

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 049 374 556

MOSLEM
903
ZEY

ZEYS

Essai d'un traite methodi
que de droit musulman

1, 2

1884

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google



31
(22)

ESSAI

D'UN

TRAITÉ MÉTHODIQUE

DE

DROIT MUSULMAN

(ÉCOLE MALÉKITE)

PAR

E. ZEYS

PRÉSIDENT DE CHAMBRE A LA COUR D'APPEL D'ALGER

CHARGÉ DE COURS A L'ÉCOLE DE DROIT

OFFICIER DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

TOME I

(1^{ER} FASCICULE)

ALGER

ADOLPHE JOURDAN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

IMPRIMEUR-LIBRAIRE DE L'ACADÉMIE

—
1884

ESSAI
D'UN
TRAITÉ MÉTHODIQUE
DE
DROIT MUSULMAN
(ÉCOLE MALÉKITE)

7

ESSAI

D'UN

TRAITÉ MÉTHODIQUE

DE

DROIT MUSULMAN

c

(ÉCOLE MALÉKITE)

PAR
E. ZEYS

PRÉSIDENT DE CHAMBRE A LA COUR D'APPEL D'ALGER

CHARGÉ DE COURS A L'ÉCOLE DE DROIT

OFFICIER DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

TOME I

ALGER

ADOLPHE JOURDAN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

IMPRIMEUR-LIBRAIRE DE L'ACADÉMIE

1884

MUSEUM
903

3/4/16

CET OUVRAGE EST DÉDIÉ

A

MONSIEUR JULES MÉLINE

DÉPUTÉ DES VOSGES

MINISTRE DE L'AGRICULTURE

PAR SON AMI

E. ZEYS.

AVIS

Cet ouvrage formera six volumes qui paraîtront en fascicules de 100 pages.

Le 4^e fascicule, qui complétera le 1^{er} volume, contiendra la préface et la table des matières.

On est prié de corriger dès à présent les fautes suivantes :

Page 1, ligne 1, lisez 632 au lieu de 622.

Page 36, ligne 3, lisez *autonomie* au lieu de *anatomie*.

Page 37, ligne 8, lisez *tout en se soumettant* au lieu de *tout se soumettant*.

Page 42, note 2, lisez *oualaïa* au lieu de *oualia*.

Page 43, ligne 31, lisez *par les conditions* au lieu de *sur les conditions*.

Page 67, note 2, rétablissez ce qui est omis : Le béréd *vaut 12 milles, le mille vaut 1,920 mètres. Dix journées de marche = 460 kil. 80 m.*

INTRODUCTION

Lorsque Mohammed mourut (622), il laissait l'ébauche d'un grand empire, d'une vaste organisation. Son Coran avait réalisé d'importantes réformes dans les mœurs, dans les institutions, dans les idées de son temps. Il avait détruit le polythéisme, renversé les idoles de la Kaaba, imposé la charité et la bienfaisance à des barbares pour lesquels la force primait le droit, enseigné la tolérance religieuse aux Greco-Latins fanatisés par les querelles théologiques ; le vaincu, libre de conserver son culte moyennant un tribut, avait appris qu'il pouvait, au moyen d'une simple profession de foi dont la sincérité était abandonnée à sa conscience, entrer dans la communauté nouvelle et y jouir des mêmes droits que le vainqueur. Le livre sacré avait flétri les unions incestueuses, limité l'omnipotence paternelle et conjugale de l'homme ; admis le faible, enfant ou femme, au partage des biens de la famille ; organisé la propriété immobilière ; accordé à la femme une sorte de demi-personnalité juridique ; s'il tolérait la polygamie, il en avait réprimé les abus autant que le permettaient les mœurs patriarcales et la situation économique des nomades, premiers adhérents du Mahométisme.

Aujourd'hui, ces réformes nous semblent bien imparfaites ; elles étaient telles, à cette époque, que, pour les faire accepter, Mohammed avait dû leur prêter une origine surnaturelle, se donner lui-même comme un inspiré. De là aussi, pour lui, la nécessité de confondre la loi religieuse et la loi civile, afin de leur imprimer à toutes deux le même caractère obligatoire, et de les placer au-dessus de toute discussion.

Mais, si le Coran avait réalisé d'incontestables progrès, par cela même qu'il embrassait toutes les sciences divines et humaines,

ses prétentions encyclopédiques le condamnaient à ne rien approfondir. D'autre part, le texte sacré, obligé de porter en lui-même la preuve de sa surnaturalité, devait offrir d'inévitables obscurités. N'y avait-il pas, d'ailleurs, une suprême habileté à envelopper sa pensée d'un voile mystique, en prévision de l'avenir encore incertain réservé à l'Islamisme ? N'était-il pas politique de laisser aux disciples le soin d'adapter l'enseignement du maître aux circonstances, de compter à l'avance sur la crédulité humaine toujours encline à trouver, dans les formules les plus ambiguës, la solution de tous les problèmes de cette vie et de l'autre ? Enfin, celui qui parle au nom de Dieu s'abaisse-t-il au détail des choses terrestres ? Il suffisait de placer au-dessus de toute discussion les dogmes fondamentaux de la religion nouvelle ; la controverse, réduite à s'exercer sur les points secondaires, n'était plus à redouter.

Mohammed avait d'ailleurs pris soin de circonscrire le champ ouvert aux commentaires. Il avait lui-même cherché à combler les lacunes du livre révélé, répondant aux questions qu'on lui adressait, rendant la justice, donnant des consultations sur les sujets les plus futiles, et fondant ainsi la seconde source du droit musulman, la tradition.

A sa mort, ses compagnons, gardiens fidèles de sa pensée, furent chargés par les premiers califes d'appliquer aux différends qui leur étaient soumis, les solutions du maître. Après ceux-ci, leurs disciples continuèrent l'œuvre commencée, et, sous le règne de Haroun-er-Rachid, ces innombrables décisions furent recueillies avec un soin pieux. Bientôt on sentit le besoin d'établir une sorte de hiérarchie d'authenticité et d'orthodoxie entre ces traditions accumulées sans beaucoup de discernement.

Mais ce n'était là qu'une insuffisante tentative de classification. Ce qui manquait au droit musulman, c'était une interprétation doctrinale du Coran et de la Sounna. Elle fut l'œuvre de quatre jurisconsultes célèbres qui, d'accord sur les principes fondamentaux, et, par conséquent, tous quatre orthodoxes, fondèrent les quatre écoles sunnites, aux enseignements desquelles les musulmans sont encore fidèles aujourd'hui.

Le premier de ces imams fut Abou-Hanifa ou, plus exactement, Noman-Ibn-Thabit-Abou-Hanifa, né à Couffa, en l'an 80 de l'hégire, et surnommé le grand imam. Dans sa jeunesse, il avait penché vers l'hérésie chiite ; mais, grâce aux leçons du savant Abou-Djaffar, il

était revenu à l'orthodoxie sounnite. Tel était son renom que, de son vivant, on le comptait parmi les disciples des compagnons. Malek, grand admirateur de sa puissante dialectique, disait de lui : « S'il lui prenait fantaisie de démontrer qu'un pilier de bois est un pilier d'or, il y réussirait. » Le calife El-Mançour le nomma *cadi* de Bagdad ; mais il refusa ce périlleux honneur et mourut en prison en l'an 150. La doctrine hanéfite avait d'abord joui d'une autorité considérable. Elle n'est plus suivie aujourd'hui que dans l'Empire turc, en Égypte, en Tartarie et dans l'Inde citra-gangetique. On accuse son fondateur de rationalisme, et si ses adhérents étaient plus nombreux en Algérie, nous aurions triomphé beaucoup plus facilement du fanatisme musulman. Abou-Hanifa a notamment enseigné que, dans tous les cas où la tradition est incompréhensible, elle n'oblige pas la conscience du fidèle. Quelle concession ! Ses disciples les plus remarquables sont Abou-Youcef (113-182) qui se distingue par l'indépendance de sa pensée, et Abou-Abdallah-Mohammed-ben-Hosseïn (132-179) qui étudia trois ans sous Malek ; ses écrits s'en ressentent ; il est comme l'intermédiaire des deux écoles.

Malek-Ibn Anas, le deuxième imam, naquit à Médine (94). Il reçut les leçons des disciples des compagnons. Quand il ouvrit lui-même une école, il obtint un succès prodigieux ; on pourrait l'appeler le Saint-Jean Chrysostome de l'Islamisme, tant sa parole était suave. Il mourut en 179, laissant un livre qu'il intitula « *Mouatta* » (aplani) parce que le Prophète lui était apparu une nuit et lui avait dit : « وطأت الدين tu as aplani la religion. » La doctrine malékite nous intéresse particulièrement, car elle est suivie dans tous les États barbaresques. Si celle de Bou Hanifa comporte des idées de progrès, si elle respecte la dignité de la raison humaine, celle de Malek est rigoureusement orthodoxe. Il est donc fâcheux qu'elle ait prévalu en Algérie. Il serait impossible de donner une liste des commentateurs du « *Mouatta* » ; ils sont innombrables. Sidi Khalil ben Ish'ak, le plus célèbre des Malékites, nous servira de guide dans nos leçons ; mais nous ferons de larges emprunts à Ibn Salmoun, à Mohammed Kharchi, à Ahmed ben Mohammed Ed Dirdiri commenté à son tour par Dsouki, à Ibnou Abi Zeïd commenté par Abou El Hassan, et enfin à l'admirable Ibn Arfa, le seul qui puisse nous fournir des définitions à peu près exactes.

De Mohammed-ben-Edris-Ech-Chafaï, et de Hambal, fondateurs

des deux dernières écoles sounnites, nous ne dirons rien, car le premier n'a de partisans qu'en Arabie et en Perse, et le second n'en a que dans quelques recoins perdus de l'Arabie.

L'ère des commentateurs est-elle fermée avec les quatre imams? Il faut distinguer entre les dogmes fondamentaux (أُصُولُ الدِّينِ), mot à mot: (*Tronc de la Religion*) auxquels tout musulman doit croire avec conviction intime (إِثْمَانٌ) et les branches de la religion (فُرُوعُ الدِّينِ) auxquelles il ne doit que sa soumission extérieure (إِسْلَامٌ) ce qui revient à dire que, pour être musulman, il faut ajouter foi à la révélation et y conformer ses actes (1).

Les dogmes fondamentaux sont :

- 1° La reconnaissance du Coran comme le plus parfait et le dernier des livres révélés ;
- 2° La croyance à l'unité de Dieu ;
- 3° La croyance à la mission du Prophète ;
- 4° La croyance à la prédestination ;
- 5° La croyance aux bons et aux mauvais génies ;
- 6° La croyance à la vie future, avec ses peines et ses récompenses.

Aucune innovation n'est possible à cet égard, et les quatre imams ne peuvent avoir aucun successeur pour l'interprétation de ces points de doctrine.

Mais les quatre écoles orthodoxes diffèrent elles-mêmes sur certains détails des *foroua-ed-din*, c'est-à-dire sur ce qui se rapporte à la vie religieuse et morale, au droit civil, au droit des gens, au droit public. Ces matières sont également régies par le Coran et la tradition ; en cas d'insuffisance, de silence ou d'obscurité du Coran et de la tradition, il y a lieu à interprétation, mais toujours en se conformant strictement à l'esprit du livre sacré et de la Sounna. Dans ces limites, et lorsque les quatre imams ne sont pas d'accord dans leur enseignement, l'interprète nouveau jouit

(1) La distinction de l'imam et de l'islam est propre aux Chaféïtes ; les Hanéfités ne distinguent pas entre la confession labiale et le consentement intime.

d'une indépendance absolue, à la condition d'être un « *moujtehid*, » c'est-à-dire un homme doué du talent de l'interprétation (1).

Les compagnons, les disciples, les quatre imams avaient reçu ce don de Dieu ; libre à chacun de se persuader qu'il possède cette même capacité ; on le jugera d'après ses œuvres. Mais qu'il soit prudent dans ses appréciations, qu'il ne tranche que des questions obscures, qu'il ne s'avise de résoudre que des questions neuves, et qu'il se rattache à l'une des quatre écoles sounnites, sous peine d'hérésie ! Qu'il compte, non sur sa science, mais sur Dieu qui lui accordera, s'il le juge bon, la faculté précieuse de distinguer le vrai du faux (الذَّوْف).

Les sources du Droit musulman sont donc :

- 1° *Le Coran* ;
- 2° *La Sounna*, actes, paroles, silence approbatif du Prophète ;
- 3° *Les décisions* rendues à l'unanimité par les compagnons ;
- 4° *Les décisions* rendues à l'unanimité par les disciples ;
- 5° *La doctrine* des quatre imams ;

A quoi il convient d'ajouter :

- 6° *L'usage* (عُرْف, ce qui est connu) ;
- 7° *La coutume* (عَادَة, ce qui se répète tous les jours).

Ce n'est pas tout. Nous avons vu Mohammed tolérant ; il l'était surtout pour les Juifs et les Chrétiens, *les hommes du livre*, qui n'avaient qu'un tort à ses yeux, celui d'être demeurés en route dans la conquête de la vérité ; partout où il n'avait pas un intérêt à originaliser sa doctrine, il leur avait fait de nombreux emprunts. D'autre part, il y avait, à son époque, des écoles florissantes de

(1) Le livre des *Tarifat* de Jorjani définit ainsi l'*ijtihad*. « En lexicologie, c'est l'action de dépenser sa capacité ; en technologie, c'est l'effort studieux du juriste consulte capable dans le but de se faire une opinion sur un point de droit. »

Le même définit comme suit le *moujtehid* : « C'est celui qui possède la connaissance du Coran avec ses divers sens, et celle de la Sounna, avec ses variantes, ses diverses leçons et ses différentes interprétations, et qui, par l'analogie, parvient à trouver la vérité dans toutes les choses dont on ne peut connaître le sens que par le rapprochement d'une autre chose analogue qui en fournit l'éclaircissement. »

Voyez : *Chrestomathie*, de S. de Sacy, I. 169. — *Ibn Khaldoun*, *Prolégomènes*, III. 8, note 3. — *Cadoz*, *Initiation à la science du Droit*, p. 25.

Droit romain à Béryte, à Alexandrie; il avait subi leur influence, bien qu'il se fût efforcé de dissimuler ses imitations dans la crainte de se discréditer. Enfin, il avait dû respecter une foule de coutumes préislamiques qu'il eût été dangereux de détruire. Il faut donc encore ajouter à notre liste :

- 8° Les livres de l'Ancien Testament ;
- 9° Ceux du Nouveau ;
- 10° Le Droit romain ;
- 11° Les coutumes préislamiques.

De ces éléments souvent opposés est né le Droit que nous avons à étudier.

Quelle école suivrons-nous? Celle de Malek, puisque les Malekites constituent les neuf dixièmes de la population musulmane de l'Algérie. Mais nous comparerons toujours ses enseignements à ceux de l'illustre Hanifa, l'apôtre de la raison, et nous ne craindrons pas de recourir, le cas échéant, aux livres des deux autres écoles, et même à ceux des Chiites.

Quel sera notre programme? Il eût été avantageux de nous éloigner le moins possible du classement méthodique de notre Code civil. Mais c'eût été enlever au droit musulman sa physionomie, son originalité. Le droit français ne s'occupe pas des faits de conscience; il est purement civil. De là, la simplicité de son plan :

- 1° *Les personnes* — sujets de droits ;
- 2° *Les biens* — objets de droits ;
- 3° *Contrats* — conflit.

Les musulmans obéissent à des préoccupations différentes. L'homme est le jouet de Dieu; il n'a d'autre intérêt que d'observer la loi divine; c'est pour lui le seul moyen de monter à celui qui est tout, devant lequel le monde n'est rien. Le droit civil, le jeu et le conflit des intérêts matériels, est sous la dépendance absolue du droit religieux; le premier n'est que l'effet, le second est la cause.

De là une classification particulière: tout traité de droit musulman débute par l'exposé des devoirs religieux de l'homme :

- 1° *Purification* ;
- 2° *Prière* ;
- 3° *Impôts* (ils ont tous un caractère religieux) ;
- 4° *Jeûne* ;
- 5° *Retraite spirituelle* ;
- 6° *Pélerinage* ;
- 7° *Guerre sainte*.

Voilà l'indispensable — on n'est pas musulman à moins. On ne peut pas vivre, on ne peut pas bien mourir sans cela. On peut vivre et mourir sans le reste. . . . à une exception près :

Il faut fuir les tentations de la chair, il faut augmenter la grande famille musulmane, créer des soldats pour la guerre sainte, il faut se marier.

Aussi, par une violation apparente de l'ordre logique, car, pour eux, le mariage est un contrat civil, ils l'ont placé avant tous les autres. Ce n'est qu'à la suite que vient le cortège des contrats ordinaires, rejetés là, non sans dédain.

Chez nous, la loi est neutre ; elle ne s'occupe que de l'homme extérieur ; chez eux, la loi est religieuse, l'homme est un sujet de devoirs, ils s'occupent de l'homme intérieur, même lorsqu'il se borne à vendre ou à acheter.

Notre plan nous est donc imposé. Cependant, nous n'étudierons le Code religieux des musulmans qu'après avoir épuisé les matières du droit civil, lequel est plus intéressant pour nous à tous égards.

COURS
DE
DROIT MUSULMAN

LIVRE PREMIER

DU MARIAGE

1. PROLÉGOMÈNES. — Le mariage est un contrat soumis à toutes les règles qui régissent les autres contrats ; il ne se distingue de ceux-ci que par une connexion plus intime avec les obligations religieuses du fidèle. Vendre, acheter, n'est imposé à personne. Se marier est obligatoire pour celui qui craint de tomber dans le désordre.

— « Celui qui ne se marie pas, n'est pas des miens. »

(PERRON, *Femmes arabes.*)

— « On se marie pour la beauté, pour le rang, pour la richesse, »
» pour la piété. Choisissez la piété. »

(*Haddits de Bokhari.*)

— « Augmentez les mariages, afin de multiplier vos descen- »
» dants. »

(*Idem.*)

— « Les plus mauvais d'entre les défunts sont les célibataires. »

(*Idem.*)

Préjugés à détruire. — Des commentateurs ont soutenu qu'il y a dans le mariage deux contractants : le futur mari et le représentant de la femme (ouali) ; — deux choses : la femme et la dot. Cette opinion n'est pas soutenable en présence de ce seul fait : la femme, dans certains cas, choisit elle-même son représentant, lui donne ses pouvoirs en les limitant étroitement. Une chose confère-t-elle une procuration ?

On a dit aussi que le mariage est une vente ; la femme étant l'objet vendu, la dot étant le prix.

Cette erreur provient de ce que certains jurisconsultes ont assimilé le mariage à la *بيع — النكاح كبيع*

On aurait dû se demander ce que signifie le mot *beya'*.

On aurait reconnu que ce mot a deux acceptions : l'une très générale, l'autre très restreinte ; dans la première, il signifie « le contrat synallagmatique ; » dans l'autre « la vente » — la vente étant le type le plus parfait du contrat synallagmatique.

— « *Beya'* est un contrat synallagmatique ; il ne se forme qu'entre »
» deux personnes par une réponse conforme à une demande, et il »
» ne se réalise que par le lien de la réciprocité. »

(DERDIRI, commentateur de Sidi-Khalil.)

— « *Beya'* est un mot qui implique l'idée de retour. »

(MOHAMMED KHARCHI.)

— « *Beya'* est un contrat de réciprocité dont l'objet est autre qu'un simple usage ou la jouissance d'un plaisir ; le louage d'industrie, le louage des choses et le mariage sont distincts de ce contrat. »

(IBN ARFA.)

— « *Beya'* est le troc d'un bien déterminé contre un bien déterminé, à titre d'aliénation et d'acquisition. »

(JORJANI, *Kitab Et-Tarifat.*)

— La vérité est donc que le mariage est un contrat synallagmatique.

2. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES. — Le mariage musulman diffère essentiellement du mariage français.

A. La société n'intervient pas. — Pas d'officier de l'état civil. Le cadi n'agit que comme notaire; il dresse l'acte qui renferme les conventions des parties; son ministère est facultatif. La Société se désintéresse entièrement d'un contrat purement consensuel qui tire toute sa force juridique de l'accomplissement des formalités réglées par la loi.

B. L'Église n'intervient pas. — L'usage qui consiste, à Alger, à se rendre à la mosquée, n'a aucun caractère obligatoire; c'est une simple imitation de ce qui se pratique chez nous (*quod abundat non vitiat.*)

C. C'est un contrat civil comme les autres. — Il se noue et se dénoue par le consentement. Ainsi le droit musulman, qui subit à un degré éminent l'influence religieuse, a reculé devant la notion du mariage indissoluble. Unir deux êtres humains en vertu de leur consentement librement exprimé, et leur refuser le droit de rompre ce pacte, a paru à un législateur qui pourtant se disait inspiré par Dieu, un attentat à la liberté humaine et une violation des principes les plus élémentaires.

D. La femme a une position égale à celle du mari.

— Elle ne perd pas son nom; elle n'y ajoute même pas celui de son mari.

— Elle conserve son individualité. Elle, que la loi considère comme l'inférieure de l'homme, physiquement, moralement, intellectuellement, elle naît *filie d'un tel*; elle garde cette qualité jusqu'à la mort. C'est là un bel exemple du respect que l'on doit à l'autonomie de la personne humaine.

— Elle administre ses biens, qui demeurent distincts de ceux de son mari.

— Elle n'a besoin, en thèse générale, d'aucune autorisation maritale pour en disposer, surtout à titre onéreux.

— Elle plaide sans autorisation maritale ou judiciaire.

— L'égalité est dans la loi, l'inégalité n'est que dans les mœurs; pour relever la femme, il suffit de lui enseigner quels sont ses droits, de l'instruire. Déjà elle commence à soupçonner que sa dot lui appartient en propre; que, si elle n'en dispose pas tant qu'elle n'a pas acquis sa capacité contractuelle, son tuteur, simple dépositaire, en est comptable. Quand elle aura la claire notion de cette

vérité légale, elle secouera le joug de sa famille ; elle résistera aux suggestions hypocrites d'un père prompt à exagérer les défauts de son gendre, dans l'espoir de lui susciter des successeurs et de toucher plusieurs dots successives. Elle sera moins ardente au changement ; elle voudra mourir dans le lit où elle se sera donnée ; elle sera plus patiente, plus docile, plus dévouée à ses devoirs.

Le mari, amené à respecter la compagne de sa vie, hésitera à lui imposer des rivales ; il redoutera moins de la voir rechercher, après lui, de nouvelles amours ; il se souviendra que sa veuve peut, à défaut d'autre tutelle, exercer la tutelle testamentaire sur ses enfants ; il habituera ceux-ci à vénérer celle qui les aura élevés, qui aura conservé vivant dans son cœur le souvenir de leur père ; or, qui a vénéré sa mère ne devient guère un mari brutal.

De cette façon, dans un avenir prochain, l'autonomie de la personne humaine ne sera plus l'apanage exclusif de l'homme. La femme aura de plus en plus conscience de sa dignité, elle voudra ressembler à l'épouse française, à la mère française, car le bien a sa contagion comme le mal. Le divorce, nécessaire à la condition de n'en pas abuser, sera la ressource suprême des unions mal assorties ; la polygamie, battue en brèche de toutes parts, tombera en discrédit ; la famille sera moralisée. Vienne alors, en temps utile, pour la femme l'instruction obligatoire — facultative ou simplement prématurée, elle ne produirait que des déclassées — la fusion des deux races sera assurée. La France aura légitimé sa conquête de l'Algérie.

E. Consentement. — Le père le donne *seul*, ou bien les enfants le donnent *seuls*, dans un grand nombre de cas. Aussi le fou peut-il être marié, ce qui n'a pas lieu en droit français, où le consentement doit toujours être fourni directement par les contractants.

F. Le mariage est obligatoire pour l'homme aisé et esclave de ses passions ; *il est louable* pour l'homme aisé mais dont les passions ne sont pas vives. Rien de semblable chez nous, la morale, la religion et le droit ayant des domaines distincts.

G. Les charges du ménage sont supportées par le mari *seul* ; si la femme y contribue, c'est dans le cas où le mari tombe dans la misère ; mais s'il se relève, sa femme a une action contre lui en

remboursement des sommes *avancées*. Cette conception diffère absolument de la nôtre et lui est inférieure à tous égards. Elle détruit presque absolument le caractère synallagmatique du mariage. Alors même que les époux français choisissent le régime de la séparation de biens, et malgré la latitude que leur laisse l'article 1537 du Code civil, la femme doit toujours contribuer aux charges du mariage dans une proportion quelconque (1).

H. Le mariage peut être imposé, dans certains cas, par le père ou son délégué, sans même que l'enfant soit consulté. Dans notre droit, rien de semblable n'est possible. Si le père ou ses représentants ont la faculté de s'opposer au mariage de l'enfant, celui-ci ne peut jamais être violenté dans ses inclinations.

I. Le mariage peut être conclu pendant l'impuberté des contractants, sauf à en différer la consommation jusqu'à leur puberté.

Chez nous la capacité contractuelle et l'aptitude physique sont deux faits contemporains.

3. DÉFINITION. — « Le mariage est un contrat qui a pour but unique de se procurer, après intervention de témoins, une jouissance physique avec une Adamite, sans que l'homme ait à payer le prix de cette dernière. Il faut au moins que les contractants ignorent les prohibitions édictées soit par le Coran, d'après l'opinion la plus généralement adoptée, soit par les Docteurs des quatre Écoles, d'après une autre opinion. »

(IBN ARFA.)

« Le mariage est le contrat par lequel on acquiert l'appareil générateur d'une femme, dans l'intention d'en jouir. Il faut se garder de confondre cette acquisition avec la propriété que l'on acquiert par la vente ou par les contrats similaires, car, par ces derniers, on se propose de devenir propriétaire de toute la personne d'une femme; tandis que, dans le mariage, la jouissance physique est le but déterminant du contrat. »

(JORJANI.)

La Hédaya ne s'exprime pas autrement : « *Nikah*, dans son sens

(1) Nous n'aurons à noter qu'une timide exception à cette théorie du droit musulman. (Conf. *Entretien de la femme mariée.*)

» premier, signifie conjonction charnelle. En langage juridique, il s'applique à un contrat spécial qui a pour but de donner à la génération un caractère légal. »

Enfin Tornaw dit à son tour : « Le mariage est un contrat intervenu entre deux personnes de sexe différent, et qui a pour but la cohabitation conjugale. »

Abou Hanifa seul, s'il faut en croire Sicé, a un peu relevé la définition du mariage : « C'est l'union que l'on contracte, de son propre gré, avec une femme, en s'engageant à la nourrir et à la vêtir. »

Les précédentes sont remarquables par leur brutalité. Le mariage musulman ne se distingue de l'accouplement des animaux que par la nécessité d'une constitution de dot, par l'intervention obligatoire d'un certain nombre de témoins, et par la liberté raisonnée du choix substituée à l'entraînement de l'instinct.

Les jurisconsultes musulmans s'occupent, d'ailleurs, bien plus de montrer en quoi le mariage diffère des autres contrats que de le définir scientifiquement. C'est là leur procédé ordinaire, nous le constaterons souvent. Ils ont, en outre, le tort de ne se placer qu'au point de vue de la situation que le mariage fait au mari, et de garder le silence sur les devoirs qui naissent de l'union conjugale.

Reprenons la définition d'Ibn Arfa, afin d'en dissiper les obscurités.

Une jouissance physique (mot à mot : *la jouissance d'un plaisir* (مُسْتَعْتَابُ التَّلَذُّذِ)). Il importe de corriger l'indécence de cette idée. Le Coran fournit, heureusement, des éléments d'atténuation. La jouissance physique n'est qu'une cause ; l'effet désirable, c'est la perpétuité de la race musulmane : « Vos femmes sont votre champ ; allez à votre champ comme vous voudrez. » (II, 223). Or, un champ doit produire, sans quoi il n'y aurait aucune raison d'y aller. — « Vos femmes sont votre vêtement (لباس), vous êtes le leur » (II, 183), c'est-à-dire vous devez vous rendre des services mutuels. — « Voyez vos femmes dans le désir d'observer ce que Dieu vous a prescrit. » (II, 183.) (1).

(1) « Les femmes (le texte porte الأَرْضَ حَامٍ) sont nos terres labourables ; à nous l'acte d'y semer ; à Dieu celui d'y faire germer. » (Cité par Mohammed Kharchi

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de citer un passage du célèbre discours du Djebel Arafat, où le prophète, s'inspirant d'idées plus nobles, donne au mariage un caractère beaucoup plus élevé.

Ibn Arfa indique par ces mots « jouissance physique » le but spécial du mariage ; car une femme peut être employée à un usage différent : c'est ainsi qu'elle peut être vendue, achetée, si elle est esclave ; il est loisible à une femme libre de louer son industrie ; c'est également à ces situations juridiques que Jorjani fait allusion dans sa définition.

Une Adamite, une fille d'Adam ; l'auteur évite de se servir du mot « femme » de peur qu'on ne l'entende dans le sens de « femme musulmane. » En effet, il est permis à un musulman d'épouser une juive ou une chrétienne, une esclave. Mais l'expression « une Adamite » est trop large, car il est interdit au fidèle de contracter mariage avec une idolâtre. Il est à remarquer d'ailleurs que ce mot est très souvent employé comme synonyme de *femme*.

Le prix de la femme. — Donc, comme nous l'avons déjà observé, le mariage n'est pas une vente.

Les contractants. — Le texte porte « le contractant » (عَافِد), mais cette expression, familière aux jurisconsultes arabes, comprend évidemment le mari et la femme représentée par son ouali. C'est ainsi que Mohammed Kharchi (chapitre de la vente), dit : « Sachez que les conditions essentielles pour la validité de la vente » sont : ; 2° le contractant, c'est-à-dire le vendeur et l'acheteur. »

Ignorent..... au moins. — Le mariage contracté au mépris des prohibitions de la loi est nul. Mais si, de bonne foi, les époux ont violé ces prohibitions, le mariage produit certains effets juridiques.

L'opinion la plus généralement admise (مُشْهُور), c'est celle qui compte le plus d'adhérents parmi les jurisconsultes ; c'est aussi celle, par conséquent, à laquelle un mufti doit se conformer lorsqu'il délivre une consultation.

Soit par les Docteurs des quatre Écoles. — Il s'agit ici des quatre Écoles seules tenues pour orthodoxes. L'accord des quatre Écoles sur un point de doctrine se dit اِجْمَاعٌ. Nous reviendrons sur cette

expression lorsque nous traiterons l'importante question de l'interprétation législative, doctrinale et judiciaire.

4. COMBIEN Y A-T-IL D'ESPÈCES DE MARIAGES. — Le Droit musulman reconnaît trois espèces de mariages :

1° *Le mariage durable* (نِكَاح الدَّيْمِ);

2° *Le mariage secret* (نِكَاح السِّرِّ), ainsi défini par Jorjani : « C'est celui qui n'est pas notoire (بِلا تَشْهِيرِ) ; »

3° *Le mariage temporaire* (نِكَاح الْمُتَعَتِّ), ainsi défini par le même auteur. C'est celui où l'homme dit à la femme : « Prends ces » dix dinars pour que je jouisse de toi pour un laps de temps déterminé (مُدَّة مَعْلُومَةٌ) et que celle-ci accepte. » Ibn Abd El Bar ajoute que « sa propriété est de se contracter sans ouali, sans témoin, sans dot, » ce qui entraîne sa nullité, d'après Ibnou Rouchd, le mariage ne valant que par la dot, les témoins et le ouali.

On pourrait encore mentionner :

1° *Le mariage compensatoire* (1) (نِكَاح السِّغَارِ). C'est celui qui est contracté en compensation d'un autre mariage (بِالْبَضْعِ بِالْبَضْعِ), l'acquisition du champ génital d'une femme servant d'équivalent à l'acquisition du champ génital d'une autre femme (بِالْفَرْجِ بِالْفَرْجِ), *pu'denda pro pu'dendis*), sans qu'aucune dot soit stipulée ni de part ni d'autre ; d'où un préjudice pour les deux femmes. Cette variété du mariage durable a été formellement prohibée par le Prophète, ainsi que le rapportent les *Deux Authentiques* (2), en raison

(1) Cette traduction est loin d'être littérale. Mais le verbe شَغَرَ est intraduisible. La langue arabe brave l'honnêteté encore plus que la langue latine.

(2) Bokhari et Moslem, ainsi surnommés parce qu'ils n'ont collectionné que des *Hadits* absolument authentiques. (Conf. *Ibn Khaldoun*, Prolégomènes, I. 18. II. 470. 477.)

même du grave dommage qui en résulte pour les deux épouses, et de l'atteinte portée au principe qui frappe de nullité tout mariage dépourvu de dot.

Le *chirar* se divise en trois catégories : 1° Le *chirar pur* (صُرِيح); il consiste en ce qu'un homme épouse la fille d'un individu, à la condition que ce dernier épousera la fille du premier, sans qu'il y ait de dot stipulée, ni d'une part ni de l'autre ; — 2° Le *chirar déguisé* (وَجْهَ الشِّغَارِ), dont voici la formule : « Donne-moi ta fille » en mariage pour cinquante, à la condition que tu épouseras » ma fille pour cinquante. » Les deux dots se compensant, les deux femmes sont également frustrées ; — 3° Le *chirar mixte* (مُرْتَبَّ مَنَّهُمَا) : « Donne-moi ta fille en mariage pour cinquante, » dit le premier contractant, à condition que tu épouseras ma fille » pour rien. » L'une des deux femmes est frustrée.

Ces trois variétés du *chirar* n'ont pas, toutefois, le même sort, ainsi que nous le verrons lorsque nous nous occuperons des nullités du mariage.

2° Le *mariage fiduciaire* (نِكَاحَ التَّقْوِيصِ). On appelle ainsi celui qui est contracté sans qu'il soit fait mention expresse de la dot, celle-ci devant être déterminée ultérieurement ; ce qui peut avoir lieu de deux façons différentes. Tantôt on se sert d'une formule explicite : « Je te donne en mariage, *par tefouïd'*, la femme » dont je suis le ouali. » Tantôt le ouali s'exprime ainsi : « Je te » donne en mariage la femme dont je suis le ouali. » Et dans les deux cas, le mari accepte l'offre ainsi formulée. Dans le premier cas, il est fait implicitement mention de la dot, mais elle n'est pas déterminée. Dans le second cas, la dot n'est même pas mentionnée ; mais la constitution de dot étant une condition essentielle de la validité du mariage, les parties contractantes sont censées, en vertu d'une présomption légale, avoir adopté la combinaison du *tefouïd'*.

Rien ne s'oppose, bien entendu, à ce que la proposition émane du mari, et que le représentant de la femme l'accepte.

3° Le *mariage arbitral* (نِكَاحَ التَّحْكِيمِ). La conception est la même ; mais, au lieu de se réserver la fixation de la dot, les contractants déclarent s'en rapporter à l'arbitrage d'un tiers, lequel sera chargé de la déterminer ultérieurement.

Le mariage secret, le mariage temporaire n'étant pas admis par les écoles orthodoxes, et le mariage compensatoire, réprouvé par les Malékites, étant simplement toléré par les Hanéfites, nous nous abstiendrons de les étudier en détail.

5. CARACTÈRES DU MARIAGE. — La chasteté est une vertu pour le fidèle : « Heureux ceux qui sont les gardiens de leurs sens, satisfaits avec leurs épouses, ou avec les femmes conquises par leur main droite ; ces derniers ne sont pas répréhensibles. » (Coran XXIII, 5, 6.) Quand un individu est incapable de résister à ses passions, lorsqu'il craint de se laisser entraîner au libertinage, à l'adultère (زنا المَحْصَنَةِ) ou aux relations illicites avec une femme non mariée (زنا غير المَحْصَنَةِ), le mariage est obligatoire (رَجْبٌ) pour lui, pourvu qu'il soit en état de payer une dot et d'entretenir une femme. Faute de pouvoir remplir ces obligations, il est autorisé à prendre une concubine.

Pour l'homme chaste qui désire fonder une famille, et qui a des ressources suffisantes, le mariage est méritoire (مَنْدُوبٌ).

Celui qui n'a pas de vocation religieuse et que la vie conjugale ne détournerait pas de devoirs supérieurs, peut se marier sans encourir de blâme ; le mariage est simplement permis (جَائِزٌ) adia phorique.

Le fidèle qui se reconnaît une vocation religieuse, et qui abandonne le culte exclusif de Dieu pour s'attacher à une créature humaine, ne commet pas une faute ; se marier est pour lui un acte que la loi considère comme contraire à ses véritables intérêts ; aussi bien qu'elle le tolère, elle le voit de mauvais œil ; il est dit مَكْرُوهٌ.

Le mariage est prohibé lorsqu'il est conclu en contravention des lois civiles et religieuses ; il constitue un acte dit حَرَامٌ.

(1) Il est même permis d'affirmer que l'état de mariage est toujours supérieur à tous les autres. Ainsi, dans les *Séances de Hariri*, Harath énumère à un jeune homme les grâces de la virginité et de la *tseïb* ; comme ce dernier demeure célibataire, Harath lui dit : « لَا زُهْبَانِيَّةَ بِعِ الْإِسْلَامِ » ce qui signifie à la fois : « Pas de célibat dans l'islamisme » et « Pas de vie monastique dans l'islam. »

6. CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MARIAGE. — Les auteurs musulmans ne semblent pas être d'accord dans leur énumération des conditions exigées pour la validité du mariage. Les uns, comme Ibnou Abi Zeïd, auteur de la *Riçala*, se contentent d'indiquer les principales : « Pas de mariage sans un ouali, sans une dot, sans l'assistance de deux témoins irréprochables. » — Les autres, comme Sidi Khalil et ses commentateurs Mohammed Karchi et Abd-El-Baki, posent en principe que les éléments constitutifs du mariage sont : le ouali, la dot, le sujet du contrat (مُحَلِّ), c'est-à-dire l'homme et la femme exempts de tout empêchement légal (تَحْرِيم), et enfin la formule d'engagement (صِيغَة). D'où il semblerait résulter que la présence des témoins est d'une importance secondaire ; mais Sidi Khalil a dit précédemment : « Deux témoins, sans compter le ouali, doivent être présents au contrat. » — Dirdiri, à son tour, et son commentateur Dsouki, ne mentionnent que le ouali, le sujet du contrat et la dot.

Malgré ces divergences apparentes, il est certain que, pour les uriconsultes arabes, les conditions de la validité du mariage sont :

- 1° L'articulation d'une formule d'engagement (صِيغَة) ;
- 2° L'assistance d'un ouali (وَالِي) ;
- 3° La présence de deux témoins (شَاهِد) ;
- 4° La constitution de la dot (صَدَاق) ;
- 5° L'absence de tout empêchement (عَدَمُ التَّحْرِيم).

On s'étonnera peut-être de ne pas voir figurer dans cette nomenclature la nécessité d'un consentement (رِضَاء) valablement exprimé ; mais, d'une part, le mariage étant un contrat synallagmatique, c'est au chapitre de la beya que les auteurs ont rejeté la théorie du consentement. D'autre part, il est évident que la formule d'engagement, pour avoir une valeur juridique, doit être articulée par des

contractants pourvus de capacité légale, et que leur consentement doit être exempt d'erreur, de dol et de violence. Il nous est donc permis de donner à notre sujet toute son ampleur légitime, sans encourir le reproche de le dénaturer.

