crédit. Les parents de la femme qui, à défaut du mari, seraient tenus de son entretien, sont obligés de lui prêter les sommes nécessaires à elle et à ses enfants et peuvent au besoin y être contraints même par voie d'emprisonnement. Les parents auxquels incomberait la charge d'entretenir les enfants en cas de décès du père sont tenus de la même façon.

**207.** — « Les frais d'entretien, porte l'article 198, ne constituent une créance que lorsqu'ils sont fixés par une décision judiciaire ou déterminés d'un commun accord

entre les époux. » C'est là une grave erreur du texte, erreur dont l'évidence est démontrée par les dispositions qui précèdent et qui suivent l'article 198.

Quoique les frais d'entretien n'aient pas été déterminés, la femme n'en a pas moins le droit de les exiger et le droit d'exiger une chose déterminée quant à sa nature et à son espèce et qui peut l'être facilement quant à sa quantité constitue essentiellement un droit de créance. Il en est si bien ainsi, qu'aux termes de l'article 197, la loi accorde à la femme un privilège primant toute autre créance relativement à ses frais d'entretien, sans distinction entre le cas de détermination et l'hypothèse contraire. L'article 200 vient encore à l'appui de notre théorie en accordant à la femme, dont les frais d'entretien n'ont été déterminés ni conventionnellement ni judiciairement, le droit de poursuivre contre son mari le remboursement des sommes qu'elle a dépensées ou empruntées pour son entretien. N'est-ce pas là un droit incontestable de créance? Il est vrai que ce droit est prescriptible par le court délai d'un mois, mais cela n'en modifie nullement l'essence et le caractère.

**208.** — Ce qui est certain c'est que la créance de la femme revêt des caractères différents suivant qu'elle a été ou n'a pas été préalablement déterminée; ce qui est également certain c'est que le droit de l'épouse constitue une créance spéciale ayant des règles qui lui sont propres et qui la distinguent de la créance ordinaire.

Tandis que la créance de la femme au sujet de l'entretien est soumise à une prescription d'un mois tant qu'elle n'est pas déterminée, elle devient imprescriptible pendant toute la vie du mari si la détermination en a été faite d'un commun accord ou par décision du magistrat.

La femme peut réclamer à son conjoint les arrérages quelque considérables qu'ils soient; mais la mort du mari entraîne déchéance absolue; la veuve n'aurait le droit de demander à la succession que le remboursement des sommes par elle empruntées avec une autorisation spéciale de justice (Art. 201 et 202).

La répudiation ne prive la femme de l'arriéré qui lui est dû que si elle a pour cause sa propre inconduite.

Les Malékites n'admettent pas la femme, même dans le délai d'un mois, à réclamer l'arriéré de ses frais d'entretien, ceux-ci fussent-ils fixés d'un commun accord. Ils considèrent que la femme qui ne réclame pas à l'échéance fait remise de ce qui lui est dû. Ils font cependant exception pour le cas où la créance de la femme a fait l'objet d'une décision judiciaire (Arrêt de la Cour d'Alger du 3 octobre 1870). Ce rite enseigne d'une façon générale que le décès du mari emporte déchéance absolue de la femme, même au remboursement des sommes par elle empruntées avec l'autorisation du magistrat.

Les avances faites à la femme par le mari ou par son père pour frais d'entretien ne peuvent lui être réclamées en cas de dissolution du mariage. Ce qui n'a pas été consommé est considéré comme un don et acquis à l'épouse. Les Malékites et les Chaféites sont d'un avis contraire<sup>1</sup>.

**209.** — La femme ne peut faire remise à son mari de ses frais d'entretien tant qu'ils n'ont pas été déterminés; après leur fixation, elle a le droit d'abandonner tout l'arriéré et un terme exigible d'avance, soit que le terme soit d'un jour, d'une semaine, d'un mois ou d'une année. Elle ne pourrait valablement s'interdire de réclamer paiement de ce qui doit échoir ultérieurement.

<sup>1</sup> Hédaya, t. I, p. 400.

Le mari ayant intérêt à ce que sa femme dépense effectivement et avec l'affectation qui leur est particulière les sommes fixées pour son entretien ne peut être contraint de compenser sa dette à ce sujet avec une créance qu'il aurait sur son épouse, mais il peut accepter et même imposer cette compensation.

**210.** — Ceux qui consentent un prêt à la femme pour son entretien ou lui fournissent en nature ce qui lui est nécessaire n'ont d'action que contre elle seule si elle n'a pas été préalablement autorisée par le magistrat ; la femme pourra, suivant le cas, avoir son recours contre le mari. Si au contraire la femme avait été autorisée, les prêteurs auraient une action solidaire contre elle et son mari.

## SECTION IV.

### De l'entretien de la femme dont le mari est absent.

#### SOMMAIRE :

- 211.** L'absence ne constitue pas par elle-même un motif de divorce.
- 212.** Droits de la femme d'un absent quant au paiement de ses frais d'entretien. — Sur quels biens s'exercent les poursuites de la femme.
- 213.** Caution qu'elle doit fournir.
- 214.** Divergences quant aux biens de l'absent qui peuvent être vendus.
- 215.** Cas où la femme s'est approprié les biens de l'absent sans autorisation du magistrat.
- 216.** Contestations du mari, après son retour, soit avec la femme, soit avec les dépositaires et débiteurs qui ont pourvu à l'entretien de celle-ci.

**211.** — L'absence du mari ne constitue pas, à elle seule, un motif de divorce alors même qu'il ne laisse

aucun bien et ne pourvoit pas aux frais d'entretien de la femme; l'article 190 du texte est formel à cet égard. Cette disposition est équitable et juridique au point de vue de la doctrine Hanafite qui n'admet le divorce qu'à la double condition que le mari ne remplisse pas son obligation et qu'il n'en soit pas empêché par un état absolu de gêne. L'absence, en effet, n'implique pas forcément l'abandon volontaire et la femme, dès lors, ne peut s'en faire un grief. Il en serait autrement, à notre avis, si le mari était parti sans esprit de retour, abandonnant sa femme volontairement et négligeant d'assurer ses besoins quotidiens; l'article 177 permet de le décider ainsi par analogie. Il y a donc, quant au divorce, une question de fait abandonnée à l'appréciation du magistrat qui, toutefois, ne pourra le baser sur le seul fait matériel de l'absence.

Examinons la situation de la femme dont le mari est simplement absent, quant à l'exercice des droits relatifs à son entretien.

**212.** — La femme doit s'adresser au magistrat qui lui déférera tout d'abord le serment, sous la foi duquel elle devra certifier : 1° que son mari ne lui a rien laissé avant son départ pour pourvoir à ses besoins; 2° qu'elle n'est pas dans un des cas qui font légalement perdre à la femme ou simplement suspendent son droit à l'entretien.

Le magistrat autorisera ensuite la femme dont il aura fixé la créance à en toucher le montant sur les biens du mari et conformément aux règles suivantes :

Si le mari a laissé des valeurs en or ou en argent, monnayés ou non, ou des deniers et objets mobiliers que la femme puisse appliquer à son entretien, elle pourra s'en emparer à concurrence de ce qui lui est dû.

S'il a laissé des créances actives ou un dépôt, soit en argent, soit en objets de nature à pouvoir servir à l'entretien de la femme, elle sera payée sur leur montant. Mais la femme est tenue de prouver, en cas de dénégation de la part des débiteurs ou dépositaires, tant le fait de son mariage que l'existence des créances ou dépôts, à moins que le magistrat n'en ait personnellement connaissance. Ces preuves faites par la femme ne sont pas opposables au mari et ne peuvent lui être objectées à son retour comme établissant un mariage qu'il dénierait.

Si le mari a laissé des objets mobiliers, soit chez lui, soit à titre de dépôt chez un tiers et si ces objets sont de ceux que la femme ne peut appliquer en nature à son entretien, elle ne saurait être autorisée à en disposer ou à les vendre pour s'en attribuer le produit.

Enfin s'il n'existe que des immeubles ils ne peuvent être vendus pour acquitter la créance de la femme, mais ils peuvent être loués et les revenus lui en être remis à concurrence de ce qui lui est dû. Nous avons dit que si le mari absent ne possède rien, la femme peut être autorisée à emprunter ou à faire des achats à crédit pour compte de l'absent.

**213.** — Dans tous les cas la femme, avant de disposer des choses laissées par le mari ou de toucher ses frais d'entretien sur la valeur de ses biens ou leur revenu, suivant les distinctions que nous venons d'établir, devra fournir caution bonne et valable pour la restitution de ce qu'elle reçoit, au cas où il serait plus tard reconnu qu'elle n'y aurait pas droit.

**214.** — Mouradja d'Ohsson<sup>1</sup> et d'autres docteurs reconnaissent à la femme dont le mari est absent le droit

<sup>1</sup> T. V, p. 180-181.

de poursuivre le recouvrement de sa créance d'entretien par tous les moyens de droit, même par la vente du mobilier et des immeubles.

**215.** — Si la femme a disposé, sans l'autorisation du magistrat et pour son entretien, des biens du mari absent elle ne pourra être recherchée quant à ce, à condition qu'elle n'ait pris en quantité, en valeur et en nature que les choses qu'elle eût été en droit de se faire attribuer par justice conformément aux règles qui précèdent.

**216.** — Au retour du mari, des contestations peuvent s'élever entre lui et sa femme ou entre lui et ses débiteurs et dépositaires qui ont pourvu à l'entretien.

Si le mari dénie le mariage, la femme devra en rapporter la preuve; si elle ne peut le faire, comme c'est elle qui s'est prévalué du mariage pour se faire allouer les frais d'entretien, le serment sera déféré au mari conformément à la règle que nous avons exposée sous le numéro 133. Après avoir prêté serment le mari aura une action contre la femme et sa caution; il pourra également poursuivre le dépositaire qui s'est dessaisi et le débiteur qui a versé les fonds et il est à remarquer que si le mari a le choix de s'adresser indistinctement à la femme ou au dépositaire, il n'a pas le même choix entre la femme et son débiteur; ce dernier seul peut être actionné par lui, sauf son recours contre la femme.

Nous pensons que cette disposition de l'article 192 n'est conciliable avec l'équité que si le dépositaire ou le débiteur ont remis volontairement à la femme les fonds ou les objets qu'ils avaient en mains ou si, appelés devant le magistrat, ils n'ont pas exigé que la femme fit la preuve de son mariage; ils sont dans ce cas en faute de n'avoir pas

fait constater judiciairement, ainsi qu'ils en ont le droit, la qualité d'épouse de la femme demanderesse. Mais s'ils ont contesté cette qualité et qu'une décision du magistrat ait proclamé l'existence du mariage et enjoint aux débiteurs de payer en mains de l'épouse, aux dépositaires de lui remettre les objets destinés à son entretien, il nous paraît bien rigoureux de donner au mari une action contre ceux qui ne se sont dessaisis que sur une injonction de justice, c'est-à-dire contraints et forcés par une autorité légitime. Il n'y a, dans l'hypothèse que nous examinons, aucune faute, même très légère, imputable au débiteur ou au dépositaire.

L'opinion contraire est cependant, nous le reconnaissons, plus conforme au texte de l'article 192 et à l'esprit de la loi qu'on retrouve dans l'article suivant. La fraude de la femme qui a trompé par de fausses preuves le magistrat et les tiers sur sa qualité d'épouse est sans effet quant aux biens eu égard au prétendu mari comme elle est sans effet vis-à-vis lui quant à l'existence du mariage mensongèrement allégué et établi; les tiers seront donc victimes de ce dol et cela fatalement, sans pouvoir y échapper.

Lorsque le mari, à son retour, sans dénier le fait du mariage, soutient et établit que l'union avait été dissoute avant son départ par voie répudiaire, que le temps de l'edda s'était écoulé et que la femme était par suite sans aucun droit à l'entretien, il aura une action en restitution contre la femme ou sa caution mais non contre le débiteur ou le dépositaire qui se seront libérés de bonne foi, c'est-à-dire sans avoir connaissance de la répudiation. Nous ne percevons pas très bien les motifs qui ont déterminé la loi, dans son article 193, à décharger en ce cas le tiers de bonne foi qu'elle déclare non libéré dans l'article précédent.

Le texte établit une différence entre le dépositaire et le débiteur auxquels le magistrat a ordonné de pourvoir aux frais d'entretien de la femme, quant à la preuve de leur libération. Le dépositaire est cru sur son affirmation lorsqu'il soutient avoir fait à la femme la remise ordonnée; le débiteur au contraire doit, en cas de dénégation, rapporter la preuve du paiement par lui effectué.

Lorsque le mari établit, à son retour, qu'il avait laissé à sa femme, avant son départ, de quoi pourvoir à son entretien, ou lorsqu'en l'absence de preuve la femme à laquelle le magistrat a déféré le serment à ce sujet refuse de le prêter, le mari a une action en restitution contre la femme et sa caution; mais si la femme reconnaît avoir reçu de son mari les frais d'entretien, le mari n'a de recours que contre elle seule. Il est difficile de comprendre pourquoi l'aveu fait par la femme libère la caution que la loi a imposée à celle-ci précisément en vue d'une fraude possible de sa part.

---

## CHAPITRE TROISIÈME.

## DE LA PUISSANCE MARITALE

## SOMMAIRE :

- 217.** Nature de la puissance maritale. — Différences entre les principes du droit musulman et ceux des législations d'Occident.
- 218.** Le mari n'a qu'un pouvoir disciplinaire. — Interdiction absolue de tout acte de violence.
- 219.** Mise en observation, arbitres de famille.
- 220.** Droit de visite de l'épouse.
- 221.** Doctrine Malékite.

**217.** — Nous avons vu, par l'étude que nous avons faite de la dot et de l'entretien de la femme, qu'il y a entre les conjoints séparation absolue de patrimoines. La femme garde ses biens propres, les augmente du montant de la dot, a droit, en règle générale dès la conclusion du mariage et jusqu'après sa dissolution, à tout ce qui est matériellement nécessaire à l'existence et que la loi comprend sous la dénomination d'entretien. Il est donc surabondant de dire, ainsi que le fait l'article 206, que l'épouse, quelle que soit sa fortune, n'est pas tenue de contribuer aux charges du mariage. Non seulement elle n'a pas l'obligation de subvenir aux besoins communs mais elle a encore le droit de ne rien prendre sur ses biens pour subvenir à ses besoins personnels et d'exiger du mari ce

qui lui est nécessaire. On voit combien la séparation des patrimoines est plus absolue en droit musulman qu'en droit français où le régime de la séparation de biens ne dispense pas la femme de contribuer aux charges du mariage. Cette différence est aussi sensible quant au droit de disposition de la femme et il n'est pas sans intérêt de noter combien le principe qui domine en ces matières toute la législation musulmane est opposé à celui qui sert de base aux législations d'Occident.

L'épouse mahométane est loin d'être dans la famille l'égale du mari ; si les auteurs qui ont écrit sur la matière se sont élevés à bon droit contre l'opinion qui a généralement cours dans les pays non musulmans et d'après laquelle la femme serait la propriété du mari qui l'achèterait moyennant une dot assimilée à tort à un prix de vente, on ne peut s'empêcher de reconnaître que l'égalité quant à la personne et à la condition n'existe pas, que la femme est dans un état complet de dépendance. Le Koran porte en effet, Sourate IV, verset 38 : « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci. »

Mais si au contraire on considère la situation de la femme quant à ses biens, à son droit d'administration et de libre disposition, on est frappé de voir que la puissance maritale est à peu près nulle en ces matières et qu'à quelques rares exceptions près le mari n'a pas plus de droit vis-à-vis son épouse que vis-à-vis une tierce personne qui lui serait parfaitement étrangère. La femme musulmane a la plénitude du droit d'administration et on peut dire, en règle générale, la plénitude du droit de disposition ; elle peut plaider, transiger, aliéner, sans avoir besoin de l'autorisation maritale. On voit donc que la situation de l'épouse peut se définir ainsi : dépendance

absolue et infériorité quant à la personne, indépendance complète quant aux biens.

C'est le contraire de ce qui a lieu dans les législations d'Europe, spécialement dans le droit français où la femme est vraiment l'égale du mari quant à la personne et à la condition, mais où elle est, quant à ses biens, sous une véritable tutelle, plus ou moins stricte suivant le régime matrimonial adopté, mais toujours sérieuse même dans le régime de la séparation de biens.

**218.** — Nous n'avons donc à examiner, dans ce chapitre, que la nature et l'étendue de la puissance du mari quant à la personne de la femme.

La puissance maritale est toute disciplinaire, le mari doit aider sa femme, la protéger, la bien traiter; il peut, en cas d'infraction, la réprimander ou même lui infliger une peine disciplinaire modérée, par exemple la priver pendant un certain temps du partage égal des nuits; mais il ne doit en aucun cas et sous aucun prétexte user de violence à son égard. La Koran permettait au mari de battre sa femme pour la corriger: « Si vos femmes sont désobéissantes vous les battriez. » Depuis, l'adoucissement des mœurs et les progrès de la civilisation ont fait interdire au mari d'une façon formelle de se livrer sur sa femme à aucun acte de violence, « même, dit l'article 209, pour un motif valable. » Le mari peut être condamné à l'emprisonnement et encourt le divorce s'il bat sa femme; aucun tort de l'épouse ne légitime ou n'excuse la brutalité du mari. Un arrêt de la Cour d'Alger du 28 juin 1865 a prononcé le divorce aux torts d'un mari qui avait violemment frappé sa femme par lui surprise en flagrant délit d'adultère. Nous verrons au titre *du divorce* que les injures même peuvent être un motif de rupture de l'union.

**219.** — Si la femme a de justes sujets de plainte contre le mari, le Cadi pourra statuer *de plano* sur sa demande en divorce ou renvoyer les parties devant des arbitres honorables choisis, de préférence, un dans la famille du mari, un dans la famille de la femme; dans certains pays, le magistrat met préalablement les époux en surveillance pendant un temps déterminé, dans une maison tierce, et ne renvoie devant les arbitres de famille que si la mise en surveillance ne lui a pas fourni des renseignements pouvant éclairer sa religion. Les arbitres doivent essayer de concilier les parties; s'ils n'y parviennent pas ils en réfèrent au Cadi et peuvent même prononcer le divorce si les parties leur en ont donné le pouvoir; mais leur décision doit toujours être sanctionnée par le magistrat qui lui donne force exécutoire.

**220.** — La femme a le droit de visiter son père et sa mère ainsi que ses autres parents dont le mariage avec elle est prohibé; elle a également droit de recevoir leurs visites. Les parties peuvent déterminer par contrat l'étendue et le mode d'exercice de ce droit; si aucun accord n'est intervenu entre elles à ce sujet, elles doivent se conformer à la réglementation écrite dans la loi et qui est la suivante chez les Hanafites :

La femme peut recevoir chez elle son père et sa mère une fois par semaine et sortir pour se rendre auprès d'eux s'ils ne peuvent pas eux-mêmes la visiter. Le droit de visite de la femme, eu égard à ses autres parents au degré prohibé, ne peut être légalement exercé qu'une fois par an. En aucun cas elle ne doit coucher hors du domicile conjugal sans l'autorisation de son mari à moins que ce ne soit pour soigner son père atteint d'une maladie grave et qui n'aurait personne pour lui donner des soins. Dans ce cas, le

devoir filial permet à la femme de s'absenter et de séjourner chez son père pendant le temps qui est nécessité par la maladie. Il est généralement admis que la femme a le droit de voir ses jeunes enfants issus d'un précédent mariage une fois par jour et seulement une fois par semaine lorsqu'ils sont arrivés à l'âge de raison.

**221.** — Les Malékites n'ont pas de règles fixes quant aux visites; le désaccord qui se produit à ce sujet entre les époux est tranché par le magistrat qui régleme alors l'exercice du droit de l'épouse. Un jugement du Cadi d'Alger du 13 février 1871 a autorisé une femme à recevoir son oncle une fois par semaine, à jour et heure déterminés et en présence du mari. On tient compte, en cette matière, des usages locaux, à défaut de convention entre les époux.

Le mari peut, en vertu de sa puissance maritale, interdire à sa femme de sortir du domicile conjugal hors les cas que nous venons de déterminer et de recevoir chez elle aucune personne autre que celles qui y ont légalement droit.

---

## CHAPITRE QUATRIÈME.

### DES DROITS ET DEVOIRS DE LA FEMME.

---

#### SOMMAIRE :

- 222.** Enumération des devoirs de l'épouse.
- 223.** La femme impubère ne doit pas être livrée à son mari. — Constatation de la nubilité.
- 224.** Les prérogatives de l'époux ne lui sont acquises qu'après le paiement de la partie exigible de la dot.
- 225.** Devoir de la femme quant à la résidence.
- 226.** Décisions diverses rendues sur ce sujet.

**222.** — La femme, avons-nous dit sous le numéro 174, doit être soumise et obéissante à son mari, ne pas se refuser à ses désirs légitimes, ne pas s'absenter du domicile conjugal hors les cas limitativement permis. Elle est en état de désobéissance et, par conséquent, répréhensible et punissable, chaque fois qu'elle se soustrait sans motif valable à l'autorité légitime du mari, qu'elle fait ce que celui-ci a à bon droit défendu ou qu'elle néglige de faire ce que celui-ci a raisonnablement prescrit. Nous avons vu sous le numéro 191 plusieurs cas de désobéissance indiqués par le texte, d'une façon d'ailleurs simplement énonciative, et nous avons dit que le mari peut infliger à sa femme, dont il a à se plaindre, une peine disciplinaire, par exemple la priver de l'égalité des nuits.

**223.** — Le mari ne peut exiger que son épouse lui soit livrée que lorsque celle-ci a atteint l'âge de nubilité; jusque-là il peut la recevoir chez lui « pour lui tenir compagnie » si les parents de la femme y consentent, mais il ne doit pas consommer le mariage et, en aucun cas, le père ne peut être contraint à livrer sa fille impubère, tout en ayant le droit de réclamer la partie payable d'avance de la dot. Nous avons étudié quels sont les droits de la femme *srira* relativement à l'entretien.

La nubilité de la femme dépend de sa constitution physique, de sa plus ou moins grande précocité. S'il y a désaccord sur ce point entre les parents de l'épouse et le mari, le magistrat commet deux matrones de confiance chargées de décider si elle est physiquement en état d'avoir des relations intimes avec son époux. « A défaut d'indications physiques, porte la Moulteka d'Ibrahim, la majorité pour les deux sexes est fixée à quinze ans accomplis. » Sidi Khalil et les docteurs Malékites la fixent à dix-huit ans.

**224.** — La femme, même nubile, n'est tenue de consommer le mariage qu'après que le mari a payé le naqd, c'est-à-dire la partie de la dot exigible d'avance, et si elle le consomme volontairement avant ce paiement elle n'est pas tenue de suivre son mari jusqu'à ce que celui-ci l'ait effectué. Elle peut même, après avoir suivi son mari, le quitter et retourner chez ses parents, s'il ne fait pas droit à sa demande et son départ ne la constitue pas en état de désobéissance, ne suspend pas son droit à l'entretien.

Quoique le mariage existe légalement et produise effet dès la conclusion, le mari n'acquiert vraiment ses prérogatives d'époux qu'après le paiement du naqd; c'est alors seulement qu'il peut exiger que sa femme réponde à ses

désirs légitimes, vienne habiter auprès de lui, garde la maison, etc... Le naqd, s'il n'a pas été déterminé, est fixé par la coutume. Si toute la dot était stipulée payable à terme, la femme aurait le droit de se refuser jusque-là, à moins de stipulation contraire.

**225.** — Le mari peut, après le paiement obligatoire, contraindre sa femme pubère à quitter la maison paternelle pour habiter la résidence qu'il lui aura choisie et ce malgré toute stipulation contraire antérieure. Il peut emmener son épouse hors du territoire où le mariage a été contracté, pourvu qu'il soit réputé digne de confiance et que la résidence par lui choisie soit éloignée de moins de trois jours de marche. La femme, même alors qu'elle a reçu toute la dot, n'est pas tenue de suivre son mari à une plus grande distance.

Si la femme, hors des cas prévus, refuse de suivre son époux ou déserte le domicile conjugal, elle peut lui être livrée ou être reconduite chez lui par autorité de justice (Arrêt de la Cour d'Alger du 22 décembre 1884). Nous avons dit que le mari doit fournir à son épouse un domicile séparé, à elle personnel et convenable. L'obligation de celle-ci ne commence donc que lorsque le premier a lui-même rempli la sienne. Il a été décidé avec raison que « la femme est fondée à refuser d'habiter avec son mari dans un enclos de peu d'étendue où se trouve le logement de son beau-père et de sa belle-mère, alors même qu'on établirait un gourbi spécial pour elle » (Arrêt de la Cour d'Alger du 7 mars 1884).

**226.** — Les prescriptions qui précèdent, toutes de fait, sont sans grand intérêt au point de vue juridique. Elles changent suivant les pays et les usages locaux. C'est ainsi

qu'alors que l'article 207 regarde comme non avenue l'obligation prise par le mari lors de la conclusion de laisser sa femme résider chez ses parents, il est au contraire admis en Algérie que cette stipulation est valable et obligatoire. La jurisprudence est constante à ce sujet (Cadi de Constantine, jugement du 10 mars 1866. — Cour d'Alger, arrêt du 14 novembre 1866. — Cadi d'Alger, jugement du 9 août 1862. — Cour d'Alger, arrêt du 7 novembre 1863, etc...).

De même, la femme peut être contrainte, lorsque le contraire n'a pas été stipulé, à suivre son mari, même à une grande distance du lieu où le mariage a été contracté lorsque la localité par lui choisie est administrée et qu'elle peut, le cas échéant, se placer sous la protection du magistrat (Cour d'Alger, arrêts des 15 septembre et 27 novembre 1866.)

La femme peut encore être contrainte à abandonner la résidence primitivement convenue : lorsque le séjour dans cette résidence serait contraire à son honneur ou à sa considération (Cadi d'Oran, jugement du 6 mars 1864); ou lorsque le changement de résidence est imposé au mari par ses fonctions (Cadi d'Oran, jugement du 10 avril 1861. — Cour d'Alger, arrêt du 10 mai 1869).

En somme, la règle générale est que la femme doit habiter chez son mari et le suivre lorsqu'elle ne peut appuyer son refus d'un motif sérieux et légitime. Les magistrats subordonnent toujours, sur ce point, leurs décisions aux faits spéciaux à chaque contestation, en tâchant de concilier les intérêts des deux conjoints et en tenant compte des obligations strictes qui résultent pour la femme du mariage.

## LIVRE TROISIÈME.

### DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

---

#### SOMMAIRE :

#### **227.** Modes de dissolution du mariage.

**227.** — Le mariage valable se dissout : 1° par le décès de l'un des conjoints, 2° par la répudiation, 3° par le divorce, 4° par l'anathème, l'assimilation injurieuse et le serment de continence, 5° par l'apostasie de l'un des époux musulmans, 6° par l'option de la femme en cas d'impuissance du mari.

Nous n'avons pas à nous occuper dans le présent livre de la dissolution résultant du décès de l'un des époux ; cette matière trouvera sa place au titre *des successions*.



## CHAPITRE PREMIER .

### DE LA RÉPUDIATION.

---

#### SOMMAIRE :

- 228.** Historique. — Répudiation Sonnite.  
**229.** Conditions actuelles de validité.

**228.** — La répudiation est le droit reconnu au mari de dissoudre le mariage par sa seule volonté.

Ce droit se rencontre chez les tribus Arabes et Juives dès la plus haute antiquité et comme conséquence de l'infériorité sociale de la femme proclamée par les législations primitives; mais son étendue et les conditions de son exercice ont singulièrement varié suivant les pays et les temps. Au début, il était presque illimité et certaines tribus le reconnaissaient aussi bien au profit de l'épouse qu'au profit du mari. Mais il fut bientôt réservé exclusivement à ce dernier et entouré de certaines formalités, de certaines restrictions destinées à mettre un terme aux abus qu'une licence effrénée avait produits et qui avaient fini par faire du mariage un rapprochement absolument temporaire que chacun des conjoints pouvait faire cesser instantanément par le seul fait de son bon plaisir.

Mahomet ne put supprimer la répudiation, institution complètement passée dans les mœurs des peuples d'Orient,

mais il n'accorda le pouvoir de la prononcer qu'au mari et la soumit à des conditions strictes qui devaient en faire un acte sérieux, réfléchi, entouré intentionnellement de certains obstacles et non plus un acte résultant du caprice et de l'inconstance de l'époux. Il recommanda de n'y avoir recours que pour des motifs graves et, tout en la permettant, il ne cacha pas la répugnance qu'il éprouvait pour ce mode de dissolution des liens conjugaux. « La répudiation, dit-il, est parmi les choses permises, celle que Dieu a le plus en horreur. »

La Sounna exigeait pour que la répudiation fût valable : 1° qu'elle fût prononcée par trois fois, c'est-à-dire par trois répudiations distinctes et par un ; 2° qu'elle le fût pendant la période de pureté de la femme et avant que le mari eût eu des rapports avec elle depuis ses dernières règles ; 3° qu'elle ne fût pas prononcée pendant l'edda.

Le mari ne pouvait donc pas répudier sa femme pendant que celle-ci avait son flux périodique, c'est-à-dire pendant l'état d'impureté, et après la cessation des règles s'il avait eu avec elle des rapports intimes il devait attendre une nouvelle période de pureté. La loi ne souffrait d'exception que dans le cas où le mariage était entaché de nullité radicale. En ce cas, la dissolution par répudiation était recommandée au mari dès qu'il avait connaissance de la nullité, même pendant la période d'impureté de la femme, une union prohibée devant cesser sans délai.

En outre, la femme rentrant en edda dès l'instant de la première répudiation, il résultait de la première des prescriptions que nous venons d'énumérer, d'après laquelle les trois répudiations devaient être successives et de la troisième qui défendait à l'époux de prononcer une des répudiations pendant la retraite, qu'il s'écoulait fatale-

ment un délai minimum de six mois entre la première répudiation et la troisième, seule définitive. La loi imposait ainsi au mari un délai assez long et des manifestations successives de sa volonté afin qu'il ne pût prononcer la dissolution définitive de l'union qu'après mûre réflexion.

Ces sages prescriptions ne furent pas longtemps observées et peu de temps après la mort de Mahomet la répudiation reprit son caractère primitif et redevint un moyen donné au mari de rompre le mariage à son gré, instantanément, à quelque époque que ce soit.

**229.** — Aujourd'hui les quatre rites admettent comme conditions de validité de la répudiation :

- 1° que le mari ait capacité pour la prononcer,
- 2° qu'il manifeste sa volonté à ce sujet,
- 3° que la femme soit en état d'être répudiée,
- 4° que le mari emploie une formule.

Ces quatre conditions sont d'ailleurs aussi bien exigées dans la répudiation réglementée par la Sounna que dans celle dite antisonnite admise par la législation actuelle.

## SECTION I.

### Des conditions de validité de la répudiation.

#### SOMMAIRE :

§ I. *De la capacité du répudiant et de la manifestation de sa volonté.*

**230.** Conditions générales.

**231.** Le droit est personnel mais peut être exercé par mandataire.

**232.** Insanité d'esprit. — Répudiation prononcée par plaisanterie, par contrainte, en état d'ivresse ou de maladie; divergences.

§ II. *Quelles femmes peuvent être répudiées.*

- 233.** Distinction entre la prononciation de la répudiation et son accomplissement.  
**234.** Quand peut être prononcée la répudiation.  
**235.** Des effets de la répudiation prononcée avant la conclusion du mariage.  
**236.** Divergences des rites quant à la répudiation anticipée.

§ III. *Des formules répudiaires.*

- 237.** En quoi consiste la formule.  
**238.** Division des formules.  
**239.** Des formules expresses, équivalentes et figurées. — De la répudiation portant sur une partie du corps.

§ I. — *De la capacité du répudiant et de la manifestation de sa volonté.*

**230.** — Nous réunissons dans ce paragraphe les deux premières conditions de validité indiquées plus haut, à cause des nombreux points d'affinité qui existent entre elles et qui les font facilement confondre.

Pour pouvoir prononcer une répudiation, il faut être musulman, majeur et sain d'esprit. L'infidèle, l'impubère, l'individu frappé de démence (*medjnoun*) ne peuvent valablement répudier. Le *safi* (idiot) ne le peut pas davantage. La loi prend soin d'ailleurs de spécifier que toute maladie mentale enlève au mari qui en est atteint le droit de répudier, quel que soit le degré de gravité de l'affaiblissement intellectuel et de quelque cause qu'il provienne, sénilité, accident, etc.....

**231.** — Le droit de répudiation est exclusivement personnel à celui auquel il appartient, en ce sens qu'il ne peut être exercé pour lui, en cas d'incapacité, par son représen-

tant légal. Le père d'un mineur ne peut répudier pour son fils la femme de celui-ci. Mais le mari majeur peut déléguer une tierce personne pour accomplir l'acte matériel de la répudiation qui doit toujours résulter d'une déclaration formelle faite verbalement ou par écrit. Le muet est exceptionnellement admis à répudier par signes intelligibles.

Le mari peut donc prononcer lui-même la formule de la répudiation, la faire parvenir à sa femme par écrit, l'autoriser à se répudier elle-même, constituer un mandataire à ces fins et ce mandataire peut être une des femmes du répudiant à laquelle celui-ci donne alors le pouvoir de répudier pour lui une ou plusieurs de ses coépouses.

**232.** — Les règles relatives à la valeur et aux vices du consentement en ces matières sont assez délicates et ne sont pas les mêmes dans tous les rites. Les Hanafites admettent comme règle générale que tout homme non atteint d'insanité naturelle répudie valablement par le seul fait de l'expression matérielle de sa volonté.

C'est ainsi qu'ils admettent que la répudiation prononcée par plaisanterie, par contrainte, ou en état d'ivresse volontaire produit tous ses effets, et ils basent leur doctrine sur ce que la loi, en permettant la répudiation à tout homme majeur et naturellement sain d'esprit n'a pas fait d'exception pour le cas où celui-ci serait sous le coup d'une contrainte ou se livrerait à une simple plaisanterie. Ils considèrent cependant comme dépourvu de toute volonté l'homme qui dort, celui qui a été mis par contrainte en état d'ébriété et proclament sans valeur la répudiation prononcée dans ces conditions. MM. Sautayra et Cherbonneau enseignent à tort, sous le n° 331 du *Statut personnel*, que les Hanafites considèrent l'homme ivre comme frappé d'insanité et, dès lors, incapable de prononcer une répudiation

valable. L'article 218 du texte ne permet d'admettre cette doctrine qu'autant que l'ivresse a été produite par contrainte.

Le malade peut répudier valablement, mais la répudiation pouvant, en ce cas, avoir pour mobile la volonté de priver la femme de son droit successoral, ils en restreignent les effets. Nous étudierons dans une section spéciale la répudiation prononcée en état de maladie.

Les Malékites n'admettent la validité de la répudiation que lorsqu'elle est l'expression d'une volonté sérieuse et libre : on voit combien est grande sur ce point la divergence des rites parmi lesquels les uns se contentent du seul fait, de l'expression matérielle d'une volonté, alors que les autres exigent que cette volonté soit, de plus, libre et l'expression non équivoque et intelligente de l'intention intime du répudiant.

Chez les Malékites, la répudiation prononcée par plaisanterie ne produit pas effet, pas plus que celle prononcée par un homme auquel l'ivresse volontaire a enlevé momentanément son libre arbitre. Le Cadi de Tlemcen a jugé en ce sens pour le cas d'ivresse, par décision du 13 septembre 1864, qu'il base sur la doctrine de Sidi Khalil, de Totaï, de Zorkani et d'autres docteurs du rite. La Cour d'Alger a également décidé, par arrêt du 20 décembre 1865, que la répudiation n'était pas accomplie lorsque le mari, tout en ayant prononcé la formule, ne l'avait pas fait sérieusement et avec la volonté bien arrêtée de dissoudre le mariage. Les Chaféïtes et les Malékites, conformément à l'opinion d'Abou Chodja, et de Sidi Khalil, déclarent nulle la répudiation prononcée par contrainte. La contrainte s'entend d'une violence actuelle ou de la crainte raisonnable d'une violence future atteignant l'individu ou ses parents dans leurs personnes ou dans leurs biens. Lors-

qu'un serment de répudiation a été obtenu par contrainte, la répudiation prononcée ensuite par le mari est regardée, par certains jurisconsultes, comme valable parce que celui auquel le serment a été ainsi imposé n'était nullement tenu d'y donner suite.

§ II. — *Quelles femmes peuvent être répudiées.*

**233.** — La répudiation étant un moyen de rompre l'union conjugale ne peut s'accomplir que lorsque le mariage existe, c'est-à-dire lorsque le mari a des droits sur la femme. Mais, si elle ne peut s'*accomplir* que pendant le mariage, elle peut être *prononcée* antérieurement et dans ce cas le mariage existe bien légalement par le concours des deux volontés, c'est-à-dire par la conclusion, mais il est aussitôt rompu par l'*accomplissement* de la répudiation préexistante prononcée *in futurum*.

**234.** — Examinons d'abord le cas le plus ordinaire, celui où le mari n'a pas prononcé la formule répudiaire avant la conclusion : La répudiation peut être prononcée tant que le mariage n'est pas définitivement dissous. Après qu'il l'a été par suite d'annulation prononcée, de nullité radicale reconnue ou de divorce, les ex-conjoints sont étrangers l'un à l'autre et le mari ayant perdu cette qualité a, par cela même, perdu tous ses droits.

Mais la répudiation peut être valablement prononcée à l'égard de la femme en edda par suite d'une répudiation *radjii* (révocable), ou *baïn* (irrévocable) et non définitive (contrairement aux prescriptions de la Sounna.) Elle peut l'être après la séparation pour cause d'apostasie d'un des époux musulmans, une telle séparation ne créant qu'une

prohibition provisoire qui cesse avec la cause qui l'a produite. Le mari peut donc, après la séparation, répudier sa femme définitivement et elle lui sera dès lors interdite jusqu'à ce qu'elle se trouve dans les conditions exigées par la loi pour être libérée ou relevée de la prohibition.

La séparation pour cause d'impuissance du mari ne met pas obstacle, nous l'avons vu sous le numéro 167, à ce que les époux se réunissent par un nouveau contrat de mariage. Le mari peut dès lors, après que la séparation a été prononcée, répudier définitivement sa femme, la séparation en ce cas étant assimilée à une répudiation révocable.

Nous verrons que le serment de continence n'entraîne pour la femme qu'une répudiation baïn imparfaite et dès lors ne la rend pas prohibée au mari. Celui-ci peut ultérieurement prononcer une répudiation par trois qui rend toute nouvelle union impossible tant qu'il n'y a pas eu libération.

**235.** — Quels sont les effets de la répudiation prononcée avant la conclusion du mariage?

Un homme peut épouser une femme qu'il s'est engagé d'avance à répudier et comme, dans ce cas, le mariage aura légalement existé pendant un temps, inappréciable il est vrai, il produira ses effets légaux notamment en ce qui concerne le paiement de la dot. L'article 253 offre un exemple de répudiation anticipée et prévoit l'hypothèse où l'homme regarderait d'avance comme répudiée telle femme déterminée, dans le cas où il viendrait à l'épouser plus tard.

L'article 257 prévoit une hypothèse plus générale, celle dans laquelle un homme ne pourrait se marier avec quelque femme que ce soit sans que l'union fût résolue dès sa conclusion. C'est le cas où le serment a été formulé en ces

termes : « Chaque fois que j'épouserai une femme, elle sera répudiée. » L'article dispose en effet qu'après un pareil serment « toute femme qui sera épousée sera immédiatement répudiée. »

On peut donc, à plus forte raison, répudier à l'avance toute femme qu'on épouserait dans tel pays déterminé, dans telles conditions prévues, par exemple toutes celles qui ne seraient pas vierges.

**236.** — La doctrine Malékite n'admet la répudiation anticipée que si elle n'a pas pour résultat d'empêcher l'homme qui l'a prononcée de trouver facilement une épouse avec laquelle il puisse contracter un mariage durable. Dans ce rite, il est permis de répudier d'avance les femmes qu'on épousera dans tel pays, les femmes qu'on épousera non vierges, les femmes appartenant à telle tribu ; mais on ne saurait répudier par anticipation : toutes les femmes qu'on épousera dans la suite, toutes les femmes vierges, puis les non vierges, toutes les femmes qu'on épousera en dehors de telle famille.

Le serment de répudier toute femme qu'on épousera jusqu'à une époque déterminée est valable en principe, mais les docteurs Malékites autorisent celui qui l'a prêté à n'en pas tenir compte s'il craint, en l'observant, de tomber dans la débauche.

Le texte Hanafite range la répudiation anticipée parmi les répudiations conditionnelles : il y a bien, en effet, une condition puisque la répudiation est soumise au fait du mariage, fait qui dépend de la volonté de deux personnes ; nous pensons cependant qu'il y a là une condition *sui generis* dont l'étude devait être faite dans la présente section, et nous renvoyons à la place que lui assigne le Code Hanafite l'examen des questions auxquelles donne lieu la répudiation conditionnelle en général.

