

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 053 185 625

HARVARD LAW LIBRARY



Digitized by Google

Bd. Aug. 1902



HARVARD LAW LIBRARY.

Received *July 22, 1902.*

PRINCIPES
DU DROIT MUSULMAN

SELON LES RITES

D'ABOU HANÍFAH ET DE CHÂFI'Î

x.

PRINCIPES
DU
DROIT MUSULMAN

SELON LES RITES
D'ABOU HANÍFAH ET DE CHÂFI'Ï

PAR
Lodewijk
W. C. van
Christiaan
E. W. C. VAN DEN BERG

TRADUIT DU HOLLANDAIS AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

R. DE FRANCE DE TERSANT

CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES

AVEC LA COLLABORATION DE

M. DAMIENS

RECEVEUR DE L'ENREGISTREMENT

ALGER
TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN
IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR
4, PLACE DU GOUVERNEMENT, 4

1896

EN VENTE CHEZ
MARTINUS NIJHOFF
LIBRAIRE A LA HAYE

Tous droits de traduction et de reproduction réservés.

MOSLEM
~~HEM~~ 903
BERLIN
189.

Digitized by Google

rTx
493P

Rec. July 22, 1902.

PRÉFACE

Il serait superflu d'insister sur l'utilité que présente un traité élémentaire de droit musulman. Si l'Islâm n'a plus la puissance d'expansion qu'assurait aux armes des Califes l'enthousiasme religieux et guerrier des premiers siècles ; s'il a vu pâlir l'éclat que reçut, sous la dynastie des Abbâsides, la culture des lettres, des sciences et des arts ; s'il a été incapable de maintenir, parmi des nations de races différentes, l'unité politique rêvée par son fondateur, il est cependant le lien commun et toujours solide qui unit, dans une même croyance et sous une législation semblable, cent millions d'hommes répandus depuis les confins de l'Afrique occidentale jusqu'aux limites de l'Extrême Orient ; il régit la constitution des empires qui occupent les plus magnifiques contrées de l'ancien continent, et loin qu'il se laisse entamer par des institutions rivales, les récits des voyageurs nous confirment chaque jour les progrès du prosélytisme mahométan au milieu des populations païennes.

Vainement la civilisation européenne cherche-t-elle à s'assimiler le Musulman. Elle a été sans prise sur des peuples dont le foyer familial demeure étroitement fermé aux enseignements du dehors, étranger aux idées, aux aspirations, aux besoins des Occidentaux. Soit qu'elle veuille maintenir sa suprématie dans les régions où elle exerce des droits séculaires ; soit qu'elle s'efforce d'étendre les pacifiques conquêtes du commerce et de l'industrie, il faut à ses pionniers, pour se diriger dans le conflit des relations politiques, des transactions civiles, des rapports judiciaires, une notion certaine des mobiles auxquels obéit le caractère musulman.

Cette science indispensable, où la puiser, sinon dans le livre qui est tout à la fois le code religieux, civil et politique des Mahométans ? Mais le Coran, dont les obscurités ont fait la fortune des commentateurs, reste, dans la traduction même, une œuvre d'une lecture difficile, d'une interprétation pénible, où le lecteur est souvent impuissant à découvrir le mot que la sagacité des juristes a amplifié au point de lui donner la portée d'une disposition législative.

Il existe, à la vérité, un assez grand nombre de publications en langues

européennes sur les législations musulmanes. Mais elles sont généralement d'un volume qui les rend peu abordables, ou bien dispersées dans des collections peu répandues ; d'autres, déjà anciennes, sont devenues presque introuvables.

Nous croyons donc, en publiant la traduction des *Principes du Droit Musulman* selon les rites d'Abou Hanifah et de Châfi'i, rendre un service véritable, non seulement aux étudiants, mais à tous ceux que les fonctions publiques, les intérêts de la colonisation ou du négoce mettent en rapport avec les populations mahométanes.

Composé sur le modèle des Précis dus aux commentateurs arabes dont il suit exactement le plan, cet excellent manuel contient, sous un format restreint, et sans les développements qui obscurcissent trop souvent les commentaires, toute la matière du droit musulman. Il est complété par un tableau synoptique des parts héréditaires suivant Abou Hanifah et Châfi'i, dont la communication est due à un savant hadjji de la Mecque, et qui permet de résoudre, sans aucune difficulté et pour ainsi dire mécaniquement, le problème si complexe du partage des successions. Un index des termes arabes forme une table alphabétique très détaillée et constitue en même temps un véritable dictionnaire des termes de droit.

Comme l'auteur l'a fait remarquer dans ses précédentes éditions, le livre laisse de côté l'histoire du droit, et ce que l'on appelle, dans l'étude du droit romain, les Pandectes. Pour traiter ces matières avec fruit, il faudrait que les sources fussent d'un plus facile accès qu'elles ne l'ont été jusqu'à nos jours. Mais il renferme ce que les jurisconsultes romains désignaient sous le titre d'Institutes, c'est-à-dire qu'on y trouve des notions exactes et précises sur les diverses branches des connaissances humaines qui retiennent l'attention des juristes arabes, la théologie et la science du droit.

Il fournit ainsi un guide très sûr à ceux qui cherchent, dans un manuel, des enseignements pratiques susceptibles d'être immédiatement utilisés, et prépare une base précieuse aux travaux de ceux qui se proposent de pousser plus loin l'étude de la loi musulmane.

C'est ce qui explique la faveur avec laquelle l'ouvrage a été accueilli dès son apparition et qui ne s'est pas démentie depuis lors. Trois éditions en langue hollandaise ont été rapidement épuisées, et il en est de même d'une traduction en langue russe publiée en 1882, à Saint-Pétersbourg, par M. le professeur Girgass.

Nul, d'ailleurs, n'était mieux placé que l'auteur pour mener à bien un tel travail. Un séjour prolongé aux colonies néerlandaises, ses fonctions de professeur à l'Institut Indologique de Delft, ses importants travaux sur les commentateurs arabes sont la meilleure garantie d'une judicieuse exégèse de la théorie, aussi bien que d'une connaissance approfondie de la pratique. Et loin que le temps puisse être une cause de moins-value pour le traité, il a permis, au contraire, d'en apprécier le mérite et d'y apporter les quelques modifications qu'indiquaient les derniers progrès de la science. Certes, l'étude du droit musulman n'est pas restée stationnaire, et M. Van den Berg est de ceux qui ont le plus contribué à son développement et à sa vulgarisation. On lui doit notamment la publication du texte du Minhâdj at-tâlibin de Nawawi, avec une traduction française et de savantes annota-

tions, et tout récemment celle du texte arabe du *Fath al-Qarib* de Ibn Qâsim al-Ghazzî, également accompagné d'une traduction française. Dans l'intervalle, il a donné, aussi en français, une étude importante et pleine de révélations intéressantes sur le Hadramout et les colonies arabes dans l'Archipel. Nul plus que lui n'est édifié sur les études juridiques et la critique moderne en matière de droit musulman.

Aussi avons-nous considéré comme une véritable bonne fortune qu'il ait consenti à se charger lui-même de faire au texte original les quelques légères retouches propres à le mettre au courant des travaux les plus récents, et qu'il ne nous ait pas ménagé ses conseils pour éclairer l'interprétation de son livre et assurer la fidélité de la traduction.

Le volume que nous présentons au public est donc, en réalité, une édition française des *Principes du Droit Musulman* selon les rites d'Abou Hanifah et de Châfi'i.

Grâce à la précieuse collaboration de l'auteur, nous avons la certitude de livrer une œuvre parfaitement homogène, qui tient compte, dans la mesure nécessaire, des dernières observations dues aux orientalistes contemporains. Nous ne doutons pas que, sous une forme nouvelle, l'ouvrage ne retrouve la faveur dont il a joui jusqu'à présent, et que lui assure la consécration d'un enseignement officiel dans l'un des centres les plus savants de l'Europe moderne.

R. DE FRANCE DE TERSANT.

PRINCIPES DU DROIT MUSULMAN

SELON LES RITES

D'ABOU HANÍFAH ET DE CHÁFI'Î

INTRODUCTION

Pour bien comprendre le droit musulman, il ne faut pas perdre de vue que les peuples sémitiques n'ont jamais pu concevoir l'État autrement que comme une théocratie. L'État, pour eux, est une institution dont l'Être Suprême est le propre chef (1). Il n'a pas, à leurs yeux, comme à ceux des Occidentaux, pour raison d'être, l'intérêt de tous les citoyens; il existe par la volonté de l'Être Suprême, et pour le maintien de son culte (2). Les lois sont les ordres immédiats de Dieu. Les Prophètes qui, dans la suite des siècles, ont surgi au milieu des Israélites et des Arabes, se sont toujours tenus sur le

(1) Coran, III, 25; V, 20; VII, 158; X, 56, 67; XVI, 54; XX, 5; XXI, 19; XXII, 63, 64; XXIII, 86 à 91; XXV, 2; XXXII, 4; XLII, 2, 48; XLIII, 84; XLIV, 6; XLV, 26, 35; XLVIII, 14; LI, 32; LVII, 2, 5; CXIV, 1, 2.

(2) Coran, II, 19; LI, 56.

terrain politique, non moins que sur le terrain religieux. Le seul d'entre eux qui fasse exception, celui qui proclame que « son royaume n'est pas de ce monde », a trouvé ses adeptes presque exclusivement en dehors de la race sémitique.

Ce principe théocratique a de graves conséquences. C'est d'abord une fusion presque entière de l'idée de Droit et de l'idée de Religion. L'une et l'autre sont puisées à la même source, aux Livres Saints; les juristes doivent, dès lors, être en quelque sorte des théologiens, et les théologiens ne peuvent se passer d'être un peu juristes.