SECTION I

Première condition. — LA FORMULE

7. Il ne s'agit pas ici des pourparlers qui s'engagent entre deux familles qui préparent une alliance entre elles. La demande en mariage (خُطْبَة) n'a aucun caractère juridique; elle n'est soumise qu'à des conditions de convenance, elle doit être faite devant peu de personnes (تَفْلِيْهَا) afin de ménager toutes les susceptibilités; elle ne produit que des effets civils peu nombreux. — Tout au contraire, la formule d'où résulte le *vinculum juris* est d'une haute importance; pour les jurisconsultes musulmans, elle a un rôle prépondérant dans le mariage. Derdiri le déclare nettement, la constitution de dot elle-même n'a qu'une influence secondaire sur la validité du contrat, puisque les époux ont la faculté de convenir qu'ils détermineront ultérieurement la quotité de la dot. Quant au ouali, les Hanéfites n'en font pas un intermédiaire obligé de l'échange des consentements. Pour les témoins, il est vrai que le vice résultant de leur absence ne peut pas être couvert; cependant, nous le verrons, la pratique tempère dans une notable mesure la rigueur de ce principe. Mais la formule d'engagement est toujours indispensable, quelle que soit l'École sounnite à laquelle on appartienne; elle est la condition par excellence de la validité du contrat.

Au surplus, le mot que nous traduisons par « formule » a dans la langue arabe une singulière énergie. Il signifie l'action de *mouler*; de là les sens dérivés de *orfèvre* (صَانِع), l'homme qui donne aux métaux précieux une forme stable; de *monnayeur*, qui frappe les espèces d'or et d'argent; de *chemise*, le vêtement qui suit les contours du corps. — Le futur époux et le ouali jettent donc, pour ainsi dire, l'union projetée dans un moule afin de lui donner sa forme définitive; comme le dit Mohammed Khar-

chi : « La formule émane (الصَّادِرَةُ) du ouali et du mari ou de
» leurs mandataires, elle indique (الدَّالَّة) la conclusion du ma-
» riage. » Et Ibn El-Hadjib : « Cette expression indique l'action
» d'attribuer une existence durable au mariage. »

Comme pour tous les contrats, la formule d'engagement se tra-
duit par une demande (اِيْجَاب) et par une réponse conforme, une
acceptation (فَبُول).

La demande et l'acceptation ne sont soumises à aucune forme
sacramentelle. Il suffit qu'il n'y ait pas d'ambiguïté. Il s'agit, en
effet, de détruire la présomption légale en vertu de laquelle toute
personne est présumée indépendante de toute autre personne ;
d'où la nécessité de manifester clairement l'intention (فَضْد) où l'on
est de nouer les liens du mariage entre soi et une personne de
sexe différent.

Aussi doit-on employer l'impératif ou le prétérit pour la demande,
le prétérit pour l'acceptation. En effet, le prétérit indique une action
dont l'accomplissement est à ce point certain qu'on peut la consi-
dérer comme déjà accomplie au moment où l'on parle. L'aoriste
au contraire exprime une action qui, bien que commencée dans
le présent, n'est pas encore achevée, qui dure dans le moment
actuel, et qui se continuera. De là le mélange de présent et du futur,
et ce mélange serait une cause d'ambiguïté.

D'autre part, la formule doit naturellement révéler l'intention,
de la part de la femme ou de ses représentants, de contracter une
union durable (عَلَى التَّايِيدِ), de la part de l'homme ou de ses repré-
sentants de prendre possession de la femme pour en user sa vie
durant ; en effet, bien que la loi musulmane admette le divorce, le
mariage, au moment où il est conclu, doit avoir le caractère de
l'indissolubilité.

Ainsi, le père de la femme dira : « Je vous *ai donné* en mariage
» une telle. » Le mari répondra : « Je *l'ai acceptée*. » Ou bien, l'hom-
me, prenant l'initiative — car l'ordre dans lequel la demande et l'ac-
ceptation sont faites n'a rien d'obligatoire, dira : « Donnez-moi une
telle en mariage », à quoi on répondra : « J'y ai consenti. »

Le sourd (أَطْرُوش), le muet (أَخْرَس), exprimeront leur consente-

ment par un signe (إشارة) qui ne laissera aucun doute sur leur ferme volonté de contracter mariage.

Quant au sourd-muet qui est en même temps aveugle (أعمى), les auteurs lui refusent toute capacité contractuelle, et par conséquent le droit de se marier, à cause, disent-ils, de l'impossibilité où il est de marquer son consentement.

Il est indispensable de se servir de la langue arabe, à moins d'empêchement absolu, lorsque, par exemple, un musulman épouse une chrétienne ou une juive.

Par dérogation à ces principes, la vierge ne manifeste son consentement que par le silence, son sexe lui imposant, en matière de mariage, une sévère modestie (وَرَضَى الْبِكْرِيَّةَ).

L'action de rire (ضحك) (1), celle de pleurer (بكاء), sont tenues pour les équivalents du silence. Il convient d'avertir la jeune fille de la signification qui est attachée à son silence, à son rire, à ses larmes, d'autant plus qu'elle ne serait pas admise à exciper de son ignorance (جهل) à cet égard.

Cette constatation est d'une grande importance. En effet, lorsque la vierge est affranchie de la contrainte matrimoniale, elle a le droit de manifester sa répugnance (كراهية) par une pantomime

(1) ضحك marque le rire modeste qui épanouit le visage et laisse à découvert

les petites molaires (d'où ces dents sont dites ضاحكة), et les dents de devant

(مضحك); il s'y mêle une pointe d'ironie. Il est opposé à (بكي), en ce sens que les larmes contractent les traits du visage, d'où l'impossibilité de voir les dents. Le Coran (XI, 74) fournit un exemple remarquable à l'appui de ce commentaire philologique. Lorsque les envoyés de Dieu se présentent chez Abraham et annoncent à sa femme qu'elle enfantera encore, celle-ci se met à rire (فضحكت); ce rire était modeste comme il convient à une femme honnête:

mais il s'y mêlait un peu d'incrédulité, et par conséquent d'ironie: « Moi, s'écrie Sarah, moi, enfanter ! lorsque je suis une vieille femme et mon mari un vieillard. Certes, c'est une chose étrange ! » — Il y a là, de plus, un jeu de mots intraduisible : ضحك signifie sourire et avoir ses infirmités mensuelles, ces dernières étant considérées comme le sourire de la nature, par opposition à l'état de la vieille femme stérile et morose.

expressive; ainsi, elle se lève (فَامَتْ), elle voile son visage (غَطَّتْ وَجْهَهَا), et, sur ces signes convenus de désapprobation, il est interdit de passer outre à un mariage que la loi frapperait de nullité.

Quant à la femme qui a perdu sa virginité, veuve ou épouse divorcée, elle doit manifester clairement (تُعَرِّبُ) son consente-

ment (1); l'articulation d'une formule d'acquiescement (نُطْفِئُ) (2) est indispensable. En ce qui la touche, il n'y a pas à ménager sa pudeur comme on respecte celle de la vierge; elle sait quel est le but du mariage; elle peut sans inconvénient marquer le désir qu'elle éprouve de contracter un nouveau mariage, et accuser sa satisfaction de l'union qu'on lui propose. De même aussi, elle doit refuser par un procédé identique le prétendant qui ne lui plaît pas.

Toutefois, le principe en vertu duquel la vierge donne son consentement par le silence, le rire ou les larmes, souffre d'assez nombreuses exceptions que l'on peut ramener à sept :

1° *La vierge nubile et émancipée* (البِكْرُ الْبَالِغَةُ الْمُرَشَّدَةُ). Le père est investi, à un degré éminent du droit de contrainte : il peut, non

(1) Le verbe عَرَّبَ est employé ici avec une stricte convenance. Il signifie proprement *parler purement la langue arabe*. La vierge exprime ses sentiments intimes au moyen d'une pantomime pudique; ce langage est admis par exception au principe qui exige que la demande et l'acceptation se fassent en langue arabe; il est donc, par rapport à cette dernière, une sorte d'idiôme barbare; la femme qui n'est plus vierge doit rentrer dans la règle; elle doit s'exprimer clairement en arabe. Supposons qu'une femme française réponde par signes à une question qui lui serait faite; nous dirions de même : « Voyons, je ne comprends rien à toutes vos manigances; en bon français, voulez-vous faire telle chose ? » عَرَّبَ comporte aussi l'idée de joie exubérante, et ici encore, il est en opposition logique avec ضَحِكَ; la vierge ignore les obligations du mariage, sa satisfaction est tempérée; la femme n'a plus cette chaste ignorance; il lui est permis de témoigner sa joie avec plus de vivacité. Cette explication est confirmée par ce fait que la femme qui montre une gaieté excessive est dite عَرُوبِيَّة; c'est la femme légère, coquette, lascive.

(2) نُطْفِئُ parler une langue, articuler des mots qui ont une signification précise; de là, المنطوق la logique (conf. Jorjani pour la définition).

seulement marier sa fille suivant son gré, pourvu qu'il n'en résulte aucun préjudice pour elle, mais encore s'abstenir de la consulter. Toutefois, — et la loi est favorable à cette concession — il a la faculté de solliciter son approbation, sauf à passer outre si elle la refuse; cette demande d'approbation s'appelle **الإستئثار**. Il lui est même loisible de témoigner une bienveillance plus grande à son enfant, en lui conférant, avant la consommation du mariage, qui seule l'affranchit de la contrainte matrimoniale, une sorte de majorité relative. Dès ce moment, bien qu'elle demeure mineure quant à la disposition de ses biens, elle ne peut plus être mariée que de son consentement formellement exprimé; la demande de son consentement à laquelle le père est alors astreint s'appelle **الإستئذان**. Cette majorité relative porte le même nom (**تَرْشِيد**) que la majorité proprement dite. Nous l'appellerons émancipation, pour la distinguer de cette dernière. On suppose que la femme ainsi émancipée a la notion de ce qui lui convient, matrimonialement parlant (**أَنَّهَا عَارِفَةٌ بِمَصَالِحِ نَفْسِهَا**), qu'elle sait ce que l'on veut d'elle (**مَا يُرَادُ مِنْهَا**). Il importe peu d'ailleurs qu'elle possède ou non une capacité intellectuelle complète (**وَلَوْ لَمْ يُعْرِفْ رُشْدَهَا**): il ne s'agit pas, en effet, pour elle d'administrer ses biens; elle n'acquiert que le droit de ne pas être mariée sans son consentement, et celui-ci doit être exprimé *par paroles*, sous peine de nullité.

Je dois ajouter que tous les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étendue de cette émancipation. Dzouki, par exemple, s'exprime ainsi: « Il s'agit ici de la vierge que son père a émancipée en levant l'interdiction qui pèse sur elle au point de vue de l'administration de ses biens (**بِإِنِّ أَطْلَفَ الْحَجْرَ عَنْهَا لِتَصْرِيحِ الْمَالِ**). » Mais c'est là une de ces opinions qui ne méritent aucune confiance (1). En effet, la majorité complète, pour les femmes, ne se conquiert jamais que par la consommation *effective* du mariage

(1) Lorsqu'un commentateur enregistre une opinion de ce genre, il se sert invariablement du mot significatif **فيل** il a été dit que....., on a été jusqu'à soutenir que.....

(دُخُولَ بِالْقَبْلِ) suivie d'une déclaration faite par deux témoins lesquels affirment que une telle est capable de conserver ses biens (بِحَقِّظِهَا مَالِهَا). C'est donc exceptionnellement, et au point de vue exclusif du consentement à donner au mariage, qu'une femme peut être émancipée. D'autre part, si l'on admettait la théorie de Dsouki que deviendrait la règle formulée par la grande majorité des jurisconsultes ? Ceux-ci, en effet, sont d'accord pour autoriser l'émancipation alors même que la femme n'a pas atteint tout son développement intellectuel, condition essentielle pour qu'elle soit déclarée majeure ;

2° Celle à laquelle son ouali refuse injustement le mariage (الَّتِي عَضَلَهَا وَلِيِّهَا). Condamnée contre son gré à un célibat qui lui pèse, par suite d'un abus négatif du droit de contrainte, elle saisit le Cadi de ses griefs. Celui-ci, s'il les juge fondés, ordonne directement le mariage. La femme, assimilée dès lors à une orpheline, doit exprimer verbalement son consentement à l'union qu'on lui propose. Mais, si le magistrat se borne à enjoindre au père de donner satisfaction au désir légitime de sa fille, et si celui-ci obéit à l'injonction, elle retombe sous le joug, elle redevient contraignable, et n'a plus de consentement à exprimer ; que son père la consulte, sans y être tenu d'ailleurs, elle manifeste son consentement par le silence, en sa qualité de vierge.

Mohammed Kharchi attribue cette argumentation à Mouak ;

3° Celle qui est mariée moyennant une dot consistant en choses mobilières autres que des espèces monnayées (بِعَرْضٍ) (1). Accepter

(1) On traduit généralement عَرْضٌ par *marchandise*, ce qui est inexact. عَرْضٌ est tout bien meuble autre que des espèces d'or ou d'argent Il ne faut pas s'étonner de voir à un mot une signification aussi complexe. Rien de plus simple au fond. Une des principales divisions des biens est celle qui consiste à les distinguer en *biens extérieurs ou apparents* (أَمْوَالٌ ظَاهِرَةٌ) et en *biens intérieurs ou non apparents* (أَمْوَالٌ بَاطِنَةٌ). — Les premiers sont ceux qui ne peuvent pas se dissimuler aux regards ou que l'on n'a pas l'habitude de celer, comme les produits agricoles, les troupeaux, les immeubles. Les seconds, au contraire, en raison de la convoitise particulière qu'ils excitent, ou de la facilité qu'il y a à les

pour dot, en tout ou en partie, des choses autres que des espèces d'or ou d'argent, c'est, disent les auteurs, se constituer vendeur et acheteur. Or, d'une part, la vente ne peut être consentie que par la parole, par un signe (إشارة) lorsque l'un des contractants est muet, ou par un acte (فعل) qui ne laisse subsister aucun doute sur l'intention respective des parties (1). Jamais le silence n'a la vertu de remplacer ces diverses manifestations de la volonté.

D'autre part, le père et son continuateur, le tuteur testamentaire, seuls ont le droit d'établir une équivalence (العوض) entre le champ génital (البضع) de la femme et sa dot, quand la femme n'a pas la capacité nécessaire pour l'établir elle-même, ce droit étant inhérent à sa personne (هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِهَا) (2).

Si donc, ce qu'il faut supposer ici, le ouali est tout autre que le père ou le tuteur testamentaire, pour que la constitution de dot soit valable, aussi bien que le mariage qui en est la suite, il faut que la femme exerce ce droit par elle-même; et pour cela, la vente ne

cache, comme le numéraire, échappent généralement aux regards. Le verbe عَرَضَ éveillant l'idée de *se présenter, tomber sous les sens, affronter*, exclut donc logiquement celle de *cache, dissimuler*; de là, l'exclusion du numéraire. D'autre part, ce même mot indiquant un mouvement, un déplacement (عَرَضٌ signifie aussi *réputation, ce qui précède l'homme, ce qui marche devant lui*) ne saurait s'appliquer aux immeubles. D'où le sens, absolument rationnel et très précis de *meuble autre que le numéraire*.

(1) Nous verrons, lorsque nous étudierons les contrats synallagmatiques ordinaires (البيوع), que le consentement s'exprime de six façons différentes; soit par un dire de chacun des deux contractants, — soit par un acte de chacun d'eux, soit par un dire de l'un et par un acte de l'autre, soit par un signe de chacun d'eux, — soit par un signe de l'un et par un dire de l'autre, — soit par un signe de l'un et par un acte de l'autre. — La tradition (دَالٌ) est un acte (فَعْلٌ).

(2) (مُتَعَدِّ) d'après une correction marginale de l'exemplaire d'Abd-El-Baki dont je me suis servi, — ce qui ne modifierait pas le sens. Il faudrait traduire: « Car agir ainsi constituerait un excès de pouvoir de la part du ouali. » Au surplus cette correction est maladroite, car on a laissé subsister dans le texte la préposition بَ alors que مُتَعَدِّ demanderait la préposition عَلَى.

se concluant pas par le silence, elle doit manifester son consentement par la parole, bien qu'elle soit vierge. En effet, pour assurer la validité du contrat, la loi confère à cette vierge une sorte d'émancipation dont elle épuise tous les effets juridiques en consentant verbalement, et non plus tacitement, au mariage.

Enfin, en thèse générale, le silence est considéré, matrimonialement parlant, comme une manifestation suffisante du consentement de la vierge, car la dot et le champ génital ne sont pas des équivalents *sensu stricto*: dès qu'il s'agit de deux équivalents réels (العوضين الحقيقتين), ce qui se produit dans tous les contrats synallagmatiques autres que le mariage, le silence n'implique plus un consentement suffisant.

Il est difficile de justifier la théorie qui précède; la réfuter en détail serait oiseux, car le droit musulman s'écarte du nôtre, aussi bien par sa conception que par sa méthode d'argumentation. Comment admettre, par exemple, que le fait de constituer une dot en numéraire enlève au mariage toute analogie avec la vente, tandis que la constitution de dot en nature rétablit cette analogie à un degré éminent? Le contraire serait beaucoup plus juridique. Les termes mêmes dont se servent Abd El-Baki et Mohammed Kharchi établiraient plutôt que le fait de constituer à une femme une dot en nature, transforme le mariage en échange. En effet, ces deux auteurs s'expriment ainsi: « La femme est venderesse-acheteuse (بأباعة مُشْتَرِيَةٌ). » Or, si l'échange a une grande affinité avec la vente, elle se distingue de celle-ci en ce que la vente ne comporte qu'un vendeur et un acheteur, tandis que dans l'échange, chacun des contractants peut être considéré à la fois comme vendeur et comme acheteur. Il est d'ailleurs incontestable que dans la vente, le prix doit consister en numéraire: « *Et si quidam pecuniam dent ut rem accipiant, emptio et venditio est.* »

On conçoit avec peine, d'ailleurs, qu'il puisse exister une équivalence même apparente entre le champ génital d'une femme et la dot stipulée à son profit, celle-ci fût-elle en numéraire ou en nature. La dignité même du mariage s'y oppose.

On ne conçoit pas davantage que le ouali, mandataire matrimonial d'une femme, n'ait pas le même pouvoir que sa mandante. Pourquoi lui refuser le droit de stipuler une dot en nature? Ne serait-il pas plus rationnel d'exiger, dans les deux hypothèses,

le consentement verbal de la femme, ou de se contenter toujours de son silence ?

J'ajoute, pour ne rien omettre, que si l'usage du pays autorise les constitutions de dot en nature, le silence de la vierge est suffisant, car Abd El-Baki dit en propres termes que la femme doit exprimer son consentement par la parole, lorsque l'usage local n'admet pas les constitutions de ce genre (مَا لَمْ يَجْرِعْهُمُ). D'où cette conséquence que la loi a surtout en vue de ne pas permettre, sans le consentement de la partie intéressée, une dérogation aux usages locaux, de peur qu'il n'en résulte une déconsidération ou un préjudice pour la femme. Ce motif vaudrait mieux que les précédents pour expliquer l'exception dont nous nous occupons ; d'autant plus que le consentement verbal n'est requis que dans le cas où le ouali n'est ni le père, ni le tuteur testamentaire de la mariée. Ici encore, les expressions mêmes d'Abd El-Baki sont significatives : « Il s'agit, dit-il, du cas où l'on marie une vierge moyennant une dot en nature, et où elle n'a ni père, ni ouali qui prennent souci de ses intérêts (يَنْظُرُ و مَالِهَا). » Donc, le père (ou le tuteur testamentaire) est présumé à ce point soigneux du bien de sa fille, que, s'il accepte une dot en nature, il est à l'abri de toute critique malveillante. Le ouali autre que le père ou le tuteur testamentaire ne jouit pas de la même confiance, la présomption d'affection étant moindre en ce qui le concerne. Voilà la vérité.

4° *Celle qui est mariée à un esclave (بِرَقَبٍ)*. Les Musulmans se préoccupent beaucoup de l'égalité dans les mariages ; ils y voient avec raison une condition de dignité et de bonheur. Marier une fille libre à un esclave, c'est donc attenter gravement à son autonomie. Aussi son silence n'est-il pas suffisant pour impliquer un consentement qui doit être donné en pleine connaissance de cause. Il importe peu que le ouali soit ou non armé du droit de contrainte : le principe est absolu. Abd-El-Baki, très explicite sur ce point, ajoute que le consentement verbal est plus nécessaire encore lorsque le père a l'intention de marier sa fille avec l'un de ses propres esclaves. En effet, il s'agit, dans cette hypothèse, d'imposer à la jeune fille une double humiliation : elle sera la femme d'un esclave, et ce sera dans la maison paternelle qu'elle subira cette *capitis deminutio* ; elle sera condamnée à vivre au milieu des siens dans

un état d'infériorité. « Il en résulte pour elle, dit énergiquement » Sidi Khalil, un surcroît d'avanie (زِيَادَةُ الْمَعْرَةِ) auquel elle ne » serait pas en butte si elle épousait un esclave étranger. » Cette situation aura d'ailleurs pour elle les conséquences fâcheuses, le jour où son père mourra, ainsi que nous le verrons à propos du mariage des esclaves ;

5° Celle qui est mariée à un individu atteint d'un vice rédhibitoire (بِذِي عَيْبٍ). Notre droit n'admet les vices rédhibitoires, comme cause de rescision, que dans la vente et à l'égard des animaux domestiques (1). Le droit musulman, plus brutal, accorde à l'époux lésé par l'existence d'une vie de conformation ou d'une maladie grave chez son conjoint, le droit d'opter entre le maintien ou l'annulation du mariage.

Toutefois, si le vice rédhibitoire (عَيْبٍ) a été connu avant le mariage, si l'autre conjoint a consenti à s'unir avec une personne atteinte d'éléphantiasis (جُذَام), de lèpre (بُرْص), de folie (جَنُون), avec un castrat (خَصِيّ) le droit d'option ne peut plus être exercé, ou, pour mieux dire, il s'est exercé avant le mariage ; on conçoit qu'une pareille union ne saurait être imposée à une jeune fille ; le père, s'il prétendait le faire, serait valablement dénoncé au cadi et entravé dans ses projets par ce magistrat. Bien plus, la loi, défavorable en principe à un mariage aussi mal assorti, n'admet pas que le silence de la vierge soit considéré, en cette délicate matière, comme un consentement suffisant ;

6° Celle qui a été victime d'un excès de pouvoir de la part de son ouali (أَبْتَيْتٌ عَلَيْهَا). Il n'est pas question ici de la vierge soumise à la contrainte matrimoniale. En effet, celle-ci étant incapable de donner à un ouali le mandat de la marier, elle n'aura jamais l'occasion de se plaindre d'un excès de pouvoir, à moins — ce qui n'est pas l'hypothèse qui nous occupe — que son père outre passe ses droits, tels qu'ils sont définis par la loi (*conf. supra* 5°).

Il s'agit ici de la vierge non contraignable dont le mandataire légal (ouali), dépassant les pouvoirs qu'il tient de sa mandante, a commis un excès de pouvoir. La femme l'a, par exemple, chargé

(1) Loi du 20 mai 1838.

de la marier avec *Primus* ; il a contracté avec *Secundus*. Pour que le contrat soit valable, il est nécessaire que le ouali le fasse connaître à sa mandante, et que celle-ci le ratifie par la parole.

Encore faut-il la réunion de six circonstances pour que cette ratification soit efficace :

A. La ratification doit être aussi contemporaine que possible du contrat. Que, par exemple, le contrat ait été dressé à la mosquée, au prétoire du cadî, la nouvelle devra en être transmise immédiatement à la femme. « Une journée, dit Derdiri, est déjà un intervalle » considérable, et la ratification n'est plus valable. » Mais il ajoute : « Quelques auteurs décident que deux jours constituent une *proximité* » *mité* (الفُـرْبُ), et que trois jours constituent un *éloignement* » (البُعْد). » Derdiri, en relatant cette dernière opinion emploie le mot *فيل* (conf., page 24, note).

B. La ratification doit avoir lieu par la parole.

C. Elle doit être donnée sans être précédée d'un refus (بِلَا رَدِّ) de la femme. En effet, on redoute qu'en raison de la faiblesse de son sexe elle ne subisse des influences fâcheuses. A-t-elle refusé sa ratification, il lui est interdit de se déjuger.

D. La femme doit résider dans la ville où le contrat a été passé. Habitât-elle même une localité voisine, et s'arrangeât-on de façon à lui faire parvenir de suite la nouvelle qui l'intéresse, elle ne peut ratifier l'excès de pouvoir dont elle a été victime. On a craint évidemment d'ouvrir la porte à des discussions sur la proximité plus ou moins grande de la résidence de la femme.

E. Il ne faut pas que le ouali avoue, au moment du contrat, l'excès de pouvoir qu'il commet ; il faut au contraire qu'il le conteste en soutenant qu'il s'est renfermé dans les limites de son mandat, ou qu'il garde le silence. En effet, s'il avoue lui-même qu'il a trompé la confiance de la femme, celle-ci est impuissante à détruire les effets d'un pareil aveu.

F. L'excès de pouvoir ne doit pas avoir été commis au préjudice des deux époux en même temps. Si le représentant du mari a outrepassé ses instructions alors que le ouali de la femme a encouru le même reproche, rien ne peut couvrir la double nullité qui en résulte.

7° *L'orpheline* (يَتِيمَةٌ). Il s'agit de l'orpheline impubère qui se trouve dans le dénûment (المُحْتَاة) et dont on redoute la corruption (خِيَوْ فُسَادُهَا). Pour la sauver d'elle-même et des entreprises d'autrui, le cadî, protecteur-né des faibles, la marie malgré son jeune âge ; la consommation du mariage est différée, bien entendu, jusqu'à sa nubilité, en théorie du moins. Toujours est-il que, grâce à cette combinaison, elle trouve dans sa nouvelle famille une protection efficace.

Mais cette procédure spéciale est soumise à plusieurs conditions :

1° La jeune fille doit non seulement avoir perdu son père ; mais n'être pourvue d'aucun tuteur testamentaire. En d'autres termes, les personnes armées de la contrainte matrimoniale lui faisant absolument défaut, elle est abandonnée à elle-même ;

2 Elle doit être âgée de dix à quinze ans, période dangereuse ;

3° Elle doit être pauvre, ou du moins dans un état voisin de la pauvreté, et, par conséquent, exposée, et dans son honneur, et dans ses biens, à ce que le poète latin appelle énergiquement : *inanesuada fames* ;

4° Il est nécessaire qu'elle manifeste le désir de se marier, car le réveil de ses sens l'expose à des périls plus pressants.

Le cadî est tenu de constater juridiquement que l'orpheline se trouve dans cette situation, et, alors seulement, il ordonne le mariage. Mais, comme il est un étranger pour elle, que l'on peut craindre qu'il ne la viole dans ses inclinations, et qu'il ne la marie au premier venu ; comme, d'autre part, elle est mûrie par le malheur ; comme elle a, bien plus que les enfants entourés de soins par leur famille, la notion de ce qui lui convient, la loi exige qu'elle donne son consentement par la parole à l'union projetée.

Derdiri seul semble contester cette théorie admise par tous les commentateurs : « Quant à l'orpheline, dit-il, qui a atteint l'âge de dix ans, ou dont la situation inspire des inquiétudes, il est hors de doute que son consentement par le silence est suffisant. » Je me borne à enregistrer cette opinion que rien ne justifie ; celle de Sidi Khalil, développée par Mohammed Karchi, fait autorité.

8. DIVISION. — Nous savons maintenant *dans quelles formes* le

consentement est donné. Le moment est venu de rechercher *par qui* il est donné.

Les explications qui précèdent indiquent qu'il peut l'être :

A. Par les personnes sous l'autorité desquelles les contractants sont placés.

B. Par les contractants eux-mêmes.

§ 1^{er}. — *Du consentement donné par les personnes sous l'autorité desquelles les contractants sont placés.*

9. GÉNÉRALISATION. — Il est nécessaire, avant d'aller plus loin d'étudier rapidement l'état de la société arabe, si l'on veut comprendre la théorie du consentement en matière de mariage. Le droit musulman est d'une admirable précision ; mais pour lui rendre justice, il faut se souvenir que son point de départ diffère essentiellement de celui des législations modernes.

Les tribus indépendantes du centre de la Péninsule arabique mélange d'Ismaélites, de Juifs et de Chrétiens échappés aux persécutions religieuses, vivaient, avant l'Islamisme, dans un état de barbarie complet. Pour elles, non seulement la force primait le droit, mais elle le fondait et le conservait. Tout ce que, hommes ou choses, le guerrier — et chaque chef de tente était un guerrier — avait conquis par l'effort de sa main droite (مَا كَسَبَتْ أَيْمَانُهُمْ) devenait sa propriété ; il gardait le *dominium* (مُلْك) sur la chose conquise, aussi longtemps que sa lance ne rencontrait pas une lance plus forte que la sienne, à moins qu'il n'y renonçât *motu proprio*.

De là, pour le seigneur, pour le *dominus* (مَالِك) un pouvoir absolu (حُكْم), et notamment un droit de vie et de mort sur les prisonniers qu'il aurait pu massacrer sur le champ de bataille, et dont, par pitié ou par intérêt bien entendu, il avait fait ses esclaves. De là, *a fortiori*, le droit de les marier à son gré, même contre leur volonté, afin de tirer de ces unions des produits de belle venue propres à augmenter sa richesse. De là, aussi, le droit d'appeler à

son lit les captives dont les charmes avaient un instant amolli la dureté de son cœur, et même de trafiquer de leur corps.

L'enfant lui-même n'avait pas échappé à cette omnipotence. Lui aussi, il avait un maître plutôt qu'un père ; faible, incapable de contribuer à la défense ou à l'attaque, inutile, par conséquent, il n'avait ni droits, ni personnalité. Mâle, sa vie du moins ne courait aucun danger, car elle était une promesse pour l'avenir, pour le jour où il serait assez robuste pour porter une lance et apporter aux siens l'appoint de son bras. Mais jusqu'à l'avènement de sa virilité, il vivait *tanquâm cadaver*, sous la main de fer de son père.

Celui-ci le mariait à son gré, sans même le consulter.

Fille, sa position était encore pire ; sa naissance était une calamité ; on l'enterrait vivante, par crainte des embarras qu'elle pouvait causer à sa famille. Échappait-elle à ce premier péril, elle était brutalement jetée dans les bras du mari que son père lui avait choisi ; la dot qui lui était versée venait augmenter le patrimoine des siens ; veuve, elle était considérée comme partie intégrante de la succession du défunt, et, à ce titre, remariée à un parent de ce dernier.

Mohammed réagit contre de pareilles abominations ; mais que de concessions il dut faire aux mœurs de ses farouches adhérents !

Il dédaigna toutefois d'améliorer le sort des esclaves. Ceux-ci continuèrent à être assimilés aux troupeaux du maître ; mariés contre leur gré, ou bien maintenus dans le célibat, ils n'avaient d'espoir que dans un affranchissement recommandé par la religion, mais qui laissait encore au patron un droit sur leur succession.

Quant à l'enfant mâle, qui, jusqu'alors, avait conquis sa liberté à la pointe de sa lance, en ce sens que, parvenu à l'âge viril, il contraignait son père à compter avec une force musculaire qui contrebalançait la sienne, il obtint la consécration légale de cette conquête de fait. Le Prophète, chef d'un peuple pour qui la guerre sainte était une obligation de conscience, posa en principe que, pour participer au butin, il fallait être musulman et libre de toute sujétion ; comme, d'autre part, l'inscription sur les rôles de l'armée était imposée à tout fidèle capable de porter les armes, c'est-à-dire pubère, il en résulta que l'adolescent devint *sui juris*, à la seule condition d'être sain de corps et d'esprit (1).

(1) Les impubères, à moins d'un développement physique très précoce, ne sont

L'expression même que nous traduisons par le mot « pubère » démontre la justesse de cette théorie : **بَالِغٌ** est l'homme qui atteint un but déterminé, qui est arrivé à ses fins, qui n'a plus rien à désirer (1).

Plus tard, lorsque l'empire musulman sortit de la période de conquête pour entrer dans celle de l'organisation, lorsque le droit se fonda, les jurisconsultes, fidèles à la tradition historique, maintinrent à la puberté toute son efficacité ; l'enfant mâle, parvenu à l'âge où jadis il eût été tenu de prendre les armes pour la foi, fut considéré comme libéré de la puissance paternelle. La faiblesse d'esprit (**سُفَهٌ**) seule, péremptoirement démontrée, put détruire

pas astreints au service militaire (**لَا مُفَاتِلَةٌ**) à moins que la patrie ne soit en danger, lorsque, par exemple, l'ennemi envahit le territoire musulman. La puberté attribuée à l'homme le droit de disposer de sa personne ; par voie corrélatrice, il est alors soumis à toutes les obligations religieuses (**مُكَلَّبٌ**) et notamment, il est tenu de prendre part à la guerre sainte ; inscrit comme tel sur les contrôles de l'armée envahissante (**مُجْتَهَدٌ**), il touche une part entière du butin (**غَنِيْمَةٌ**).

L'expression (**مُكَلَّبٌ**) a passé dans le droit civil. Comme l'individu atteint de folie est dispensé de remplir ses devoirs religieux, et, par conséquent, de faire la guerre sainte, il s'ensuit que le *moukallef* est le *pubère doué de discernement* (**هُوَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ**).

(1) Le mot **بَلَّغٌ** est essentiellement coranique ; il est employé soixante-dix-sept fois dans le livre sacré, tantôt avec le sens simple de *parvenir, arriver à*, tantôt avec sa signification juridique, tantôt avec celle plus détournée de *mettre toute son activité à... être éloquent, c'est-à-dire atteindre le but qu'on se propose, lequel consiste à persuader ses auditeurs*. Ainsi : « Ce Coran m'a été révélé, afin que

» je vous avertisse, vous et ceux à qui il parviendra (**بَلَّغٌ**). » (VI, 29.)

« Lorsque Joseph parvint à l'âge de puberté (**بَلَّغٌ**). (XII, 22.) « S'ils tergiver- » sent, tu ne m'as chargé que de la prédication (**الْبَلَاغُ**). » (III, 19.)

Il importe surtout de remarquer que, employé dans le sens de *parvenir à la puberté*, le verbe **بَلَّغٌ** ne comporte pas de complément : *parvenir, c'est devenir pubère, c'est parvenir au but par excellence*. S'agit-il au contraire d'atteindre un but autre quel qu'il soit, le complément est indispensable : « Et moi je suis arrivé à

» l'âge de la décrépitude (**وَقَدْ بَلَّغْتُ مِنَ الْكِبَرِ عِتِيًّا**). (XXIX, 9.)

présomption légale en vertu de laquelle, le développement physique et le développement intellectuel marchant de pair, un enfant mâle devenu pubère était investi, par la seule force de la loi, du droit de disposer de sa personne et de ses biens.

La femme fut celle qui, en apparence du moins, profita le plus de la réforme sociale entreprise par Mohammed. Elle n'était rien avant lui ; elle devint presque une personne, grâce à lui. Mais comme elle n'avait jamais été astreinte à porter les armes, le point de départ manquant dès lors pour fixer l'heure de sa libération du pouvoir paternel, elle fut moins bien partagée que l'enfant mâle. Pubile, elle était apte au mariage ; mais, en raison de la faiblesse de son sexe, cette aptitude spéciale ne fournissait aucune indication précise au point de vue de sa capacité intellectuelle. De là, pour elle, chez les Malékites du moins, des conditions particulières imposées à la conquête de son autonomie individuelle. De là aussi cette conséquence que la contrainte matrimoniale pesait plus lourdement sur elle que sur l'enfant mâle ; en effet, celui-ci en était franchi le jour même où il devenait physiquement habile à contracter mariage ; il y échappait donc presque toujours, l'heure de liberté sonnant pour lui en même temps que celle de la maturité sexuelle. La jeune fille, au contraire, à qui l'avènement de la puberté ne donnait que l'aptitude physique nécessaire à la consommation du mariage, était toujours violentée dans ses inclinations.

Telle est, à grands traits, la vérité historique. Il est hors de doute que le droit de contrainte matrimoniale dont le père est armé à l'égard de ses enfants est fondé sur l'analogie du pouvoir que le maître exerce sur ses esclaves. Sidi Khalil, énumérant les contraignables en matière de mariage, s'exprime ainsi : « Sont investis du droit de contrainte : le maître sur son esclave femelle et sur son esclave mâle... ensuite (ثُمَّ) le père... » et Mohammed Harchi, commentant ce passage, prend soin d'insister sur la valeur du mot ثُمَّ (ensuite) et de dire qu'il marque la hiérarchie méthodique des personnes investies de ce droit (هنا الترتيب الرتبي). Il ressort de la généralisation qui précède que l'enfant mâle est incapable de consentir au mariage tant qu'il est impubère, que la fille est frappée de la même incapacité aussi longtemps qu'elle est vierge (1).

(1) Il est impossible, sous peine de multiplier abusivement les digressions, d'in-

Nous pouvons aborder maintenant l'étude de la contrainte matrimoniale. Cette conception musulmane heurtera sans nul doute nos idées modernes sur l'anatomie de la personne humaine. Mais il

diquer ici la hiérarchie complète des personnes en droit malékite. Je me borne à résumer les notions indispensables pour l'intelligence du sujet qui nous occupe.

A sa naissance, l'enfant (طِفْل) est sous la garde (حِصَانَة) de sa mère, ou, à défaut, de l'une de ses ascendantes maternelles. Il est en même temps soumis à une double tutelle : 1^o quant à sa personne (حِجْر النَّبِيسِ); 2^o quant à ses biens (حِجْر الْمَالِ). Cette double tutelle, exercée soit par le père, soit par le tuteur testamentaire (وَصِي), soit par le tuteur légal (مُقَدَّم الْفَاضِي), ne fait pas double emploi avec la *hadana*, celle-ci n'étant que le droit et le devoir pour la mère de donner à l'enfant des soins maternels (littéralement : de le *couver*).

Cette situation se prolonge aussi longtemps que l'enfant (صَبِي) est impubère (صَغِير), s'il s'agit d'un garçon, — jusqu'à la consommation du mariage (دُخُول), s'il s'agit d'une fille. Voici alors comment les choses se passent :

1^o *Garçon*. La puberté (بُلُوغ) accompagnée de la capacité intellectuelle (أَرشَد) le libère de plein droit de la double tutelle qui pesait sur lui, lorsque celle-ci est exercée par le père.

Est-il faible d'esprit (سَهِيء), il demeure libre de sa personne ; il demeure, quant à ses biens, sous la tutelle paternelle.

Est-il atteint de folie (مَجْنُون), il reste sous la double tutelle. La folie le frappe-t-elle après sa libération de la tutelle personnelle, ou de la double tutelle, il retombe sous cette dernière.

La tutelle est-elle exercée par tout autre que le père, la puberté accompagnée de la capacité intellectuelle ne libère que sa personne ; quant à ses biens, pour qu'il en ait la libre disposition, il faut que le tuteur donne la main-levée de la tutelle (تَرْشِيد), d'où résulte la majorité (فَيْك الْحَجْرِ) ;

2^o *Fille*. La puberté, même accompagnée de la capacité intellectuelle, est sans influence sur sa situation. Le mariage seul, non pas seulement contracté, mais consommé, libère sa personne. Quant à ses biens, pour qu'elle en ait la libre disposition, il est nécessaire que, sur la déclaration de deux témoins irréprochables qui attestent sa capacité d'administrer sa fortune (شَهَادَة الْعَدُول بِحَبْطِهَا مَالِهَا), le tuteur donne main-levée de la tutelle : d'où la majorité (تَرْشِيد). (Pour le concept du droit hanéfite, Cf. *infra* p. 41, note.)

raporte de se souvenir que ce droit de contrainte, excessif en théorie pure, souffre, dans la pratique, de nombreux tempéraments ; il importe aussi de ne pas oublier que le prophète a réalisé, — l'atténuant autant que possible, une importante réforme. On peut lire dans le beau livre de Perron (*Les Femmes avant l'Islamisme*), l'histoire d'Orwah et de son cousin Afra, et se convaincre que le père de famille exerçait, à l'époque préislamique, un pouvoir absolu sur ses enfants. Or, tout se soumettant lui-même à un usage aussi tyrannique, Mohammed n'a pas craint de l'enfermer dans étroites limites ; le Coran (1) et de nombreux haddits (2) sont là pour en témoigner.