### § III. — *Des formules répudiaires.*

**237.** — L'article 225 porte que « l'emploi d'une formule est indispensable pour la validité de la répudiation. » C'est ce que reconnaissent tous les rites. La doctrine cependant a donné à cette règle expresse une singulière extension, de par la tendance qu'elle a toujours marquée depuis Mahomet à laisser une carrière de plus en plus large au pouvoir discrétionnaire du mari. L'Hédaya (t. I, page 236) rapporte l'opinion de certains jurisconsultes d'après lesquels la répudiation existerait dès que le mari en aurait *conçu* l'intention, sans même qu'il eût besoin de l'exprimer d'une façon quelconque. Sidi Khalil va aussi loin, tout en exigeant en théorie l'emploi d'une formule; il considère en effet toute parole absolument étrangère au fait de la répudiation, celle-ci par exemple « donne-moi à boire, » comme constituant une formule si le mari a eu mentalement l'intention de lui donner ce sens. Cela revient à dire que la simple intention suffit quoique non exprimée. Les Hanafites n'admettent pas une pareille théorie qui a pour effet évident de supprimer une des règles fondamentales de cette matière essentiellement formulaire. C'est là, selon nous, la vraie doctrine. Ils admettent bien qu'on ait recours à l'intention du mari lorsque celui-ci a employé une formule figurée, mais ils exigent que cette formule puisse signifier la répudiation. C'est seulement lorsqu'elle est susceptible de deux interprétations opposées qu'ils recherchent dans les circonstances où elle a été employée l'intention présumable de l'époux.

**238.** — Les formules peuvent être expresses, équivalentes ou figurées. Les formules expresses sont celles dans

lesquelles le répudiant se sert du mot « talak » (répudiation), ou d'un de ses dérivés, ou d'un mot emprunté à une langue étrangère ayant exactement le même sens.

Les formules équivalentes sont : l'écriture distincte, les signes du muet et les signes avec les doigts accompagnés du seul mot talak; les formules figurées sont celles qui peuvent contenir l'expression par le mari de la volonté de répudier.

**239.** — Les formules expresses et équivalentes se suffisent à elles-mêmes; leur énoncé seul produit effet sans qu'il y ait lieu de rechercher l'intention du mari; les formules figurées, au contraire, n'entraînent la répudiation qu'autant que les circonstances permettent d'en déduire la volonté de dissoudre l'union.

Les Chaféites autorisent une répudiation restreinte portant sur une partie seulement du corps de la femme : on peut répudier un bras, une jambe. Les Hanafites et les Malékites n'admettent pas cette répudiation partielle. Ils l'annulent ou la valident pour le tout suivant la partie du corps qui a été répudiée.

## SECTION II.

**Des différentes répudiations. — De la répudiation radjii.  
— De ses effets civils et du retour.**

### SOMMAIRE :

- 240.** Division et subdivision. — Répudiation radjii ou révocable; répudiation baïn ou irrévocable, parfaite ou imparfaite.
- 241.** Répudiation radjii.
- 242.** Formules figurées.
- 243.** Interprétation des formules équivalentes.

244. Répudiation par fractions, par un demi, deux tiers, etc.  
 245. Effets de la répudiation radjii.  
 246. Du droit de retour ; à qui il appartient.  
 247. Il peut être exercé sans le consentement de la femme.  
 248. Mode d'exercice.  
 249. Conditions de validité du retour.  
 250. Ses effets.  
 251. Preuves de la répudiation et du retour.

**240.** — La répudiation se divise en radjii ou révocable et en baïn ou irrévocable.

Cette dernière se subdivise elle-même en répudiation imparfaite, ce qui a lieu lorsqu'elle n'est prononcée que par une ou par deux fois, et en répudiation parfaite ou définitive lorsqu'elle est prononcée par trois fois.

**241.** — Nous allons étudier en premier lieu la répudiation radjii. La répudiation radjii ou révocable ne peut s'adresser qu'à une femme dont le mariage a été consommé. Toute répudiation prononcée avant la consommation est baïn, qu'elle qu'en soit la formule.

La répudiation est radjii lorsque le mari emploie une formule expresse, simple, non accompagnée du nombre trois exprimé formellement ou avec les doigts, ni qualifiée expressément baïn, ni portée à un très haut degré ou comparée à un objet pouvant entraîner la répudiation définitive. Lorsque le mari dit à sa femme : « tu es répudiée, je t'ai répudiée, » la répudiation est révocable et par un, alors même qu'il aurait eu l'intention de la prononcer irrévocable, ou par deux, ou par trois. Les Malékites donnent au contraire à cette formule simple l'effet que le mari a voulu y attacher. Les expressions « la répudiation est obligatoire pour moi, la répudiation m'incombe, » entraînent la répudiation révocable et par un quand même

le mari aurait eu l'intention de la prononcer par deux ; toutefois, s'il déclarait avoir eu en vue une répudiation baïn, sa déclaration pourrait être admise.

**242.** — Les formules figurées, lorsqu'elles ne se rapportent pas à un objet qui fait présumer une répudiation irrévocable comme le ferait celle-ci : « tu es pour moi comme morte, » n'entraînent qu'un acte répudiaire radjii. Il en est ainsi des trois formules suivantes : « compte tes époques lunaires, observe la continence, tu es seule. » Ces trois formules sont d'ailleurs les seules admises par les Hanafites parmi les formules figurées comme entraînant une répudiation radjii ; les autres formules figurées entraînent toutes la répudiation baïn.

**243.** — L'article 229 du texte Hanafite pose les règles suivantes quant à l'interprétation des formules équivalentes :

Lorsque le mari prononce ces formules sans y avoir été provoqué, on recherchera son intention ; s'il a eu en vue la répudiation, la femme encourra une répudiation révocable et par un, alors même que le mari aurait voulu une répudiation plus ample ; s'il n'a pas eu l'intention de répudier, la formule prononcée sera sans effet.

Si au contraire le mari a été provoqué à prononcer la formule figurée, soit par la colère, soit par une demande de répudiation à lui adressée par la femme, l'intention du mari est, par cela seule, présumée et la femme encourt une répudiation radjii par un.

L'Hédaya (t. I, pages 238 et suivantes) pose les mêmes règles avec cette différence, toutefois, que si la formule a été prononcée dans un moment de colère, elle est réputée sans valeur, l'homme est regardé comme momentanément privé de raison.

**244.** — La répudiation révocable peut être prononcée par un ou par deux, elle peut l'être aussi par une fraction. Mais la fraction, quelle qu'elle soit, compte pour l'entier : Ainsi une répudiation par un et un quart, constitue une répudiation par deux. Les fractions ne s'additionnent pas et chacune d'elles constitue une répudiation entière; par exemple une répudiation par un quart et une demi constitue non une répudiation par un, ainsi que cela serait si elle avait été faite par trois quarts, mais une répudiation par deux.

**245.** — Quels sont les effets de la répudiation radjii? Cette répudiation sépare les époux mais ne dissout pas le mariage; la femme entre immédiatement en edda qui dure jusqu'à l'expiration de sa troisième période menstruelle. Nous déterminerons plus exactement cette durée et examinerons les questions que sa fixation et les contestations qui s'y rapportent peuvent faire naître, au chapitre de l'Edda.

Le mari conserve, pendant la retraite, la puissance maritale et est redevable envers la femme de son entretien; les droits successoraux de chacun des époux vis-à-vis son conjoint continuent à subsister, en quelque circonstance que la répudiation ait été prononcée, enfin la femme n'est pas prohibée au mari qui peut la reprendre en exerçant le droit de retour.

La femme a le droit de vivre séparée tant que l'edda continue, mais le mari a le pouvoir de s'introduire chez elle et de la traiter en épouse, ce qui constitue le retour et met fin à la retraite. Il a ce droit, même dans le cas où il y aurait formellement renoncé au moment de la répudiation ou après. Cependant si le mariage n'avait pas été suivi de cohabitation et avait été consommé par une simple entrevue, quelque régulière qu'elle fût, le mari ne pourrait

exercer le droit de retour; nous avons dit que si le mariage n'avait pas été consommé la répudiation ne serait pas radjii mais baïn.

Si le mari laisse expirer le temps de l'edda sans reprendre sa femme, le mariage est dissous; la femme peut disposer de sa personne; la puissance maritale s'évanouit; les parties ne sont plus appelées à la succession l'une de l'autre; le kali qui serait encore dû devrait être payé par le mari à moins qu'il ne fût pas encore échu; enfin, tous les effets ordinaires de la rupture de l'union conjugale sont produits.

**246.** — Comment s'exerce le droit de retour? Le droit de retour est personnel au mari qui a répudié sa femme; nous avons étudié les règles relatives à la capacité du répudiant : les conditions de capacité sont les mêmes quant à l'exercice du droit de reprise. Si donc le mari, après avoir valablement répudié sa femme, devenait fou, il ne pourrait la reprendre; la femme aurait le droit de n'y point consentir. Les docteurs des rites qui n'admettent pas la validité du mariage contracté en état d'irham enseignent que le mari peut exercer le retour pendant le pèlerinage.

MM. Sautayra et Cherbonneau, sous le n° 357 du *Statut personnel*, commentant ces expressions du texte : « tout mari qui a répudié sa femme a le droit de la reprendre, » ajoutent que ces termes généraux comprennent « le mineur, l'interdit, le muet, le malade, aussi bien que le majeur dans toute la force de la santé et de la raison. » Il y a là une erreur manifeste; le mineur ne peut exercer le droit de retour puisqu'il ne peut répudier, l'interdit ne le peut que si son interdiction a été prononcée pour cause de prodigalité et non pour cause d'insanité d'esprit; le malade ayant le droit de prononcer une répudiation valable a le

droit de la faire cesser. Quant au muet il ne peut faire difficulté que sa capacité de répudier par signes étant écrite dans la loi, le droit de retour ne lui soit également reconnu.

**247.** — Le droit de retour est un des attributs de la puissance maritale qui ne cesse pas pendant l'edda, nous l'avons dit, dans la répudiation radjii; il peut donc être exercé sans le consentement de la femme et sans que le mari soit obligé de la prévenir. Il est toutefois recommandé à celui-ci d'instruire son épouse de sa volonté et de donner à la reprise une sorte de publicité par une déclaration faite devant témoins.

**248.** — Le mari peut, pour reprendre sa femme, faire une déclaration expresse et lui dire : « je t'ai reprise, » ou si elle est absente déclarer à des témoins : « j'ai repris ma femme. » Il peut également ne pas faire de déclaration; le fait de la cohabitation et de la reprise des rapports conjugaux met fin à l'edda, « que ces actes, dit le texte, proviennent du mari ou de la femme, même par surprise. » Cette doctrine fondée sur l'Hédaya (t. I, p. 290) est combattue par les Malékites et les Chaféites, qui enseignent que le mari doit manifester sa volonté par paroles ou par signes et n'admettent pas la cohabitation comme suffisante pour l'établir, aussi prolongée soit-elle.

**249.** — Il faut, pour la validité du retour, qu'il soit immédiat, pur et simple; tout retour à terme ou soumis à une condition est sans effet. Certains auteurs considèrent comme immédiat le retour fixé à un terme très rapproché, par exemple celui formulé en ces termes : « je te reprendrai demain. » Le texte ne paraît pas permettre cette inter-

prétation, le terme, quelque rapproché qu'il soit, étant exclusif du caractère immédiat exigé par la loi.

**250.** — Lorsque le mari a exercé son droit de retour, la première union reprend son cours avec tous les droits et obligations attachés à la qualité d'époux, sans qu'il soit besoin d'un nouveau contrat et avec toutes les stipulations qui régissaient le mariage avant la répudiation. Il ne faudrait cependant pas conclure de là que la reprise annule absolument la répudiation; celle-ci subsiste en ce sens que si le mari, dans la suite, répudie de nouveau sa femme, la première répudiation sera comprise dans le nombre trois, qui rend définitive la rupture du mariage. Ainsi le mari qui a répudié sa femme radjii et par un et qui la reprend, s'il vient ensuite à prononcer une répudiation par deux, ou deux répudiations par un, prononce en réalité une répudiation par trois.

**251.** — Les preuves de la répudiation et celles du retour sont celles du droit commun, spécialement le témoignage : il est recommandé au mari, nous l'avons dit, de faire constater la reprise par témoins et à la femme d'exiger cette formalité.

## SECTION III.

**De la répudiation baïn parfaite et imparfaite.**

## SOMMAIRE :

- 252.** Caractère principal de la répudiation baïn.
- 253.** Distinction entre les formules au point de vue de leurs conséquences.
- 254.** De l'anathème. — De l'assimilation injurieuse et du serment de continence.
- 255.** Formules baïn.
- 256.** Autres formules et autres cas de répudiation baïn.
- 257.** Effets généraux de la répudiation baïn.
- 258.** Effets spéciaux à la répudiation baïn imparfaite.
- 259.** Effets spéciaux à la répudiation baïn parfaite.
- 260.** Comment s'opère la libération de la femme.
- 261.** Elle anéantit toute répudiation antérieure.

**252.** — La répudiation baïn, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, est irrévocable; elle dissout immédiatement le mariage; nous en étudierons plus loin les effets; disons cependant dès maintenant et pour bien marquer la différence qui sépare la répudiation imparfaite de la répudiation parfaite ou définitive que la première ne crée pas entre les époux de prohibition pour l'avenir, qu'ils peuvent donc se réunir par un nouveau mariage valable. tandis que la seconde rend la femme interdite à son ancien mari jusqu'à ce qu'elle ait été affranchie de la prohibition de la façon que nous examinerons plus loin et que nous avons déjà étudiée dans la section I du chapitre II, relative aux empêchements absolus.

**253.** — La distinction entre les formules de la répudiation radjii, entre celles qui entraînent la répudiation baïn imparfaite et celles desquelles résulte une répudiation baïn définitive est très délicate et très subtile.

On peut poser les règles générales suivantes :

Lorsque la répudiation est qualifiée révocable expressément ou que, sans être qualifiée, elle n'entraîne pas l'idée d'irrévocabilité, lorsqu'elle est faite par assimilation à un objet peu considérable ou de peu d'étendue et qui ne renferme pas l'idée de prohibition, elle est radjii.

Lorsque la répudiation est qualifiée simplement baïn, lorsqu'elle est faite en termes indiquant l'intention de la rendre irrévocable, lorsqu'elle est faite par assimilation à un objet considérable, d'une certaine étendue ou qui renferme l'idée de prohibition, elle est, en général, baïn imparfaite.

Lorsque la répudiation est faite par une seule formule par trois, soit au moyen du mot talak ou d'un de ses dérivés accompagné du nombre trois exprimé verbalement ou avec les doigts, soit par une formule impliquant une répudiation définitive, soit par assimilation à un objet d'une très grande étendue ou par plusieurs formules successives au nombre de trois, que ces formules soient radjii ou baïn, la répudiation est baïn, parfaite ou définitive.

Ces règles sont loin d'être absolues; elles sont suivies lorsque l'intention du mari n'est pas définissable, mais elles cèdent généralement devant l'intention contraire de l'époux qui peut être cru sur sa simple déclaration lorsqu'après avoir prononcé une formule répudiaire baïn imparfaite il déclare qu'il a eu en vue une répudiation définitive.

**254.** — Le Koran, en outre de la répudiation proprement dite que nous étudions en ce moment, admet trois

cas de dissolution de l'union conjugale ensuite de formules spéciales ou serments et qui sont : l'anathème, l'assimilation injurieuse et le serment de continence. Le texte Hanafite présente sur ces matières qui s'y trouvent disséminées et incomplètement exposées des lacunes que nous essaierons de combler.

Ces modes de dissolution ayant de grands points de ressemblance avec la répudiation proprement dite mais en différant à d'autres points de vue, nous avons cru devoir en faire l'objet d'une section spéciale. Occupons-nous des formules relatives à la répudiation baïn.

**255.** — Lorsque le mari se borne à dire : « tu es répudiée baïn ou irrévocablement, » la femme encourt une seule répudiation baïn ; si le mari nie avoir eu l'intention répudiaire, la répudiation irrévocable par un est cependant acquise ; s'il soutient avoir eu en vue une répudiation définitive ou parfaite il est cru en son affirmation. Si le mari emploie l'unité tout en donnant une grande expression à cette unité comme dans les formules : « tu es répudiée d'une répudiation dure, longue ou large, » ou « de la plus dure, de la plus longue ou de la plus large des répudiations, » ou encore « d'une répudiation grande comme la montagne, » la femme encourt une répudiation baïn imparfaite.

La formule entraîne la répudiation baïn parfaite ou définitive lorsqu'elle est faite par trois, par exemple lorsque le mari s'exprime ainsi : « tu es répudiée trois fois, » ou qu'en montrant trois doigts, il dit : « tu es répudiée autant que ces doigts. » Il en est de même lorsque le mari exprime un nombre supérieur à trois ou prend pour terme de comparaison une chose portée à son maximum. Telles sont les formules : « tu es répudiée cent fois — mille fois — tu es répudiée du maximum des répudiations — tu es répudiée

autant de fois qu'il y a de tuiles dans la ville » (Arrêt de la Cour d'Alger du 6 mars 1867).

Lorsque le mari emploie trois formules différentes il y a répudiation par trois si ces formules sont prononcées séparément ou si, prononcées à la suite l'une de l'autre, elles sont liées par la conjonction *et*.

Si le mari s'adressant à une de ses femmes emploie ces formules : « ce qui est illicite est obligatoire pour moi — je t'ai rendué illicite — ton union avec moi cesse d'être légitime, » la femme seule à laquelle il s'est adressé encourt la répudiation baïn. Mais s'il emploie ces expressions : « Tout ce qui est licite m'est défendu — tout ce que Dieu et les musulmans regardent comme légitime m'est défendu, » toutes ses épouses encourrent la répudiation baïn, n'eût-il pas l'intention de la prononcer. La répudiation sera parfaite ou imparfaite suivant que le mari déclarera avoir voulu lui donner l'un de ces deux caractères.

Si le mari a trois femmes et qu'il dise à l'une d'elles nommée Mariem : « tu es associée à Fatma qui est répudiée par trois, » puis, que s'adressant à Zeinab, il lui dise : « tu es associée à elles deux, » les deux premières femmes sont répudiées par trois et la troisième par deux seulement.

Si le mari dit à ses quatre femmes : « vous êtes répudiées par ce qui n'excède pas le chiffre quatre, » chacune d'elles encourt une seule répudiation.

**256.** — La répudiation prend encore le caractère baïn :

1° Lorsque le mari emploie une formule figurée autre que celles-ci : « Compte tes époques lunaires, observe la continence, tu es seule. »

2° Lorsqu'il répudie sa femme moyennant un prix de compensation accepté par la femme à l'instant même.

3° Lorsque le mari après avoir prononcé une ou deux

répudiations radjii laisse expirer le temps de l'edda sans exercer le droit de retour. Les répudiations prononcées perdent alors leur caractère radjii pour prendre celui de baïn.

4° Lorsque la répudiation frappe une femme dont le mariage n'a pas été consommé.

Si la femme est répudiée avant toute cohabitation et toute entrevue privée, elle n'est pas soumise à la retraite. Si au contraire la répudiation a lieu avant la cohabitation mais après une seule entrevue privée, le mariage est réputé non consommé en ce sens que la répudiation est baïn et il est censé consommé en ce sens que la femme doit se soumettre à la retraite.

Lorsque le mari répudie sa femme avec laquelle il n'a eu ni entrevue privée, ni cohabitation, par une seule formule par trois, la répudiation est baïn parfaite, mais s'il prononce trois formules par un, la femme ne sera répudiée qu'une fois.

**257.** — Les effets de toute répudiation baïn sont les suivants :

Le mariage est immédiatement et irrévocablement rompu dès que la formule a été prononcée, le mari perd sa puissance maritale et ne peut exercer le droit de retour. la femme peut disposer de sa personne et se remarier après l'expiration du temps de la retraite. Les époux doivent se séparer et s'abstenir de toute communication ; si la chose n'est pas praticable dans la même maison, le mari a le droit de se retirer ailleurs ; la femme peut exiger ce qui lui reste dû sur sa dot ; enfin les droits successoraux de chacun des conjoints vis-à-vis l'autre cessent. Nous verrons cependant que cette dernière règle souffre exception lorsque nous étudierons la répudiation prononcée en état de maladie.

**258.** — Tels sont les effets de toute répudiation bāin : mais il en est d'autres relatifs au rapprochement ultérieur des époux qui sont différents suivant qu'il s'agit d'une répudiation imparfaite ou d'une répudiation définitive.

Après une répudiation imparfaite la femme ne devient pas illicite à son premier mari ; les deux parties peuvent valablement contracter, d'un mutuel consentement, une nouvelle union en vertu d'un nouveau contrat et moyennant une nouvelle dot. Le mari qui épouse de nouveau sa femme répudiée n'est pas obligé d'attendre, pour ce faire, l'expiration du temps de l'edda.

**259.** — La répudiation parfaite ou définitive rend au contraire la femme illicite à celui qui l'a prononcée ; elle ne peut se remarier avec lui. La répudiation n'étant elle-même valable que si le mariage n'est pas entaché de nullité il s'ensuit que la répudiation par trois que prononcerait un mari contre sa femme avec laquelle il ne serait uni que par un mariage nul serait inopérante, de sorte que la femme ne deviendrait pas illicite à son mari et que celui-ci, après avoir fait annuler la première union, pourrait en contracter une seconde valable avec la même femme.

**260.** — La prohibition dont il est ici question et qui constitue un empêchement dirimant peut cesser, la femme peut en être libérée. Il faut pour cela qu'elle contracte une union valable avec un second mari, que celui-ci consomme le mariage et que ce second mariage soit lui-même dissous par la mort de l'époux, la répudiation ou le divorce. La femme ainsi libérée peut contracter un autre mariage avec le premier mari, mais après l'expiration de la retraite répudiaire ou viduaire. Il faut que le

mariage libératoire soit contracté sans fraude, c'est-à-dire qu'il soit sérieux et non conclu dans le but d'é luder la loi. Si la femme répudiée par trois contractait plus tard une union afin de se libérer, si par exemple elle convenait avec son second mari que celui-ci, après avoir consommé le mariage, la répudierait, elle resterait interdite à son premier époux.

**261.** — La femme libérée de la prohibition peut contracter, nous l'avons dit, un autre mariage absolument indépendant du premier avec celui qui l'a répudiée. Toute trace du premier mariage a disparu et cette nouvelle union ne peut être dissoute par la répudiation que conformément aux règles ordinaires, sans qu'il soit tenu aucun compte de la première répudiation.

## SECTION IV.

### De la répudiation conditionnelle.

#### SOMMAIRE :

- 262.** Des conditions.
- 263.** Effets de la répudiation par écrit.
- 264.** Hypothèse prévue par les docteurs.
- 265.** Des diverses espèces de conditions.
- 266.** Comment se formule la répudiation conditionnelle; du serment.
- 267.** La répudiation conditionnelle ne peut être rétractée.
- 268.** Condition suspensive, condition impossible.
- 269.** Contre qui la répudiation conditionnelle peut être dirigée.
- 270.** Conditions positives et négatives.
- 271.** Conditions potestatives.
- 272.** De l'effet de la répudiation conditionnelle après la dissolution du mariage.

**273.** Suite.

**274.** Serments. — Comment le mari en est libéré.

**275.** Des conditions multiples.

**276.** Preuves de la réalisation de la condition.

**262.** — La répudiation peut être pure et simple, comme dans les formules : « tu es répudiée, observe la continence, » ou conditionnelle comme dans celles-ci : « tu es répudiée s'il pleut vendredi, si tu entres dans telle maison. » Le texte ne parle, dans son article 251, que de la répudiation par paroles ou par écrit ; il est néanmoins certain que, le muet ayant le droit de répudier par signes, peut, de cette façon, répudier purement et simplement ou sous condition, pourvu que les signes expriment sa volonté d'une façon non équivoque.

**263.** — L'effet de la répudiation pure et simple est immédiat ; il en résulte que lorsqu'elle est prononcée par écrit elle remonte à l'instant où l'écrit a été rédigé et non au jour où il est remis à la femme. Celle-ci pourra donc entrer en edda à son insu et accomplir sans le savoir le temps de la retraite à l'expiration duquel elle sera dégagée si le mari ne l'a pas reprise dans le cas où le droit de retour existe. L'article 321 du texte est formel sur ce point.

**264.** — Une hypothèse plus complexe peut se présenter : le mari a prononcé la répudiation par écrit à une date non sujette à contestation ; il a prononcé une répudiation *baïn*, ce qui a eu pour effet de dissoudre le mariage. Il a eu ensuite des relations intimes avec la femme et ce n'est qu'après ces relations que celle-ci a été instruite de la répudiation. Est-elle entrée en edda et a-t-elle accompli la retraite par l'expiration du délai légal ordinaire qui a couru depuis la rédaction de l'écrit ? Elle est certai-

nement entrée en edda à son insu, au moment où le mari a écrit la répudiation, ainsi que nous l'avons dit précédemment, mais la retraite a été interrompue par les rapports sexuels ultérieurs qui constituent de la part du mari un acte illicite et, de la part de la femme, une cohabitation par erreur. Elle doit donc recommencer la retraite de continence à partir de la cessation de ces rapports.

**265.** — La répudiation conditionnelle est celle, dit le texte, qui est subordonnée à une condition ou à une circonstance, ou ajournée à un temps futur. La répudiation remise à un temps futur est bien conditionnelle et non simplement à terme puisqu'elle suppose la condition incertaine que la femme sera vivante lorsque ce terme arrivera. La formule suivante : « Je répudie ma femme Aïcha si elle va dans telle maison » constitue une répudiation conditionnelle et à terme indéterminé. Il en est de même de la formule : « Je répudie toute femme égyptienne que j'épouserai par la suite. » Cette répudiation valable (voir n° 235) est future, conditionnelle, à terme indéterminé et potestative. La formule : « Je répudie Aïcha à partir du mois de Zilhedjeh de l'année prochaine, » constitue une répudiation conditionnelle, future, mais à terme déterminé. Cette dernière répudiation ajournée à un temps fixé et soumise à la seule condition d'existence de la femme est valable, aux termes des articles 251 et 252 *in fine*. Si la répudiation était ajournée à un temps où il serait impossible de l'appliquer, par exemple à deux siècles, elle serait nulle comme soumise à une condition irréalisable.

**266.** — La répudiation conditionnelle se formule comme la répudiation pure et simple et fréquemment sous serment : « Je jure de répudier Aïcha si elle se rend chez

son père. » Le serment est obligatoire quoiqu'il n'ait pas été fait en termes sacramentels. C'est avec raison que MM. Sautayra et Cherbonneau critiquent un arrêt de la Cour d'Alger du 20 décembre 1864 qui a déclaré nulle une répudiation faite par un serment qui ne contenait pas le nom de Dieu ou l'un de ses attributs. La même Cour est d'ailleurs revenue aux véritables principes par un arrêt du 26 décembre 1871. Non seulement le serment peut être pur et simple, mais encore il n'est nullement nécessaire à la validité de la répudiation.

**267.** — Les honorables auteurs que nous venons de citer s'expriment ainsi (n° 355) : « Il y a une grande différence entre la condition formulée sans serment et celle faite avec serment. Dans le premier cas, « je te répudierai si..... » le mari reste seul maître de donner suite à la répudiation lorsque la condition s'accomplit. Dans le second, au contraire, « je jure que je te répudierai si..... » la femme peut obliger le mari à tenir son serment, et, en cas de refus, elle a le droit de le faire déclarer parjure et d'obtenir le divorce. »

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit admissible, même chez les Malékites. Dès que la répudiation faite sans serment a été prononcée, quoique conditionnellement, elle ne peut être rétractée; elle peut ne produire effet que plus tard mais elle n'en existe pas moins. Le texte Hanafite ne souffre pas une autre interprétation puisqu'il dit formellement que « la condition équivaut à un serment. »

**268.** — La condition doit être suspensive, c'est-à-dire se rapporter à un fait incertain, futur et possible, par exemple : « Tu seras répudiée si tu vas dans telle maison. » Si elle se rapportait à un fait certain et permanent : « s'il fait

jour demain, » la condition serait réputée non sérieuse, inexistante, et la répudiation produirait immédiatement effet. La condition dont l'accomplissement est subordonné à un fait impossible entraîne la nullité de la répudiation elle-même; telle serait celle-ci : « Je te répudie si l'eau de la mer devient douce. » La condition qui est soumise à la volonté divine et exprimée par ces termes : « S'il plaît à Dieu, si Dieu veut, si Dieu l'ordonne » est assimilée à la condition impossible et ne laisse pas subsister la répudiation; il en est de même lorsque la condition n'est pas soumise à un événement futur, c'est-à-dire s'il n'y a pas d'interruption volontaire entre la formule et la condition : « Je te répudie si Aïcha est arrivée hier. »

**269.** — La répudiation conditionnelle peut être dirigée contre la femme avec laquelle on est encore uni par le mariage, contre celle qu'on a répudié radjii et qui est encore en edda, contre celle qu'on regarderait d'avance comme répudiée si on venait à l'épouser, mais il faut que la femme soit considérée comme épouse; ainsi est valable la répudiation formulée en ces termes : « Je répudie toute femme égyptienne que j'épouserai par la suite, si elle est vierge, » mais au contraire est inopérante la formule suivante : « Je répudie Aïcha (étrangère au répudiant), si Zeineb arrive le mois prochain. » Cette formule n'indique pas en effet qu'Aïcha soit considérée comme épouse.

**270.** — Les conditions peuvent être positives : si Aïcha va chez son père tel jour, » ou négatives : « si elle ne va pas chez son père tel jour. » Les jurisconsultes font produire à ces conditions des effets différents, non quant à la répudiation elle-même, mais quant aux rapports d'époux à époux depuis la prononciation de la formule jusqu'à la réalisation

de la condition. Les conditions positives ne modifieraient rien tant qu'elles ne seraient pas accomplies; les conditions négatives au contraire, obligeraient les époux à se séparer pendant la période où la répudiation resterait suspendue<sup>1</sup>. Cette opinion est cependant controversée.

**271.** — Les conditions potestatives sont valables, même si elles dépendent de la volonté du mari.

**272.** — Les répudiations conditionnelles survivent à la dissolution du mariage par une répudiation baïn non définitive. Ainsi si le mari prononce d'abord contre sa femme une répudiation baïn définitive ou par trois, mais conditionnelle, qu'avant que la condition se réalise il répudie sa femme baïn par un ou par deux, qu'il redevienne son époux par un second mariage, la répudiation définitive conditionnelle n'en subsiste pas moins, de telle sorte que si, en cours de la deuxième union, la condition vient à se réaliser, la femme est, *ipso facto*, définitivement répudiée.

**273.** — Mais lorsque le mari répudie sa femme définitivement, toutes les répudiations conditionnelles antérieures, qu'elles soient radjii ou baïn imparfaites, sont anéanties, de telle sorte que si la femme redevient licite au mari par la libération (union avec un autre homme, elle-même dissoute par décès, répudiation ou divorce) et que celui-ci l'épouse, toutes les répudiations conditionnelles antérieures, quel que soit leur caractère, sont réputées non avenues.

**274.** — Le serment fait par le mari sous condition est accompli lorsque celui-ci l'a tenu une fois; ainsi s'il dit à

<sup>1</sup> Perron, t. II, p. 587 et 588.

la femme : « Je jure de te répudier si tu visites ta sœur, » et que celle-ci fasse à sa sœur plusieurs visites successives, l'époux n'est pas tenu de répudier à chaque visite, ce qui entraînerait, à la troisième, une répudiation définitive; il est libéré du serment par la première répudiation et ne peut être déclaré parjure qu'une fois. Mais s'il s'exprime ainsi : « Je jure de te répudier chaque fois que tu visiteras ta sœur, » il n'est dégagé du serment qu'à la troisième visite, c'est-à-dire après avoir prononcé la troisième répudiation qui entraîne la rupture définitive de l'union. S'il contracte ensuite un deuxième mariage avec la même femme, après la libération de celle-ci, le serment antérieur ne produira aucun effet; le mari en a été libéré.

Cependant, si le mari formulait ainsi sa volonté : « chaque fois que j'épouserai une femme elle sera répudiée, » le serment ne cesserait jamais; la femme épousée serait immédiatement répudiée et ne pourrait même être libérée par un deuxième mariage. Nous avons vu, sous le n° 236, que cette disposition qui se trouve dans l'article 257 du texte Hanafite n'est pas admise par les Malékites.

**275.** — Le mari peut soumettre la répudiation à deux conditions différentes; elle ne produit alors effet que par l'accomplissement des deux conditions et si elles se réalisent en cours du mariage ou pendant la retraite qui suit une répudiation radjii.

**276.** — La déclaration de la femme concernant la réalisation d'une condition subordonnée à une circonstance qui lui est personnelle ne fait foi que contre elle seule. Ainsi si le mari avait subordonné la répudiation de deux ou de plusieurs de ses épouses à la menstruation de l'une d'elles, la déclaration de la femme que la condition est

accomplie ne suffirait pas, si le mari la déniait, pour entraîner la répudiation de ses coépouses. Sa déclaration n'entraînerait même pas la répudiation contre elle si elle était faite après la cessation des règles.

## SECTION V.

### De la répudiation soumise à la volonté de la femme.

#### SOMMAIRE :

- 277. Modes suivant lesquels le mari peut concéder à la femme le droit de répudiation.
- 278. Mode *iktîar*; mode *amr bil yadd*; mode *machi ah*.
- 279. A quel moment le droit doit être exercé.
- 280. Divergence du rite Malékite.
- 281. Autre divergence.
- 282. Le droit peut être conditionnel.
- 283. Étendue des pouvoirs de la femme dans les divers modes.
- 284. Cas où la femme a outrepassé ses pouvoirs.
- 285. Hypothèse prévue par les jurisconsultes.
- 286. Effet de la concession faite à la femme quant aux rapports conjugaux.
- 287. Comment les pouvoirs de l'épouse prennent fin.

**277.** — Le mari peut donner à la femme le pouvoir de se répudier elle-même. Les articles 260 et suivants du Code Hanafite réglementent la matière, mais ils sont tellement confus qu'il est fort difficile de saisir les distinctions qu'ils ont voulu établir.

Le mari, d'après le texte, peut donner pouvoir à la femme sous trois formes : 1° d'*iktîar* ou de choix, 2° d'*amr bil yadd* ou à discrétion, 3° de *machi ah* ou à volonté.

Mais la loi ne détermine pas les distinctions qui existent entre le choix, la discrétion et la volonté, et il est difficile de saisir la différence qui sépare la répudiation discrétionnaire de la répudiation faite à volonté.

**278.** — Les jurisconsultes posent les règles suivantes :

1° La liberté laissée à la femme de choisir s'entend de la faculté qui lui est concédée d'accepter ou de refuser le mandat que lui donne le mari. Lorsque le mari dit à sa femme : « Répudie-toi, » la femme peut refuser de remplir le mandat ou, au contraire, l'accepter et prononcer la répudiation. Elle est alors une véritable mandataire tenue d'exécuter ce que le mari lui a donné pouvoir de faire et de se renfermer dans les limites de ce pouvoir.

2° La discrétion laissée à la femme consiste dans l'option qu'elle peut faire entre telle ou telle répudiation indiquée par le mari. Telle serait la formule : « Tu peux te répudier par un ou par deux ; » la femme peut, discrétionnairement, choisir l'un des deux modes.

3° La répudiation laissée à la volonté de la femme (et c'est improprement que le texte emploie cette expression puisque la volonté est nécessaire dans les trois cas) s'entend d'une répudiation qu'on pourrait, à plus juste titre que celle qui précède, appeler discrétionnaire, ainsi d'ailleurs que le font certains auteurs. C'est le droit donné à la femme de choisir parmi les modes et les formes de la répudiation celui et celle qui lui plaisent.

**279.** — La femme qui a reçu le pouvoir de prononcer la répudiation *iktihar* ou celle *amr bil yadd* doit exercer ce pouvoir, en règle générale, dans la séance même où il lui a été conféré et sans divertir, c'est-à-dire sans quitter la séance ou s'occuper d'autre chose. Si elle est absente,

elle doit exercer son droit dès qu'elle en est instruite, le tout à peine de déchéance.

Telle est la règle générale; les Hanafites admettent cependant que le mari peut fixer un délai déterminé et même donner à la femme la liberté d'agir quand elle voudra. Dans le premier cas, la femme est déchue par l'échéance du terme; dans le second, elle peut toujours exercer son droit. Et il faut observer qu'une fois le pouvoir conféré par le mari, celui-ci ne peut le rétracter. Il doit attendre la réponse de la femme, réponse que celle-ci fournira dans les conditions de temps que nous venons d'établir.

**280.** — Les docteurs Malékites, Sidi Khalil, Ibn El Kassem, etc..., reconnaissent la validité du pouvoir donné par le mari à la femme à terme limité ou illimité, mais ils enseignent que le Cadi doit mettre l'épouse en demeure d'agir, dès qu'il a connaissance de la situation. La femme mise en demeure est tenue de se décider immédiatement et sans pouvoir se prévaloir du délai imparti; si elle ne le fait pas, elle est déchue.

**281.** — Sidi Khalil enseigne que « le mari a le droit de retirer à sa femme le pouvoir qu'il lui a donné de prononcer la répudiation. » L'article 260 du texte Hanafite est contraire à cette doctrine.

**282.** — Le mari peut ne concéder à la femme qu'un droit conditionnel. Nous avons étudié dans la section précédente ce qui a trait à la validité des conditions.

**283.** — Quelle est l'étendue de la faculté donnée à la femme par son mari? si le mari a employé expressément la formule suivante : « Répudie-toi, » la femme qui prononce la répudiation encourt une répudiation radjii.

Si le mari a employé une formule *iktîar*, la femme encourt une seule répudiation quand même le mari affirmerait qu'il voulait une répudiation par trois.

Si le mari a employé une formule *amr bil yadd*, la femme encourt également une seule répudiation *baïn*, à moins cependant que l'époux n'affirme qu'il voulait une répudiation définitive, auquel cas son affirmation est admise.

Enfin, dans le cas où l'époux a eu recours à la formule *machi ah*, on n'est pas obligé de rechercher son intention.

**284.** — Que se produit-il lorsque la femme ne s'est pas conformée au pouvoir à elle conféré par le mari? Il faut distinguer entre le cas où elle y a contrevenu quant au nombre des répudiations et celui où elle y a contrevenu quant à leur nature : Si la femme prononce un nombre de répudiations supérieur à celui qu'elle avait la faculté de prononcer, il y a nullité absolue ; ainsi lorsque la femme autorisée à prononcer une répudiation en prononce deux ou trois, aucune ne produit effet ; si au contraire elle ne prononce qu'un nombre de répudiations inférieur à celui qui lui a été concédé, si autorisée à en prononcer deux elle n'en prononce qu'une, la répudiation est valable et se réduit à une répudiation par un.

Lorsque la femme outrepassé ses droits en prononçant une répudiation d'une nature autre que celle pour laquelle elle a reçu pouvoir, si par exemple autorisée à prononcer une répudiation *radjii* elle a recours à une formule *baïn*, la répudiation n'aura d'autre caractère que celui indiqué par le mari.

Lorsque le mari a autorisé la femme sous la forme *machi ah* toute contravention commise par celle-ci, qu'elle porte sur le nombre ou sur la nature de la répudiation, entraîne une nullité absolue.

**285.** — Nous avons dit que la femme pouvait être autorisée sous condition; les jurisconsultes prévoient l'es-pèce suivante : le mari emploie cette formule : « Tu prononcera la répudiation à ta volonté si je reste plus de six mois absent. » Il part ensuite, revient avant l'expiration du terme mais cache son retour à sa femme. Celle-ci, de bonne foi, prononce une répudiation irrévocable; elle accomplit la retraite et se marie à un autre homme. Le premier époux pourra-t-il exiger que le premier mariage continue, en arguant de ce que la condition à laquelle était subordonnée la faculté de répudier ne s'étant pas accomplie, la répudiation a été sans droit prononcée, que par conséquent la première union n'a pas été dissoute? Sidi Khalil enseigne l'affirmative; MM. Sautayra et Cherbonneau décident au contraire que la faute du mari qui n'a pas prévenu la femme de son retour a autorisé celle-ci à considérer la condition comme accomplie et à prononcer valablement la répudiation. Le premier mariage sera donc valablement dissous; et ces jurisconsultes pensent qu'il en sera de même du deuxième parce qu'il « a été contracté par une femme mariée. » Il y a là une contradiction de principes; dans le système qui admet que le premier mariage est demeuré valable, le second est évidemment nul; mais si au contraire on considère la répudiation comme légalement prononcée, le deuxième mariage produira effet car il aura été contracté par une femme parfaitement dégagée du lien matrimonial.

**286.** — Le droit donné à la femme par son mari de prononcer la répudiation pendant un temps déterminé enlève à l'époux certaines de ses prérogatives. La femme doit se refuser à lui tant que son droit subsiste; elle renonce même tacitement à l'exercer si elle a avec lui des relations intimes.

**287.** — Les pouvoirs de la femme prennent fin :

1° Par la répudiation de la femme prononcée par le mari.

Si les époux contractent une seconde union ou si, en cas de répudiation *radjii*, le mari exerce son droit de retour, la concession première faite à la femme ne renaît pas après la conclusion du deuxième mariage ou la reprise du premier.

2° Par l'expiration du terme, sans que la femme ait usé de son droit.

3° Par la renonciation de l'épouse, formelle ou tacite, résultant d'une déclaration ou de la reprise des relations conjugales.

## SECTION VI.

### De la répudiation en état de maladie.

#### SOMMAIRE :

- 288.** Restriction du droit du mari quant aux effets de la répudiation. — Caractères que doit présenter la maladie.
- 289.** Péril assimilé à la maladie.
- 290.** Effets de la répudiation prononcée en état de maladie ou de péril imminent.
- 291.** Suite.
- 292.** Cas où la femme est privée de son droit successoral.
- 293.** Répudiation prononcée pendant la maladie de la femme. — Ses effets.