Il en résulte, en outre, une grande stabilité dans le droit, qui n'est pas, comme chez nous, astreint à se plier aux besoins nouveaux, mais qui doit, au contraire, façonner la société d'après les ordres émanés d'Allâh.

Une théocratie, par le seul progrès de son évolution, conduit nécessairement à la domination du monde ou, tout au moins, à la domination de la masse entière des Croyants. Aussi voyons-nous, par exemple, les ouvrages arabes sur le droit public tenir compte uniquement de l'époque à laquelle tout le monde musulman était encore soumis à un seul chef, le Calife de Baghdâd; c'est affaire aux États actuels de se modeler de leur mieux sur ce type. Cet autre principe fondamental des États de l'Europe moderne, la liberté religieuse, et l'égalité participation au gouvernement des sectateurs de tous les cultes, est inconciliable avec le droit musulman. Quelle influence l'homme qui méconnaît la force obligatoire des préceptes d'Allâh pourrait-il exercer sur une administration dont le premier devoir est précisément de veiller à l'exécution de ces préceptes?

Ne perdons pas de vue ces principes, et nous comprendrons aisément pourquoi tout traité de droit musulman doit commencer par exposer les devoirs de l'homme envers Allâh, en d'autres termes les formes extérieures du culte; pourquoi, parmi les règles que nous considérons comme spéciales au droit privé, se trouvent mélangées, dans un étrange amalgame, des prescriptions morales et juridiques.

Le droit musulman reconnaît deux sources principales : la loi (char'), et la coutume ('âdah ou 'urf). Celle-ci ne doit être suivie que dans le silence de la loi, ou lorsque la loi s'y réfère expressément. Pour les Musulmans, le point de départ du droit, dans une partie quelconque du monde, c'est l'époque de la conversion des habitants. Avant cette époque, ou, selon l'expression arabe « au temps de l'ignorance » (al-djâhillyah),

on considère l'état des choses comme illégal en principe: Il en résulte que tout ce qui est antérieur à la conversion est, au point de vue légal, nul et non avenu.

La loi (char' ou chari'ah) (1) ou droit écrit, embrasse :

- 1° Le Coran (Qorân);
- 2° La Sonnah;
- 3° Les décisions (fatwâ) des *Autorités en matière de droit.*

1. *Le Coran.* — Le Coran ou « le Livre » (al-kitâb) est, pour les Musulmans, la loi suprême, la loi fondamentale (2). Comme tout initiateur d'une nouvelle religion chez les peuples sémitiques, Mahomet dut commencer par donner à ses compatriotes des préceptes concernant les devoirs et les rapports juridiques. Il ne faut pas espérer, cependant, trouver dans le Coran un corps de doctrine juridique. Les principes fondamentaux du droit ont dû être déduits par les juristes des décisions relativement peu nombreuses que renferme le Coran. Ces décisions, toujours rendues pour un cas spécial, conduiraient souvent à des conséquences absurdes, si la rigueur des déductions n'était éludée par toutes les subtilités de la casuistique. L'on ne peut se faire une idée des bizarreries, des absurdités auxquelles se heurtent ceux qui s'en tiennent à la lettre du Coran, au lieu de chercher l'esprit de tel ou tel passage. Pour ne citer qu'un exemple, on a vu des juristes soutenir que, pour toutes les hypothèses, on pouvait trouver dans le Coran une solution soit explicite, soit implicite, uniquement parce qu'on lit dans ce livre que rien n'y est omis (3).

C'est que, pour les Musulmans, le Coran est tout autre chose que n'ont jamais été, sans doute, pour les autres peuples

(1) Sur l'origine et le développement de la loi musulmane, V. les articles de Mirza Kasem Beg dans le *Journal Asiatique*, 1850, p. 158 et suiv.; — R. Sachau: *Zur älteste Geschichte des Mohammedanischen Rechts* (Vienne, 1870); — J. Kohler: *Zur Geschichte des Islamitischen Rechtssystems*, dans la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, tome V (1884), p. 384, et les ouvrages spéciaux cités plus loin.

(2) Au sujet de la valeur du Coran, en général, conf.: Coran, II, 1, 21, 22, 83, 115, 151, 174; III, 2, 5, 73, 132; V, 48; VI, 92, 156; VII, 1, 50, 202; X, 38; XI, 1; XII, 3; XIII, 1, 39; XIV, 1; XVII, 9, 90, 106; XVIII, 1; XX, 112; XXI, 10, 51; XXII, 16, 53; XXIII, 64; XXV, 7; XXVII, 6; XXIX, 46; XXXII, 1; XXXIV, 6; XXXVIII, 28; XXXIX, 1, 2, 24, 42; XL, 1; XLVI, 1; LIV, 17, 22, 32, 40; LV, 1; LVI, 79; LXXVI, 23. Quant au principe d'après lequel le Coran est, en particulier, la loi suprême, V.: Cor. IV, 62, 106; V, 52, 54; XII, 111; XIII, 37; XVI, 91; XXIV, 1; XXVII, 78-80; XC, 8.

(3) Cor. VI, 38.

ples, les Livres Saints. Le Coran n'est pas seulement un livre inspiré par Allâh : c'est le Livre, comme Allâh lui-même, incréé et éternel, et dont il n'a été révélé au Prophète qu'une copie (1). D'où cette conséquence que non seulement le fond, mais aussi la forme est sacrée et infaillible, et que toute critique en est interdite. Cette doctrine a rencontré, il est vrai, depuis longtemps déjà des adversaires dans l'Islâm même (2). Elle est, néanmoins, généralement admise aujourd'hui, et engendre naturellement d'étranges conséquences. Ainsi l'on consacre des efforts surhumains à justifier toutes les fautes de syntaxe et de style qui se trouvent dans le Coran, au point de les donner comme exemples à suivre. Il ne faut pas chercher ailleurs le motif de la répugnance que manifestent les Musulmans à donner des traductions du Coran à ceux de leurs coreligionnaires qui ne parlent pas l'Arabe (3).

Les différents chapitres (sourah) (4) et versets (âyah) ont été révélés à des époques et dans des circonstances différentes (5). Aussi trouve-t-on dans le Coran nombre de prescriptions contradictoires (6) qu'il n'est pas possible de concilier, même en faisant preuve de la plus grande subtilité.

On a, il est vrai, admis comme règle d'exégèse qu'une prescription révélée postérieurement implique l'abrogation (maskh) (7) d'une prescription contradictoire antérieure. Mais la grande difficulté, pour les jurisconsultes, a été précisément de discerner les prescriptions les plus anciennes des plus récentes. Les compilateurs du Coran, aussi bien sous

(1) C'est Allah lui-même qui est réputé parler dans le Coran. C'est pour quoi la citation d'un passage du Coran est toujours précédée des mots : « Allâh dit » (qâla Allâho ta'âlâ).

(2) La secte des Mo'tazilites. Au sujet de cette secte, conf. M. Th. Houtsma : *De strijd over het dogma in den Islâm tot op al Ach'ari*, Leyde, 1875 (principalement p. 100 et ss.); — Steiner : *Die Mutaziliten*, Leipzig, 1865.

(3) Cor. xii, 2; xiii, 37; xvi, 105; xx, 112; xxxix, 29; xli, 2; lxii, 5; xliii, 2; lxvi, 11. Le principe contraire, suivant lequel le Coran doit, avant tout, être compris, est proclamé ailleurs : Cor. xix, 97; xliiv, 58.

« Le champ de l'idjtihâd ou de l'interprétation, dit Hanbal, sera ouvert aussi longtemps que durera l'Islamisme. » (*Journal Asiatique*, 1850, p. 187). N. d. T.

(4) Le Coran est divisé en 114 chapitres d'étendue très-inégale. Outre cette division, on en connaît une autre en 30 parties (djoz), chacune de longueur presque égale.

(5) Cor. xvii; 107.

(6) Ex. Cor. ii, 241; iv, 14.

(7) Cor. ii, 100; iv, 84; xxxix, 29.

Abou Bakr que sous 'Othmán, ont tenu peu ou point compte de l'ordre chronologique. Quelques savants européens sont arrivés, sous ce rapport, à des résultats très-satisfaisants (1), mais leurs travaux ne sont pas considérés comme exacts par les Musulmans croyants (2).

II. *La Sonnah.* — En cas d'obscurité ou de silence du Coran, on consulte les traditions relatives aux actes et aux paroles du Prophète (3). Mahomet, durant sa vie, avait coutume de

(1) On n'envisage ici que la valeur juridique du Coran; quant aux autres points de vue, spécialement quant à la valeur historique, V. : G. Weil, *Historisch-kritische Einleitung in den Koran*, Bielefeld, 1844; — Th. Nöldeke : *Geschichte des Qoráns* : Göttingen, 1860; — G. K. Niemann : *Inleiding tot de kennis van den Islam*, Rotterdam, 1861; — Dozy, *Het Islamisme*, Haarlem, 1863, 2^e éd. 1880, etc.

Les commentaires arabes (tafsir) du Coran les plus répandus de nos jours, sont : le *Tafsir al-Djalálin*, composé par Djalál ad-din al-Mahallí (+ A. H. 864), et Djalál ad-din as-Soyoufí (+ A. H. 914); le *Anwár at-tanzíl wa asrár at-táwíl*, de Náqir ad-din 'Abou Sa'id al-Baidhavi (+ A. H. 685). Ces deux commentaires ont été imprimés plusieurs fois en Orient. Le second a été, en outre, publié par Fleischer, Leipzig, 1844-1848. Au sujet des commentaires du Coran, conf. A. Meursinge : *Soyoufhi liber de interpretibus Korani*, Leyde, 1839. Outre les anciennes traductions du Coran, parmi lesquelles on doit citer celle, en latin, de Maraccius (1698), les plus estimées sont celles de G. Sale (Londres, 1812); de J. M. Rodwell (2^e édition, *ibid.* 1876), et de E. H. Palmer (Oxford, 1880), en Anglais; — de Garcin de Tassy (Paris, 1836) et de Kazimirski (*ibid.* 1841), en Français; — de G. Wahl, (Halle, 1828) et de L. Ullmann (Crefeld, 1840), en Allemand; — de C. J. Tornberg (Lund, 1874), en Suédois; — de J. Keyzer (Haarlem, 1860; 2^e édition 1879) et L. J. A. Tollens (Batavia, 1859), en Hollandais.