10. DU DROIT DE CONTRAINTE AU MARIAGE. — Si nous renonçons à nous servir de l'expression « droit de djeber », c'est que cette expression arabe n'est pas, comme on l'a pensé, spéciale à la contrainte exercée par le père ou ses représentants en vue du mariage d'un enfant (3).

(1) « — Ne mariez pas vos filles avec des idolâtres (Coran, II, 220).

» — N'épousez point de femmes idolâtres (*ibid.*).

» — N'épousez que deux, trois ou quatre femmes (*ib.* IV, 3). »

(2) « — Mariez vos enfants des deux sexes quand ils sont encore jeunes. » Haddits.)

« — O jeunes gens, que ceux d'entre vous qui peuvent se marier, se marient.

» — Un homme avait exercé la contrainte à l'égard de sa fille qui n'était plus vierge. Le prophète lui dit : Ton père a dépassé son pouvoir. J'annule ton mariage. » (Haddits.)

Le droit de contrainte loin de porter toujours préjudice à celui qui y est soumis, lui est parfois avantageux. (Conf. Du CAURROY, Droit malekite, journal asiatique, tome XIV, p. 527.)

(3) En arabe جَبْر de جَبْر, relier, consolider, rendre entier un nombre brisé (rebouter), obliger quelqu'un contre sa volonté. — De là *Algèbre*, réunion de parties séparées en un tout, de fractions en une intégralité, ou résultat imposé par la rigueur mathématique. — En langue espagnole, *algebra* signifie à la fois *algebre* et *science du rebouteur*. — De là, la secte des Djabarites (الجَبْرِيَّة), lesquels subordonnent à Dieu les actions des hommes, et refusent à ceux-ci tout libre arbitre. Ou leur oppose les Kadaristes (الفَدْرِيَّة), qui sont partisans du libre arbitre (فَدْر) ; ce mot est employé ici par antiphrase, car il signifie proprement la volonté divine qui se manifeste dans les événements. (Conf. DUGAT, *Hist. des philos. et des théol. musulmans*, p. 42-44.) — جَبْر implique, par dérivation,

En effet, le *djeber* (جَبْر) est la violence légale exercée, en toute matière, soit en vertu de la loi, soit par le souverain dans la limite de son pouvoir. En droit musulman, l'obligation de faire ne se résout pas toujours en dommages-intérêts (conf. Code Civil 1142), et nous aurons à enregistrer de nombreux exemples de contrainte légale en dehors du mariage. C'est ainsi que le fonctionnaire concussionnaire peut être contraint à vendre ses biens pour désintéresser les victimes de ses concussions (وَمَضَىٰ فِي جَبْرِ عَابِلٍ) (1). C'est ainsi, encore, qu'il est interdit de vendre à un infidèle un esclave impubère, ce dernier fût-il lui-même infidèle; parce que, disent les auteurs, la société musulmane exerce un droit de contrainte sur ce jeune esclave (لِجَبْرِ عَلَى الْإِسْلَامِ), en ce sens que sa conversion doit être tentée par tous les moyens, même par la violence (2).

11. DÉFINITION. — La contrainte, en matière de mariage, est le pouvoir de marier une personne sans son consentement (بِغَيْرِ إِذْنِهَا). Celui qui a le droit de contrainte (مُجَبِّر) peut même stipuler une dot inférieure à la dot coutumière. La seule condition que lui im-

l'idée d'une puissance suffisante pour contraindre autrui. De là الْجَبَّار, le tout-puissant, épithète de Dieu (Coran, LIX, 23). — Il s'applique aussi aux hommes avec la notion de puissance usurpée, d'orgueil, de rébellion (Coran, XI, 62, — XIV, 18, — XL, 37).

De là جَبْر, action d'attribuer à Dieu tous ses actes, de se considérer comme l'esclave de Dieu, de n'avoir aucune volonté en dehors de lui : « L'homme est, par rapport à Dieu, comme la plume suspendue dans les airs. »

De là encore, comme il arrive souvent dans la langue arabe, deux significations opposées : celle de *roi* (Dieu, celui qui contraint les créatures à exécuter sa volonté), — celle d'*esclave* (l'ange Gabriel جِبْرَائِيل ou جبريل suivant le dialecte, l'esclave de Dieu).

De là, enfin, le père exerçant la toute-puissance matrimoniale (مُجَبِّر), l'enfant anéanti dans sa volonté (مُجَبَّر) — et la contrainte elle-même جَبْر.

(1) Sidi Khalil, vente.

(2) Mohammed Kharchi, vente.

pose la loi, c'est de ne porter aucun préjudice (صرر) à la personne ainsi mariée contre son gré (مجبّر).

Nous avons vu (*conf.* p. 23, 1^o) que le père, investi de ce droit, peut se dispenser absolument de solliciter le consentement de sa fille; lorsqu'il la consulte il montre une grande condescendance; et, dans cette dernière hypothèse, le silence de la vierge suffit pour qu'elle soit présumée avoir consenti à l'union projetée; ce n'est que dans certains cas exceptionnels (*conf.* p. 23 et suivantes) qu'elle est autorisée à *parler* pour manifester sa volonté.

Nous le verrons plus loin, l'énergie du droit de contrainte matrimoniale est telle que, la femme, encore mineure, quant à ses biens, ne peut, sans l'intervention du *contraignant* (1), user de certains procédés mis à sa disposition pour rompre l'association conjugale (*conf. infra Khola'*).

12. A QUI LA LOI CONFÈRE-T-ELLE LE DROIT DE CONTRAINTE? — Il est nécessaire de distinguer entre les Malékites et les Hanéfites.

En effet, la théorie de la contrainte matrimoniale est intimement liée à celle de la tutelle; or, chacune de ces écoles ayant de la tutelle une notion différente, il en résulte que la série des contraignants n'est pas la même dans les deux écoles.

A. *Malékites*. — Pour les Malékites, le père seul exerce la tutelle, par lui-même ou par le tuteur testamentaire qu'il a institué. A son défaut, l'ordre public s'opposant à ce qu'un mineur soit abandonné sans protecteur, la tutelle est exercée par le juge. Mais, celui-ci étant un étranger, il était difficile de lui conférer un pouvoir fondé sur une présomption d'affection qui en tempère la rigueur; aussi le *cadi* n'est-il investi du droit de contrainte que dans un cas unique, et avec des tempéraments qui lui enlèvent presque tous ses caractères constitutifs (*conf.* p. 31, 7^o).

Tous les jurisconsultes malékites sont d'accord sur ce point. Je me bornerai à une citation de Mohammed Kharchi, parce que le passage est caractéristique en ce qu'il établit une fois de plus que la contrainte exercée sur l'enfant dérive incontestablement (*conf.*

(1) Je me servirai à l'avenir des mots *contraignant* et *contraignable* pour éviter des périphrases incompatibles avec la précision du langage juridique.

page 35) de la puissance du maître sur l'esclave. « Les contra-
gnants sont : 1° le maître musulman sur ses esclaves des deux
sexes, quelque soit le sexe du maître ; toutefois si le maître est
une femme, celle-ci constituera un mandataire du sexe masculin
qui contractera le mariage pour elle ; 2° après le maître, le père
sur sa fille vierge, ou qui aura été déflorée avant sa puberté. Le
maître doit passer avant le père, car *il est plus fort* que lui dans
le pouvoir de disposer (تَصَرُّف) de la personne du contraignable
en effet il contraint le pubère et l'impubère, la vierge et la non-
vierge, la folle et celle qui ne l'est pas, le mâle et la femelle
parce qu'ils sont le bien de ses biens ; et il a le droit d'en dis-
poser pourvu que ce qui lui appartient soit en bon état (1)
3° ensuite le tuteur testamentaire auquel le père a conféré un
mandat spécial, en ce qui touche la contrainte (2). »

Ainsi, en résumé, chez les Malékites, le droit de contrainte appar-
tient au père ou au tuteur testamentaire (وَصِي). A défaut du père
et de son représentant, la tutelle sortant de la famille pour passer
au Cadi, celui-ci ne peut exercer un droit fondé sur la toute-puis-
sance paternelle. Aussi le Cadi ne l'exerce-t-il que dans un cas
lorsqu'il s'agit de marier une orpheline (يَتِيمَة) ; encore faut-il
qu'elle soit âgée de 10 ans accomplis, qu'elle soit exposée à perdre
son honneur, qu'elle soit dépourvue de ressources, la misère étant
mauvaise conseillère, et qu'elle *parle* ; d'où une telle atténuation
de la contrainte, qu'elle cesse, pour ainsi dire, d'exister (Com-
p. 31, 7°).

(1) Kharchi veut dire que le maître n'a pas le droit de marier son esclave avec une esclave malade, ou réciproquement. Le droit exorbitant du maître ne souffre que cette unique limitation.

(2) Lorsque je cite un passage d'un jurisconsulte, je m'applique avant tout de le traduire littéralement, me souciant peu de l'élégance. Il y a deux avantages à ce procédé : en premier lieu, on ne court pas le risque d'enlever à la pensée de l'auteur sa précision scientifique ; ensuite, on met le lecteur à même d'apprécier la forme souvent bizarre, parfois naïve, des commentaires arabes. C'est de la *couleur locale*, et elle est intense dans le droit musulman. Le style n'existe pas chez les Arabes. Conf. à ce sujet les observations remarquables de M. Renan, l'homme qui a le mieux compris le génie des langues appelées à tort *sémitiques* (*Histoire générale et système comparé des langues sémitiques*, p. 17 à 24).

Il en est de même dans l'hypothèse où la contrainte est exercée contre le fou des deux sexes. Sans doute, les auteurs sont d'accord pour accorder au *cadi*, à défaut du père et du tuteur testamentaire, le droit de contrainte à l'égard de l'aliéné. Mais s'agit-il bien là de la contrainte matrimoniale? Le *cadi* n'agit-il pas alors comme représentant du prince, dans l'intérêt de la sécurité publique, dans l'intérêt de l'aliéné abandonné à lui-même, lorsqu'il lui impose le mariage ou lorsqu'il brise l'union contractée par lui?

Les Malékites n'attribuant la contrainte qu'au père et au tuteur testamentaire, lorsque ces deux tuteurs font défaut, il y aurait un inconvénient grave à concéder à un insensé la faculté de contracter mariage à son gré; aussi est-il soumis, de ce chef, à un contrôle administratif exercé par le *cadi*.

On remarquera que la mère n'a pas le droit de contrainte; n'exerçant pas la puissance paternelle (1), elle n'est autorisée à contraindre ses enfants au mariage que dans le cas où elle a été nommée tutrice testamentaire. Mais alors encore, elle ne peut marier directement que ses enfants mâles; s'agit-il d'une fille, elle doit déléguer son droit, fût-ce à un étranger.

Cette règle singulière est basée sur un texte formel: « Une femme ne marie pas une femme », a dit le Prophète, d'après un *haddith* rapporté par tous les auteurs. C'est un exemple curieux du respect que les Malékites professent pour la tradition.

B. *Hanéfites*. — Les Hanéfites attribuent le droit de contrainte à tous les héritiers, dans l'ordre même où ils sont appelés à l'hérédité, le degré le plus rapproché excluant le degré suivant. En effet, dans cette école, la tutelle est exercée, non plus seulement par le père et par le tuteur testamentaire, mais encore par les *agnats* (عَصَبَة) et par les *cognats* (ذَوِي الْأَرْحَامِ), mot à mot: les possesseurs de l'utérus).

Ce n'est pas là, tant s'en faut, la seule différence à noter entre le concept malékite et le concept hanéfite de la contrainte matrimoniale. Au surplus, les deux écoles ne s'accordent, pour ainsi dire, sur rien en cette matière. Hiérarchie des personnes (2), hiérarchie

(1) *Conf.* Absence d'empêchement, 17°.

(2) Rien de plus simple que la hiérarchie des personnes dans l'École hanéfite (*conf.* page 35, note). Pour eux la puberté (بُلُوغ) est le fait qui libère la per-

et pourvue des encouragements, sième des contraintes, tout diffère profondément.

Pour bien comprendre ce problème, il importe de se souvenir que les Malékites ne s'écartent jamais de la théseologie coranique; ce sont, à certains égards, les Partisans de l'Islamisme; tandis que les Hanéfites s'inspirent de l'esprit plutôt que de la lettre de la loi; ils considèrent la plupart des *hadiths* comme de simples décisions de fait, spéciales aux espèces pour lesquelles elles ont été rendues (1).

Ici, tout s'échelonne. Pour exercer la *oualia*, il est indispensable de figurer dans la série des héritiers; dès que l'on possède la qualité d'*ouali* (2), on est armé du droit de contrainte matrimoniale. Or le reconnaît, cette théorie est bien supérieure à celle des Malékites qui distinguent entre le *ouali contraignant* (وَالِي مُجْبِر), père ou tuteur testamentaire, et le *ouali non-contrainant* (وَالِي غَيْرِ مُجْبِر), autres *oualis*.

Il est donc inutile d'indiquer ici la série des *oualis* appelés à exercer la contrainte matrimoniale, puisque nous nous occuperons plus loin de la *oualia* proprement dite.

13. QUELLES SONT LES PERSONNES SOUMISES A LA CONTRAINTE ? — Ici encore il faut distinguer entre les deux Écoles.

sonne humaine, qui lui confère son autonomie, sans qu'il y ait lieu d'établir aucune distinction entre les deux sexes. La folie et l'esclavage seuls maintiennent le pubère sous l'autorité d'autrui. La contrainte matrimoniale ne frappe donc que l'impubère, quel que soit son sexe, et encore, lorsque celui-ci a été ainsi marié contre son gré, il a le droit d'opter, dès qu'il a atteint la puberté, entre le maintien ou la rupture du mariage imposé; cette faculté ne lui est refusée que dans le cas où la contrainte a été l'œuvre du père ou du grand-père, une présomption de désintéressement affectueux mettant ceux-ci à l'abri de toute critique postérieure de leurs actes.

Quant à ses biens, le pubère en conquiert la libre disposition en même temps qu'il acquiert la liberté de sa personne. Les Hanéfites professent trop de respect pour la logique — ils sont les rationalistes de l'Islamisme — pour concevoir qu'un individu puisse disposer de sa personne et soit tenu pour incapable d'administrer ses biens.

(1) Code civil, article 5.

(2) Nous verrons plus loin la signification exacte des mots *oualia*, *ouali*, qui jouent un rôle considérable en droit musulman.

A. *Malékites*. — 1° Le mâle impubère (صَغِير). Il ne saurait être question, en droit français, du mariage d'un impubère, celui-ci étant physiquement inhabile à le consommer et juridiquement incapable de le consentir. Les musulmans eux-mêmes n'admettent ces unions prématurées qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il s'agit de procurer à un jeune garçon un avantage (مُصْلِحَةٌ) qui pourrait lui échapper plus tard, tel qu'un mariage avec une femme noble, avec une riche héritière, avec une parente. L'impubère étant incapable de consentir à ce mariage, le contraignant le contracte pour lui, et la consommation physique en est différée jusqu'à la puberté du mari, jusqu'à la nubilité de la femme, l'échange des consentements et la consommation physique n'étant pas nécessairement deux faits contemporains l'un de l'autre.

Toutefois, la présomption en vertu de laquelle l'impubère est tenu pour dépourvu de discernement fléchit dans certains cas exceptionnels. Cette conception est conforme à la nature des choses. Certains enfants montrent une intelligence supérieure à leur âge, alors que l'on voit des adultes encore plongés dans une sorte de léthargie intellectuelle.

Qu'un impubère doué de discernement (مُتَمِّز) contracte mariage sans l'autorisation du contraignant, le contrat n'est pas nul. Le contraignant doit vérifier si l'union est raisonnable, la ratifier, soit expressément, soit tacitement, ou bien en provoquer l'annulation par voie judiciaire, sans qu'il ait à se préoccuper si la femme a été déflorée ou non (وَلَوْ أَجْتَضَّهَا), car celle-ci s'est mise, pour ainsi dire, à la discrétion de l'impubère qu'elle a épousé.

Bien que les auteurs ne s'expliquent pas sur ce point, le défaut de discernement de la part de l'impubère entraîne l'annulation du mariage par lui contracté.

Mais comment le contraignant apprécie-t-il si le mariage ainsi contracté est l'œuvre d'un être intelligent ou non? Sur les conditions mêmes du mariage. Sont-elles avantageuses, le contrat est inattaquable, et, au besoin, le juge intervient pour le maintenir contre la volonté arbitraire du contraignant. Sont-elles désavantageuses, il appartient encore au Cadi de briser, le cas échéant, les résistances inconsidérées du mari.

Voilà le droit de contrainte cantonné dans ses limites rationnelles;

il est la sauvegarde de l'impubère ; jamais il ne doit être une cause d'oppression pour lui.

Notre théorie n'est pas encore complète. En effet, rappelons-nous que les Malékites n'accordent le droit de contrainte matrimoniale qu'au père et au tuteur testamentaire. Supposons que le père soit décédé, qu'il n'ait pas institué de tuteur testamentaire, ou que celui-ci n'ait pas été investi du droit de contrainte, ou qu'il soit décédé à son tour. L'impubère sera-t-il, dans cette hypothèse, libre de contracter mariage à son gré ? Accomplira-t-il sans contrôle un acte aussi important ? Évidemment non. Bien que les auteurs musulmans, au moins ceux que j'ai consultés, ne semblent pas avoir entrevu cette difficulté, il est facile de la résoudre, en remontant aux principes.

Qu'est-ce que le mariage ? Un contrat synallagmatique d'une espèce particulière. La femme s'engage à livrer sa personne en échange d'une dot que son mari s'engage à lui fournir. Payer une dot, c'est disposer d'une portion de ses biens à titre onéreux (بِعَاوَضَةً). Or, l'impubère, fût-il affranchi de la contrainte matrimoniale, n'en est pas moins soumis à la tutelle chrématique (exercée par le tuteur testamentaire non contraignant, ou, à défaut, par le Cadi. Lorsque l'impubère contracte à titre onéreux, le tuteur chrématique peut ratifier ou révoquer ses actes, suivant qu'ils sont ou non avantageux pour lui. De là, puisqu'un mariage sans constitution de dot est nul, un contrôle efficace de la part du tuteur. Avantageux, le mariage est ratifié par lui, au point de vue de la constitution de dot ; désavantageux, il est révoqué dans les mêmes conditions. Il y a là un exemple de contrainte indirecte.

Et ce pouvoir du tuteur est si fort, qu'il lui est même permis de faire annuler le mariage que l'impubère, par une précocité extraordinaire, aurait consommé physiquement. La femme, ainsi lésée, aurait mauvaise grâce à se plaindre. Ne s'est-elle pas mise elle-même à la discrétion de l'incapable qu'elle a épousé ? Oui, à sa dis-

(1) Je sollicite le droit de cité pour cet adjectif. Il est fastidieux de recourir sans cesse à des périphrases qui allanguissent le discours. J'emploierai, à l'avenir, les expressions : *tutelle somatique*, *tutelle chrématique*, pour indiquer *la tutelle quant à la personne*, *la tutelle quant aux biens*, tournures sinon incorrectes, du moins dépourvues d'élégance. Ces adjectifs ne sont pas des néologismes ; c'est mon excuse. On dit : *la doctrine somatique de la folie* ; et *la chrématistique* est l'art de créer les richesses (conf. Littré).

révocation, car il aura lui-même la faculté, lorsqu'il aura conquis sa pleine capacité, de rompre cette union, dans le cas où le tuteur, négligent ou tenu dans l'ignorance, aurait omis d'en provoquer l'annulation.

2° Le mâle pubère (بَالِغٌ) frappé de folie (مَجْنُونٌ) et qui n'a pas d'intervalles lucides (لَا يُعِيْفُ); dans le cas contraire, il est affranchi de la contrainte pendant les intervalles lucides, et il convient d'attendre un réveil de sa raison, afin de lui permettre de contracter librement un mariage de son choix.

Il ne s'agit ici que de l'individu atteint d'une folie irrémédiable, sans intermittence (مُتَبَيِّنًا) constitutionnelle (أَصْلِيًّا), à la différence de celle qui ne se déclare qu'après la puberté, car, dans cette dernière hypothèse, il serait nécessaire de provoquer l'interdiction de l'aliéné.

En droit français, un fou ne peut contracter mariage, parce qu'il est incapable de donner un consentement valable, et que le consentement des contractants est toujours requis, alors même qu'il a besoin d'être complété par celui de leurs ascendants ou du conseil de famille (1).

En droit musulman, l'impubère mâle et la vierge (M) (2) subissent une violence légale, parce qu'ils manquent du discernement requis, et que le consentement des contraignants est suffisant pour assurer la validité du mariage. L'insensé est dans la même situation que l'impubère : le discernement lui fait également défaut ; il est contraignable par identité de motifs.

En acceptant même la théorie musulmane, d'après laquelle le consentement du contraignant est suffisant pour assurer la validité du mariage contracté par le contraignable, il semble extraordinaire que les auteurs accordent à l'aliéné la faculté de se marier. Mais il ne faut pas perdre de vue que ce mariage n'est possible que dans une hypothèse unique : lorsque l'on craint que l'aliéné

(1) Code civil, art. 146, 148, 149, 150, 160.

(2) J'indiquerai à l'avenir qu'un principe est spécial à une école, à l'exclusion des autres, en en faisant suivre l'énoncé d'une des lettres M, H, C, A. — M = Malékites ; H = Hanéfites ; C = Chaféites ; A = Hanbalites (les jurisconsultes désignant toujours Hanbal sous le nom de Ahmed).

ne tombe dans la fornication (1). Qu'il soit atteint d'une de ces maladies nerveuses qui ont souvent pour cause ou pour effet le trouble des facultés génétiques, que, sous l'influence de cet état morbide, il se livre au désordre, la morale publique est intéressée à ce qu'on le marie : « Le père, le ouali, le juge, dit Mohammed Kharchi, exercent la contrainte sur le fou *lorsqu'il a besoin de mariage* (إذا احتاج إلى النكاح), non pour lui procurer une utilité

(1) Le mot زنا que je traduis par *fornication* appartient à la thesmologie coranique. Sidi Khalil définit ainsi la *zina* : « C'est le fait par un musulman pubère, doué de discernement, d'avoir, sciemment, des relations charnelles, même sodomiques, avec un être humain sur lequel il n'a aucun droit légal, d'après l'accord des savants. » Rien de plus large que cette définition ; elle comprend à la fois les actes punissables d'après nos lois (viol, attentat à la pudeur, outrage à la pudeur, adultère) et ceux que nous considérons simplement comme contraires à la morale (relations libres entre personnes non mariées, vices contre nature). Aussi M. Kazimirski a-t-il tort de traduire le mot *zina* par *adultère*, dans sa version du Coran. Il est certain que le livre sacré, en prononçant une peine de cent coups de fouet contre l'homme et la femme convaincus de fornication (XXIV, 2), n'a pas eu en vue les seuls adultères. Il y a mieux : l'adultère, en droit musulman, n'est pas réprimé en tant qu'il porte préjudice au mari ; il est puni, au même titre que les autres infractions à la loi de chasteté, parce que l'agent et le patient ont violé ce principe qui ne souffre pas d'exception : « Les relations charnelles ne sont légitimes que dans le cas où elles procèdent d'une sorte de droit de propriété résultant, soit du mariage, soit du concubinat servile (ainsi celui qui profane un cadavre se rend coupable de *zina*). » C'est, à peu de choses près, la donnée du commandement de Dieu : « L'œuvre de chair ne désireras qu'en mariage seulement. » — M. Seignette (Code musulman, art. 1936) traduit le mot *zina* par *stupre* ; s'il prend cette expression dans sa signification romaine, elle n'est pas rigoureusement exacte ici : « *Stuprum committit qui liberam mulierem consuetudinis causâ, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.* » Or, en droit musulman, on commet la *zina* avec une femme libre aussi bien qu'avec une esclave, lorsque l'on n'est pas le patron de cette dernière ; d'autre part, la *zina* est toujours punissable ; le stupre ne l'est pas toujours. Si le savant traducteur de Sidi Khalil prend le mot *stupre* dans le sens que lui attribuaient nos anciens jurisconsultes, l'inexactitude est encore plus sensible ; en effet, pour ces derniers, le stupre est l'union charnelle et illégitime qui a lieu avec une personne d'un état et d'une condition honnêtes (Conf. Merlin, Répertoire, V° *Fornication*), notion étrangère au droit musulman.

J'ai choisi le terme *fornication*, parce que, dans son acception dogmatique, il signifie le péché de la chair, et parce qu'en lui constituant une étymologie de convention, il traduit avec une rigoureuse précision le mot *zina*. En effet, en le tirant, pour les besoins de la cause, de *fors* et de *nikation* (le mariage, en arabe, se disant *nikah*), il implique « toute relation charnelle qui n'est pas autorisée par le mariage ou par le concubinat servile », ce qui est conforme à la définition de Sidi Khalil.

mais pour le garantir de la corruption (بأن خيؤ منه البسأؤ),

car la limite (حؤ) posée par la loi, dùt le fou lui-même consentir à ce qu'elle soit dépassée, ne permet pas que le mariage lui soit imposé en dehors de l'hypothèse de la fornication. »

Mais la femme, objectera-t-on, sera-t-elle donc sacrifiée. *aux* *esoins* d'un fou? Évidemment, non. Que cette dernière soit contraignable à son tour, elle se pourvoira devant le cadi pour faire riser une pareille union; si, par hasard, elle l'acceptait, elle devrait manifester son consentement par la parole (1). Que la femme oit non contraignable, ou bien elle a connu l'état mental de son mari, elle s'est soumise par dévouement à devenir l'épouse d'un ou, elle accomplit un sacrifice volontaire, et il n'y a plus à plaindre son sort; ou bien elle a été victime d'un dol, on lui a caché la maladie de son mari, alors elle a le droit d'opter entre le maintien ou l'annulation du mariage (2).

En résumé, l'aliéné ne peut être contraint au mariage que dans e cas où il n'a pas d'intervalles lucides, et où il s'agit de le sauver le la fornication. Une femme ne peut devenir l'épouse d'un aliéné que dans le cas où elle y consent librement.

3° Le mâle pubère atteint de faiblesse d'esprit. (سبیه). Toutefois, la question en ce qui le concerne est controversée. Mohammed Kharchi semble soutenir l'affirmative; il assimile le *safih* (3) à l'impubère; puis il ajoute: « Il a été dit (فیل) que le *safih* n'est » pas un contraignable, parce qu'il a seul le droit de répudiation, » et que, s'il en use, il est tenu de la dot ou de la moitié de la dot,

(1) *Conf.* n° 7, 5°

(2) *Conf.* *ibid.*

(3) Il importe surtout de fonder, en droit musulman, une terminologie scientifique. La grande infériorité des dictionnaires dont nous disposons (Freytag, Kazimirski, Lane, Dozy), c'est qu'ils n'indiquent presque jamais la signification juridique des mots. Il en sera ainsi jusqu'au jour où la science d'un Demolombe s'unira, dans le même homme, à celle d'un Lane. J'ai perdu beaucoup de temps à combler cette lacune, dans la mesure de mes besoins; afin de permettre au lecteur de me contrôler, afin de lui épargner le labeur fastidieux auquel j'ai dû me livrer, je m'astreins à ne jamais employer un mot de la langue technique (اصطلاح) sans l'analyser en détail.

Le mot سبیه est en opposition avec le mot رشید (*conf.* p. 36, note). Le *rachid*

» ce qui est exclusif de tout avantage pour lui. » Ces paroles érudites et techniques exigent un commentaire.

Reconnaître au père ou au tuteur testamentaire la faculté de

est celui qui marche dans la voie droite ; Dieu, qui nous y guide, est le maître par excellence (*conf.* Deutéronome, XXVI, 17 ; Mathieu, III, 3). Le *safih* est celui qui, par légèreté d'esprit, suit le chemin que La Fontaine prenait pour aller à l'Académie.

Lorsqu'un enfant a atteint son plein développement physique (بلوغ), comme la nature ne fait pas les choses à demi, il est aussi, *le plus souvent*, pourvu de son plein développement intellectuel (رشد) ; il est, à la fois, بالغ et رشيد, pubère-raisonnable. Lorsque ce double développement n'est pas simultané, lorsque, développé de corps, il ne l'est pas d'intelligence, il est *safih*.

L'impubère (صغير) manque, à la fois, de la maturité physique et de la maturité intellectuelle, il est également *safih*.

La femme, en raison de l'infirmité de son sexe, est *safih*, lors même qu'elle atteint l'âge de la puberté.

De là l'expression coranique السَّهَّاء pour désigner les femmes et les enfants (Coran IV, 4.)

Il est difficile d'attribuer une signification précise au mot *safih*. C'est le faible d'esprit, l'innocent, l'ignorant (Coran II, 282) qui ne sait rien des exigences de la loi, le prodigue qui dilapide ses biens, faute d'avoir la notion de ses véritables intérêts, l'homme qui paie vingt francs un objet qui en vaut dix, qui vend dix francs un objet qui en vaut vingt. Ce qui augmente encore la confusion, c'est que les jurisconsultes musulmans reconnaissent deux catégories de *safih* : celui qui est absolument privé de discernement, et celui qui possède une certaine dose de discernement ; d'où une différence dans leur capacité respective.

Voici comment Jorjani définit le *fait d'être safih* (سَهْو) : « C'est un état de légèreté (خَبَّة) qui porte l'homme à la joie ou à la colère, et met ses actes en contradiction avec la raison et la justice. »

Le *Kamous* nous donne à son tour les définitions suivantes : « Les mots سَهْوًا éveillent l'idée de lassitude (تَعَب, ici la fatigue intellectuelle qui résulte de des efforts que fait une personne pour comprendre ce qui est au-dessus de sa portée) ; — سَهْوٌ signifie la légèreté d'esprit, l'état d'un homme léger (سَهْوِيٌّ) ; — سَهْوٌ c'est le manque d'intelligence (نَقْصٌ عَنِ الْعَقْلِ) résultant de la légèreté d'esprit (خَبَّة) ; — dire de quelqu'un سَهْوَ الْحَقِّ il a perverti la notion du droit, de la vérité, c'est l'accuser d'ignorance (جَهْل). — Le verbe سَهْوٌ a une acception injurieuse ; c'est injurier un individu que de lui adresser l'épithète de *safih*. » Somme toute, le *safih* ne diffère pas sensiblement

Contraindre le safih au mariage, c'est leur conférer un droit illulaire, et, de plus, consacrer un principe contraire à l'esprit de la loi.

En effet — tous les jurisconsultes sont d'accord sur ce point — le safih n'est frappé d'interdiction qu'au point de vue de l'administration de ses biens ; il peut donc, de sa pleine autorité, répudier la femme ; les contraignants n'ont aucun pouvoir de ce chef. Dès lors, pourquoi leur permettre de nouer un contrat que le safih, violemment dans ses inclinations, s'empressera sans doute de dénouer ? D'autre part, n'est-il pas irrationnel de conférer aux contraignants le droit de *faire*, alors qu'ils n'ont pas celui de *défaire* ?

Enfin, l'intérêt du contraignable est le critérium de la légitimité de la violence exercée à son égard. Or, qu'on le marie contre son gré, s'il répudie sa femme avant ou après la consommation du mariage, il sera tenu de la moitié de la dot, ou de la dot entière. Voilà un véritable préjudice pour lui (1).

J'avoue que ce raisonnement me paraît irréprochable, et que je ne comprends pas pourquoi Mohammed Karchi le déclare faible ; l'autant plus que ce commentateur, peu conséquent avec lui-même, continue en ces termes : « Sachez que l'impubère n'est soumis à la contrainte que dans le cas où son avantage est incontestable ; il en est de même pour le safih, et il est indispensable que tous les contraignants, le père comme le tuteur testamentaire, se laissent toujours guider par des considérations tirées de l'intérêt bien entendu du safih. » N'est-ce pas abonder inconsciemment dans le sens de ceux qui contestent l'exercice de la contrainte à l'égard du safih ?

Il convient toutefois de le remarquer, les motifs invoqués pour l'affranchir de la contrainte n'ont pas une égale valeur. Le premier,

du prodigue ; on peut lui appliquer la définition de Meslé : « La prodigalité consiste dans la dissipation des biens, dans la mauvaise conduite de ceux qui, paraissant raisonnables dans leurs discours, tiennent une conduite d'insensés quant au gouvernement de leurs biens. » C'est pour cela que les auteurs musulmans accordent au safih la liberté de sa personne, et la lui refusent quant à l'administration de ses biens ; son tuteur n'est, à bien des égards, qu'un conseil judiciaire. Conf. Code civil, art. 513 et suivants. Mais le safih est un véritable interdit, tandis que notre prodigue ne l'est pas.

(1) Dès que les contractants ont échangé leurs consentements, la femme acquiert la moitié de la dot ; elle devient propriétaire de l'autre moitié par la consommation physique du mariage. Le lecteur peut accepter provisoirement cette règle, malgré les exceptions qu'elle comporte.

seul, est péremptoire. Nous verrons, en effet, que le contraignant est personnellement tenu de la dot, lorsque le contraignable n'a pas les ressources nécessaires pour la fournir; dès lors, et dans cette hypothèse, ce dernier ne souffre aucun préjudice lorsqu'il répudie sa femme (1).

Quant à ceux qui soumettent le safih à la contrainte, ils raisonnent ainsi : Permettre au safih de se marier à son gré, c'est l'absolument donner sans défense à ses passions. Il épousera, par pur caprice, une ou plusieurs femmes, et les répudiera avec la même facilité d'où un appauvrissement pour lui, car, à chaque répudiation, il se trouve tenu de payer tout ou partie de la dot stipulée.

Il semble, par conséquent, que ce point de doctrine soit controversé avec raison. Mais, en approfondissant le problème, on s'aperçoit que ces divergences ne reposent sur aucune base solide.

En effet, ce qui distingue le safih de l'impubère, c'est que ce dernier est doublement interdit, somatiquement et chrématiquement. De là les conséquences suivantes :

L'impubère est à la fois incapable : 1° de donner un consentement valable, soit pour contracter mariage, soit pour prononcer la répudiation; 2° de constituer une dot. La contrainte est donc efficace et légitime en ce qui le concerne. Que, maintenant, il contracte mariage de son chef, ce qui arrivera surtout lorsqu'il sera sur le seuil de la puberté (مُراهِف) (2), le contraignant vérifie si le contrat est l'œuvre d'un être intelligent, aussi bien au point de vue du consentement donné que de la dot stipulée; tout est tenu en suspens par l'énergie de la double interdiction. On peut dire de l'impubère qu'il est contraignable activement et passivement, en ce sens que le contraignant a le droit de lui imposer un mariage et de briser le mariage qu'il aurait contracté sans autorisation.

Pour le safih, il n'est qu'un interdit chrématique. Somatiquement il jouit d'une pleine indépendance. Il est capable de donner un consentement valable, soit pour contracter mariage, soit pour prononcer la répudiation. La contrainte est donc illégitime et inefficace en ce qui le touche. Mais il n'est capable de constituer une dot qu'

(1) *Conf. Sect. III. Dot.*

(2) C'est le *pubertati proximus* du droit romain. *Conf. Instit. livre III, titre XII § 10. De inutil. stipulat.* et l'excellent commentaire de M. Accarias (*Précis de droit romain*, 3^e édition, tome I^{er}, n^o 453 et suivants).

ans des conditions avantageuses pour lui. Qu'il contracte mariage
son chef, son tuteur, quel qu'il soit, contraignant ou non con-
aignant, a le droit de vérifier si le contrat est l'œuvre d'un être
telligent, au point de vue unique de la dot stipulée; la validité
u mariage est tenue en suspens, abstraction faite de la contrainte
atrimoniale, par l'énergie de l'interdiction chrématique.

Lorsque l'on dit, par conséquent, que le safih est contraignable,
n affirme un fait juridiquement exact, à la condition de l'entendre
ans ce sens restreint. Nous l'avons vu plus haut (1), l'impubère
épourvu d'un tuteur armé de la contrainte matrimoniale, n'en
st pas moins incapable de contracter un mariage désavantageux.
l en est de même pour le safih. En effet, comme le prodigue fran-
ais, il est le maître de sa personne; il est donc dans la situation
le l'impubère non contraignable; il est soumis, non à la contrainte
ntrimoniale proprement dite, mais à une contrainte indirecte, et
a controverse dont je viens de faire justice, ne provient que d'un
abus de mots.

Il nous reste à examiner une situation particulière. Il arrive
souvent, l'état civil n'étant pas organisé chez les Musulmans,
qu'un impubère ou qu'un safih soit abandonné (مُهْمَل) à lui-
même (2), le premier n'ayant ni père, ni tuteur testamentaire, ni

(1) Conf., page 44.

(2) Lorsqu'un cadî entre en charge, il doit s'occuper avant tout des détenus, faire
mettre en liberté ceux qui subissent une détention préventive non justifiée, ceux
dont la peine est expirée. Ce premier soin rempli, la loi lui prescrit de vérifier la
situation des interdits pourvus de tuteurs légitimes ou datifs. Il doit envoyer un
crieur public dans les lieux fréquentés, avec mission de publier la proclamation
suivante: « Sachez qu'il vous est défendu de contracter directement avec les orphe-
» lins, les safih; quiconque violera cette défense, s'exposera à voir ses actes frap-
» pés de nullité. Sachez aussi que toute personne qui aura connaissance d'un
» orphelin abandonné ou d'un safih abandonné et qui n'en signalera pas l'existence
» à mon prétoire, sera responsable du silence qu'il aura gardé et du préjudice qui
» en sera la conséquence. » Il est même recommandé au cadî de compléter ces
publications au moyen d'affiches apposées sur les murailles (لُصُوفٌ بِالْجِدْرِ).

L'orphelin abandonné (يَتِيمٌ مُهْمَلٌ) est l'enfant qui n'a ni père, ni tuteur testamen-
taire, ni tuteur datif, et dont, par conséquent, la personne et les biens ne sont
administrés par personne (M). Le safih abandonné (سَفِيهٌ مُهْمَلٌ) est ainsi défini

par Abd-El-Baqui: « c'est celui qui n'a pas de ouali » (وَهُوَ لَا وُلِّيَ لَهُ), c'est-à-
dire, d'après notre phraséologie juridique, celui qui n'a pas de conseil judiciaire.

tuteur datif (M.), le second n'ayant pas été frappé d'interdiction. Quel sera le sort du mariage contracté par eux ?

En ce qui touche l'impubère, il est évident qu'il n'est pas contractable, puisque le père et le tuteur testamentaire sont les seuls contraignants admis par les Malékites. Mais dès qu'il sera pourvu d'un tuteur chrématique, celui-ci aura le pouvoir de faire annuler rétroactivement la constitution de dot qu'il jugera désavantageuse. L'incapacité de l'impubère étant absolue.

Pour le safih, les jurisconsultes ne sont pas d'accord. Malik, le fondateur de l'École, et ses disciples les plus illustres, Ibnou Kinana et Ibnou Nafa', ont enseigné que l'interdiction, postérieurement prononcée, n'a pas d'effet rétroactif. Ibn El-Kassem professe une opinion contraire ; pour lui, il faut considérer, non pas la date de l'interdiction, mais la situation du contractant au moment où la dot a été constituée. Ibnou Rouchd se borne à rapporter cette controverse, dans la préface de son commentaire ; Mohammed Kharchi est tout aussi réservé.