**288.** — L'état de maladie est une cause relative d'incapacité. Le rite Hanafite ne semble pas faire résulter cette incapacité d'un vice de consentement proprement

dit, de ce que l'homme malade a une volonté moins lucide, moins libre qu'en état de santé; il considère au contraire la volonté comme libre, mais déterminée par un mobile peu respectable, celui de frustrer les personnes que la loi appelle à la succession du *de cuius*. De même donc qu'ils restreignent, en cas de maladie grave, le droit de libre disposition, les docteurs restreignent le droit de répudiation. Il y a cependant entre les rites d'assez sérieuses divergences à ce sujet, car tandis que chez les Malékites c'est le droit lui-même qui peut être modifié ou suspendu, chez les Hanafites le droit continue à exister et peut être exercé dans toute sa plénitude; les modifications ne portent que sur les effets de la répudiation relativement aux droits successoraux de la femme.

La maladie dont il est question dans la présente section doit s'entendre d'une maladie mettant en danger celui qui en est atteint et devant vraisemblablement entraîner la mort. Il en est ainsi de la phthisie pulmonaire, de la paralysie, etc. La loi exige quelquefois, pour que les maladies de longue durée produisent les incapacités relatives que nous étudions, qu'elles s'aggravent de jour en jour. Lorsqu'elles deviennent chroniques et sont stationnaires depuis un an au moins, sans amélioration ou aggravation, elles ne modifient pas le droit du répudiant.

**289.** — On assimile au malade : le condamné à mort qu'on mène au supplice, l'homme qui se trouve à bord d'un vaisseau en perdition, le soldat qui, dans un combat, sort des rangs pour soutenir un combat singulier.

**290.** — Si le malade ou l'homme qui se trouve dans un des cas de péril que nous venons d'énumérer prononce contre sa femme et sans le consentement de celle-ci une

répudiation baïn, les droits successoraux de la femme subsistent pendant toute la durée de l'edda et tant que le mari est malade ou en péril, sa mort survint-elle par autre cause que la maladie ou le péril. Ainsi, dans le cas où un homme prononce la répudiation alors qu'il est atteint de phthisie arrivée à la dernière période, la femme lui succède pendant la durée de la retraite, alors même qu'il viendrait à mourir par suite d'un accident, par exemple dans un incendie.

Mais si la maladie ou le péril pendant lesquels la répudiation a eu lieu viennent à cesser en cours de l'edda et que le mari meure par suite d'une autre maladie ou d'un accident quelconque, la femme ne lui succède pas.

**291.** — La femme répudiée pendant la dernière maladie du mari a encore droit à sa succession si l'époux meurt avant l'expiration de l'edda dans les cas suivants :

1° Si le mari, ainsi que nous l'avons dit, l'a répudiée baïn sans son consentement. La femme qui a sollicité son mari de la répudier radjii conserve son droit successoral si elle a été répudiée baïn. La répudiation irrévocable produit en ce cas l'effet d'une répudiation révocable.

2° Si les époux ont été séparés par suite du serment d'anathème.

3° Si le mari a prononcé le serment de continence et a laissé écouler le temps légal sans cohabiter avec sa femme.

**292.** — L'article 271 énumère les cas où la femme répudiée ne succède pas à son mari. Il est bon de rapprocher cet article de l'article 246 qui range au nombre des effets généraux de la répudiation baïn la cessation immédiate du mariage et des droits successoraux réciproques.

La femme ne succède pas à son mari : 1° lorsque le mari

a été contraint par une menace de mort à prononcer la répudiation. Nous avons vu, en effet, que la répudiation prononcée ensuite d'une contrainte était valable. Les Malékites enseignent une doctrine contraire.

2° Lorsque la femme a demandé elle-même que son mari la répudiât baïn.

3° Lorsque la femme, avant toute répudiation baïn, même après une répudiation radjii, a été séduite par son beau-fils, soit qu'elle ait été de complicité avec lui, soit que celui-ci ait abusé d'elle par violence. Il en serait toutefois autrement si l'acte illicite avait été commis à l'instigation du mari.

4° Lorsque le mari, après avoir prononcé en état de santé le serment de continence, aura laissé passer, même en état de maladie, le délai après lequel la répudiation irrévocable est acquise.

5° Lorsque la femme a elle-même poursuivi et obtenu la rupture du mariage par divorce ou par l'exercice de son droit d'option.

6° Lorsque la femme était juive ou chrétienne au moment de la répudiation et quand même elle se convertirait à l'Islamisme avant le décès de son mari : ou encore lorsque la femme, musulmane au moment de la répudiation, abjure la foi. Son retour à l'Islamisme ne la réintègre pas dans ses droits alors même qu'il aurait lieu avant la mort du mari. C'est là une application du principe d'après lequel la différence de religion met obstacle à l'exercice du droit successoral.

7° Lorsque la femme est répudiée baïn pendant une maladie ou un péril, maladie ou péril qui n'ont pas le caractère de gravité prévu par la loi. Ainsi la femme ne succède pas lorsque le mari la répudie irrévocablement pendant une maladie qui ne doit pas vraisemblablement

amener sa mort, pendant une épidémie, pendant qu'il est à la guerre, à bord d'un vaisseau non en perdition, pendant qu'il est sous le coup d'une accusation capitale.

**293.** — Nous avons vu que la séparation baïn privait aussi bien le mari que la femme du droit successoral. Le mari conserve cependant le droit de succéder à l'épouse qu'il a répudiée pendant qu'elle était en état de maladie, lorsque c'est elle-même qui a occasionné la dissolution de l'union soit en exerçant le droit d'option, soit en ayant des rapports coupables avec son beau-fils.

---

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DU DIVORCE.

---

#### SOMMAIRE :

**294.** Du divorce par consentement mutuel et du divorce prononcé par autorité de justice; erreur du texte Hanafite quant au divorce provenant de la seule volonté du mari.

**294.** — Le divorce est la rupture de l'union conjugale résultant du consentement mutuel des époux ou d'une décision judiciaire. Le chapitre II, livre III, du texte Hanafite n'a traité qu'au divorce par consentement mutuel; nous devons donc rechercher ailleurs les règles relatives au divorce par autorité de justice. En outre de cette regrettable lacune, nous devons signaler une très grave erreur de rédaction qui, si on n'y prenait garde, aurait pour résultat de dénaturer absolument ce mode de dissolution du mariage et de créer un mode qu'aucun rite ne reconnaît, le divorce dépendant de la seule volonté du mari.

Après avoir intitulé le chapitre « Du divorce par consentement mutuel des époux » et après avoir établi que le consentement du mari peut être obtenu sans compensation ou avec compensation, le texte ajoute (art. 279, § 3) : « Si la proposition du mari est faite sans compensation, le divorce est encouru *sans le consentement de la femme,* » et plus

loin (art. 282) : « Si le mari prononce le divorce de sa femme en excluant toute compensation, les prétentions respectives des époux ne seront pas éteintes et chacun d'eux pourra poursuivre son conjoint en paiement de ce qui lui reste dû. » Une telle rédaction implique bien le divorce par la seule volonté du mari, contrairement à un hadits ainsi conçu : « le divorce ne peut avoir lieu que du consentement de la femme. » Il n'en est rien cependant et la dissolution du mariage ainsi prononcée constitue une répudiation, non un divorce, tant dans son essence que dans ses effets.

Tout au plus pourrait-on soutenir que le mari, toujours tenu de prononcer une formule dans la répudiation, pourrait se servir du mot divorce et dire à sa femme : « Tu es divorcée. » Ce serait là une formule équivalente, mais toujours une formule répudiaire.

Nous étudierons séparément les règles relatives au divorce par consentement mutuel et celles qui ont trait au divorce par autorité de justice.

## SECTION I.

### **Du divorce par consentement mutuel des époux.**

#### SOMMAIRE :

- 295.** Caractère essentiel du divorce. — De la compensation.
- 296.** La compensation peut-elle être une condition conventionnelle de validité?
- 297.** Choses susceptibles d'être données en compensation. — Obligation prise par la femme de nourrir et entretenir l'enfant commun.
- 298.** Effet des conventions entre époux quant à la hadanah et à l'entretien de l'enfant.

299. Conventions relatives à la garde des enfants.
300. On peut donner en compensation des choses incertaines ou illicites.
301. Fixation conventionnelle du prix.
302. Paiement à terme, conditionnel, etc.
303. Cautionnement de la compensation, novation, confusion, etc.
304. Caractère des prescriptions de la loi quant au divorce et quant à la compensation.
305. Époux majeurs. — Quand et comment doit intervenir leur consentement.
306. Commentaire des articles 279 et 280.
307. Consentement du medjnoun, du safi, de l'interdit pour cause d'incapacité.
308. Consentement du malade. — Dernière maladie de la femme.
309. La dernière maladie du mari ne modifie en rien l'étendue de sa capacité.
310. Le mari peut seul consentir au divorce et seulement en état de majorité. — Divergences. — Consentement de la femme majeure.
311. Consentement de la femme mineure. — Pouvoirs du père. — Règles tracées par l'Hédaya et modifications qu'elles ont subi.
312. Divorce par mandataire.
313. Le divorce est baïn. — Doctrine Malékite. — Entretien de la femme.
314. De la compensation ayant pour prix la totalité ou une partie de la dot.
315. De la compensation ayant un autre prix que la dot. — Libération des dettes.
316. Formalités du divorce.
317. Preuves.
318. Effet du divorce en cas de nullité du mariage et de répudiation antérieure définitive.

**295.** — « Il y a divorce, dit l'Hédaya, dès qu'il y a consentement réciproque. » Le divorce peut avoir lieu avec ou sans compensation. La compensation est un moyen donné à la femme de déterminer le mari à donner son consentement qui est alors véritablement obtenu à prix d'argent. Mais la compensation, si elle se rencontre très fréquemment dans le divorce, n'en constitue nullement une des conditions essentielles. Le mariage est dissous par le simple

consentement mutuel bien que la femme n'ait aucun prix à payer, et si ce prix peut déterminer la volonté de l'époux, cette volonté reste toujours libre comme dans tout contrat de droit commun.

**296.** — Le paiement du prix de compensation peut-il devenir, de par la convention, une condition essentielle du divorce au point que si le paiement convenu n'est pas effectué le consentement du mari soit considéré comme conditionnel et annulé par suite du non accomplissement de la condition ?

Les Malékites enseignent l'affirmative. Sidi Khalil s'exprime ainsi : « Il n'y a pas lieu à divorce lorsque la femme a offert une chose sur laquelle elle n'a aucun droit, » et plus loin : « lorsque le mandataire du mari accepte une compensation inférieure à celle qui lui avait été indiquée, le divorce n'est pas obligatoire. » Il est donc certain que la compensation, si elle n'est pas une condition essentielle du divorce, peut devenir une condition conventionnelle de sa validité.

Les Hanafites professent une doctrine opposée : L'économie générale du titre II donne à ce prix de compensation le caractère d'une dette pure et simple. Le mari est un créancier ordinaire et son droit de créance est tellement distinct de son droit sur la personne que le premier s'évanouit dans bien des cas, par exemple pour cause d'incapacité de la partie contractante, alors que le divorce reste cependant acquis.

L'article 285 prévoit le cas où la femme a donné en compensation des objets qui ne lui appartenaient pas ; si le mari venait à en être évincé, il aurait le droit d'en réclamer d'autres en remplacement ou leur valeur, mais le texte ne dit nullement que son droit puisse aller au delà

et jusqu'à faire annuler le divorce pour non-paiement du prix stipulé en compensation.

**297.** — Tout ce qui est susceptible d'être constitué en dot peut être offert en compensation (art. 277). Nous allons voir que malgré ces termes formels, il est cependant des choses qui peuvent être données en compensation sans pouvoir être comprises dans une constitution dotale. La femme peut s'engager en compensation à nourrir son enfant pendant les deux années fixées pour l'allaitement ou à l'entretenir à ses frais pendant un laps de temps déterminé, après le sevrage. Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né au moment de la convention ; l'obligation prise par la femme en état de grossesse et relative à l'enfant conçu est valable. Si la femme se soustrait ultérieurement à son obligation ou si elle est empêchée de la remplir, même par cas fortuit, elle reste débitrice envers le mari de la somme à laquelle peut être évaluée en argent la charge qui lui incombait. Si donc la femme s'enfuit en laissant l'enfant à son père avant le terme convenu, si le mari reprend son épouse par un nouvel acte de mariage, si la mère ou l'enfant meurent, si la grossesse n'est pas réelle, si l'enfant ne naît pas viable, le mari aura contre la femme ou sa succession une action en paiement de la somme à laquelle les frais d'entretien auraient pu s'élever pendant la période convenue ; si l'obligation de la femme a été remplie en partie, on calcule la créance du mari en prenant pour point de départ le jour où l'obligation a cessé d'être remplie.

**298.** — Le droit de hadanah ne peut être aliéné par la mère malgré le divorce valable. Elle a donc la garde de l'enfant pendant le temps de l'allaitement et malgré toute

stipulation contraire<sup>1</sup>; le père est tenu également de pourvoir aux frais de hadanah et à l'entretien de l'enfant dans le cas où la mère ne remplit pas l'obligation par elle prise à ce sujet, si l'enfant n'a pas de biens personnels suffisants. Les stipulations intervenues entre les parents leur sont personnelles, et s'ils peuvent, par des conventions particulières, stipuler que la mère aura seule, en compensation du divorce consenti par le mari, la charge d'élever et d'entretenir l'enfant commun, cette convention n'a d'effet qu'entre eux et ne peut en rien préjudicier à celui-ci. La mère sans ressources peut donc exiger du père ce qui est nécessaire aux besoins de l'enfant. La dette naturelle du père ne se compensera avec aucune créance; il aura seulement un recours de droit commun contre la femme qui, en ne remplissant pas l'obligation par elle contractée, l'aura obligé à y pourvoir lui-même.

**299.** — Les époux peuvent convenir, au moment du divorce, que la femme gardera les filles issues du mariage jusqu'à leur majorité; le père, en ce cas, ne pourra les reprendre que si la mère convole en secondes noces et il aura le droit de les enlever alors à leur mère quand même le contraire aurait été convenu. Il pourra, de plus, exiger que la mère paye les frais de garde et d'entretien jusqu'à la majorité des filles.

On peut également convenir que la mère gardera les enfants du sexe masculin jusqu'à leur majorité; mais le père est toujours libre de les reprendre, sauf pendant le temps de la hadanah. Toutefois, s'il les enlève à leur mère sans raison légitime, sans que celle-ci, par exemple, ait contracté une autre union, il devra pourvoir, à ses frais, à leur garde et à leur entretien.

<sup>1</sup> Voir cependant n° 464.

**300.** — Les docteurs admettent généralement que la femme peut donner en compensation des choses qui ne pourraient être constituées en dot, des objets dont la possession est défendue, des valeurs aléatoires ou indéterminées. Cette doctrine est basée sur ce que la dot est essentielle dans le mariage, certains rites regardant même le mariage sans dot déterminée comme nul, tandis que la compensation n'est qu'une faveur faite au mari qui peut ne pas l'exiger et n'est nullement essentielle dans le divorce. On admet donc que le mari qui peut ne rien demander peut également se contenter d'avantages aléatoires ou de choses dont il court le risque d'être évincé. L'article 277 du texte Hanafite ne paraît pas conforme à cette doctrine; nous la croyons cependant compatible avec l'esprit de la loi, non seulement à cause des considérations d'équité qui précèdent, mais aussi parce que le texte lui-même admet plus loin (art. 286 et suiv.) comme pouvant être données en compensation, des obligations qui ne pourraient certainement entrer dans une constitution dotale.

**301.** — La compensation doit être fixée conventionnellement; la législation actuelle n'admet pas la compensation coutumière qui se retrouve dans les ouvrages des anciens jurisconsultes. Si donc les époux ont convenu qu'il y aurait compensation mais sans en déterminer le quantum, le divorce reste valable mais la femme n'est pas pécuniairement tenue. Nous verrons cependant qu'au point de vue de la libération des conjoints de toute dette l'un vis-à-vis de l'autre, il y a une différence à établir entre le cas où la compensation a été convenue mais non déterminée et celui où elle a été exclue. La fixation du prix de compensation est laissée à la discrétion des parties intéressées; ce prix peut être inférieur, égal ou supérieur à la dot. L'article

276 est ainsi conçu : « le mari pourra *juridiquement* divorcer sa femme moyennant une compensation plus élevée que la dot par lui payée. » Le mot *juridiquement* montre que si la loi admet que le prix de compensation puisse être supérieur à la dot, elle regarde cependant avec défaveur les exigences du mari qui, non content de reprendre la dot par lui constituée à la femme, trouve encore dans le divorce une source de lucre peu convenable. L'Ilédaya<sup>1</sup> exprime la même idée avec beaucoup plus de netteté et en ces termes : « Le mari peut exiger une compensation plus élevée que la dot par lui fournie. C'est abominable, mais cela est permis. »

**302.** — Le paiement du prix de compensation peut être stipulé immédiat ou à terme; cela ne fait aucune difficulté aujourd'hui. Le terme peut même être incertain, par exemple être fixé à l'époque où la femme convolera en secondes noces. Et il faut remarquer qu'il n'y a pas seulement là une obligation à terme mais bien une obligation conditionnelle et même potestative. Il est certain qu'une telle stipulation est valable et que le mari qui peut accepter le divorce sans compensation peut, à plus forte raison, se contenter d'un paiement conditionnel, à échéance fixe ou indéterminée. La jurisprudence est d'ailleurs formelle en ce sens (Jugement du Cadi de Mascara, 5 janvier 1865. — Arrêt de la Cour d'Alger du 18 mai 1869).

**303.** — La compensation constituant pour le mari, ainsi que nous l'avons dit, un simple droit de créance, le paiement peut en être cautionné. Le cautionnement est pur et simple ou solidaire, suivant la convention, et il est régi par les règles du droit commun relatives à ce contrat

<sup>1</sup> T. I, p. 314.

(Jugement du Cadi de Constantine du 1<sup>er</sup> mars 1867). On peut dire d'ailleurs et d'une façon générale que la créance du mari est soumise aux principes généraux du droit; elle peut faire l'objet d'une compensation, d'une novation, d'une remise volontaire, etc... Lorsqu'elle consiste en valeurs mobilières, la femme n'est déchargée de sa dette, tant qu'elle subsiste, que par la tradition réelle, et jusque-là les objets par elle dus restent à ses risques, de même qu'elle doit garantir le mari en cas d'éviction.

**304.** — Les prescriptions du Code Hanafite relatives à la capacité de consentir le divorce et qui se trouvent écrites dans les articles 290 et suivants démontrent d'une façon évidente que la loi a entendu faire une distinction essentielle entre le divorce lui-même et la compensation qui peut s'y trouver jointe. Nous y trouvons la justification de la doctrine par nous adoptée plus haut, à savoir que le mari ne peut pas subordonner la validité du divorce au paiement du prix de compensation consenti par la femme. L'économie de la loi permet de poser le principe suivant : la plus grande latitude est accordée aux époux pour consentir le divorce; en thèse générale, l'incapable peut donner un consentement valable dès qu'il a la compréhension de ses actes; mais quant à la compensation qui atteint les biens de la femme, c'est-à-dire d'une personne soumise à la puissance maritale et éminemment susceptible de contrainte, il faut une capacité pleine et entière d'aliéner.

**305.** — Il n'y a pas de difficulté lorsque les conjoints sont tous deux majeurs et capables. Il n'y a à noter qu'une légère différence entre eux et qui porte sur le moment auquel doit se faire l'accord des volontés, sui-

vant que le divorce est proposé par le mari ou par la femme. Si le divorce est proposé par le mari, la femme doit consentir dans la séance même; mais jusqu'à la fin de la séance, quelle qu'en soit la durée, le mari est lié, ne peut se rétracter et la réalisation du divorce ne dépend plus que de l'expression par l'épouse de son consentement. Si au contraire le divorce est proposé par la femme, le mari doit bien, à peine de nullité, faire connaître sa décision avant la fin de la séance, mais la femme peut rétracter sa proposition tant que le mari ne l'a pas formellement acceptée.

**306.** — Les articles 279 et 280 qui contiennent ces dispositions sont conçus en termes qui demandent quelques explications. Nous avons repoussé et nous repoussons comme antijuridique la distinction faite par l'article 279 entre le cas où le mari propose le divorce avec compensation, cas dans lequel le consentement de la femme serait indispensable, et le cas où le mari le propose sans compensation, dans lequel « le divorce serait encouru sans le consentement de la femme. » Nous nous sommes expliqué sur cette erreur de droit et nous ajoutons que si la théorie de l'article 279 était acceptable, les termes de cet article jureraient entre eux. Si le mari, en effet, a le pouvoir de dissoudre l'union par voie de divorce à sa seule volonté, il ne le *propose* plus, il le *prononce*.

L'article exige que le consentement de la femme soit donné volontairement et en connaissance de cause. Il s'ensuit que tout vice du consentement, l'erreur, la contrainte, le dol, le rendent inopérant. Cette disposition s'étend-elle au mari? Certainement, dans le rite Malékite. Dans le rite Hanafite, la question n'est pas sans faire de difficulté; on peut dire pour l'affirmative que la règle gé-

nérale de droit commun aux termes de laquelle le consentement est vicié par la violence, l'erreur, le dol, etc... doit être appliquée chaque fois que la loi ne fait pas une exception formelle clairement énoncée; que l'article 279 ne dit nullement que le droit commun applicable à la femme ne le soit également au mari et que, dès lors, le silence de la loi à l'égard de ce dernier doit le faire mettre sur le même pied que l'épouse.

Pour la négative on peut soutenir que la loi a spécialement entendu protéger la femme plus sujette que le mari à la contrainte et à l'erreur, que c'est intentionnellement que l'article 279 a parlé du seul vice du consentement de la femme, et enfin que l'esprit de la loi résulte clairement de l'article 217 qui admet comme valable la répudiation prononcée par le mari ensuite de contrainte.

**307.** — Le consentement doit toujours être donné par un individu sain d'esprit. Nous renvoyons à ce sujet au n° 232 où nous avons traité de l'insanité d'esprit naturelle ou accidentelle au point de vue de la répudiation. Cependant on admet généralement que le safi ou la safiha donnent un consentement valable. Sidi Khalil dit qu'il y a divergence sur ce point. L'article 293 du texte Hanafite dit expressément que le divorce consenti par la femme majeure interdite pour cause d'incapacité est valable; mais le paiement de la compensation qu'elle s'engagerait à fournir ne serait pas obligatoire. Le quatrième alinéa de l'article 291 et le deuxième de l'article 293 disposent que si le mari répudie sa femme mineure ou incapable, moyennant compensation, la compensation stipulée ne changera pas la nature de l'acte du mari qui est une répudiation révocable et n'entraînera pas le divorce. C'est là une double reconnaissance que la compensation n'est pas l'essence du divorce et que ce mode

de dissolution, à la différence de la répudiation, ne dépend pas de la seule volonté du mari.

**308.** — Les époux peuvent valablement divorcer pendant la maladie de l'un d'eux, même pendant la dernière maladie; mais quels seront, dans ce dernier cas, les droits du survivant? le divorce sera valable, cela ne saurait faire aucune difficulté; il faut cependant concilier cette doctrine avec celle de l'article 279 aux termes duquel le consentement (de la femme tout au moins) doit, pour être valable, être donné en connaissance de cause. Nous pensons donc que si le divorce intervenait pendant qu'un des conjoints malade ne pourrait se rendre compte de l'acte par lui consenti, se relevât-il ensuite de cette maladie, l'union ne serait pas dissoute. Mais quel effet le divorce consenti pendant la dernière maladie produit-il quant aux biens, soit eu égard à la compensation consentie par la femme, soit eu égard aux droits successoraux réciproques? Quant à la femme qui consent au divorce en état de dernière maladie, il faut distinguer suivant qu'elle meurt pendant ou après l'edda. Dans le premier cas, le mari a droit à la somme la moins forte à laquelle s'élèveront soit la compensation, soit sa part successorale, soit le tiers des biens laissés par la défunte; dans le second cas, le mari n'ayant plus de droit successoral proprement dit ne peut exiger que le montant le moins élevé de la compensation ou du tiers de la succession.

**309.** — Le texte Hanafite ne porte aucune disposition quant au divorce consenti par le mari en état de dernière maladie. Nous ne croyons pas que la dernière maladie de l'époux ait une influence quelconque relativement

aux biens. La loi a réglementé l'effet de la répudiation prononcée par le mari en état de maladie grave ou de peril imminent; il y a là en effet un moyen prompt et facile de dissoudre le mariage, moyen dont l'époux peut abuser au mépris des droits successoraux de sa femme et sans que celle-ci ait le pouvoir de s'y opposer. Dans le divorce, les mêmes motifs n'existent pas puisque la femme doit fournir son consentement et qu'elle est libre de le refuser. Si elle perd ses droits successoraux, elle les perd par l'effet de son libre consentement; il n'y a donc pas d'assimilation possible entre deux situations essentiellement différentes.

**310.** — Le mari doit toujours donner son consentement par lui-même ou par un mandataire de son choix et il ne le peut qu'une fois devenu majeur. Aucun de ses représentants légaux, pas même le père qui l'aurait marié en vertu du droit de Djibr, ne peut, avant ou après sa majorité, consentir le divorce ou rendre valable le divorce consenti par le mineur.

Les Malékites, qui ne font pas dépendre la majorité de l'homme de sa puberté, admettent que le mari pubère, quoiqu'encore incapable, peut valablement consentir le divorce et ils reconnaissent également ce droit au père et au tuteur jusqu'à la puberté.

La femme majeure donne son consentement par elle-même ou par un mandataire et les Malékites lui reconnaissent ce droit, alors qu'ils lui refusent celui de conclure le mariage autrement que par wali.

**311.** — Quant à la femme mineure, la loi entend surtout la protéger contre les conséquences du divorce relativement à ses biens. L'Hédaya (tome I, page 325), porte :

« Si un père divorce sa fille mineure moyennant une compensation qu'il s'engage personnellement à fournir, le divorce sera valable; si la compensation est laissée à la charge de la fille, celle-ci aura la faculté, lorsqu'elle sera majeure, d'accepter ou de refuser le divorce, » et ainsi on applique le hadits du Prophète portant que « le divorce ne peut avoir lieu que du consentement de la femme. » Le texte Hanafite a modifié en partie ces dispositions; le père peut toujours proposer le divorce de sa fille mineure, même avec compensation. S'il s'engage à payer la compensation de ses deniers personnels, la femme divorcée n'est nécessairement tenue à rien et si le père a donné en compensation tout ou partie de la dot, cette stipulation n'empêche pas la femme de la réclamer au mari, sauf recours de celui-ci contre le père.

Si la compensation est laissée par le père à la charge de la mineure, la femme ne peut plus choisir, comme au temps de l'Hédaya, entre la validité et la nullité du divorce qui est en tous cas valable; mais elle est affranchie de la stipulation relative aux biens, de telle sorte qu'elle n'est pas tenue au paiement de la somme convenue et que si c'est sa dot qui a été donnée en compensation, elle a, nonobstant, le droit de la réclamer. Le père n'est pas d'ailleurs en ce cas personnellement tenu.

Nous avons dit que le père peut toujours proposer le divorce de sa fille mineure; l'article 290 ne laisse place à aucune interprétation sur ce point. Les Malékites ne lui reconnaissent ce droit que lorsque la femme est encore *srira*, qu'elle a été mariée par lui en vertu du droit de Djibr et que la puissance paternelle est demeurée intacte.

Lorsque c'est le mari qui propose le divorce à la femme mineure, il faut distinguer : si la femme est *srira* et hors

d'état de comprendre l'effet du divorce, elle ne peut l'accepter; son père peut bien l'accepter pour elle mais sauf sa ratification à l'âge de majorité. A défaut de ratification, le divorce est inexistant. Si la femme est mineure mais en état de comprendre la portée de l'acte qu'on lui propose, son consentement est valable, le divorce est encouru; mais si elle a consenti une compensation ou l'abandon de sa dot, elle n'est nullement liée quant à ce.

En somme, c'est la doctrine de l'Hédaya qui est suivie mais avec cette modification qu'alors que le père peut toujours *proposer* valablement le divorce de sa fille mineure, quel que soit l'âge de celle-ci, il ne peut l'*accepter* que provisoirement si le divorce est proposé par le mari et que la femme soit en bas âge. Cette modification ne porte d'ailleurs que sur le fait matériel du divorce et laisse intact ce que nous avons dit relativement à la compensation, c'est-à-dire aux intérêts pécuniaires de la mineure.

**312.** — L'article 295, examinant le cas où le divorce a été consenti par un mandataire de la femme, ne fait que reproduire une règle de droit commun relative au mandat lorsqu'il dit que le mandataire n'est tenu de la compensation que lorsqu'il s'est engagé à la payer soit personnellement, soit comme caution et sauf recours contre sa mandante. Ajoutons que ce recours ne peut être exercé que si le mandataire a agi dans la limite de ses pouvoirs.

**313.** — Le divorce entraîne la dissolution du mariage, qu'il ait lieu avec ou sans compensation; cette dissolution a la valeur d'une répudiation bāin parfaite ou imparfaite, suivant l'intention que le mari y a attachée.

Les Malékites admettent cependant que le divorce peut n'avoir que le caractère *radjii* lorsqu'il en a été convenu

ainsi; mais cette convention n'est permise que s'il n'a pas été stipulé de prix de compensation ou si ce prix a été mis à la charge du mari au lieu d'incomber à la femme. Aussitôt le divorce prononcé la femme entre en edda, la puissance maritale disparaît, en un mot les effets ordinaires de la dissolution du mariage sont produits, le mari doit l'entretien de la femme pendant l'edda, sauf convention contraire.

**314.** — Lorsque la compensation est fixée au montant de la dot de la femme, celle-ci ne peut rien en réclamer si elle ne l'a pas reçue et, si elle l'a reçue, elle est tenue de la restituer.

Si la compensation est fixée à une partie seulement de la dot, la femme qui l'a reçue en totalité est tenue de restituer la partie déterminée et par elle promise en compensation si le divorce a lieu après la consommation du mariage, et seulement la moitié de cette partie si le divorce a lieu avant toute consommation.

**315.** — Lorsque les parties ont fixé une compensation déterminée autre que la dot, la femme est tenue de s'en acquitter, comme de toute dette; mais toutes autres dettes réciproques relatives au mariage dissous sont éteintes. La femme ne peut rien réclamer de ce qui lui reste dû de la dot, de ses frais d'entretien ni la mut'ah. Le mari ne peut de même exiger la restitution de la dot ou de la partie de la dot par lui payée pas plus que des frais d'entretien versés par anticipation. La même libération réciproque de dettes a lieu lorsqu'une compensation a été stipulée mais non déterminée.

Enfin lorsque le divorce a eu lieu sans compensation il n'y a pas de remise réciproque de dettes et chaque

partie peut exiger le paiement de ce qui lui est légitimement dû.

**316.** — Le divorce s'opère par le simple concours de deux volontés, sans qu'il soit besoin d'une formule sacramentelle comme dans la répudiation; toutefois lorsque les deux consentements se sont rencontrés, le mari prononce le divorce et déclare l'union dissoute.

**317.** — Les preuves du divorce et celles de la compensation s'administrent suivant les règles générales du droit commun.

**318.** — Le divorce peut être prononcé soit pendant le mariage, soit pendant l'edda de répudiation; mais il faut toujours qu'il ait pour effet de rompre une union conjugale valablement contractée : ainsi le divorce est inopérant s'il est consenti par des époux dont le mariage est radicalement nul. Il est également sans objet si la femme a été précédemment définitivement répudiée. Dans ce cas, le mari qui a perçu un prix de compensation l'a fait indûment et doit le restituer.

## SECTION II.

### Du divorce prononcé par autorité de justice.

#### SOMMAIRE :

- 319.** Ce mode est admis par tous les rites.
- 320.** Jurisprudence.
- 321.** Espèces diverses relatives au défaut d'entretien.
- 322.** Motifs tirés du refus par le mari de remplir le devoir conjugal et du partage inégal des nuits.

- 323. Effets de l'option.
- 324. Coups, sévices, injures.
- 325. Violation d'une clause accessoire du contrat de mariage.
- 326. Manquements de la femme.
- 327. Preuve des griefs.
- 328. Qui peut demander le divorce judiciaire.
- 329. Mise en surveillance; renvoi devant arbitres.
- 330. Effets du divorce judiciaire; il est baïn.
- 331. Divorce radjii admis par les Malékites.

**319.** — Le Code Hanafite n'a pas consacré de section spéciale au divorce judiciaire. Il ne faudrait pas en conclure que ce rite ne l'admet pas, et à la vérité on serait presque tenté de le croire à la lecture superficielle du texte. En effet, l'article 211 relatif à la puissance maritale autorise bien la femme à s'adresser au magistrat et à prouver devant lui les violences qu'elle reproche à son mari; si ces violences sont établies, alors même qu'elles se seraient produites à la suite d'un manquement grave de la femme, le mari est bien condamné à une peine correctionnelle, mais l'article ne dit nullement que le magistrat a le droit de prononcer aussi le divorce aux torts de l'époux qui y a donné lieu; c'est là une omission regrettable mais une simple omission.

Nous trouvons disséminés dans le texte même divers cas de divorce judiciaire. C'est ainsi que l'article 177 admet par un argument *a contrario* que le mari qui ne remplit pas son obligation d'entretien sans en être empêché par un état de gêne constaté, encourt le divorce judiciaire. L'article 210 offre un autre exemple de divorce prononcé en dehors du consentement mutuel des conjoints. Le divorce par autorité de justice est d'ailleurs absolument rationnel, inhérent à toute union conjugale et conforme au hadits suivant : « Si un mariage cause à

la femme un préjudice, vous le casserez. » La jurisprudence et la doctrine ont équitablement étendu cette prescription, faite en faveur de la femme, au cas où le mari a de justes sujets de plainte contre son épouse.

La règle générale en cette matière est que le divorce peut être prononcé par le magistrat chaque fois que l'un des époux commet un manquement grave aux devoirs conjugaux. Nous avons étudié dans le livre II les droits et devoirs réciproques des époux, et nous avons rencontré déjà dans cette étude plusieurs cas de divorce sur lesquels nous nous sommes expliqué.

**320.** — La jurisprudence contient des décisions innombrables sur la matière; généralement ces décisions n'offrent pas grand intérêt juridique, n'étant que l'application de la règle plus haut posée et ne résolvant guère que des questions de fait.

Nous nous bornons à l'examen de certains cas qui peuvent donner lieu, suivant le rite adopté, à des solutions contraires.

**321.** — Le mari, nous l'avons vu, a l'obligation de pourvoir à l'entretien de la femme. Le rite Hanafite admet le divorce toutes les fois que le mari manque à son obligation sur ce point, par suite de son mauvais vouloir ou d'une cause provenant d'un vice honteux, par exemple s'il a perdu ses biens au jeu, en se livrant à la débauche, etc... Nous avons dit que l'entretien comprenait les aliments, les vêtements, l'habitation et, en certains cas, les domestiques. Le manquement à l'obligation maritale sur l'un de ces chefs peut faire prononcer le divorce.

La jurisprudence a maintes fois dissous l'union conjugale aux torts du mari qui ne fournissait pas à son épouse

des aliments suffisants (Cour d'Alger, arrêts des 20 septembre 1862, 28 juin 1865, 10 avril 1867, 15 janvier 1872, etc...);

Qui ne lui donnait pas soit les vêtements convenables, soit un mobilier suffisant, soit même les cosmétiques destinés à sa chevelure (Cour d'Alger, arrêt du 22 décembre 1862. — Cadi de Cherchell, jugement du 30 juillet 1862) ;

Qui la forçait à se livrer à des travaux pénibles et en dehors de sa condition (Cour d'Alger, arrêt du 23 décembre 1862);

Qui ne donnait à ses femmes qu'une habitation commune au lieu de fournir à chacune d'elles un logement séparé (Cadi d'Alger, 20 juin 1871. — Cadi de Lalla Maghnia, 29 juin 1866).

Les Malékites et les Chaféites admettent, nous l'avons vu, que le dénuement de la femme pendant l'absence du mari suffit pour autoriser le divorce, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'absence est forcée ou non, si ce manquement aux obligations qui naissent du mariage est intentionnel ou forcé. Abou el Hassan et Ali Yasid el Kaïrouani enseignent que la femme doit obtenir le divorce lorsque le mari est resté absent plus de trente jours sans pourvoir à son entretien (Cour d'Alger, arrêts du 6 mars 1867 et du 6 juin 1864).

Les Hanafites exigent au contraire (art. 190 et argument de l'art. 177) que le manquement du mari, même en cas d'absence, soit intentionnel. Le défaut d'entretien n'est une cause de divorce que lorsqu'il est actuel; si la femme réclame un arriéré, elle peut bien, suivant le cas, obtenir une condamnation pécuniaire, en vertu de son droit de créance, mais elle ne saurait obtenir le divorce de ce chef (Avis du Midjelès consultatif d'Aumale du 30 septembre 1863).

**322.** — Nous avons vu (n<sup>o</sup> 175 à 178) que l'abstention persistante par le mari du devoir conjugal, fût-elle forcée, est une cause de divorce, de même que l'inégalité dans le partage des nuits, d'après la doctrine des rites Malékite, Chaféite et Hanbalite et qu'au contraire les Hanafites permettent au mari, après la consommation du mariage, de s'abstenir complètement de tout rapport sexuel, pourvu qu'il partage également ses nuits entre ses épouses.

**323.** — Nous avons signalé sous le n<sup>o</sup> 168 une autre divergence des rites relativement aux effets de l'exercice du droit d'option et nous avons dit que la doctrine Malékite prononçait, en ce cas, la rupture du lien conjugal par voie de divorce, alors que les Hanafites le déclarent dissous par voie répudiaire.

**324.** — Le mari a le devoir de traiter sa femme avec bonté (Sourate II, verset 229); il encourt donc le divorce s'il se livre sur sa personne à des violences, s'il l'injurie d'une façon grave, elle ou les siens. Le mari ne peut en aucun cas légitimer ses violences, en invoquant comme excuse un manquement même très grave de sa femme, eût-il même porté les coups au moment où il venait de la surprendre en flagrant délit d'adultère, au moment où elle venait de blasphémer, de l'injurier, etc... Tous les rites sont d'accord sur ce point et tous les traités contiennent d'innombrables décisions judiciaires qui n'en sont que l'application.

L'injure peut consister en paroles blessantes, en imputations diffamatoires pour la femme ou les siens et aussi dans l'inconduite du mari. Il y a lieu à divorce lorsque le mari a accusé sa femme d'avoir perdu sa virginité avant son mariage ou d'infidélité (Cour d'Alger, arrêts des 24

décembre 1866, 17 février 1868, 13 février 1871, etc...). Un arrêt de cette Cour du 6 mars 1867, confirmatif d'un jugement du Cadi d'Oran, décide que le divorce est encouru par le mari qui a insulté sa femme, les parents ou même un ami de celle-ci.

Le divorce a été également prononcé pour cause d'inconduite du mari, soit qu'il ait introduit chez lui une concubine, l'ait entretenue au dehors, se soit produit en public avec des femmes de mauvaise vie (Arrêts de la Cour d'Alger, 1<sup>er</sup> mai 1867, 30 novembre 1868, etc...).

**325.** — Les Malékites admettent le divorce non seulement dans le cas où les époux manquent aux obligations qui sont de l'essence de l'union conjugale et qui se trouvent définies par la loi comme constituant les droits et devoirs réciproques des époux, mais encore chaque fois qu'il y a eu violation des stipulations conventionnelles faites au contrat de mariage. C'est ainsi que le divorce a été prononcé contre un mari qui, s'étant engagé à consommer le mariage dans un lieu déterminé, l'avait consommé ailleurs (Cour d'Alger, arrêt du 7 novembre 1863).

Contre un mari qui avait épousé une deuxième femme alors que dans son contrat avec la première épouse il s'était interdit de lui donner une coépouse (Cadi d'Orléansville, 20 décembre 1860).

Contre un mari qui, uni à une femme libre, avait épousé ensuite une négresse, ancienne esclave. Ce fait a été considéré comme injurieux pour la première femme et celle-ci a obtenu le divorce (Cour d'Alger, arrêt du 29 avril 1861).

Contre un mari qui avait forcé sa femme à habiter la campagne alors qu'il avait été convenu qu'elle habiterait la ville (Jurisprudence constante, notamment Cour d'Alger, 7 septembre 1863).

Nous pourrions citer un grand nombre de décisions analogues. Nous pensons que l'esprit du rite Hanafite relativement au divorce ne doit le faire admettre que très difficilement lorsque la demande est basée sur la violation d'une clause du contrat et non sur un manquement aux devoirs naturels du mariage. Il faut que l'acte du mari puisse être regardé comme injurieux, comme attentatoire aux droits moraux de l'épouse; s'il ne lèse celle-ci que dans ses convenances, la violation d'une clause accessoire peut bien donner ouverture à un droit de la femme, mais ce droit ne va pas, selon nous, jusqu'à lui permettre de demander le divorce.

**326.** — Nous n'avons guère recueilli dans les citations de jurisprudence qui précèdent que des espèces dans lesquelles le manquement était imputable au mari. Il va sans dire que tout oubli grave de ses devoirs de la part de la femme donnerait également lieu à la rupture de l'union conjugale.

**327.** — La preuve des griefs réciproques des époux se fait d'après les modes de droit commun, le témoignage, l'aveu de la partie défenderesse, etc...

**328.** — Le divorce judiciaire peut être demandé par toute partie majeure et maîtresse de ses droits. Quant à la femme mineure et incapable, le divorce peut être poursuivi en son nom par son père ou par son représentant légal. Mais le divorce ne saurait être provoqué au nom du mari mineur, chez les Hanafites tout au moins, par le père de celui-ci, ce rite considérant ce droit comme absolument personnel au mari et ne pouvant être exercé par un autre que par lui, même pendant sa minorité.