Les meilleures éditions récentes du Coran sont celles de G. Fluegel (Leipzig, 1834), et de G. M. Redslob (*ibid.* 1837). Il a paru récemment des éditions au Caire (Boulaq), Constantinople, Calcutta, Palembang et Singapore. La plupart de ces ouvrages sont lithographiés et laissent à désirer sous le rapport de l'exactitude. Une traduction javanaise du Coran a été imprimée à Batavia, chez Lange et C^{ie}, en 1853; et une traduction malaise à Singapore.

(2) On ne saurait s'étonner de cette méfiance, lorsqu'on voit des savants tels que G. Weil et William Muir, après avoir essayé de classer les sourah en révélations reçues à la Mecque, et révélations reçues à Médine, aboutir à des conclusions presque diamétralement opposées. Nöldeke a essayé une autre méthode de classement basée sur les différences de style. On peut consulter, à ce sujet, Stanley Lane Poole : *le Coran, sa poésie et ses lois*; Paris, 1882; — *The speeches and Table-Talk of the Prophet Mohammed*; London, 1882, N. d. T.

(3) La Tradition, dans son ensemble, s'appelle Sonnah. Une seule tradition,

trancher par sa parole souveraine toutes les discussions qui s'élevaient entre ses disciples. Après sa mort, et lorsqu'une difficulté quelconque ne trouvait pas de solution dans le Coran, l'on prit l'habitude de consulter les Compagnons (çâhib, plur. açhâb) (1) du Prophète, afin de savoir s'ils se souviendraient d'une sentence, d'une action permettant d'inférer la décision qu'il eût prise sur la matière. Ce n'est que plus tard, après la mort des Compagnons et de leurs Disciples (tâbi') immédiats, que l'on commença à recueillir avec soin et à rédiger par écrit tous les récits ayant trait à la vie de Mahomet. L'on rechercha, dans ce but, les personnes qui pouvaient passer pour les auteurs de ces récits. C'est ainsi que la Sonnah, à l'origine tradition orale, est devenue une partie du droit écrit.

Le nombre de ces récits s'accrut au point qu'ils devinrent suspects même aux plus croyants. Aussi des savants ont-ils cherché à classer les traditions d'après leur degré d'authenticité (2).

Malheureusement leur critique s'est bornée aux noms et au

c'est-à-dire un récit s'appelle hadîth. Mahomet est considéré par ses disciples non seulement comme un prophète (nabi), c'est-à-dire un homme inspiré par Allâh, mais comme un envoyé (rasoul) d'Allâh, c'est-à-dire le messager envoyé aux hommes pour leur communiquer les ordres précis d'Allâh; Allâh parlait, pour ainsi dire, par sa bouche. Cependant, comme Mahomet est habituellement appelé Prophète par les Européens, c'est ainsi que je le qualifierai dans cet ouvrage. L'obligation d'obéir à Mahomet lors même qu'il ne parlait et n'agissait pas au nom d'Allâh, repose sur Cor. iv, 62. V. sur la vie de Mohamet, outre les ouvrages déjà cités de Dozy et de Niemann : G. Weill : *Mohammad der Prophet*; — A. Sprenger : *Das Leben und die Lehre des Mohammad*, Berlin, 1861; — Muir : *Life of Mohammad*; — Syed Ameer Ali : *Life of Mohammad*, Londres, 1873; — A. P. Caussin de Perceval : *Essai sur l'histoire des Arabes*, etc., Paris, 1848; — Th. Nöldeke : *Das Leben Muhammads*, Hanover, 1863.

Adde : Washington Irving : *Vie de Mahomet*; Barthélemy St-Hilaire, *Mahomet et le Coran*, Paris, 1865; — E. Renan, *Conférence sur Mahomet*, donnée à la Sorbonne, le 29 mars 1883. N. d. T.

(1) Les Compagnons du Prophète se divisent en deux catégories : les Mohâdjiroun, c'est-à-dire ceux qui le suivirent de la Mecque à Médine; et les Ançâr (plur. de naçir), c'est-à-dire les habitants de Médine qui embrassèrent son parti.

L'émigration du Prophète de la Mecque vers Médine (en 622) s'appelle l'IIégire (hidjrah). Elle est, comme on sait, le point de départ de l'ère des Musulmans.

(2) Parmi ces savants, la première place revient à Mâlik ibn Ânas (+ 179), al-Bokhârî (+ A. H. 256), Moslim (+ A. H. 261) et Ahmad ibn Hanbal (+ A. H. 241). L'ouvrage de Mâlik est connu sous la dénomination de

nombre des narrateurs (1); elle laisse de côté la valeur intrinsèque du récit. Or il n'est pas sans exemple que des gens réputés dignes de foi à cause de leur dévotion n'aient présenté, cependant, aucune garantie de véracité. Les recherches des savants européens sont décisives à cet égard. Il en est ainsi de 'Aïchah, veuve du Prophète, et d'un certain Ibn 'Abbâs. Tous deux, pour développer leur influence et complaire à leur parti politique, ne craignirent pas de donner cours aux récits les plus insensés et les plus extraordinaires. Or, au point de vue mahométan, les récits qui s'appuient sur leur parole sont précisément au nombre de ceux qui sont regardés comme à peu près incontestables.

Quelle que soit, d'ailleurs, l'autorité des traditions, du moment où elles sont sur quelque point en opposition avec le Coran, leur autorité s'efface, et c'est le Livre qu'il faut écouter. S'agit-il de deux traditions en contradiction l'une avec l'autre, il faut rechercher laquelle est la plus certaine et la plus digne de foi. Sont-elles également certaines et dignes de foi, on donne la préférence à celle qui se rapporte à la sentence ou à l'action du Prophète la plus récente (2).

al-Mowattâ; ceux de Bokhâri et de Moslim portent l'un et l'autre le nom de *aç-Çahîh*; celui de Hanbal s'appelle *al-Mosnid*. Au sujet de l'ouvrage de Bokhâri, conf. un essai de L. Krehl, tome iv (1850) de la *Zeitschr. der Morgenl. Gesellschaft*, p. 1 et suiv. Cet auteur a publié une édition du même ouvrage à Leyde, 1862-1868.

Parmi les recueils de traditions de dates plus récentes, on vante surtout celui de as-Soyoutî (+ A. H. 911), déjà cité, et intitulé *al-Djâmi' aç-çahîr*. Un autre recueil de traditions fort estimé est la *Maçâbîh as-Sonnah*, par al-Farrâ al-Baghawî (+ A. H. 516). Wali ad-dîn Mohammad at-Tibrizi a écrit, en l'an 737 de l'hégire, un commentaire (charh) de cet ouvrage, intitulé *Michkâl al-Maçâbîh*, imprimé à Delhi (Bengale) en 1852, et traduit en Anglais par A. N. Matthews (Calcutta, 1823).

Toutefois, parmi les Musulmans actuels, ce sont toujours les recueils de Bokhâri et de Moslim qui jouissent de la plus grande autorité. Ils ont été imprimés à plusieurs reprises en Orient. La science qui s'occupe des traditions et de tout ce qui s'y rapporte s'appelle 'ilm al-hadîth.

(1) La série des narrateurs d'une même tradition porte le nom de *isnâd*. Voici, d'après M. Zeys, comment on procède : « J'ouvre le livre au hasard, et je tombe sur le chapitre de la *Demande en mariage* : « Malek tient de » Mohamed ben Yahia ben Haban, lequel tenait du Boîteux (Abd er Rahman Harmouz), lequel le tenait de Abi Horeira, que l'envoyé de Dieu a » dit : « Qu'aucun de vous ne formule une demande de mariage au préju- » dice de son père ». C'est la formule invariable des traditions ». (*Législation Mozabite*, leçon d'ouverture ; *Rev. Alg.*, 1886. t. 137). N. d. T.

(2) Les récits composant la *Sonnah* se divisent, par rapport au nombre

III. *Les décisions (fatwâ)*. — En troisième lieu, viennent les décisions (fatwâ) des *Autorités en matière de Droit* (olamâ, plur. de 'âlim, ou foqahâ, plur. de faqih), rendues pour l'explication et l'application des prescriptions contenues dans le Coran et la Sonnah. Elles peuvent, jusqu'à un certain point, être comparées au *jus respondendi* de l'Empire Romain (1).

Les personnes dont les sentences ont force de loi sont, d'abord, les Compagnons du Prophète, auxquels appartiennent les quatre premiers Califes, puis les Disciples de ces Compagnons. Les décisions concordantes des Autorités juridiques du temps des premiers Califes s'appellent idjmâ' ou djamâ' ah, et sont, naturellement, encore plus respectables que les décisions isolées de chacun des docteurs qui ont vécu à la même époque. L'idjmâ' ou djamâ' ah est, par conséquent, l'expression de la conviction juridique de la première Communauté Musulmane.