Malik se fonde sur un argument unique. D'après lui, l'interdiction seule crée l'incapacité chrématique du safih abandonné ; jusque-là les actes passés par lui sont valables. C'est la théorie française (1) et le grand imam, conséquent avec lui-même, va jusqu'à décider que, ce safih revenu à la santé intellectuelle, ne peut contracter valablement qu'après le prononcé du jugement qui donne mainlevée de l'interdiction. Il est évident d'ailleurs que si le prodigue a été la victime de la mauvaise foi d'un tiers, il sera restituable, même si l'acte incriminé est antérieur au jugement d'interdiction.

Ibn El-Kassem, au contraire, ne tient compte que de l'état du safih. Ses actes révèlent-ils la faiblesse d'esprit dont il est atteint, ils sont rétroactivement frappés de nullité. Recouvre-t-il son discernement, les actes passés par lui sont valables, même avant la mainlevée de l'interdiction.

Exposer ces deux systèmes, c'est les juger. Comment ! un tiers aura traité de bonne foi avec un safih non déclaré tel par le juge, et il sera exposé à voir annuler un pareil contrat ! Et s'il s'agit d'un mariage, la femme sera condamnée à subir un tort irréparable ! Et, ce qui est pis encore, dans la seconde des deux hypothèses

(1) *Conf. DEMOLOMBE, tome VIII, n^{os} 694 et 770.*

posées ci-dessus, on fera litière d'une décision judiciaire, régulièrement rendue, à laquelle provision est due !

Pour ma part, je n'hésite pas à adopter l'opinion de Malik.

4° La fille vierge (بُكَر) (1) impubère ou pubère, sauf la vieille fille (عَانِس) (2) d'après quelques auteurs.

La contrainte matrimoniale pèse bien plus lourdement sur la femme que sur l'homme. Ce dernier ne peut être marié d'autorité que dans le cas où l'union qu'on lui impose est avantageuse. De plus, lorsqu'il contracte, de son chef, un mariage convenable, le contraignant se trouve désarmé. Enfin, la puberté l'affranchit de toute contrainte matrimoniale.

Il n'en est pas de même pour la femme. Il suffit que le mariage auquel on la soumet ne soit pas désavantageux. Jamais elle n'est admise à se marier sans le consentement du contraignant. La puberté n'a aucune influence sur cette situation. Aussi longtemps qu'elle est vierge, elle est contraignable ; elle est considérée comme ne sachant rien de la vie, comme exposée à tous les entraînements. Tout au plus si, dans certains cas que nous avons énumérés (3), elle est admise à exprimer formellement son consentement ou à résister à la volonté tyrannique de ceux qui exercent la contrainte en son égard.

Sidi Khalil, dans son rigorisme, n'admet même pas que la vieille fille échappe à cette sujétion (4). Son commentateur, Mohammed

(1) Le mot بُكَر vient du verbe بَكَرَ qui signifie *se lever, agir, travailler, venir, à point du jour*. — بُكَر veut dire le point du jour. — Ainsi, la vierge est comparée à l'aurore, à une fleur qui s'entr'ouvre. Elle sort de la nuit pour briller, par sa beauté naissante, au soleil de la vie. Elle est elle-même à l'aurore de son existence. Rien de plus poétique que cette image.

(2) C'est la femme qui a longtemps séjourné dans la maison paternelle, se contentant dans le célibat. Au propre, le verbe عَنَّس s'applique au bois qui plie, qui se cambre, qui se dessèche en vieillissant.

(3) *Conf.* page 22 et suivantes.

(4) Il s'exprime ainsi : « Le père exerce le droit de contrainte sur la folle, sur la vierge, fût-elle vieille fille (وَلَوْ عَانِسًا). »

Kharchi, commente ainsi la parole du maître : « C'est là l'opinion » accréditée (1). Il a été dit (فيل) que le père n'a pas le droit de » contraindre la vieille fille, ainsi que le rapporte Ibn Ouahab. » parce que la vieille fille doit être assimilée à la femme déflorée. » Le motif de cette controverse, c'est que l'on se demande si la » vieille fille est contraignable en raison de sa virginité, celle-ci » étant intacte, ou bien en raison de l'ignorance où elle est » de ce qui convient aux femmes, cette ignorance n'existant » plus. »

Les jurisconsultes ne sont pas d'accord non plus sur la définition de la vieille fille. Mohammed Kharchi ajoute, en effet : « La vieille » fille est celle dont le séjour dans sa famille s'est prolongé, qui » sait ce qui convient le mieux à sa personne, et qui n'a jamais été » mariée. Quant à l'âge qu'elle doit avoir, il varie, suivant les » auteurs, de trente à cinquante ans. »

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de connaître les principes en vertu desquels la vierge est soumise, qu'elle soit impubère ou pubère, à la contrainte matrimoniale. La femme est un être imparfait, dont le développement intellectuel est lent à se produire. D'autre part, elle est incapable de subvenir à ses besoins par elle-même. Elle est donc, en même temps, à la charge et sous l'autorité de son père, tandis que l'enfant mâle, devenu apte à pourvoir à ses besoins, au moment de la puberté, doit se suffire et conquiert sa liberté somatique. Pour la jeune fille, par conséquent, la puissance paternelle ne s'éteint que le jour où elle est remplacée par la puissance maritale, aucun interrègne n'étant admis, lorsqu'il s'agit d'un être aussi faible que l'est une femme vierge.

Mais il ne faut pas perdre de vue que cette substitution de pouvoir ne s'accomplit que par la consommation physique du mariage,

(1) Pour marquer l'accord des quatre écoles orthodoxes sur un point de doctrine on se sert de l'expression إجماع — Les mots على المشهور indiquent une opinion accréditée. — اتباع est l'accord des jurisconsultes d'une même école. — Enfin, lorsqu'une opinion est adoptée par la majorité des auteurs, on emploie le mot جمهور par opposition à فيل qui marque l'avis de la minorité. Il est impossible de lire un commentaire si l'on n'a pas la clef de ces locutions conventionnelles.

ou par les présomptions légales qui en tiennent lieu (1). En effet, l'homme qui épouse une vierge et qui la répudie avant la consommation du mariage, n'acquiert sur elle aucun pouvoir ; elle retombe aussitôt sous la contrainte matrimoniale du père. Que le mariage, au contraire, ait été consommé, le droit de contrainte s'éteint irrévocablement ; que le mari prononce ensuite la répudiation, la femme revient *sui juris*, la puissance maritale s'étant également et irrévocablement éteinte.

Il résulte donc de la théorie qui précède que le père a, sur sa fille vierge, un pouvoir presque illimité, à la seule condition de n'en pas abuser pour porter préjudice à son enfant (2). Impubère ou pubère, il importe peu, elle peut être mariée sans même être consultée ; si son consentement est requis, c'est en vertu d'une concession gracieuse (3) à laquelle, dans la rigueur du droit, rien n'oblige le père.

Le tuteur testamentaire (وَصِيّ) (4), véritable émanation du père de famille, aux droits et aux pouvoirs de qui il succède, jouit des mêmes prérogatives que lui, à quelques différences près. En effet, on s'est demandé, non sans raison, si le ouaci doit avoir été spécialement investi, par délégation, du droit de contrainte, ou s'il tire ce droit de sa qualité même. La Riçala résume ainsi la discussion : « Encore faut-il que le père se soit expliqué sur la contrainte, dans » son testament, et qu'il ait délégué son pouvoir. Sidi Khalil décide » que le ouaci est substitué au père, au point de vue de la con- » trainte, à deux conditions alternatives : il faut ou bien que le mari » ait été désigné, ou bien que le père ait donné, en termes généraux, » l'ordre de marier sa fille. »

(1) J'aurai à m'expliquer longuement sur la consommation physique du mariage (دُخُول), et sur les présomptions légales qui en tiennent lieu : séjour de la femme chez son mari pendant un temps déterminé, isolation (خَلْوَة) des époux dans un lieu, etc., etc.

(2) *Conf. supra* page 25, n° 2 ; page 28, n° 4 ; page 29, n° 5.

(3) *Conf. supra* page 23, 1°.

(4) Du verbe وَصَّى qui, à la première forme, signifie *joindre* ; et, à la 4^e, *donner mandat à quelqu'un par testament*. Le ouaci est le plus complet, le plus puissant des tuteurs, on pourrait presque dire le seul tuteur admis par les malékites. Il est suivant une expression pittoresque de Mohammed Kharchi, *la branche du père* (فِرْعَة), celui-ci étant considéré comme le tronc.

Mal le père est dévot, sans insister de telle testamentaire. Or, par le mot n'a pas pu le pouvoir le marier sa pupille, ou, enfin, il est dévot lui-même; comment les choses se passeront-elles? Dans ces diverses hypothèses, la tutelle statutaire est considérée comme vacante; la jeune fille ne peut être mariée avant sa puberté, et elle doit consentir au mariage. Ce principe ne souffre aucune exception que nous connaissons de, 1^o et qui se rapporte à l'appellation père.

Or, le voile. La vierge est tenue dans une dure sujétion. C'est à peine si on lui reconnaît le droit de réclamer le mariage lorsque le contraignant abuse de son droit pour lui imposer le célibat (2);

5^o La fille, impubère ou pubère, déflorée par accident (نُتِبَ بِعَرَضٍ); ce point n'a pas besoin de commentaire. La consommation d'un mariage au moins putatif anéantit seule la puissance paternelle. Un simple accident (3) ne peut pas avoir cette vertu, d'autant plus que l'on ne voit pas à qui, dans cette hypothèse, cette puissance serait transférée, et nous le savons (4), il y a, non pas anéantissement, mais transfert de pouvoir;

6^o La fille, pubère ou impubère, déflorée par fornication (نُتِبَ بِزْنِي), à moins qu'il ne s'agisse d'une femme coutumière du fait, à ce point que le voile de la pudeur soit descendu de son visage, comme le dit Abd-El-Ouahed; ici encore, le raisonnement est le même. La puissance paternelle ne peut être absorbée par la puissance maritale que par le fait du mariage; la fornication (5) ne saurait produire aucun effet de ce genre. Toutefois, lorsqu'une femme se livre habituellement au désordre, elle n'est plus digne d'aucun intérêt; elle est abandonnée à elle-même, avec d'autant plus de raison que c'est dans son intérêt exclusif qu'elle est *alieni*

(1) *Conf. supra* page 31, 7°.

(2) *Conf. supra* page 25, 2°.

(3) On entend par accident un mouvement violent, un saut, etc., etc., d'où est résultée la rupture de la membrane hymen (بُكَارَةٌ).

(4) *Conf. supra* 4°.

(5) Cet exemple serait suffisant pour prouver que le mot *zina* n'a pas le sens restreint d'*adultère*. *Conf. supra*, page 46, note.

aris, afin de la protéger contre les entraînements de la passion (1);

7° La femme impubère qui a été déflorée prématurément par son mari, — le mariage fût-il d'ailleurs irréprochable, — et qui a été répudiée ou qui est devenue veuve avant l'avènement de la puberté. C'est là une dérogation manifeste au principe en vertu duquel la consommation du mariage libère la femme de la contrainte. Mais cette exception n'a rien que de légitime. Malgré la tolérance des musulmans pour les unions ainsi consommées avant la nubilité de la femme, il est certain qu'elles sont condamnables à tous les points de vue, et ils n'ont point osé leur attribuer des effets juridiques. Il serait monstrueux de faire d'un véritable attentat à la pudeur le point de départ de la conquête de l'autorité maritale. D'autre part, serait-il admissible qu'un pareil abus de la chaste ignorance d'une jeune fille pût lui conférer le droit de disposer d'elle-même? Ce droit, reposant sur une présomption de discernement, ne prend naissance qu'au moment de la nubilité, lorsque le mariage s'est prolongé jusqu'à cette époque; à ce prix, le passé se trouve ainsi amnistié;

8° La femme, vierge ou non, atteinte de folie (مجنونة), avec les distinctions indiquées ci-dessus, à propos du mâle pubère (2);

9° La femme atteinte de faiblesse d'esprit (سفيهة), mais la question est controversée, comme pour le safih, et avec plus de raison encore. En effet, d'une part, la femme n'a que sa personne à livrer, tandis que le mari est astreint au paiement d'une dot. Donc, puisque le safih est libre de sa personne, puisque l'interdiction qui le frappe est purement chrématique, puisqu'il est, par conséquent, affranchi de la contrainte matrimoniale, ce que nous avons démontré (3), la safiha doit en être affranchie *a fortiori*.

D'autre part, la situation de la femme n'est pas comparable à celle de l'homme. Sans doute, celui-ci s'appauvrit par un mariage inconsidéré ou par une série de mariages suivis de répudiations;

(1) La Moudouana conteste cette dérogation aux principes généraux.

(2) *Conf. supra* n° 2.

(3) *Conf. supra*, page 50.

mais la femme compromet sa personne, plus précieuse que toutes les dots du monde, lorsqu'elle contracte une union indigne d'elle; elle touche une somme d'argent, il est vrai; elle s'enrichit; mais à quel prix! Donc il y a un intérêt sérieux à la soumettre à la contrainte matrimoniale, lorsqu'elle est safiha.

Cette dernière solution me paraît anti-juridique au dernier point. Jamais je ne consentirai à considérer la personne d'une femme comme un bien, dans le sens légal du mot. Or, un safih n'est qu'un interdit chrématique; sa personne est libre. Il faudrait trouver dans les auteurs musulmans une disposition formelle établissant une différence entre le safih et la safiha, et je le cherche en vain. Il y a mieux, le texte de Sidi Khalil me paraît d'une clarté parfaite: « Le père contraint la folle et la vierge, fût-elle vieille fille, à moins » qu'il n'unisse sa fille à un individu atteint d'un vice rédhibitoire, » tel qu'un eunuque, selon l'opinion la plus rationnelle (على الأصح); » il contraint également la *tseïb* lorsqu'elle est impubère, ou lorsqu'elle a perdu sa virginité par un accident ou par des relations » illicites; il y a deux opinions (1) sur le point de savoir si le droit » de contrainte subsiste quand la *zina* est répétée. Le père n'exerce » plus la contrainte dans le cas où le mariage est entaché de nullité; la femme fût-elle *safiha* (وَإِنْ سَفِيهَةً); il en est de même » pour la vierge que le père a émancipée (2), ou pour celle qui a » séjourné un an au domicile de son mari, niât-elle toute relation » avec lui (3). » Ce passage, que j'ai traduit en entier, parce qu'il résume la théorie de la contrainte, en ce qui touche le père, ne laisse subsister aucun doute; ce qui le rend obscur, sur le point qui nous occupe, ce sont, je ne crains pas de le dire, les commen-

(1) Mot à mot: deux interprétations (تاويلان). Sidi Khalil explique dans sa préface le sens qu'il attache à cette expression. Lorsqu'il s'appuie sur l'autorité de la *Moudouana* (recueil attribué à Ibnou Sahnoun), il fait suivre l'énoncé de la proposition du mot *فيها* (dans elle); lorsqu'il indique une opinion particulière à l'un des commentateurs de la *Moudouana*, il se sert du verbe *أول* (il a été interprète); enfin, quand ces commentateurs ne sont pas d'accord, et qu'ils ont, par exemple, donné deux interprétations du texte, il emploie le duel *تاويلان*.

(2) *Conf. supra*, page 23, 1°.

(3) *Conf. supra*, page 55, note 1, et *infra*, page 61, 12°.

taires oiseux des jurisconsultes. Pour moi, — ce n'est qu'une opinion personnelle — voici comment j'explique le texte de Sidi Khalil.

Nous l'avons vu (1), le père peut émanciper sa fille au point de vue du consentement à donner au mariage. Il se gardera, évidemment, de lui attribuer cette capacité, si elle est faible d'esprit (سَفِيهَةٌ); c'est à cette situation que Sid Khalil fait allusion. Il veut dire simplement : « Le droit de contrainte disparaît par le fait du » mariage, fût-il d'ailleurs entaché de nullité, que la fille ait été » trop faible d'esprit pour être émancipée, qu'elle ait reçu cette » émancipation spéciale (2), qu'elle ait séjourné un an chez son » mari, même sans avoir aucune relation physique avec lui. » D'où cette conséquence que la safiha proprement dite n'est pas en question ici, sa situation juridique étant identique à celle du safih. Et, en effet, sur quel fondement soutiendrait-on que la prodigalité est régie par des principes différents, suivant qu'il s'agit du safih ou de la safiha? Sans doute les prodigues sont plus nombreux chez les femmes que chez les hommes ; mais voilà tout.

10° La femme qui a été déflorée par la violence (لَوْغَصِبَتْ). Un enlèvement, un viol, ne peuvent évidemment conférer aucun droit légitime ; la contrainte subsiste, par conséquent, malgré la défloration dont la femme a été victime.

11° La femme qui a consommé un mariage illicite puni d'une peine fixe (3).

En droit musulman, comme dans toutes les législations, certains mariages sont prohibés (4). Tantôt celui qui viole cette défense s'expose à une peine plus ou moins sévère ; tantôt le mariage

(1) *Conf. supra*, page 23, 1°.

(2) *Conf. supra*, page 47, note 3. Les mots *safih* et *rachid* sont ici en opposition directe ; d'où un argument de plus en faveur de la thèse que je soutiens.

(3) J'aurais pu traiter cette question plus haut, à propos de la femme déflorée par fornication (n° 6), ou de celle qui l'a été par la violence (n° 10), car, dans les trois hypothèses, il s'agit toujours d'un fait de fornication. Mais l'espèce actuelle est intéressante, essentiellement musulmane, et, de plus, elle comporte certains développements qui trouveront mieux leur place sous une rubrique particulière.

(4) *Conf.* Code civil, art. 161, 162, 163. — Code Prussien, art. 935. — Code Suédois, art. 68. — Code Bavarois, art. 1^{er}, § 7, etc., etc.

contracté en fraude de la loi est simplement considéré comme entaché de nullité (1). Enfin, il peut arriver que la prohibition, non inscrite formellement dans la loi, proposée par les commentateurs réunisse les suffrages des quatre écoles orthodoxes ou soit l'objet de controverses entre elles.

Les mariages entachés de nullité, lorsqu'ils ont été consommés, ont pour effet d'anéantir le droit de contrainte, fût-on d'accord (وَلَوْ تَجَمَّعًا) sur leur caractère vicieux, à une seule condition : il ne faut pas que l'infraction dont les époux se sont rendus coupables soit de celles que la loi punit d'une peine fixe (2).

Prenons quelques exemples, afin de bien saisir ce concept juridique :

A. Un tétragame épouse une cinquième femme, et se met ainsi en contradiction manifeste avec la loi (3), se rend coupable du crime de fornication (4). Comme tel, il est puni de la lapidation (5). Le mariage n'a, bien entendu, aucune existence juridique. Dès lors, la femme, eût-elle été déflorée par son prétendu mari, retombe sous la contrainte matrimoniale de son père, un crime ne pouvant la rendre *sui juris*.

B. Une femme contracte un second mariage avant l'expiration de la retraite légale à laquelle elle est soumise après la dissolution de son premier mariage (6). Cette nouvelle union est prohibée par la loi. Les quatre écoles sont d'accord sur ce point ; mais les époux, s'ils ont eu des relations ensemble, ne sont passibles que d'une peine arbitraire (7). D'où cette conséquence, que le droit de contrainte est anéanti, la consommation n'étant qu'un fait délictueux, et conservant toute son efficacité libératoire à l'égard de la femme.

(1) Cette théorie sera exposée en détail à propos des *nullités du mariage*.

(2) La peine fixe (حَدّ) est celle que le Coran a établie et que le juge ne peut ni augmenter, ni atténuer. — La peine arbitraire (تأديب) est celle qui, n'étant pas fixée par le livre sacré, est laissée à l'appréciation du juge.

(3) *Conf.* Coran IV, 3.

(4) *Conf. supra*, page 46 ; note, page 56, note 2.

(5) *Conf.* Seignette, Code musulman, articles 1937, 1948.

(6) *Conf.* Coran II, 228, 231, 236.

(7) *Conf.*, ci-dessus, note 2.

C. Une femme malékite contracte mariage directement, sans l'intervention obligée d'un *ouali* (1). En droit malékite, ce mariage est nul ; Ed-Darkout'ni enseigne même que la femme est, dans ce cas, une véritable fornicatrice. Mais les Hanéfites, plus tolérants, admettent la parfaite validité de l'union ainsi contractée. Cette controverse entre deux écoles suffit pour affranchir la femme de la contrainte, dès qu'il y a eu cohabitation entre les deux époux.

12° Une vierge occupe, pendant une année (2), à partir de sa puberté, le logement qui lui est affecté dans la maison de son mari (إِذَا أَفَامَتْ بَبَيْتِهَا عِنْدَ زَوْجِهَا); le mariage est dissous; il résulte de ce séjour une présomption légale que le mariage a été physiquement consommé, et le droit de contrainte se trouve aboli. Cette présomption est si forte qu'elle résiste même à la déclaration de la femme protestant qu'elle n'a eu aucune relation conjugale avec son mari. D'où, à *contrario*, si le séjour a été moindre d'un an, le maintien du droit de contrainte au profit du père, quand, bien entendu, la femme affirme qu'elle n'a pas eu de relations avec son mari.

Ce délai d'un an ne court évidemment que de la puberté de la femme (3), aucune présomption de ce genre ne pouvant se produire avant la puberté.

B. Hanéfites. — Dans l'École hanéfite, on ne fait aucune différence entre les deux sexes, et quiconque dispose de ses biens à la libre disposition de sa personne (4).

Ainsi, le droit de contrainte s'exerce sur :

1° Le mâle impubère ;

(1) *Conf. infra*, v° *Ouali*.

(2) *Conf. Accarias, Précis de droit Romain, I, page 280, sur l'usus.*

(3) *Conf. supra*, page 57, 7°.

(4) *Conf. supra*, page 41, note 2. Comme cet ouvrage est spécialement destiné à présenter la doctrine malékite sous une forme scientifique, et comme je ne me suis proposé d'exposer, de la doctrine hanéfite, que les points par lesquels elle diffère essentiellement de la première, je serai très sobre dans mes explications, en ce qui touche la seconde ; leur donner, à toutes deux, les mêmes développements, ce serait les fausser toutes deux, car les Hanéfites ont adopté une méthode, un classement, une terminologie qui ne ressemblent en rien à la méthode, au classement, à la terminologie malékites.

2° Le mâle pubère frappé de folie, et qui n'a pas d'intervalles lucides (مُغْلُوب) ;

3° La fille pubère frappée de folie, dans les mêmes conditions que le mâle.

Quant au safih, sa situation est réglée d'une façon bien plus rationnelle que dans l'École malékite. Il n'est jamais soumis à la contrainte matrimoniale, ce qui est conforme aux principes, l'impubère et le pubère frappé de folie étant seuls contraignables. Le mariage qu'il contracte est toujours valide, car il use en se mariant d'un droit dont rien ne peut le dépouiller. Il est simplement astreint à ne pas constituer une dot supérieure à la dot d'équivalence (1), sous peine de réduction.

14. ÉTENDUE DU DROIT DE CONTRAINTE. — Les explications qui précèdent démontrent que le droit de contrainte ne mérite, ni chez les Malékites, ni surtout chez les Hanéfites, les critiques dont il a été l'objet. S'il a produit des victimes, la faute en est à l'abus qui en a été fait, dans des espèces spéciales. Organisé à titre de protection, au profit des faibles, il ne doit jamais les opprimer.

S'agit-il d'un impubère — et l'impubère seul, est contraignable, — il faut des motifs bien puissants pour lui imposer un mariage prématuré, lui qui est inhabile à le consommer. La loi est d'ailleurs hostile aux mariages dont la consommation est différée (2) ; elle condamne, en général, les contrats qui ont un caractère aléatoire ; or, à quels hasards ne s'expose-t-on pas, en violentant ainsi les sentiments d'un être qui usera de sa première heure de liberté pour secouer le joug d'une union détestée ? Et puis, à défaut de répudiation, la mort ne brisera-t-elle pas, avant même qu'ils aient acquis toute leur solidité, des liens déjà fragiles par eux-mêmes ? Il faut donc que le mariage imposé à l'impubère mâle lui procure un avantage dont il reconnaîtra lui-même, un jour, l'importance ; hors de là, la contrainte est abusive. Elle est, pour tout dire, si faible en ce qui le concerne que, nous l'avons vu, il lui est permis de contracter mariage de sa propre autorité, pourvu qu'il ne fasse pas une œuvre déraisonnable.

La situation de la femme est toute différente. Elle demeure con-

(1) *Conf. infra*, pour la dot d'équivalence, v° Dot.

(2) *Conf. infra*, v° Nullités du mariage.

aignable, lors même qu'elle est devenue pubère ; dans la plupart des cas, elle pourra être conduite immédiatement sous le toit du mari que la prudence de son père lui aura choisi. Sans doute, rien n'empêche ce dernier de la marier d'autorité, avant l'avènement de la puberté. Mais ici l'*alea* est bien moindre. D'abord, la femme ne dispose jamais de l'arme redoutable de la répudiation. Et puis, la faiblesse de son sexe la rend plus docile ; son éducation même la porte à subir l'ascendant d'autrui. Elle versera des larmes, et elle se résignera d'autant plus facilement que son malheur est sans remède. Aussi, pour elle, suffit-il qu'elle ne soit victime d'aucun préjudice grave. La protection de la loi s'arrête là.

Tel est le concept malékite. Les Hanéfites considèrent, il est vrai, le droit de contrainte comme l'apanage de tous les successibles, dans l'ordre même où ils touchent leur émolument. Mais le contraignant conquiert son autonomie dès l'avènement de la puberté, sans distinction de sexe. Il y a mieux : lorsque l'enfant n'a pas été marié par son père ou par son grand-père, on lui accorde un recours dont j'ai déjà parlé (1), et qui sauvegarde sa liberté.

Dans quel cas l'union imposée à la femme sera-t-elle désavantageuse ? Les deux écoles ont pris soin de préciser les hypothèses dans lesquelles il en est ainsi. De là une série d'atténuations dont le droit de contrainte est l'objet. Ainsi, le contraignant compromettrait son droit s'il mariait la contraignable :

- 1° A un eunuque (طواشي) ;
- 2° A un malade (مريض), tel que le lépreux (ابرص), à un éléphantiasique (مجذوم) ;
- 3° A un fou (مجنون) ;
- 4° A un esclave (عبد) ;
- 5° A un infidèle (كافر) ;
- 6° A un noir (وصيف) ;
- 7° A un individu de condition inégale (غيركفو) ;

(1) *Conf. supra*, page 41, note 2. C'est ce que les auteurs hanéfites appellent l'*option de puberté* (خيار البلوغ). Nous aurons l'occasion d'y revenir avec plus de détails.

Mais, ce n'est pas seulement en imposant à sa fille un mariage désavantageux que le père lui inflige un préjudice grave; c'est encore en la soumettant à une sorte de contrainte négative. De là deux nouvelles atténuations à ajouter à la liste qui précède :

8° S'il refusait systématiquement toutes les demandes de mariage qui lui seraient adressées ;

9° S'il s'éloignait à dix jours de marche de la résidence de sa fille, dans le but de paralyser celle-ci dans ses projets de mariage.

Quelques explications sont nécessaires pour rendre cette nomenclature intelligible :

1° Marier sa fille à un ennuqué, c'est lui porter un grave préjudice; aussi doit-elle consentir formellement à une pareille union (1);

2° Lorsque le mari imposé est atteint d'une maladie répugnante, le préjudice, pour être moindre, n'en existe pas moins, et le consentement de la femme est nécessaire (1);

3° Une maladie mentale produit les mêmes effets qu'une maladie physique (1);

4° Ici, c'est la position sociale de la femme qui est en péril. L'intérêt est le même, car elle souffre un préjudice dans sa personnalité morale (2);

5° Un mariage de ce genre est absolument interdit. Un musulman peut épouser une chrétienne ou une juive; mais la réciproque n'est pas admise (3). Dans le cas peu probable où un contraignant violerait ainsi la loi religieuse, la contraignable aurait non-seulement le droit, mais le devoir de protester avec d'autant plus de raison qu'elle ne pourrait pas, si elle était *sui juris*, contracter une union de ce genre (4).

Il en serait de même, *à fortiori*, si l'on prétendait la contraindre à épouser un apostat (مُرْتَدّ);

(1) *Conf. supra*, page 29, 5°.

(2) *Conf. supra*, page 28, 4°.

(3) Coran, V. 7.

(4) Le mot *Kafir* (كافر) de كَفَرَ (cacher, nier, renier Dieu) a une signification très complexe, sur laquelle nous reviendrons. Toutefois il semble comprendre à la fois le juif, le chrétien et le mage. Ainsi Kharchi, commentant ces mots de Khalil « وَاخْتَارَ الْمُسْلِمُ أَرْبَعًا » qui se rapportent à l'infidèle qui s'islamise, dit

6° Les musulmans considèrent les noirs comme inférieurs aux blancs. Ce préjugé est excusable, car les nègres qui ont vécu parmi eux, aux premiers temps de l'islamisme, étaient tous esclaves ou affranchis.

7° Les unions assorties sont une des précautions principales des musulmans. L'égalité, à leurs yeux, consiste surtout dans celle des sentiments religieux ; les deux époux doivent encore, au besoin, occuper le même rang, mais c'est là un intérêt secondaire à leurs yeux : « L'égalité, dit Sidi Khalil, c'est la religion (دين) et le caractère général (حال) ». Et, Mohammed Kharchi, commentant ce passage, s'exprime ainsi : « L'égalité, c'est l'action d'être semblable » (مُفَارِبَةٌ), l'action d'avoir de la ressemblance (مُتَمَائِلَةٌ), l'action d'être ferme dans la religion (تُدَيْتِيْن), de ne pas être *fasik* (فَاسِقٌ). »

De plus, malgré son dédain pour les biens de ce monde, la loi n'admet pas qu'une fille riche soit recherchée par un homme pauvre ; cette inégalité est considérée comme dangereuse pour la femme. Un pareil mariage doit donc être évité avec soin.

Au surplus, les auteurs démontrent, par les exemples mêmes qu'ils donnent, que la solidité des croyances religieuses est le principal fondement d'une union bien assortie. Ainsi un affranchi (مَوْلَى) peut valablement épouser une femme d'origine arabe (عَرَبِيَّة) ; un homme de basse condition, une femme de haute

expressément : « الكَافِرُ الْكِتَابِيُّ أَوِ الْمَجْرُوسِيُّ » *Le Kafir, qu'il soit homme du livre (juif ou chrétien) ou medjousi*. D'où cette conséquence que le *Kafir* est, d'une façon générale, celui qui n'a pas encore cru, l'infidèle, par opposition au fidèle (مُؤْمِنٌ), à celui qui a cessé de croire (مُرْتَدٌّ) (*Conf.* Coran, v. 59), et à celui dont la foi est chancelante (فَاسِقٌ) (*Conf.* Coran, XXXII, 18 et suivants). Le mot *fasik* signifie littéralement *le transgressant*. Ainsi, il y a cinq animaux nuisibles que l'on peut tuer sans péché pendant l'Ibram ou pendant la prière : le rat, le milan, le chien qui mord, le serpent et le scorpion ; on les appelle *les cinq animaux* (الْحَيَوَانَاتُ الْخَمْسُ) ou en un seul mot : *les transgressants* (الْبُؤَاسِقُ) (*Es-Soyouti*).

condition (شريفة) (1); un individu de condition inférieure (افل), une femme d'une condition plus élevée. On agite même la question de savoir si l'union d'un esclave et d'une femme libre est inégale, mais l'affirmative semble réunir les suffrages les plus nombreux (2);

8° Une fille ne peut pas être condamnée au célibat par la volonté tyrannique de son père. La contrainte lui donne bien le droit de lui imposer un mari, ou de refuser son consentement à une union qu'il juge désavantageuse, mais là s'arrête son pouvoir (3). Il est certain, d'ailleurs, que, si le père se bornait à éconduire un ou deux prétendants, il ne serait pas considéré comme abusant négativement du droit de contrainte. Sidi Khalil le dit expressément :

« Le père ne peut empêcher la vierge de se marier (وَلَا يَعْغُلُ أَبٌ بَكَرًا) »
» en repoussant itérativement (بِرَدِّ مُتَكَرِّرٍ) les prétendants. » Il est indispensable, d'après le même auteur, que cette malveillance systématique du père soit vérifiée avec soin (حَتَّى يُتَحَقَّقَ). Le commentaire de Kharchi ne laisse aucun doute à cet égard : « Le père » n'est pas regardé comme mettant obstacle au mariage de sa fille » contraignable, lorsqu'il repousse un ou deux prétendants... » La sollicitude, la tendresse sont des vertus propres à un père; » une fille ignore son intérêt propre. Il peut arriver que le père » soit fixé non seulement sur la position de sa fille, mais encore » sur celle d'un prétendant, et sache ce qui convient le mieux à la » première. Il faut donc que le préjudice qu'elle pourrait souffrir » soit vérifié exactement; l'est-il, le juge dit au père : Marie ta » fille, sinon je la marierai moi-même, contre ton gré (عليك). »

(1) Il faut se garder de prendre le mot *chérif* dans son acception moderne. Il n'y avait ni noblesse religieuse, ni noblesse d'épée aux premiers temps de l'islamisme. Il suffit de lire la définition que donne Dsouki du *non-chérif* (غَيْرِ الشَّرِيفِ), pour s'en convaincre : « C'est l'homme de basse condition (ذَنِّي) par lui-même, comme le nouveau converti (المُسْلِمَانِي), ou par son métier (جِرْفَة), comme le balayeur (زَبَال), l'ânier (حَمَّار), le barbier (حَلَّاف). »

(2) *Conf. supra*, page 28, 4°.

(3) *Conf. supra*, page 18, note.

9° En thèse générale, lorsque le père, sans y mettre aucune intention malveillante, ne s'éloigne que de dix jours de marche de son domicile, il est considéré comme un *absent rapproché* (1). Comme tel, il continue à exercer la puissance paternelle; il peut, à son retour, rompre le mariage contracté en fraude de son droit de contrainte, sa fille eût-elle même enfanté. C'est là, je le reconnais, une arme redoutable que l'on place entre les mains du père de famille. Mais ne serait-il pas exorbitant de l'obliger à un pareil mariage? Eh! quoi, sa résidence est conque, et on a passé outre sans l'avertir! Une distance de quatre cent quarante kilomètres (2), en plein pays musulman (3), n'est pas assez considérable pour qu'un messenger ne puisse pas facilement la franchir. Et pourquoi ne pas attendre le retour du père?

Il est certain, d'ailleurs, que, dans un cas urgent, lorsque l'intérêt du contraignant ou celui de la contraignable le commande, l'absence rapprochée du premier autorise le frère, l'oncle, le grand-père de la femme, ou même le juge, à marier cette dernière. Mais, que l'on ne s'y trompe pas, elle devra consentir à ce mariage.

(1) Un individu est absent: 1° dans le sens vulgaire du mot, lorsque, pour un motif quelconque, il réside hors de son domicile ordinaire, lorsqu'il est invisible (غائب). Le verbe غَاب s'applique, par exemple, au soleil qui est descendu au-dessous de l'horizon. Le *r'aïb* n'est donc pas la personne qui a cessé de paraître à son domicile sans qu'on sache ce qu'elle est devenue; c'est le *non-présent* de l'art. 840 du Code Civil. En effet, si le soleil n'est plus visible, il n'est pas perdu, on connaît même sa position. Lorsque le *r'aïb* réside à dix jours de marche environ de son domicile, il est dit *rapproché* (قريب); au delà, il est *éloigné* (بعيد). Lorsque, absent rapproché ou éloigné, il a opéré un changement de domicile (استيطان), on dit de lui que *son retour n'est plus espéré* (لا يُرجى فُردُهُ); dans le cas contraire, son retour est espéré. De là, des conséquences différentes; 2° il est absent, dans le sens juridique du mot, quand on ignore s'il est mort ou vivant, quand il est perdu (بُفِدَ), quand il est prisonnier de guerre (أسر). Dans ce cas, *il descend au rang d'un mort*.

(2) La journée de marche (مَسِيرَة) est de deux *berids* (بُرِيد, pl. بُرُود). Le *berid* équivaut à 22,040 mètres. Dix journées de marche = 440 kil. 80 m.

(3) C'est à peu près la distance qui sépare Alger d'Oran ou de Constantine.

Quant au père, à son retour, il devra le ratifier, s'il n'en résulte aucun préjudice pour lui. On se demande seulement si la ratification est valable à quelque époque qu'elle se produise. Hamdis exige qu'elle suive de près le contrat; Abou A'mran, plus tolérant, la déclare toujours efficace.

Mais, et c'est là l'hypothèse que nous examinons, si le père s'éloigne à dessein de son domicile, pour paralyser les projets de mariage de sa fille, il perd le droit de critiquer l'union ainsi contractée en son absence (1), surtout s'il a été l'objet d'une mise en demeure préalable (لِزَام). Il est traité, disent les auteurs, comme si, présent, il mettait systématiquement obstacle à l'établissement de sa fille (2).

S'agit-il d'un *absent éloigné* (3), une distinction est nécessaire. Y a-t-il eu, de sa part, changement de domicile (4), n'espère-t-on

(1) Il est à remarquer que si le père provoque l'annulation du mariage physiquement consommé, le droit de contrainte s'éteint. *Conf. supra*, p. 67.

(2) *Conf. supra*, p. 66, 8°.

(3) *Conf. supra*, p. 67, note 1. L'absent éloigné est celui qui a mis entre son domicile d'origine (سَكْنَة) et sa résidence accidentelle (إِفَامَة) une distance (مَسَافَة) égale à un mois de marche, d'après la majorité des auteurs, — à trois mois de marche, d'après quelques jurisconsultes.

(4) Le mot إِسْتِيْطَان signifie proprement *l'action de choisir un domicile*, que l'on n'en ait pas pour le moment, ou que l'on se propose de changer celui que l'on a. Mais il est évident qu'ici il s'agit d'un véritable changement de domicile dans les termes des articles 103, 105 du Code Civil, la preuve de l'intention dépendant des circonstances. Mohammed Kharchi déclare qu'une simple présomption (مُظَنِّتَة) serait insuffisante.

Il est d'ailleurs facile de justifier philologiquement le sens que j'attribue aux mots : إِسْتِيْطَان, سَكْنَة, إِفَامَة. Le verbe وَطَّن a toujours besoin d'un complément pour avoir une signification précise. Ainsi, dans le Coran (IX, 25), on lit : « Dieu vous a secouru sur de nombreux champs de bataille (مَوَاطِن). » Or, on n'habite pas un champ de bataille, on y séjourne temporairement. Jorjani, à son tour, nous fournit les deux expressions suivantes : وَطَّن الإِفَامَة, الوَطْن الأَصْلِيّ, qu'il définit ainsi : « lieu de naissance, — lieu où quelqu'un va et vient pendant quinze jours ou plus, sans s'y fixer. »

us son retour, par conséquent, n'a-t-il, en outre, constitué aucun mandataire, le juge autorise le mariage, lorsqu'il en est requis par le contraignable; car, ajoute Derdiri, il est le représentant de l'absent. Il est à peine utile d'ajouter que la femme doit consentir à cette union, ce qui est la négation même de la contrainte; celle-ci ne subsiste qu'à un point de vue: l'autorisation du *cadi* est nécessaire, le père, titulaire de la contrainte, communiquant ainsi au *mufti* une portion de son pouvoir.

L'absent éloigné n'a-t-il opéré aucun changement de domicile; borne-t-il, par exemple, à voyager pour les besoins de son commerce; espère-t-on par conséquent son retour, personne n'a qualité pour se substituer à lui; il convient d'attendre qu'il soit revenu à son domicile d'origine, à moins, toutefois, qu'il ne prolonge malicieusement son absence; dans cette dernière hypothèse, il est procédé comme nous l'avons dit plus haut à propos de l'absent approché qui s'éloigne dans le but de condamner sa fille au célibat.

Avant de quitter cet important sujet, il n'est pas inutile de remarquer que, dans les diverses hypothèses qui précèdent, le droit de la contrainte est tantôt atténué, tantôt aboli.