**329.** — Lorsqu'une action en divorce se produit en justice, le magistrat a le droit, avant de statuer, de mettre les époux en observation ou de les renvoyer devant des arbitres de famille. Nous avons traité ce point sous le n° 219 auquel nous renvoyons.

**330.** — Les effets du divorce judiciaire sont les mêmes que ceux du divorce par consentement mutuel sans compensation. Il dissout irrévocablement l'union, il est bair, non sujet à retour.

**331.** — Les Malékites admettent cependant que lorsque le divorce a été prononcé pour défaut d'entretien, il n'est que radjii, de telle sorte que le mari peut exercer le droit de retour pendant l'edda s'il établit qu'il est en mesure de pourvoir à l'entretien de la femme et fait offre de remplir son obligation. La Cour d'Alger a décidé en ce sens par arrêt du 20 décembre 1868; on peut citer également à l'appui de cette doctrine, un jugement du Cadi d'Alger du 16 juin 1868. La Cour a formulé ainsi sa doctrine : « Le Cadi prononce le divorce radjii par lequel le mari pourra reprendre sa femme pendant les trois périodes de l'edda s'il trouve pendant ce temps les ressources suffisantes pour la nourrir et l'entretenir. » Cette exception au principe peut bien être admise dans les rites où le divorce est encouru par le mari, même alors que son manquement à l'obligation d'entretien provient d'un fait non intentionnel et qui ne lui est pas imputable; elle ne saurait l'être dans le rite Hanafite où le divorce n'est prononcé que lorsque le mari refuse indûment de pourvoir à l'entretien qu'il est en état de fournir. Le divorce est, dans ce cas, basé en réalité sur un sévice, sur une injure du mari, et n'est pas plus sujet à retour que dans tout autre cas.

## CHAPITRE TROISIÈME.

### DU SERMENT D'ANATHÈME, DE L'ASSIMILATION INJURIEUSE ET DU SERMENT DE CONTINENCE.

---

#### SOMMAIRE :

**332.** Des trois serments entraînant la dissolution du mariage.

**332.** — En outre de la répudiation et du divorce proprement dits, la loi prévoit trois modes de dissolution du mariage qui présentent avec ceux que nous venons d'étudier de très grandes analogies mais qui ont cependant certaines règles spéciales que nous devons exposer.

#### SECTION 1.

##### Du serment d'anathème.

#### SOMMAIRE :

- 333.** Dans quel cas il y a lieu.
- 334.** Capacité des époux.
- 335.** Divergences Malékites et Chaféites.
- 336.** Formalités.
- 337.** Comment s'opère la dissolution.
- 338.** Effets.
- 339.** Preuve de l'anathème.

**333.** — Le serment d'anathème est un mode solennel de dissolution auquel le mari peut recourir lorsqu'il dirige

contre son épouse, une accusation d'adultère. Chacun des époux peut, en cas d'adultère de son conjoint, saisir le Cadi d'une simple demande en divorce; mais lorsqu'il s'agit de l'adultère de la femme, le mari a le droit de prononcer l'anathème et la femme peut, en protestant de son innocence, prononcer le même serment.

**334.** — L'anathème ne peut avoir lieu que pendant le cours d'un mariage valable ou pendant l'edda qui suit une dissolution radjii.

Il n'est permis que lorsque les époux sont, à l'époque où il se produit, capables de témoigner en justice. Il faut enfin que le mari soit musulman, libre, majeur, non muet, sain d'esprit, qu'il n'ait encouru aucune peine afflictive, que la femme réunisse les mêmes conditions et que, de plus, elle ait eu une conduite jusqu'alors irréprochable.

**335.** — Les Malékites professent une toute autre doctrine : « Le mari seul, dit Sidi Khalil, a le droit de prononcer l'anathème, même si son mariage est annulable, si les époux sont de mœurs dissolues ou s'ils sont en esclavage; les infidèles sont privés de ce droit. » Le fondateur de ce rite, toutefois, assimile la femme tributaire à la musulmane : « l'anathème de la femme tributaire, anathème prononcé par elle, le sera dans son église; mais on ne la force pas à le prononcer. Si la femme non musulmane refuse de répondre à l'anathème du mari, elle sera punie et renvoyée à ses coreligionnaires. »

Les Chaféites admettent l'anathème prononcé par le mari muet, à l'aide de signes ou par écrit.

**336.** — L'anathème est un acte religieux et entouré de solennité. Si la femme reconnaît sa faute, les formalités en

sont simples ; mais si elle la nie, la déclaration du mari doit être prononcée dans une forme solennelle, non équivoque, propre à frapper l'esprit et à écarter toute accusation injuste ou inconsidérée.

Le mari doit affirmer qu'il a constaté lui-même le flagrant délit ; il faut qu'il en ait été témoin, c'est-à-dire qu'il ait vu ou entendu ; l'adultère commis hors sa présence ne peut autoriser l'anathème alors même qu'il serait certifié par de nombreux témoignages.

Lorsque le mari se trouve dans le cas prévu, il s'adresse au Cadi et appuie sa déclaration par celle de quatre témoins dignes de foi et jouissant d'une pleine capacité. S'il ne peut produire ces quatre témoignages il devra jurer par quatre fois et en attestant le nom de Dieu qu'il dit la vérité.

La femme peut répondre par quatre serments semblables, faits dans la même forme et par lesquels elle proteste contre l'accusation ; le cinquième serment, le plus solennel, produit l'anathème ; il est prononcé par le mari et la femme peut y répondre. La loi exige l'emploi d'une formule sacramentelle dans laquelle se trouvent les mots : Je jure....., anathème....., colère de Dieu....., malédiction. Il faut absolument que les époux prononcent l'anathème en invoquant la colère et la malédiction de Dieu contre celui d'entre eux qui ment. Le serment est prononcé dans un lieu respectable, après une prière, ensuite d'une exhortation religieuse dans laquelle les époux sont avertis de la portée et des conséquences de leur acte, en présence d'un grand nombre de personnes, de quatre témoins tout au moins. Les Malékites et les Chaféites qui reconnaissent aux femmes chrétiennes et juives le droit de prononcer le serment d'anathème exigent qu'elles le fassent en présence de leur mari, dans leur église ou dans leur synagogue.

**337.** — Si le mari, après avoir porté l'accusation, refuse de prêter les serments prescrits, il est déclaré calomniateur et la femme peut faire dissoudre le mariage par voie de divorce qui est alors un divorce judiciaire. Si la femme ne répond pas aux serments du mari par des serments semblables, elle est convaincue d'adultère, le mariage est dissous et elle encourt une peine corporelle.

Si les deux époux prêtent les cinq serments prescrits, la dissolution a également lieu mais la femme n'est point punie.

Le mariage est dissous immédiatement, mais il ne l'est cependant pas de plein droit et *ipso facto* ; la séparation doit être prononcée par le magistrat. Mouradja d'Ohsson<sup>1</sup> s'exprime ainsi : « Le double anathème lancé par les conjoints, opère à l'instant même leur séparation, que le magistrat doit toujours confirmer par acte juridique. » Mohamed Assem est du même avis. Les expressions : « opère à l'instant même leur séparation, » ne sont pas absolument exactes puisque l'acte juridique seul brise le lien conjugal. Le texte Hanafite (art. 340) est plus clair ; une fois le serment prononcé, les époux ne peuvent plus se désister, regarder l'anathème comme non encouru, se réconcilier. Mais tant que le magistrat n'a pas prononcé la dissolution « le mariage est censé existant et le survivant des époux a droit à la succession de l'autre lorsqu'il est capable de lui succéder. » Cela suppose le cas où l'un des conjoints meurt subitement dans le très court intervalle qui peut s'écouler entre le serment et la prononciation du jugement.

<sup>1</sup> T. V, p. 226.

**338.** — Quels sont les effets de ce mode de dissolution? L'anathème produit une séparation bairn ou irrévocable et généralement définitive. Nous disons généralement parce que les époux pourraient contracter une nouvelle union si l'un d'eux devenait incapable de porter un témoignage en justice (art. 340). L'Iman Bou Hanifa et après lui Ibrahim<sup>1</sup>, admettent que le mari peut lever l'anathème en reconnaissant la fausseté de son accusation. Il subit, en ce cas, la peine que mérite son parjure mais il peut ensuite se remarier avec la femme ainsi libérée de l'anathème. Les Malékites<sup>2</sup> et les Chaféites<sup>3</sup> font produire à l'anathème non seulement les effets d'une répudiation par trois mais des effets plus absolus encore puisque la femme ne peut être libérée par un deuxième mariage comme dans le cas de répudiation définitive. Le serment d'anathème rend les conjoints éternellement prohibés l'un à l'autre. Ces deux rites se sont fondés sur le hadits suivant : « ceux qui prononcent l'anathème ne peuvent pas se réunir de nouveau. » Les Hanafites interprètent ce hadits en ce sens que la prohibition dure tant que l'anathème subsiste, mais ils admettent qu'il peut être rétracté tandis que les autres rites enseignent le contraire.

**339.** — L'anathème ne produisant en réalité ses effets juridiques qu'autant que la séparation a été ensuite prononcée par le magistrat, ce mode de dissolution n'admet d'autre mode de preuve que la décision judiciaire elle-même.

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 227.

<sup>2</sup> Sidi Khalil, Mahi Eddin.

<sup>3</sup> Abou Chodja, p. 45.

## SECTION II.

**De l'assimilation injurieuse.**

## SOMMAIRE :

- 340.** En quoi elle consiste. — Intention injurieuse.
- 341.** Capacité du mari.
- 342.** Elle est pure et simple ou conditionnelle.
- 343.** Ses effets.
- 344.** Cas où plusieurs assimilations injurieuses ont été prononcées.

**340.** — « On appelle assimilation injurieuse une formule par laquelle un musulman capable établit une comparaison entre sa femme légitime ou une partie de sa femme et le dos ou toute autre partie du corps d'une femme avec laquelle il ne peut contracter mariage<sup>1</sup>. » Cette assimilation peut amener la dissolution du mariage pourvu que le mari l'ait faite dans ce but, tout au moins avec l'idée d'assimiler son épouse, au point de vue du rapprochement sexuel, à un être avec lequel il ne peut avoir de relations charnelles licites. Ainsi ces expressions : « Tu es pour moi comme mon frère, tu es pour moi comme ma sœur, ton dos est pour moi comme celui de ma mère, » constituent des assimilations injurieuses. Mais si le mari n'a pas l'intention de donner à l'assimilation un caractère injurieux, si en disant à sa femme : « Tu es pour moi comme ma mère, » il n'avait à l'esprit aucune idée de l'acte conjugal et voulait exprimer un très haut degré de déférence

<sup>1</sup> Sidi Khalil, texte.

et d'affection, l'assimilation ne revêtirait aucun caractère injurieux et par conséquent serait sans effet.

**341.** — Pour avoir capacité de prononcer l'assimilation injurieuse il faut être musulman, majeur et sain d'esprit. Mohamed Assem, Sahnoum et El Téoudi ne reconnaissent pas capacité au mari impuissant; mais l'opinion de ces docteurs n'a pas prévalu. L'assimilation injurieuse ne peut avoir lieu que pendant le mariage ou pendant l'edda qui suit une répudiation non définitive.

**342.** — Elle est pure et simple ou conditionnelle. La validité des conditions est la même que dans la répudiation conditionnelle; nous renvoyons donc aux numéros 262 et suivants pour les questions auxquelles les conditions peuvent donner lieu. Disons seulement que tant que la condition n'est pas accomplie le mari ne peut effacer par une expiation l'effet de l'assimilation.

**343.** — L'assimilation injurieuse ne constitue pas un mode immédiat de dissoudre le mariage. Elle a pour effet de faire cesser, dès qu'elle est prononcée, les relations conjugales; la femme a le droit et le devoir de se refuser à son mari et si elle craint quelque violence de sa part elle peut quitter le domicile de celui-ci; mais le mariage subsiste avec tous ses autres effets. Si le mari reste quatre mois sans racheter par une expiation l'assimilation injurieuse, la femme peut s'adresser au magistrat qui prononce le divorce judiciaire. L'expiation consiste en une bonne œuvre, ou en une pénitence, l'affranchissement d'un esclave, un jeûne de deux mois ou la nourriture donnée à soixante pauvres.

**344.** — Lorsque le mari a prononcé contre sa femme plusieurs assimilations injurieuses ou en a prononcé une

contre plusieurs de ses femmes, il ne doit se soumettre qu'à une seule expiation, à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'il a entendu se soumettre à un plus grand nombre.

Le serment ne survit pas à la répudiation par trois, qu'il soit pur et simple ou soumis à une condition non encore accomplie au moment de cette répudiation.

### SECTION III.

#### Du serment de continence.

##### SOMMAIRE :

- 345. Son caractère.
- 346. L'emploi d'une formule est nécessaire.
- 347. Capacité du mari.
- 348. Effets. — Expiation.
- 349. Le serment de continence entraîne un divorce bairn; divergence Malékite.

**345.** — Le serment de continence a la plus grande analogie avec l'assimilation injurieuse. Son caractère est également une injure faite à l'épouse; l'intention outrageante doit s'y rencontrer pour qu'il produise un effet juridique. Il en résulte que le serment est valable quoiqu'il s'adresse à une femme impubère, malade, avancée en âge, en un mot à une femme avec laquelle on ne peut avoir de relations et que, par contre, il est sans effet lorsqu'il est dicté par l'intérêt de la femme, par exemple par une raison de santé ou si la femme nourrit son enfant, par l'intérêt du nourrisson.

**346.** — L'emploi d'une formule est indispensable mais les termes n'en sont pas sacramentels; il suffit qu'elle contienne le nom de Dieu ou un de ses attributs et le serment de ne pas avoir de relations avec l'épouse pendant quatre mois. Si le délai est moindre, le serment est réputé non avenu; s'il est supérieur à quatre mois ou indéterminé, la femme en référera au magistrat qui le ramènera au temps légal. Le délai de quatre mois est suspendu lorsqu'il y a une cause matérielle empêchant le mari de reprendre les relations conjugales, par exemple s'il est malade, prisonnier ou absent.

Le serment peut être conditionnel et dans ce cas le délai ne court que de l'accomplissement de la condition; la validité des conditions est régie par les mêmes règles que dans la répudiation (Voir n<sup>os</sup> 262 et suivants).

**347.** — Le mari, pour pouvoir prononcer le serment de continence, doit être musulman, majeur et sain d'esprit. Certains auteurs appliquent au serment prononcé en état de maladie les règles relatives, en ce cas, à la répudiation (Voir n<sup>os</sup> 288 et suivants).

**348.** — Quels sont les effets du serment de continence? Si le mari s'est abstenu pendant le délai légal, la femme peut demander le divorce ou au contraire consentir à continuer l'union. La dissolution de l'union ne peut donc être prononcée qu'à sa requête.

Si, au contraire, le mari a repris les relations conjugales avant l'expiration du délai, il est dégagé et n'a qu'à se soumettre à une expiation qui consiste en l'affranchissement d'un esclave, la nourriture de dix pauvres ou un jeûne de trois jours.

**349.** — Les Malékites regardent le divorce prononcé ensuite du serment de continence comme radjii. Mouradja

d'Ohsson<sup>1</sup> enseigne au contraire qu'il est bâin; nous avons vu que dans le rite Hanafite le divorce est toujours bâin; l'article 245 du texte le dit en termes formels. Notons toutefois que le mariage est dissous par voie de divorce et non par voie répudiaire ainsi que cet article le laisserait supposer.

<sup>1</sup> T. V, p. 216.

---

## CHAPITRE QUATRIÈME.

### DE LA SÉPARATION POUR CAUSE D'APOSTASIE ET PAR SUITE DE L'EXERCICE DU DROIT D'OPTION.

#### SOMMAIRE :

350. Erreur du texte; l'apostasie entraîne une répudiation radjii et non un divorce.
351. Des droits successoraux des époux après la dissolution de l'union.
352. Interprétation du § 3 de l'article 304. — Le mari apostat ne peut répudier.
353. Abjuration simultanée des époux. — Renvoi aux n<sup>os</sup> 120 et suivants.
354. Droits de la femme sur la dot.
355. De l'option de la femme en cas d'impuissance du mari; renvoi.

**350.** — L'apostasie de l'un des époux musulmans entraîne, par elle-même et sans qu'il soit besoin de décision judiciaire, la dissolution du mariage et la séparation des époux. L'article 303 du texte porte que cette séparation constitue un divorce et non pas une répudiation; cela n'est nullement exact; la dissolution qui a lieu dans ce cas est *sui generis*; elle est légalement produite par la seule existence d'un fait et n'a pas besoin, comme dans le divorce, d'un consentement mutuel ou d'une décision de justice, pas plus qu'elle ne peut être assimilée à la répudiation qui découle de la volonté seule du mari et est subordonnée à l'expression d'une formule. L'apostasie brise, par elle-même, le lien conjugal et on ne peut même dire qu'elle produise

des effets identiques à ceux du divorce. Ces effets, énumérés dans les articles 304 et suivants, sont au contraire ceux que la loi attache à la répudiation. Il en est si bien ainsi qu'aux termes de cet article la séparation des époux n'est que provisoire, qu'elle cesse avec la cause qui l'a motivée, de sorte que si l'apostat retourne à l'Islamisme il peut reprendre sa femme sans qu'il soit besoin d'une nouvelle union. La première, interrompue pendant un temps, reprend son cours. Si c'est la femme qui a apostasié, son retour à l'Islamisme donne droit au mari de la reprendre moyennant le minimum de la dot.

L'article 304 ajoute que « c'est seulement dans le cas où l'apostat aura répudié la femme définitivement ou par trois durant sa retraite et pendant qu'il est établi dans les États musulmans, qu'elle lui sera interdite jusqu'à ce qu'elle ait rempli les conditions exigées par la loi. »

**351.** — Il résulte de ces dispositions que la séparation que nous étudions est radjii. L'article 304 peut donner lieu à une grave erreur d'interprétation; il semble, en effet, résulter de ses termes que non seulement le mari peut exercer le droit de retour mais que l'exercice de ce droit n'est pas limité au temps de la retraite. Il n'en est pas ainsi cependant; à l'expiration de l'edda, le mariage est irrévocablement dissous; si le mari meurt avant cette époque, la femme vient à sa succession, que l'apostasie ait eu lieu en état de santé ou de maladie. Quant à la femme qui a apostasié, si elle l'a fait en état de bonne santé et qu'elle meure avant son retour à l'Islamisme, le mari n'hérite pas d'elle; si, au contraire, elle l'a fait en état de dernière maladie, le mari a droit de réclamer sa part successorale si le décès a eu lieu pendant l'edda. Ces effets sont bien ceux que la loi attache à la répudiation radjii.

**352.** — Le troisième paragraphe de l'article 304 que nous avons textuellement cité plus haut présente une grave difficulté d'interprétation : il assimile la dissolution du mariage pour cause d'apostasie à la répudiation radjii non seulement quant à ses effets mais encore quant au droit du mari de prononcer ultérieurement une répudiation baïn définitive. Nous avons vu en effet que le mari, après avoir répudié sa femme radjii, peut, pendant l'edda, la répudier baïn. Peut-il en être de même en cas d'apostasie?

Non, car la répudiation ne peut être prononcée que par un musulman et l'apostasie du mari lui a fait perdre cette qualité et par conséquent la capacité de répudier. Il faut donc interpréter le texte en ce sens que si le mari musulman prononce d'abord une répudiation radjii qui a pour effet de mettre la femme en état d'edda, si pendant l'edda il la répudie par trois et qu'il *apostasie ensuite*, son retour à l'Islamisme n'a pas pour effet de rendre la femme licite pour lui tant que celle-ci n'a pas été libérée de la prohibition par un mariage avec un autre homme. Nous croyons toute autre interprétation contraire à l'esprit de la loi.

**353.** — L'article 305 dispose que « lorsque deux époux abjurent la foi musulmane en même temps ou successivement sans préciser qui est celui des deux qui a abandonné sa religion le premier, et retournent de la même manière à l'Islamisme, le mariage reste indissoluble. Il n'est dissous que quand l'un se convertit à l'Islamisme avant l'autre. » Nous avons donné sous les numéros 120 et suivants l'explication de cet article et des questions qu'il peut faire naître.

**354.** — Relativement aux droits de la femme sur la dot en cas d'apostasie, il faut distinguer : si la dissolution a

lieu après la consommation, les droits de la femme restent intacts, que l'apostasie ait lieu de sa part ou de celle de son mari. Si le mariage n'a pas été consommé, la femme qui apostasie perd ses droits à la dot et à la mut'ah; si au contraire l'apostasie a lieu de la part du mari, la femme a droit à la moitié de la dot contractuelle, à la mut'ah s'il n'y a pas eu de dot déterminée, et dans tous les cas à son entretien pendant l'edda.

Ces diverses dispositions de la loi font ressortir clairement l'erreur absolue qui a présidé à la rédaction du § 2 de l'article 303.

**355.** — L'option de la femme pour la dissolution du mariage en cas d'impuissance du mari est encore une cause de rupture de l'union. Nous l'avons étudiée d'une façon assez complète, pour qu'il soit inutile d'y revenir, dans le chapitre VII du livre I.

---

## CHAPITRE CINQUIÈME.

### DE LA RETRAITE (EDDA).

---

#### SOMMAIRE :

**356.** Objet de l'edda. — Division du sujet.

**356.** — Après la dissolution du mariage, la femme doit rester pendant un certain temps en retraite ; elle ne peut, pendant cette période, contracter mariage si ce n'est avec son mari en cas de répudiation non définitive. Cette prescription de la loi a pour but principal d'éviter toute confusion de part, de permettre de reconnaître si la femme est enceinte, d'éviter les contestations relatives à la paternité et à la filiation. Elle a pour objet d'empêcher la veuve de se remarier dans un délai trop court et de faire ainsi injure à la mémoire du défunt ; enfin, en cas de répudiation révocable, elle permet au mari de renouer le lien conjugal qu'il avait rompu, sans recourir à un second contrat. Toutes les législations imposent à la veuve et à la femme dont le mariage a été dissous du vivant de son mari un délai plus ou moins long basé en général aujourd'hui sur le plus long terme de la gestation ;

Nous avons à étudier l'edda :

1° Au point de vue de savoir quelles femmes y sont soumises ;

- 2° Quant à sa durée,  
 3° Quant aux devoirs et aux droits de la femme pendant la retraite et aux effets de l'edda.

## SECTION I.

### Quelles femmes sont soumises à l'edda.

#### SOMMAIRE :

- 357.** L'edda est la conséquence de tout mariage consommé.  
**358.** Cas où la consommation est impossible. — Erreur du texte quant à l'impuissance du mari.  
**359.** Modes de dissolution donnant lieu à l'edda.  
**360.** Edda de la veuve.  
**361.** Edda des femmes Kitabiiah.

**357.** — On peut dire d'une façon générale que toute femme dont le mariage est dissous après avoir été consommé est soumise à la retraite. Nous rappelons ce que nous avons dit sous le numéro 72 au sujet de la consommation et des faits matériels qui la constituent ; la cohabitation des époux est une présomption légale de consommation dans toutes les unions conjugales, valables ou nulles. L'entrevue privée est également une présomption légale de consommation dans le mariage valable, à tel point que la femme est soumise à la retraite après cette simple entrevue alors même que les époux reconnaissent n'avoir eu aucun rapport sexuel<sup>1</sup>. Mais, dans les mariages frappés de nullité, l'entrevue privée ne crée pas, au point de vue

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson.

qui nous occupe, une présomption de consommation et n'assujettit pas la femme à l'edda.

**358.** — La présomption légale cède d'ailleurs lorsque la matérialité des faits ne permet pas d'admettre qu'il y ait eu consommation, par exemple lorsque la femme est à un âge de l'enfance qui exclut toute possibilité de rapports sexuels, lorsque le mari est atteint d'impuissance résultant d'un vice de conformation soit congénital, soit accidentel mais antérieur à la conclusion du mariage. L'impuissance survenue en cours de l'union ne donne pas lieu à l'option de la femme. Nous avons vu sous le numéro 164 que l'impuissance survenue entre la conclusion et la célébration ne peut être établie que par l'état de virginité de la femme; celle donc qui a perdu sa virginité avant la conclusion ne peut exercer le droit d'option. On ne s'explique pas dès lors la disposition de l'article 310 qui soumet à l'edda la femme « dont le mariage a été dissous par une décision judiciaire prononcée par suite de l'impuissance du mari. » En effet, on ne saurait prévoir qu'une des trois hypothèses suivantes :

1° L'impuissance est antérieure à la conclusion du mariage; en ce cas la femme a le droit d'opter, mais il est certain que le mariage n'a pas été consommé;

2° L'impuissance s'est produite entre la conclusion et la célébration; l'option n'est permise que si la virginité de la femme permet d'affirmer qu'il n'y a pas eu consommation;

3° L'impuissance est survenue après la consommation et dans ce cas la femme n'a pas droit à l'option. Or le même article porte que la retraite est imposée à toute femme séparée de son mari après la « consommation *réelle* du mariage. » Il est donc impossible d'admettre que la femme soit assujettie à l'edda ensuite de son option pour cause

d'impuissance de l'époux, puisque ce droit est lui-même subordonné à une preuve certaine de la non-consommation du mariage.

**359.** — L'article 310 énumère les cas de dissolution de l'union conjugale; il nous paraît inutile de faire ici cette énumération après l'étude que nous en avons faite dans le présent livre et dans ceux qui précèdent. Toute femme dont le mariage a été dissous après qu'il y a pu avoir entre elle et son mari des rapports intimes, est soumise à la retraite.

**360.** — La veuve y est astreinte alors même qu'il serait certain que son mariage n'a pas été consommé et n'a pu l'être « parce que, dit Ibn Salamoune, l'edda de décès lui est imposé comme un honneur à la religion musulmane et un regret pour le défunt. »

**361.** — Le texte Hanafite soumet à la retraite les femmes kitabiiah (chrétiennes ou juives) valablement mariées à un musulman. Cette disposition, formellement contenue dans l'article 311, est en désaccord avec la doctrine des anciens jurisconsultes de ce rite. L'Hédaya porte, en effet (t. I, page 368) : « Il n'y a pas d'edda pour les femmes étrangères ou infidèles. » Mouradja d'Ohsson (t. V, page 249), s'exprime ainsi : « Les femmes chrétiennes ou juives, mariées à des musulmans, ne sont pas soumises aux lois de l'edda. » Les autres rites n'admettent pas cette exception à la règle générale dont on n'aperçoit pas bien les motifs et que les Hanafites repoussent d'ailleurs aujourd'hui.

## SECTION II.

**Durée de la retraite.**

## SOMMAIRE :

- 362.** La durée normale est de trois qourou. — Computation.
- 363.** Cessation des règles. — Menstruation anormale. — Doctrine algérienne.
- 364.** Edda lunaire de la femme non réglée.
- 365.** Retraite de la femme enceinte.
- 366.** Retraite viduaire ; concours de deux edda.
- 367.** Point de départ de la retraite.
- 368.** L'edda peut s'accomplir à l'insu de la femme.
- 369.** De l'edda de la femme dont le mari est absent, disparu ou prisonnier de guerre ; durée de la vie humaine.
- 370.** Interruption de la retraite.
- 371.** Hypothèse dans laquelle le mari peut imposer à la femme deux retraites successives.
- 372.** Contestations relatives à l'accomplissement de l'edda.

**362.** — La durée ordinaire de la retraite pour toute femme libre, musulmane ou kitabiiah, en âge d'être réglée, et séparée de son mari, par suite de répudiation, de divorce consensuel ou de décision judiciaire est de trois qourou, c'est-à-dire de trois purgations menstruelles complètes. Lors donc que la femme entre en edda, elle doit, pour en être affranchie, avoir trois fois l'indisposition périodique inhérente à son sexe. Si l'edda commence pendant la période où la femme a ses règles, cette période ne compte pas et la retraite n'est accomplie qu'à la fin des troisièmes règles qui suivent. MM. Sautayra et Cherbonneau enseignent à tort que les Hanafites exigent trois périodes com-

plètes de pureté. Si l'edda commence la veille de l'apparition des règles, la première menstruation compte pour un qourou, tout comme si la retraite avait commencé le jour qui a suivi la dernière menstruation. L'article 314, § 3, ne laisse aucun doute à cet égard. Cette doctrine est admise par tous les rites. Les périodes de la menstruation peuvent différer suivant la constitution de la femme, son âge, etc..., le minimum en est de vingt jours chez les Hanafites<sup>1</sup>, de quinze jours chez les Malékites. Quant au maximum, il a donné lieu à des interprétations qui ne sont plus d'accord avec les constatations de la médecine moderne.

**363.** — La femme qui, après avoir eu ses règles pendant plusieurs jours, voit s'en arrêter l'apparition depuis un an au moins par suite de maladie ou de toute autre cause, doit se soumettre à une retraite périodique jusqu'à l'expiration de trois mois après l'âge critique fixé à cinquante-cinq ans, à moins que les règles ne reparassent avant cet âge (texte, art. 314). Ibn Salamoune et Sidi Khalil pensent que si la femme n'a ses règles qu'une fois par an elle ne sort de la retraite qu'après la troisième période, ce qui donne dès lors à l'edda une durée qui peut être de trois années.

Lorsque la femme a une menstruation continuelle ou si fréquente qu'elle ne puisse définir ses périodes normales la durée de l'edda, aux termes de l'article 315, est de sept mois. La Cour d'Alger, en l'état des nombreuses divergences qui divisent les auteurs musulmans sur cette matière, et se basant sur les données de la science moderne, a adopté comme durée fixe de l'edda le délai de trois mois à partir du lendemain du jour où la retraite a légalement commencé.

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 239-240.

**364.** — Ce délai de trois mois est également adopté par les Hanafites et les autres rites dans le cas où la femme n'a pas encore eu ses premières règles et dans celui où, ayant dépassé l'âge critique, elle n'est plus réglée. « Si la retraite commence le premier jour d'un mois, les trois mois compteront par l'apparition de la lune, quand même le nombre des jours serait inférieur à trente; si elle commence dans le courant du mois, le délai cessera à l'expiration de quatre-vingt-dix jours » (art. 312, § 2).

Lorsque la femme non encore réglée ou celle qui ne l'est plus à cause de son âge ont commencé la période lunaire que nous venons d'indiquer, si la menstruation se déclare chez la jeune fille, ou si elle revient chez la femme âgée avant la fin de cette période lunaire, l'edda recommence suivant les règles ordinaires qui régissent les femmes normalement réglées. Et comme l'edda ne commence pas en état d'impureté, on voit que sa durée peut être, en ces deux cas, singulièrement prolongée.

Il ne faut toutefois pas oublier que la retraite lunaire n'est imposée à la jeune femme non encore réglée que lorsqu'elle a atteint un âge où, sans être encore nubile, elle pourrait cependant avoir avec son mari des relations réprouvées mais cependant possibles. Si elle est encore dans la première enfance, le mariage ne pouvant matériellement pas être consommé, elle n'est pas soumise à l'edda.

**365.** — La retraite de la femme enceinte se termine par l'accouchement; si elle fait une fausse-couche, la retraite n'est accomplie que si le fœtus est formé et reconnaissable.

**366.** — La loi fixe pour la retraite viduaire un délai spécial de quatre mois et dix jours qui est applicable dans tous les cas, pourvu que le mariage n'ait pas été annulé avant la mort du mari. La *srira*, la femme réglée ou non, y sont soumises.

La femme peut se trouver en même temps en edda pour deux causes différentes, par exemple dans le cas où elle est répudiée, fait qui la met en retraite répudiaire et où le mari meurt avant l'expiration de cette retraite, événement qui donne lieu à l'edda viduaire. Les rites sont d'accord pour enseigner que les deux retraites ne doivent pas se cumuler. La femme accomplit la plus longue, celle de quatre mois et dix jours.

**367.** — L'edda commence à la mort du mari, au jour de la répudiation, du divorce consensuel, ou de la rupture judiciaire de l'union. Il est admis que le *dies a quo* ne doit pas entrer dans la computation du délai.

**368.** — Nous avons vu que la femme peut se trouver en edda et l'accomplir tout entière à son insu, lorsque la répudiation prononcée par le mari n'a pas été portée à sa connaissance. Il en est de même lorsque la femme n'a pas été avisée de la mort de son mari ; mais il faut que la date de la répudiation soit établie par l'époux en cas de contestation de l'épouse ; si donc la femme reconnaît la vérité de l'affirmation du mari, la retraite a commencé au jour par lui déclaré ; si le délai légal n'est pas encore expiré, elle a droit à son entretien pendant le temps restant à courir ; s'il est accompli, l'edda a pris fin et elle ne peut rien réclamer. Mais si la femme conteste la déclaration du mari qui affirme avoir répudié sa femme à une époque antérieure, celui-ci doit rapporter la preuve de son dire et s'il ne le fait pas l'edda ne court que du jour de la déclaration.

**369.** — L'edda viduaire peut commencer pour la femme sans qu'elle ait la certitude du décès de son mari. Ce cas se présente dans les circonstances qui rendent le décès présumable : disparition du mari à la suite d'un combat, captivité pendant l'état de guerre, état d'absence. Lorsque le mari a disparu à la suite d'un combat, l'edda commence après une année de recherches, s'il est emmené en captivité ou s'il est absent dans le sens de la loi, c'est-à-dire sans qu'on sache où il est, s'il existe ou s'il est décédé, le délai d'expectative est de quatre années depuis les dernières nouvelles, si le mari a été fait prisonnier par des musulmans ou s'il est allé en pays musulman; si le mari a été emmené en captivité par des non-musulmans ou s'il a entrepris un voyage chez les infidèles, la femme n'entre en edda que lorsque le mari ayant atteint l'extrême limite de durée de la vie humaine il est par là démontré qu'il ne peut se représenter. Les auteurs sont très divisés quant au terme de l'existence humaine. Les Malékites la fixent à 70 ou 80 ans, les Hanafites, d'après l'Hédaya, à 100 et même 120 ans.

**370.** — L'edda, pour rendre la femme libre, doit ne pas être interrompue. Lorsque la femme a été répudiée radjii ou qu'elle a été répudiée baïn pendant la dernière maladie du mari et contre son gré, si le mari meurt pendant la retraite, la femme vient à sa succession. Mais le temps écoulé de l'edda répudiaire ne compte pas et la femme est tenue de se soumettre à l'edda viduaire qui ne court que du jour du décès.

**371.** — Lorsque le mari a répudié sa femme baïn, mais non définitivement, il peut contracter avec elle, pendant

l'edda, un mariage réglé par un nouveau contrat. Si après ce second mariage il répudie de nouveau sa femme, celle-ci recommence une nouvelle retraite qui court de la seconde répudiation, que la deuxième union ait été ou non consommée; mais la femme a droit à une dot entière. Les Malekites enseignent généralement que si le mari n'a pas consommé la seconde union, la femme n'a pas à se soumettre à une nouvelle retraite; elle est libérée par l'expiration de la première. — Admettre le contraire, disent-ils, serait donner au mari la possibilité d'imposer à sa femme, par son seul caprice, une edda d'une durée double de celle fixée par la loi; le mari en contractant une deuxième union quelques jours avant l'expiration de la première retraite et en dissolvant ce second mariage aussitôt après, sans même l'avoir consommé, imposerait ainsi à l'épouse deux retraites successives. Certains docteurs Hanafites, entre autres l'imam Mohamed, se sont rangés à cette doctrine; d'autres, tels que le cheik Annebi, ont adopté la solution que nous avons donnée plus haut et qui reconnaît à la femme, dans le but d'éviter tout acte arbitraire et dolosif du mari, le droit de réclamer une dot entière.

**372.** — Il peut y avoir contestation sur la question de savoir si l'edda s'est régulièrement accomplie, dans le cas où la durée n'en est pas fixée par la loi à un nombre de mois ou de jours déterminés car, dans cette hypothèse, l'échéance seule du terme libère la femme. Cette contestation est tranchée par la simple affirmation faite par celle-ci sous serment; le fait qu'il s'agit d'établir, c'est-à-dire la menstruation, étant absolument intime, elle est crue sur son serment. Mouradja d'Ohsson dit en effet : « La déclaration de la femme, faite sous serment, qu'elle a eu trois fois ses signes périodiques, est suffisante pour qu'elle soit

entièrement libérée<sup>1</sup>. » Tous les rites sont d'ailleurs d'accord sur ce point.

### SECTION III.

#### **Des devoirs et des droits de la femme pendant la retraite. — Des effets de l'edda.**

##### SOMMAIRE :

- 373. L'edda doit être accomplie au domicile conjugal; exceptions.
- 374. Conduite de la femme pendant la retraite.
- 375. Droit de la femme à l'entretien.
- 376. Actions de la femme.
- 377. Prohibitions relatives au mariage de la femme et à celui du mari pendant l'edda.
- 378. De l'edda relativement aux droits successoraux. — Renvoi.

**373.** — La femme doit accomplir le temps de sa retraite dans le domicile conjugal. Si l'edda commence alors qu'elle n'est pas dans ce domicile, elle doit le réintégrer immédiatement. La loi admet cependant certaines exceptions tant à l'obligation de la femme de rester au domicile conjugal qu'à celle d'y rentrer dès qu'elle a connaissance de la dissolution du mariage.

La femme peut ne pas revenir chez son mari lorsqu'elle se trouve, de l'aveu de celui-ci, loin de chez lui et en pays étranger, lorsqu'elle accomplit le pèlerinage, enfin lorsqu'elle en est empêchée par une cause sérieuse et légitime.

<sup>1</sup> T. V, p. 240.

De même elle peut quitter la maison de son mari lorsque cette maison menace ruine ou est vendue par le mari ou ses créanciers, lorsque la femme a juste sujet de craindre la perte de ses biens, lorsque le domicile conjugal est dans un quartier déshonnête et dans le voisinage d'une maison habitée par des femmes de mauvaise vie.

Les rites ne sont pas en parfait accord dans la spécification des cas qui permettent à la femme de ne pas accomplir l'edda au domicile conjugal; mais ils admettent tous la règle générale aux termes de laquelle l'obligation de la femme cesse devant un obstacle résultant d'une force majeure.

La femme qui quitte à bon droit le domicile conjugal pendant la retraite viduaire doit se transporter autant que possible dans une maison voisine; celle qui l'abandonne pendant la retraite répudiaire doit faire fixer sa nouvelle habitation par le mari et, à défaut d'accord entre les époux, par le magistrat.

**374.** — L'edda est pour la femme une période de recueillement; la veuve et la femme en état de retraite répudiaire (et cette expression générale comprend tous les modes de dissolution de l'union) doivent s'abstenir de toutes visites, négliger les soins de toilette sauf ceux qu'exigent la propreté et l'hygiène, ne point sortir sans nécessité.

**375.** — Nous venons de préciser les devoirs de la femme pendant l'edda; voyons quels sont ses droits. La Sourate II, verset 241, fait au mari une obligation morale et religieuse de laisser à ses veuves de quoi subvenir à leur entretien pendant un an; mais il n'y a pas là une obligation civile pouvant être invoquée en justice. L'article 331 du texte le dit en termes formels et ne reconnaît aucun droit

à la veuve, même enceinte. Mais le verset 242 accorde aux femmes en edda répudiaire le droit à l'entretien pendant la retraite, et ce droit, aux termes de l'article 324, subsiste quelque longue que soit la période légale (Voir art. 328).

Le texte Hanafite fait une énumération fort longue mais encore incomplète des cas de dissolution du mariage qui donnent droit à la femme à son entretien pendant l'edda. Il suffit de dire que chaque fois que l'union a été dissoute du vivant des époux, soit par le fait de la volonté du mari, soit par consentement mutuel, soit par décision de justice, la femme a droit à l'entretien à moins que la dissolution de l'union n'ait été amenée par une cause reprochable à la femme. Celle-ci a donc droit de réclamer ses frais d'entretien en cas de divorce judiciaire pourvu qu'il ait été prononcé aux torts du mari.

Lorsque la dissolution du mariage a été amenée par une faute de la femme, ses droits sont irrévocablement perdus et elle ne les recouvre pas dans le cas où l'union reprendrait ensuite son cours, par exemple lorsque la rupture du lien conjugal ayant eu pour cause l'apostasie de la femme, celle-ci revient ensuite à la foi musulmane. La loi admet cependant que la femme a droit à l'habitation au domicile conjugal pendant l'edda, lors même qu'elle aurait perdu ses autres droits à l'entretien.

**376.** — La femme a une action contre le mari pour le paiement de sa créance d'entretien; mais l'exercice de cette action donne lieu à des règles spéciales que nous avons exposées sous le n° 208 auquel nous renvoyons, ces règles étant les mêmes qu'il s'agisse de l'entretien en cours du mariage ou pendant la retraite.

**377.** — L'edda a pour effet de prohiber pendant toute sa durée l'union de la femme avec tout autre que son pre-

mier mari. La demande en mariage ne peut même être valablement faite pendant cette période (art. 2). Le mari lui-même encourt certaines prohibitions. Dans le cas où la dissolution a eu lieu par voie répudiaire radjii, la femme est bien en edda, mais sans que l'union soit dissoute, le mari ayant le droit de la renouer par sa seule volonté en exerçant le retour. Il ne peut donc épouser une cinquième femme ou la sœur de la femme répudiée. Cette prohibition existe tant que le retour est possible; le mari pourrait s'en affranchir en prononçant contre la femme répudiée radjii une répudiation baïn.

**378.** — Dans l'étude que nous avons faite des modes de dissolution du mariage, nous avons examiné les effets qu'ils produisent relativement aux droits successoraux réciproques des époux, soit pendant, soit après l'edda; nous renvoyons donc sur ce point aux chapitres spéciaux à chaque mode.