C'est à Médine que le droit commença à être cultivé comme une science indépendante. Peu d'années après la mort du Prophète, on y trouve déjà son ami 'Abd Allâh ibn Mas'oud, et son cousin 'Abd Allâh ibn 'Abbâs, enseignant le droit et les sciences auxiliaires de la jurisprudence. Leur œuvre fut continuée par une série de juristes que l'histoire appelle « les sept docteurs de Médine ». Au commencement du deuxième

des narrateurs primitifs, en motawâtir ou naçç, machhour et âhâd ; par rapport à la suite non interrompue ou bien plus ou moins interrompue des narrateurs, en çahfh, hasan et dha' ff ; et par rapport à leur autorité intrinsèque, en qawl et fi'l. Les qawl (sentences) sont des traditions contenant un ordre, une défense, ou une concession formelle de la part du Prophète ; les fi'l (actes) sont celles où la volonté ou l'opinion du Prophète résulte implicitement de l'un de ses actes. Il y a encore le taqir (confirmation tacite), ce qui veut dire que le Prophète est censé avoir approuvé tacitement tous les usages et coutumes de ses contemporains et compatriotes, pour peu qu'il ne se soit déclaré dans un sens contraire ni formellement, ni implicitement.

(1) Le prince n'a, selon le droit musulman, absolument aucune autorité législative, à moins qu'il ne doive être considéré comme une *Autorité en matière de Droit*, et cela n'a presque jamais lieu pour les chefs actuels des États mahométans. Un prince sans autorité juridique ne peut édicter que pour ses sujets des prescriptions générales, touchant les matières non réglées par la loi. Les ordonnances du prince ne sont jamais désignées sous la dénomination de chari' ah (loi) ; on les appelle qânoun (règlement). Ces règlements, avant d'être promulgués, sont ordinairement soumis à l'examen du chaikh al-Islâm, ou chef des juriconsultes du pays, afin qu'il soit certain qu'ils ne sont pas en opposition avec la chari' ah. Les juriconsultes reconnus et salariés par l'État portent habituellement le titre de mofti.

siècle de l'Hégire, l'étude du droit fit son entrée en 'Irâq ; spécialement dans les villes de Bassora (Baçrah) et de Koufah, et plus tard à Baghdâd, il y avait des écoles florissantes. On sait, du reste, que sous les 'Abbâsides, cette dernière ville était le foyer de la vie intellectuelle et de la civilisation entière des Arabes (1).

A la suite des désordres et des troubles politiques qui ne discontinuèrent pas sous les derniers Califes, l'étude du droit ne put se maintenir au même niveau en Orient, jusqu'à ce que, au huitième siècle de l'Hégire, elle fut remise en grand honneur dans l'Empire Turc. Ce relèvement, toutefois, n'a été que passager, et l'on peut dire que, depuis cette époque, le développement du droit est resté stationnaire dans les pays musulmans.

De nos jours, c'est à la Mecque que cette étude a le plus d'intensité, et que se trouvent les jurisconsultes dont l'autorité est le plus répandue. Comme centres de second ordre, on peut citer Constantinople et Bokhârâ pour le rite d'Abou Hanîfah ; Fâs, Tunis et Qairawân pour le rite de Mâlik ; le Caire, Médine et Saïoun en Hadhramout pour le rite de Châfi'î. Cependant, les juristes musulmans de nos jours sont tous, au point de vue de l'esprit scientifique, bien au-dessous de leurs illustres devanciers. Toute initiative dans l'étude des deux sources capitales, le Coran et la Sonnah, est non seulement éteinte, mais considérée comme peu recommandable au point de vue religieux ; l'on se borne, tout au plus, à compléter et à commenter les écrits des grands hommes d'autrefois (2).

Nous allons expliquer ici-même les causes de cette irréparable décadence.

Les docteurs musulmans n'ont pas tous une égale autorité juridique (idjtihâd).

Les uns ont une autorité juridique (3) au point de vue des

(1) Pour l'influence exercée par le droit romain et talmudique sur le développement de la science du droit chez les Mahométans, voir mon ouvrage : *De contractu Do ut des* ; (Leyde, 1868), p. 17 et 18. Le même sujet a été ensuite traité par von Kremer dans sa *Culturgeschichte des Orients* (Vienne, 1875-1877), vol. 1, p. 532 et ss.

(2) Au sujet de l'état actuel de la science et de la civilisation en général chez les Mahométans, conf. H. Vâmbéry : *Der Islam im neunzehnten Jahrhundert*, Leipzig, 1875, p. 56 et ss. V. aussi l'essai de Fleischer : *Culturstatistik von Damaskus*, vol. viii (1854) de la *Zeitschr. der Morgenl. Gesellsch.*, p. 346 et ss., et von Kremer : *Culturgeschichte*, vol. II, p. 485 et ss.

Dr G. Le Bon, *Civilisation des Arabes*. Paris, Didot, 1885.

(3) Celui qui possède un degré d'autorité (idjtihâd) est modjtahid.

Bases (oçoul, plur. de aql, littéralement : racine) du *Droit* (fiqh). On entend par l'expression *Bases du Droit* l'origine théologique et philosophique du Droit, en d'autres termes, les raisons fondamentales sur lesquelles s'appuient l'existence et la force du droit. La première de ces bases est le Coran; la deuxième est la Sonnah; la troisième, l'idjmâ' ou djamâ'ah, et la quatrième, le raisonnement (qiyàs ou râï). Le Coran et la Sonnah sont placés bien au-dessus de toute critique humaine; l'idjmâ' ou djamâ'ah, sans être précisé-ment au-dessus de la critique humaine, est cependant au-dessus de la critique de tout juriste n'ayant pas le même degré d'autorité que les Compagnons du Prophète, ce qui, pour nos contemporains, est à peu près équivalent. Il en résulte que le Coran, la Sonnah et l'idjmâ' ou djamâ'ah ont une double fonction : ce sont non seulement des lois, mais encore des *Bases du Droit*. Quant à la quatrième *Base*, le raisonnement, elle ne peut servir qu'à expliquer, à appliquer et à compléter les trois premières *Bases*, mais jamais à en abroger ou en remplacer les prescriptions. Les juristes jouissant d'une autorité du premier degré peuvent, de leur propre chef, manier les *Bases* du droit et en déduire un système de jurisprudence à eux ; en d'autres termes, ils peuvent fonder un rite (madshab).

Ce degré d'autorité est une des plus grandes faveurs dont Allâh puisse honorer l'homme. A part les Compagnons du Prophète, on trouve, dans l'histoire de l'Islamisme, très peu de personnes à qui elle ait été dévolue, et, parmi ces élus, quatre seulement ont eu l'honneur de voir le rite fondé par eux se perpétuer jusqu'à nos jours. Ces quatre fondateurs de rites sont habituellement appelés les quatre Imâm. Ce sont : No'mân ibn Thâbit Abou Hanifah (+ A. H. 150); Mâlik ibn Ânas (+ 179); Moḥammad ibn Idrîs ach-Châfi'i (+ 204); et Abou 'Abd Allâh Aḥmad ibn Hanbal (+ 241) (1).

(1) Les quatre Imâm ont donné leurs noms aux quatre rites orthodoxes (madshab) actuellement existants : Hanafite, Mâlikite, Châfi'ite et Hanbalite. On trouve des renseignements biographiques sur chacun des Imâm dans Hammer-Purgstall : *Literaturgeschichte der Araber*, III, p. 96 et ss. Conf. au sujet des différents rites et des savants juristes qui, dans chacun d'eux, ont atteint la plus haute renommée : Houtsma, *op. cit.* p. 83 et ss. ; — G. Fluegel vol. XIII (1859) de la *Zeitschr. des Morgenl. Gesellsch.* p. 610 et ss. Add. Dugat : *Histoire des Philosophes et des Théologiens Musulmans*. Paris, 1878. Robe, *Essai sur l'Histoire du Droit Musulman*; Bône, Dagand, 1853. N. d. T.

Parmi les rites disparus, je ne citerai que celui de Dâwoud-ath-Thâhiri (+ 270) qui en est le plus connu (1).

Aujourd'hui, l'attachement des Mahométans pour leurs rites respectifs rend presque impossible une nouvelle orientation de la science du droit.

Le deuxième degré d'idjtihâd ou d'autorité juridique appartient aux Disciples des quatre Imâm qui ont complété le système établi par ceux-ci. Leur autorité ne s'étend pas au delà des principes juridiques secondaires (fôrou' plur. de far', littéralement : branche) qu'ils déduisent de l'enseignement de leurs maîtres ; elle reste, par conséquent, au-dessous de celle des Imâm. On regarde comme des juristes ayant une autorité du deuxième degré, dans le rite hanafite, Abou Yousof (+ 182) et Moḥammad ibn Hasan (+ 189), et dans le rite châfi'ite, Abou Ishâq ach-Chirôzi (+ 476), 'Abd al-Malik surnommé l'Imâm al-Harâmain (+ 478) et son disciple al-Ghazzâli (+ 505).

Quant aux savants juristes qui ne possèdent qu'un idjtihâd du troisième degré, leur autorité se restreint aux questions spéciales (masâil, plur. de masâlah) qui ont été soumises à leur décision, et au sujet desquelles ils ont rendu des sentences en s'inspirant des principes posés par les autorités supérieures. C'est dans cette catégorie que doivent être rangés la plupart des professeurs classiques de droit musulman, et ce sont leurs ouvrages, de préférence à ceux des juristes appartenant aux précédentes catégories, qui servent actuellement de base aux décisions juridiques rendues en pays mahométan.

Se présente-t-il une difficulté qui n'ait pas encore été résolue par les autorités précitées ou bien les jurisconsultes d'une égale autorité diffèrent-ils d'avis sur la solution, le juge (qâdhi) peut rendre une sentence indépendante, pourvu qu'il possède lui-même un degré d'autorité juridique. Autrement, il doit consulter les ouvrages des disciples et adhérents des autorités du troisième degré. Ces disciples et adhérents se divisent encore en cinq classes dont chacune forme une autorité pour les classes suivantes, tandis que la dernière classe reste encore une autorité indiscutable pour le commun des hommes.