L'enfant soumis à la contrainte conquiert le droit de saisir la justice de l'abus dont il est victime.

Veut-on le marier à un eunuque, à un malade, à un fou, à un esclave, à un infidèle, à un noir, à un individu de condition inégale à la sienne, le *Cadi* rompt le mariage projeté, et le père n'en demeure pas moins investi de son droit de contrainte pour imposer à l'enfant une union convenable; il ne serait privé irrévocablement de ce droit que s'il s'entêtait à en user contre les intérêts de la contraignable.

Le mot *سَكْنَة*, au contraire, paraît comporter, à lui seul, le sens de *patrie* de *domicile d'origine*, s'il faut s'en rapporter à ce passage d'un *haddis* :

« *إِسْتَفِرُّوا عَلَى سَكِنَاتِكُمْ بَعْدَ أَنْفَطَعَتِ الْهَجْرَةَ* » Demeurez dans vos habita-

» tions, car l'émigration est finie. » Le verbe *سَكَنَ* implique la notion de repos, de quiétude, de sécurité; or, où trouver la sécurité parfaite, si ce n'est *chez soi* ?

Dans le même ordre d'idées, le mot *سَكْنَة* a le sens caractéristique de *cou*, parce que le cou est l'attache de la tête. Un poète arabe a dit : « D'un coup qui sépare

» les têtes de leurs lieux de repos (عَنْ سَكِنَاتِهِمْ). »

Se refuse-t-il systématiquement à marier l'enfant, le droit de contrainte est anéanti dans sa personne.

Il est d'ailleurs loisible au père de limiter lui-même l'étendue de son droit, en ce sens qu'il peut prendre l'avis de sa fille pubère, bien que rien ne l'y astreigne. La loi est favorable à cette pratique, et, dans ce cas, la jeune fille doit se prononcer librement, sans subir aucune influence (التَّخْيِيرُ مِنْ غَيْرِ اِرْجْحِيَّةٍ), d'après la Riçala (1).

Lorsque le père abuse de son droit ou néglige de l'exercer, il y a présomption légale qu'il y a renoncé, et le Cadi lui est substitué; mais alors l'enfant doit toujours être consulté (2).

15. DÉLÉGATION DE POUVOIR EN MATIÈRE DE CONTRAINTE. — NOUS l'avons vu (3), dans le cas où le contraignant est éloigné de dix jours de marche de son domicile, le frère, l'oncle, le grand-père de la femme, et même le juge, sont autorisés à marier la contraignable, pourvu qu'il n'en résulte aucun préjudice, soit pour le contraignant, soit pour la contraignable; et, dans cette hypothèse, le père est tenu de ratifier le mariage.

Ce n'est pas là, à proprement parler, une délégation de pouvoir (4); c'est une véritable gestion d'affaires.

Mais le père peut déléguer son pouvoir, expressément ou tacitement (5), à un parent ou même à un étranger. Il ne faut pas perdre de vue, toutefois, que le fait de confier, d'une façon générale, l'administration de ses affaires à un tiers, n'implique pas la dé-

(1) *Conf. supra*, p. 23, 1°.

(2) *Conf. supra*, p. 25, 2°; p. 28, 4°; p. 29, 5°.

(3) *Conf. supra*, p. 67, 9°.

(4) Nous avons déjà rencontré sur notre chemin le mot تَفْوِيض (conf. p. 17, 2°). C'est, littéralement, l'action de commettre quelque chose à la discrétion d'autrui. Le verbe فَوَّضَ (2° forme) n'est employé qu'une seule fois dans le Coran (XL, 47), mais d'une façon caractéristique: « Vous vous souviendrez alors de mes paroles; quant à moi, je me confie tout entier en Dieu, qui voit les hommes. »

(5) Mohammed Kharchi dit: « L'action de confier ses intérêts à autrui a lieu ou » par une formule ou par l'usage (بِالصِّيغَةِ أَوْ بِالْعَادَةِ). La formule donne bien la notion de délégation formelle; l'usage est quelque chose de plus que la délégation tacite. عَادَةٌ c'est ce à quoi on retourne, on revient. Il n'en est pas moins vrai que les deux expressions sont en opposition marquée.

légation de la contrainte; en d'autres termes, le mandat doit être spécial; faute de quoi, la ratification du mandant est exigée.

Quant à la mère, lorsque, investie de la tutelle testamentaire, elle exerce la contrainte, nous savons qu'elle ne marie que ses enfants mâles (1). Pour le mariage de ses enfants du sexe féminin, elle est tenue de subir l'intermédiaire d'un délégué; d'où cette conséquence bizarre que le délégué confère un pouvoir plus étendu que celui dont il est investi lui-même, et que le délégué est plus puissant que le déléguant.

Je rappelle, pour mémoire, que le tuteur testamentaire est un véritable délégué, qu'il a besoin d'un mandat spécial, en ce sens que le père doit au moins le charger de marier la contraignable, si, ce qui est plus régulier, il n'a pas désigné le mari dans son testament.

Il arrive même que le ouaci exerce la contrainte du vivant du père, lorsque celui-ci, trop âgé pour s'occuper de ses affaires, sentant sa fin approcher, met, avant sa mort, son délégué en fonctions.

Je devrais, afin de ne rien omettre, parler ici de la délégation de pouvoir à laquelle l'esclave est astreint; mais je réserve ce point jusqu'au moment où nous étudierons spécialement le mariage des esclaves.

16. VOIES DE RECOURS. — Le contraignable, lésé par un abus de pouvoir du contraignant, porte ses doléances devant le juge. A l'occasion de toutes les difficultés qui surgissent en cette matière, l'impubère lui-même a une capacité suffisante pour ester en justice. Le cadi tient sa compétence de la loi; elle est souveraine, et il ne faut pas s'en étonner, car il est le surveillant légal de toutes les tutelles (2).

Jusqu'ici, nous n'avons rien dit de la mère, parce qu'elle ne joue aucun rôle actif dans la famille musulmane; c'est à peine si, dans une espèce unique, elle exerce le droit de contrainte (3). Le plus souvent, ses enfants sont mariés sans même que l'on daigne la consulter. Cependant, les lois de la nature sont si fortes, que les jurisconsultes arabes, malgré leur respect pour la toute-puissance de l'homme, n'ont pas osé priver la mère de tout contrôle sur les

(1) *Conf. supra*, p. 40 et 41.

(2) En droit musulman, le père n'est que le premier des tuteurs.

(3) *Conf. supra*, p. 41.

actes du père, lorsqu'il s'agit du bonheur de sa fille: « A la mère » dit Sidi Khalil, le droit d'opposition (تَكَلَّمَ), lorsque le père veut donner sa fille riche à un prétendant pauvre (1). »

Mais, le croira-t-on, cette chétive satisfaction accordée à l'amour maternel est l'objet de vives controverses (2), dont on pourra ap

(1) Il m'est impossible de comprendre comment Perron (*Précis de jurisprudence musulmane*, II, p. 364), qui était un arabisant de première force, s'y est pris pour traduire ainsi ce passage: « La mère a le droit de récriminer, si le père veut marier leur fille, d'ailleurs pauvre, mais recherchée en mariage, à un individu dans l'indigence. » A-t-il été induit en erreur par quelque manuscrit incorrect ?

Il est difficile de l'admettre, car il aurait fallu que son texte portât مُعَسَّرَةٌ, qui signifie pauvre, au lieu de مُوسِرَةٌ, riche, que portent tous les manuscrits. Le verbe

يَسِّرُ comporte la notion de facilité, de commodité. C'est ainsi qu'il est employé dans le Coran (LXXIII, 20): « Lisez donc dans le Coran ce qu'il vous sera facile d'en lire, » c'est-à-dire: « Ne lisez que ce qui vous profitera, ne surchargez pas votre mémoire sans profit pour votre intelligence. » C'est encore le sens du dicton connu: « O Dieu, facilite-moi les choses, ne me les rends pas pénibles »

(رَبِّ يَسِّرْ لِي أَعْسَرَ). » Au surplus, le commentaire de Kharchi ne laisse au-

cun doute sur la signification du mot مُوسِرَةٌ (Conf. la note suivante). A ce propos, je relève, dans l'admirable édition de Sidi Khalil publiée par la Société asiatique (Paris, imprimerie nationale, 1877), une légère incorrection qui a échappé à la sagacité de M. Gustave Richebé: مُوسِرَةٌ est écrit مُوسِرَةٌ, ce qui n'a pas de sens. En effet, le verbe أَسْرَأَ, qui donne مُوسِرَةٌ au participe présent de la 4^e forme, signifie charger de fers, réduire en esclavage. Il est possible, toutefois, que le savant orientaliste, se conformant à la méthode arabe, ait hamzé le ouaou pour rappeler qu'il n'est que permutatif ici; mais cette pratique vicieuse a été condamnée par tous les grammairiens modernes. En somme مُوسِرَةٌ signifie: « qui est à son aise. »

(2) L'occasion est bonne pour donner au lecteur la physionomie d'un commentaire musulman. Que l'on ouvre au hasard un volume de Mohammed Kharchi, la page sur laquelle on tombera présentera invariablement l'aspect suivant:

1^o En tête, dans un angle, une invocation pieuse, toujours la même;

2^o En marge, des indications sommaires résumant, presque ligne par ligne, la matière traitée;

3^o Dans le corps de la page, — sans alinéas, sans ponctuation, sans espaces, sans initiales, sans majuscules pour les noms propres, sans guillemets pour les citations, la pagination remplacée par des réclames ou par des signatures, — le commentaire de Kharchi, au milieu duquel se détache, par menus fragments, le texte de Sidi Khalil écrit en caractères d'un calibre plus grand. Dans les manuscrits soignés, on se sert, pour le texte, d'une encre différente, rouge, bleue, vio-

précier la valeur par la lecture de la note ci-dessous. Il est certain, au moins, que la mère est armée d'un *veto*, lorsque le père veut imposer à sa fille une union qui lui porterait préjudice à un titre

lette. Chaque fragment de Sidi Khalil est précédé de la lettre **ص** (abréviation de **نُص**, texte), et suivi de la lettre **ش** (abréviation de **شُرْح**, explication).

Voici, par exemple, texte et commentaire, le passage dont nous nous occupons en ce moment :

T. Et à la mère, le droit d'opposition, lorsque le père marie sa fille riche recherchée par un homme pauvre; et Ibnou El-Kassim refuse à la mère le droit d'opposition, à moins qu'il ne s'agisse d'un préjudice manifeste. On se demande si Ibnou El-Kassim est en désaccord avec Malik sur ce point; il y a deux interprétations à cet égard. **C.**

Voici le texte de la Moudouana : Une femme vint trouver Malik et lui dit : « J'ai » une fille dans mon giron; elle est riche; elle est recherchée en mariage, et son » père prétend la marier à son neveu, lequel est pauvre, dénué de ressources au mi- » lieu des hommes, dépourvu de tout bien. Ai-je, d'après toi, le droit de m'y op-

» poser ? » — L'imam répondit : « Oui, quant à moi, certes, je vois (لَأَرَى) un droit » d'opposition pour toi. » Nous aussi, nous sommes pour l'affirmative et non pour la négative; car, autrement, la réponse de Malik ne se comprendrait pas. En effet, interrogé par cette femme sur le point de savoir si elle avait un droit d'opposition, il lui dit : « Oui », puis, insistant, il ajouta qu'il voyait pour elle le droit d'oppo-

sition. Celui qui a lu : « Et je ne vois pas (لَا أَرَى) », attribuant ainsi une réponse négative à l'imam, a mal compris ses paroles, car il a dit d'abord : « Oui », et la suite de son discours n'aurait pas de sens, puisqu'il impliquerait contradiction. Ibnou El-Kassim déclare qu'il a vu admettre le droit d'opposition dans d'autres cas que celui où il y a dommage manifeste pour la fille. On n'est pas d'accord sur le point de savoir si l'opinion d'Ibnou El-Kassim est d'accord avec celle de Malik ou non. Les uns pensent qu'il y a désaccord entre eux, et Sahnoun est de ce nombre; il apprécie ainsi le dire d'Ibnou El-Kassim : « Cet auteur, lorsqu'il » parle de préjudice, entend par là un préjudice considérable, et la pauvreté n'est » pas dans cette catégorie, d'après lui. » Les autres soutiennent qu'il y a accord entre eux, et peut-être Ibnou El-Kassim, lorsqu'il a exclu ainsi la pauvreté, n'avait-il pas en vue la pauvreté pénible, préjudiciable; peut-être accorde-t-il le droit d'opposition à la mère dans le cas où le neveu dont il est question ci-dessus est pauvre par comparaison avec la fortune de la femme, d'une pauvreté susceptible de porter préjudice à celle-ci, eu égard à sa grande richesse; peut-être encore accorde-t-il le droit d'opposition après la conclusion du mariage, tandis que Malik ne le concède qu'avant le mariage, refusant ainsi à la mère le pouvoir de faire annuler le mariage, etc., etc.

On le voit, toute cette controverse repose sur un *alif* de plus ou de moins. Malik a-t-il dit : **لَأَرَى**, employant l'adverbe d'affirmation **لَ** joint au verbe; ou bien a-t-il employé l'adverbe négatif **لَا** suivi du verbe **أَرَى**?

quelconque. La mère n'aurait évidemment pas le pouvoir de faire rompre un mariage déjà consommé ou simplement contracté; le texte ne se prête pas à une pareille interprétation : « la fille riche » *recherchée* par un homme pauvre (الموسرة الهرغوب فيها), dit S. Khalil. Mais, lorsqu'elle verra le père décidé à passer outre, malgré ses observations, elle saisira le *cadi* du litige, et celui-ci prononcera en se déterminant d'après les circonstances de fait. La consultation de Malik prouve encore que la mère, même répudiée, est admise à user de cette voie de recours.

Telle est la théorie malékite. En résumé, la contrainte exercée légalement a tous les effets juridiques du consentement qui sera librement donné par les conjoints. Le mariage ainsi conclu est valable, et ne peut être l'objet d'aucun recours de la part de l'enfant postérieurement affranchi de la contrainte.

Il n'en est pas de même chez les Hanéfites. Comme cette école admet la délégation du droit de contrainte aux parents, dans l'ordre successible, il convient d'établir une différence entre les effets qu'il produit, suivant qu'il est exercé par le père ou par les autres parents.

S'agit-il du père ou du grand-père, la présomption d'affection ou de désintéressement ne laisse ouverture à aucun désaveu subséquent de la part des enfants.

S'agit-il des autres parents, les auteurs sont divisés. Abou Yousef sacrifie la présomption d'affection à la rigueur des principes; à ses yeux, quel que soit celui qui a usé du droit de contrainte, le mariage est à l'abri de toute critique.

Abou Hanifa, au contraire, soutient que la présomption d'affection s'affaiblit à mesure que l'on s'éloigne du père; la mère elle-même lui est suspecte, en raison de la faiblesse de son jugement quant au *Cadi*, sa qualité d'étranger le rend suspect au premier chef. Aussi autorise-t-il l'enfant, marié par tout autre que par son père ou son grand-père, à opter, lorsqu'il est affranchi de la contrainte, entre le maintien ou la demande d'annulation du mariage. Ce droit d'option (خيار) lui est ouvert tant qu'il n'est pas présumé avoir acquiescé à l'union contractée pour lui (1).

(1) Les Malékites n'admettent le droit d'option que dans un cas unique. Lorsqu'un impubère, en contractant mariage *motu proprio*, se soumet, au profit de la femme, à des conditions particulières que ratifie le contraignant, ou lorsque

17. EXTINCTION DU DROIT DE CONTRAINTE. — Nous connaissons les atténuations dont le droit de contrainte est susceptible. Il reste à déterminer les cas dans lesquels il s'éteint, qu'il ait été exercé ou non ; le tableau suivant en présente la nomenclature complète. Ce ne sont, à peu de chose près, que les applications des principes qui précèdent.

Dans l'École malékite, le droit de contrainte s'éteint :

1° *Pour les enfants mâles :*

a. Par l'avènement de la puberté, lorsque le contraignable n'est pas atteint d'une démence constitutionnelle, née avant la puberté, et n'offrant pas d'intervalles lucides (1). En effet, si la folie se déclare après la puberté, on prononce l'interdiction de l'insensé ; mais la tutelle sous laquelle il est placé est purement chrématique ; il n'est plus contraignable, en raison de sa qualité de pubère. A-t-il, alors, des intervalles lucides, rien ne s'oppose à ce qu'il contracte mariage, *motu proprio*, sauf à son tuteur à exercer une contrainte indirecte, au point de vue de la constitution de la dot. Sa folie est-elle permanente, l'accès du mariage lui est fermé, car, d'une part, il n'est pas contraignable ; d'autre part, il ne saurait se marier *motu proprio*, faute de pouvoir fournir un consentement valable.

contraignant lui impose des conditions de ce genre, l'impubère, parvenu à la puberté, a le droit de les tenir pour obligatoires ou de répudier la femme pour s'en affranchir. Cette faculté d'option n'a rien que de légitime. En effet, tant que l'impubère s'est soumis ou a été soumis aux conditions générales du mariage, la contrainte directe ou indirecte, active ou passive (*conf.* p. 51), a été légalement exercée, et aucun recours n'est admissible. Mais, pour déroger à la loi, il faut être *rei juris*, et, aussi longtemps que dure l'impuberté, la validité des conditions particulières demeure en suspens, l'impubère n'ayant pu les accepter de son chef, et le contraignant n'ayant pu les imposer ou les ratifier que par un abus manifeste de son pouvoir.

Mais, dira-t-on, quel est l'intérêt de cette option, puisque tout musulman peut répudier sa femme, alors même que celle-ci ne lui fournirait aucun prétexte de répudiation ? Il est facile de répondre à cette objection. Nous verrons plus tard que la répudiation est de deux espèces : révocable ou irrévocable. Révocable, lorsqu'il dépend du mari d'en faire cesser l'effet ; irrévocable, lorsqu'elle emporte dissolution définitive du mariage. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, quand le mari a prononcé une répudiation révocable et qu'il reprend sa femme, les conditions particulières auxquelles il s'est soumis en temps d'impuberté deviennent caduques, à la différence de ce qui aurait lieu pour le pubère qui accepterait des conditions de ce genre en temps de puberté.

(1) *Conf. supra*, p. 43 et 45, 2°.

b. Par l'intermittence des accès de folie de l'aliéné pubère dont la démence est née avant la puberté (1). C'est la conséquence de la théorie précédente.

c. Par le retour à la santé intellectuelle de l'aliéné pubère, dont la démence est née avant la puberté, que cette démence offre ou non des intervalles lucides (2). C'est encore une conséquence obligée de la théorie qui précède.

d. Par le mariage raisonnable contracté, *motu proprio*, par l'impubère (3).

e. Par le défaut d'avantage qu'il y aurait à marier d'autorité l'impubère. En effet, dans cette hypothèse, la loi interdit au contraignant d'user de son pouvoir. Le droit de contrainte périt avant d'être né (4).

f. Par la mort du père de l'impubère, à défaut par le premier d'avoir institué un tuteur testamentaire muni d'un pouvoir spécial (5). Le père exerçant seul la contrainte, et n'ayant délégué son

(1) *Conf. supra*, p. 45, 2^o.

(2) *Conf. supra*, *ibid.*

(3) *Conf. supra*, p. 43, 1^o.

(4) *Conf. supra*, *ibid.*

(5) *Conf. supra*, p. 39, n^o 12. — Je dois renouveler ici, et avec plus d'énergie encore, une observation que j'ai déjà faite à propos du fou (*conf. supra*, p. 41). Je me refuse à considérer le cadi comme un contraignant. Je sais que j'ai contre ma le texte même de Sidi Khalil : « Le père, le ouaci et le juge exercent la contrainte » à l'égard du fou qui a besoin d'être marié et à l'égard de l'impubère mâle. Quant au safih, il y a divergence. » Mais, que l'on veuille bien y réfléchir, le droit de contrainte est une attribution de la puissance paternelle ; le ouaci ne l'exerce qu'à titre de *branche du père* (*conf. supra*, p. 55, note 4). Comment soutiendrait-on, dès lors, que le juge est le délégué du père ?

Qu'on me permette un rapprochement. En droit français, le droit d'autorisation conféré au mari est une des conséquences de la puissance maritale ; c'est un droit inhérent à la qualité de mari. Il ne viendrait à la pensée de personne de soutenir que, dans le cas où le mari ne peut ou ne veut pas accorder à sa femme une autorisation nécessaire, le juge exerce en son lieu la puissance maritale : « Comme il n'y a, a dit Portalis, aucun pouvoir particulier qui ne soit soumis à la puissance publique, le magistrat peut intervenir pour réprimer les refus injustes du mari et pour rétablir toutes choses dans l'état légitime. » (Loché, t. IV, f. 524.)

Il en est de même de l'intervention du juge, en droit musulman. Le père ne peut-il ou ne veut-il pas user de son droit, la justice, protectrice de l'incapable, agit en tant que puissance publique. Le texte de Sidi Khalil ne signifie pas autre chose.

Ainsi, lorsque je dis que la contrainte s'éteint par la mort du père de l'impubère, à défaut par le premier d'avoir institué un tuteur testamentaire, je pose un

pouvoir à personne, l'enfant est *sui juris*, au point de vue matrimonial, sauf le droit de contrôle de son tuteur chrématique, en ce qui touche la constitution de dot (1).

g. Par la mort du tuteur testamentaire de l'impubère, dans les mêmes conditions (2).

h. Par la folie sans intervalles lucides du père de l'impubère. Lorsque le père est frappé d'une démence permanente, il est interdit; comme tel, il est pourvu d'un tuteur datif auquel la loi ne délègue pas la contrainte. L'enfant est donc affranchi de cette même contrainte, et le mariage qu'il contractera *motu proprio* ne sera critiquable qu'au point de vue de la constitution de dot (3). Le contraignant a-t-il des intervalles lucides, on devra attendre un de ces retours passagers à la santé intellectuelle, soit pour qu'il exerce son droit, soit pour ratifier ou faire rompre l'union contractée directement par le contraignable (4).

i. Par la folie sans intervalles lucides du tuteur testamentaire de l'impubère. Le ouaci n'étant que le délégué du père, les motifs exposés ci-dessus s'appliquent à cette hypothèse.

j. Par la maladie du père de l'impubère, lorsque le premier a perdu l'usage de ses facultés. Voici l'espèce :

Le père d'un impubère tombe malade; aussi longtemps qu'il demeure *sui compos*, pas de difficulté; il est armé du droit de contrainte. Son intelligence s'obscurcit-elle, pas de difficulté non plus; l'enfant est libre de sa personne; le droit de contrainte s'éteint, pour ainsi dire, en même temps que l'intelligence du contraignant. Ce dernier a-t-il institué un tuteur testamentaire, celui-ci entre en fonctions en vertu du testament, qui se trouve ainsi mis à exécution avant le décès du testateur (5).

principe incontestable. Il n'en est pas moins vrai que s'il s'offre une occasion d'établir avantageusement cet orphelin impubère, le *cadi* pourra lui imposer le mariage. Mais, je le répète, le *cadi* ne tire pas son droit de la contrainte matrimoniale: il est un fonctionnaire armé de la puissance publique, à laquelle est soumis tout pouvoir particulier.

(1) *Conf. supra*, p. 44.

(2) *Conf. supra*, p. 40, et p. 43, n° 1.

(3) *Conf. supra*, p. 44.

(4) *Conf. supra*, p. 43.

(5) *Conf. supra*, p. 71. On doit le concevoir, il est impossible, en cette matière, d'épuiser la série des hypothèses. Ainsi, qu'arrivera-t-il, si le père, après une éclipse complète de son intelligence, rentre en possession de lui-même avant de

k. Par la maladie du tuteur testamentaire, dans les mêmes conditions.

l. Par la disparition ou la captivité du père. Bien que je n'aie parlé de l'absence du contraignant qu'au point de vue de la femme soumise à la contrainte, il est certain que les mêmes principes s'appliquent au contraignable mâle. En effet, si le père a disparu, s'il est captif, il est dans l'impossibilité absolue d'exercer son pouvoir. Cette hypothèse n'offre d'ailleurs qu'un intérêt théorique, l'impubère mâle devenant libre de sa personne à l'avènement de la puberté, et ne pouvant, d'autre part, être marié que dans le cas où il s'offre pour lui un établissement avantageux (1). Sa situation sera donc réglée comme celle de l'impubère dont le père est décédé sans avoir institué de tuteur testamentaire (2).

m. Par la disparition ou la captivité du tuteur testamentaire. L'hypothèse est identique à la précédente.

n. Par l'apostasie du père, celle-ci rompant tous les liens qui unissent le contraignant au contraignable (3).

mourir, alors que le tuteur testamentaire a exercé le droit de contrainte? Qu'arrivera-t-il encore si, à défaut de tuteur testamentaire, l'impubère contracte mariage dans les mêmes circonstances de fait? Les auteurs musulmans, malgré leur ingéniosité poussée jusqu'à la subtilité, ne nous fournissent aucune lumière à ce sujet. Il me semble, quant à moi, qu'il faut raisonner ainsi : l'affaiblissement intellectuel d'un malade n'abolit pas sa capacité juridique, elle la tient en suspens. Le moribond recouvre-t-il sa raison, guérit-il même, il a le droit de critiquer les actes accomplis par ceux qui se sont substitués à lui, dans la croyance qu'il ne reviendrait jamais à la santé. Meurt-il sans avoir repris connaissance, ces mêmes actes deviennent rétroactivement valables.

(1) *Conf. supra*, p. 43, 1^o.

(2) *Conf. supra*, p. 44. Dsouki assimile nettement, au point de vue de la contrainte, la personne qui a disparu ou qui est captive à un mort : **فِيَانٍ فُيْدَ أَوْ أُسْرِبَكَ مَوْتِهِ**

C'est à dessein que je ne me préoccupe pas du cas où le contraignant serait simplement un absent rapproché ou éloigné (*conf. supra*, p. 67, note 1). En effet, nous le savons, l'impubère mâle n'est contraignable que dans l'hypothèse où il s'agit de lui imposer un mariage avantageux; d'autre part, il lui est permis de se marier *motu proprio*, sauf vérification du caractère raisonnable de l'union contractée (*conf. supra*, p. 43). Sous ces réserves, les principes exposés plus haut à propos des femmes contraignables (*conf.*, p. 67, 9^o), s'appliquent à l'impubère mâle. Il ne faut pas perdre de vue que la contrainte frappe la femme impubère ou pubère, qu'il s'agisse de lui imposer un mariage avantageux ou non (il suffit qu'il ne soit pas désavantageux), tandis que la puberté libère l'enfant mâle, et que, impubère, il ne peut être violenté que dans le cas où son avantage est indiscutable.

(3) L'apostasie (آبَدَان) produit des effets très complexes que nous étudierons sous une rubrique spéciale.

o. Par l'apostasie du tuteur testamentaire. L'argument est le même.

p. Par l'islamisation du contraignable, le contraignant demeurant infidèle. La contrainte ne peut être exercée que par un musulman, quand il s'agit d'un enfant musulman.

q. Par la mort du contraignable (1).

2° Pour les filles :

a. Par l'émancipation spéciale en vue du mariage, le père se dépouillant volontairement de son droit (2).

b. Par la perte de la virginité (3), à moins que la défloration n'ait pour cause un accident (4), la fornication (5), la violence (6), la consommation du mariage avant la puberté (7), la consommation vicieuse du mariage (8), la consommation d'un mariage

(1) La note 5 de la page 76 se rapporte évidemment à toutes les hypothèses énumérées sous les lettres *h, i, j, k, l, m, n, o*. — Pour ne rien omettre, je dois mentionner encore une espèce bizarre. Les Arabes admettent qu'un homme peut être métamorphosé, soit par la colère divine, soit par le pouvoir d'un génie. Les *Mille et une Nuits* sont pleines de transformations de ce genre. Parfois l'homme ainsi métamorphosé (مُسَخَّط) est changé en un être animé quelconque (biche, chien, vache, etc.) ; parfois il est pétrifié (مُسَجَّج) ; dans le premier cas, il perd l'exercice de ses droits civils, un criminel étant incapable de les exercer ; dans le second, il est considéré comme mort. Ibn Arfa, un grave jurisconsulte, a toujours soin, lorsqu'il énumère les personnes incapables d'accomplir tel ou tel acte de la vie juridique, d'y comprendre le transformé. (*Conf. Mille et une Nuits* : — Histoire du premier vieillard et de la biche ; — Histoire du second vieillard et des deux chiens noirs ; — Histoire du pêcheur et du génie ; — Histoire du premier calender, etc., etc. ; — Voyez aussi la légende connue de Hammam-Mesk'out'ine). Nous aurons l'occasion de rapporter, à ce sujet, une anecdote caractéristique (V° *Aïdda*). Il est certain que la transformation du père ou du tuteur testamentaire abolit la tutelle matrimoniale.

(2) *Conf. supra*, p. 23, 1°.

(3) *Conf. supra*, p. 54, 55, 56.

(4) *Conf. supra*, p. 56, 5°.

(5) *Conf. supra*, p. 56, 6°.

(6) *Conf. supra*, p. 59.

(7) *Conf. supra*, p. 57, 7°. Il faut, nous l'avons vu, que la femme soit devenue veuve ou ait été répudiée avant d'avoir atteint la puberté.

(8) Le droit musulman, et c'est là ce qui le condamne à l'immobilité, est un composé de principes juridiques, de préceptes de morale et d'hygiène. Nous verrons que la consommation du mariage doit, pour être valable, remplir certaines

entaché de nullité, lorsque l'infraction est punie d'une peine fixe (1).

c. Par le séjour d'un an chez le mari, la femme niât-elle toute relation conjugale avec ce dernier (2).

d. Par l'habitude de la fornication (3).

e. Par le fait, de la part de la contraignable, d'avoir atteint l'âge de cinquante ans (4).

f. Par le mariage avantageux contracté pendant l'absence rapprochée du contraignant (5).

g. Par l'absence éloignée du contraignant qui n'a pas constitué de mandataire et qui a opéré un changement de domicile (6).

h. Par la disparition ou la captivité du contraignant (7).

i. Par le mariage contracté et consommé sans l'assentiment du contraignant absent rapproché, et qu'il a fait annuler (8).

j. Par l'abus systématique, positif ou négatif, de la contrainte (9).

k. Par le retour de la folle à la santé intellectuelle (10).

l. Par la maladie du père.

m. Par la maladie du tuteur testamentaire.

n. Par la folie du père.

o. Par la folie du tuteur testamentaire.

p. Par la mort du père.

q. Par la mort du tuteur testamentaire.

r. Par l'apostasie du père.

s. Par l'apostasie du tuteur testamentaire.

t. Par l'islamisation de la contraignable.

u. Par la mort de la contraignable (11).

conditions, faute de quoi elle ne produit pas d'effets. Il est donc certain que, si le mari, après avoir consommé le mariage d'une façon illégale, répudie sa femme, celle-ci retombe sous la contrainte.

(1) *Conf. supra*, p. 56, 11°.

(2) *Conf. supra*, p. 61.

(3) *Conf. supra*, p. 56, 6°.

(4) *Conf. supra*, p. 53 et 54. Mais la question est controversée.

(5) *Conf. supra*, p. 67.

(6) *Conf. supra*, p. 68 et 69.

(7) *Conf. supra*, p. 67, note 1, 2°.

(8) *Conf. supra*, p. 67, 9°, et p. 68, note 1.

(9) *Conf. supra*, p. 25, 2°; 28, 4°; 29, 5°; 63, 64, 8° et 9°; 66, 8°; 68, 69, 7°.

(10) *Conf. supra*, p. 57, 8°.

(11) Pour les hypothèses énumérées de la lettre l à la lettre u, *conf. supra* qui a été dit à propos du contraignant mâle.

Il est à peine nécessaire de s'occuper des modes d'extinction de la contrainte dans l'École hanéfite, tant ils sont simples et peu nombreux. C'est presque exclusivement par l'avènement de la puberté, chez les individus des deux sexes, que le droit de contrainte est aboli. Il ne saurait être question ici ni de l'absence, ni de la maladie physique ou intellectuelle, ni de la mort du contraignant, puisque, dans ces hypothèses, il est simplement remplacé par le contraignant du degré inférieur (1). En somme, la puberté et la mort du contraignable sont les deux seuls procédés par lesquels il conquiert son autonomie.

18. TRANSITION. — Nous en avons fini avec cette redoutable théorie de la contrainte, sur laquelle les jurisconsultes musulmans ne nous fournissent que des aperçus contradictoires et incomplets.

Mais nous n'avons épuisé que la première partie de notre matière. Nous savons comment le consentement est donné, lorsque les contractants sont placés sous l'autorité d'autrui (2).

Il nous reste à étudier comment ce même consentement est fourni, lorsque les contractants sont libres de toute contrainte ; en d'autres termes, lorsqu'ils ont conquis leur autonomie, au point de vue du mariage.

§ 2. — Du consentement donné par les contractants eux-mêmes.

19. CAPACITÉ. — Pour consentir au mariage, les contractants doivent être libérés de la contrainte matrimoniale. Être libéré de la contrainte, c'est donc jouir, au point de vue du mariage, de la capacité légale (*أَهْلِيَّة* ou *صَلَاحِيَّة*) (3), sans laquelle le contrat serait

(1) *Conf. supra*, p. 41, B.

(2) *Conf. supra*, p. 31, *Division*, et p. 32, A et B.

(3) Ces deux mots sont à peu près synonymes. Le premier, nom abstrait tiré de *أَهْلِيَّة*, lequel est tiré lui-même du verbe *أَهَّلَ*, éveille l'idée d'*assiduité*, de *domesticité*, de *familiarité*, de *dignité*. Comme toujours, outre son acception ordinaire, il a un sens juridique : « Il signifie, dit Jorjani, la capacité de donner un caractère obligatoire (*وجوب*) aux droits, admis par la loi, que l'on réclame ou que l'on subit. » Le second, nom abstrait tiré du verbe *صَلَحَ*, implique la notion d'*intégrité*, de *convenance*, d'*aptitude*.

entaché de nullité. Or, le contractant du sexe masculin possède cette capacité lorsqu'il est :

1° **Pubère.** La puberté est le point de départ de la liberté somatique (1). C'est par pure tolérance que l'impubère, doué d'un discernement précoce, peut contracter mariage *motu proprio*, et encore, dans ce cas, le contrat est soumis à la ratification du contraignant (2), ou au moins à celle du tuteur chrématique (3).

2° **Doué de discernement.** La puberté ne suffit pas pour conférer la capacité matrimoniale; il faut qu'elle soit accompagnée du discernement. Le fou ne donne un consentement valable que pendant les intervalles lucides (4). Le safih, somatiquement libre, ne l'est pas chrématiquement (5).

3° **Libre.** Esclave, il serait contraignable sa vie durant (6).

4° **Musulman.** Le mariage musulman est un contrat qui procède à la fois de la loi civile et de la loi religieuse; il est réservé aux seuls Croyants (7). C'est par une tolérance, critiquée d'ailleurs en termes violents par Kharchi, que le musulman peut épouser une juive ou une chrétienne (8); mais *jamais* un non musulman ne peut contracter un mariage musulman (9).

(1) *Conf. supra*, p. 35, note.

(2) *Conf. supra*, p. 43 et 44.

(3) *Conf. supra*, p. 44.

(4) *Conf. supra*, p. 45, 2°.

(5) *Conf. supra*, p. 47, 3°. Je ne puis reproduire sans cesse les mêmes développements. Le lecteur trouvera, à la page indiquée, la théorie complète de la capacité du safih.

(6) *Conf. supra*, p. 33, alinéa 5, et p. 40.

(7) *Conf. supra*, p. 9, n° 1; — 11, c.; — 13, n° 3; — 15, alinéa 6; — 18, dernier alinéa et note; — 63, 5° et 7°; — 64, 5°; — 65, 7°; — 78, n.; — 79.

(8) *Conf. supra*, p. 64, 5°.

(9) Le mot **مُكَلِّف**, que nous avons déjà analysé (*Conf.* p. 33, note) synthétise ces quatre premières conditions. En effet, le *moukallef* est le pubère doué de discernement, tel qu'il est défini par le droit musulman; il est par conséquent musulman, l'infidèle n'étant soumis à aucune des obligations qui pèsent sur le croyant; enfin, l'homme libre seul conquiert son autonomie par la puberté jointe au discernement, ces deux faits n'ayant aucune influence sur la condition juridique de l'esclave.

5° **Habile à consommer le mariage.** Le contractant ne doit être atteint d'aucun vice rédhibitoire (1).

Le consentement du contractant du sexe féminin (M) (2) est soumis, pour être efficace, à des conditions particulières dont l'exposé ne serait qu'une énumération, sous une nouvelle forme, des principes que nous avons posés dans les pages qui précèdent. Je me bornerai donc à poser quelques règles essentielles :

1° **La défloration** est, en thèse générale, le fait qui permet à la femme de manifester son consentement par elle-même. C'est à titre exceptionnel que la vierge est consultée (3), quand, par exemple, le père l'a émancipée en vue d'un mariage à contracter (4), ou bien lorsqu'elle est parvenue à l'âge de cinquante ans (5).

2° **La qualité de musulmane** n'est pas exigée, puisque le musulman peut valablement épouser une juive ou une chrétienne (6).

3° **La nubilité** n'est pas, à proprement parler, une des conditions imposées à la femme pour qu'elle soit habile à manifester son consentement. En effet, elle n'a aucune influence directe sur la capacité d'un contractant du sexe féminin, puisque la vierge demeure soumise à la contrainte. Il n'en est pas moins vrai que la femme impubère, déflorée prématurément, continue à être *alieni juris* (7) ; dès lors, la nubilité étant indispensable pour que la défloration produise son effet émancipateur, il importe de ne pas l'omettre dans cette nomenclature.

4° **Le discernement.** — La femme doit évidemment jouir de son plein discernement. Il n'y a sur ce point aucune différence entre les deux sexes.

(1) Nous verrons bientôt quelle est l'influence des vices rédhibitoires sur la validité du mariage.

(2) *Conf. supra*, p. 45, note 2.

(3) Je rappelle que la vierge exprime son consentement par le silence, les larmes ou le rire ; que la femme déflorée seule est admise à parler. (*Conf.* p. 22 et 23). Toutefois, les *sept vierges* sont exceptionnellement admises à parler. (*Conf. supra*, p. 23 et suivantes.)

(4) *Conf. supra*, p. 23, 1°.

(5) *Conf. supra*, p. 53, 4°.

(6) *Conf. supra*, p. 64, 5°.

(7) *Conf. supra*, p. 57, 7°.

5° **La liberté.** — La femme esclave est placée sous une contrainte perpétuelle. Elle est donc hors d'état de manifester son consentement *proprio motu*.

6° **L'habileté physique.** — Les vices rédhibitoires dont elle est atteinte, et qui empêchent la consommation du mariage, produisent les mêmes effets que lorsqu'ils sont constatés chez l'homme.

Telle est la capacité contractuelle imposée aux contractants, en matière matrimoniale (1).

Si, d'autre part, le contrat est valide (صحيح), c'est-à-dire s'il est conforme aux prescriptions de la loi, il est irréprochable au double point de vue de la loi religieuse et de la loi civile.