## APPENDICE.

### De la retraite imposée à la femme ensuite de rapports illicites.

#### SOMMAIRE :

#### **379.** De la retraite imposée à la femme ensuite de relations illicites.

**379.** — Le texte Hanafite ne réglemente que la retraite légale, celle imposée à la femme ensuite de la dissolution du mariage. Il est cependant une autre retraite de continence qui est imposée à la femme lorsqu'elle a eu des rapports illicites, soit en cours de l'union, soit en dehors du mariage. Cette retraite qui a pour but d'éviter la con-

fusion de part est imposée à la femme dès qu'elle a eu des relations illicites soit volontairement, soit par erreur, soit ensuite de violences. Les conditions dans lesquelles elle s'accomplit sont les mêmes que celles de la retraite répudiaire. Si la femme est mariée, elle doit cesser pendant l'edda de continence tout rapport avec son mari; si elle ne l'est pas, elle ne peut contracter une union valable qu'après l'expiration de l'edda. MM. Sautayra et Cherbonneau citent un arrêt de la Cour d'Alger du 12 février 1869 qui a fait l'application de ces principes. Une femme mariée s'étant livrée à la prostitution, le mari demanda sa réintégration judiciaire au domicile conjugal. La Cour fit droit à cette demande mais ordonna que la femme commencerait aussitôt une retraite de trois mois que ses aveux rendaient nécessaire.

---



## LIVRE QUATRIÈME.



**DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION. — DES DROITS  
ET DEVOIRS RÉSULTANT DE LA PATERNITÉ.**

11  
12  
13

14  
15  
16

17

18  
19  
20  
21

22

23  
24  
25  
26  
27

## CHAPITRE PREMIER.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION. — DU DÉSAVEU. —  
DE LA RECONNAISSANCE DE PARENTÉ. — DE L'ADOPTION. —  
DE LA PARENTÉ DE LAIT. — DES ENFANTS TROUVÉS.

---

### SECTION I.

#### Des enfants nés pendant le mariage.

##### SOMMAIRE :

- 390. Règle générale.
- 391. De la gestation. — Durée minima et maxima.
- 392. Point de départ dans les mariages valables, nuls, les unions illicites, etc....
- 393. Le mari ne peut désavouer l'enfant que pour cause d'adultère de l'épouse.
- 394. Doctrine Malékite.
- 395. Délai du désaveu; déchéance.
- 396. Le serment d'anathème entraîne le désaveu. — Exceptions.
- 397. Hypothèse dans laquelle l'enfant peut légalement être réclamé par deux maris de sa mère.

**380.** — L'enfant a pour père le mari lorsqu'il a été conçu pendant le mariage. C'est là un principe de droit naturel qui se retrouve dans toutes les législations; mais dans aucune peut-être les questions qu'il fait naître ne sont plus délicates, plus nombreuses et ne donnent lieu à des

divergences plus sérieuses que dans le droit musulman, divergences qui se rencontrent non seulement entre les divers rites mais encore entre les docteurs d'un même rite.

Lorsque l'enfant a été conçu et est né pendant le mariage, les difficultés sont peu sérieuses; elles le deviennent vraiment lorsqu'il s'agit de rechercher si l'enfant né pendant le mariage a été conçu avant et surtout lorsque la question se pose de savoir si l'enfant né après le décès du mari ou la répudiation a été conçu pendant l'union légitime et doit dès lors être attribué à l'époux.

On ne saurait aborder l'étude de ce sujet avant d'avoir déterminé d'une façon précise quelle est la durée légale de la gestation admise par les musulmans.

**381.** — La science actuelle circonscrit la gestation entre 180 jours, durée minima, et 300 jours, durée maxima. Ce sont là les limites admises par la loi française et hors desquelles cesse la présomption de paternité du mari. Tous les rites musulmans sont d'accord sur la durée minima qu'ils fixent uniformément à six mois. C'est l'opinion admise par l'Hédaya et la généralité des docteurs, conformément au verset 13 de la Sourate XXXI combiné avec le verset 14 de la Sourate XLVI; la jurisprudence est constante en ce sens et on peut citer à l'appui divers arrêts de la Cour d'Alger des 4 novembre 1865, 27 juin 1866, 19 juillet 1869.

Il n'est pas sans intérêt d'observer que, l'année musulmane étant composée de mois lunaires, la durée minima de six mois est légèrement inférieure à la période de 180 jours admise par les législations modernes. Quant à la durée maxima il y a de très grandes divergences et les diverses opinions adoptées par les docteurs sont aujourd'hui en complet désaccord avec les principes de la science.

Nous verrons que non seulement la physiologie actuelle contredit absolument les règles établies par les jurisconsultes musulmans à une époque peu postérieure à Mahomet quant à la durée de la gestation mais que ces règles ne sont pas plus scientifiquement acceptables chaque fois qu'elles sont déduites des phénomènes de la gestation elle-même, si mal connus des anciens. La Cour d'Alger a, dans un arrêt du 13 novembre 1861, formulé un principe dont elle ne s'est pas départi depuis et qu'il serait désirable de voir admettre dans tous les pays de droit musulman. Cette décision, après avoir constaté que la durée de la gestation est limitée par la science à une période maxima de 300 jours, pose en principe que les tribunaux doivent prendre pour base de leurs jugements cette règle scientifique et s'exprime ainsi : « Pour qu'il pût être décidé autrement, il faudrait que la législation musulmane contint un texte formel et tellement impératif qu'il imposât silence à la raison et ôtât toute liberté au juge; ce texte n'existe pas dans le Koran qui est muet sur la question. Si, dans les nombreux commentaires que le texte sacré a fait naître, on trouve des propositions susceptibles d'inductions contraires, ces propositions ne sont point formulées d'une manière assez précise pour qu'on puisse en faire ressortir une règle obligatoire de décision. »

Le Conseil supérieur de droit musulman consulté sur la question a émis, le 2 janvier 1869, une opinion analogue, ainsi formulée : « Certains jurisconsultes sont d'avis que la durée la plus longue de la gestation est de neuf mois et la plus courte de six mois; c'est l'opinion que nous adoptons après examen et étude des livres de jurisprudence les plus accrédités traitant de cette matière. »

Les Cadis se sont rangés à cette doctrine. « Attendu que la grossesse ne peut dépasser un délai de dix mois, comme

il est dit par Cheik Abd el Kassem qui, en cela, est conforme aux dires des médecins du siècle » (Jugement du Cadi de Mostaganem du 8 juin 1867).

Il faut remarquer que cette jurisprudence, la seule rationnelle, émane de magistrats appliquant le rite Malékite alors que les anciens docteurs du rite fixent la durée de la grossesse les uns à quatre ans, les autres à cinq. Les Chaféites ont adopté le délai de quatre années. Quelle que soit la valeur des considérations qui précèdent, le texte Hanafite n'en est pas moins formel et les termes de son article 332 sont clairs et précis. « La durée la plus courte de la gestation est de six mois, la durée ordinaire est de neuf et la plus longue est de deux ans *légalement*. » Le dernier mot de cette disposition est une reconnaissance non équivoque de la contradiction qui existe sur ce point entre la science et la loi. Il est cependant certain qu'au point de vue de l'application du texte il n'y a pas de controverse possible et que l'article 332 doit être appliqué tel qu'il est, tant qu'il subsiste, quoique, ainsi que le dit l'arrêt de la Cour d'Alger plus haut reproduit, « il impose silence à la raison. » Nous allons donc examiner les règles juridiques tracées par le Code Hanafite.

**382.** — Dans le mariage valable, l'enfant est déclaré légitime par la loi s'il naît six mois au moins après la célébration de l'union. L'enfant né avant ce terme n'est pas attribué au mari à moins que celui-ci ne s'en reconnaisse formellement le père. Dans les mariages entachés de nullité radicale, le délai de six mois nécessaire à la légitimité compte non du jour de la célébration mais de celui de la consommation. Il existe encore, à ce point de vue, une autre différence entre le mariage valable

et le mariage nul : dans le premier, le père peut désavouer l'enfant né après la période de six mois; dans le second, il ne le peut pas. Cette différence semble basée sur ce que la célébration n'implique pas forcément l'idée de rapports sexuels tandis que la consommation n'a lieu que par le rapprochement intime des époux.

Lorsqu'une femme est devenue enceinte par suite de relations illicites avec un homme qui l'a séduite, son mariage subséquent avec celui-ci fait attribuer au mari la paternité de l'enfant né six mois au moins après l'union et sans désaveu possible; c'est l'application de la règle basée sur la présomption légale résultant de la consommation du mariage. Si l'enfant naît avant le terme de six mois il n'est attribué au mari qu'ensuite de la reconnaissance formelle de celui-ci.

Enfin, l'enfant issu d'une cohabitation par erreur n'est légitime que s'il est reconnu.

**383.** — Le mari peut désavouer l'enfant issu d'un mariage valable plus de six mois après la célébration; mais il ne le peut qu'ensuite du serment d'anathème et après la séparation judiciaire qu'il entraîne. Il en résulte que le désaveu ne peut avoir pour cause que l'adultère de l'épouse. Nous avons vu sous le n° 336 les conditions rigoureuses auxquelles est subordonné le serment.

**384.** — Les Malékites admettent comme cause de désaveu non seulement l'adultère de la femme mais encore l'impossibilité de toute cohabitation provenant d'absence, d'impuissance, d'état de maladie, etc....., et cependant ils repoussent le désaveu dans le cas où la femme de race blanche, mariée à un homme de même race, accoucherait d'un enfant nègre ou mulâtre. Lorsque le mari vient à

rétracter son accusation d'adultère, même après la prononciation de l'anathème et la séparation juridique qui s'en est suivi, l'enfant recouvre sa légitimité.

**385.** — L'article 336 du texte semble circonscrire l'exercice de l'action en désaveu dans des limites très courtes comprises entre les quelques jours qui précèdent l'accouchement et ceux qui le suivent. Il porte en effet, d'une part, que le père n'a le droit de désavouer l'enfant « qu'au jour de sa naissance ou au moment de l'achat des objets nécessaires pour l'accouchement, ou dans les jours consacrés aux félicitations suivant l'usage des localités. » Cette dernière période est généralement de sept jours. Ces délais ne comptent en cas d'absence que du moment où le père est informé de la naissance de l'enfant.

Il semblerait donc, d'après cet article, que le mari ne pourrait désavouer l'enfant qu'une fois né, non pendant la période de la gestation, et cette opinion, généralement admise en droit français, pourrait théoriquement se baser non seulement sur la disposition de la loi qui n'accorde l'exercice du droit de désaveu « qu'au jour de la naissance » mais encore sur le peu d'intérêt qu'il existe à désavouer pendant la gestation un enfant qui peut ne pas venir au monde vivant et dès lors être juridiquement réputé ne pas avoir été conçu.

Mais cette thèse ne nous paraît pas juridique en droit musulman en présence : 1° de la disposition de l'article 336 qui donne au mari le droit de désaveu « au moment de l'achat des objets nécessaires pour l'accouchement ; » 2° du numéro 2 de l'article suivant qui repousse l'action par une fin de non-recevoir lorsque le mari a tacitement reconnu la légitimité ; 3° de l'opinion des docteurs de tous les rites. L'article 336 doit donc s'interpréter en ce sens

que le mari a non seulement le droit de désavouer l'enfant conçu, pendant la gestation, mais que s'il se tait après avoir connu la grossesse de sa femme il renonce tacitement à son droit, et le texte donne simplement des exemples de reconnaissance tacite de paternité alors qu'il déclare déchu le mari qui n'a pas exercé son droit au moment de la naissance ou dans les quelques jours qui suivent. Mais il résulte de la doctrine et de l'article 337, n° 2, que d'autres cas de reconnaissance tacite peuvent exister qui rendraient le mari non recevable s'il attendait le jour de l'accouchement pour exercer le désaveu. Il est, en effet, universellement admis que le mari qui a connaissance de la grossesse illégitime de sa femme et qui continue ses rapports avec elle ne peut plus, même au jour de l'accouchement, désavouer l'enfant.

**386.** — Le serment d'anathème entraîne par lui-même l'illégitimité de l'enfant, illégitimité qui doit toutefois être déclarée par le magistrat dans la sentence qui dissout le mariage. Il y a cependant des exceptions à cette règle et l'anathème, même suivi de la décision judiciaire qui sépare les époux, ne rend pas l'enfant illégitime dans les cas suivants :

1° Lorsque le désaveu a lieu après l'expiration des délais prescrits ;

2° Quand il a lieu après une reconnaissance formelle ou tacite du mari ;

3° Quand il a lieu après constatation juridique de la paternité.

Ces trois cas n'en font pour bien dire qu'un ; l'expiration du délai ne rend l'action irrecevable que parce qu'elle constitue une reconnaissance tacite. La reconnaissance faite par justice équivaut à celle émanée du mari. Le texte

eût donc pu formuler ces trois hypothèses en une seule et dire que l'action en désaveu n'est plus recevable après une attribution judiciaire de paternité ou une reconnaissance soit formelle soit tacite émanant du mari.

4° Lorsque l'époux, la femme ou l'enfant désavoué meurent avant le jugement de séparation. Il y a dans toute action en désaveu, en droit musulman, trois parties : le mari, la mère et l'enfant. Le décès de l'une d'elles, avant la décision judiciaire qui doit statuer sur la légitimité, rend l'action irrecevable et l'éteint si elle a été introduite;

5° « Lorsqu'après la séparation juridique et la déclaration d'illégitimité de l'enfant, la femme accouche d'un autre enfant de la même conception. Dans ce cas, les deux jumeaux appartiennent au mari et le premier jugement est révoqué. »

Nous avouons ne pas comprendre cette hypothèse prévue par le texte Hanafite. S'agit-il du cas où un enfant a été désavoué pendant la grossesse de la femme et déclaré illégitime avant sa naissance?

La naissance de deux enfants jumeaux a-t-elle alors pour effet d'anéantir le désaveu et d'attribuer les deux enfants au mari?

On se demande quel serait le motif qui pourrait légitimer une disposition aussi contraire à la raison. S'il s'agit d'un enfant désavoué à sa naissance, il est certain qu'un second enfant né plus tard de la même femme après le temps qu'exige le désaveu du premier et le jugement qui l'admet, ne saurait être considéré comme étant de la même conception et jumeau de l'enfant déclaré illégitime. Il semble cependant que c'est là le cas que la loi a voulu prévoir et qui, s'il est absolument inconciliable avec toutes les données de la science médicale actuelle, n'est en somme pas plus extraordinaire que la gestation de plusieurs années à laquelle il paraît se rapporter.

6° Lorsque la femme était enceinte antérieurement à l'adultère. Ce cas n'est pas indiqué par le texte Hanafite; il est cependant admis par les docteurs. Les uns, comme Ibn Kassem enseignent que pour que l'enfant soit attribué au mari il faut que la grossesse ait été constatée avant l'adultère; dans ce cas, en effet, il n'y a pas de doute, légalement du moins, sur la paternité. D'autres exigent pour l'exercice du désaveu qu'il y ait impossibilité à ce que l'enfant ait été conçu des œuvres du mari; si celui-ci a cohabité avec sa femme à une époque rapprochée de celle où l'adultère a été commis, de sorte qu'on ne puisse déterminer si l'enfant est l'œuvre des rapports conjugaux ou des relations adultères, ce doute profite à l'enfant et le fait déclarer légitime; le mari est irrecevable dans son action en désaveu.

**387.** — Il peut se faire que l'enfant remplisse les conditions de légitimité à l'égard de deux hommes; on peut prévoir par exemple le cas suivant. Une femme répudiée se marie après trois mois de retraite. Elle accouche un peu plus de six mois après son second mariage. Le premier mari peut se prétendre le père de l'enfant puisque celui-ci est né dans le dixième mois qui a suivi la répudiation. Le second mari peut émettre la même prétention, la naissance ayant eu lieu plus de six mois après son union. Nous prenons ici des délais relativement rapprochés; mais le cas peut se présenter fréquemment avec la doctrine qui admet la gestation de deux ans. L'enfant est, dans l'hypothèse que nous examinons, attribué au second mari, car la règle qui regarde la gestation de six mois comme attributive de paternité doit être, d'après les docteurs, appliquée avant celle relative à la durée légale la plus longue. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Alger par arrêt du 18 juillet 1869.

## SECTION II.

**Des enfants nés de femmes répudiées ou veuves.**

## SOMMAIRE :

- 388.** Distinction entre la femme majeure et l'adolescente.  
**389.** Des enfants nés après la dissolution du mariage d'une femme majeure.  
**390.** Des enfants nés après la dissolution du mariage d'une femme adolescente.  
**391.** Tableau explicatif.

**388.** — Les dispositions du Code Hanafite relativement à la légitimité des enfants nés après la dissolution du mariage sont on ne peut plus confuses et délicates à saisir. Nous y retrouvons le principe de la gestation de six mois à deux ans, mais diversement appliqué. Ici la loi fait une distinction entre la femme majeure et la femme adolescente. Nous verrons dans un chapitre suivant que l'adolescence de la femme est fixée à sa neuvième année, époque à laquelle cesse pour elle la hadanah.

**389.** — Voyons d'abord ce qui concerne la femme majeure :

Il faut distinguer encore suivant que la femme a déclaré avoir accompli le temps de la retraite ou qu'elle ne l'a pas déclaré. Si elle a déclaré avoir accompli l'edda et que le temps écoulé depuis la dissolution du mariage ne contredise pas cette déclaration, l'enfant né de la femme répudiée sous quelque forme que ce soit ou de la veuve est attribué au mari, s'il naît dans un délai qui n'excède pas

le terme de six mois depuis la déclaration et de deux ans depuis la dissolution.

L'enfant né hors de cette période est illégitime.

Si la femme n'a fait aucune déclaration, il faut faire encore une sous-distinction, suivant que le mariage a été dissous par une répudiation révocable ou qu'il a été dissous soit baïn, soit par le décès du mari. Dans le premier cas, l'enfant appartient au mari, même si la naissance a lieu plus de deux ans après la dissolution du mariage. Il ne faut pas oublier que dans la répudiation radjii le mariage n'est dissous qu'à la fin de l'edda.

Dans le deuxième cas, l'enfant est attribué au mari s'il naît moins de deux ans après la séparation baïn ou le décès. S'il naît après l'expiration de la deuxième année, il est encore déclaré légitime à condition d'être reconnu par l'époux en cas de dissolution par voie répudiaire et par les héritiers de celui-ci en cas de dissolution par décès.

**390.** — La situation de la femme adolescente est aussi compliquée mais régie par d'autres règles.

*Première hypothèse.* — La femme adolescente déclare sa grossesse au moment de la répudiation ou à celui du décès de son mari. L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration de la deuxième année en cas de répudiation baïn ou de décès et de vingt-sept mois en cas de répudiation radjii. En d'autres termes, le délai de deux ans compte du jour de la dissolution du mariage.

*Deuxième hypothèse.* — La femme adolescente n'a pas déclaré sa grossesse : ici deux cas peuvent se présenter :

*Premier cas.* — Elle ne s'est pas proclamée hors de retraite. L'enfant né avant l'expiration du neuvième mois à compter de la répudiation ou avant l'expiration d'un délai de six mois et dix jours après le décès du mari est légitime.

Il n'est pas attribué au mari si sa naissance a lieu après ces délais.

*Deuxième cas.* — La femme a déclaré qu'elle avait accompli l'edda. L'enfant né avant l'expiration du sixième mois depuis cette déclaration et du neuvième mois depuis la répudiation est seul déclaré légitime.

**391.** — Ces règles sont écrites dans la section III du chapitre I, livre IV du texte Hanafite, elles doivent être observées quelles que soient leurs contradictions avec la science physiologique moderne. Nous avons cru devoir, pour en faciliter la compréhension, les résumer dans ce tableau.



# ÉTAT DE L'ENFANT DANS LE C

De la femme majeure.

Cas où la femme a déclaré avoir accompli la retraite :

L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration des six mois qui suivent la déclaration et des deux ans qui suivent la dissolution.

Cas où la femme n'a pas déclaré avoir accompli la retraite :

Si le mariage a été dissous sous forme révocable :

L'enfant est légitime, même s'il naît plus de deux ans après la dissolution.

Si le mariage a été dissous sous forme baïn ou par décès :

L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration des deux années qui suivent la dissolution ou si, né après ce délai, il est reconnu.

De la femme adolescente.

Cas où la femme a déclaré sa grossesse :

L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration des deux ans qui suivent le décès ou la répudiation baïn, ou d'un délai de vingt-sept mois après la répudiation radjii.

Cas où la femme n'a pas déclaré sa grossesse :

Cas où la femme a déclaré avoir accompli l'edda :

L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration du sixième mois depuis cette déclaration et du neuvième mois depuis la répudiation.

Si la femme n'a pas déclaré avoir accompli l'edda :

L'enfant est légitime s'il naît avant l'expiration du neuvième mois depuis la répudiation, ou d'un délai de dix mois et dix jours après le décès.



## SECTION III.

**De la reconnaissance de parenté. — Des preuves.**

## SOMMAIRE :

- 392. Nature de la reconnaissance de parenté.
- 393. Conditions.
- 394. Doctrine malékite.
- 395. La parenté résulte d'une simple déclaration.
- 396. Effets de la reconnaissance.
- 397. Elle peut profiter à la mère de l'enfant.
- 398. Reconnaissance émanant de la femme mariée. — Ses effets.
- 399. Capacité de la femme mariée.
- 400. Contestation de la reconnaissance par le mari.
- 401. Reconnaissance émanant de l'enfant.
- 402. Reconnaissance de parenté collatérale.
- 403. Preuves de la parenté.
- 404. Action en reconnaissance.

**392.** — Le droit musulman admet une parenté civile résultant soit de la reconnaissance, soit de l'adoption. Nous renvoyons à la section suivante l'exposé des règles relatives à l'adoption.

Il ne s'agit pas ici de la reconnaissance faite par le mari de la légitimité d'un enfant né de sa femme à une époque où il aurait le droit de la contester, mais bien d'une fiction de la loi ayant pour but de créer des liens de parenté entre deux personnes qui ne sont pas unies par le sang. La fiction légale n'est possible qu'autant qu'elle n'est pas contraire à la nature; elle ne s'opère donc que si la parenté qu'elle doit établir n'est pas en désaccord soit avec les

règles physiologiques soit avec une parenté préexistante en contradiction avec elle.

**393.** — Un homme peut reconnaître pour enfant un individu, garçon ou fille, dont la naissance est inconnue et dont l'âge est en rapport avec la déclaration de reconnaissance. Il faut donc que l'individu reconnu soit plus jeune que l'auteur de la reconnaissance et qu'il y ait entre eux une différence d'âge d'au moins quinze ans puisque les Hanafites fixent la puberté légale à la quinzième année à défaut de signes corporels certains. Il faut de plus que la naissance de l'individu reconnu soit inconnue.

**394.** — Les Malékites exigent davantage; il faut, dans ce rite, que celui qui reconnaît un enfant ait été marié ou tout au moins ait vécu maritalement avec une concubine, et encore que la notoriété publique ne vienne pas à l'encontre de la déclaration, ce qui arriverait si l'individu reconnu était notoirement étranger à celui qui l'avoue pour fils. Ce rite annule aussi la reconnaissance lorsqu'elle a été inspirée par le désir de frustrer les héritiers légitimes.

**395.** — Les Hanafites n'admettent pas ces restrictions, La paternité est établie par le seul fait de la déclaration, même lorsqu'elle émane d'un homme en état de dernière maladie, que cette déclaration soit d'ailleurs suivie ou non de l'acceptation de l'enfant.

**396.** — Elle donne à l'enfant reconnu les droits que la loi attribue à l'enfant légitime, notamment celui de réclamer l'entretien et celui de venir comme tel à la succession de l'auteur de la déclaration, même à celle du père de celui-ci; et ce droit existe quand même le père du déclarant ou ses héritiers ne reconnaîtraient pas la filiation.

La reconnaissance produisant, aux termes de l'article 350, les mêmes effets que la filiation naturelle, il s'ensuit que les devoirs de l'individu reconnu sont les mêmes que ceux d'un fils légitime. Il convient cependant de faire une distinction d'équité quant aux devoirs légaux de celui qui a été reconnu : si la seule volonté d'un individu suffit, lorsqu'elle est exprimée dans les conditions plus haut déterminées, pour engendrer la parenté et créer des droits contre lui, il n'en saurait être de même relativement aux droits qui peuvent en résulter à son profit. Si donc un homme reconnaît pour fils un autre homme dans le but de tirer profit de la fiction légale de paternité, son acte sera sans effet s'il n'a été validé par le consentement de l'individu reconnu. On ne peut, en effet, admettre qu'un indigent reconnaisse pour fils un homme opulent contre la volonté de celui-ci et se crée ainsi à lui-même des droits à une pension et des droits successoraux.

**397.** — La reconnaissance valablement faite peut profiter à la mère du reconnu.

Celle-ci en effet est appelée à la succession de l'auteur de la reconnaissance si elle est libre et musulmane, si elle affirme que l'enfant est issu de son union avec le *de cujus* et si elle établit sa maternité à l'égard de l'enfant. La femme doit toujours, pour pouvoir bénéficier de ces dispositions légales, justifier de sa maternité, de sa qualité de femme libre et musulmane, quand même personne ne contesterait ses affirmations. Elle n'est tenue de justifier de la qualité d'épouse autrement que par sa simple déclaration que si les héritiers légitimes la lui dénie.

**398.** — Une femme peut reconnaître un enfant comme sien lorsqu'elle est majeure, non mariée et non soumise

à l'edda. Sa déclaration établit la maternité entre elle et l'enfant sans qu'il soit besoin du consentement de celui-ci. Mais la filiation n'a pas d'effet vis-à-vis d'autres parents contrairement à ce qui se produit lorsque la reconnaissance émane d'un homme. La mère et l'enfant ne viennent même à la succession l'un de l'autre qu'à défaut d'héritiers naturels.

**399.** — Si la femme est mariée ou en état d'edda il faut établir une distinction entre la reconnaissance de maternité basée sur une fiction de la loi et la reconnaissance basée sur une filiation naturelle et effective.

Il n'est pas sans difficulté de déduire les règles applicables dans l'un ou l'autre cas des articles 348, 349 et 351, § 3, du Code Hanafite, très obscurs sur la matière. Quant à la reconnaissance basée sur une fiction de la loi et qui s'applique à l'enfant dont la naissance est inconnue, la femme mariée ou en état d'edda ne peut la faire valablement sans le consentement du mari.

Quant à la reconnaissance de sa maternité naturelle, la femme mariée ou en edda a capacité pour la faire seule si elle soutient que l'enfant est né d'un mariage antérieur. Si elle prétend au contraire que l'enfant est né d'elle et de son mari, elle doit, en cas de dénégation de celui-ci, établir judiciairement la vérité de son allégation, c'est-à-dire prouver qu'elle est accouchée de l'enfant qu'elle reconnaît, à une époque où la loi attribuait sa paternité au mari.

**400.** — Lorsque la femme fait une reconnaissance de maternité naturelle contestée par son époux, en cours du mariage, la preuve qu'elle a à fournir résulte du témoignage d'une matrone musulmane libre et non suspecte.

Lorsqu'elle fait cette reconnaissance après la dissolution de l'union et soutient qu'elle est accouchée moins de deux ans après cette dissolution, des œuvres du mari, celui-ci ou ses héritiers peuvent contester cette affirmation tant sur le fait de l'accouchement lui-même que sur celui de l'identité de l'enfant. La contestation relative à l'accouchement n'est recevable que si la grossesse n'a pas été apparente et reconnaissable ou si le mari ou ses héritiers ne l'ont pas antérieurement reconnue.

Le fait de la naissance doit alors être prouvé par la femme à l'aide du témoignage de deux hommes libres et honorables ou d'un homme et deux femmes de probité certaine. Ce point, une fois établi, l'identité de l'enfant se prouve par la simple déclaration d'une matrone.

**401.** — L'article 353 prévoit le cas où la reconnaissance de paternité ou de maternité provient de l'enfant : Un individu, garçon ou fille, dont la naissance est inconnue, peut reconnaître un homme pour son père, une femme pour sa mère. Cette reconnaissance doit être accueillie par celui ou celle auquel elle s'adresse ; elle est sans effet si elle ne l'est pas ; si elle l'est, ses effets sont identiques à ceux de la reconnaissance émanée du père ou de la mère.

**402.** — On peut reconnaître un individu pour frère ou pour parent collatéral, mais la parenté qui en résulte ne s'établit qu'entre celui de qui émane la reconnaissance et celui auquel elle s'adresse. Le frère reconnu vient à la succession de son frère ; il vient bien aussi à la succession du père de celui-ci, mais seulement en concours avec celui auquel la reconnaissance l'a apparenté. Il prend la moitié de la part attribuée à ce dernier.

**403.** — La paternité, la filiation, la parenté naturelle ou légale s'établissent par le témoignage de deux hommes honorables ou d'un homme et de deux femmes dignes de foi. En Algérie, la loi française a réglementé les actes de l'état civil relatifs aux musulmans et ce mode de preuve est destiné à devenir le plus fréquent, ayant un caractère de certitude plus absolu que tout autre.

**404.** — La paternité et la filiation peuvent faire l'objet d'une action principale, mais seulement si le père et le fils sont tous deux vivants. Lorsque l'un des deux est décédé, la contestation ne peut qu'être incidente à une action dirigée contre l'héritier, le tuteur testamentaire, le légataire, le débiteur ou le créancier du père ou du fils défunts. La contestation de parenté collatérale ne peut jamais être qu'incidente.

## SECTION IV.

### De l'adoption.

#### SOMMAIRE :

- 405.** La naissance de l'adopté doit-elle forcément être inconnue?
- 406.** Condition de l'adoption.
- 407.** Doctrine Malékite; prohibition résultant de l'adoption.
- 408.** Différence entre l'adoption et la reconnaissance de parenté.

**405.** — Le texte Hanafite ne consacre qu'un seul article à l'adoption. L'article 354 détermine, d'une façon très incomplète d'ailleurs, dans quels cas elle peut avoir lieu et les effets qu'elle produit.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article porte qu' « on ne peut adopter un enfant dont la naissance est connue. » Ce principe est aujourd'hui admis par tous les rites. Mais nous croyons qu'il provient d'une confusion entre la reconnaissance de paternité légale et l'adoption. Le verset 5 de la Sourate XXXIII est ainsi conçu : « Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères, » cela implique bien la validité de l'adoption d'un homme dont la naissance est connue. MM. Sautayra et Cherbonneau (n<sup>os</sup> 421-422) rapportent, d'après MM. Cousin de Perceval<sup>1</sup> et Kasimirsky, deux exemples qui confirment la doctrine du Livre saint.

Le paragraphe 2 de l'article 354 laisse entrevoir lui-même que l'adoption d'un enfant dont la naissance est connue peut avoir des effets; tout au moins au point de vue moral et religieux. Il est ainsi conçu : « Quiconque aura adopté un enfant dont la naissance est connue n'est pas *légalement* tenu de pourvoir à son entretien ni au frais de sa hadanah. » Il en résulte que l'adoption n'est pas nulle mais simplement qu'elle ne produit pas d'effet juridique; l'obligation morale existe.

**406.** — L'adoption est permise à l'homme musulman, libre, majeur et sain d'esprit et à la femme qui, réunissant ces conditions, a obtenu l'autorisation maritale. Elle doit, comme la reconnaissance de paternité légale, être prouvée par témoins en cas de dénégation, mais elle ne s'opère que du consentement de l'adopté<sup>2</sup>, et ce consentement doit émaner d'un individu pouvant le donner valablement. Il doit y avoir entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge assez sensible pour que la fiction légale ne soit pas contredite par la réalité naturelle.

<sup>1</sup> *Histoire des Arabes*, t. I, p. 364.

<sup>2</sup> Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 308.

**407.** — Enfin les Malékites qui accordent à l'adopté la qualité d'héritier n'admettent pas qu'on puisse adopter un parent au degré successible, ce qui aurait, disent-ils, pour effet de changer l'ordre successoral (Jugement du Cadi d'Alger du 11 juillet 1863). L'argument ne paraît pas déterminant puisque les Malékites reconnaissent le droit d'adoption à celui qui a un ou plusieurs enfants légitimes vivants et qu'ils décident que cette adoption confère à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, tous les droits d'un enfant légitime (Arrêt de la Cour d'Alger du 1<sup>er</sup> mai 1869. — Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 308). Il est certain cependant qu'un individu, bien qu'ayant le droit d'adopter un étranger et de modifier, par ce fait, les droits successoraux de ses enfants légitimes ne pourrait adopter un successible<sup>1</sup>.

La question est sans intérêt chez les Hanafites qui regardent l'adoption comme ne créant aucun droit successoral réciproque. L'adoption ne crée aucune prohibition de mariage entre l'adopté et l'adoptant; ce dernier peut épouser la femme répudiée par son fils adoptif (art. 354, § 3). La règle ainsi formulée par le Code Hanafite n'est pas juridique ou plutôt les termes en sont inexacts et contraires à l'esprit de la loi. Il est admis en effet par tous les rites que l'adoption crée une prohibition au mariage; on ne saurait reconnaître la validité d'une union contractée par une femme avec son fils adoptif; la dernière partie de l'article 354, § 3, constate une exception au principe, exception faite formellement par le verset 37, de la Sourate XXXIII, mais elle ne justifie en rien la règle générale qui semblerait ressortir de la première partie.

<sup>1</sup> La raison de cette disposition légale est évidemment celle qui a fait interdire d'augmenter au moyen d'un legs la part attribuée par la loi aux héritiers.

**408.** — MM. Sautayra et Cherbonneau font une confusion évidente lorsqu'ils disent : « Les Hanafites permettent l'adoption paternelle et maternelle, à la condition qu'il y ait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge convenable et que le premier n'ait ni père ni mère, » et ils citent à l'appui Mouradja d'Ohsson (t. V, p. 309). Il y a certainement là une confusion entre la reconnaissance de paternité légale et l'adoption ; nous avons vu qu'un homme peut en reconnaître un autre pour son père du consentement de celui-ci. Cette disposition n'est pas reproduite dans les règles établies pour l'adoption.

## SECTION V.

### De l'allaitement.

#### SOMMAIRE :

**409.** Renvoi.

**409.** — La loi musulmane admet l'allaitement comme constituant entre la nourrice et le nourrisson et certains de leurs parents une parenté spéciale. Nous avons vu sous les n<sup>os</sup> 11 et suivants de quoi résulte la parenté de lait et les empêchements qu'elle produit relativement au mariage. Nous traiterons, en étudiant les droits et devoirs résultant de la parenté, de ceux qui découlent de l'allaitement.

## SECTION VI.

**Des enfants trouvés.**

## SOMMAIRE :

- 409 bis.** Droits et devoirs de la personne qui a trouvé un enfant.
- 410.** Condition de l'enfant.
- 411.** Rapports légaux entre l'enfant et celui qui s'en est chargé.
- 412.** Droits sur l'enfant.
- 413.** Obligations de l'Etat envers l'enfant trouvé.
- 414.** Reconnaissance de l'enfant trouvé.
- 415.** Elle est définitive.
- 416.** Concours entre plusieurs personnes réclamant l'enfant.
- 417.** Reconnaissance émanant d'une femme.

**409 bis.** — Le Koran fait une obligation morale et religieuse de recueillir l'enfant abandonné, de lui venir en aide et de le garder.

Celui qui a recueilli l'enfant a le droit de le conserver auprès de lui, de l'élever, et ce droit ne peut lui être judiciairement enlevé que si l'intérêt de l'enfant l'exige. Si deux personnes ont trouvé en même temps l'enfant et si toutes deux le réclament, le magistrat détermine à laquelle il doit être confié; s'il y a concours d'un musulman et d'un infidèle, le premier a, de par la loi, la garde de l'enfant.

**410.** — L'enfant trouvé est réputé libre et musulman à moins qu'il ne soit recueilli dans un quartier exclusivement habité par des infidèles.

**411.** — Les rapports légaux entre l'enfant et celui qui s'en est chargé sont à peu près ceux de pupille à tuteur. En

général cependant, celui qui a pris charge de l'enfant doit pourvoir de ses propres deniers à son entretien, à son éducation, le mettre à même de gagner plus tard sa vie. Si l'enfant avait sur lui ou auprès de lui, lorsqu'il a été recueilli, un objet de valeur, une somme d'argent, il en reste propriétaire et celui qui l'a reçu ne peut en disposer pour pourvoir aux besoins du mineur qu'après s'être fait autoriser par justice. Il peut aussi, en faisant déterminer par le magistrat la somme consacrée aux frais d'entretien et d'éducation, se faire réserver le droit de réclamer plus tard les sommes effectivement déboursées. A défaut de cette formalité judiciaire ce qui a été fourni à l'enfant est réputé un don volontaire et le prix ne peut en être réclamé.

**412.** — Celui qui a accepté la garde de l'enfant trouvé a sur sa personne un pouvoir d'administration; il peut l'emmener avec lui, le placer dans une maison respectable, louer ses services dont la rémunération est en tous cas acquise à l'enfant; il peut recevoir pour lui toutes donations et legs, mais il n'a pas le droit de disposition, en ce sens qu'il ne peut le marier, louer sa personne pour profiter de son salaire, le circoncrire, etc.....

**413.** — La personne qui a trouvé un enfant dont on ne connaît pas les parents a, avons-nous dit, le devoir moral de le garder. S'il refuse de le faire il ne peut y être contraint et la charge incombe alors à l'État. L'État devient en ce cas non seulement le tuteur mais le véritable père de l'enfant; il doit pourvoir à sa dot, il est responsable de ses délits et de ses crimes, mais il acquiert sur sa succession un droit héréditaire en cas de décès de l'enfant trouvé sans héritiers légitimes. Les articles 361 et suivants réglementent la reconnaissance des enfants trouvés; il s'agit ici de la recon-

naissance de paternité légale qui n'implique pas la descendance naturelle.

**414.** — Celui qui a recueilli l'enfant peut le reconnaître pour son fils ; si la reconnaissance a lieu du vivant de l'enfant, la simple déclaration suffit, alors même qu'elle émane d'un infidèle sujet musulman. La reconnaissance de l'enfant après sa mort n'est admise que si celui qui la fait prouve sa paternité réelle.

**415.** — L'enfant, une fois reconnu, est attribué à l'auteur de la reconnaissance ; cette attribution est définitive et si un tiers se prétendant le père naturel le réclamait, même en corroborant sa prétention de preuves sérieuses, par exemple en indiquant un signe caché se trouvant sur le corps de l'enfant, sa réclamation serait repoussée.

**416.** — L'enfant peut être reconnu par un autre que celui qui l'a recueilli ; s'il y a concours entre plusieurs personnes, la préférence est donnée à la première qui a manifesté son intention. Si elles manifestent cette intention simultanément, l'enfant est attribué en premier lieu à celui qui peut indiquer une marque particulière sur le corps de l'enfant et au musulman de préférence à l'infidèle.

Enfin, s'il n'y a pas de motifs de préférence, la double reconnaissance est valable : chacun de ceux qui l'ont faite est tenu des charges et bénéficie des droits que la loi attache à la paternité. La garde proprement dite de l'enfant est, en ce cas, réglementée par le magistrat.

**417.** — La femme peut reconnaître un enfant trouvé soit comme issu d'elle, soit comme son fils légal. Les règles sont les mêmes que celles que nous avons exposées sous les n<sup>os</sup> 398 et suivants.

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DES DROITS ET DEVOIRS RÉSULTANT DE LA PARENTÉ.

---

#### SOMMAIRE :

**418.** Division du sujet.

**418.** — La parenté crée des droits et des devoirs tant entre ascendants et descendants qu'entre collatéraux. Nous avons divisé l'étude de ces droits et des obligations qui en sont corrélatives de la façon suivante :

1° Des devoirs des parents envers leurs enfants et descendants relativement à l'entretien ;

2° Des devoirs de la mère quant à l'allaitement ;

3° De la puissance paternelle ;

4° De la hadanah ou droit de maternité ;

5° De la pension due aux ascendants ;

6° De la pension due aux collatéraux.

#### SECTION I.

##### **Des devoirs des parents envers leurs enfants et descendants relativement à l'entretien.**

#### SOMMAIRE :

**419.** Principes généraux. — Différence entre le droit musulman et les législations modernes.

**420.** Dérogations conventionnelles aux règles légales. — Effets.

**421.** Le père n'est tenu qu'envers ses enfants.

- 422. L'obligation n'existe que si l'enfant est sans ressources personnelles.
- 423. Entretien du mineur.
- 424. L'entretien du fils majeur est obligatoire en certains cas.
- 425. Obligation du père vis-à-vis de sa fille.
- 426. Fixation de la dette d'entretien.
- 427. Causes qui font cesser la dette du père.
- 428. A défaut du père, la dette incombe en premier lieu à la mère.
- 429. Concours de la mère avec d'autres parents.
- 430. Explication des articles 399 et 400 du texte Hanafite.
- 431. Concours entre ascendants et collatéraux quant à l'obligation d'entretien.
- 432. Obligation du père vis-à-vis de sa bru.
- 433. Comment il est pourvu au paiement de la pension en cas d'absence du père.
- 434. Prescription.

**419.** — Dans toutes les législations des peuples civilisés les parents sont tenus de nourrir et d'élever leurs enfants. Le Koran, rompant en cela avec les anciennes coutumes des peuples d'Orient, a sanctionné cette obligation naturelle en l'inscrivant dans la loi et a fait une obligation civile aux parents de pourvoir à l'entretien de ceux qui sont issus d'eux. Le complément de cette obligation civile se trouve dans les préceptes de morale et religieux qui commandent aux parents la bonté, l'affection envers leurs enfants et à ces derniers le respect, la piété filiale, l'aide et l'assistance dans le besoin.