Il y a donc une hiérarchie formelle d'Autorités en matière de Droit, et il va sans dire que, de cette façon, toute étude

(1) V. Goldziher : *Die Zâhiriten*, Leipzig, 1884. — V. aussi l'ouvrage déjà cité de M. Zeys : *Cours de législation mozabite*.

raisonnée du droit doit tendre à disparaître de plus en plus.

Enfin, le lecteur doit savoir que le degré d'autorité d'un juriste n'est point conféré par l'État, mais dépend de l'opinion que se forme la majorité des Musulmans appartenant au même rite, et naturellement, en premier lieu, de ceux qui s'occupent de l'étude du Droit (1).

Je crois utile d'ajouter quelques mots sur les quatre rites (madshab) dont il a été déjà question plusieurs fois, et sur leurs fondateurs.

Ces rites sont tous également orthodoxes.

Le premier et le plus ancien, celui des Hanafites, on l'a déjà vu, a pour fondateur No'mân ibn Thâbit Abou Hanifah. Né à Koufah (2) en l'année 81 de l'Hégire, celui-ci a encore connu quatre des Compagnons du Prophète. Après avoir accompli le pèlerinage de la Mecque, il se fixa dans sa ville natale en qualité de professeur de droit. Les élèves affluèrent bientôt à ses cours. On prétend qu'il pencha d'abord vers des théories hétérodoxes; mais il est certain qu'il se rangea plus tard du côté des Orthodoxes.

Il jouissait de son vivant d'une telle renommée d'érudition, l'on attachait à ses décisions un tel prix que le Calife al-Mançour voulut le nommer qâdhî à Baghdâd. L'Imâm refusa,

(1) L'on peut voir par là combien est délicate la mission des magistrats européens chargés de rendre la justice en pays musulman. Pour ne pas heurter de front les croyances des populations dont l'intérêt se trouve en contradiction avec celui de leurs nationaux, les juges doivent faire table rase de tout ce qu'ils ont appris, renoncer même aux procédés critiques que cherche à développer dans les esprits l'éducation moderne, pour s'en tenir aux leçons des commentateurs arabes. Hâtons-nous de dire que, dans les pays qui ont fait leur soumission, le rôle des tribunaux européens se dessine avec plus de netteté, puisque le droit de conquête assure à leurs décisions l'exécution forcée. Il en est tout autrement dans les contrées où domine l'autorité musulmane, et où les tribunaux consulaires rendent des jugements dont l'exécution se trouve, parfois, indéfiniment paralysée. Dans les pays de Protectorat, les nations européennes, l'Angleterre en Égypte, la France en Tunisie, ont essayé, non sans succès, le régime des tribunaux mixtes qui, tout en assurant aux justiciables les garanties de méthode et d'indépendance affirmées par la présence du magistrat européen, permet cependant l'accès au prétoire de Musulmans qui peuvent être des *Autorités en matière de Droit* et dont le concours démontre aux croyants l'orthodoxie des décisions. N. d. T.

(2) Suivant d'autres, à Bassora.

et le Calife le fit jeter en prison. Vingt jours après, il succombait aux mauvais traitements (A. H. 150).

Comme fondateur du rite le plus ancien, il a une sorte de prééminence sur les autres Imâm. On l'appelle le Grand Imâm par excellence (al-imâm al-a'tham). Son système se distingue principalement par la modération dans l'application des prescriptions du Coran et de la Sonnah, par une tendance à traiter la science du Droit à un point de vue plus philosophique. Il applique le raisonnement par analogie (qiyâs) là où les autres s'en tiennent à la lettre du Coran ou de la Sonnah (1).

Les deux principaux disciples de cet Imâm sont déjà nommés plus haut.

Abou Yousof (113-182) fut qâdhî al-qodhât ou Juge Suprême à Baghdâd sous le règne de Haroun ar-Rachîd auprès duquel il était en grande faveur. C'est à son influence qu'est attribuée la rapide propagation du rite hanafite.

Mohammad ibn Hasan (132-189) fut également contemporain de Haroun ar-Rachîd. Il fut qâdhî du 'Irâq.

L'autorité de ces deux disciples égale presque celle de l'Imâm. On admet même que, lorsqu'ils sont d'accord, leur avis doit prévaloir sur celui d'Abou Hanîfah, quoique l'autorité de celui-ci soit supérieure à celle de chacun des deux disciples pris isolément.

Le rite hanafite, qui, au début, semble avoir été prépondérant dans tout le monde musulman, disparut successivement de l'Arabie, de l'Afrique du Nord (Maghrib), de l'Égypte (Miçr), de la Péninsule Espagnole (Andalos), et de la Perse ('Irâq). Il ne domine plus aujourd'hui qu'en Turquie (Europe et Asie Mineure), au Turkestan, aux Indes Anglaises et en Chine (2). Il a cependant conservé en Égypte de nombreux adeptes, et paraît avoir pris, dans ces derniers temps, quelque extension aux Indes Néerlandaises, spécialement dans l'intérieur de Sumatra.

Mâlik ibn Anas fut le fondateur d'un rite nouveau. Il naquit à Médine l'an 95 de l'Hégire, et reçut les leçons des Disciples immédiats (lâbi') des Compagnons (çâhib) du Prophète. Plus tard, il revint, comme professeur, dans sa ville natale. Ses

(1) Ses sectateurs sont aussi appelés ahl al-qiyâs ou açhâb ar-râi, ou encore a'thamî, à cause de son surnom (al-a'tham).

(2) Conf. P. Dabry de Thiersant : *Le Mahométisme en Chine et dans le Turkestan Oriental*, Paris, 1878.

cours ne tardèrent pas à être assidûment fréquentés. Son principal ouvrage s'appelle *al-Mawattâ* (1). J'en ai déjà dit quelques mots. L'Imâm mourut en l'année 179. Sa doctrine se répandit principalement dans l'Afrique du Nord (Maghrib) et en Espagne (Andalos). L'Académie de Cordoue (Qortobah) attirait des disciples de toutes les parties du monde. Les races berbères du Sahara furent converties à l'Islamisme par les Mâlikites. D'une manière générale, on peut dire que l'école de Mâlik est la plus sévère contre la valeur du raisonnement humain (qiyâs); c'est celle qui s'attache le plus à la lettre du Coran et de la Sonnah (2).

Le troisième rite est celui des Châff'ites. Il a pour fondateur Moḥammad Ibn Idris ach-Châff'i, né à Ghazzah, en Palestine, en l'an 150 et mort au Caire en 204. Sa famille tirait son origine de 'Abd al-Mottalib, grand-père du Prophète. On raconte de lui que, tout enfant, il donnait déjà des preuves extraordinaires de science et de piété, qu'il suivit les leçons de Mâlik et qu'il vécut longtemps à la Mecque et à Baghdâd. Le plus connu de ses ouvrages est celui qu'il a composé sur les *Bases du Droit*. C'est lui, semble-t-il, qui, le premier, édifia sur de solides fondements l'étude critique des traditions. On peut encore voir son tombeau dans une des

(1) La doctrine de Mâlik a été vulgarisée par Bokhârl (194-256), et surtout par Khalil Ibn Ishâq (8^e siècle). Le *Précis* de Sidi Khalil, *al-Mokhtaçar*, a été traduit en Français par Perron : Paris, Imp. Nation., 1848. Richebû en a donné, depuis, une magnifique édition arabe : Paris, Imp. Nation., 1877. Seignette l'a également traduit en partie : Constantine, Arnolet, 1878. V. aussi : Vincent, *Études sur la Loi Musulmane*, et sur Bokhârl : Ibn Khaldoun, *Protégomènes*.

De nos jours, l'école de droit d'Alger a imprimé une vive impulsion aux études du droit mâlikite. M. le président Sautayra a pour ainsi dire révélé à la France le statut personnel et le droit successoral des Musulmans. V. Sautayra et Cherbonneau : *Droit Musulman*, Paris, Maisonneuve, 1873. Il a été suivi dans cette voie par l'un des éminents magistrats de la Cour d'Alger, M. le premier président Zeys, qui a réuni ses enseignements sur la matière dans deux publications : *Essai d'un traité méthodique de Droit Musulman (École Mâlikite)*; — *Cours élémentaire de Droit Musulman (École Mâlikite)*, Alger, Jourdan, 1885-1887. V. aussi la jurisprudence des tribunaux algériens et tunisiens : Estoublon, *Jurisprudence Algérienne de 1830 à 1876*; *Bulletin judiciaire de l'Algérie* (1877-1884); *Revue Algérienne et Tunisienne* (depuis 1885); — Sabatéry, *Éléments de droit*; — N. d. T.

(2) La propension des Mâlikites à appliquer autant que possible, à chaque cas particulier, une tradition du Prophète, les a fait appeler quelquefois, par opposition aux Hanafites, aḥâb al-hadith.

mosquées du Caire. Ses tendances par rapport aux textes sacrés, sans être aussi larges que celles d'Abou Hanifah, sont bien loin cependant d'imiter celles de MÂlik, qui s'est fait esclave de la lettre parfois au détriment du sens commun.

Les sectateurs de Châfi'i sont répandus dans l'Archipel Indien, la presqu'île de Malacca, l'Arabie, l'Égypte, le Dekkân, Ceylan, le Cap de Bonne-Espérance et la Côte Orientale de l'Afrique. C'est au Caire que se trouve le foyer de cette école, l'Académie al-Azhar, fondée par le célèbre Saladin (Çalâh ud-dîn).