(1) Nous trouvons dans Jorjani une curieuse définition de ce qu'il appelle « la chasteté légale (إحصان) ». Il ne faut pas oublier que l'auteur des *Tarifat* est un théologien, bien plus qu'un jurisconsulte. Ses définitions nous donnent toujours l'idéal de la chose définie. « *L'ihçan*, dit-il, est l'état de l'homme raisonnable, pubère, libre, musulman, qui consomme le mariage avec une femme pubère, raisonnable, libre, musulmane. » Je traduis إحصان par *chasteté légale*. L'homme est un être imparfait ; il lui est impossible, lorsqu'il vit dans le célibat, de ne pas tomber dans le libertinage. « L'homme a été créé faible », lit-on dans le Coran (IV, 32) : ce que Jelal Ed-Din commente ainsi : « Il ne peut s'abstenir ni des femmes, ni de la concupiscence. » Aussi doit-il se marier, aussi bien pour multiplier le nombre des Croyants, que pour se préserver de la corruption (*conf. supra*, p. 18, n° 5). L'homme chaste n'est pas celui qui fait vœu de chasteté, un pareil engagement étant au-dessus de ses forces, mais celui qui se marie. Or, si l'union qu'il contracte ne remplit pas toutes les conditions imposées par la loi civile et religieuse, elle ne remplit pas ce but moralisateur : elle constitue une véritable fornication (*conf. supra*, p. 46, note). Donc la chasteté légale est l'état de celui qui donne un consentement valable à un mariage valable, et qui est, physiquement, habile à consommer cette chaste union.

A la 1^{re} forme, le verbe حَصَّن signifie *être ferme, bien constitué* ; de là la notion de chasteté ; c'est la *munita sapientia* d'Horace. A la 4^e forme, il est transitif, et a le sens de *protéger, défendre*, et, spécialement, de *défendre quelqu'un ou quelque chose contre le mal*. Il est employé de cette façon dans le Coran (XXI, 91 — LXVI, 13) : « Et Marie, fille d'Amran, *quæ custodivit pudenda sua* » (الَّتِي أَحْصَنَتْ بُرْجَهَا) ; Lane traduit fort bien : « Who preserved her pudendum from that which is unlawful, or indecorous. »

Ce qui confirme pleinement cette théorie philologique, c'est que, par une dernière dérivation, le verbe حَصَّن signifie *se marier*, c'est-à-dire choisir le seul état dans lequel on soit *fortifié* contre la corruption.

En ce qui touche la façon d'exprimer un consentement valable, il suffit de se reporter à nos précédentes explications (1), car il importe peu qu'il soit exprimé par celui qui exerce le droit de contrainte ou par le contractant lui-même libéré de ce droit de contrainte.

Mais en avons-nous fini avec le consentement ? La femme, armée de sa capacité légale, sera-t-elle admise à donner, par elle-même, un consentement aussi efficace que l'homme ? Non. L'homme *sui juris* le donne personnellement ou par mandataire. Mais la femme, en raison de la faiblesse de son sexe, alors même qu'elle jouit de toute sa capacité, n'est pas admise (chez les Malékites au moins) à donner son consentement par elle-même.

L'homme est le roi de la création. « Les hommes sont placés au-dessus des femmes par ce par quoi Dieu a avantagé les uns par rapport aux autres, et par ce que ceux-ci donnent à celles-là de leurs biens (2). »

Jelal Ed-Din (3) explique que l'avantage accordé à l'homme se compose :

- 1° De la science (العلم) ;
- 2° Du discernement (العقل) ;
- 3° De la capacité gouvernante (الولاية).

Toute la théorie du mariage est basée sur ces textes.

Ce que ceux-ci doivent à celles-là de leurs biens. — C'est la dot, c'est l'entretien durant le mariage et après sa dissolution, pendant une période déterminée.

La capacité gouvernante, le discernement. — La femme manque de ces qualités intellectuelles. Même affranchie de la tutelle ma-

(1) *Conf. supra*, p. 20 et suivantes.

(2) Coran, IV, 33. Je traduis aussi littéralement que possible, sans souci de l'élégance.

(3) Jelal Ed-Din est le plus illustre des commentateurs du Coran. Son véritable nom était AbJ-Er-Rahman, auquel il avait substitué celui de Abou El-Fod'l-Es-Siouthi. On l'a surnommé Jelal Ed-Din (la majesté de la religion). Il est né à Siouth, près du Caire, au coucher du soleil, un samedi, dans la première décade du Redjab (849 de l'hégire) ; il est mort en 911. Il a laissé un commentaire du Coran, un recueil de haddits, des traités de droit, de grammaire, de rhétorique.

trimoniaie, elle a besoin d'être commandée, gouvernée, dirigée dans son choix; fût-elle même capable de contracter un mariage raisonnable, il n'est pas décent qu'elle discute des questions délicates pour sa pudeur.

DU OUALI

20. De là la nécessité du représentant matrimonial, du ouali (وَالِي) (1).

Le ouali est une des créations les plus originales du droit musulman; elle est fondée sur ce haddits: « La femme ne marie » pas la femme; la femme ne se marie pas elle-même. » Et cette règle est à ce point impérative, chez les Malékites, que leurs docteurs ajoutent: « Se marier sans ouali, c'est devenir une fornicatrice (2). » Le mariage contracté sans ouali est nul, avant comme après la consommation, la femme eût-elle enfanté (3).

Pour les Hanéfites, fidèles à leurs principes, le concours du ouali est facultatif. Ils considèrent le haddits qui précède comme une décision de fait (4).

21. DÉFINITION. — Le ouali est celui qui a un pouvoir sur la femme (هُوَ مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مَلِكٌ). Cette définition, bien qu'elle soit d'Ibn Arfa, laisse beaucoup à désirer. De quel pouvoir s'agit-il? De quelle femme? Il confond de propos délibéré la femme affran-

(1) Lorsque la femme est contraignable, c'est le contraignant qui exerce la *oualaia*. Il y a donc deux sortes de ouali: le ouali contraignant, et le ouali non contraignant.

Il est inexact de traduire *ouali* par tuteur matrimonial, parce qu'un tuteur ne tient jamais son pouvoir du pupille, tandis que le ouali est souvent choisi par la femme, et que, dans tous les cas, elle peut limiter étroitement le mandat qu'elle lui confère. Nous nous servirons donc du mot ouali, qui a acquis droit de cité dans la langue juridique.

Le verbe *وَلِيَ* signifie *suivre, être l'ami, le proche de quelqu'un*; de là l'idée d'assistance affectueuse, de gouvernement, d'administration. Il est employé un grand nombre de fois dans le Coran. Dieu est le *ouali* par excellence (Coran, II. 258, III. 61, XLV. 18, etc., etc.).

(2) *Conf. supra*, p. 19, n° 6. Dorkout'ni affirme l'authenticité de cette tradition: « c'est un haddits bon et solide. »

(3) Riçala.

(4) *Conf. supra*, p. 41, B, et note 2.

chie de la contrainte avec celle qui est contraignable et pour laquelle le *moujebbir* et le *ouali* se confondent en une seule personne. Nous retrouverons cette même confusion volontaire, commise par Ibn Arfa, à propos de l'énumération des oualis.

Le pouvoir dont nous nous occupons en ce moment n'est autre que celui de remplir un mandat spécial, en ce qu'il ne consiste qu'à assurer la validité du mariage ; limité, en ce qu'il prend fin par la conclusion du mariage. Aussi, Mohammed Kharchi a-t-il donné du ouali une définition plus exacte, lorsqu'il a dit : « C'est celui qui a le pouvoir de contracter mariage, ne fût-il lui-même que le délégué de l'ouali, dans les limites du mandat conféré par la personne qu'il représente. »

22. CONDITIONS DE CAPACITÉ IMPOSÉES AU OUALI. — Il doit être musulman, libre, pubère, doué de discernement, mâle chez les Malékites. Il peut être du sexe féminin chez les Hanéfites.

L'irréprochabilité (عدالة) n'est pas une condition indispensable, d'après l'opinion généralement admise (1).

(1) عدل a pour contraire جور. Ce mot éveille l'idée d'équité, de justice, de rectitude, de point intermédiaire entre l'excès et le manque, de juste-milieu (*in medio stat virtus*). D'après Er-Rarib, l'*adl* est absolu ou relatif. Absolu, c'est celui dont la raison conçoit l'excellence ; il ne peut être ni abrogé, ni violé ; tel le principe : rendre le bien pour le bien. Relatif, il est imposé arbitrairement par la loi, avec ou sans l'aveu de la raison ; on peut l'abroger, mais non le violer tant qu'il n'est abrogé ni tacitement ni expressément ; tel est le principe légal en vertu duquel le meurtre crée la dette du sang. (Conf. Coran, LXV. 2). « Prenez pour témoins moins deux personnes douées de l'*adl*, parmi vous. » De là, les deux témoins instrumentaires du *cadi* sont appelés des *adoul* (عدول plur. de عادل) ; ce sont les justes, d'après la loi. « L'*adil*, dit Ibrahim, est celui qui n'a jamais encouru ni doute, ni soupçon, ni opinion défavorable. » (Conf. Silvestre de Sacy, *Chrestomathie arabe*, I, p. 38, et le passage d'Ibn Khaldoun cité là). L'*adela* est à la fois la fonction d'*adil* et la qualité de ce qui est juste, le juste, l'équitable. Jorjani, dans son livre des *Tarifats*, la définit ainsi : « *Adela*, en langage ordinaire, signifie rectitude, bonne condition d'une chose ; dans la langue juridique, c'est la droiture, l'action de se conformer à ce qui est juste, en évitant tout ce qui est interdit par la loi religieuse. » Lane, dans son dictionnaire (V. عدالة), fournit un excellent commentaire de cette définition. Je traduis ici عدل par irréprochabilité, en prenant ce mot dans le sens juridique ; en effet, tout témoin qui n'est point *adil* peut être reproché. (Conf. Seignette, Code musulman, art. 1509, 1510, 1514, 1526 et suivants). La loi musulmane subit l'influence de la loi religieuse à un degré éminent ; elle invalide le témoignage de l'homme irreligieux, ou même simplement

Il n'est pas nécessaire que le ouali soit en pleine possession de sa capacité contractuelle. S'il est faible d'esprit, Ibn El Kassim l'autorise à marier sa fille, mais le soumet à l'autorisation de son propre tuteur (بإذن وليه).

L'individu en état d'ihram est frappé, en ce qui touche la oualaïa, d'une incapacité purement temporaire. Au surplus, nous ne pouvons ici énumérer tous les interdits et examiner quelle est leur incapacité. C'est un point à réserver.

23. HIÉRARCHIE DES OUALIS. — La oualaïa pouvant être l'objet de graves conflits entre les personnes habiles à l'exercer, on a dû les soumettre à une hiérarchie nettement déterminée. Rien de plus légitime que le fondement de cette hiérarchie. Les grands mobiles des actions humaines sont l'affection, l'intérêt et la vanité. La oualaïa est donc exercée, en premier lieu, par les agnats de la femme à marier, suivant l'importance de l'émolument qu'ils percevront dans la succession de celle-ci. Les agnats sont les chefs de la famille; il est vraisemblable qu'ils surveilleront avec soin le mariage d'une femme moralement placée sous leur dépendance, qu'ils auront souci de sa dignité, de son bonheur, de son bien-être (1).

A défaut d'agnats, la oualaïa ne pouvant jamais être vacante, le pouvoir judiciaire intervient. Comme, dans les premiers temps de l'Islamisme, les cadis étaient peu nombreux, qu'ils ne siégeaient guère que dans les vil·es, il a fallu prévoir le cas où l'éloignement du juge exposerait les contractants à des déplacements onéreux. Dans cette hypothèse, la oualaïa est exercée par un des chefs de la

immoral. Notre Code n'admet le *reproche* que dans le cas où la moralité du témoin est suspecte parce qu'il a été ou qu'il va être frappé par la loi pénale (Code de proc. civ., art. 283). En somme, l'*adil* n'est autre que le *testis idoneus*, le *testis omni exceptione major* du droit romain.

(1) Il est à remarquer que les agnats, véritables continuateurs de la famille, chargés comme tels de diriger les prières dans les cérémonies funèbres, sont soumis à la même hiérarchie. A défaut par le défunt d'avoir institué un imam, et lorsque le chef de la communauté musulmane n'est pas présent par lui-même ou par un délégué spécial, la prière est conduite par le plus proche des agnats. Khar·chi s'exprime ainsi : « Le plus proche des agnats, c'est-à-dire le fils du défunt, puis son petit-fils, et ainsi de suite à l'infini; puis le père; puis le frère; puis le fils de celui-ci, et ainsi de suite à l'infini; puis le grand-père; puis l'oncle paternel; puis le fils de celui-ci, et ainsi de suite à l'infini, suivant l'ordre établi pour la oualaïa du mariage. »

tribu, en vertu de ce principe que tous les musulmans sont solidaires les uns des autres en ce qui touche la stricte observation de la loi (1).

Tels sont, à grands traits, les motifs sur lesquels est basé l'ordre des préséances, en matière de oualia.

Néanmoins, les auteurs ne sont pas d'accord sur le classement des oualis. Mais nous adopterons la nomenclature de Sidi Khalil, complétée par son commentateur Mohammed Kharchi (2).

1° Le fils de la femme.

Il est le premier des agnats (3), et, comme tel, il est le plus éminent des oualis. Aussi longtemps que le père exerce la contrainte, il prime évidemment tous les oualis, en sa qualité de ouali-contrainnant. Dès que la contrainte est abolie, il cède le pas au fils de la femme. Il s'agit, bien entendu, du fils d'un précédent mariage, puisqu'il s'agit de contracter au nom d'une femme veuve, ou répudiée, ou séparée judiciairement de son mari.

(1) Nous retrouvons encore ici le pouvoir administratif du *cadi* (*conf.* p. 76, note 5). Pourrait-on soutenir un instant qu'il agit ici comme un des héritiers de la femme? Je sais bien que le *bit-el-mal* occupe le douzième rang dans la liste des agnats. Mais, dès le II^e siècle de l'hégire, cette disposition de la loi était tombée en désuétude, les sultans ayant détourné de leur affectation pieuse les fonds de cette caisse spéciale. Il est donc bien plus simple de dire que la oualaïa ne peut jamais être vacante, et que, à défaut d'agnats, elle est exercée par le délégué du pouvoir souverain. On doit avant tout assurer le respect dû à la loi. C'est dans ce sens que *Derdiri* a dit que le *cadi* est le *soutien* du mariage.

Quant à la oualaïa de la communauté musulmane, certains auteurs la placent avant celle du juge, et non sans raison. Comment s'est formée la tribu arabe? De quels éléments se composait-elle? Je renvoie le lecteur à la savante dissertation publiée par M. Seignette, à la suite de sa traduction de Sidi-Khalil, et notamment aux pages 718 et 719. Je puis ne pas adopter entièrement les idées de M. Seignette; mais, ce qui me paraît indiscutable, c'est la composition qu'il attribue à la tribu arabe. De là la légitimité de la oualaïa qui est attribuée à ses membres.

(2) *Ibn Arfa* énumère les oualis dans l'ordre suivant: 1° le père; 2° les agnats; 3° le tuteur testamentaire; 4° le père nourricier; 5° le sultan; 6° la communauté musulmane. Cette classification n'est compréhensible que pour ceux qui connaissent à fond la théorie du mariage musulman. En effet, le savant jurisconsulte n'a pas daigné avertir ses lecteurs qu'il confondait volontairement les oualis contraignants avec les oualis non contraignants. Il place en première ligne le père de la femme, à titre de ouali contraignant. (*Conf.* ci-dessus, p. 86, n° 21).

(3) *Conf.* Seignette, Code musulman, art. 2197.

Le fils naturel (1) est exclu de la oualaïa, d'après Kharchi. Derdiri ne partage pas cette opinion.

Lorsque le fils légitime est décédé ou ne remplit pas les conditions de capacité imposées par la loi (2), son droit est détruit, et passe à l'agnat suivant (3).

2° Son petit-fils, et ainsi de suite à l'infini (4).

3° Le père de la femme.

Lorsque la femme n'a ni fils, ni petit-fils, la oualaïa appartient à son père légitime (5), à la condition que le mariage dont elle est issue ne soit dissous ni par la mort, ni par la répudiation, ni par le divorce. Le père naturel n'est pas admis à être le ouali de sa fille, l'agnation ne résultant que de la filiation légitime.

4° Le tuteur testamentaire.

De vives controverses se sont élevées, non sur l'admission du *ouaci* à la oualaïa, mais sur le rang qu'il convient de lui attribuer.

Les uns, comme Derdiri, ne font aucune mention du tuteur testamentaire, ce qu'il faut interpréter en ce sens qu'ils le considèrent comme occupant le même degré que le père.

D'autres, comme Sidi Khalil, se bornent à déclarer que la oualaïa est exercée par le *ouaci* (6), sans préciser la place qui lui est attribuée.

Cha'rani (7), auquel il faut toujours recourir lorsque l'on veut ap-

(1) Mot à mot : *le fils de la fornication* (conf. *suprà*, p. 46, note).

(2) Conf. *suprà*, p. 87.

(3) Cette observation s'applique à tous les oualis.

(4) Mot à mot : *si l'on descend* (إِنْ سَبَلَ); c'est l'expression consacrée pour marquer la ligne descendante. Pour la ligne ascendante, on dit : *si l'on monte* (إِنْ صَعَدَ). On trouve quelquefois, dans le même sens, les deux accusatifs cir-

constanciels : هَبوطًا أو صعودًا.

(5) Kharchi dit énergiquement : الأب الشرعي لا مطلق من خلفت من مائير le père légal, non séparé, *cujus semine nata est*.

(6) Il est bon de noter que le passage où Khalil mentionne le *ouaci* est singulièrement placé. C'est après avoir donné la liste des contraignants, parmi lesquels figure le *ouaci*, qu'il ajoute : « Et il est le ouali de la femme *tseb*. » Et Mohammed Kharchi, commentant ces mots, déclare que Abd El-Ouahab est l'auteur de cette opinion.

(7) Cha'rani est l'auteur d'un livre curieux qu'il a intitulé *la balance* (الميزان), et sur lequel Perron a publié une notice intéressante (*Revue africaine*, n° 81). Voici

précier la valeur des controverses qui s'élèvent sur une question, s'exprime ainsi : « Dans l'école malékite, le tuteur testamentaire » exerce valablement la oualaïa pour le mariage, c'est-à-dire pour » le contrat ; il prime même le ouali. »

Ibn Acem affirme également la priorité du tuteur testamentaire. Il ajoute : « On a soutenu (1) qu'il ne prenait rang qu'après les oua- » lis, à moins de convention contraire entre le ouali et le ouaci (2). » Quelques auteurs affirment que, suivant une pratique générale (3), » le ouaci doit déléguer son pouvoir au ouali. »

Telles sont les pièces du procès. J'avoue, pour ma part, que la question me paraît d'une telle simplicité qu'il y a lieu de s'étonner de ce luxe de controverses. Le tuteur testamentaire est le délégué du père; celui-ci ne peut lui conférer plus de pouvoir qu'il n'en avait lui-même; mais aussi personne ne peut lui enlever le rang qu'il occupe en sa qualité de délégué. Comment ? Si le père vivait, il viendrait après le fils et ses descendants, et son représentant occuperait un autre rang que lui, ou serait éliminé de la liste des oualis ! Une pareille inconséquence est inadmissible. Mohammed Alich (4) ne raisonne pas autrement : « Le ouaci de la femme déflo-

comment l'illustre arabisant définit le *Mizan* : « Le traité de Cha'rani est l'en- » semble des appréciations comparatives ou la *pondération* des quatre rites, c'est- » à-dire le bilan des différences ou variantes qui distinguent et individualisent les » quatre rites orthodoxes et constitutifs de la loi. » Il paraît que Perron a laissé une traduction encore inédite du livre de Cha'rani. Il est à désirer qu'elle soit publiée. — Voici le procédé de Cha'rani : il indique successivement l'opinion de chacun des quatre imams orthodoxes; puis il les pèse : « Telle opinion est *lourde* » (مُشَدَّد); telle autre est *légère* (مُخَفَّف), telle autre est *intermédiaire*

» (مُفَصَّل). » Puis, pour justifier son titre, il termine l'examen d'une ques- » tion par cette formule invariable : « Et la chose revient toujours aux deux posi- » tions de la balance. »

(1) Opinion faible (*conf.* p. 24, note).

(2) Le texte dit littéralement : « Il a été dit (qu'il venait) après eux, et non s'ils » ont consenti tous deux (وَمَا رَضِيَا) », le duel se rapportant à la collection des oualis et au ouaci.

(3) Le verbe حَبَّ employé à la 10^e forme signifie *préférer*, en langage ordinaire. En droit, on l'oppose au verbe حَقَّ employé à la même forme. Le premier éveille l'idée de *pratique générale non imposée par la loi*; le second, l'idée d'*obligation imposée par la loi*.

(4) Mohammed Alich est un contemporain. Il est mort, l'année dernière, dans

• rée par un mariage valide, ou par un mariage qui n'entraîne pas
• l'application d'une peine criminelle contre ceux qui l'ont con-
• tracté (1), a qualité pour marier cette femme; il occupe le rang
» qu'aurait le père de cette dernière. » Voilà qui est péremptoire!
Il ajoute que si le ouali a procédé au mariage, alors qu'il existait
un ouaci, *ou réciproquement*, le contrat est à l'abri de toute criti-
que, et on ne peut qu'applaudir à une telle solution. Il s'agit avant
tout de faire que la femme soit assistée d'un ouali, puisque la loi
l'exige; le surplus n'est que du formalisme étroit.

Il ne faut pas oublier que si la tutelle testamentaire est exercée
par une femme, celle-ci ne peut marier directement que les mâles;
pour marier une femme, elle doit employer l'intermédiaire d'un
mâle (2).

5° Le frère germain de la femme (3).

6° Le fils du précédent, et ainsi de suite, en descendant.

7° Le frère consanguin de la femme.

En matière successorale, le frère consanguin est traité comme
le germain, lorsque ce dernier fait défaut. Il en est de même ici.

8° Le fils du précédent, et ainsi de suite, en descendant.

9° L'aïeul paternel de la femme.

10° Le fils du précédent (grand-oncle).

11° Le bisaïeul paternel de la femme.

12° L'arrière-grand-oncle.

Je crois inutile d'allonger cette liste.

Ici s'arrête la hiérarchie des oualis *de parenté*.

13° Le patron.

une prison du Caire, où il avait été enfermé pour des faits politiques. C'était un
esprit éclairé; il s'était efforcé de concilier les principes de la loi religieuse avec
les exigences du raisonnement scientifique.

(1) *Conf. supra*, p. 59, 11°.

(2) *Conf. supra*, p. 41.

(3) On remarquera ici une dérogation à l'ordre dans lequel les agnats accèdent
à la succession. L'aïeul paternel est au quatrième degré; le frère germain, au
cinquième; le consanguin, au sixième. La hiérarchie que j'adopte est celle de
Mohammed Kharchi, d'Ibn Salmoun, d'Ibn Acem. D'autres jurisconsultes accor-
dent à l'aïeul paternel le pas sur les frères. Derdiri nous donne la raison de cette
divergence: « Le grand-père paternel vient après le frère et le fils de celui-ci,
» suivant l'ordre adopté au profit du patron dans la succession de l'affranchi, et
» suivant l'ordre adopté pour la prière des funérailles, à la différence de ce qui a
» lieu pour les agnats dans les successions ordinaires. »

Comme la oualaïa ne peut jamais être vacante, à défaut des parents qui précèdent, elle est exercée par le juge; mais, lorsque la femme à marier est d'origine servile, il faut intercaler un ouali d'une espèce particulière entre le dernier des agnats et le cadî : le patron.

L'affranchissement laisse subsister entre l'affranchissant et l'affranchi un lien d'une indestructible solidité : « Le patronage, a dit le Prophète, c'est un morceau de chair comme » la chair de la parenté (الْوَالَاةُ لَحْمَةٌ كُلُّهَا السَّبَبُ).

Aussi, le patron est-il le onzième des agnats; il est appelé comme tel à la succession de l'affranchi. Rien de plus logique, par conséquent, que de l'admettre à exercer la oualaïa. Et ce n'est pas seulement le patron qui est investi de ce droit; ce sont encore ses agnats, dans l'ordre indiqué ci-dessus. Bien mieux, d'après quelques auteurs, le patron et ses agnats étant exclus de la oualaïa par un motif quelconque, elle passe, le cas échéant, de l'affranchissant à l'affranchi. Mais cette opinion ne mérite aucune considération, car l'affranchi n'a aucun droit à l'hérédité (1).

14° *Le père nourricier*. — Nous rentrons ici dans la oualaïa des femmes d'origine ingénue. Le père nourricier (كَابِل) est une création touchante du droit musulman. L'expression elle-même est empruntée au Coran (2). L'homme qui a pris soin d'une jeune fille et l'a élevée jusqu'à sa puberté, conquiert le droit d'exercer la oualaïa pour elle. La *kafala* s'applique à la fille de basse condition (3), dont le

(1) On a même soutenu que la oualaïa était exercée uniquement par l'affranchi.

Cette erreur provient de ce que le mot مَوْلَى signifie à la fois l'affranchi et l'affranchissant. Ce qui a contribué à jeter le trouble dans la question, c'est que Khalil, et la plupart des commentateurs, ont imaginé de les distinguer l'un de l'autre, en appelant le premier الْأَسْبَل (l'inférieur), et le second الْأَعْلَى (le supérieur); on a donc cru à tort qu'il s'agissait de l'affranchi et de l'affranchi de l'affranchi (conf. p. 65, où le mot مَوْلَى est pris dans le sens d'affranchi).

(2) Le verbe كَبَلَ se trouve employé onze fois dans le Coran (voyez surtout III, 32, 39, avec la note de la traduction Kazimirski). Il a le sens de nourrir, soigner. La femme objet de ces soins est dite مَكْبُولَةٌ. Cette sorte de tutelle officieuse (conf. Code civil, art. 364, § 2) s'appelle كِفَالَةٌ.

(3) La femme de haute condition (شَرِيفَةٌ) est ainsi définie par la Riçala :

père et les parents sont morts ou absents. Les auteurs ne s'accordent pas sur la durée que doit avoir la kafala pour que le père nourricier soit admis à la oualaïa ; les uns exigent qu'elle se soit prolongée pendant dix ans ; les autres, quatre ans. L'opinion d'Abou El-Kassim me paraît la plus rationnelle ; la question de temps le laisse indifférent : « Ce qu'il faut rechercher, dit-il, c'est la manifestation de la pitié et de la tendresse à l'égard de l'enfant. »

Il va de soi que le père nourricier peut être un parent éloigné, même un étranger, mais qu'il doit être de ceux auxquels la loi ne confère aucun droit sur la personne ou sur les biens de la jeune fille. Pour être considéré comme père nourricier, il faut n'être tenu, à aucun titre, à donner des soins à l'enfant. Ainsi, notamment, un parent de la ligne maternelle appelé à exercer la *hadana* (1), et qui doit ses soins à l'enfant, ne saurait nullement se prévaloir de cette situation pour réclamer la oualaïa.

Remarquons encore que le *kafil* doit être du sexe masculin. Une femme qui donnerait des soins à une fille abandonnée ne se créerait par là aucun droit à la oualaïa, son sexe s'y opposant.

Enfin, la femme de haute condition n'est pas placée sous la oualaïa du père nourricier. Il n'est pas admissible qu'elle soit réduite à devoir son entretien à la charité publique ou privée.

15° Le juge. — A défaut des oualis qui précèdent, la oualaïa est exercée par le cadî. Mais celui-ci doit rechercher d'abord si la femme n'a pas de ouali préférable, et si elle se trouve dans les conditions voulues pour contracter mariage. En effet, le juge remplit ici une double mission : il assiste la femme et il vérifie si le mariage projeté est irréprochable. Ses obligations sont plus étroites que celles d'un simple ouali ; celui-ci n'est revêtu d'aucun caractère officiel, il se borne à fournir son assistance et à assurer à la femme une union conforme aux principes généraux qui régissent les contrats de ce genre.

« C'est celle qui est recherchée parce qu'elle est douée de beauté (جَمَال), de fortune (مَال), de rang (فَدْر), de position (حَال). » La femme de basse condition est celle à qui manquent ces avantages, telles que : la négresse (سُودَانِيَّة), la mendiante (بُغْيِرَة), la nouvelle convertie (مُسْلِمَانِيَّة) (conf. *suprà*, page 66, note 1).

(1) Conf. *infra*, V. Hadana.

Jazouli formule ainsi les devoirs d'un juge appelé à exercer la oualaïa : « Le juge marie la femme après avoir constaté qu'elle n'est atteinte d'aucun vice rédhibitoire (1); qu'elle n'est pas en état d'irham (2); qu'il n'y a, entre elle et son futur mari, aucun lien de parenté au degré prohibé (3); qu'elle est pubère (4), libre; qu'elle n'a pas de ouali; que, si elle en a un, ce dernier a refusé de la marier (5), ou bien est absent (6); qu'elle ne se trouve pas engagée dans les liens d'un mariage précédent (7); qu'elle n'est pas en aïdda (8); que le mari qu'on lui destine est agréé par elle (9); que le mariage est assorti, au point de vue de la religion, de la liberté, de la parenté, de la condition sociale, de la fortune (10); qu'il lui a été constitué une dot (11); que cette dot n'est pas inférieure à celle que reçoivent ses pareilles, lorsqu'elle est contraignable (12). Il doit s'assurer encore si elle est vierge ou

(1) Nous verrons que certaines maladies et certains vices de conformation, lorsqu'ils sont constatés chez l'un des époux, donnent ouverture à un droit d'option au profit de l'autre conjoint. La précaution que doit prendre le juge a donc pour but d'éviter une annulation éventuelle du mariage.

(2) Nom verbal de la 4^e forme du verbe *حَرَّمَ*, *défendre*. C'est l'état de l'homme ou de la femme qui entre en pèlerinage, qui doit être exempt de toute préoccupation terrestre, auquel sont interdits tous les actes de la vie civile. Il est, par conséquent, défendu de songer au mariage depuis le commencement de l'*irham* (*إِحْرَام*) jusqu'à l'accomplissement du pèlerinage.

(3) *Conf. infra*, Empêchements à mariage.

(4) Voici l'hypothèse : Le père est décédé; le tuteur testamentaire n'a pas reçu le pouvoir de marier sa pupille, ou bien il est décédé lui-même. La jeune fille ne peut être mariée avant sa puberté, à moins qu'elle ne soit pauvre. Hors de ces conditions, le juge n'aurait donc aucune compétence pour exercer la oualaïa, avec ou sans contrainte (*conf. supra*, page 56, lignes première et suivantes).

(5) *Conf. supra*, page 25, 2^o, et page 66, 8^o.

(6) *Conf. supra*, page 67, 9^o.

(7) La polygamie est admise, non la polyandrie (*conf. infra*, Empêchements à mariage).

(8) *Conf. infra*, *ibid.*, et V^o *Aïdda*.

(9) La femme doit consentir au mariage (*conf.* page 25, 2^o).

(10) *Conf. supra*, page 65, 7^o.

(11) La constitution d'une dot est une des conditions essentielles de la validité du mariage (*conf.* page 19, n^o 6).

(12) Lorsqu'une femme est contraignable, le père et le ouaci seuls peuvent accepter pour elle une dot inférieure à la dot d'équivalence. La femme qui dispose

» non (1). Lorsqu'elle est impubère, il doit rechercher si elle est
» pauvre et si elle a atteint l'âge de dix ans, au moins (2). »

16° *La communauté musulmane* (3). On peut apprécier par là
combien l'assistance d'un ouali est impérativement exigée par la
loi. Une femme n'a pas de parents aptes à exercer la oualaïa; ils
sont tous, ou décédés, ou absents; pour requérir l'intervention du
juge, elle serait exposée à un déplacement lointain et onéreux; et
pourtant, il lui est interdit de contracter mariage sans un ouali.
Que faire? Elle s'adresse à un musulman quelconque, et celui-ci,
pourvu qu'il remplisse les conditions générales de capacité con-
tractuelle imposées par la loi (4), devient son ouali.

C'est là un exemple remarquable de la solidarité qui unit entre
eux tous les musulmans. Ils se doivent mutuellement aide, protec-
tion; ils forment une vaste famille, dont chaque membre a pour
obligation stricte de recommander la pratique du bien et d'interdire
celle du mal aux autres. La pratique du bien consiste dans l'ob-
servance de la prière, dans l'obéissance à Dieu et à son apôtre (5).
Obéir à Dieu, c'est respecter sa loi; or, la loi exige que la femme
soit assistée d'un ouali pour contracter un mariage valable.

Choisir pour ouali un musulman, c'est encore demander le con-
cours d'un parent, d'un frère (6), dans l'acception théologique du
mot.

d'elle-même peut accepter une dot quelconque, pourvu qu'elle ne soit pas infé-
rieure au minimum déterminé par la loi (*conf. infra*, V° Dot).

(1) La perte de la virginité affranchit la femme de la contrainte (*conf. supra*,
page 79, 2°, b).

(2) *Conf. supra*, page 31, 7°.

(3) La Riçala dit: « un membre intelligent de la tribu », ce qui revient au mê-
me. Il est certain, en effet, que la femme choisira son ouali dans ses alentours
immédiats, puisqu'il s'agit précisément de lui épargner un déplacement onéreux.

(4) *Conf. supra*, page 87, n°22.

(5) *Conf. Coran*, IX, 72 *وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ* « Et les
croyants et les croyantes sont les oualis les uns des autres. » M. Kasimirski a
enlevé à ce passage toute sa pittoresque énergie, en traduisant: « Les croyants,
» hommes et femmes, sont amis les uns des autres. » *Amis* n'est pas suffisant
(*conf. la note 1 de la page 86*).

(6) Lorsque la Riçala mentionne la règle qui défend à un prétendant de se pré-
senter avant qu'il n'ait été statué sur une précédente demande, elle s'appuie sur
ce hadits: « Nul ne doit pas demander une femme en mariage après la demande »

D'après Mohammed Kharchi, il importe peu que la femme soit de haute ou de basse condition ; elle peut, dans tous les cas, choisir son ouali parmi les membres de la communauté. Mais la seconde est admise à requérir l'assistance d'un musulman, alors même qu'il existerait, en ce qui la concerne, un ouali placé en rang utile (1), le mariage de la femme de basse condition étant, à bien des égards, soumis à des règles moins rigoureuses que celui de la femme de condition élevée : pourvu qu'elle soit assistée d'un ouali, la loi est respectée.

Il n'en est pas de même de la femme de condition élevée. Il arrive rarement qu'elle n'ait aucun parent susceptible d'exercer la oualaïa ; elle ne doit donc recourir à celle de la communauté qu'à défaut d'un ouali légitime.

Mais, que décider dans le cas où, ce ouali existant, elle a requis l'assistance d'un membre de la communauté ? Lorsque le mariage a été consommé, et que la femme a séjourné pendant de longues années au domicile conjugal, ou qu'elle a eu plusieurs enfants de son mari, la morale publique exige que le fait accompli reçoive la sanction de la loi. Il serait même désirable que cette tolérance s'appliquât au mariage simplement consommé ; le rigorisme musulman ne l'a pas permis. Ainsi, la naissance d'un et même de deux enfants, le séjour de la femme chez son mari pendant une année, ne sont pas suffisants pour entraîner la validité rétrospective du contrat. Toutefois il n'est pas nul de plein droit. Le ouali légitime est simplement armé du droit d'en provoquer l'annulation, ou d'en consentir la ratification, suivant les circonstances. Le ouali suivant, et, à défaut, le juge, ont la même faculté, quand le ouali légitime est absent éloigné (2) ; n'est-il qu'absent rapproché, on lui écrit, afin de le mettre à même d'user de l'option qui lui est réservée (3).

» formulée par son frère (علي خطبة اخيد). » Tous les commentateurs sont d'accord pour enseigner qu'il ne faut pas entendre ce mot frère dans son acception restreinte. Nous disons de même : *nos frères en Jésus-Christ*.

(1) خاص , propre, particulier, légitime, spécialement désigné par la loi. C'est ainsi qu'il est employé souvent dans le Coran, et notamment : « Dieu ne frappera pas spécialement (خاصة) ceux d'entre vous qui sont injustes. »

(2) Conf. *suprà*, page 67, note 1. Mais ici le ouali est dit absent éloigné quand il réside à plus de trois jours de marche.

(3) D'après Lakhmi, les époux sont alors séparés jusqu'au moment où le ouali s'est prononcé.

Ces distinctions n'ont pas été admises par tous les jurisconsultes. Sidi Khalil mentionne cette controverse (1). Ibnou El-Kassim s'exprime en ces termes : « Si le ouali a ratifié le contrat dont la durée est faible, cela est permis, qu'il y ait eu consommation ou non. Il a le droit de se prononcer pour l'annulation du mariage, immédiatement après la consommation. Mais si le séjour de la femme chez son mari s'est prolongé, et si elle a eu des enfants de lui, je déclare le contrat exécutoire (2), si cela est juste (3), et il ne doit pas être annulé à mon sens. » Malik, Ibnou Et-Tabban, Ibnou Sadoun professent la même opinion (4).

Les solutions qui précèdent s'appliquent évidemment au cas où le ouali qui a concouru au contrat a violé la loi des préséances, en ce sens qu'il existait un ouali dont le droit était hiérarchiquement préférable. En effet, la situation est la même.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier que, en principe, l'ordre des préséances ne doit jamais être modifié, sous peine de nullité. C'est par une simple tolérance qui, à mon avis, n'est pas assez large, que s'expliquent les controverses que je viens de rapporter.

Telle est, esquissée à grands traits, la théorie de la hiérarchie des oualis. Mais cet exposé ne serait pas complet si je ne disais pas un mot de la oualaïa des esclaves et des infidèles.

24. OUALAÏA DES ESCLAVES. — Il est certain qu'un esclave ne peut pas exercer la oualaïa à l'égard de sa fille, car elle est, au même titre que son père ou ses parents, la chose du maître, et c'est le

(1) Il y a deux interprétations (تاويلان). *Conf. supra*, page 58, note 1.

(2) أمضيته. Le verbe مضى comporte, suivant la forme employée, deux sens différents : il signifie 1° *s'écouler (præterire)*, en parlant du temps; d'où le prétérit des verbes se nomme المضى; 2° *négliger, laisser passer*, et de là *rendre exécutoire*. Il s'agit ici de l'autorité du fait accompli.

(3) ان كان صواباً, si les circonstances sont favorables au maintien du mariage; ce sera une question de fait à apprécier. صاب est le contraire de خطأ, *se tromper, mal agir, pécher (conf. Coran, LXXVIII, 38)*.

(4) Malik, le fondateur de l'école malékite. *Conf. Introduction*, page 3. Ibnou Et-Tabban, auteur sur le compte duquel je n'ai pas de renseignements.

Ibnou Sadoun, ou mieux Abou Abdallah ben Sadoun, mort en 585 de l'Hégire. Auteur recommandable par la netteté de son exposition. Il est cité à l'occasion de toutes les questions controversées.

maître seul qui la marie à son gré, et qui l'assiste au moment du contrat. L'esclave n'est même pas admis, comme la femme libre, à déléguer son droit à un homme libre, car ce dernier serait le délégué d'un déléguant dépourvu d'existence juridique.

Mais l'obstacle sera-t-il le même si l'esclave a été institué tuteur testamentaire d'une jeune fille? Évidemment non. Dans cette hypothèse, il est dans une situation analogue à celle de la femme libre. Incapable, non plus en raison de son sexe, mais en vertu de la servitude qui pèse sur lui, il est investi, par le fait du testateur, d'un pouvoir qu'il ne lui est pas permis d'exercer directement, qu'il doit déléguer, par conséquent, et qu'il est capable de déléguer, parce qu'il est, non plus un ouali en titre, mais un délégué lui-même (1). Il ne s'agit, bien entendu, que de l'esclave *complet* (2). Quant au *statu liber*, auquel son maître a promis la liberté, à charge par lui de l'acheter au prix d'une rançon déterminée, et qui est, par suite, assimilé à l'homme libre (3), à certains égards, sa situation est un peu meilleure.