Le droit musulman régleme les droits et les devoirs qui découlent de la parenté. Tout d'abord nous devons signaler une différence considérable entre la loi musulmane et les législations modernes, qui a pour cause la prépondérance du mari dans la famille antique, prépondérance que le Koran a proclamée, maintenue et sanctionnée. Dans les législations modernes, qui mettent le père et la mère de famille au même rang, la dette des parents envers

leurs enfants leur est commune; celle de la mère a le même caractère que celle du père, découle de la même cause, vient au même rang; la doctrine et la jurisprudence admettent généralement qu'il y a solidarité entre les débiteurs. En droit musulman, au contraire, l'obligation d'entretien incombe au père de famille seul et ce n'est qu'à son défaut qu'elle passe à la mère et à d'autres parents. La mère n'est donc pas tenue personnellement tant que le père est en état de remplir son obligation.

**420.** — Cette règle de droit peut être, il est vrai, modifiée par la convention des parties, mais cette convention ne produit d'effet qu'entre ceux qui l'ont conclue; l'enfant a toujours un seul débiteur. Nous avons vu sous le n° 298 qu'en cas de divorce par consentement mutuel la femme peut, à titre de compensation, s'engager à entretenir l'enfant commun et que cette obligation valable entre les époux est sans effet en dehors d'eux. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Alger en ces termes : « Quelles que soient les stipulations intervenues lors du divorce, c'est au père qu'incombe l'obligation naturelle de pourvoir à la subsistance et à l'entretien de son enfant. » La même Cour a, par arrêt du 3 février 1873, statué dans le même sens, dans une affaire où le père de la femme avait pris à sa charge l'obligation d'entretenir les enfants issus du mariage.

**421.** — Le père n'est tenu de la dette d'entretien que vis-à-vis de ses propres enfants; il ne l'est pas comme en droit français à l'égard de ceux qu'aurait eus sa femme d'une précédente union.

**422.** — L'obligation alimentaire, qu'elle incombe au père ou à tout autre à son défaut, n'existe que lorsque

l'enfant n'a pas de ressources personnelles suffisantes et n'est pas en état de se suffire (*Sic*, Arrêt de la Cour d'Alger du 5 octobre 1863).

**423.** — Tant que le garçon est mineur, le père doit, suivant sa condition, lui faire apprendre un métier ou lui donner l'instruction nécessaire à l'exercice d'une profession lui permettant de gagner sa vie; lorsque l'enfant est arrivé en âge de pouvoir travailler, s'il n'a pas de biens personnels suffisants le père peut louer ses services dont la rémunération est toujours applicable à l'entretien. Si le gain du mineur est inférieur à ses besoins, le père est tenu de pourvoir à ce qui manque; si au contraire il est supérieur, le surplus constitue un pécule qui doit être remis à l'enfant à sa majorité. Le fils majeur a droit à l'entretien lorsqu'il est physiquement dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins par son travail.

**424.** — Le père doit entretenir son fils pauvre, même majeur, sans pouvoir louer sa personne si sa situation à lui-même est opulente, et s'il est d'un rang social qui répugne avec l'état de domesticité ou de dépendance.

**425.** — Quant à la fille, son droit existe, même pendant sa majorité et jusqu'à son mariage, dans certains cas après son mariage. Elle peut toutefois être astreinte à un travail compatible avec la situation sociale de ses parents; si ceux-ci sont pauvres elle doit filer ou coudre et le produit de son ouvrage est appliqué à ses besoins, sauf au père à parfaire en cas d'insuffisance. Le mariage de la fille fait cesser la dette du père; il en serait cependant autrement suivant certains docteurs si elle avait été mariée dans le but de faire cesser l'obligation naturelle. Si par

exemple la fille est mariée en état de maladie, que son mari la répudie et qu'elle réintègre le domicile paternel, elle y retrouve son droit à l'entretien. L'article 395 porte que le père doit suffire aux besoins de sa fille jusqu'à ce que celle-ci soit mariée; cela n'est pas absolument exact. La dette du père ne cesse que lorsque commence celle du mari; ainsi la femme s'ira qui ne peut réclamer de son époux les frais d'entretien n'a pas perdu, par le fait de son mariage, le droit d'être entretenue par son père.

**426.** — La dette alimentaire doit être fixée en prenant en considération la fortune de celui qui la doit et les besoins de celui à qui elle est due; sa fixation n'est d'ailleurs pas immuable et peut être modifiée en plus ou en moins suivant les changements survenus dans la situation des parties; elle est d'ordinaire fixée d'un commun accord; si cependant une difficulté surgissait la mère aurait le droit de s'adresser au magistrat et de faire déterminer le quantum de la pension alimentaire laquelle, par sa nature, est toujours payable par anticipation. La mère est vraiment ici la représentante du mineur; elle peut introduire contre le père l'action en paiement de la pension d'entretien, transiger, faire toutes conventions non préjudiciables à l'enfant. Le père est en droit de réclamer la restitution de toute somme non employée, pourvu toutefois qu'il s'agisse d'une valeur de quelque importance.

**427.** — L'obligation du père cesse lorsqu'il est pauvre et dans l'impossibilité absolue de gagner sa vie; il faut la réunion des deux conditions pour qu'il y ait libération de la dette qui passe alors à un autre parent ainsi que nous allons le voir. Celui qui, dans ce cas, acquitte la dette alimentaire, l'acquitte pour lui-même, non pour le père, car

il est légalement et personnellement tenu ; il n'a donc pas de répétition à exercer contre ce dernier revenu plus tard à meilleure fortune.

Mais si le père indigent refuse de travailler, il reste débiteur, personnellement obligé et soumis à tous les moyens ordinaires de contrainte, même à l'emprisonnement. La loi force bien un autre parent à pourvoir à l'entretien de l'enfant, mais en ce cas le parent acquitte la dette du père et peut exercer un recours contre celui-ci. Si le travail manque au père ou ne lui procure que des ressources insuffisantes, les proches parents sont tenus, intégralement ou partiellement, suivant le cas, d'entretenir l'enfant, mais c'est encore là une simple avance répétable.

**428.** — Lorsque le père est décédé ou qu'il se trouve dans le cas de pauvreté et d'impossibilité qui le fait considérer comme tel, l'obligation d'entretien passe en premier lieu à la mère qui a les moyens d'y satisfaire.

**429.** — L'obligation de la mère se trouve modifiée quant à son étendue lorsqu'après la mort réelle ou fictive du père l'enfant auquel l'entretien est dû a des ascendants ou des collatéraux aisés. La règle générale est alors que le parent le plus proche est tenu, à l'exclusion du plus éloigné et qu'entre parents du même degré celui qui serait appelé par la loi à la succession de l'enfant est tenu avant celui qui n'y serait pas appelé.

Dans le cas où l'enfant a deux ascendants au même degré comme un aïeul paternel et un aïeul maternel, le premier comme successible se trouve seul débiteur ; s'il y a concours entre deux ascendants à un degré différent, entre l'aïeul maternel et la mère par exemple, cette dernière excluant son père est seule obligée. Si les ascen-

dants viennent en concours à la succession, ils sont tenus proportionnellement à leurs droits respectifs; ainsi en cas de concours entre la mère de l'enfant et l'aïeul paternel de celui-ci, ce dernier doit les deux tiers et la mère un tiers.

**430.** — Le texte Hanafite contient à ce sujet deux dispositions qui paraissent se contredire. Le § 2 de l'article 399 est ainsi conçu : « En présence d'une mère opulente l'aïeul paternel n'est pas tenu de contribuer à l'entretien de ses petits-enfants qui sont dans le besoin. » Et l'article 400 dit *in fine* : « Si l'enfant a une mère et un aïeul paternel, celui-ci sera débiteur des deux tiers et la mère d'un tiers de la pension. » Cette rédaction vicieuse doit être interprétée en ce sens qu'au décès du père, la mère est tenue de par sa qualité et pour le tout sans pouvoir demander au grand-père paternel de l'enfant les frais d'entretien de celui-ci; mais si l'aïeul paternel ou tout autre parent est appelé par son rang à la succession éventuelle de l'enfant, il est tenu à concurrence de la quotité de ses droits et par sa qualité de successible.

**431.** — Lorsque l'enfant a des parents de la ligne ascendante et de la ligne collatérale, il faut distinguer quant à l'attribution de la dette d'entretien : si les ascendants et les collatéraux sont tous héritiers présomptifs, la dette se divise entre eux proportionnellement au droit successoral de chacun. Ainsi en cas d'existence de la mère et d'un frère germain de l'enfant, la première est tenue pour un tiers et le second pour deux tiers.

Si les ascendants et les collatéraux ne sont pas *tous* héritiers présomptifs, l'ascendant est seul obligé, alors même qu'il ne serait pas lui-même héritier et qu'il serait exclu

par un collatéral. Par exemple, lorsque l'enfant a un aïeul paternel et un frère germain c'est l'aïeul qui supporte seul la charge (art. 404 du texte).

Les Malékites professent une doctrine différente sans toutefois qu'il y ait accord entre les divers docteurs du rite sur la façon dont doit être répartie la dette alimentaire. Il est généralement admis que cette dette passe, à défaut du père et de la mère, au degré le plus rapproché. Mais en cas de concours de plusieurs parents du même degré, les uns décident que la répartition de la dette doit se faire proportionnellement au nombre de ceux qui en sont tenus; les autres enseignent que la répartition doit avoir lieu proportionnellement à la fortune de chacun.

**432.** — Le père d'un mineur dénué de ressources doit l'entretien de la femme de son fils; mais il acquitte alors l'obligation d'autrui et la loi lui donne un droit de répétition contre le véritable débiteur revenu à meilleure fortune.

**433.** — Nous avons vu comment il est pourvu à l'entretien de la femme d'un absent, alors que le mari a laissé des biens, notamment des dépôts et des créances actives. Les droits de l'enfant, en cas d'absence du père, sont analogues et s'exercent généralement de la même façon que ceux de la femme. Lorsque le père a laissé des biens susceptibles par leur nature de servir à l'entretien, par exemple des choses fongibles ou de l'argent, le magistrat, après avoir constaté la qualité de l'enfant, ordonne que ces biens seront affectés à l'entretien; l'enfant n'est pas répréhensible si, sans autorisation préalable de justice, il a appliqué à ses besoins les biens laissés par son père, à concurrence de ce qui est nécessaire.

Si le père absent a laissé des dépôts ou des créances

actives le magistrat peut ordonner que ces biens seront affectés au paiement des frais d'entretien. S'il y a contestation soit sur la qualité d'enfant de l'absent, soit sur l'existence de la créance ou du dépôt, cette contestation est au préalable judiciairement tranchée.

**434.** — L'arriéré de la pension ne peut être réclamé en justice; il y a présomption que le père s'est libéré ou que l'enfant n'avait pas besoin de ce qu'il a laissé s'accumuler. Mais il n'y a là qu'une présomption; aussi l'article 407 décide-t-il que la réclamation d'arriéré ne se prescrit pas du vivant du père si la pension a été fixée par décision du magistrat. On comprend en effet que, dans ce cas, la présomption de libération fait place à une présomption contraire.

Le décès du père emporte sa libération sauf le cas où un emprunt a été effectué avec l'autorisation de justice pour faire face aux frais d'entretien. Le prêteur a alors une action contre la succession.

## SECTION II.

### Des devoirs de la mère quant à l'allaitement.

#### SOMMAIRE :

- 435.** Obligation de la mère, exceptions.
- 436.** L'obligation subsiste pendant le mariage et l'edda qui suit une répudiation radjii.
- 437.** Droit de la mère après une répudiation baïn.
- 438.** Rétribution de la mère qui nourrit.
- 439.** Prescription des salaires.
- 440.** Obligations de la nourrice étrangère.

**435.** — D'après le verset 233 de la Sourate II, la mère a l'obligation d'allaiter son enfant pendant deux ans. Ce dé-

lai peut être toutefois réduit d'un commun accord entre le père et la mère si, avant l'expiration de la deuxième année, l'enfant est en état d'être sevré.

Le texte Hanafite semble ne proclamer l'obligation de la mère qu'exceptionnellement et dans des cas déterminés; l'article 366 porte en effet : « La mère est obligée d'allaiter son enfant dans trois cas..... » Nous croyons plus conforme à l'esprit de la loi et au texte sacré de poser tout d'abord comme principe le devoir naturel de la mère et de rechercher ensuite les cas d'exceptions que la nature ou le droit écrit ont pu y apporter.

La mère est donc tenue d'allaiter son enfant, à moins :

- 1° Qu'elle en soit physiquement empêchée soit par maladie soit par absence de lait ;
- 2° Que le père ou l'enfant n'aient des biens suffisants pour payer une nourrice ou qu'il ne s'en trouve une consentant à allaiter l'enfant gratuitement;
- 3° Que la femme n'ait été répudiée baïn.

Et encore faut-il observer que les deux derniers cas d'exception n'existent que tout autant qu'on trouve une nourrice et que l'enfant ne refuse pas de prendre le sein d'une autre femme que sa mère.

**436.** — L'obligation d'allaitement dure pendant tout le mariage et pendant la retraite qui suit une répudiation radjii. La mère remplit alors un devoir d'épouse, et si, au lieu d'user du droit que lui confère en certains cas la loi d'avoir une nourrice étrangère payée par le mari ou l'enfant, elle nourrit elle-même ce dernier, elle ne peut demander une rétribution.

**437.** — Elle a au contraire droit à un salaire après la répudiation baïn qui la place sur le pied d'une nourrice et

s'il y a concurrence pour l'allaitement entre elle et une nourrice salariée, le père a le droit de choisir cette dernière alors qu'elle demande un salaire moins élevé. La mère peut seulement exiger que la nourrice étrangère à l'enfant vienne l'allaiter dans sa maison, mais la nourrice n'est pas tenue, sauf stipulation contraire, d'y demeurer. La mère peut dans ce cas exiger le prix de garde, la loi ne l'obligeant pas à confier son enfant à une étrangère. Cependant si le mari était sans ressources ou si la nourrice était une parente de l'enfant au degré prohibé et offrait de s'en charger sans rétribution, la mère ne pourrait pas exiger le prix de garde. Elle serait tenue soit de remettre l'enfant aux soins de la nourrice, soit de le garder sans rétribution.

Les Malékites reconnaissent le droit à la mère de nourrir son enfant et d'exiger le salaire en usage dans le pays, alors même qu'une autre femme, même une parente, offrirait de l'allaiter gratuitement. Ils accordent encore à la femme répudiée ou divorcée en état de grossesse, le droit à une indemnité ou subvention de grossesse (Cour d'Alger, arrêt du 16 avril 1861).

**438.** — L'épouse qui nourrit pendant le mariage l'enfant d'un autre lit de son mari et celle qui, après la dissolution baïn, nourrit son enfant ont, en thèse générale, droit à un salaire sans qu'il soit besoin de convention sur ce point. Elles peuvent donc réclamer judiciairement au mari ou au tuteur de l'enfant, le salaire coutumier pendant deux années; les parties peuvent d'ailleurs convenir d'une rétribution inférieure ou supérieure à celle fixée par l'usage; leurs stipulations sur ce point sont valables, pourvu qu'elles ne soient pas faites en cours de mariage ou pendant la retraite qui suit une répudiation radjii car alors,

la loi faisant à la mère une obligation de nourrir son enfant, la clause conventionnelle qui rémunérerait l'allaitement serait nulle comme sans cause. L'article 372 le déclare formellement.

**439.** — Les salaires dus à la mère ne se prescrivent pas par la mort du père et sont une des charges de la succession.

**440.** — Lorsqu'une femme a loué ses services comme nourrice elle n'est tenue que pour le temps convenu; cependant si à l'expiration de ce temps l'enfant n'était pas en état d'être sevré et refusait le sein d'une autre femme; la nourrice serait judiciairement contrainte à continuer l'allaitement.

### SECTION III.

#### De la puissance paternelle.

##### SOMMAIRE :

- 441.** Majorité quant à la personne et majorité quant aux biens; comment elles s'acquièrent.
- § I. — **441 bis.** Étendue de la puissance paternelle quant à la personne.
- § II. — **442.** Étendue de la puissance paternelle quant aux biens du mineur; droit d'administration et de disposition.
- 443.** Distinction faite par la loi entre le père bon administrateur et le père mauvais administrateur.
- 444.** L'administration peut être enlevée au père par le magistrat.
- 445.** Droits généraux du père sur le patrimoine de l'enfant.
- 446.** Application des principes aux divers contrats auxquels peuvent donner lieu l'administration et l'aliénation des biens.

447. Droits de l'enfant à sa majorité; comment ils s'exercent si le père est vivant.
448. Droits de l'enfant en cas de décès du père.
449. Privation de la puissance paternelle.
450. A qui revient la puissance paternelle à la mort du père.

**441.** — La puissance paternelle, illimitée dans les législations de l'antiquité et qui pouvait aller jusqu'au droit de vie et de mort, a été réglementée par le Koran. C'est l'attribut essentiel de la paternité, attribut dont le père ne peut volontairement se départir. Nous avons vu que des conventions particulières intervenues entre les époux, notamment lors du divorce, pouvaient confier la garde des enfants à la mère ou à des proches parents; mais ceux-ci ne sont que les délégués du père qui ne perd jamais son autorité. Un arrêt de la Cour d'Alger du 1<sup>er</sup> janvier 1864, conforme d'ailleurs à une jurisprudence constante, a décidé que le père ne peut abdiquer les droits résultant pour lui de la puissance paternelle. Le père seul exerce de son vivant l'autorité qu'il tient de la loi. A son décès, la puissance paternelle passe au tuteur testamentaire et, à défaut, aux autres tuteurs dans l'ordre de dévolution que nous avons étudié et qui diffère selon les rites.

La majorité fait cesser la puissance paternelle pour l'individu sain d'esprit. L'état de minorité peut d'ailleurs renaître si l'enfant, après sa majorité, est atteint d'aliénation mentale. En ce cas, la puissance paternelle reprend son cours.

Nous étudierons dans un chapitre suivant à quel moment la minorité prend fin; mais il est indispensable de poser à cet égard les règles générales qui suivent :

La loi musulmane distingue deux majorités, celle relative à la personne et celle relative aux biens; elles s'ac-

quièrent différemment et presque toujours à des époques différentes. La majorité quant à la personne résulte de la puberté tant chez l'homme que chez la femme, d'après les Hanafites. Les Chaféites et les Malékites admettent bien que la puberté du garçon le rend majeur quant à sa personne, mais ils enseignent relativement aux filles que la nubilité ne les émancipe pas; elles n'acquièrent la majorité que par la consommation du mariage.

Quant aux biens, la minorité ne cesse que par l'aptitude reconnue de l'individu à gérer son patrimoine et à défendre ses intérêts. Nous étudierons plus loin d'où résulte la reconnaissance de cette aptitude; on voit toutefois, ainsi que nous l'avons dit, que la majorité quant aux biens doit être dans la plupart des cas bien postérieure à celle relative à la personne.

Nous allons examiner l'étendue de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant et sur ses biens.

§ I. — *Étendue de la puissance paternelle quant à la personne du mineur.*

**441 bis.** — Le père a le droit de diriger l'éducation de ses enfants et de les corriger. Le droit de correction doit s'allier avec l'affection et la protection qui sont les devoirs corrélatifs de la puissance paternelle; il existe de nombreuses décisions condamnant à des peines correctionnelles le chef de famille qui avait abusé de son droit ou l'avait outrepassé. Le père peut louer la personne de son fils mineur; mais celui-ci n'est tenu d'exécuter le contrat que jusqu'à sa majorité; à cette époque il a le droit de le rescinder par sa seule volonté. La garde de l'enfant est un des attributs de la puissance paternelle; elle finit

pour le garçon sain d'esprit à sa puberté; le fils peut alors vivre séparément et, si ses parents sont divorcés, il peut opter pour son père ou pour sa mère. Quant à la fille, sa nubilité ne lui donne pas le droit d'opter, quoique la puissance paternelle cesse, le droit de garde subsiste en faveur du père ou de l'aïeul paternel. Cependant la fille avancée en âge et en état de se conduire peut avoir un domicile personnel et séparé de celui de ses parents. Le droit du père subsiste pendant les premières années de l'enfant un démembrement qui constitue la hadanah; nous étudierons plus loin cet important sujet.

Le principal attribut de la puissance paternelle quant à la personne est le droit de Djibr, c'est-à-dire le pouvoir donné au père de famille ou à celui qui en tient lieu de marier l'enfant mineur sans le concours de la volonté de celui-ci. Nous avons étudié cette matière sous les n<sup>os</sup> 30 et suivants.

## § II. — *Étendue de la puissance paternelle quant aux biens du mineur.*

**442.** — La loi musulmane accorde au père, sur les biens de ses enfants, un droit très étendu, exorbitant; tandis que les législations modernes ne reconnaissent au père qu'un droit d'administration tant sur la personne que sur la fortune de ses enfants mineurs, la loi musulmane lui confère un droit général de disposition.

**443.** — Le texte fait toutefois une distinction entre le père honorable, bon administrateur, jouissant d'une bonne réputation et celui qui ne réunit pas ces qualités. La validité de certains actes doit être appréciée en tenant

compte de cette distinction et on comprend à quelles graves difficultés ces prescriptions, basées sur le fait et l'appréciation, peuvent donner lieu dans la pratique journalière. Le principe général consiste à dire que les actes consentis par le père bon administrateur sont valables lorsqu'ils ne lésent pas gravement le mineur, tandis que ce dernier peut, à sa majorité, demander la rescision de l'acte consenti par son père mauvais administrateur, non seulement dès qu'il en est résulté pour lui une lésion, mais encore si l'opération ne lui a pas procuré un bénéfice évident et considérable. La validité de l'acte est donc la règle dans un cas, l'exception dans l'autre.

**444.** — Mais que faut-il pour que le père soit réputé bon ou mauvais administrateur? Le texte est muet sur ce point et souvent la mauvaise administration résultera de l'acte même dont la validité sera en jeu. Il y a là, on le voit, un cercle vicieux dont il est assez difficile de sortir. Ce qui est certain toutefois c'est que lorsque le père compromet la fortune de ses enfants, qu'il est prodigue ou n'offre pas les garanties d'une bonne gestion, le magistrat peut nommer au mineur un tuteur auquel son patrimoine est confié. Les droits du père cessent alors mais les actes par lui faits jusque-là peuvent être valables suivant la distinction que nous avons établie et dont nous allons étudier les conséquences.

**445.** — Le père trouve dans la puissance paternelle un pouvoir général d'administration et d'aliénation. Il peut hasarder les biens du mineur dans des opérations commerciales, les confier à un tiers à titre de commandite, louer et vendre les meubles et les immeubles, acheter au nom de l'incapable, donner les biens de celui-ci en nan-

tissement, accepter toutes délégations d'une créance de l'enfant quand bien même la solvabilité du délégué serait inférieure à celle du délégant; enfin l'enfant ne peut réclamer ses biens judiciairement, après le décès de son père, que si celui-ci en a fait avant de mourir la désignation, c'est-à-dire a reconnu leur consistance.

**446.** — Nous allons examiner successivement et sommairement d'ailleurs les principaux contrats auxquels donne lieu l'administration des biens et leur aliénation; nous indiquerons quels sont, eu égard à chacun de ces contrats, les droits dérivant de la puissance paternelle.

*Opérations commerciales.* — Le père peut entreprendre le commerce avec les biens de son fils mineur, il peut les confier à un tiers à cet effet et s'en servir pour commander un commerçant; en un mot il peut, d'après le texte, se livrer à toutes opérations qui ont pour but de faire fructifier les capitaux à sa disposition.

*Prêts.* — La loi refuse au père le pouvoir de prêter les biens de son fils à un tiers ou à lui-même. Il s'agit ici du prêt ordinaire et non du prêt à usage qui, au contraire, est au nombre des opérations permises au père pourvu que l'emprunteur soit digne de confiance.

*Aliénations à titre gratuit; donations.* — La loi défend toute aliénation à titre gratuit du patrimoine du mineur.

*Louage.* — Nous avons vu que le père peut consentir le louage de la personne de son fils; c'est en ce cas un louage de services. Il peut, à plus forte raison, consentir la location de ses biens meubles ou immeubles et cette location peut avoir lieu pour un laps de temps plus long que la minorité sans que l'enfant ait le droit, à sa majorité, de demander la rescision du contrat. Ce droit ne lui est réservé par la loi que lorsqu'il s'agit du louage de sa personne.

Cependant la location serait radicalement nulle si elle occasionnait au mineur une lésion grave et cette nullité est telle qu'elle subsisterait malgré la ratification émanée de l'enfant à sa majorité.

*Achats et ventes.* — La loi établit certaines distinctions suivant la cause qui a déterminé la vente, la nature des biens vendus, l'aptitude du père de famille, la présence ou l'absence du mineur.

Le père réputé bon administrateur peut vendre, en règle générale, tous les biens de ses enfants, meubles et immeubles, de même qu'il peut acheter au nom des incapables pourvu qu'il n'y ait pas lésion grave, ce qui, comme dans le louage, vicierait le contrat d'une nullité radicale. Si le père est réputé mauvais administrateur, sans que ses pouvoirs lui aient été enlevés par une décision du magistrat, il peut vendre les biens meubles, mais il ne peut vendre les immeubles qu'au double de leur valeur, c'est-à-dire dans le cas où la vente est incontestablement avantageuse à l'enfant. Ce dernier devenu majeur a le droit de poursuivre la rescision de toute vente immobilière qui ne lui aurait pas procuré un bénéfice égal au double de ce que valait l'immeuble aliéné.

Le père peut valablement se vendre à lui-même les biens de ses enfants. En ce cas il doit en payer le prix entre les mains d'un tuteur *ad hoc* nommé par le magistrat ; mais ce tuteur doit le lui restituer immédiatement en vertu du droit d'administration inscrit dans la loi en faveur du chef de famille. La loi édicte ici une mesure destinée simplement à contrôler si le prix de vente est bien réellement versé, mais elle n'en régleme nulleme nt l'emploi qui est laissé au pouvoir discrétionnaire du père.

De même, celui-ci peut vendre ses biens à son enfant mineur et se les acheter à lui-même au nom de celui-ci ;

mais il faut qu'il y ait tradition réelle et jusque-là la chose reste aux risques du vendeur.

Tels sont les principes généraux en matière de vente des biens de l'enfant mineur. L'article 433 réglemente la gestion des biens de l'enfant absent, non seulement de ceux du mineur mais même du patrimoine du majeur.

Le père qui se trouve dans un état de gêne absolu peut, pour subvenir à ses besoins, à ceux de l'enfant éloigné de lui, à ceux de sa mère, de sa femme et de ses autres enfants, aliéner les biens de son enfant absent à concurrence de ce qui est nécessaire pour pourvoir à l'entretien des personnes plus haut énoncées. Si l'enfant absent est mineur, il peut vendre les meubles et immeubles; s'il est majeur, son droit se borne à l'aliénation des meubles. Ce droit du père de famille lui est personnel et ne peut être exercé par la mère, par tout autre parent, même par le magistrat.

*Nantissement.* — Le père peut donner les biens de ses enfants en nantissement tant d'une dette de ceux-ci *que d'une dette à lui personnelle*. Cette disposition est exorbitante et en contradiction, dans une certaine mesure, avec celle qui défend l'aliénation à titre gratuit du patrimoine du mineur. La loi semble avoir voulu y apporter un correctif en édictant qu'en cas de perte de la chose donnée en nantissement le père en est responsable, mais elle atténue aussitôt ce correctif en disposant que la responsabilité s'arrête au montant de la dette garantie. Si donc la chose donnée en gage est d'une valeur bien supérieure à la dette, le mineur, en cas de perte, ne peut réclamer le prix de cette chose mais seulement une somme égale au montant de la dette garantie.

Le père peut prendre lui-même les biens de son fils en nantissement d'une créance qu'il aurait sur lui, de même qu'il peut lui constituer en nantissement une chose lui

appartenant, pour assurer une créance du mineur contre lui-même.

*Novation.* — Le père ne peut consentir une novation de la créance de son fils sur un tiers par substitution de débiteur, à moins que le substitué ne soit d'une solvabilité supérieure à celle du débiteur originaire.

*Créances du père sur ses enfants.* — Nous avons vu dans la section relative aux devoirs des parents quant à l'entretien de leurs enfants mineurs, que le père doit pourvoir de ses deniers aux besoins de ceux-ci qui n'ont pas de biens personnels. Le père, répétons-le, acquitte en ce cas une obligation personnelle et ne peut dès lors répéter plus tard ce qu'il a fourni à cette occasion. Quant aux objets qui ne font pas partie de l'entretien et que le père a fournis à ses enfants sans y être tenu, il est réputé leur en avoir fait don manuel à moins qu'il n'ait formellement manifesté devant témoins une volonté contraire. Dans ce dernier cas seulement il en est créancier.

**447.** — Quels sont les droits de l'enfant à sa majorité relativement à la mise en possession de ses biens? Si le père est vivant à cette époque, il doit rendre compte; mais il est déchargé s'il affirme sous serment soit que ces biens ont péri, soit qu'ils ont été employés à l'entretien de l'enfant. Il n'a pas de justification à faire à ce sujet; cependant si son serment était contredit par la matérialité des faits, par la raison, il n'en serait pas tenu compte. Ainsi lorsque le bien réclamé par l'enfant existe encore en nature entre les mains du père qui ne le détient que comme administrateur, lorsque l'importance de la fortune que le père déclare avoir employée aux besoins du mineur est en contradiction flagrante avec les besoins normaux, le père doit être condamné à restituer comme tout autre rendant compte.

**448.** — Si le père est décédé, l'enfant ne peut réclamer à sa succession son patrimoine en nature ou en argent que si son auteur avait désigné les biens dont se compose ce patrimoine. A défaut, la succession n'en est pas responsable.

**449.** — Nous avons dit que la puissance paternelle est exercée par le père tant qu'il est vivant et sain d'esprit; ajoutons : tant qu'il n'en a pas été privé par une décision de justice. Le magistrat est en effet le défenseur né de tout incapable et s'il ne peut toucher aux droits du père de famille qu'avec la plus extrême réserve, il en a cependant le pouvoir dans le cas où celui-ci en ferait notoirement abus. Nous avons vu que la gestion du patrimoine du mineur pouvait être enlevée au père prodigue par le magistrat et confiée à un tuteur; on pourrait également priver de la puissance paternelle relativement à la personne de l'enfant le père qui en ferait un abus coupable, par exemple celui qui se livrerait envers lui à des mauvais traitements répétés ou qui encouragerait la prostitution de sa fille.

**450.** — Au décès du père, la puissance paternelle sur la personne de l'enfant mineur passe à l'aïeul paternel et aux parents acébs dans l'ordre fixé par l'article 35 du texte. Nous avons examiné dans le chapitre relatif au mariage la dévolution légale dans les divers rites.

Quant aux biens, la gestion en est confiée, après la mort du père, à un tuteur, dans des conditions que nous étudierons au chapitre relatif à la tutelle.

## SECTION IV.

**De la hadanah ou droit de maternité.**

## SOMMAIRE :

- 451. Sa nature. — La hadanah est un démembrement de la puissance paternelle.
- 452. Durée de la hadanah dans les différents rites.
- 453. Cas où le père et la mère appartiennent à des rites différents.
- 454. Conditions de capacité.
- 455. La mère illégitime n'y a pas droit.
- 456. Hadanah des femmes kitabiiah.
- 457. Perte du droit. — Convul de la mère.
- 458. Autres causes de déchéance.
- 459. Principes de dévolution.
- 460. Tableau de dévolution de la hadanah.
- 461. Jurisprudence.
- 462. Critique d'un arrêt de la Cour d'Alger.
- 463. La hadanah est une charge et peut être imposée.
- 464. Opinion contraire des Malékites.
- 465. Salaire de hadanah.
- 466. Résidence de la hadinah pendant la retraite.
- 467. Résidence après la retraite.
- 468. Règles du rite Malékite.
- 469. Le père ne peut éloigner l'enfant.
- 470. Opinion contraire des Malékites. — La hadanah peut cesser lorsque le père quitte la localité.

**451.** — La hadanah est un démembrement de la puissance paternelle au profit de la mère ou de la personne qui la remplace dans l'ordre dévolutif légalement fixé, pour le plus grand intérêt de l'enfant en bas âge. Ce droit puise sa cause dans le besoin qu'a l'enfant de recevoir,

pendant ses premières années, les soins maternels; c'est pourquoi la loi le proclame concurremment avec la puissance paternelle, qu'il ne détruit nullement, mais dont il modifie temporairement et partiellement l'exercice.

MM. Sautayra et Cherbonneau enseignent à tort, sous le n° 451, que ce démembrement de la puissance paternelle se produit à la dissolution du mariage. Il existe par la nature même des choses, soit pendant l'union conjugale, soit après que celle-ci a cessé d'exister.

**452.** — Chez les Hanafites, la hadanah s'exerce pour les garçons jusqu'à l'âge de sept ans révolus et pour les filles jusqu'à l'expiration de leur neuvième année. Mais il y a, sur ce point, désaccord entre les rites : relativement aux filles, les Malékites<sup>1</sup>, les Chaféïites et les Hanbalites enseignent que le droit de maternité ne cesse qu'à la célébration du mariage. Pour les fils, Sidi Khalil et les docteurs Malékites admettent que la hadanah cesse à la puberté. Les Chaféïtes et les Hanbalites, d'après Abou Chodja, se sont ralliés à l'opinion des Hanafites, qui la limitent à l'âge de sept ans, avec cette différence, toutefois, que le garçon, au sortir de la hadanah, est libre de choisir entre son père et sa mère celui aux soins duquel il veut être confié.

**453.** — C'est seulement après l'expiration du temps de hadanah que le père ou celui qui exerce en son lieu et place la puissance paternelle a le droit de réclamer la personne de l'enfant et qu'il est tenu de le prendre si la hadinah l'exige. Une difficulté peut naître lorsque le père et la

<sup>1</sup> Sidi Khalil, arrêts de la Cour d'Alger des 20 décembre 1865, 25 mars 1867.

mère appartiennent à des rites différents. Comment se détermine, en ce cas, le temps de la hadanah? Le père peut puiser dans les dispositions du rite auquel il appartient le droit de réclamer la remise de l'enfant, alors que la mère puise dans le rite différent par lequel elle est régie un droit de hadanah lui permettant de le conserver. Le cas se présente par exemple lorsque le père est Hanafite et la mère Malékite et que le premier réclame son fils à l'expiration de sa septième année; la mère a-t-elle le droit de se prévaloir des dispositions de son rite qui ne font cesser la hadanah qu'à la puberté? La Cour d'Alger, dans un arrêt du 15 avril 1872, paraît subordonner la solution de la question à l'intérêt de l'enfant. C'est, en effet, en vue des soins qu'il réclame, que le droit de hadanah a été constitué par la loi en faveur de la mère. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la puissance paternelle est le grand principe qui régit la famille musulmane et que la hadanah qui n'en est qu'un démembrement partiel et temporaire n'en modifie pas l'essence. Or ce serait, à notre avis, introduire une modification essentielle dans la loi qui régit tous les rites que de reconnaître à la mère le droit de prolonger la hadanah après une époque où le rite suivi par le père la fait cesser et restitue à celui-ci la plénitude de ses pouvoirs. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que le rite Hanafite qui admet la durée de hadanah la plus courte (sept ans et neuf ans) fixe encore sa cessation à un âge où l'enfant a déjà moins besoin des soins maternels.

**454.** — Pour pouvoir exercer la hadanah, il faut que la femme remplisse les conditions suivantes : qu'elle soit libre, majeure, saine d'esprit, digne de confiance, d'une conduite irréprochable et en état de veiller sur la personne et sur l'éducation de l'enfant. El Kharchi et la généralité

des docteurs enseignent que toute mère a le droit de hadanah lorsqu'elle réunit les conditions de capacité que nous venons d'énumérer, et cela qu'il s'agisse d'une femme musulmane ou non, que l'enfant soit né d'un légitime mariage ou soit le fruit de rapports adultérins. Sidi Khalil s'exprime ainsi : « Il n'est pas nécessaire pour être chargée de la hadanah d'être musulmane. »

**455.** — Le texte Hanafite ne permet d'admettre cette doctrine qu'avec certaines restrictions : l'article 380 porte que toute mère *légitime* a le droit de maternité. Cela exclut certainement la femme séparée par suite du serment d'anathème dont l'enfant a été désavoué comme adultérin.

**456.** — Si le texte n'exige pas comme condition de capacité que la femme soit musulmane, il ne reconnaît cependant la hadanah qu'en faveur des femmes kitabiiah, les seules qui puissent être valablement mariées à un musulman et par conséquent être mères légitimes; une femme idolâtre n'a donc pas la capacité légale. Il faut encore observer que la femme musulmane devenue chrétienne ou juive par suite d'apostasie ne peut réclamer la hadanah. Le droit des femmes kitabiiah est d'ailleurs soumis à un sévère contrôle; le père peut leur enlever l'enfant dès que celui-ci est capable de discernement en matière de religion ou s'il a juste sujet de craindre que celle qui exerce la hadanah ne l'élève dans une autre foi que la foi musulmane.

**457.** — La femme perd la hadanah lorsqu'elle contracte mariage avec un homme qui n'est pas parent de l'enfant à un degré rendant le mariage prohibé; c'est là

une mesure de protection que la loi a édictée dans l'intérêt de l'enfant qui ne reste avec sa mère ou la femme qui exerce son droit qu'autant que celle-ci ne convole pas avec un homme étranger à la famille. Le caractère même de cette disposition tutélaire a fait décider par certains jurisconsultes et par la jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu de déclarer la femme déchue lorsque son mariage avec un étranger, loin de faire redouter pour l'enfant une situation fâcheuse, lui assurait au contraire des soins et une éducation meilleure. Le silence du père ou de son représentant pendant un an après le mariage de la hadinah constituerait, suivant certains auteurs, une adhésion tacite et le rendrait non recevable à se prévaloir de la déchéance encourue. Nous nous rangeons volontiers à cette opinion qui a été adoptée par la Cour d'Alger dans deux arrêts des 29 juin 1865 et 9 décembre 1867. Il est certain en effet que l'esprit de la loi permet cette solution; ce qu'il faut, c'est que l'enfant n'ait pas à souffrir du deuxième mariage de la hadinah et ce serait aller bien loin que de prononcer contre celle-ci une déchéance lorsque l'union qu'elle contracte est profitable à l'enfant. Le dernier paragraphe de l'article 384 permet juridiquement cette interprétation lorsqu'il dit que « le droit dont la femme est déchue revit à la disparition de la cause qui l'a fait cesser, » il n'y a donc pas, à proprement parler, une déchéance, mais la simple suspension de l'exercice de la hadanah, suspension qui n'a plus de raison d'être lorsque la cause qui l'a fait prononcer par la loi n'existe pas. Mais il ne faudrait pas donner à cette interprétation du texte une extension qui aurait pour effet de le dénaturer, ainsi que l'a fait la Cour d'Alger en décidant que « si la mère, par un deuxième mariage, perd le droit de garde, le droit d'invoquer cette déchéance n'appartient

qu'aux parents de la ligne maternelle. » (Arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1864.) Le père dont la puissance se trouve démembrée, à titre exceptionnel, transitoire, est, à notre avis, parfaitement recevable à opposer la déchéance et à soutenir que le démembrement de son autorité est à tort dévolu à une personne que la loi a déclarée exclue. Les tribunaux pourront écarter la réclamation du père comme mal fondée; ils ne peuvent, selon nous, la déclarer irrecevable.

**458.** — Le Code Hanafite n'indique formellement que cette cause de déchéance, mais d'autres résultent évidemment de l'article 382 qui énumère les conditions de capacité de la femme. Lorsque celle-ci a une conduite répréhensible, lorsqu'elle ne s'acquitte pas des devoirs que lui impose la garde de l'enfant, ses droits peuvent lui être enlevés. C'est ce qu'a jugé le Cadi de Constantine par deux décisions des 16 novembre 1860 et 24 août 1865. La Cour d'Alger a, par de nombreux arrêts, décidé dans le même sens.

**459.** — Les principes qui règlent la dévolution de la hadanah sont les suivants : la mère et les parents de la branche maternelle passent avant ceux de la branche paternelle ; les femmes ont la préférence sur les hommes ; la parenté utérine l'emporte sur la parenté consanguine ; le degré le plus proche exclut le plus éloigné ; lorsque deux parents du même degré et de la même qualité viennent en concours, le plus vertueux et le plus âgé prime l'autre ; enfin, en cas de différence de religion, l'enfant est confié de préférence au dévolutaire qui professe la même croyance que lui.

**460.** — D'après ces règles nous avons établi le tableau suivant qui indique l'ordre de dévolution :

**I. — La mère ,**

l'aïeule maternelle,  
 l'aïeule paternelle,  
 la sœur germaine,  
 la sœur utérine,  
 la sœur consanguine,  
 la nièce germaine,  
 la nièce utérine,  
 la tante maternelle germaine,  
 la tante du côté de la mère,  
 la tante du côté du père ,  
 la nièce consanguine,  
 les filles du frère ,  
 les tantes paternelles de l'enfant,  
 les tantes maternelles de la mère,  
 les tantes maternelles du père,  
 les tantes paternelles de la mère,  
 les tantes paternelles du père.

**II. — Les acebs de la ligne paternelle :**

le père ,  
 le grand-père ,  
 le frère germain ,  
 le frère consanguin ,  
 le neveu consanguin ,  
 l'oncle germain ,  
 l'oncle consanguin.