Le quatrième des rites encore existants est celui d'Abou 'Abd Allâh Ahmad ibn Hanbal (164-241), disciple de Châfi'i. Malgré le vif succès qu'il eut de son vivant, le nombre de ses adeptes est allé diminuant peu à peu ; ils ne sont plus nulle part en majorité. Ils paraissent, cependant, être encore assez nombreux dans quelques contrées de l'Arabie centrale et orientale, et dans quelques parties de l'Afghanistan.

L'ouvrage le plus célèbre de Hanbal est *al-Mosnid*. C'est un recueil critique des traditions. Quant au caractère du rite hanbalite, il égale, s'il ne dépasse pas le rite mâlikite pour la sévérité et l'étroitesse de l'interprétation, et s'il donne des explications du Coran et de la Sonnah, il s'attache de préférence à celles qui conduisent aux conclusions les plus absurdes.

A côté des quatre rites orthodoxes, il existe dans l'Islamisme une puissante secte d'hérétiques. Elle se nomme ach-Chi'ah ; ses partisans sont les Chi'ites. L'histoire de l'Orient est remplie de leurs luttes contre les Orthodoxes ou Sonnites. Ils ont pu, à un moment donné, gagner à leurs idées la Perse et l'Afrique septentrionale. Actuellement, ils sont à peu près limités au royaume de Perse, et à quelques provinces de l'Hindoustan et de l'Yemen.

Le point culminant de la divergence entre Chi'ites et Orthodoxes, c'est la doctrine de la Souveraineté, c'est-à-dire la question de savoir si 'Alî devait être ou non le successeur immédiat du Prophète Mahomet, en qualité de Calife (1).

(1) Cette question sera traitée plus loin avec plus de détails. Quelques écrivains européens soutiennent encore que les Chi'ites repoussent la Sonnah, tandis que les Orthodoxes ou Sonnites (ahl as-sonnah wal-djamâ'ah) l'acceptent. C'est là une erreur provenant d'une simple ressemblance de noms. Ce qui est rejeté par les Chi'ites, c'est l'autorité des trois premiers Califes et des Musulmans qui ont pris leur parti contre 'Alî. En d'autres termes, ils ne reconnaissent point l'idjmâ' ou djamâ'ah comme une *Base du Droit*.

Parmi les autres sectes dissidentes, je ne veux citer que les Wahhâbites dans l'Arabie centrale, des restes de l'antique secte des Khâridjî, en 'Oman, à Zanzibar et dans le Sud algérien, et enfin les partisans du Mahdî ou Messie, dans le Soudan.

Je me bornerai à exposer dans ce manuel les rites d'Abou Hanîfah et de Châfi'î. Une étude complète et comparée de toutes les doctrines exigerait un volume incompatible avec le but que je me suis proposé en écrivant un livre destiné surtout aux magistrats et aux hommes de loi dans les Indes Orientales.

Les rites mâlikite et hanbalite n'ont laissé pour ainsi dire aucune trace dans l'Extrême Orient, et l'on n'y rencontre que quelques vestiges des Chi'ites.

Un mot encore des traités juridiques qui sont le plus en honneur auprès des Musulmans modernes, et qui m'ont servi pour le présent ouvrage.

I. Pour le rite de Châfi'î :

1° Le *Mokhtaçar* ou *Précis* de la science du Droit, par Ahmad ibn al-Hasan ibn Ahmad al-Içfahâni, surnommé le qâdhî Abou Chôdjâ', né à Bassora (Baçrah) en l'année 434, mort peu après l'an 500 de l'hégire. Le *Précis* traite d'abord des devoirs de l'homme envers Allâh (pureté légale, prière, prélèvement, jeûne et pèlerinage) (1); puis, des actes judiciaires (mo'âmalât, plur. de mo'âmalah); puis, successivement, du droit de succession ('ilm al-farâ'idh); du mariage (nikâh); de l'homicide et de la blessure (djinâyât, plur. de djinâyah); des peines définies (hodoud, plur. de hadd); de la guerre contre les infidèles (djihâd); de la chasse, etc. (çaid); des défis à la course et au tir (sabaq ou rimâyah); du serment et du vœu (yamîn et nadsr); des procès et de la preuve

(1) Les rapports de l'homme avec Allâh sont l'essence même du culte, c'est-à-dire de l'islâm. Cet islâm se divise en deux parties : la foi (imân) et les cérémonies du culte (dîn). De là, deux branches de connaissances humaines : la théologie ('ilm al-kalâm), et la science du Droit ('ilm al-fiqh). L'islâm repose encore sur cinq « piliers » (arkân, plur. de rokn), savoir : la confession de foi (chahâdah); la prière (çalâh), avec la purification préparatoire (tahârah); le prélèvement (zakâh); le jeûne (çawm); et le pèlerinage (hadjdj). Le premier de ces piliers se rapporte à l'« imân »; les quatre autres au « dîn ». La partie de la science du Droit qui s'occupe de ces quatre derniers piliers se nomme 'ibâdah.

testimoniale (aqdhiyah et chahâdah) et de l'affranchissement ('itq) des esclaves (1).

La plupart des ouvrages arabes sur le droit musulman suivent à peu près le même plan.

Les commentaires (charh) sur le *Mokhtaçar* qui ont le plus de crédit aux yeux des Musulmans modernes sont : le *Taqrib*, aussi appelé *Taqarrob* et *Fath al-Qarib* (2), de Chams ad-dîn Abou 'Abd Allâh Mohammad ibn Qâsim (probablement + 918); et les *Gloses* (hawâchî, plur. de hâchiyah) sur le *Taqrib* d'Ibrâhîm al-Baidjourî (+ 1260) (3).

2° Le *Moharrar* d'Abou l-Qâsim 'Abd al-Karîm ibn Mohammad ar-Râfi'î (+ 623). Cet ouvrage est moins souvent consulté que la paraphrase qu'en a publiée sous le titre de *Minhâdj at-tâlibîn* (4), Mohjî ad-dîn Abou Zakaryâ ibn Charaf an-Nawawî (+ 676) (5), et surtout deux commentaires de ce dernier traité, la *Tohfah* et la *Nihâjah*.

3° L'ouvrage célèbre, quoique moins connu chez les Musulmans contemporains, intitulé : *at-Tanbîh*, d'Abou Ishâq Ibrâhîm ach-Chirâzi al-Firousâbâdsî (+ 476) (6).

4° *Al-Ahkâm as-soltâniyah*, sur le droit public, par Abou l-Hasan 'Alî ibn Mohammad ibn Habîb Al-Mâwardî (+ 450). Cet ouvrage traite de tous les devoirs du chef de l'État et de ses fonctionnaires. De nombreux passages offrent aussi de l'intérêt au point de vue du droit religieux, civil et pénal. L'auteur, bien qu'il appartienne au rite de Châfi'î, mentionne aussi les prescriptions des autres rites, dans tous les cas où il existe une divergence d'opinion (7).

(1) Le *Mokhtaçar* (d'Abou Chodjâ?) a été publié avec une traduction française et des notes par S. Keyzer sous le titre : *Précis de la Jurisprudence Musulmane selon le rite Châfite* par Abou Chodjâ?, Leyde, 1859.

(2) Je publierai prochainement le texte du *Fath al-Qarib*, avec une traduction française et des annotations.

(3) Ces *Gloses* ont été imprimées au Caire.

(4) J'ai publié le *Minhâdj at-Tâlibîn* avec une traduction française et des annotations sous le titre : *Le Guide des Zélés Croiyants*, Batavia, 1882-1884, 3 vol.

(5) Au sujet de Nawawî, conf. : *Ueber das Leben und die Schriften des Scheichs Nawawî*, par Wüstenfeld, Gottingen, 1849.

(6) Le texte arabe du *Tanbîh* a été publié, avec un glossaire, par A. W. T. Juynboll, Leyde, 1879. Une traduction hollandaise par Keyzer a paru sous le titre de : *Handboek voor het Mohammedaansche Regt*, La Haye, 1853.

(7) Le texte arabe a été publié, avec un glossaire, par Max. Enger, sous le titre de : *Maverdii Constitutiones Politicæ*, Bonn, 1853. Une traduction hollandaise par Keyzer a paru sous le titre de : *Mawerdi's publiek en admi-*

II. Pour le rite d'Abou Hanifah :

1° *Le Mokhtaçar* ou *Précis*, composé par Ahmad Al-Qodouri (+ 428) (1).

2° *Al-Hidâyah fi l-forou'*, ouvrage très-détaillé, universellement connu, dû à la plume de Borhân ad-din 'Ali ibn Abi Bakr al-Marghinâni (+ 593). La *Hidâyah* n'est autre chose que le commentaire, rédigé par cet auteur, du traité qu'il a lui-même écrit sous le titre de *Bidâyat al-mobtudi*, et qui est rarement consulté (2).

3° *Al-Fatâwâ al-'Âlamguiriyah*, d'un usage général aux Indes Anglaises, embrasse toute la science du droit. Il a été écrit par le Chaikh Nithâm et d'autres savants, à la demande de Mohâmmad Awrengzib 'Âlamguir, empereur de l'Indoustan, qui régna de 1070 à 1119 de l'Hégire (3).

Je me suis abstenu, autant que possible, de recourir aux œuvres des savants Européens. Je n'ai guère consulté que : E. W. Lane : *The Modern Egyptians* (4) ; A. von Kremer : *Geschichte der herrschenden Ideen des Islams* (5) ; et *Culturgeschichte des Orients* (6) ; R. Dozy : *het Islamisme* (7).

nistratif regt van den Islam ; la Haye, 1862. Conf. sur l'écrivain : M. Enger : *De Vitâ et Scriptis Maverridii commentatio*, Bonn, 1851.