L'hypothèse est bizarre. Un *mokateb* possède une esclave (4). S'il prétend la marier, il lui est interdit, dans tous les cas, d'exercer la

(1) En d'autres termes, la oualaïa de l'esclave n'existe pas en principe (اصليّة); il ne peut jamais être ouali en titre; rien ne s'oppose à ce qu'il soit le *vicaire* d'un tiers, et apte, dès lors, à élire un ouali qui sera le *vicaire d'un vicaire* (نائب نائب).

(2) *فَرَن* du verbe *فَرَنَ* scruter avec attention. C'est l'esclave dont l'état ne peut soulever aucun doute, quel que soit le soin avec lequel on l'examine. Il n'a pas été pris à la guerre; il est né à la maison de son maître, de parents esclaves comme lui. C'est le *verna* des Romains.

(3) Cet esclave est dit *مكاتب*, parce que la convention (كِتَابَة) est constatée par écrit. Le maître qui lui délivre cet écrit s'appelle *مكاتب*.

(4) L'hypothèse n'a rien de forcé. Il doit payer une rançon à son maître; d'où le droit incontestable de posséder un pécule. Si, au terme fixé, il a amassé assez de ressources pour se libérer, il est libre moyennant le versement, entre les mains de son maître, de la somme convenue. Si, au contraire, son pécule est insuffisant, il retombe dans l'esclavage, il redevient la chose de son maître, et ses biens suivent le sort de sa personne, à titre d'accessoire. Afin de lui permettre d'amasser son pécule, le maître lui confère une sorte de capacité contractuelle qui le rend *مأذون*, autorisé, habilité. (Conf. Accarias, Précis de droit romain, I, page 100, sur le *servus vicarius*.)

oualaïa par lui-même, car sa liberté est subordonnée à une condition. Néanmoins, le maître n'est pas toujours le ouali de cette femme, la position privilégiée de l'esclave s'y opposant.

Supposons que, d'après l'usage local, la dot d'une fille esclave soit de dix dinars; il ne serait jamais permis de la marier à ce prix, car la perte de la virginité lui fera subir une dépréciation (1) qui doit nécessairement entrer en ligne de compte. Admettons-le, cette dépréciation est également de dix dinars. Si l'esclave stipule pour la femme une dot de vingt dinars, il n'est pas admis à exercer personnellement la oualaïa; c'est le maître qui l'exerce, car, il ne faut pas l'oublier, le *mokateb* ne jouit pas encore de la liberté. Qu'il soit hors d'état de payer sa rançon, il rentrera, personne et pécule, dans le patrimoine de son maître. Celui-ci a, dès lors, le droit exclusif de contracter le mariage d'une femme qui, partie intégrante du pécule de l'esclave, doit y figurer *en nature* ou pour sa valeur en numéraire. Ici, par conséquent, le maître est le ouali nécessaire de la femme que l'on marie dans des conditions normales. Il est à peine utile d'ajouter que le maître n'est pas autorisé à imposer le mariage à cette femme; le *mokateb* seul le peut.

Supposons maintenant que ce dernier stipule, comme dot, non plus les vingt dinars dont j'ai parlé, mais vingt-cinq dinars, par exemple (2). Certes on ne lui reprochera pas de dilapider ses biens; et le maître n'est exposé à aucune perte dans le cas où l'esclave, retombant sous son autorité, serait tenu de lui rapporter son pécule. Aussi n'a-t-il pas le droit de s'opposer à un pareil mariage, dont il n'est plus le ouali nécessaire. Mais il n'en est pas moins certain que l'esclave dépasserait sa capacité s'il exerçait personnellement la oualaïa, car il ne peut jamais l'exercer par lui-même; la loi l'autorise à déléguer son pouvoir à un tiers libre; moyennant ce détour, le contrat est à l'abri de toute critique.

25. OUALAÏA DES INFIDÈLES. — Il est interdit à l'infidèle d'être le

(1) Cette dépréciation qui résulte de la perte de la virginité, de la déformation causée par la maternité, porte le nom caractéristique de *vice du mariage*, mot à mot : *vice rédhibitoire résultant de l'action de marier* (عيب التزويج).

(2) La somme qui dépasse ainsi la dot et le montant de la dépréciation s'appelle *un augment, un excès* (بصل). Mohammed Kharchi l'appelle aussi. غبطة.

ouali d'une femme musulmane. La loi religieuse (1) creuse un abîme profond entre les Croyants et ceux qui confessent une religion différente. Il importe peu, d'ailleurs, qu'il s'agisse d'un tributaire, d'un non-tributaire, d'un apostat (2).

La solution est la même dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le ouali est musulman et que la femme est infidèle (3). Toutefois, le sort du contrat n'est pas le même dans les deux hypothèses.

Lorsqu'un musulman contracte pour une femme infidèle, bien que l'assistance qu'il lui prête soit contraire à la loi stricte, il n'y a pas lieu à annulation du mariage : *la chose est tolérée*, suivant l'expression des auteurs (4).

Au contraire, lorsque le ouali est infidèle, la tolérance disparaît.

Le motif de cette différence est facile à saisir. Dans le premier cas, le ouali seul est répréhensible, il a accordé son concours à une union dont la loi se désintéresse. Dans le second, le mariage est vicié dans son essence par l'intervention d'un ouali privé de la capacité exigée.

Il est d'ailleurs permis au musulman d'être le ouali d'une esclave infidèle qu'il possède. Mais, ici, la situation n'est plus la même; ¶le

(1) Coran, IV, 140 : « Dieu n'a pas tracé de voie aux infidèles relativement aux fidèles. »

(2) *Conf. supra*, page 64, note 4. Le tributaire (ذمي) est celui qui, tout en refusant de se convertir à l'islamisme, accepte le protectorat musulman, et s'oblige à payer un tribut, moyennant quoi il conserve sa liberté, ses lois, ses biens et sa religion. Le non-tributaire (حربي) est celui qui, ne professant pas la religion musulmane, ne payant pas de tribut, est l'ennemi (*hostis*) contre lequel la guerre sainte est imposée aux musulmans comme obligation de conscience.

(3) Mohammed Kharchi fonde cette opinion sur ce passage du Coran : « Et il n'y aura aucun lien de oualaïa entre eux et vous (VIII, 73). » Mais cette citation ne me paraît pas heureuse. De quoi s'agit-il, en effet, dans ce verset ? D'une distinction entre ceux qui ont émigré, pour combattre, de leurs personnes et de leurs biens, dans la voie de Dieu, qui ont donné asile au prophète, qui l'ont assisté dans ses œuvres, — et ceux qui ont cru, mais qui n'ont point émigré. Il y aura des rapports de oualaïa entre les premiers; il n'y en aura pas entre les premiers et les seconds (مالكم من ولايتهم من شيء). Les premiers sont évidemment ceux qui émigrèrent avec Mohammed, lors de l'Hégire, et qui prirent le nom d'émigrés (مهاجر). Il m'est impossible de concevoir en quoi ce passage s'applique à la oualaïa des infidèles.

(4) تركت est négligé, omis, oublié, de là toléré. *Conf.* Coran, XI, 15.

maître agit en vertu de son droit de propriété sur l'esclave. Il jouit de la même prérogative quand il s'agit d'une esclave affranchie par lui, nous l'avons vu, car le patron figure dans la hiérarchie des oualis (1), sans qu'il y ait lieu, en principe, de distinguer entre la femme musulmane ou infidèle.

Toutefois, ce principe est encore battu en brèche par une tolérance qui est tout à l'honneur des musulmans. Quand l'affranchie appartient à une nation qui paie la capitation (2), le patron est sans droit pour exercer la oualaïa sur elle, par respect pour le vaincu qui, en se soumettant au tribut, a acquis la qualité de protégé de l'Islamisme, et qui est autorisé à se gouverner par ses propres lois. Il en est ainsi, *a fortiori*, si le maître, ayant affranchi la femme alors qu'il était infidèle, s'est islamisé ensuite.

Il reste une dernière hypothèse à examiner. On le sait, un musulman peut valablement épouser une *femme du livre* (3). Quel sera le ouali de cette juive, de cette chrétienne? Sera-ce un musulman, puisqu'il s'agit de contracter un mariage musulman? Sera-ce un homme du livre, puisqu'il s'agit de marier une femme du livre? C'est cette dernière solution qui est généralement adoptée (4). On va même plus loin. Si la femme n'a pas de ouali de sa confession, on s'adresse à l'évêque, ou au rabbin (5). Lorsque celui-ci refuse

(1) *Conf. supra*, page 92, 13^o, et page 93, avec l'énergique parole du prophète.

(2) نَسَاءَ الْجَزِيَّةِ. Le tributaire (*conf. supra*, page 101, note 2) est soumis : 1^o à un impôt territorial (خراج); 2^o à une capitation (جزية). Les *femmes de la capitation* sont donc des tributaires.

(3) Les peuples qui ont eu une révélation, les *hommes du livre* (كُتَابِيّ), c'est-à-dire les Chrétiens et les Juifs, sont traités avec plus d'indulgence que les autres infidèles (*conf. Introduction*, page 5). Leurs prophètes sont les précurseurs de Mohammed; ils n'ont qu'un tort, ils se sont arrêtés dans le chemin de la vérité, ils n'ont pas accepté la dernière révélation. Le Coran est rempli d'allusions à cette situation privilégiée (*conf. notamment*, II, 7).

(4) *C'est préférable* (أولى), dit Mohammed Kharchi.

(5) Leurs évêques (أساقفتهم). On prétend que ce mot vient du grec ἐπισκοπος.

Je ne demande pas mieux. Mais le verbe سَفُو existe dans la langue arabe; et les substantifs qui en dérivent sont employés cinq fois dans le Coran. Il me semble plus naturel de supposer que les Orientaux, très amoureux des images, ont donné ce nom aux évêques à cause de la forme de leurs mitres, سَفُو signi-

d'exercer la oualaïa à l'occasion d'un mariage à contracter avec un musulman, ce qui doit arriver souvent, la femme saisit le prince, ou son délégué judiciaire, car, disent les auteurs, il est dans les attributions du souverain d'empêcher les dénis de justice (1), dans les cas où la loi est obscure ou insuffisante. Mais le sultan n'a qu'un droit, c'est d'obliger l'évêque à concourir, comme ouali, au mariage de la femme chrétienne; il ne peut aller jusqu'à le contraindre à la marier à un musulman.

Mais quel sera le sort du mariage contracté par un ouali musulman, au nom d'une femme infidèle? Sera-t-il nul? Non, il sera toléré (2), et l'argument d'Ibnou El-Kassim (3), rapporté par Mohammed Kharchi (4), est au moins singulier: « Il n'y a aucun inconvénient à cette tolérance, car nous fermons les yeux sur les actes de fornication (5) des Infidèles, quand ils ne sont pas publics; or, le mariage est plus respectable. » Ce qui revient à dire que les faits et gestes, même blâmables, des Infidèles laissent les Fidèles indifférents; on tolère leur immoralité, tant qu'elle ne blesse pas les yeux des vrais Croyants; on peut donc permettre à un musul-

fiant être bombé, être couvert en toit; à moins que l'on n'admette une opposition entre les mosquées qui sont couvertes en terrasses (سطح), et les églises chrétiennes (où les évêques officient) qui sont toiturées. On pourrait encore tirer une explication plausible de la forme de la croce que portent les évêques, car أسقف signifie aussi long et recourbé. Ces sortes de sobriquets sont familiers aux Arabes. Ainsi ils appellent celui qui porte un parasol l'homme à la petite tente (بوخيمة).

(1) Mot à mot: « car l'enlèvement du préjudice réciproque qui est dans ses attributions le regarde (لأنه من رجع الظالم الذي له نظرة).

(2) *Conf. supra*, page 101, note 4.

(3) Ibnou El-Kassim, dont le nom entier est Abou Abdallah Abd Er-Rahman ibnou El-Kassim, est né en 132, à Médine, et mort en 191, au Caire.

(4) Mohammed Kharchi, ou mieux: Abou Abdallah Mohammed ben Abdallah El-Kharchi, est né au Caire. Il était simple allumeur de lampes dans une mosquée. Un jour, en tirant de l'eau, il remarqua que la corde, au bout de laquelle le seau était attaché, avait profondément usé le marbre de la margelle du puits. Frappé de la puissance d'action d'un faible effort répété avec persévérance, il abandonna ses humbles fonctions et commença l'étude du droit. Il avait alors 40 ans. Il est décédé au Caire, en 1102, laissant trois commentaires de Sidi Khalil, un grand, un moyen, un petit, en tout 15 volumes.

(5) *Conf. supra*, page 46, note 1.

man de donner son assistance à leurs mariages, bien que ceux-ci n'aient aucune existence juridique. Cette complaisance n'a rien d'illégal, elle n'est dommageable, moralement parlant, que pour celui qui a le tort de s'y prêter (1).

26. OUVERTURE DE LA OUALAÏA. — Le ouali contraignant n'a pas à attendre que le contraignable manifeste le désir de se marier. En vertu même de son pouvoir, il le *violente*, non seulement pour lui imposer un époux ou une épouse de son choix, mais encore pour le contraindre au mariage, quand il le juge convenable. En d'autres termes, il tire de la loi son pouvoir et l'exerce même de ce pouvoir.

Il n'en est pas ainsi du ouali simple, de celui qui n'est pas armé de la contrainte. Il tire, sans doute, son pouvoir de la loi, mais il ne lui est permis de l'exercer qu'au moment précis où il en est requis (2), et dans la limite du mandat qui lui est conféré. Le ouali simple est un mandataire nécessaire, imposé par la loi; mais il appartient à la mandante seule de donner ouverture au mandat et d'en déterminer l'étendue.

27. ÉTENDUE DE LA OUALAÏA. — De ce qui précède, il résulte que l'étendue de la oualaïa dépend de la femme seule. Quand elle a conféré au ouali le pouvoir de la marier à qui bon lui semble (3), il est

(1) فد ظلم المسلم نفسه لما اعانه على ذلك (Kharchi).

(2) Mohammed Kharchi : « Le ouali non contraignant n'a pas le droit de » contracter le mariage, sauf lorsque la femme lui en a conféré le pouvoir. »

(3) (الأبتعويض منها له). — Le verbe *فَوَّضَ* (la première forme est inusitée) signifie *confier quelque chose à quelqu'un*. On ne le rencontre qu'une fois dans le Coran, mais employé d'une façon caractéristique : « Quant à moi, je confie mon affaire à Dieu. » (XL, 47). Pour ceux qui nient l'influence de la loi religieuse sur le droit civil, il est à noter que tous les mots de la langue juridique sont empruntés au Coran, qui en a fixé le sens technique. C'est ce qui explique l'infériorité des traductions du livre sacré; pour en produire une exacte, il faudrait un arabisant doublé d'un jurisconsulte. Maraccio traduit : « *Committo negotium meum Deo.* » — *Conf. supra*, page 47, 2^e, le mariage *fiduciaire*.

(3) Il est préférable, d'après Mohammed Kharchi, que la femme ne confère pas un mandat de cette nature; c'est accorder au ouali une latitude trop grande. Notons, en passant, que Perron a traduit ce passage ainsi : « Quand la femme » aura chargé son représentant de la marier à un homme qu'elle aime... » (tome II, page 341). C'est un contre-sens et un non-sens. Le texte porte *ممن أحب*.

tenu de lui notifier le choix qu'il a fait, avant de prendre aucun engagement définitif. A défaut de cette précaution, le contrat n'est valable que si la femme le ratifie, car il n'a pour base qu'un mandat général, ou plutôt indéterminé, ce qui est une base trop fragile.

Remarquons-le, quand le mari donne plein pouvoir à un tiers de le marier, la ratification est superflue, parce que, dit-on, l'homme a toujours la ressource de la répudiation, tandis que la femme ne dispose pas d'un pareil moyen.

Quand le mandat est spécial, il est évident qu'aucune ratification de la femme n'est nécessaire, pourvu, bien entendu, que le ouali n'ait pas dépassé ses pouvoirs.

Ce n'est pas tout. Le ouali, lorsqu'il a reçu de la femme un pouvoir général, peut lui déclarer qu'il a lui-même l'intention de l'épouser. Cette faculté est accordée à tous les oualis, fût-ce au juge ou même au ouali de la communauté. La femme y consent-elle, il n'y a plus, pour ainsi dire, qu'un seul contractant, car la loi autorise, dans ce cas, le ouali à remplir le double rôle de représentant matrimonial et de contractant pour son compte personnel (1). En effet, la loi est respectée; le mariage a été contracté par un ouali, et il importe peu, dès lors, qu'il soit en même temps le mari.

De même encore, l'homme ayant le droit d'élire un vicaire (2) pour contracter, et celui-ci pouvant être une femme, rien ne s'oppose à ce qu'elle contracte le mariage pour elle-même; mais à la condition d'être assistée d'un ouali, car elle ne tire de la délégation de l'homme que le pouvoir de contracter pour lui, non celui de contracter pour elle. Cette situation est, d'ailleurs, très bizarre : d'un côté, une femme contractant valablement pour un homme, ce dont elle serait incapable pour elle-même; et, de l'autre, un homme, le ouali, contractant pour une femme.

28. DÉLÉGATION DE LA OUALAÏA. — Le représentant matrimonial n'est pas tenu d'exercer la oualaïa par lui-même. Tous les auteurs lui reconnaissent avec raison le droit de déléguer son pouvoir. Mais

(1) *Il se charge des deux côtés* (تولى الطرفين). (Sidi Khalil).

(2) *Vicaire*, dans son sens étymologique (*vix, vicis*) traduit littéralement le mot نائب. Nous aurons l'occasion d'étudier la différence qu'il y a entre un mandataire et un vicaire, au chapitre du *mandat*.

ce délégué doit être doué de la capacité qui serait exigée du ouali lui-même (1).

Khalil, entraîné par son sujet, et bien que la question soit étrangère à la matière, pose en principe que le mari est également autorisé à charger un tiers de contracter en son nom. Il jouit même d'une latitude extraordinaire à cet égard. Ainsi il peut donner plein pouvoir à un chrétien, à un esclave, à une femme, à un enfant, à un incapable quelconque, pourvu que celui-ci soit doué de discernement, ce qui exclut uniquement le fou et l'homme dont la raison est troublée (2). Toutefois, une personne en état d'irham (3) est frappée de la même incapacité, mais pour un motif spécial : on ne doit s'occuper que de son salut, pendant qu'on accomplit le pèlerinage.

La raison de la différence qui existe, au point de vue de la capacité, entre le délégué du ouali et le délégué du mari est facile à saisir. Le mari possède directement, personnellement, la pleine capacité contractuelle; son vicaire n'a besoin d'aucune capacité, puisqu'il fait ce que le mari ferait lui-même : il est le délégué d'un déléguant capable.

La femme, au contraire, ne pourrait pas contracter *motu proprio*; elle est radicalement incapable; le ouali est institué pour faire ce qu'elle ne peut pas faire; le délégué de ce dernier doit donc être capable par lui-même, faute de quoi, il serait le délégué du délégué d'un déléguant incapable (4).

29. VOIES DE RECOURS. — La femme non-contraignable est armée,

(1) *Conf. supra*, n° 22.

(2) Mot à mot : *l'estropié de cervelle* (معترة). Jorjani définit ainsi le trouble d'esprit : « C'est une maladie qui a une cause physique, et qui se manifeste par intermittences. Celui qui en est atteint n'a plus l'intelligence saine; ses discours sont parfois ceux des hommes raisonnables, parfois ceux des insensés; c'est même ce qui le distingue du *safih*, qui n'a aucun point de ressemblance avec le fou. Le trouble d'esprit se traduit par accès successifs de joie et de tristesse. » Nous nous occuperons en temps et lieu de ce personnage (*conf. infra*, v° Interdiction). Derridj le définit plus simplement : *celui dont l'intelligence est faible* (ضعيف العقل).

(3) أحرام. C'est proprement le costume spécial que prennent les musulmans, quand ils commencent les pratiques du pèlerinage. De là le sens de *status sacer*.

(4) Cette théorie sera complétée. *Conf. infra*, v° Mandat.

comme la contraignable (1), du droit de résister aux abus de pouvoir dont elle est victime.

Je le répète, le ouali simple est un intermédiaire nécessaire; la femme ne peut ni l'écarter, ni lui substituer à son gré un ouali d'un degré inférieur (2); elle subit une véritable tyrannie légale (3), lorsque, par exemple, elle désigne le mari qu'elle veut épouser, et que le ouali cherche à lui imposer un candidat de son choix. Il ne refuse pas son ministère, à la vérité, — hypothèse dans laquelle il serait remplacé par le ouali suivant, — mais il s'obstine à imposer ses préférences. La femme saisit alors le juge de la difficulté, et celui-ci examine quel est le parti le plus avantageux pour elle, au point de vue de l'égalité (4). Et, ce qui prouve combien le sentiment est étranger aux unions musulmanes, si le candidat du ouali est *plus égal*, la femme est contrainte à se soumettre. Dans le cas contraire, c'est au ouali à renoncer à sa prétention (5); on lui enjoint de contracter le mariage au gré de la femme. S'il continue à y résister, il est considéré comme refusant de prêter son concours (6), le juge le déclare déchu de son droit au profit du ouali suivant.

D'après quelques auteurs (7), le cadi a même la faculté, dans cette hypothèse, d'exercer la oualaïa par lui-même, en stipulant pour la femme la dot d'équivalence (8). D'après l'opinion générale, le cadi ne le peut que si le ouali suivant est absent (9). Mais ces deux solutions me paraissent aussi faibles l'une que l'autre, car le juge

(1) *Conf. supra*, n° 16.

(2) *Conf. supra*, n° 23.

(3) Mot à mot : « Comme elle est opprimée par la nécessité du contrat de son ouali » (مع كونها مضطرة الى عفته). Le verbe *ضرت*, dans ce sens est coranique (XXVII, 63).

(4) L'égalité de condition des deux époux. Il en sera question plus loin, *section V*.

(5) Et ce n'est qu'ici que les jurisconsultes paraissent découvrir que l'union sera plus heureuse, les préférences de la femme étant écoutées : « Et ce sera plus durable pour la fréquentation, » dit Mohammed Kharchi. (لانه ادم للعشرة).

(6) *عاضل*, refusant, avec la nuance de *refus injuste*. C'est encore une expression coranique (*conf. Coran*, II, 232; IV, 23).

(7) Ibnou Abd-Es-Selem, Ibnou El-Hadjib, El-Badji.

(8) Pour la dot d'équivalence, *conf. infra*, section IV.

(9) *Conf. supra*, n° 23.

n'entre en scène qu'à défaut de ouali préférable (1), et nous avons vu que le respect de la hiérarchie est de principe. Il vaut donc mieux, d'après moi, que le cadi désigne le ouali suivant et n'agisse personnellement que s'il arrive à son rang (2).

30. CONCURRENCE DE OUALIS. — Quand la femme possède plusieurs parents au même degré, comme des frères, des neveux, des oncles, des cousins, chacun d'eux a, virtuellement, le même droit que les autres à la oualaïa.

La femme, ainsi surabondamment pourvue de représentants éventuels, a trois partis à prendre : 1° énoncer simplement le désir qu'elle a de se marier, sans accorder aucune préférence à l'un ou à l'autre de ses oualis ; 2° charger deux (ou plusieurs) d'entre eux de lui trouver un mari ; 3° ne confier cette mission qu'à l'un d'eux. En effet, pourvu qu'elle ne viole pas l'ordre des préséances, la loi est respectée.

Première hypothèse. — Si les oualis s'accordent pour s'effacer devant tel ou tel d'entre eux, toute cause de conflit se trouve écartée, car, nous l'avons constaté déjà, la ratification même tacite d'un ouali supérieur, laisse toute sa validité à l'union contractée avec l'assistance d'un ouali inférieur (3) ; il doit donc en être ainsi, à plus forte raison, entre oualis du même degré.

S'ils revendiquent tous l'exercice de la oualaïa, en s'accordant, d'ailleurs, sur le choix du mari, le juge (4) se borne à désigner celui qui assistera au contrat, la présence de plusieurs représentants n'étant pas admise par la loi.

(1) *Conf. ibid.*

(2) Pour le lecteur qui serait tenté de trouver exorbitante la prétention d'un simple représentant légal d'imposer son choix à la femme, je rappelle que le ouali est, la plupart du temps, un proche parent ; qu'à ce titre il peut être guidé par des motifs respectables, avoir le souci légitime de l'honneur de la famille. C'est précisément dans le cas où sa résistance n'est fondée sur aucune raison de ce genre que le juge intervient pour la briser (*conf. supra*, n° 23). Dans notre droit, le père et la mère sont armés d'un droit analogue qui n'est même pas aboli par la majorité de l'enfant. L'intérêt est le même, l'organisation est différente, voilà tout.

(3) *Conf. supra*, page 97, 3^e alinéa.

(4) Le texte porte « *le sultan* », ce qui revient au même, car le juge tient ses pouvoirs du prince, dont il est le délégué judiciaire.

Que la femme, au lieu de conférer un mandat général, ait indiqué le mari qu'elle entend épouser, la solution est la même.

Dans le cas où chacun des oualis réclame la oualaïa et présente un mari différent, la femme ne manifestant aucune préférence pour l'un ou pour l'autre des prétendants à sa main, il appartient encore au juge de faire cesser le conflit, en désignant celui des parents qui procédera au mariage; d'où la désignation implicite du mari.

Enfin, si la femme, sans se prononcer en faveur de l'un ou de l'autre de ses représentants légaux, a indiqué l'époux avec lequel elle entend contracter mariage, ce mandat restrictif a pour effet évident de conférer à l'avance un droit de préférence au parent disposé à suivre les intentions de sa mandante, ou de rendre tout conflit impossible s'ils s'accordent tous pour respecter la volonté de la femme.

Deuxième hypothèse. — Supposons-le maintenant, la femme a chargé, soit au même moment, soit successivement, deux de ses parents placés au même degré, de la marier, sans que l'ordre dans lequel ce double mandat a été donné, soit à considérer (1). Ils s'acquittent de leur mission; ils contractent tous deux, au nom de leur mandante. Voilà, en fait, une femme pourvue de deux maris! Que décider? La question se présente sous trois aspects différents.

A. Les deux oualis ont contracté successivement, et l'on n'a aucun doute sur l'antériorité de l'un des contrats. — La solution est simple. Le premier contrat est valable; le second est nul, car, s'il en était autrement, le second mari épouserait une femme déjà mariée, ce qui est impossible, la polyandrie étant absolument interdite en droit musulman.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que le second mari se soit abstenu de toute *familiarité* (2) avec la femme, ou, s'il

(1) Un auteur, toutefois, et son opinion frappe par sa simplicité, exige que l'on recherche l'ordre chronologique des deux mandats, et que le premier mandataire ait seul le droit de contracter. Aussi déclare-t-il nul tout mariage conclu par le second, eût-il été consommé. Il est à regretter que ce système n'ait pas prévalu.

(2) Le texte porte : *إن لم يتلذذ الثاني*. Le verbe *لذ* signifie « être agréable; » à la cinquième forme, il a le sens juridique de *voluptatem percipere*. Il est certes fâcheux que les jurisconsultes musulmans m'imposent le devoir de convenance de les traduire dans une langue qui brave l'honnêteté. Sans nul doute, leur but est louable; il le serait encore plus s'ils ne sacrifiaient pas trop souvent la morale

s'en est permis, qu'il ait connu l'existence du premier contrat. On conçoit aisément que, s'il a fait une caresse à la femme, même sans consommer le mariage avec elle, il doit avoir la préférence, malgré la postériorité de son droit; la morale publique et privée sanctionne une pareille décision. Mais, quoi! s'il a connu l'existence de son rival plus heureux, si, en d'autres termes, il a été de mauvaise foi, il est écarté sans pitié, et l'épouse avec laquelle il aura même consommé le mariage (*vel aliquid amplius!*) sera attribuée au premier mari! Dans un contrat ordinaire, le dol ne fonde rien de légitime; rien de mieux. Mais, dans un contrat comme le mariage, cette rigueur est excessive, immorale au premier chef! Quoi qu'il en soit, la mauvaise fois du second contractant doit être prouvée; il doit être établi qu'il a avoué, avant les actes blâmables dont il s'est rendu coupable, les avoir commis en pleine connaissance de l'existence du contrat antérieur au sien. En effet, on craint, si son aveu est postérieur à ses actes, qu'il ne dise pas la vérité, pour un motif quelconque. Faute de cette preuve, son mariage est annulé par une décision judiciaire qui a la valeur d'une répudiation (1).

Ainsi, la femme appartient au premier mari dans deux cas :
1° lorsque le second n'a eu aucune familiarité avec elle, ce qui est

à un désir excessif d'approfondir les problèmes qu'ils se posent. Ainsi Mohammed Kharchi, commentant ce passage, déclare qu'il s'entend des *prodromi coitus, scilicet oscula, palpationes, vel aliquid amplius. Prodromi coitus* se dit مفدمات وطه.

(1) Le texte porte : « *Son mariage sera annulé par répudiation.* » Quelques explications anticipées sont nécessaires ici. Nous verrons plus loin, à l'occasion des nullités du mariage, qu'un mariage *nul*, ne pouvant produire aucun effet juridique, n'est pas *annulable* : on n'annule pas ce qui est inexistant. Quand, au contraire, le mariage est simplement *imparfait, vicieux* (جاسد), il doit être *consolidé* par un moyen légal, ou *annulé* par une décision judiciaire qui a la valeur et qui entraîne les conséquences de la répudiation, *seul mode de rupture du lien conjugal*.

Mais pourquoi le mariage, dont nous nous occupons, doit-il être annulé par répudiation? Voici pourquoi. Un auteur, Zerkani, beaucoup mieux avisé que les autres, déclare que ce mariage demeure valable; il a contre lui tous les autres jurisconsultes. Or, la résistance de Zerkani fait évidemment naître une controverse; aussi ce mariage n'est-il plus *inexistant*, il doit être judiciairement annulé.

En effet, quand la majorité des auteurs enseigne qu'un mariage est valable, il est valable; quand la majorité des auteurs enseigne que ce même mariage est nul, la résistance de la minorité, lui attribuant une existence relative, en rend l'annulation nécessaire; enfin, quand l'unanimité des auteurs enseigne que ce même mariage est nul, il est nul. Ces notions seront expliquées et développées en temps et lieu.

Ainsi, ici, sans la résistance de Zerkani, le mariage serait nul, inexistant.

rationnel, juste et moral; 2^o lorsqu'il s'est permis, à son égard, des familiarités (1), sachant l'existence d'un contrat antérieur au sien, et dès lors préférable, ce qui est irrationnel, inique et immoral.

Au contraire, elle appartient au second mari, dans un seul cas : quand il a été de bonne foi et qu'il s'est oublié auprès d'elle, se croyant son premier ou son seul mari.

Enfin, quand la preuve dont il a été parlé plus haut n'est pas rapportée, quand, par exemple, il n'est pas démontré qu'il a avoué sa mauvaise foi *avant* les actes blâmables auxquels il s'est livré, on n'attribue pas la femme au premier mari, car il est possible que le second ait menti dans un intérêt quelconque; on l'attribue à ce dernier, mais en la lui enlevant immédiatement par décision judiciaire.

Malgré la longueur des explications qui précèdent, la question n'est pas encore épuisée.

Nous venons de le voir, lorsque le second mari a, de bonne foi, usé des droits que son pseudo-mariage lui donnait, à ses yeux du moins, la loi sanctionne son erreur, malgré l'existence d'un autre contrat dont il ignorait l'existence. Mais, une circonstance particulière peut lui enlever tout le bénéfice de sa situation. Le contrat du premier mari était évidemment le seul valable; c'est par le fait des relations physiques (2) qu'il s'est permises avec sa femme putative, que l'*usurpation* du second époux est légitimée. Or, supposons que ces relations aient commencé après le décès du premier mari; elles deviennent aussitôt criminelles, sans que la bonne foi de leur auteur soit à considérer, car elles violent une loi d'ordre public, en vertu de laquelle la femme était astreinte à la retraite légale de mort (3). En d'autres termes, pour éliminer le premier mari, les relations

(1) La femme est soumise d'abord à l'*istibra*. Le second mari doit la dot entière. Nous verrons ce que c'est que l'*istibra* (*Conf. infra, v^o Retraite légale*), et provisoirement *infra*, p. 116, C. et la note 3.

(2) Je me sers sans scrupule de cette expression, bien que Khalil emploie le mot *تَلَذُّ*, parce que, en principe, une simple caresse produit le même effet, légalement parlant, que la consommation même du mariage. Au surplus, nous avons vu plus haut Mohammed Kharchi admettre que la *voluptatis perceptio* comprend les caresses *et aliquid amplius*.

(3) Nous verrons que la femme répudiée est soumise à une retraite légale de trois mois, et la veuve à une retraite de quatre mois et dix jours, que le mariage ait été ou non consommé.

conjugales du second auraient dû commencer avant le décès de celui-là, faute de quoi elles n'ont plus cet effet; elles constituent un véritable acte de fornication (1) de la part d'une veuve qui se remarie, pour ainsi dire, avant l'expiration du délai de viduité. Aussi, le second mariage est-il annulé, la femme contrainte à accomplir sa retraite légale (2), et il lui est à jamais défendu d'épouser de nouveau l'homme avec lequel elle a ainsi violé une obligation que le Coran lui impose (3).

Et, ajoute Khalil, il en est ainsi alors même que le contrat du second époux est antérieur à la mort du premier, car ce n'est pas le contrat que l'on considère ici, puisque, à ce point de vue, le second mari n'a aucun droit à invoquer, et qu'il ne tire avantage que des relations qu'il a eues avec la femme.

B. *Les deux oualis ont contracté au même moment.* — Ici, il n'y a plus à rechercher si la simultanéité des deux contrats est établie ou simplement probable; le doute s'interprète, par prudence, dans le sens de la certitude. Les deux mariages sont, non pas annulables, mais radicalement nuls, car chacun des maris a épousé une femme déjà mariée. A ce propos, Mohammed Kharchi affirme qu'il en est ainsi « que les deux mariages aient été consommés, que l'un d'eux » l'ait été, qu'aucun des deux ne l'ait été. » Il est bien difficile d'imaginer comment une femme se prêterait à la consommation de deux mariages. Mais les commentateurs poussent toujours leurs théories jusqu'à l'absurde. On peut cependant supposer, à la grande rigueur, le cas où la femme, après avoir livré sa personne à l'un des deux maris, se persuade qu'elle s'est trompée, et se prête naïvement aux exigences de l'autre. Je ne hasarde cette supposition qu'avec beaucoup d'hésitation, car il est certain qu'une femme honnête attendra la décision de la justice avant de prendre un parti aussi compromettant pour sa dignité personnelle.

C. *La date des deux contrats successifs est ignorée.* — Lorsqu'on ne possède aucun élément de conviction pour classer chronolo-

(1) Pour la fornication, *conf. supra*, p. 46, note 1.

(2) Elle est si bien la *veuve* du premier mari, qu'elle est admise à sa succession.

(3) Littéralement : « Et l'illicéité *تحریم* d'elle pour lui devient éternelle. » C'est la sanction pénale de l'abomination (حرم) commise. La retraite légale est imposée par les versets 228 et 234 de la sourate II du livre sacré.

giquement les deux contrats, ils sont tous deux annulés par une décision produisant les effets de la répudiation, à la condition formelle que la femme n'ait consommé l'union avec aucun des deux maris. En effet, dans ce cas, chacun des deux mariages, pris isolément, est valable, irréprochable, et devrait être maintenu : leur coexistence est inadmissible, c'est leur seul vice; d'où, non pas la nullité des deux contrats, mais leur incompatibilité, qui entraîne la nécessité de les briser (1).

Mais s'ils ont été consommés tous deux, la femme est attribuée à celui qui l'a consommé le premier, quand les deux consommations ont une date certaine; sinon, les deux mariages sont également annulés.

Troisième hypothèse. — Enfin, lorsque la femme a désigné celui des oualis du même degré auquel elle entend confier la mission de la marier, tout conflit est écarté. Toutefois, il se peut, disent les auteurs, que ce ouali contracte avec deux maris. Voilà, certes, une hypothèse bien invraisemblable, à moins d'une erreur, d'un manque de mémoire, ou d'une fraude. Quoi qu'il en soit, on applique, suivant les circonstances, les solutions qui précèdent.

Telle est, dans sa complexité, la théorie de la concurrence des oualis. Mais elle soulève d'autres questions accessoires, dont il est nécessaire de dire quelques mots, bien qu'elles ne se rattachent que très indirectement à la matière.

En effet, comme nous le verrons (2), la constitution d'une dot est une des conditions du mariage musulman; d'autre part, toute femme (3) qui a eu des relations avec un homme, qu'il soit son mari ou non, est soumise à une retraite légale (4); de plus, par le fait même du mariage, les époux acquièrent des droits dans la succession l'un de l'autre; enfin, les conflits juridiques supposent une procédure organisée pour les régler. Comment ces quatre questions

(1) Ils sont encore annulés judiciairement pour un motif que nous connaissons déjà. Ici, bien entendu, tous les auteurs sont d'accord pour enseigner que ces deux mariages ne sauraient être maintenus; mais les uns admettent leur validité incompatible, les autres leur inexistance. De là une controverse de détail, mais qui suffit pour les soumettre à la nécessité d'une annulation judiciaire.

(2) *Conf. infra*, section IV.

(3) Sauf le cas où, répudiée révoquablement par son mari, elle est reprise par lui.

(4) *Conf. infra*, v^o *Retraite légale*.

de la successibilité, de la dot, de la retraite légale et de la preuve seront-elles tranchées lorsqu'une femme, ayant plusieurs oualis placés au même degré, a été mariée par chacun d'eux? Tel est le quadruple problème qu'il nous reste à examiner.

A. *Successibilité.* — Une femme a été mariée à deux maris. Le premier point à élucider c'est si le doute existe réellement à l'égard des deux maris (1). Il faut donc exclure d'abord les hypothèses dans lesquelles la loi n'admet pas cette incertitude. Ainsi, quand les deux contrats sont simultanés, nous l'avons vu (2), ils sont nuls, et, chose importante à noter, ils le sont d'après l'accord des quatre écoles : il n'y a donc pas d'annulation judiciaire à attendre, ce qui ne permet pas aux deux époux de se targuer provisoirement d'une possession d'état. Aucun conflit n'est donc possible entre eux, et, dès lors, ils n'ont aucun droit de succession à prétendre, si la femme meurt.

Au contraire, quand les deux contrats sont successifs (3), et que les deux maris revendiquent la priorité, l'intervention du juge est indispensable. Nous l'avons vu également (4), chacun des contrats est valable en soi, et le demeure aussi longtemps que l'annulation de l'un d'eux n'a pas été prononcée. Que la mort de la femme se produise dans l'intervalle, il n'y a aucun motif légal de les exclure, ou d'exclure l'un d'eux de la succession de cette dernière. Ne l'oublions pas, l'annulation est d'autant plus nécessaire que les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur le caractère des deux mariages, les uns se bornant à les déclarer incompatibles, les autres les déclarant inexistantes. Dès lors, le même controverse s'élève au sujet du droit des deux maris à la succession de la femme.

Les auteurs modernes admettent leur droit. Pour eux, l'existence légale du double mariage n'est pas contestable; il n'y a de doute que pour savoir quel est le mari préférable, chacun des deux affirmant l'être. De là, pour les deux maris, le droit incontestable de se présenter utilement à la succession de la femme. Toutefois, ajoutent-ils, il faut, de toute nécessité, concilier deux intérêts opposés : celui de la succession qui ne peut accueillir en même temps deux héri-

(1) Le doute sur le point de savoir quel est le mari *préférable*.

(2) *Conf. supra*, n° 30, 2^e hypothèse, B.

(3) *Conf. ibid.* A.

(4) *Conf. ibid.*

tiers armés d'un titre identique; celui des deux maris, dont l'un ne saurait être écarté avec plus de raison que l'autre. Ainsi leur attribue-t-on, dans ce système, à chacun la moitié de l'émolument qui serait alloué au mari préférable, s'il était connu.