**III. — A défaut d'acebs :**

l'aïeul maternel ,  
 le frère utérin ,

le fils du frère utérin,  
 l'oncle paternel utérin,  
 l'oncle maternel germain,  
 l'oncle maternel consanguin,  
 l'oncle maternel utérin.

Les cousines paternelles ou maternelles n'ont droit qu'à la garde des filles. Les cousins paternels ou maternels ne gardent que les garçons. Cependant un cousin peut, à défaut de parent préférable, recevoir du magistrat qui le croit digne de confiance la garde de sa cousine. Le magistrat peut aussi confier celle-ci à une femme étrangère, de préférence au cousin.

**461.** — De nombreuses décisions judiciaires ont consacré les principes posés plus haut. Il a notamment été jugé :

1° Que l'enfant doit être laissé à la garde d'une parente de la mère tant qu'il en existe, par préférence à une parente du côté du père et au père lui-même (Cour d'Alger, 11 mars 1861).

2° Que l'aïeul maternel exclut le grand-père paternel (Cour d'Alger, 20 décembre 1865, Cadi d'Alger, 27 août 1865).

3° Que la grand'mère maternelle doit être préférée à la grand'mère paternelle (Cadi d'Alger, 22 juillet 1868).

4° Que la tante prime la belle-mère (Cour d'Alger, 5 juillet 1870).

5° Que la sœur vient avant le frère (Cour d'Alger, 1<sup>er</sup> juin 1863).

6° Que la tante doit être préférée au frère (Cour d'Alger, 3 octobre 1870).

7° Que la grand'mère est appelée avant le père (Cour d'Alger, 31 juillet 1865).

**462.** — Un arrêt de la Cour d'Alger du 27 juin 1881 paraît avoir méconnu l'un des principes reconnus par tous les rites en admettant que, dans la dévolution, les hommes pouvaient être préférés aux femmes lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. La loi, en réglementant ainsi qu'elle l'a fait la dévolution de la hadanah, s'est inspirée précisément de l'intérêt de l'enfant et on ne saurait s'écarter arbitrairement des principes qu'elle a proclamés. Il ne faut pas oublier que tout parent est exclu lorsqu'il ne remplit pas les conditions exigées par la loi ; une parente qui n'est pas « digne de confiance, d'une conduite irréprochable et en état de veiller sur la personne et l'éducation de l'enfant, » n'est pas appelée à exercer un droit qui lui fait défaut par le seul fait qu'elle ne réunit pas les qualités voulues. Mais entre les personnes remplissant les conditions légales, nous ne croyons pas qu'il appartienne au magistrat de changer l'ordre de dévolution ; il n'a pas lui-même, en ce cas, une liberté d'appréciation ; la loi a apprécié pour lui et nul ne saurait en abroger les dispositions formelles sous prétexte d'interprétation.

**463.** — La hadanah est un droit qu'on peut revendiquer, mais c'est aussi un devoir auquel on ne saurait se soustraire ; il impose, en effet, une charge légale. Tel est le principe, et l'article 387 dispose en conséquence que la femme qui est la première dans la dévolution peut être contrainte de remplir son obligation. Ce principe souffre cependant des exceptions que le texte indique d'une façon non limitative : c'est ainsi que la femme peut décliner la hadanah si elle est atteinte d'infirmité ou d'une maladie incurable, s'il se trouve dans la dévolution une femme réunissant les conditions légales et offrant de se charger de l'enfant, etc.

**464.** — Les Malékites n'admettent pas le même principe. La hadanah, dans ce rite, ne constitue qu'un droit toujours susceptible de renonciation. Lorsque cette renonciation a été dictée par le seul désir de s'affranchir d'une charge, elle est définitive; mais le droit de la hadinah peut renaître lorsque le refus a été déterminé par une impossibilité accidentelle telle que la maladie. La cause déterminante venant à cesser, la dévolutaire légale de la hadanah peut la revendiquer. Ce rite regarde comme valable la clause par laquelle deux époux, au moment de leur divorce, stipulent que l'enfant dont la femme est enceinte sera remis au père dès sa naissance (Cour d'Alger, 26 octobre 1863).

**465.** — La personne qui exerce le droit de garde peut exiger un salaire qui, nous l'avons vu, ne se confond pas avec l'entretien, droit personnel à l'enfant, ni même avec la rétribution d'allaitement qui appartient à la mère dans certains cas. En principe, le salaire de hadanah est à la charge des biens de l'enfant, comme d'ailleurs toutes les dépenses d'allaitement, d'entretien ou autres; mais s'il n'a pas de biens personnels le père en est tenu sans recours.

La mère n'a d'ailleurs aucun droit au salaire lorsqu'elle exerce la hadanah pendant le mariage ou pendant la retraite qui suit une répudiation révocable.

Si le père et l'enfant sont sans ressources et hors d'état de payer à la mère le salaire légal, dans le cas où elle y a droit, celle-ci est tenue de se charger de l'enfant alors qu'aucune dévolutaire ne consent volontairement à le garder. Le salaire constitue alors un droit de créance que la mère exercera contre le père lorsque la condition de celui-ci lui permettra de payer.

Lorsqu'une parente offre de se charger de l'enfant,

gratuitement, la mère peut, si le père est fortuné, refuser cette offre et conserver la garde en exigeant un salaire; mais si le père est pauvre, elle ne peut repousser l'offre de la parente qu'en renonçant à exiger la rémunération légale de ses soins. Si l'offre venait non plus d'une parente, mais d'une femme étrangère, la mère pourrait garder son enfant et exiger que le prix de hadanah lui soit payé sur les biens de celui-ci.

**466.** — Le texte régleme la question de résidence de la personne qui exerce la hadanah; il ne faut pas oublier, en effet, que le père ne perd jamais la puissance paternelle et que c'est par dérogation au principe que la loi confère à un autre qu'à lui la garde de l'enfant; il faut donc qu'il puisse exercer un droit de contrôle sérieux et constant.

Pendant la retraite de répudiation, la mère ne doit en aucun cas s'éloigner avec l'enfant du lieu où demeure le père de celui-ci; nous avons vu d'ailleurs que la retraite doit, en général, être accomplie au domicile conjugal ou à proximité de ce domicile.

**467.** — Après la retraite, la mère ne peut, sans l'autorisation du père, changer de localité à moins qu'elle n'aille se fixer dans le lieu, quelque éloigné qu'il soit, où elle est née et où le mariage a été contracté. Les deux conditions sont de rigueur; si la seconde fait défaut, la femme ne peut éloigner l'enfant que de façon à ne pas rendre illusoire le droit de visite et de contrôle du père. La résidence choisie doit être assez rapprochée de celle de ce dernier pour qu'il puisse aller et revenir dans la même journée. L'article 393 impose même une restriction à cette faculté en admettant que « quant au transport de l'enfant d'une ville à un

village, quelque proche qu'il soit, la mère ne pourra le faire sans l'autorisation du père que si elle est née dans ce village et si le mariage y a été contracté. »

Ces règles relatives à la résidence ou plutôt les exceptions au principe qui exige la présence de l'enfant à proximité de son père sont spéciales à la mère. Toute autre hadinah est tenue de résider dans la même localité que le père de l'enfant et ne peut en éloigner ce dernier.

**468.** — Les Malékites permettent à toute hadinah, même autre que la mère de l'enfant, de fixer sa résidence en dehors du lieu habité par le père pourvu qu'elle ne s'en éloigne pas de plus de six bérids. Le bérid égale environ vingt kilomètres. La distance légale est donc de cent vingt kilomètres. Un arrêt de la Cour d'Alger a refusé de retirer la hadanah à une femme qui avait fixé son domicile à plus d'une journée de marche mais à une distance moindre que six bérids (arrêt du 10 avril 1867). On peut citer de nombreuses décisions en ce sens.

La même Cour a encore, par arrêt du 29 juin 1865, conservé la hadanah à une femme qui était allée se fixer à plus de cent vingt kilomètres; et cette décision est motivée par des considérations tirées de l'intérêt de l'enfant. Ainsi que nous l'avons exposé plus haut, cette jurisprudence d'équité nous paraît inconciliable avec les dispositions formelles du droit écrit qui, sans doute, se préoccupent de l'intérêt de l'enfant, mais qui sauvegardent également les droits résultant de la paternité.

**469.** — Tant que dure la hadanah, le père ne peut éloigner son enfant de la personne qui exerce ce droit; bien plus, si la femme perd momentanément la garde par suite de son mariage avec un homme qui n'est pas parent

de l'enfant au degré prohibé, le père qui a, dès lors, le droit de retirer celui-ci et de le confier à la première personne qui vient dans l'ordre dévolutif, doit ramener l'enfant à la première hadinah lorsque celle-ci recouvre sa capacité par suite de la dissolution de l'union qui avait suspendu son droit.

**470.** — Chez les Malékites, le principe est tout différent : le père peut faire cesser la hadanah en allant se fixer dans une localité éloignée de celle habitée par la hadinah, à moins que celle-ci ne vienne y résider elle-même. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'Alger du 19 mai 1869. Cependant la même Cour a admis une solution contraire motivée, en fait, par l'intérêt de l'enfant.

## SECTION V.

### De la pension due aux ascendants.

#### SOMMAIRE :

- 471.** A qui est due la pension.
- 472.** Comment elle est fournie.
- 473.** Pension due à la mère remariée.
- 474.** Fixation et service de la pension.
- 475.** Division de la dette entre les ascendants.
- 476.** Droits du créancier de la pension sur les biens du débiteur absent.
- 477.** Pension à la charge de l'Etat.

**471.** — L'enfant majeur ou mineur, de l'un ou de l'autre sexe, doit à ses ascendants qui se trouvent dans le besoin une pension alimentaire.

Si l'enfant est aisé, il doit la pension à ses parents alors

même qu'ils ne seraient pas infirmes et qu'ils pourraient se livrer à un travail rémunéré; la pension est alors proportionnelle à la fortune de l'enfant et aux besoins des parents; si le père est hors d'état de se soigner lui-même, il a droit à l'entretien d'une servante et, s'il a plusieurs femmes, le fils doit pourvoir aux frais de l'une d'entre elles.

Si le fils est dans le besoin, il ne doit la pension que s'il est en état de travailler et si le père ne peut, par son travail, subvenir à ses besoins et à ceux de son épouse mère de l'enfant.

**472.** — La pension est fournie en argent lorsque le fils peut le faire et, à défaut, en nature; l'enfant pauvre qui s'est constitué une famille est tenu de recevoir chez lui ses parents auxquels il ne peut servir une pension en espèces.

**473.** — Le fils ne doit la pension alimentaire à sa mère remariée que si le second mari de celle-ci est dans l'impossibilité d'y pourvoir; mais dans ce cas il acquitte, contraint et forcé, la dette d'un tiers et peut la réclamer au véritable débiteur lorsque la position de celui-ci vient à s'améliorer.

**474.** — Nous nous sommes déjà expliqué sur le caractère de la dette alimentaire, notamment en étudiant les obligations du chef de famille envers sa femme et envers ses enfants. Les principes sont les mêmes lorsque les aliments sont dus par les enfants à leurs ascendants; le montant peut en être conventionnel ou résulter d'une décision judiciaire; la fixation n'en est toujours que provisoire et susceptible de modification, suivant la fluctuation que peut subir la fortune de chaque partie; la dette

alimentaire est, par sa nature même, payable par anticipation.

**475.** — Lorsqu'il existe plusieurs enfants, la dette se divise entre eux. C'est toujours le descendant du degré le plus proche qui est tenu, à l'exclusion de celui qui est d'un degré plus éloigné; c'est ainsi que le fils et la fille sont tenus à raison de moitié chacun alors que leur part dans la succession de l'auteur commun est cependant inégale. En cas d'existence d'un fils ou d'une fille et d'un petit-fils, ce dernier n'est pas obligé en principe; il ne doit fournir la pension que si les véritables débiteurs sont dans l'impossibilité de l'acquitter et, dans ce cas, il devient leur créancier du montant des sommes déboursées.

Les Malékites sont divisés sur la question de savoir si l'obligation alimentaire est restreinte au premier degré de filiation ou si elle passe, en cas de décès ou d'indigence des descendants de ce degré, à ceux qui viennent après, au petit-fils, à l'arrière-petit-fils, etc..... Un arrêt de la Cour d'Alger du 3 février 1872, après avoir constaté ces divergences chez les docteurs Malékites, a décidé que l'obligation alimentaire étant de droit naturel devait être acquittée par tout descendant, conformément à la doctrine Hanafite.

**476.** — En cas d'absence du descendant qui est tenu de la dette alimentaire, la puissance paternelle permet au père de vendre les biens de celui-ci avec les distinctions que nous avons faites sous le n° 446 : si l'absent a laissé des créances et des dépôts, l'ascendant auquel la pension est due peut s'adresser au magistrat afin de se faire autoriser à recevoir des débiteurs et dépositaires les sommes nécessaires à ses besoins. En cas de contestation sur le dépôt ou la créance, le magistrat statue sur ce

point. Le débiteur et le dépositaire ne peuvent se dessaisir que sur une injonction de justice; s'ils le faisaient volontairement, alors même qu'ils acquitteraient dans une juste mesure la dette légitime de l'absent, celui-ci aurait le droit, à son retour, de leur réclamer l'intégralité de la créance ou du dépôt et ceux qui auraient mal payé ne pourraient même exercer contre l'ascendant qui en aurait profité une action en répétition; mais celui-ci, s'il devenait plus tard l'ayant-droit de l'absent, par suite de décès, ne pourrait, à ce titre, exiger la restitution du dépôt ou le paiement de la dette qu'en tenant compte des choses ou des sommes effectivement reçues.

**477.** — Le vieillard, l'infirme et le malade sans ressources et sans parents en état de fournir la pension alimentaire sont entretenus et soignés aux frais de l'État.

Les Malékites n'admettent la dette alimentaire qu'entre l'enfant et son père ou sa mère; les autres ascendants n'y ont aucun droit.

## SECTION VI.

### De la pension due aux parents collatéraux.

#### SOMMAIRE :

- 478.** Nature et étendue de la dette alimentaire entre collatéraux.
- 479.** Effets de la différence de religion.
- 480.** La pension est due même entre parents utérins à un degré non prohibé.
- 481.** Division de la dette entre les débiteurs.
- 482.** Prescription.

**478.** — Les Hanafites donnent à la dette alimentaire une extension beaucoup plus grande que les autres rites.

Cette dette existe en principe entre tous parents au degré prohibé. Tout individu sans ressources peut exiger que ses successibles lui fournissent une pension, laquelle se divise entre eux proportionnellement à leurs droits héréditaires; c'est là un droit formel, écrit dans la loi, qui peut être ramené à exécution par toutes les voies de contrainte judiciaire. Il faut remarquer que la pension est due au parent pauvre, qu'il soit majeur ou mineur, infirme ou bien portant, en état de travailler ou non; et le texte a soin de bien préciser son intention en disant qu'elle est due à celui qui « jouissant de sa santé et pouvant travailler ne travaille pas en fait. » On ne peut s'empêcher de reconnaître que c'est là une véritable prime donnée à la paresse et que les dispositions qui contraignent le parent industriel et travailleur à pourvoir aux besoins de celui qui préfère vivre dans l'oisiveté, si elles étaient compatibles avec les anciens usages des tribus arabes, ne le sont plus avec l'ordre social actuel. Elles figurent cependant dans le Code Hanafite et doivent dès lors recevoir leur application.

**479.** — La pension n'est, en principe, due qu'entre parents d'une même religion. Cependant la femme, l'ascendant ou le descendant peuvent l'exiger du non musulman qui est soumis à la puissance musulmane.

**480.** — Le parent utérin avec lequel le mariage n'est pas prohibé est lui-même tenu de la pension, s'il ne se trouve pas de parent au degré prohibé pouvant l'acquitter.

**481.** — Lorsqu'il y a plusieurs parents au degré prohibé, la dette est à la charge de ceux qui sont appelés à la succession du bénéficiaire de la pension et proportion-

nellement à leurs droits héréditaires. L'article 498 fournit plusieurs exemples de l'application de ce principe qu'il suffit, croyons-nous, de poser.

**482.** — La dette alimentaire au profit des parents *zawil arham* se prescrit par un mois lorsqu'elle a été fixée conventionnellement. Lorsqu'au contraire elle a fait l'objet d'une fixation judiciaire, elle constitue, au profit de celui auquel elle est due, une créance ordinaire recouvrable même contre la succession du débiteur.





**LIVRE CINQUIÈME.**

---

**DE LA TUTELLE, DES MINEURS ET AUTRES  
INCAPABLES.**



## CHAPITRE PREMIER .

### DE LA TUTELLE.

#### SOMMAIRE :

- 483. Des diverses périodes, première enfance, âge de raison, adolescence, puberté, majorité parfaite.
- 484. Majorité quant à la personne et quant aux biens.
- 485. A qui est déférée la tutelle quant aux biens.
- 486. Caractères de la tutelle en droit musulman.
- 487. Ordre de dévolution. — Doctrine Malékite.

**483.** — Avant d'acquérir la capacité de disposer de sa personne et de ses biens, l'enfant traverse plusieurs périodes dont la durée déterminée par la loi est basée sur le développement normal de l'intelligence qui le rend apte, graduellement, à un discernement de plus en plus complet. Le mineur atteint successivement : l'âge de raison, l'adolescence, la puberté, enfin la majorité. L'âge de raison est fixé à sept ans pour les enfants de l'un et de l'autre sexe (*Sic*, arrêt de la Cour d'Alger du 22 janvier 1891); l'adolescence est fixée à neuf ans pour les filles, à douze ans pour les garçons. Il faut remarquer que la *hadanah* qui cesse, quant aux garçons, à l'âge de sept ans révolus, c'est-à-dire à l'âge de raison, ne finit pour les filles qu'à leur adolescence, soit à la fin de leur douzième année. La puberté est subordonnée à la virilité chez les

garçons, à la nubilité chez les filles et se constate par l'apparition des signes physiques qui la caractérisent suivant le sexe. C'est là une constatation très importante au point de vue de la capacité du mineur surtout de la majorité relative à la personne et qui est laissée, en cas de contestation, à l'appréciation du magistrat.

Certains auteurs auxquels paraît répugner une inspection corporelle et intime admettent une méthode basée sur ce principe physiologique que la tête de l'enfant ne prend ses justes proportions qu'au moment de la puberté. Cette méthode consiste en ceci : on passe un fil derrière le cou de l'individu, on ramène chacun des côtés jusqu'à la bouche de façon à ce qu'il puisse être saisi entre les dents; en le nouant à ce point, on obtient une sorte de boucle dans laquelle la tête du sujet doit pouvoir passer s'il est pubère. MM. Sautayra et Cherbonneau nous apprennent que cette méthode préconisée par El Bozoli et El Kharchi était employée au collège arabe-français d'Alger pour déterminer ceux des élèves qui devaient être soumis au jeûne du Ramadam.

A défaut de signes corporels certains, la puberté est acquise chez les Hanafites à quinze ans accomplis conformément à la Moulteka d'Ibrahim. Les Malékites la retardent jusqu'à la fin de la dix-huitième année.

La puberté rend l'enfant majeur quant à sa personne; la minorité est terminée à ce point de vue tant pour l'homme que pour la femme d'après les Hanafites. Les Malékites ne font cesser la tutelle de la jeune fille qu'à son mariage.

**484.** — Mais c'est là une majorité en quelque sorte relative, qui ne donne à celui qui l'acquiert que le droit de disposer de sa personne. Quant aux biens, la majorité, celle

qu'on peut appeler parfaite ou absolue, n'arrive que par l'aptitude acquise par l'incapable de gérer son patrimoine et d'en disposer avec prudence et intelligence. Cette capacité seule l'émancipe et nous verrons plus loin quels en sont les signes, comment elle est reconnue et constatée.

De même qu'il y a deux majorités il y a, chez les Hanafites du moins, deux tutelles dont la dévolution est différente suivant qu'il s'agit de la personne ou des biens du mineur : celle relative à la personne et qui émane plus immédiatement de la puissance paternelle est exercée en première ligne par le père. Au décès de celui-ci, elle est dévolue au grand-père et aux parents acébs mentionnés en l'article 35 du texte. Nous avons étudié, sous le n° 37, l'ordre de cette dévolution.

**485.** — La tutelle quant aux biens, celle que nous étudions dans le présent chapitre, appartient au tuteur testamentaire nommé par le père et, à défaut de tuteur testamentaire, à l'aïeul paternel. Chacun de ces tuteurs a le droit de choisir lui-même un tuteur chargé de le remplacer dans ses fonctions en cas de décès. Enfin, à défaut de père, de tuteur testamentaire, et d'aïeul paternel, la tutelle est dévolue au magistrat ou à son délégué.

**486.** — Il existe entre le droit musulman et les législations modernes, en ce qui concerne le caractère même de la tutelle, des différences considérables qui, si elles n'étaient retenues, rendraient presque incompréhensibles les dispositions du livre V du Code Hanafite. La tutelle, d'après le droit français, est une fonction dont la dévolution réglementée par la loi a pour cause comme pour but *unique* la sauvegarde tant de la personne que des biens de l'incapable. Que la tutelle soit légale, testamentaire ou

déférée par le conseil de famille, le rôle du tuteur se borne exclusivement à prendre en mains les intérêts de son pupille sans qu'en thèse générale d'autres intérêts viennent s'y adjoindre. En droit musulman, la tutelle a bien ce caractère de protection du mineur, mais elle en a encore un autre : elle confère à celui qui l'exerce les fonctions d'exécuteur testamentaire de la personne qui l'a nommé, fonctions que le droit français n'attache nullement à la qualité de tuteur. En d'autres termes, il n'y a pas, dans les législations d'Occident, de tuteur sans pupille, tandis que le Code musulman admet la tutelle en présence de cohéritiers tous majeurs. En réunissant sous une même dénomination le tuteur des mineurs et le tuteur à la succession, le texte peut donner lieu à de graves erreurs d'interprétation si la différence qui résulte de la diversité des fonctions du tuteur musulman, suivant qu'on le considère à tel point de vue ou à tel autre, n'est parfaitement définie. Il ne faut donc jamais perdre de vue que le tuteur musulman est plutôt le représentant du *de cuius* que celui de ses ayants-droit et que, par le fait de sa nomination, il est investi d'un pouvoir qui s'étend sur toute la succession et qui s'exerce tant à l'égard des majeurs que des mineurs quoique différemment suivant que les cohéritiers sont capables ou incapables.

MM. Sautayra et Cherbonneau (n° 850) s'expriment ainsi : « l'exécuteur testamentaire n'est point chargé seulement de veiller à ce que les dispositions des testaments reçoivent leur exécution, que les legs soient fidèlement remis à ceux que le testateur a désignés ; il a surtout pour mission d'administrer les biens dépendant de la succession et de prendre soin des intérêts des enfants mineurs. C'est un véritable tuteur ou ouaci. »

Il y a, par conséquent, chez le tuteur, un véritable cumul

des fonctions tutélaires proprement dites et de celles dévolues à l'exécuteur testamentaire.

Le présent chapitre a pour but l'étude de la tutelle des incapables; ce qui a trait à l'exécution des testaments, à la liquidation et au partage des successions a sa place marquée dans la seconde partie de notre ouvrage; il serait donc logique d'y renvoyer ce qui concerne la gestion de l'administrateur de la succession, les droits que la loi lui reconnaît quant à la gestion, à la liquidation et même à l'aliénation des biens. Nous croyons cependant ne pas devoir scinder l'étude des diverses attributions du tuteur, le Code Hanafite les ayant réunies. Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire s'exercent le plus souvent en présence de capables et d'incapables; pour ces derniers, il est bien véritablement tuteur dans le sens qu'on attache usuellement à ce terme, et il ne serait pas sans inconvénients de scinder en deux parties, sans liens immédiats entre elles, l'étude des fonctions multiples du tuteur.

**487.** — Nous avons vu qu'il existe trois espèces de tutelle : 1° la tutelle testamentaire, 2° la tutelle légale, 3° la tutelle du magistrat; cette dernière n'est elle-même qu'une forme de la tutelle légale. Elles s'exercent dans l'ordre que nous venons de suivre : ainsi le tuteur nommé par le père de famille a la préférence sur l'aïeul.

Les Malékites n'admettent pas la tutelle légale de l'aïeul<sup>1</sup>. A la mort du père, la tutelle est dévolue, à défaut de tuteur testamentaire, au magistrat qui l'exerce par lui-même ou par des personnes choisies de préférence parmi les proches parents du mineur. Ces délégués du Cadi appe-

<sup>1</sup> Arrêt de la Cour d'Alger du 11 octobre 1870.

lés mokedems n'exercent pas une fonction personnelle et n'agissent que comme mandataires de celui-ci, sous sa surveillance et sous sa responsabilité.

## SECTION I.

**De la nomination, de la destitution et du remplacement du tuteur, de la cotutelle et de la subrogé-tutelle.**

### SOMMAIRE :

- 488. Conditions de capacité du tuteur.
- 489. Effet du défaut de capacité légale.
- 490. De la tutelle testamentaire; du conseil judiciaire adjoint au tuteur.
- 491. De la cotutelle; du mode de nomination des tuteurs testamentaires.
- 492. La tutelle est-elle une charge obligatoire?
- 493. D'où résulte l'acceptation du tuteur?
- 494. Cas où un seul des tuteurs nommés a accepté.
- 495. Administration collective.
- 496. Cas où l'un des cotuteurs peut agir seul.
- 497. De la tutelle déferée par le tuteur testamentaire.
- 498. De la tutelle du Cadi; droit général du magistrat.
- 499. Le tuteur ne peut être changé sans motifs sérieux.
- 500. Du tuteur nommé par le magistrat.

**488.** — Le tuteur, ayant pour devoir général la sauvegarde et la défense des intérêts qui lui sont confiés, doit remplir certaines conditions de capacité qu'énumère l'article 443 : Il doit être musulman, libre, sain d'esprit, majeur, digne de confiance et bon père de famille. La mère chrétienne ne peut revendiquer la tutelle légale de son fils musulman que lui accorde la législation de son pays d'origine; tout ce qui concerne l'enfant est régi par la loi mu-

sulmane et la mère ne peut dès lors réclamer que le droit de hadanah. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Alger par un arrêt du 20 juin 1836.

**489.** — Il ne faudrait pas cependant se méprendre sur l'effet du défaut de capacité : lorsque le tuteur ne réunit pas les conditions plus haut énumérées, la loi ne déclare pas nulle sa nomination ; elle la déclare simplement annulable. L'article 443 porte en effet : « Si le testateur défère la tutelle à quiconque ne possède pas les qualités requises, le juge *peut* le destituer et le faire remplacer. » Et l'article 445, plus explicite encore, refuse ce droit au magistrat lorsque le tuteur est honorable et en état de remplir les devoirs de la tutelle. S'il est honorable mais hors d'état de remplir les obligations que sa qualité lui impose, le magistrat peut le remplacer ou lui adjoindre un cotuteur ; mais le remplacement n'est pas définitif comme la destitution ; il n'est que temporaire, subordonné à la cause qui rend le tuteur incapable, de sorte que s'il vient à recouvrer la capacité voulue il doit être réintégré dans ses fonctions.

Ces dispositions démontrent avec quelle prudence il doit être dérogé à la dévolution faite par le père de famille et, à son défaut, par la loi.

**490.** — La tutelle testamentaire est déférée par le père à toute personne réunissant les qualités que nous avons énumérées et que la loi exige comme gage d'une bonne administration. Il peut la donner à une femme, mère, parente ou non parente du mineur. C'est ce qu'a décidé le tribunal civil de Tunis par jugement du 28 avril 1884 ; la question n'est d'ailleurs susceptible d'aucune controverse.

Le texte Hanafite permet au père de constituer, à côté

du tuteur, un conseil judiciaire chargé de surveiller l'administration de celui-ci; c'est, avec certaines différences, une sorte de subrogé-tutelle qui donne le droit à celui qui en est investi d'intervenir dans les procès concernant le mineur, de prendre les mesures conservatoires que le tuteur aurait négligées, de provoquer même le remplacement ou la destitution de celui-ci, le cas échéant. Les Malékites n'ont pas introduit dans leur texte la même disposition; cependant la jurisprudence accorde à tout proche parent du mineur, quoique non investi de la tutelle, le droit d'exercer les actions de celui-ci lorsque le tuteur néglige ou refuse de le faire. On peut citer, à l'appui, deux arrêts de la Cour d'Alger des 26 janvier 1853 et 14 juin 1854. Cette jurisprudence nous paraît aller au delà de l'esprit de la loi. Le surveillant peut bien être partie jointe dans une instance, signaler au Cadi les faits de mauvaise gestion du tuteur; il ne nous paraît pas juridique, de par la nature de ses fonctions, de l'admettre comme partie principale dans une instance et de lui permettre ainsi de se substituer au véritable représentant du mineur.

**491.** — Il ne faut pas confondre ce surveillant ou subrogé-tuteur avec le cotuteur. Le père peut en effet nommer plusieurs tuteurs chargés d'administrer en commun; cela est reconnu par tous les rites (*Sic*, jugement du tribunal civil de Tunis du 28 avril 1884 déjà cité). L'administration des tuteurs est alors collective; si chacun d'eux a été nommé avec des fonctions spéciales, déterminées, la nomination est bien valable mais non la spécification; l'administration reste générale et commune, malgré la stipulation contraire.

La nomination du tuteur a lieu par écrit ou verbalement en présence de témoins. Ce dernier mode est presque exclu-

sivement usité dans certains pays, notamment en Algérie. Il est d'ailleurs conforme à la Sourate V, versets 105, 106 et 107. La jurisprudence admet donc comme moyen de preuve un acte de notoriété reçu par le Cadi, même après la mort du testateur et dans lequel les témoins affirment que le défunt a, en leur présence, nommé tel individu tuteur de ses enfants ou de sa succession. Trop souvent, malheureusement, cette trop grande facilité dans l'admission de la preuve a eu pour effet de déférer à un individu qui en était peu digne la gestion du patrimoine des mineurs, au grand préjudice de ceux-ci.

**492.** — La tutelle n'est pas une charge imposée par la loi comme elle l'est en droit français; elle peut donc, en thèse générale, être refusée<sup>1</sup>. Les Malékites enseignent même qu'on peut s'en démettre à volonté après l'avoir acceptée. Les Hanafites admettent le principe qui ne considère pas la tutelle comme une charge obligatoire, mais cependant avec certains tempéraments.

Lorsque le tuteur désigné par le père de famille a accepté les fonctions à lui conférées, du vivant de celui-ci, il ne peut les refuser ensuite à moins que ce droit ne lui ait été formellement réservé. Il faut noter que le père a, au contraire, le droit de révoquer jusqu'à sa mort toute constitution par lui faite, acceptée ou non. Lorsque l'individu désigné refuse, du vivant du testateur, la tutelle à lui déférée, il doit en aviser celui-ci et son refus est définitif. Lorsque le tuteur ne s'est pas prononcé du vivant du testateur, il peut opter après son décès et même, après avoir refusé, il peut revenir sur son premier sentiment et accepter la charge; mais en ce cas l'autorisation du ma-

<sup>1</sup> Mouradja d'Ohsson, t. V, p. 265.

gistrat est nécessaire pour le relever de son premier refus.

**493.** — L'acceptation n'a pas besoin d'être formelle; elle résulte suffisamment de tout acte par lequel le tuteur s'est ingéré dans l'administration des biens de la succession.

**494.** — Il peut se faire que le testament nomme deux tuteurs et qu'un seul accepte après la mort du père. En ce cas, le magistrat peut laisser à celui qui a accepté la charge exclusive d'exercer la tutelle tout comme si le testateur n'avait désigné que lui seul; le Cadi peut aussi lui adjoindre un conseil judiciaire dont les fonctions ne consistent pas en une cotutelle mais plutôt en une sorte de subrogé-tutelle. Le tuteur fait seul valablement tous les actes d'administration; mais les actes d'aliénation par lui consentis ne sont valables que si la personne adjointe par le magistrat y a concouru.

**495.** Nous avons dit que lorsque plusieurs tuteurs ont été nommés, leur administration est toujours collective. En cas de désaccord entre eux, ils en réfèrent au magistrat. Cependant si le testateur avait formellement donné aux tuteurs le droit d'agir séparément, sa volonté devrait être respectée (art. 447 *in fine*). Il s'agit ici, il est bon de le remarquer, du mode d'exercice de la tutelle, d'une modalité dans la façon dont les actes peuvent être valablement consentis; si, au contraire, les fonctions de chaque tuteur étaient restreintes à telle ou telle nature d'actes, par exemple si l'un devait s'occuper du recouvrement des créances, l'autre du paiement des dettes, la disposition testamentaire, ainsi que nous l'avons vu, vaudrait comme pouvoir général

d'administration et non comme pouvoir spécial et restreint (art. 440).

**496.** — Par dérogation au principe général qui exige le concours de tous les cotuteurs aux actes de la tutelle, la loi admet chacun d'eux à faire séparément les actes suivants :

« Enterrement du défunt — actions en justice au nom du défunt pour défendre ses droits — réclamation des avances dues au défunt mais sans en donner quittance et paiement de celles dues par lui en même espèce — exécution de dernière volonté au profit d'un pauvre déterminé — achat du nécessaire à l'usage du mineur, et acceptation d'une donation à son profit — location d'un mineur pour un travail — location des biens du mineur — restitution du prêt, des corps certains en dépôt, des choses usurpées par le défunt et de celles achetées par lui et dont l'achat se trouve entaché de nullité — partage avec tous copropriétaires du défunt de choses fongibles — vente de tout objet sujet à détérioration — recouvrement des droits ou des biens épars » (art. 447).

Cette longue énumération, si elle ne détruit pas le principe d'administration collective qui se trouve dans le même article, le restreint, on le voit, dans une très large mesure.

**497.** — Lorsqu'un individu nommé tuteur testamentaire ou judiciaire désigne lui-même, en prévision de son décès, un tuteur à ses propres enfants, ce dernier devient, le cas échéant, non seulement le tuteur des pupilles en vue desquels il a été désigné mais encore celui des mineurs qui se trouvaient placés sous la tutelle du constituant. En d'autres termes, le tuteur n'a pas seulement un droit d'administration sur les enfants et la suc-

cession de celui qui l'a nommé, mais encore sur les enfants et les biens dont le constituant était lui-même tuteur.

**498.** — Dans le cas où le mineur reste sans tuteur testamentaire et sans aïeul paternel la tutelle est dévolue légalement au magistrat. C'est là une charge de la fonction et qui ne saurait être refusée (Arrêts de la Cour d'Alger des 4 juillet 1870 et 14 mai 1872). « La tutelle, dit Mouradja d'Ohsson <sup>1</sup>, est déférée au magistrat qui embrasse de sa tutelle générale tous les habitants de sa juridiction. » Les articles 443, 445, 446 et 425, etc..... du Code Hanafite proclament ce droit tutélaire qui appartient au Cadi, en tous les cas, de défendre les intérêts des incapables, que ceux-ci soient placés sous la puissance paternelle, sous l'autorité d'un tuteur testamentaire ou d'un parent, qu'ils restent au contraire sans parents et sans tuteur. Le droit d'intervention du magistrat est donc général, absolu; il s'exerce tant pour la nomination du tuteur que pour la surveillance de la gestion et pour le remplacement ou la destitution de celui qui ne remplit pas les devoirs de sa charge.

**499.** — Nous avons dit que tout représentant du mineur peut être remplacé ou destitué, suivant les cas. La destitution qui suppose un manquement grave et intentionnel ne peut être prononcée qu'après constatation de la réalité des griefs articulés. C'est ce que dit l'article 445 *in fine*; tous les rites et tous les docteurs sont d'accord sur ce point. Divers arrêts de la Cour d'Alger, notamment trois décisions en date des 28 octobre 1862, 2 février 1864 et 29 juillet 1872 ont décidé avec raison que le tuteur ne

<sup>1</sup> T. V, p. 265.

peut être changé sans motifs sérieux et valables, tant qu'il n'a pas démerité. La Cour d'appel mixte d'Alexandrie a jugé dans le même sens par arrêt du 19 février 1891.

Quant aux décisions qui ont prononcé la destitution de tuteurs prévaricateurs, prodigues, irréligieux, de mœurs dissolues, elles sont fort nombreuses et n'offrent d'autre intérêt que l'application du principe à des faits reconnus constants.

**500.** — Lorsque la tutelle est dévolue au magistrat, il ne l'exerce pas d'ordinaire par lui-même; il nomme un tuteur à l'incapable, mais l'individu ainsi nommé n'est qu'un représentant du Cadi, tenant de lui son autorité, obligé de lui rendre compte. C'est un véritable mandataire qui gère le patrimoine du mineur sous la surveillance et même sous la responsabilité du magistrat. La Cour d'appel mixte d'Alexandrie, dans un arrêt du 22 février 1877, établit la différence qui existe entre le tuteur légal ou testamentaire et le tuteur nommé par le magistrat. « Dans le cas de tutelle déférée par le magistrat, porte cet arrêt, le tuteur n'a pas une capacité générale comme dans la tutelle testamentaire. Sa capacité se borne aux actes pour lesquels il a été spécialement autorisé. »

## SECTION II.

**De l'administration du tuteur.**

## SOMMAIRE :

- 501.** Division du sujet.
- 502.** Ventes et aliénations.
- 503.** Distinction des biens meubles et immeubles ; erreur du texte.
- 504.** Cas généraux où l'aliénation est permise.
- 505.** Cas dans lesquels le tuteur est autorisé à vendre les immeubles du pupille.
- 506.** A qui le tuteur peut vendre et de qui il peut acheter.
- 507.** Vente à terme.
- 508.** Du tuteur à la succession de la mère et de son droit d'administration.
- 509.** Du tuteur officieux.
- 510.** Louage.
- 511.** Opérations commerciales.
- 512.** Prêts, emprunts, cautionnements et nantissements.
- 513.** Prorogation de terme et remise de dette.
- 514.** Transactions.
- 515.** Reconnaissance de dettes et charges ; validité des paiements.
- 516.** Avances faites par le tuteur.
- 517.** Cas où le tuteur est personnellement tenu de l'entretien.
- 518.** Salaire du tuteur.

**501.** — Ainsi que nous l'avons fait dans la section III, chap. II du livre IV, relativement aux droits du père de famille en ce qui concerne les biens de son fils, nous examinerons les pouvoirs du tuteur relativement aux actes qui rentrent dans son administration, en passant en revue les divers contrats auxquels cette gestion de patrimoine peut donner lieu.

**502.** — 1° *Ventes, aliénations.* — La loi reconnaît, en de nombreux cas, au tuteur, le droit d'aliénation, mais ce droit existe, diffère ou cesse suivant que les héritiers sont tous mineurs, qu'ils sont tous majeurs, qu'il y a parmi eux des majeurs et des mineurs, que les héritiers ou certains d'entre eux sont absents et suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

**503.** — La distinction entre les meubles et les immeubles n'est pas sans difficulté en cette matière ou plutôt le texte Hanafite, par une rédaction vicieuse, crée une sérieuse difficulté d'interprétation. Le dernier paragraphe de l'article 450 porte, en effet : « Sont réputés meubles : les arbres, les palmiers et les constructions, hormis le fonds. » Cette rédaction est très claire, on le voit ; il en résulte que tout ce qui n'est pas le sol lui-même est meuble. L'erreur de droit est évidente, manifeste, et ce dernier paragraphe de l'article 450 est inconciliable, non seulement avec les principes du droit général, mais encore avec le paragraphe VI du même article, ainsi conçu : « Si l'immeuble, *maison ou magasin*, menace ruine..., etc... » Les constructions sont donc bien immeubles ; cela ne saurait faire aucune difficulté et nous estimons qu'il faut considérer comme non écrite cette disposition vicieuse du texte. Le Code Égyptien (statut réel), promulgué par décret khédivial du 14 juin 1883 (9 chaban 1300), trace les véritables principes relativement à la distinction des biens dans ses articles 1 à 5, 387 et suivants. Il est donc bien certain qu'au point de vue qui nous occupe, les droits du tuteur diffèrent, suivant qu'il s'agit de meubles ou suivant qu'il s'agit d'immeubles par nature ou par destination et selon la distinction généralement admise par le droit commun.

**504.** — Lorsque la succession se trouve libre de dettes et de legs, le tuteur peut aliéner seulement les biens meubles revenant aux mineurs; il peut le faire même avec une légère lésion et quand même les mineurs n'auraient pas besoin du prix. Cette disposition a pour but de permettre au tuteur de vendre les choses sujettes à dépérissement, dispencieuses à conserver ou dont la valeur peut être placée et profiter ainsi davantage à l'incapable que ne lui profiteraient les choses aliénées elles-mêmes.

Le tuteur ne peut vendre les objets mobiliers revenant aux héritiers majeurs qu'en cas d'absence de ceux-ci (Arrêt de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie, du 19 janvier 1882). Il suit de ces règles que, lorsqu'au nombre des héritiers figurent des mineurs et des majeurs présents, ou des majeurs présents et des majeurs absents, le tuteur doit, préalablement à toute aliénation, faire procéder au partage des biens meubles, partage qui, seul, détermine les choses revenant aux mineurs présents ou absents et qu'il a le droit d'aliéner.

Lorsque la succession est grevée de dettes ou de legs et qu'il ne se trouve pas des espèces suffisantes pour les acquitter, si les héritiers refusent d'éteindre eux-mêmes ce passif, le tuteur a le droit d'aliéner les meubles d'abord et ensuite, s'il en est besoin, les immeubles, à concurrence de ce qui est nécessaire. Cette dernière disposition est spéciale au tuteur testamentaire. Le tuteur légal ne peut aliéner aucun bien pour payer les dettes du défunt ou les legs. Les créanciers et légataires doivent, en ce cas, obtenir du magistrat la vente judiciaire de l'actif, à concurrence de ce qui leur est dû.