(1) Ce précis a été imprimé à Constantinople.

(2) La *Hidâyah* a été traduite en anglais par Ch. Hamilton, sous le titre de : *The Hedâya or Guide, a commentary on the musulman Laws*, Londres, 1791, nouvelle édition due aux soins de S. G. Grady, Londres, 1860 ; le texte arabe, imprimé à Calcutta, est fort rare.

(3) Publié à Calcutta, en 6 vol. 1828-1835.

(4) 5° éd., Londres, 1860.

(5) Leipzig, 1868.

(6) Vienne, 1875-1877.

(7) Haarlem, 1863 ; 2° éd. 1880. V. Chauvin en a donné une traduction française sous le titre : *Précis de l'Histoire de l'Islamisme*, Leyde et Paris, 1879.

En dehors des traductions déjà citées des ouvrages arabes, voici les principaux écrits européens sur le droit musulman :

N. von Tornauw : *Das Moslemische Recht* ; Leipzig, 1855 (droit chi'ite).

N. B. E. Baillie : *A Digest of the Mookummudan Law*, London, 1869 et 1875 (droit hanafite et chi'ite).

N. B. E. Baillie : *The Mookummudan Law of Sale*, London (droit hanafite).

Id. id. id. *Inheritance*, London (id.).

W. Macnaghten : *Principles and Precedents of Mookummudan Law*, Calcutta, 1825 (id.).

- S. Grove Grady : *A Manual of the Moh. Law of Inheritance and Contracts*, London, 1869, (id.).
- A. Rumsey : *Mohummudan Law of Inheritance*, London, 1880 (id.).
- Syed Ameer Ali : *The Personnel Law of the Mohammedans*, London, 1880.
- Id. *The Law relating to Gifts, Trusts and Testamentary Dispositions among the Mohammadans*, Calcutta, 1886.
- Du Caurroy : *Législation Musulmane Sunnite, rite Hanefi*; *Journal Asiatique*, 1848-1852.
- E. Sicé : *Traité des lois Mahométanes dans les Indes Françaises*; *Journal Asiatique*, 1841, 3^e série, vol. xii, p. 149 et ss. (droit hanafite).
- Mouradgea d'Ohsson : *Tableau de l'empire ottoman*, Paris, 1787 (id.).
- J. Pharaon et Th. Dulau : *Droit musulman*, Paris, 1839 (droit malikite). Une traduction a paru dans la revue : *het Recht in Ned. Ind.*, 1850-1851, vol. iii et iv.
- M. Perron : *Précis de jurisprudence Musulmane selon le rite Malékite, par Khalil ben Ishak*, traduit de l'arabe, Paris, 1848-1851. L'ouvrage forme les vol. x à xv de l'*Exploration scientifique de l'Algérie*.
- B. Vincent : *Études sur la loi Musulmane (rite de Malek)*, Paris.
- A. Querry : *Recueil de lois concernant les Musulmans Ch'ites*, Paris, 1871-1872.
- Garcin de Tassy : *L'Islamisme d'après le Coran, l'enseignement doctrinal et la pratique*, 3^e éd., Paris, 1874.
- Robe : *Essai sur l'histoire du Droit Musulman*, Bône, 1853.
- Robe : *Journal de la Jurisprudence de la Cour d'Alger*.
- Dugat : *Histoire des Philosophes et des Théologiens Musulmans*, Paris, 1878.
- Seignette : *Code musulman* (traduction partielle du *Précis* de Sidi-Khalil), Constantine, 1878.
- Sautayra et Cherbonneau : *Droit musulman*, Paris, 1873.
- Sabatéry : *Éléments de Droit Musulman*.
- E. Zeys : *Essai d'un traité méthodique de Droit Musulman*; *École Malikite*.
- E. Zeys : *Cours élémentaire de Droit Musulman*; *École Malikite*, Alger, 1885-1887.
- E. Zeys : *Législation Mozabite*; *Le Nil, Revue Algérienne*, 1886-1890.
- E. Zeys et Mohammed ould Sidi-Saïd : *Recueil d'actes judiciaires*, Alger, 1886.
- E. Zeys : *Législation Kabyle*.
- E. Zeys et Mohammed ould Sidi-Saïd : *Dictionnaire des Termes de Droit (Arabe-Français)*.
- E. Zeys : Sidi Khalil ben Ishak : *Mariage et Répudiation*; traduction française.
- La Revue Algérienne et Tunisienne*, dirigée par R. Estoublon, depuis 1885.
- R. Estoublon : *Jurisprudence Algérienne*, 5 vol., Alger, 1890; — *Bulletin Judiciaire de l'Algérie*, 9 vol., Alger, 1890.
- D. Luciani : *Traité des Successions Musulmanes*, Paris, 1890 (droit Châfi^e ite).
- Menesson : *Organisation de la justice et du notariat musulmans en Algérie et Législation applicable, en Algérie, aux Musulmans*, Paris, 1888.
- Houdas : Traduction française de la *Tohfah* d'Ibn 'Açim.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT RELIGIEUX ('IBĀDAH)

CHAPITRE PREMIER

DE LA PURIFICATION (TAHĀRAH)

Il est universellement connu que certains objets, certains animaux inspirent à l'homme une vive répugnance. Dès les temps les plus reculés, cette répulsion se manifesta chez les Sémites avec plus d'énergie que chez les peuples d'autre origine. Les fondateurs des diverses religions l'ont reconnue et consacrée. Ce n'est pas Mahomet qui a inculqué à ses compatriotes la notion de pureté et d'impureté (1). Il n'a fait que

(1) Les obligations de l'homme envers Allāh se traduisent par des actes. Les juristes divisent ces actes en cinq catégories (hokm, plur. ahkām). Tout acte est soit obligatoire (wādhib), soit recommandable (mandoub), soit indifférent (mobāh), soit blâmable (makrōub), soit défendu (harām). Les obligations envers Allāh sont dites fardh lorsqu'elles se fondent sur une prescription contenue dans le Corān. Ces obligations se distinguent en obligations solidaires (fardh 'alā l-kifāyah), reposant sur la communauté musulmane tout entière, et en obligations individuelles (fardh 'alā l-'ain) reposant sur chaque fidèle comme un devoir personnel. Les obligations envers Allāh fondées sur une prescription contenue dans la sonnāh s'appellent aussi sonnāh. Dans un sens plus restreint, on appelle encore ainsi les actes de dévotion que le Prophète n'a pas formellement déclarés obligatoires, mais dont il a seulement donné l'exemple. Dans ce sens, le mot sonnāh pourrait se traduire par « méritoire ». Quelques auteurs européens

réglementer des usages déjà reçus. Mais la connaissance qu'il avait de la loi mosaïque, si superficielle qu'elle pût être, a exercé une influence profonde et indéniable sur cette réglementation (1).

Le Prophète a désigné comme choses impures (nadjis) :

1° Les porcs (2) et les chiens (3) et tout ce qui en provient.

2° Tout liquide enivrant, lors même que ce liquide se serait figé; l'impureté du vin cesse dès qu'il s'est transformé en vinaigre, naturellement, suivant Châfi'i, ou, d'après Abou Hanifah, de quelque manière que ce soit (4).

3° Tout être qui a péri de mort naturelle, ou qui a été tué d'une manière autre que celle prescrite par la loi (maitah), — et tout ce qui en provient, — à l'exception du corps de l'homme (5), des poissons (6) et des sauterelles. Quant aux animaux dont la chair ne peut légalement servir de nourriture à l'homme, leurs corps sont impurs lors même qu'on les aurait tués conformément aux prescriptions légales (7).

Les peaux tannées, les poils préparés, les cornes ou dents (8) nettoyées sont toujours purs, que ces objets proviennent d'animaux purs ou des corps ci-dessus désignés comme non-purs.

se servent pour marquer la différence entre *fardh* et *sonnah* des expressions *obligation canonique* et *obligation imitative*. Il va sans dire que les termes conventionnels dont on peut se servir en français sont de peu d'importance en eux-mêmes.

(1) Conf. au sujet de la distinction des choses pures et des choses impures dans le rite mâlikite : E. Zeys, *Traité élémentaire de Droit Musulman*, I, n° 213.

(2) Cor. II, 168 ; v, 4 ; vi, 146 ; xvi, 116.

(3) Les chiens dressés pour la chasse ne rendent pas impur le gibier qu'ils ont pris. Cor. v, 6.

(4) Cor. II, 216 ; v, 92-94 ; xvi, 69. Les boissons enivrantes peuvent être utilisées comme remède, à petites doses.

(5) D'après Abou Hanifah, cela s'appliquerait seulement aux corps des Musulmans, lavés après la mort, ou dont certaines prescriptions spéciales rendent le lavage superflu. Les Châfi'ites, au contraire, considèrent comme purs les corps de tous les hommes que la mort seule rend impurs.

(6) Cor. II, 168 ; v, 4 ; vi, 146.

(7) La question de savoir quels sont, à part les animaux impurs, ceux qui peuvent ou non être mangés, est très-controversée parmi les juristes.

Mais tous se prononcent pour la négative quant aux animaux de proie. Cor. v, 4 ; vi, 143 ; xxii, 31 ; xxxiii, 21 ; xl, 79.

(8) Excepté celles des chiens et des porcs, d'après Châfi'i.

4° Le lait des animaux dont il n'est pas permis à l'homme de manger la chair.

5° Les excréments, l'urine, toutes les autres sécrétions du corps de l'homme ou des animaux, à l'exception du sperme génital de l'homme.