Dans le sens contraire, on raisonne ainsi : Ils n'ont pas plus de droit l'un que l'autre à la succession de la femme; un droit qui n'est pas établi ne confère aucun avantage. Et, d'ailleurs, les deux mariages sont nuls, inexistantes; il n'y a donc aucun motif légal d'admettre à la succession des étrangers qui, à aucune époque, n'ont pu être considérés comme des ayant-droits, à un titre quelconque.

Mais que décider dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque les deux maris décèdent, la difficulté demeurant la même, en ce sens que l'on ignore quel est celui dont le droit est préférable? La femme n'a aucun titre pour hériter d'eux. En effet, c'est le mariage qui serait le seul fondement de son droit; or, on conçoit que deux hommes réclament la même femme; mais celle-ci n'est pas admise à réclamer deux maris, et il lui est impossible d'en réclamer un, puisque l'on ignore quel est le préférable des deux. Voilà, au surplus, comment s'exprime Mohammed Kharchi : « La différence à noter entre » l'hypothèse où la femme meurt et celle où les maris décèdent, » c'est que, dans le premier cas, le mariage est certain, chacun des » maris prétendant être le premier en date; dans le second cas, il » n'est pas possible à la femme d'indiquer avec certitude quel est » son mari. »

Il en serait évidemment de même si l'un des deux maris décédait. L'incertitude serait la même.

B. *Dot.* — La question de la dot est intimement liée à celle de la succession. Dans le système qui reconnaît des droits aux deux maris dans l'héritage de la femme, il est rationnel que ceux-ci soient tenus, chacun, de la dot entière, s'ils ont consommé le mariage, de la moitié de la dot, s'ils ne l'ont pas consommé (1). Il serait absurde, en effet, de leur accorder un émolument en tant que maris, et de les affranchir de l'obligation qui est la conséquence naturelle de leur situation. Il y a donc un compte à faire, mieux encore, une compensation à établir jusqu'à due concurrence (2). La dot est-elle

(1) *Conf. infra*, section IV.

(2) Les musulmans n'admettent pas la compensation légale; elle est toujours

supérieure à l'émolument qu'ils retirent de la succession de la femme, ils versent à l'actif de cette succession la différence entre les deux sommes. La dot est-elle égale à leur part héréditaire, la compensation s'opère sans soulte à payer ou à recevoir, ni d'une part, ni de l'autre. La dot, enfin, est-elle inférieure, le mari reçoit la différence.

Dans le second système, aucune dot n'est due. Il serait contraire à l'équité de refuser aux deux maris tout émolument dans la succession, par le motif que leurs unions sont nulles, et d'exiger d'eux le versement de la dot, en se fondant ainsi, forcément, sur l'existence de ces mêmes mariages.

C. *Retraite légale*. — Nous le verrons plus loin (1), toute femme qui a eu des relations avec un homme, est soumise à une retraite légale. Tantôt cette période de viduité lui est imposée à la suite d'un mariage rompu par la répudiation, à l'effet d'établir, le cas échéant, la filiation de l'enfant auquel elle peut donner le jour, et met obstacle à la conclusion d'un nouveau mariage, aussi longtemps que le délai fixé par la loi n'est pas écoulé. Tantôt la femme, devenue veuve, est astreinte à une retraite de ce genre, non plus seulement pour empêcher le mélange du sang, mais encore par respect pour la mémoire du défunt. Tantôt, enfin, la femme, coupable de fornication (2), est condamnée à subir une attente légale à la suite des relations illicites qu'elle a entretenues (3).

Il est évident que, dans tous les cas où la femme ayant été doublement mariée, a eu des relations (4) avec l'un ou l'autre de ses deux époux, ou avec l'un et l'autre, elle est astreinte, suivant les circonstances, à l'aïdda ou à l'istibra. Je me borne à poser le principe, sauf à entrer dans les développements utiles, lorsque nous nous occuperons spécialement de la retraite légale.

conventionnelle pour eux. Voici pourtant une hypothèse dans laquelle la compensation s'opère de plein droit. (*Conf.* mon *Traité élémentaire* n° 315.)

(1) *Conf. infra*, v° *Retraite légale*.

(2) *Conf. supra*, page 46, note.

(3) Dans les deux premiers cas, la retraite légale prend le nom de *aïdda*; dans le troisième, elle s'appelle *istibra*. Ces mots seront expliqués en temps utile (*conf. infra*, v° *Retraite légale*).

(4) Je rappelle que par relations, on entend tout aussi bien la consommation même du mariage que les *familiarités* (*conf. supra*, p. 109, note 2).

D. *Preuve.* — Un dernier mot, avant de terminer cette matière. Quand deux maris réclament la même femme, et que la question d'antériorité se pose, il appartient évidemment à chacun d'eux de faire la preuve de sa prétention.

Mais, comme il est d'une importance particulière qu'aucun doute ne puisse subsister, ou, en d'autres termes, que la preuve administrée soit irréfragable, la loi pose ici des règles spéciales.

Supposons le cas où l'un des maris prouve que le mariage dont il excipe est antérieur à l'autre, et que le mariage de son concurrent est postérieur au sien, il obtient évidemment gain de cause. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que le second mari ne rapporte pas la preuve contraire, car les deux preuves s'annihileraient, comme étant inconciliables. Bien mieux, si le premier mari, pensant l'emporter par là, fournissait une preuve plus pertinente (1) que celle de son adversaire, ou un nombre de témoins supérieur à celui exigé par la loi pour constituer une preuve juridique (2), il n'en éprouverait pas moins un échec, car l'inconciliabilité n'en subsisterait pas moins (3). Alors même que la femme viendrait jeter dans la balance l'appoint de son affirmation en faveur de celui des deux adversaires qui fournit une preuve surabondante, la solution n'en serait pas modifiée. En effet, dit Mohammed Kharchi, « du moment où les deux preuves s'entredétruisent, les deux époux sont dépourvus de toute preuve, et l'affirmation de la femme n'a aucun poids. »

(1) Voici le texte de Khalil : « Et l'action d'être plus juste, de la part d'une des deux preuves inconciliables, est une élimination » (و اعدلية متنافستين ملغاة). Remarquez la forme comparative اعدلية (conf. Caspari, gram. arabe, n° 399).

(2) En droit musulman, le nombre des témoins exigés est imposé par la loi, et il varie suivant la nature du litige. C'est encore un point à réserver.

(3) Mohammed Kharchi : « Ce qui vient en plus de la pertinence, comme tout ce qui donne de la force aux preuves, ne doit pas être pris en considération ici, parce que cela n'a pas d'application en matière de mariage, contrairement à ce qui a lieu en matière de vente. » Le commentateur n'a qu'un tort, il ne motive pas son opinion ; c'est d'ailleurs un reproche que l'on pourrait faire à tous les auteurs musulmans, et en toute matière.

SECTION III (1)

Troisième condition. — LES TÉMOINS (2)

31. GÉNÉRALITÉS. — Le contrat de mariage a une existence légale, comme tous les contrats de réciprocité, dès que les contractants, par eux-mêmes ou par leurs représentants, ont échangé un consentement valable. En effet, il importe de ne pas l'oublier, la société, l'église n'interviennent pas plus ici que dans un contrat de vente ou de louage (3).

Mais si, dans les conventions ordinaires, il est recommandé aux parties de requérir l'assistance de deux témoins (4), afin d'éviter toute contestation ultérieure, la présence de ces témoins est imposée, quand il s'agit du mariage, contrat solennel, quoi qu'on dise, où la personne même des contractants est en jeu plus que leurs biens. Que serait d'ailleurs cette union qui, malgré son importance, se conclut sans que la loi l'entoure de précautions particulières, si le témoignage des honnêtes gens ne lui conférerait pas une sorte d'authenticité? Sa fragilité, encore augmentée par l'abus de la répudiation, deviendrait telle, qu'il ne mériterait plus que le nom de concubinage, d'accouplement indigne de l'homme.

(1) C'est par une erreur de composition que le titre de la section II a été omis. Je prie le lecteur de vouloir bien le rétablir (page 86).

(2) Je suis obligé ici d'abandonner Khalil, dont le classement n'est pas méthodique. Amené, à propos de la question de la concurrence des *oualis*, à mentionner divers cas de nullité du mariage, il en a pris texte pour traiter des nullités du mariage en général; j'indique plus loin (p. 122, note 2) le motif qui l'a déterminé à agir ainsi. Quoi qu'il en soit, il m'a paru périlleux de le suivre dans cette voie. En effet, lorsque le contrat est annulé, le mari est astreint, suivant certaines distinctions, au paiement de tout ou partie de la dot; d'autre part, l'annulation est souvent la conséquence d'une constitution vicieuse de la dot. Il est donc illogique de procéder comme Khalil l'a fait; le moindre inconvénient du plan qu'il a adopté, est de s'exposer à des anticipations, et, partant, à des redites fastidieuses. Il me semble plus rationnel d'étudier le contrat de mariage dans son entier, avant de rechercher dans quels cas il est frappé de nullité. Au surplus, Khalil, en énumérant les *pilliers* (ركن) du mariage, les a placés dans un ordre bizarre (*le ouali, la dot, le lieu et la forme*) qu'il aurait dû au moins suivre (*conf. supra*, n° 6).

(3) *Conf. supra*, n° 2.

(4) *Conf. mon Traité élémentaire de droit musulman*, page 205.

Dût-on même n'avoir aucun souci de la dignité de l'association conjugale, il ne saurait venir à la pensée de personne d'exposer l'enfant à de flétrissantes contestations, en ce qui touche la légitimité de sa naissance. Les musulmans sont fiers de leurs ancêtres. Quand ils sont en état de produire un arbre généalogique qui leur attribue une noble origine, ils éprouvent un légitime orgueil. Si la femme, la mère, n'est pour eux que l'instrument nécessaire mais dédaigné de la génération, s'ils l'expulsent du foyer domestique pour le motif le plus futile (1), ils ont le respect de la famille. Comment assureraient-ils à leur sang la pureté dont ils tirent vanité (2), s'ils n'étaient pas en mesure de prouver la sincérité légale de leurs mariages, eux qui n'ont jamais organisé ni registres paroissiaux, ni actes de l'état civil?

On le voit, la présence de deux témoins est, à bon droit, une des conditions de validité du mariage musulman.

32. CAPACITÉ ET NOMBRE DES TÉMOINS. — Les témoins matrimoniaux doivent être libres, musulmans, pubères, doués de discernement, mâles, irréprochables (3). Il est nécessaire, d'une façon complète, qu'ils remplissent les conditions de capacité imposées aux témoins ordinaires (4).

Cependant, par une tolérance dont la raison est facile à saisir, lorsqu'on ne trouve pas sur place deux témoins irréprochables, il est permis de les choisir parmi les personnes d'une irréprochabilité douteuse (5), et même de remplacer un des témoins mâles par deux femmes.

(1) Ils devraient pourtant se rappeler cette admirable parole de leur prophète : « Un fils gagne le paradis aux genoux de sa mère. »

(2) Dès qu'un musulman descend d'un homme considérable, ou simplement lorsqu'il veut prouver que sa famille est ancienne, il joint à son nom celui de son père, de son grand-père, de son arrière grand-père, etc., etc. Ainsi voici le nom d'un des commentateurs de Khalil: Ech-cheikh Mohammed Ibn Mohammed Ibn Ahmed ben Abd-el-Kader ben Mohammed El-Emir, et c'est là un nom très-modeste.

(3) Sur l'irréprochabilité, *conf. supra*, page 87, note.

(4) Je ne m'étends pas sur ces conditions de capacité. Elles seront l'objet de développements complets au livre du *Témoignage*.

(5) Mot à mot : « *des voilés*. » Jorjani définit ainsi le voilé (مستور) : « C'est » l'homme dont l'irréprochabilité ou le défaut d'irréprochabilité (فسق) n'est pas » manifeste. » Le mot est coranique (XVII, 47); on ne le trouve d'ailleurs dans le

Quand on est dans l'impossibilité absolue de se procurer des témoins irréprochables, ou douteux, certains auteurs (1) exigent qu'on en requière trente ou quarante. C'est la monnaie de l'honnêteté.

33. RÔLE DES TÉMOINS. — Aussi longtemps que les deux futurs époux se bornent à négocier leur union, aucune publicité n'est nécessaire; ce serait ébruiter des pourparlers qui n'aboutiront peut-être à aucun résultat, et rendre un refus plus humiliant (2).

La demande agréée, on échange des félicitations, on communique la bonne nouvelle aux parents, aux amis, aux voisins des deux fiancés; ceux-ci se répandent en compliments; ils font des vœux pour le bonheur du nouveau couple : « Que Dieu vous bénisse tous » deux ! Qu'il vous unisse dans la paix et dans la prospérité ! Qu'il » vous donne des enfants pieux ! »

Au moment où les consentements sont échangés, c'est-à-dire au moment du contrat (3), l'intervention des témoins est encore facultative. Je m'explique : Le mariage musulman passe, pour conquérir sa perfection, par trois phases bien distinctes : la demande, le contrat, la consommation physique.

La demande, nous le savons, n'est astreinte à aucune formalité.

Quant au contrat, il résulte uniquement de l'échange des consentements, et il s'écoule souvent un temps considérable entre ce contrat et la consommation physique, puisque, en vertu du droit de contrainte, un impubère et une femme innubile peuvent être unis, à la seule condition de différer les relations conjugales jusqu'à l'avènement de la puberté et de la nubilité.

Il y a donc, en fait et en droit, un intérêt sérieux à connaître le moment précis où les relations conjugales ont commencé, car ce sera le point de départ de la perfection du mariage et de la filiation légitime. Connaître la date du contrat n'offre aucune utilité pratique.

livre sacré qu'à l'état d'*ἄραξ εἰρημένον*. Il s'applique aussi aux traditionnistes (*محدث*) dont l'autorité est douteuse. Enfin, dans la langue usuelle, il signifie *chaste, modeste, honnête*, ce qui est conforme à l'étymologie. Dans la forme *ستير* il s'adresse à Dieu, et veut dire *le protecteur par excellence, celui qui s'interpose, comme un voile, entre l'homme et le mal*.

(1) Notamment Ibnou Abi Zeïd, auteur de la *Riçala*.

(2) *Conf. supra*, n° 7.

(3) *Contrat* (*عقد*) a toujours cette signification, en droit.

De là les ardentes controverses qui divisent les auteurs musulmans.

Les uns n'admettent pas que l'assistance des témoins soit un des piliers (1) du mariage; ils se fondent sur ce que le contrat est *noué* sans aucune intervention des témoins. Les autres soutiennent le contraire, en se basant sur ce que l'existence du mariage est subordonnée à l'accomplissement de cette condition, puisque, ainsi que nous allons le voir, il est rétroactivement annulé quand il a été consommé en l'absence des témoins requis par la loi. Il est facile de concilier ces deux opinions. Sans doute, le contrat est légalement formé par la seule énergie du consentement; cela est si vrai que, dès ce moment, la femme acquiert la moitié de la dot (2); mais il n'est valable que dans les limites même de son existence juridique, c'est-à-dire en tant que contrat. Or, que serait un mariage qui demeurerait éternellement à l'état de simple contrat? Il doit franchir

(1) Il est temps d'expliquer le sens de ce mot. Le verbe *رَكَنَ* signifie *s'appuyer sur quelqu'un ou sur quelque chose; être ferme, constant*. Il est employé deux fois dans le Coran (XVII, 76; XI, 115): « Si nous ne l'avions raffermi dans la foi... »

— « Ne vous appuyez pas sur les méchants. » Quant au substantif *رَكْنٌ*, il veut dire *pilier*, et on le rencontre aussi deux fois dans le Coran (XI, 82; LI, 39): « Si je trouvais refuge auprès d'une colonne puissante... » — « Il tourna le dos avec son pilier. » Les commentateurs déclarent que, dans le premier exemple, *colonne puissante* signifie *chef puissant*, et que, dans le second, *pilier* a le sens de *richesses et armée*.

Dans les contrats, on distingue toujours entre les *piliers* qui sont les règles inhérentes au contrat, et les *conditions* (شروط) qui en sont les règles extérieures, accessoires.

Voici comment Jorjani définit ces deux expressions : Le *pilier* d'une chose, en langue ordinaire, c'est la partie forte de cette chose, c'est son essence. En langue technique, c'est ce par quoi une chose se tient, au point de vue de sa constitution. La chose se tient par son pilier, non par son soutien; s'il en était autrement, le sujet serait nécessairement le pilier du verbe, le corps celui de la couleur, l'adjectif celui du substantif. On a dit que le pilier d'une chose, c'est ce qui la complète, c'est ce qui en fait partie, à la différence de la condition, et celle-ci n'en fait pas partie. — La *condition* est le fait par une chose d'être subordonnée à une autre, en sorte que, l'une existant, la seconde existe également. On a dit que la condition est ce dont dépend l'existence d'une chose, qu'elle est extérieure à la chose, et qu'elle n'est pas la cause de son existence.

On remarquera combien ces définitions manquent de clarté. Ce qui en ressort, c'est que le pilier est une condition intrinsèque de validité, à la différence de la condition elle-même qui est toujours extrinsèque.

(2) *Conf. infra*, Section IV.

une dernière étape, pour arriver à son but normal qui est la consommation physique. Celle-ci, à son tour, est soumise à des conditions spéciales, dont la plus importante est celle-ci : il faut nécessairement qu'elle n'ait lieu qu'à la suite d'un contrat valable ou réputé tel, sous peine de devenir un acte de fornication. De plus, cette consommation physique, lorsqu'elle se produit pour la première fois entre deux époux, doit être constatée par deux témoins, faute de quoi elle est illicite; et comme deux personnes qui ont eu entre elles des relations défendues par la loi sont déchues du droit de les continuer ou de les *purifier* en requérant tardivement l'assistance des témoins, il s'en suit forcément qu'elles doivent être séparées, et que, par conséquent, le contrat, bien que valable en lui-même, doit être annulé (1). L'intervention des témoins est donc un pilier de la consommation. Voilà la vérité (2).

En somme, si les époux consomment le mariage sans avoir appelé deux témoins, leur contrat est annulé. La Riçala le dit en termes formels : « Et s'ils n'ont pas requis de témoins au moment » du contrat, il n'y aura pas de consommation jusqu'à ce que les » témoins aient été requis. »

Cette violation de la loi les expose également à une pénalité. Lorsqu'ils avouent leurs relations, ou qu'elles sont établies, ils encourent une peine fixe (3), à moins que la consommation n'ait reçu une large publicité — celle-ci résulte des fêtes données à l'occasion de

(1) Il est si vrai que le contrat avait une existence juridique, avant la consommation illégale qui l'a vicié, qu'il est annulé *par répudiation*. Or, nous l'avons vu (*conf. supra*, p. 110, note 1), l'annulation ayant la valeur d'une répudiation ne s'applique qu'aux contrats qui ont une existence légale.

(2) Telle est, dit-on, la raison pour laquelle Khalil, après avoir exposé la théorie du consentement, y compris celle du *ouali*, passe aux nullités du mariage. Pour lui, les témoins et la dot ne sont que des *conditions* (شروط); je le veux bien, mais alors pourquoi, dans le passage que j'ai cité (*conf. supra*, n° 6), place-t-il la dot au nombre des piliers? Et pourquoi ne l'étudie-t-il qu'après les nullités? J'aimerais mieux supposer que, ayant à exposer la théorie des empêchements, lesquels amènent également la nullité du contrat, il a pensé pouvoir y *coudre* celle des nullités en général. Au surplus, Mohammed Kharchi lui-même, malgré son respect pour le maître, se rend compte du vice de son classement, car il cherche à l'en excuser; mais il le fait avec une rare maladresse; voici sa raison : « L'auteur a » rejeté la dot ici à cause de la longueur des explications qu'elle comporte » (وآخره لطول الكلام عليه).

(3) *Conf. supra*, page 60, note 2. C'est ici la peine réservée aux fornicateurs.

la première réunion des deux époux (1) -- et qu'ils n'allèguent, comme excuse, leur ignorance de la loi (2). Quand il y a eu publicité, ils ne sont passibles d'aucune peine, dussent-ils avouer qu'ils connaissent les exigences de la loi. Il en est de même si un témoin unique vient affirmer qu'ils ont eu ensemble des relations conjugales (3). Il est bien entendu, d'ailleurs, que, dans toutes ces hypothèses, le mariage est toujours annulé.

SECTION IV

Quatrième condition. — LA DOT

34. GÉNÉRALITÉS. — La prestation de la dot (4) par le mari, donne au mariage musulman une physionomie particulière. Aussi, induit

(1) Mot à mot : « *La publicité résulte du festin, du tambourin et de la fumée.* »

(2) Ainsi le principe *nemo legem ignorare censetur* n'a pas d'application ici. جهل ignorance, pesanteur d'esprit qui empêche de discerner le bien du mal. De là الجهال, les hommes avant l'islamisme, les préislamiques.

(3) Mot à mot : « *Si un témoin établit leur consommation sous le nom de mariage* » (باسم الزكاح). Mohammed Kharchi ajoute : « Et certes nous annulons le mariage » par répudiation, car le contrat est valable, et il sera annulé par contrainte légale » (d'office), pour empêcher *tout véhicule de corruption* » (سدًا لذرية البساد). Pour le véhicule de prohibition, voyez mon *Traité élémentaire*, n° 227.

(4) En droit français, la dot est le bien que la femme apporte au mari pour contribuer aux charges du mariage (Code civil. art. 1540). Or, en droit musulman, la dot est le bien que le mari livre à la femme, en échange de l'octroi qu'elle lui fait de sa personne. Cette expression ne paraît donc pas juste ; mais il faut l'accepter, faute d'en trouver une meilleure, d'autant plus qu'il suffit, en matière scientifique, de s'entendre sur le sens des mots.

Notre code fournit, d'ailleurs, une notion qui se rapproche de celle du droit musulman : « Tout ce que la femme se constitue *ou qui lui est donné en contrat* » de mariage est *dotal*... (art. 1541).

La coutume de Navarre admettait aussi le versement d'une *dot* par le mari, entre les mains des père et mère de la femme ; moyennant quoi ceux-ci se *vincliaient* au profit de leur gendre.

Les musulmans emploient indistinctement les mots صداف et مهر. Le premier vient du verbe صدَفَ qui signifie *être vrai, être sincère* ; le second du verbe مهَرَ, *constituer une dot*. Le premier est coranique, le second est sunnite, et ne se rencontre pas une seule fois dans le Coran. Les auteurs disent que le mot

en erreur par un passage de Khalil (1), a-t-on cru longtemps que l'union conjugale islamique était une vente, la femme aliénant une partie de sa personne en échange d'une somme d'argent. Cette notion est absolument inexacte, d'abord, parce que la personne humaine n'est pas dans le commerce (2), ensuite parce que, dans la vente, la propriété de la chose vendue est transférée à l'acheteur tandis qu'il n'en est évidemment pas de même dans le mariage. Bien mieux, ainsi que nous le verrons par la définition même de la vente, celle-ci ne peut pas porter sur un simple usage ou sur la jouissance d'un plaisir. Enfin, il doit y avoir une équivalence aussi complète que possible, entre la chose et le prix, dans la vente. Or, qui osera soutenir qu'une dot de soixante centimes — c'est le minimum de la dot — est le prix d'une femme? Cela est si vrai que, les auteurs le proclament, le fondement de la vente c'est l'appât au gain, tandis que la générosité est celui du mariage.

Une femme qui se marie renonce à son autonomie personnelle en faveur de l'homme qu'elle accepte comme époux; elle se soumet à l'autorité de ce dernier; elle lui concède son champ génital. Est-il admissible — je me place au point de vue musulman — que de pareilles concessions aient lieu gratuitement, sans que le mari soit astreint à son tour à une prestation? Évidemment non. Le mariage est un contrat de réciprocité (3) : d'où la nécessité, pour chacun des époux, de donner quelque chose en échange de ce qu'il reçoit. Sans doute, et sans pervertir ce concept, il serait plus noble d'admettre que cette réciprocité d'obligations est satisfaite par la mise en commun de toutes les forces vives, physiques et morales, des deux

ṣadaka ou *cidaka* indique l'idée de sincérité, de véracité, les époux marquant, par le fait de la constitution d'une dot, leur intention loyale de contracter un mariage conforme à la loi.

On trouve encore, comme synonymes de *ṣadaka*, mais rarement, les expressions : *طول* (*chose méritée*), *أجرة* (*louage*), *نفقة* (*entretien*), *نحلة* (*libéralité*), *علافة* (*chose imposée*). Le mot *نحلة* est coranique (IV, 3). C'est encors un *ἀπαξ*. Kazimirski le traduit là par *librement*, ce qui manque de précision. Maraccio traduit : « *donum spontaneum*. » On voit combien le mariage est un contrat de générosité.

(1) *Conf. infra*, n° 36.

(2) *Conf. infra*, V° *Vente*. La femme esclave seule peut être vendue.

(3) *عقد معاوضة*. Ce terme sera expliqué au chapitre de la vente.

époux, décidés à nouer une association dont chacun est, pour ainsi dire, l'apport social, dans le double but de lutter avec plus d'avantage contre les vicissitudes de la vie, et de fonder une famille. Mais, il faut bien l'avouer, malgré son origine divine, la législation islamique est la plus matérielle, la plus prosaïque des législations. Elle ne voit dans la femme qu'un être inférieur, dont les idées, les sentiments, les préférences ne méritent aucune considération; l'homme, roi de la création, pour bien marquer sa supériorité, paie la dot, pourvoit seul aux charges du ménage; même marié, il demeure seul sous sa tente, il ne s'y trouve qu'une servante de plus, et il rougirait d'accepter quoi que ce fût des mains d'une femme (1).

Ici se pose encore la question que nous avons examinée plus haut (2). La dot est-elle une des conditions essentielles, un *pilier* du mariage? Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point. Mais j'ai la bonne fortune de n'avoir pas à les suivre dans cette controverse, car il est facile de résoudre la difficulté par la simple application des principes.

Qu'est-ce que le mariage? Je viens de le dire : un contrat de réciprocité, la femme livrant sa personne, le mari livrant une dot. Est-il admissible, dès lors, que l'un des équivalents (3), la dot, ne soit pas un des piliers du mariage? Supposons deux contractants, un vendeur et un acheteur, par exemple, stipulant qu'il n'y aura pas de prix, et que, par conséquent, le vendeur livrera gratuitement sa chose. Le contrat perdrait son caractère, il deviendrait une donation. Sans doute — et c'est là le prétexte de la controverse — toute convention est valable quand elle repose sur deux consentements légalement exprimés; mais c'est là le fait de tous les contrats; il faut encore que ces consentements s'appliquent à une situation quelconque, et, dès lors, à un objet, faute de quoi le contrat n'aurait pas de cause.

On objecte, il est vrai, qu'il est permis de stipuler que la dot sera ultérieurement fixée (4), d'où un contrat dépourvu de dot. Est-ce bien là une objection sérieuse? N'est-il pas certain qu'un contrat

(1) *Conf. supra*, page 85.

(2) *Conf. supra*, n° 33.

(3) *معاوضة*, d'où *عوض*.

(4) Dot fiduciaire, dot arbitrale (*conf. supra*, p. 17, 2° et 3°).

par lequel les parties conviendraient de se marier sans dot, serait frappé de nullité, d'après l'opinion unanime des jurisconsultes? En est-il ainsi quand, par tolérance (1), les époux sont admis à renvoyer la fixation de la dot à une époque ultérieure? Le contrat mentionne la constitution de dot, ce qui suffit pour que la loi soit respectée (2). Ne l'oublions pas, d'ailleurs, il est également permis, en matière de vente, de stipuler que le prix sera déterminé postérieurement au contrat, même par un tiers, pourvu que les parties aient soin de se réserver le droit d'option. La tolérance dont le mariage bénéficie est donc bien légère, car la seule différence entre les deux contrats, c'est que: 1° dans le silence du contrat de mariage, au sujet de la dot, la clause fiduciaire est présumée inscrite à l'état latent, ce qui n'a pas lieu dans la vente; 2° la vente n'est pas définitive, lorsqu'une pareille condition y figure; elle est affectée d'une véritable condition suspensive, tandis que le contrat de mariage est définitivement noué, malgré le retard apporté à la détermination de la dot. La raison en est que, si la dot n'est pas déterminée, au moment voulu, par les époux ou par le tiers chargé de cette mission, la dot d'équivalence y est substituée de plein droit; d'où cette conséquence que cette combinaison n'a jamais pour effet de priver le mariage de la dot; tandis que, la loi n'ayant rien organisé de semblable pour la vente, celle-ci, dans les mêmes circonstances de fait, serait dépourvue de prix.

La seule critique — et les musulmans n'ont jamais songé à la formuler — que l'on pourrait adresser à la solution que j'adopte, c'est qu'il est abusif de considérer la dot comme l'équivalent du champ génital (3) de la femme. C'est ravaler le mariage. Mais — et j'insiste sur ce point — j'ai déjà répondu à cette objection : le mariage est un contrat de générosité (4), l'équivalence des deux pres-

(1) Les tolérances de la loi se disent *تَحْتَمَاتُ الشَّرْعِ*. Cet emploi de la cinquième forme est remarquable.

(2) Elle n'interdit que la stipulation expresse de suppression de dot, comme nous le verrons bientôt.

(3) *بُضْع*. Nous avons déjà vu les femmes traitées de *terres labourables* (*conf. supra*, p. 14, note).

(4) Mieux encore : « une lutte de générosité » (*مَكَارِمَةٌ*) entre les deux époux, chacun devant s'efforcer de faire toutes les concessions que la loi ne réprovoque pas. La vente, au contraire, est un *assaut de finesse* (*مَكَايِسَةٌ*). Cette dernière expression, très curieuse, sera expliquée à l'occasion de la vente.

tations est purement intellectuelle; elle n'existe que dans la nécessité même des deux prestations, elle n'existe pas dans leur équilibre. C'est encore un motif pour ne pas soutenir que le mariage est une vente.

Il serait facile de multiplier les arguments en faveur de cette thèse.

En voici encore un qui n'est pas sans valeur. L'effet du contrat est de rendre, en général, la femme propriétaire de la moitié de la dot; elle acquiert le surplus par la consommation physique du mariage. Dès lors, s'il était stipulé qu'elle ne recevrait pas de dot, le contrat ne produirait pas son effet normal; il est donc nécessaire que la dot soit un des piliers du mariage.

35. DÉFINITION. — La dot est ce qui est donné à la femme comme équivalent de la jouissance de sa personne.

Cette définition, due à Derdir, est rigoureusement exacte. Il suffit de se reporter aux explications qui précèdent pour s'en convaincre. On remarquera que ce jurisconsulte a soin de ne pas dire : « *ce qui est donné par le mari,* » rien ne s'opposant à ce que la dot soit fournie par un tiers (1).

La définition d'Alich est moins heureuse. D'après lui, c'est le bien auquel la femme *demandée en mariage* a droit et d'où résulte l'acquisition de la puissance conjugale par le mari (2).

Quand une femme est simplement demandée en mariage (3), elle

(1) C'est la dot adventice des Latins. Nouvelle raison pour traduire *ḡadaha* par *dot*.

(2) Mot à mot : « *C'est le bien obligatoire au profit de la femme demandée en mariage pour l'acquisition de la puissance conjugale sur elle.* »

(3) *مخطوبة*. L'expression est coranique. Elle est spécialement employée dans ce sens au verset 235 de la sourate II. Le verbe *خطب* a encore le sens de « *accomplir le prêche solennel* » (*خطبة*) du vendredi. Nous nous en occuperons à l'occasion du Code religieux des musulmans. Ainsi l'homme qui demande la main d'une femme fait un discours, une sorte de prêche. C'est là le sens de ce passage de Khalil : « *Et il convient que la demande en mariage soit accompagnée d'un discours pieux.* » On peut se rendre compte de l'effrayante concision de Khalil en constatant qu'il emploie deux mots, avec un verbe sous-entendu, pour dire tout cela. « *خطبة بخطبة. Est recommandé (ندب) un discours pieux pour la demande en mariage.* » C'est, d'ailleurs, un usage tombé en désuétude. Kharchi nous a conservé un modèle du genre : « *Louange à Dieu ! Que la bénédiction et le salut soient sur son envoyé ! O croyants ! craignez Dieu comme il mérite d'être craint,*

n'a encore droit à rien; ce n'est que par le contrat et par la consommation du mariage qu'elle acquiert la dot (1).

36. DIVISION. — Khalil commence par ces mots le paragraphe qu'il consacre à la dot : « *La dot est comme le prix* » (2). — C'est là la source de toutes les erreurs que j'ai combattues plus haut (3). D'une traduction inexacte, mal comprise, on a conclu abusivement qu'il y avait une ressemblance complète entre la dot et le prix de vente (4).

» et continuez à être musulmans jusqu'à la mort. Craignez Dieu au nom duquel
» vous vous adresserez des réclamations mutuelles au jour du jugement, et craignez
» de ne pas respecter les liens du sang; certes, Dieu vous observe. O croyants!
» craignez Dieu; parlez avec droiture; Dieu fera tourner lui-même vos œuvres en
» bien. » Ce ne sont, après tout, que des versets du Coran, appropriés à la circonstance (conf. *Coran*, III, 97, — IV, 1, — XXXIII, 70, 71). On remarquera les contresens de la traduction de M. Kasimirski, et même de celle de Maraccio.

(1) Mohammed Kharchi, dans son grand commentaire — on sait qu'il en a composé trois, un petit, un moyen, un grand — enregistre une définition bizarre de la dot. Il m'est impossible de la traduire en français honnête : *ديته برج الهراة*, *pretium pudendorum mulieris*. On remarquera le mot *ديته* qui a le sens ordinaire de *prix du sang*.

(2) *الصداف كالهن*. Comparaison n'est pas raison. Si les règles qui régissent le prix s'appliquaient à la dot, Khalil aurait écrit : *الصداف ثمن* (*la dot est un prix*). Par cela même qu'il s'est servi de la particule *ك*, il indique qu'il y a entre ces deux éléments une analogie dont il s'agit de préciser l'étendue, et rien de plus. Dans les comparaisons, tantôt la chose comparée est supérieure à la chose à laquelle on la compare, au point de vue des qualités ou des défauts qui leur sont communs; tantôt la chose comparée est inférieure à la seconde; jamais les deux termes ne sont identiques. Ainsi : *le soleil est comme une lampe brillante*; le soleil est évidemment plus brillant que la lampe la plus brillante; *Zeïd est comme un lion*; Zeïd est moins fort que le lion. Mohammed Kharchi applique ces notions à la comparaison de Khalil : *ولا يلزم ان يعطى المشبه حكم المشبه به* : *من كل وجه*, *il n'est pas indispensable que la chose comparée comporte, à tous les points de vue, l'appréciation de la chose à laquelle elle est comparée.*

(3) *Conf. supra*, n° 34.

(4) Desouki : « *Khalil veut dire que la dot est opposée au champ génital de la femme, comme le prix est opposé à la marchandise* » (*الصداف في مفاصلة البضع*) (*كالهن في مفاصلة السلعة*). Voilà la vérité. On remarquera que je dis *la dot est comme le prix* « et non pas » comme le prix de vente. J'expliquerai, au chapitre de la vente, la signification exacte du mot *ثمن* opposé à *مئمن* qui ne doivent

EN VENTE A LA LIBRAIRIE A. JOURDAN

- BÉNÉZET.** — **Guide pratique des Greffiers et Commis greffiers de Paix, de Commerce, des Tribunaux civils, etc.** 1 vol. grand in-18, broché. **6 fr. 50.**
- BERNARD, ***, ET **REDON.** — **L'Algérie, Histoire, Colonisation, Géographie, Administration.** 1 volume in-12, cartonné.... **1 fr. 50**
- CHARPENTIER, I. ***. — **Précis de législation algérienne et tunisienne.** 1 vol. in-8°... **7 fr. 50**
- DAIN (A.).** — **Étude sur la naturalisation des étrangers en Algérie.** Brochure in-8°... **1 fr.**
Du conflit du titre de propriété. Brochure in-8°..... **1 fr.**
Le système Torrens. De son application en Tunisie et en Algérie. 1 volume in-8° **3 fr. 50**
- DAVANSEAU.** — **Considérations générales sur les règlements d'avaries.** 1 vol. in-8°. **7 fr. 50**
- ESTOUBLON (R.), ***. — **Analyse du cours d'économie politique.** Brochure in-18 **2 fr.**
- FÉRAUD.** — **Les interprètes de l'Armée d'Afrique.** in-8° **7 fr. 50**
- FRANCE DE TERSANT (R. DE).** — **Essai théorique et pratique du Système Torrens.** Brochure in-8°..... **2 fr. 50**
- GRAMMONT (H.-D. DE).** — **Correspondance des Consuls d'Alger (1690-1742).** 1 vol. in-8°... **6 fr.**
Histoire des Rois d'Alger, par **FRAY DIÉGO DE HAÉDO,** traduite et annotée. 1 vol. in-8°.... **6 fr.**
- HAMEL (L.).** — **Du régime des eaux en Algérie.** Brochure in-8°..... **2 fr. 50**
- HANOTEAU, C. ***. — **Essai de grammaire de la langue Tamachek',** avec carte. 1 volume in-8°..... **15 fr.**
Essai de grammaire de la langue kabyle. 1 vol. in-8°. **10 fr.**
- IBN EL IMAM.** — **Des droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins,** traduit de l'arabe par **BARBIER.** Un volume in-8°..... **3 fr. 50**
- LARCHER.** — **Traité élémentaire de législation algérienne,** 2 vol. in-8°..... **25 fr.**
- LECO et ROLLAND.** — **Notions d'agriculture algérienne.** 1 vol. in-12, cart..... **2 fr.**
- LUCIANI, ***. — **Chansons kabyles.** 1 brochure in-8°..... **2 fr.**
El H'aoudh, manuscrit Berbère de la Bibliothèque Musée d'Alger. 1 vol. in-8°..... **4 fr.**
- MASSIGNON.** — **Le Maroc dans les premières années du XVIII^e siècle.** Tableau géographique d'après Léon l'Africain avec cartes. 1 vol. in-4°..... **7 fr. 50**
- SUMIEN (P.).** — **Du régime des successions vacantes en Algérie.** Brochure in-8°... **1 fr. 50**
Le régime législatif de l'Algérie. 1 vol. in-8°..... **3 fr.**
Le Homestead et la question de la propriété foncière en Algérie. Brochure in-8°... **1 fr. 50**
Table décennale de la Revue Algérienne (1885-1894). 1 fort vol. in-8°..... **20 fr.**
- TABET, A. ***. — **Dictionnaire français-arabe des termes juridiques.** 2 gros volumes in-18..... **25 fr.**
- VACHON.** — **Les industries d'art indigène en Algérie.** (avril-mai 1901). 1 vol. in-4°..... **5 fr.**
- VIGNARD et MARTIN.** — **Choix de fables tirées de La Fontaine, écrites en arabe vulgaire.** 1 vol. cartonné.... **5 fr.**
- ZEYS (E.), ***, I. *. — **Traité élémentaire de droit musulman algérien, Ecole malékite.** 2 vol. in-8°..... **15 fr.**
Législation mozabite. Son origine, ses sources, son présent, son avenir. — **Leçon d'ouverture** faite à l'Ecole de Droit d'Alger. Brochure in-8°..... **2 fr.**
-
- Code de l'Algérie annoté, 1830-1895,** par **ESTOUBLON et LEFÉBURE,** 1 vol. in-8°, relié..... **50 fr.**
Supplément, chaque année 3 fr. 50
Supplément au Code de l'Algérie, 1896 à 1905, avec Table Décennale, relié..... **40 fr.**
-
- Collection complète de la Jurisprudence Algérienne, depuis la conquête, jusqu'à 1904.** — 32 volumes in-8° re'sin..... **664 fr.**



HARVARD LAW LIBRARY