**505.** — Quant aux immeubles, le tuteur ne peut jamais vendre la part des héritiers majeurs, même absents, à

moins que la succession ne soit grevée de dettes ou de legs non acquittés par le produit de la vente du mobilier.

Il peut vendre les immeubles du mineur dans les cas suivants :

1° Pour acquitter les dettes et les legs en cas d'insuffisance d'espèces et valeurs mobilières. La vente n'est autorisée en ce cas que jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire à l'acquit des charges.

2° Dans le cas où les besoins du mineur rendent l'aliénation nécessaire. La vente peut être consentie alors, même avec une légère lésion, mais elle ne peut porter que sur la partie des biens qu'il est strictement indispensable de vendre.

3° En cas d'aliénation avantage use pour le mineur. L'avantage doit consister en un prix double au moins de la valeur réelle.

4° Lorsque les frais d'entretien et les impôts dépassent les revenus de l'immeuble.

5° Si celui-ci menace ruine ou qu'il y ait danger de destruction.

6° « Si l'immeuble, dit le texte, est exposé au danger de l'influence d'un puissant. »

La vente consentie par le tuteur en dehors des cas que nous venons d'énumérer est radicalement nulle et non susceptible de ratification à la majorité du mineur.

**506.** — Le tuteur ne peut en général vendre les meubles qu'à une personne étrangère à lui-même et au défunt ; il ne peut rien vendre à un héritier à moins qu'il n'y ait dans l'opération un avantage évident pour le mineur.

Le tuteur peut-il acheter pour lui-même les biens de son pupille et peut-il vendre à celui-ci un de ses propres biens ? Il faut distinguer suivant qu'il s'agit du tuteur tes-

lamentaire ou du tuteur nommé par le magistrat : le premier, qui tient ses pouvoirs du père, a comme celui-ci le droit d'acheter les biens du mineur et de lui vendre les siens, mais il faut que l'opération soit réellement avantageuse pour l'incapable. La vente que se consent à lui-même le tuteur d'un immeuble appartenant au mineur n'est valable que si le prix atteint au moins le double de la valeur réelle ; dans le cas où le tuteur vend un immeuble lui appartenant, à son pupille, l'achat ne lie ce dernier que s'il a été fait pour un prix inférieur de moitié à la véritable valeur ; s'il s'agit de meubles, l'avantage est représenté par la moitié de la valeur en sus si c'est le tuteur qui achète et par le tiers en moins si c'est lui qui vend.

Le tuteur nommé par le magistrat ne peut vendre ni meubles ni immeubles, soit à lui-même, soit à ses ascendants et descendants, de même qu'il ne peut rien vendre au pupille de ses propres biens ou de ceux de ses proches parents.

**507.** — La vente peut être consentie à terme pourvu que le délai de paiement ne soit pas exagéré et que l'opération soit entourée des garanties normales que doit exiger tout bon administrateur.

Telles sont les règles auxquelles doit se conformer le tuteur quant au droit d'aliénation du patrimoine à lui confié.

**508.** — L'article 455 définit les pouvoirs du tuteur nommé par la mère ; c'est ici surtout que le texte prêterait à une dangereuse confusion si on n'avait toujours présent à l'esprit que le mot tuteur, en droit musulman, s'applique à l'administrateur de la succession. La femme pouvant tester peut donc nommer un exécuteur testamentaire ;

l'article 455 a en vue celui qui a été investi par la mère de ces fonctions et non le tuteur proprement dit de ses enfants puisqu'elle n'a pas le pouvoir d'en désigner un à moins qu'elle ne soit elle-même ouacia (tutrice testamentaire). Le tuteur choisi par la mère ne peut, en aucun cas, rien vendre de ce que l'enfant possède pour l'avoir acquis autrement que par voie d'héritage de celle-ci. Il ne peut également aliéner l'héritage dont s'agit, pour quelque cause que ce soit, lorsque le pupille a encore son père, son aïeul ou un tuteur testamentaire.

Dans le cas où le mineur n'est pas sous la puissance de l'un de ces représentants légaux, le tuteur nommé par la mère peut vendre les biens composant la succession de celle-ci, meubles et immeubles, mais seulement pour payer les dettes et legs jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire. Si la succession n'est pas grevée il ne peut vendre que le mobilier, à charge d'en représenter le prix sur lequel il est autorisé toutefois à prélever les sommes nécessaires aux besoins de l'incapable.

**509.** — Lorsqu'un mineur est sans représentant légal et qu'une personne prend spontanément soin de lui, cette tutelle officieuse ne confère aucun droit à celui qui l'exerce. Toutefois si le tuteur officieux vendait des objets mobiliers pour en appliquer le prix aux besoins immédiats du mineur, la vente consentie serait valable; mais en aucun cas la vente d'un immeuble ne saurait échapper à la nullité.

**510.** — 2° *Louage.* — Le tuteur peut louer les biens dont la gestion lui est confiée. Tant que la succession n'est pas liquidée il ne peut consentir que des baux de courte durée de façon à ne pas rendre plus difficile l'attribution à

chaque héritier de ce qui lui revient et à ne pas le priver du droit de libre disposition. Lorsque les parties capables ont reçu les parts leur revenant, le tuteur reste chargé de celles des mineurs et peut les donner en location, même à long terme.

**511.** — 3° *Opérations commerciales.* — Le tuteur peut faire le commerce avec les deniers du mineur et pour le compte de ce dernier; il peut commanditer une entreprise commerciale, en un mot faire avec sagesse et prudence les opérations susceptibles de faire fructifier le patrimoine qu'il administre. Un arrêt de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie, du 22 février 1877, n'accorde ce pouvoir au tuteur nommé par le magistrat que s'il y a été expressément autorisé. « Quant au tuteur testamentaire, ajoute cet arrêt, il a le pouvoir de faire le commerce au nom du mineur, de faire fructifier son patrimoine, de donner une somme en commandite; mais il ne peut le faire de façon à compromettre non seulement les fonds exposés mais encore le patrimoine immobilier du mineur et rendre celui-ci passible d'une déclaration de faillite qui pourrait résulter pour lui de sa qualité de commerçant. »

**512.** — 4° *Prêts, nantissements, cautionnements et emprunts.* — Le tuteur ne peut prêter les biens du mineur ni surtout les employer à titre d'emprunt personnel au paiement de ses propres dettes. Il ne peut prendre les biens du pupille en nantissement d'une créance qu'il aurait sur lui, mais « il peut les donner en nantissement à un tiers pour garantir une dette de mineur, ou du défunt, ou *sa propre dette* » (art. 460). Il a le pouvoir, cela va sans dire, d'accepter un nantissement donné par un tiers ou un cautionnement destiné à garantir une créance du mineur ou du *de cuius*.

Le tuteur ne peut emprunter au nom du pupille, hypothéquer ses biens, qu'avec l'autorisation du magistrat et en cas de nécessité reconnue (Arrêt de la Cour d'Alger du 26 mai 1875. — Cour d'appel mixte d'Alexandrie, arrêts des 3 janvier 1882, 16 janvier 1889, 11 mars 1891, 1<sup>er</sup> février 1883). Cette règle a été rappelée aux pouvoirs publics par une circulaire du ministre de la justice du gouvernement Égyptien en date du 1<sup>er</sup> février 1883.

**513.** — 5° *Prorogation de terme, remise de dette.* — Le dernier de ces actes est une véritable aliénation à titre gratuit; le premier a, dans certains cas, la même conséquence, le débiteur pouvant parfaitement devenir insolvable dans l'avenir. Ces actes sont donc absolument interdits au tuteur. Cependant si la créance avait été constituée par lui-même, au cours de sa gestion, il pourrait accorder au débiteur terme et délai, et même le libérer; mais il serait en ce cas personnellement tenu; il y aurait donc réellement novation par substitution de débiteur et non abandon pouvant préjudicier au pupille.

**514.** — 6° *Transactions.* — Le tuteur ne peut transiger si les droits de ceux qu'il représente ont été judiciairement reconnus et fixés ou s'ils sont indiscutables; il le peut, au contraire, lorsque ces droits sont contestables. Dans le cas où il s'agit d'une dette à la charge du mineur ou de la succession, il a également le droit de transiger mais à condition que, si la dette a été fixée, le prix de transaction ne dépasse jamais la fixation faite.

**515.** — 7° *Reconnaissance de dettes, paiements.* — Le tuteur ne peut faire aucune reconnaissance du droit d'un tiers contre le mineur, la succession ou les héritiers; une telle reconnaissance est absolument nulle (Arrêt de la Cour

d'appel mixte d'Alexandrie du 11 mars 1891). Lorsqu'au nombre des héritiers se trouvent des personnes capables, la reconnaissance d'une charge faite par telle ou telle de celles-ci n'a d'effet que vis-à-vis de son auteur et jamais à l'égard de ceux qui ne s'y sont pas associés.

De même, le tuteur qui paie une dette du défunt non justifiée, non reconnue par les héritiers ou par justice, peut être déclaré responsable du paiement indûment effectué et qui n'est pas, dès lors, opposable aux héritiers.

**516.** — 8° *Avances du tuteur au profit du pupille.* — Le tuteur doit pourvoir à l'entretien du mineur suivant son rang et sa condition, et au moyen des biens revenant à celui-ci. Dans le cas où il emploie ses propres ressources à l'entretien du pupille, il est censé faire un acte de bienfaisance et ne peut réclamer le montant des dépenses ainsi faites, à moins toutefois qu'avant de fournir, de ses deniers, ce qui est nécessaire à l'incapable, il ne déclare formellement qu'il entend ne faire qu'une avance et en exiger plus tard le remboursement.

**517.** — Le tuteur ne peut rien réclamer au mineur auquel il a fourni de ses deniers les choses nécessaires à l'entretien si celui-ci était indigent et que le tuteur fût tenu envers lui, en sa qualité de proche parent, de la dette alimentaire. Il aurait en ce cas acquitté simplement une obligation personnelle.

**518.** — La tutelle est une charge gratuite; cependant, aux termes de l'article 469, si le tuteur était dans le besoin il aurait droit au salaire coutumier.

## SECTION III.

**Des comptes de tutelle.**

## SOMMAIRE :

- 519.** Comment la tutelle prend fin.
- 520.** A quelle époque le tuteur peut être tenu de rendre compte.
- 521.** Comment l'action est exercée en cours de tutelle.
- 522.** Règle générale.
- 523.** Nature du compte que doit fournir le tuteur ; son serment fait foi.
- 524.** Droit du pupille après le décès du tuteur quant à la revendication de ses biens.
- 525.** Des dépenses faites dans l'intérêt du mineur.
- 526.** A quelle époque le tuteur doit cesser ses fonctions ; preuve de la restitution du patrimoine.
- 527.** Le tuteur n'a pas un droit de rétention.

**519.** — La tutelle prend fin : 1° par la mort du tuteur ; 2° par celle des personnes dont il administre les biens ; 3° par la liquidation définitive de la succession (au point de vue de sa qualité d'exécuteur testamentaire) ; 4° par son remplacement ou sa destitution ; 5° par la majorité du pupille ou son émancipation.

**520.** — Le tuteur doit, au moment où ses fonctions cessent, rendre compte aux ayants-droit comme tout mandataire dont les pouvoirs sont expirés.

Peut-il avant l'expiration de ses fonctions, et en cours de tutelle, être astreint à fournir un compte ? Le tuteur testamentaire n'y est pas tenu, en thèse générale (Arrêt de la Cour d'Alger du 5 avril 1865). Il y a toutefois à ce prin-

cipe des exceptions commandées par l'équité et l'intérêt des incapables. Sans doute, celui qui gère convenablement, sans abus apparents, le patrimoine à lui confié, n'est pas un simple préposé auquel on puisse à tout instant demander compte : il a sur les biens de la succession une sorte de main-mise qui le dispense des obligations d'un mandataire ordinaire. Cela est si vrai qu'à moins de prévarication établie, le tuteur ne doit fournir, lorsqu'il sort d'exercice, qu'un compte général et non détaillé de son administration, sans être tenu d'établir un compte par articles appuyé de pièces justificatives.

Cependant si le tuteur donnait de justes sujets de suspicion, si sa conduite, la nature de ses opérations, son incapacité révélée permettaient de redouter un préjudice pour ceux dont il administre les biens, le magistrat pourrait l'obliger à rendre compte. Cela résulte du pouvoir donné par la loi au Cadi de remplacer ou de révoquer tout représentant du mineur qui compromet le patrimoine de celui-ci. Ce pouvoir étant écrit dans le texte, il en résulte que le magistrat a le droit de se faire rendre un compte de gestion puisque c'est de là que peuvent ou doivent ressortir la bonne ou la mauvaise administration. Nous croyons donc que le Cadi a toujours un droit de contrôle non seulement sur le tuteur par lui nommé mais encore sur le tuteur légal ou testamentaire, même sur le père de famille.

Ce droit est-il réservé au magistrat seul ? Oui, certainement, à notre avis.

**521.** — Le mineur en effet n'a pas capacité pour introduire une action, et ses proches parents ne l'ont pas davantage non plus que le surveillant de la succession ou subrogé-tuteur, n'étant pas juridiquement les représentants de l'incapable. Mais si ces diverses personnes n'ont pas le pouvoir

d'intenter l'action en reddition de comptes, elles ont le droit incontestable de la provoquer et de s'adresser à cet effet au magistrat qui doit, si les motifs de suspicion lui paraissent suffisants, vérifier par lui-même la gestion du tuteur. La Cour d'Alger a jugé suivant ces principes, par un arrêt du 8 mars 1880, aux termes duquel le mineur ne peut assigner pendant sa minorité son tuteur en reddition de comptes mais peut solliciter que ce compte soit rendu au Cadi ou pour lui à un mokkadem.

**522.** — En résumé, le compte de tutelle doit généralement être rendu à la fin de l'administration du tuteur, soit au pupille devenu majeur soit à son représentant légal. Mais le Cadi a, pendant la gestion, le droit de l'exiger du tuteur, s'il estime, soit par suite de faits venus à sa connaissance personnelle, soit à la suite de plaintes émanant du mineur et de ses proches parents, qu'il y a lieu de recourir à cette mesure de vérification.

**523.** — Le compte de tutelle ne doit pas, comme en droit français, être fourni articles par articles et être appuyé de pièces justificatives; le tuteur n'est pas tenu de donner le détail des dépenses par lui faites; il les déclare sous serment et cela suffit. Il en serait autrement toutefois s'il était d'une honorabilité suspecte; il serait alors tenu de fournir un compte détaillé.

Le serment du tuteur honorable fait foi, mais en tant seulement qu'il s'agit d'un acte rentrant dans ses attributions légales et à moins que l'affirmation ne soit démentie par l'évidence des faits.

Il est certain que cette situation privilégiée faite par la loi au tuteur qui est cru sur son affirmation ne s'applique qu'à celui qui se trouve investi légalement de la tutelle.

L'individu qui ferait acte de tuteur sans en avoir la qualité légale ne serait considéré que comme un gérant d'affaires ordinaire et comme tel tenu de rendre un compte détaillé et appuyé de pièces justificatives, conformément au droit commun (Cour d'appel mixte d'Alexandrie, arrêt du 15 mai 1889).

**524.** — L'article 471, qui n'est que la conséquence de la confiance accordée au tuteur par la loi, dispose qu'en cas de décès de celui-ci, le pupille devenu majeur ne peut revendiquer ses biens contre sa succession qu'autant que le tuteur en a, de son vivant, reconnu la consistance. Cette disposition n'est que l'application du principe qui veut que le tuteur soit cru sur son affirmation quant à la consistance des biens qu'il a eu à administrer; toutefois s'il existait une preuve contraire, non équivoque, par exemple s'il avait été dressé inventaire des biens du pupille remis au tuteur, le premier pourrait réclamer à la succession du second les biens lui revenant. Ce principe, corroboré par l'article 474, est généralement admis.

**525.** — Quant aux dépenses faites par le tuteur pour le pupille, la règle générale d'après laquelle son affirmation fait foi se trouve écrite dans le paragraphe I de l'article 475. Mais le paragraphe II du même article énumère de nombreux cas (voir le texte) dans lesquels le tuteur doit établir ses affirmations par les modes du droit commun. Et il faut remarquer que la longue énumération faite par le texte n'est pas limitative. Il en résulte, en somme, que le tuteur est cru en sa déclaration lorsqu'il s'agit des dépenses ordinaires, normales et courantes telles que celles relatives à l'entretien, à l'éducation du pupille, mais que les opérations qui sortent de ce cadre doivent faire l'objet d'un compte rendu dans les formes ordinaires.

**526.** — Le tuteur ne doit rendre compte au mineur et lui remettre son patrimoine que lorsqu'il a pu constater l'aptitude de celui-ci à le gérer convenablement. Cette remise doit être constatée comme l'acquit de toute obligation ordinaire ; le tuteur peut et doit demander décharge des choses qu'il remet et de son administration. S'il néglige de le faire et que plus tard une contestation s'élève entre lui et son ex-pupille quant à la restitution des biens, le tuteur n'est plus cru sur son affirmation ; c'est au contraire celui qui revendique qui est cru en sa déclaration sous serment. Sidi Khalil dit en effet : « La parole du pupille fait foi lorsqu'il réclame la restitution de ses biens et que le tuteur prétend les lui avoir remis. »

**527.** — Il peut arriver qu'au moment de la reddition de comptes le tuteur soit créancier, à raison d'avances faites au pupille ou pour son compte. Il a, pour le remboursement de ce qui lui est dû, un droit de créance ordinaire mais non celui de retenir, à titre de gage, les biens du pupille. Cette doctrine, proclamée par un arrêt de la Cour d'Alger du 6 novembre 1864, est basée sur ces paroles du prophète : « Vous ne retiendrez pas le bien des orphelins. »

---

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DES ACTES DU MINEUR, DE LA MAJORITÉ ET DE L'ÉMANCIPATION.

---

#### SOMMAIRE :

- 528. Règles générales.
- 529. Le mineur est tenu à concurrence de son émolument.
- 530. Dépôts, prêts, etc..., faits au mineur.
- 531. Capacité du mineur autorisé à faire le commerce.
- 532. Erreur du texte quant au mineur émancipé.
- 533. Des crimes et délits commis par le mineur.
- 534. Comment s'opère l'émancipation. — D'où résulte la majorité quant aux biens.
- 535. Le mineur peut provoquer son émancipation.

**528.** — Les actes faits par l'enfant âgé de moins de sept ans sont radicalement nuls. Après cet âge, le mineur jouit d'une capacité restreinte et relative. Les actes par lui consentis sont valables s'ils lui sont profitables et cela quand même le tuteur ne les ratifierait pas; les actes qui peuvent tourner au profit mais aussi au préjudice du mineur, qui offrent par conséquent un caractère aléatoire, sont généralement nuls; cependant s'ils étaient, par leur nature, susceptibles de ratification et que le tuteur les ratifiât, ils seraient valables. Enfin, les actes préjudiciables au pupille sont toujours radicalement nuls et ne sont susceptibles d'aucune ratification.

**529.** — Le mineur n'est pas tenu des sommes qu'il a empruntées; cependant rien ne contredit en droit musulman la règle « *restituitur non tanquam minor sed tanquam lesus,* » et la jurisprudence admet unanimement aujourd'hui que le mineur est engagé jusqu'à concurrence du profit que l'acte lui a procuré (Cour d'appel mixte d'Alexandrie, arrêt du 29 février 1888).

Il est donc tenu de rembourser les sommes par lui empruntées si elles ont tourné à son profit (Arrêt de la même Cour du 12 mai 1886). Un arrêt de la Cour d'Alexandrie du 16 mai 1889 a formulé cette règle de la façon suivante : « Par dépenses profitables desquelles on peut réclamer paiement d'un mineur, on doit entendre non pas les dépenses de luxe dont rien ne justifie l'utilité, mais les dépenses nécessaires à l'entretien du mineur ou même aux plaisirs légitimes de son âge si elles sont en rapport avec sa position sociale, son éducation et sa fortune. »

**530.** — Le mineur n'est tenu du dépôt à lui confié qu'il a été fait du consentement du tuteur; il en est de même de la chose prêtée à usage ou à lui vendue. Mais ces prescriptions du texte doivent se concilier avec la règle précédente, aux termes de laquelle le pupille est engagé à concurrence de son émolument.

**531.** — Le mineur autorisé à faire le commerce peut faire tous les actes qui s'y rapportent et n'est pas restituable en cas de lésion; les actes qu'il peut faire sont énumérés dans l'article 493 du texte auquel nous renvoyons. L'énumération faite par la loi n'est pas, d'ailleurs, limitative. Les seuls actes qui lui soient interdits sont les contrats de bienfaisance, les aliénations de son patrimoine à titre gratuit et le mariage.

**532.** — C'est par erreur, croyons-nous, que le deuxième paragraphe de l'article 293 défend certains actes au mineur émancipé. L'émancipation confère pleine et entière capacité et fait cesser les fonctions du tuteur. Celui-ci, d'ailleurs, pourrait être responsable du mauvais emploi fait de ses biens par un mineur s'il l'avait autorisé à faire le commerce avant d'avoir constaté chez lui une capacité suffisante. Il y aurait là, en effet, un véritable quasi-délit qui engagerait celui qui l'aurait commis.

**533.** — Le mineur est responsable des conséquences de ses actes délictueux ou criminels; il est tenu de les réparer tout comme s'il était majeur.

**534.** — Nous avons vu que la majorité quant aux biens ne s'acquiert que par l'aptitude reconnue du pupille à gérer son patrimoine. Mais d'où résulte cette reconnaissance? Elle peut être formelle, émaner du tuteur ou du père du mineur, judiciaire, c'est-à-dire reconnue par une décision du magistrat, ou tacite. Le tuteur ne peut cesser ses fonctions, mettre le pupille en possession de ses biens que lorsque celui-ci a l'aptitude nécessaire pour les administrer. S'il le fait hors ce cas, c'est-à-dire alors que le mineur est encore incapable et n'offre pas les garanties nécessaires, il est responsable des pertes qu'une remise trop hâtive du patrimoine en mains de son pupille peut occasionner à celui-ci.

La plupart du temps, l'émancipation est tacite. Le mineur acquiert pleine et entière capacité sans aucune formalité légale ou particulière, par le seul fait de son aptitude réelle à administrer ses biens.

Lors donc qu'il s'agit d'apprécier la validité d'un acte consenti par un individu arrivé à la puberté, il faut re-

chercher avant tout si, antérieurement à cet acte, le pupille avait témoigné son aptitude à gérer son patrimoine. La jurisprudence est fixée en ce sens et nous pouvons citer notamment deux arrêts de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie qui ont formulé ainsi le principe : « Est valable l'obligation souscrite par le mineur pubère qui a donné des preuves de son aptitude aux affaires et d'une expérience suffisante pour l'administration de ses biens » (23 janvier 1879, 19 juin 1890).

Ce dernier arrêt a été rendu dans une espèce dans laquelle on soutenait qu'aux termes d'une délibération du Meglis El Akram du 9 zilcade 1282 relative à l'abandon des terres kharadjis, la majorité était fixée à vingt et un ans. Cette délibération contient bien, en effet, cette disposition; mais la Cour a jugé avec raison qu'un article inséré dans un acte de réglementation, même ayant force de loi, ne pouvait prévaloir sur les dispositions contraires du statut personnel lesquelles, par leur nature même, ne peuvent jamais être abrogées.

La Cour d'Alger a jugé, par arrêt du 29 décembre 1871, que « l'indigène musulman âgé de moins de vingt et un ans mais émancipé de fait et exerçant une profession, a pleine qualité pour intenter une action civile, à raison d'un délit commis à son encontre. »

**535.** — Le mineur a le droit de provoquer lui-même son émancipation et de solliciter un jugement qui le déclare majeur, dans le cas où son tuteur refuse de lui reconnaître la capacité légale et de lui remettre ses biens. Il assigne, dans ce cas, son tuteur devant le Cadi, qui apprécie et statue. Cette procédure, indiquée par l'article 484 du texte, est universellement admise (Jugement du Cadi Hanafite d'Alger, du 24 octobre 1864. — Arrêt de la Cour d'Alger, du 10 octobre 1854).

## CHAPITRE TROISIÈME.

### DES INTERDITS, DES ABSENTS ET DES AUTRES INCAPABLES.

#### SOMMAIRE :

- 536.** Des causes d'interdiction. — Des insensés et des prodiges.
- 537.** Le magistrat prononce l'interdiction. — Procédure.
- 538.** Actes antérieurs au jugement.
- 539.** Capacité de l'interdit. — Distinction entre l'insensé et le prodigue.
- 540.** Tutelle du Cadi.
- 541.** Cessation de l'interdiction.
- 542.** De l'absent. — Administration de ses biens.
- 543.** Présomption de vie et présomption de décès.
- 544.** Du non-présent.
- 545.** Quand cesse la présomption de vie.
- 546.** Effets du jugement qui déclare le décès.
- 547.** Incapacité du malade. — De l'individu en péril imminent, etc.
- 548.** Incapacité spéciale de la femme.
- 549.** Incapacité pour certains individus d'exercer une profession déterminée.

**536.** — Mouradja d'Ohsson dit que l'interdiction frappe six classes d'individus, savoir : les mineurs, les vieillards imbéciles, les insensés, les esclaves, les prodiges et les banqueroutiers. L'incapacité du mineur étant spéciale et ayant fait déjà l'objet d'un chapitre du présent livre, nous ne nous occuperons que de l'interdiction proprement dite, celle qui concerne : 1° les insensés, 2° les prodiges.

Tout individu atteint de démence, de fureur, d'imbécillité, en un mot d'oblitération des facultés intellectuelles, peut être interdit; c'est là une mesure ordonnée tant dans l'intérêt social que dans celui de l'insensé lui-même. Le prodigue, celui qui dissipe son patrimoine sans raison, peut également être privé de sa capacité civile et être mis en tutelle.

**537.** — Le droit de prononcer l'interdiction appartient au magistrat, qui peut agir d'office ou sur la demande d'un parent au degré successible (Arrêt de la Cour d'Alger du 19 mars 1872). Le Cadi entend les témoins, interroge l'individu dont l'interdiction est demandée et rend un jugement motivé. Les femmes peuvent être admises en témoignage aussi bien que les hommes, même dans les rites qui repoussent en général leur témoignage (Arrêt de la Cour d'Alger, 20 mars 1861).

**538.** — L'interdiction date du jour du jugement qui la prononce; mais quelle est la valeur des actes consentis par l'interdit avant ce jugement? Il faut distinguer entre l'interdiction pour cause de folie, d'insanité d'esprit, et celle qui est prononcée pour prodigalité. Dans le premier cas, si la cause d'interdiction préexistante était connue de la partie qui a traité avec l'insensé, l'acte consenti par ce dernier est radicalement nul (Arrêt de la Cour d'Alger du 4 mars 1861). Cependant, si l'acte avait été consenti pendant un intervalle lucide, il pourrait être déclaré valable, aux termes de l'article 483; mais la preuve de la lucidité, au moment du contrat, serait à la charge de celui qui aurait traité avec l'insensé. Quant au prodigue, ses actes sont valables jusqu'au moment où le jugement du Cadi vient lui enlever sa capacité légale. On ne pourrait donc annuler

un acte antérieur, la cause d'interdiction existât-elle au moment où cet acte a été consenti et eût-elle été connue de la partie contractante (Arrêts de la Cour d'appel mixte d'Alexandrie, des 16 mai 1889 et 19 février 1891; *Contra*, arrêt de la Cour d'Alger du 4 mars 1861).

**539.** — La capacité de l'interdit pour cause de démence est la même que celle du mineur; nous renvoyons donc sur ce point au chapitre précédent.

Quant à l'interdit pour cause de prodigalité, il peut valablement accomplir certains actes, il conserve une capacité restreinte. Il peut contracter mariage, prononcer une répudiation valable, pourvoir à l'entretien des personnes qui y ont droit, faire une reconnaissance de dette ou un aveu et disposer de ses biens par donation ou testament, à concurrence du tiers s'il a un héritier (art. 490). Dans cette énumération faite par le texte Hanafite nous rencontrons une disposition qui doit être ramenée de sa généralité au caractère spécial qu'elle a en réalité : il s'agit de la reconnaissance de dette. L'interdiction étant prononcée contre le prodigue pour l'empêcher de dilapider son patrimoine et notamment de se livrer à des emprunts ruineux, il ne saurait s'obliger en reconnaissant une dette qu'il lui est interdit de contracter. La reconnaissance peut être valable en elle-même mais n'a pas pour effet de valider l'emprunt indûment contracté. Le représentant de l'interdit aura donc toujours le droit et le devoir de rechercher, malgré cette reconnaissance, si la dette avouée par l'incapable est de celles qu'il puisse valablement contracter, si elle est réellement antérieure à l'interdiction, etc.....

La règle générale, qui reçoit des exceptions sur lesquelles nous venons de nous expliquer, est que les actes

consentis par l'interdit, après le jugement qui lui enlève sa capacité, sont nuls. Il est d'ailleurs certain que l'interdit comme le mineur est tenu des obligations par lui contractées à concurrence du profit qu'il en a retiré (Cour d'appel mixte d'Alexandrie, arrêt du 16 mai 1889; Cour d'Alger, arrêt du 7 février 1843).

**540.** — Il n'y a pas, pour l'interdit, de tutelle autre que celle du magistrat qui seul administre ses biens et autorise les actes que comporte cette gestion, sauf son droit de déléguer telle personne de son choix pour la gérance du patrimoine de l'incapable.

**541.** — L'interdiction cesse ensuite d'une décision du magistrat qui reconnaît que la cause qui l'a motivée n'existe plus. L'insensé revenu à la raison, le prodigue qui a donné de sérieuses preuves de retour à des sentiments plus raisonnables peuvent demander judiciairement la mainlevée de l'interdiction qui les a frappés (Cour d'Alger, arrêts des 6 janvier 1842 et 4 juillet 1870).

**542.** — L'absent est celui dont on ignore la résidence actuelle ou dont on n'a pas de nouvelles, et dont, pour cette raison, l'existence peut être douteuse. S'il a laissé une procuration à un tiers pour administrer ses biens, cette procuration est valable et l'administration ne peut être enlevée au mandataire constitué. Les pouvoirs de celui-ci sont restreints; ils ne comprennent aucun acte d'aliénation et n'embrassent même pas tous les actes d'administration, ainsi que cela résulte du § 3 de l'article 572, ainsi conçu : « Le procureur ne peut, sans autorisation du magistrat, restaurer les immeubles de l'absent qui réclameraient une restauration. » Cette prohibition

du texte relative aux dépenses d'entretien est contraire à l'opinion de la majorité des auteurs. D'après Mouradja d'Ohsson « le mandataire a le droit de veiller aux intérêts de l'absent, *de conserver ses propriétés*, de vendre tout ce qui est sujet à dépérissement et de fournir à la subsistance de sa famille et même de ses proches parents qui seraient dans l'indigence<sup>1</sup>. » Le texte Hanafite ne reconnaît les droits que nous venons d'énumérer et que certains juriscultes admettent au profit du mandataire conventionnel qu'au mandataire judiciaire nommé par le magistrat. Ce gérant, nommé par le Cadi, se borne à administrer et tout acte d'aliénation doit être spécialement autorisé par une décision de justice. L'aliénation des immeubles ne peut d'ailleurs avoir lieu que pour éviter de faire face à des frais de conservation ou d'entretien onéreux, jamais pour acquitter une dette de l'absent, pas même la dette d'entretien à laquelle il ne doit être pourvu qu'au moyen des sommes laissées par celui-ci, des créances, des dépôts ou de la vente du mobilier.

**543.** — L'absent est réputé vivant à l'égard des actes qui lui seraient préjudiciables et dont la validité est subordonnée à son décès. Ainsi sa femme ne peut se remarier, sa succession n'est pas ouverte, les contrats temporaires tels que le louage par lui consentis subsistent. Par contre, il est réputé décédé quant aux actes qui lui profiteraient s'il était vivant et qui profiteraient à autrui s'il était inexistant; par exemple, si un legs ou une succession viennent à lui échoir, ils ne tombent pas dans son patrimoine, pas plus d'ailleurs que dans celui des héritiers appelés après lui à la succession échue. Les biens ainsi dévolus à un individu dont l'exis-

<sup>1</sup> T. VI, p. 114.

tence est incertaine sont réservés jusqu'à ce qu'on ait acquis la preuve de son existence ou celle de sa mort ou qu'un jugement l'ait considéré comme légalement décédé.

**544.** — L'absence suspend la prescription. La Cour d'Alexandrie a, dans un arrêt du 25 mai 1882, posé à ce sujet les principes suivants : « Il y a absence toutes les fois que la partie contre laquelle court la prescription s'est éloignée du siège de ses affaires sans laisser un représentant, alors même qu'elle ne serait pas sortie des limites de l'Empire ou que la cause de son absence ne serait pas forcée. » Dans l'espèce, la cause de l'absence consistait dans les exigences de l'éducation des enfants.

Il s'agit ici non pas de l'absence mais de la non-présence dans un lieu déterminé, telle qu'elle se retrouve dans l'article 2265 du Code Napoléon. Il est bon de ramener à cette portée les termes trop généraux de l'arrêt qui, s'ils pouvaient s'appliquer à l'absence légale, seraient en contradiction formelle avec l'article 571 du texte.

**545.** — La présomption de vie cesse lorsque les contemporains de l'absent demeurant dans la ville où il est né sont tous décédés, et, à défaut, lorsqu'il serait âgé de quatre-vingt-dix ans. Certains auteurs fixent l'extrême durée de la vie humaine, nous l'avons vu, à cent et cent vingt ans. Les Malékites la fixent les uns à soixante-dix ans, les autres à quatre-vingts.

Cette présomption cède devant la preuve contraire. Tout ayant-droit peut s'adresser au magistrat pour obtenir une décision déclarant l'absent décédé. L'action est dirigée contre le mandataire conventionnel ou judiciaire, et c'est contre ce défendeur que la preuve du décès doit être administrée.

**546.** — Le jugement qui déclare le décès produit tous les effets de la mort naturelle. La succession de l'absent est ouverte, les sommes réservées sont attribuées aux ayants-droit, sa veuve entre en retraite viduaire, si un individu déclaré décédé par jugement se représente ensuite ou donne de ses nouvelles, il rentre dans la plénitude de ses droits, mais les actes accomplis par des tiers après le jugement déclaratif du décès sont valables; ceux auxquels l'héritage a été dévolu ne sont tenus de restituer que ce qui reste entre leurs mains.

**547.** — La loi considère encore comme incapables certains individus qui se trouvent dans des circonstances déterminées; ce sont : le malade atteint d'une maladie mortelle, l'individu qui se trouve dans un péril imminent. Sidi Khalil indique encore : l'individu qui est amputé, le soldat en expédition, la femme enceinte de sept mois. Le Cadi est le surveillant des incapables et peut annuler les actes qu'ils auraient consentis à leur préjudice ou à celui de leurs héritiers.

La section IV du chapitre IV, livre V, du texte réglemente longuement la capacité du malade. Nous réservons pour la partie de notre ouvrage destinée aux successions l'étude de cette capacité restreinte, au point de vue des dispositions entre-vifs à titre gratuit et testamentaires. Nous avons étudié précédemment la nature que devait avoir la maladie pour créer l'incapacité; nous complétons ce que nous avons dit à ce sujet par la règle énoncée en l'article 561 *in fine*, aux termes de laquelle « les dispositions faites pendant une maladie, dont le disposant est guéri (ensuite), sont considérées comme étant faites pendant un moment de parfaite santé. »

Le malade peut reconnaître une dette, soit d'une somme

d'argent, soit d'un corps certain en faveur d'un tiers non héritier. La reconnaissance faite au profit d'un héritier est nulle, en thèse générale, comme suspecte et elle est présumée faite au préjudice des successibles pour avantager l'un d'entre eux. Cependant il n'y a pas là une présomption *juris et de jure*; si la dette existait bien réellement avant la maladie, au profit d'un successible, la reconnaissance qu'en ferait le malade ne la rendrait pas inexistante. La loi veut simplement que le *de cujus* ne puisse créer, en état de maladie, une charge fictive. De même, si le malade se reconnaissait débiteur envers un tiers étranger, pour avantager celui-ci, sans que la dette existât réellement, la reconnaissance ne serait pas constitutive d'un droit.

Il en est autrement en matière de dépôt et de mandat. Les reconnaissances faites par le malade relativement à ces contrats sont valables, même lorsqu'elles concernent un héritier.

La qualité d'héritier est appréciée en se plaçant au moment où le *de cujus* a fait la déclaration ou la reconnaissance, et non au moment de l'ouverture de la succession.

La remise de dette faite par le malade à un successible est nulle; celle consentie en faveur d'un non-héritier est valable à moins que le malade ne soit en état de déconfiture, c'est-à-dire que son passif soit plus considérable que son actif. La remise de dette faite par la femme malade au profit de son mari n'a d'effet que si elle n'est pas contestée par ses héritiers.

Les obligations reconnues par un malade sont primées par celles qu'il avait contractées étant en bonne santé, de quelque nature que soient ces obligations et à quelque contrat qu'elles se rapportent. Il en est de même quant aux paiements faits en état de maladie; ces paiements ne peuvent, en général, être effectués au préjudice des créan-

ciers antérieurs à l'état de maladie, à moins qu'il ne s'agisse d'achats ou d'emprunts faits par le *de cujus* pour son propre usage. Le créancier indûment payé doit rapporter à la masse et venir en concurrence et au marc-le-franc avec les créanciers non désintéressés.

**548.** — La femme est atteinte d'une incapacité relative et déterminée quant à l'aliénation de ses biens à titre gratuit. Nous étudierons cette incapacité dans la deuxième partie de notre ouvrage.

**549.** — Enfin l'article 491 permet au magistrat d'interdire l'exercice de telle ou telle profession à celui qui l'exerce dans des conditions de moralité ou de capacité préjudiciables à ceux qui s'adressent à lui. Le jurisconsulte qui compromet les intérêts à lui confiés et délivre des consultations erronées, le médecin ignorant, etc..., peuvent être déclarés incapables de se livrer à l'exercice de leur profession.

FIN DU PREMIER VOLUME.

## ERRATA.

---

- Page 60, ligne 3, *au lieu de* : la résomption présulte, *lire* : la présomption résulte.
- » 64, » 11, *au lieu de* : Han, *lire* : Hanafite.
- » 67, » 5, *au lieu de* : ces droits; *lire* : ses droits.
- » 126, » 8, *au lieu de* : ces auteurs; *lire* : les auteurs.
- » 164, » 19, *au lieu de* : La Koran; *lire* : Le Koran.
- » 237, » 14, *au lieu de* : il y a lieu; *lire* : il a lieu.
- » 241, » 6, *au lieu de* : Iman; *lire* : Imam.
- » 315, » 14, *au lieu de* : Chaféite; *lire* : Chaféite.
- » 372, » 4, *au lieu de* : viduaire si, *lire* : viduaire. Si.

**BAR-LE-DUC,  
IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.**

akhi

# RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE DU DROIT FRANÇAIS

Contient

sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques

**l'Exposé de la Législation**  
**l'Analyse critique de la Doctrine et les Solutions de la Jurisprudence**

et augmenté sous les mots les plus importants

**DE NOTIONS ÉTENDUES DE DROIT ÉTRANGER COMPARÉ**  
**ET DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Par MM.

**A. CARPENTIER**

AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT  
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

**G. FRÈREJOUAN DU SAINT**

DOCTEUR EN DROIT, ANCIEN MAGISTRAT  
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

Avec la collaboration des

**Rédacteurs du Recueil général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais**

Avec le concours d'un grand nombre de Collaborateurs

**ET POUR LE DROIT COMPARÉ CIVIL ET CRIMINEL**

de M. **Ernest Lehr**

Professeur honoraire de Législation comparée à l'Académie de Lausanne

Ce Répertoire paraît à raison de deux volumes par an et formera environ  
**30 volumes in-4° de 800 pages; s'il en paraît davantage, le souscripteur**  
**n'aura pas à payer tout ce qui excédera 32 volumes et la Table.**

12 volumes parus (1894)..... **240 fr.**  
Pour les non Souscripteurs, le volume, *franco*..... **25 fr.**

**Dictionnaire de droit international privé, législation, doctrine, jurisprudence françaises**, par MM. BENOÎT VINCENT et EDOUARD PÉNAUD, avocats à la Cour d'appel de Paris, 4 fort vol. in-4° à deux colonnes (1888)..... **20 fr.**

**Revue de droit international privé**, suivie d'une *Table chronologique*, servant de *Supplément au Dictionnaire*, années 1888 et 1889, 2 volumes..... **16 fr.**

Le *Dictionnaire* et les 2 volumes de la *Revue*..... **30 fr.**

**Traité théorique et pratique de droit international privé**, par ANDRÉ WEISS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, associé de l'Institut de droit international, 4892, tome I (de la Nationalité, 1891, tome II (droit de l'Étranger), les deux vol..... **24 fr.**  
*L'ouvrage formera 5 volumes in-8°.*

**Traité théorique et pratique du droit pénal français**, par R. GARRAUD, avocat à la Cour d'appel, professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Lyon, membre de la Commission de surveillance des prisons du Rhône, 3 volumes in-8° (1888-1894)..... **50 fr.**

**Cours d'économie politique**, contenant avec l'exposé des principes l'analyse des questions de législation économique, 3<sup>e</sup> édition mise à jour et considérablement augmentée, par PAUL GAUWES, professeur à la Faculté de droit de Paris, 1893, 4 volumes in-8°..... **40 fr.**

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.









HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 046 948 733