Tout ce qui a été en contact avec l'un des objets rangés dans ces catégories et qui en porte les traces est également devenu impur (motanadjdis). Mais cette impureté ne dérive pas de l'essence ('ain) des choses ; elle est simplement accidentelle. Pour purifier (tathir) ces objets, il est indispensable de les laver une fois et recommandable de les laver trois fois, avec de l'eau, suivant Châfi'i ; d'après Abou Hanifah, l'on peut employer pour ce lavage tout autre liquide pur (1).

Mais si l'impureté provient du contact d'un chien ou d'un porc, Châfi'i exige que le point contaminé soit lavé sept fois, dont une fois avec du sable.

Il est interdit à toute personne ayant été en contact avec des choses impures de prier et de faire les *tournées* (tawâf) autour du sanctuaire de La Mecque.

Sept sortes d'eau peuvent servir à la purification rituelle : l'eau de pluie, l'eau de mer, l'eau de rivière, l'eau de puits, l'eau de source, l'eau de neige et l'eau de grêle. Elles deviennent, toutefois, impropres à ces usages :

- 1° Si l'on s'est approprié l'eau injustement ;
- 2° Si l'eau a été chauffée par le soleil ;
- 3° Lorsqu'elle est devenue impure par une cause quelconque.

L'eau devient impure (nadjis) par le contact de toute matière impure, lorsqu'elle est en quantité inférieure à deux qollah ou à 500 ratl. Lorsque la quantité est de deux qollah et au-dessus, l'eau mélangée aux choses impures ne devient elle-même impure que si, en même temps, elle change de nature (motaghayyar).

L'homme, par nature, appartient à la catégorie des choses pures. Il est, néanmoins, susceptible de devenir souillé de lui-même ; il doit alors, avant d'accomplir certaines pratiques du culte, rentrer en état de pureté.

Les juristes distinguent à cet égard :

(1) Cor. xxv, 50. La faculté concédée par Abou Hanifah de faire usage, pour la purification, de matières autres que l'eau, ne s'étend ni au bain (ghosl), ni à l'ablution (wodhou). V. ci-après.

1° La souillure majeure (djanâbah). L'homme tombe dans cet état à la suite des rapports sexuels (1), de l'émission du sperme (2), et de la mort. Il résulte, en outre, pour la femme, de la menstruation (haidh) (3) et des lochies (nifâs). Toute personne se trouvant dans cet état (djonob) ne peut prier, lire, toucher ou porter le Coran (4), faire les tournées (tawâf) autour du sanctuaire de la Mecque, séjourner dans une mosquée (masdjid). La femme souillée par la menstruation ou l'accouchement ne peut même pas pénétrer dans une mosquée, jeûner ou avoir commerce avec l'homme.

La souillure majeure ne peut être effacée que par un bain (ghosl) (5), opération qui est, sinon indispensable, du moins méritoire dans beaucoup d'autres circonstances, par exemple, le vendredi, le jour des deux fêtes ('id al-fitr et 'id al-qorbân), pendant une grande sécheresse, aux éclipses de soleil et de lune, après le lavage d'un cadavre, la conversion à l'Islam, l'époque de la majorité, le relèvement d'une défaillance, la guérison de la démence ; durant la nuit qui précède un jour de jeûne, à l'ihram, à l'arrivée à la Mecque, pendant la halte à 'Arafah, et après le jet des pierres à Minâ (6).

Le bain n'est, du reste, efficace que si l'on a l'intention (niyah) (7) d'accomplir la purification, si l'on fait disparaître l'impureté de son corps, et que l'on se mouille entièrement. Il est désirable de faire, au préalable, une ablution (wodhou).

2° La souillure mineure (hadath). C'est celle qui résulte de

(1) Cor. v. 9.

(2) D'après Abou Hanifah, seulement si cela a lieu à la suite d'une action voluptueuse.

(3) Cor. ii, 222.

(4) Cor. lvi, 78. Châfi'i défend formellement de porter le Coran à toute personne affectée d'une souillure quelconque. D'après Abou Hanifah l'on ne doit pas porter le Coran attaché à un lien ou enveloppé d'une bande de toile.

(5) Pour les lecteurs qui n'ont pas visité l'Orient, il n'est pas hors de propos de rappeler que, dans ces contrées le bain ne consiste pas nécessairement dans l'immersion du corps : le plus souvent, le corps est arrosé avec de l'eau qu'on puise dans une cuve au moyen d'un vase.

(6) Pour le sens de ces expressions, v. le chap. du Pèlerinage.

(7) Dans la pratique religieuse, ce qui importe le plus, c'est l'intention, et non l'acte matériel. V. notamment : Cor. ii, 172 ; xxii, 38.

la satisfaction des besoins naturels (1), d'un évanouissement, de l'attouchement d'une personne de sexe différent (2), et, d'après Châfi'i, de l'attouchement des parties génitales humaines avec la paume de la main. En cet état (mohdith) il est interdit de prier, de faire les tournées (tawâf), de porter ou de toucher le Coran (3). La souillure mineure est effacée par une ablution (wodhou).

L'ablution a lieu de la manière suivante (4) :

Le fidèle relève ses manches au-dessus du coude, et formule l'intention (niyah) d'accomplir l'ablution rituelle. Il se lave d'abord la main droite, puis la gauche, trois fois en disant : « Au nom d'Allâh le Clément, le Miséricordieux. » (Bismillâh ar-rahmân ar-rahîm) (5). De la main droite, il introduit un peu d'eau dans la bouche et la rince trois fois. De même, il aspire, par trois fois, un peu d'eau par les narines. Il se lave également trois fois le visage et les bras, jusqu'au coude, le bras droit d'abord, puis le gauche, mouille sa tête nue une fois avec la main droite, péigne ensuite sa barbe avec les doigts, se nettoie les oreilles (6), et s'humecte la nuque. Enfin, il se lave trois fois les pieds jusqu'aux chevilles, le pied droit le premier, le gauche ensuite, en ayant soin de séparer avec les doigts les orteils les uns des autres ; et il ajoute la confession de foi mahométane (chahâdah), ainsi conçue : « Il n'y a de Dieu qu'Allâh, et Mahomét est son prophète. » (Lâ ilâha illâ Allâh, wa Mohammad rasoul Allâh).

D'après Châfi'i, l'ordre (tartib) des diverses opérations qui constituent l'ablution doit être observé tel qu'il vient d'être indiqué. Pour Abou Hanifah l'observation de l'ordre prescrit est seulement recommandable. Quelques Musulmans ont l'habitude de réciter, à chacun des actes de la cérémonie que je viens de décrire, une invocation qui s'y rapporte.

En entrant à la mosquée, le Musulman (7) enlève tout

(1) D'après Abou Hanifah, de tout autre écoulement de liquides impurs, p. ex. d'une saignée.

(2) Excepté l'attouchement entre parents au degré prohibé. Abou Hanifah ne fait résulter la souillure que d'un attouchement réellement voluptueux ; mais, suivant Châfi'i, tout attouchement est suffisant.

(3) Cor. lvi, 78. V. à ce sujet la note 4 de la page précédente.

(4) Cor. v, 8.

(5) La récitation de cette formule s'appelle : tasmiyah.

(6) D'après Châfi'i, cet acte se répète trois fois.

(7) A la rigueur, la loi interdit aux infidèles de pénétrer dans les mosquées. Cor. ix, 18.

d'abord sa chaussure et la laisse à la porte. S'il est venu pour prier, il se dirige vers le bassin (midhââh) préparé pour les ablutions. Dans les mosquées Hanafites le bassin est souvent remplacé par une sorte de fontaine. Ce rite ne permet, en effet, l'ablution rituelle que dans une eau courante ou, si l'eau est stagnante, dans un réservoir mesurant au moins dix aunes (dsirâ') en profondeur et en largeur. Or, les temples assez vastes pour renfermer des bassins de cette dimension sont en très-petit nombre.

La purification accomplie avant une prière, ou avant une autre pratique religieuse, dispense de la répéter avant les suivantes, pourvu que le fidèle ait la certitude de n'avoir pas, dans l'intervalle, perdu l'état de pureté, ou de n'avoir pas été en contact avec des choses impures. Pour la prière, il doit, autant que possible, être couvert de vêtements purs, s'agenouiller sur un sol pur, ou sur un tapis de prière (sadjjâdah) également pur.

Les circonstances ne permettent pas toujours d'observer toutes les prescriptions relatives à la purification. L'obligation est, néanmoins, remplie si l'on a fait, pour se purifier, tout ce qui était possible. Ainsi, un malade peut faire ses ablutions couché; un blessé peut être mouillé légèrement sur l'appareil qui couvre sa blessure. Si l'état de santé ne permet pas que le corps soit mouillé, ou encore à défaut d'eau, la purification peut être faite avec du sable (1). Il est cependant impossible d'user de ce moyen (2) pour certains actes, par exemple, pour se rincer la bouche.

Un voyageur ou une personne pressée peut faire l'ablution sans quitter ses choff ou bottes, pourvu que cette personne fût en état de pureté au moment où elle les a mises.

D'une manière générale, la propreté est l'une des premières obligations que le Prophète ait imposées à ses compatriotes. Ainsi, il leur conseille avec insistance de se brosser les dents, et il a donné des prescriptions pour une foule d'actes qui, aux yeux des Européens, n'ont rien de commun avec le culte, entre autres, la satisfaction des besoins naturels (3), et l'abatage des animaux (dsabh) (4).

(1) Châfi'i est d'avis qu'il n'est permis d'employer pour la purification que du sable proprement dit. Abou Hanfah tolère d'autres matières, comme du gravier.

(2) Cor. iv, 46; v, 9. La purification au moyen du sable s'appelle : tayammom.

(3) Le lavage des parties honteuses, après la satisfaction des besoins, se nomme : istindjâ.

(4) La chair des animaux tués par les païens (mochrik) ne peut être

Le Prophète ne s'est pas borné à signaler les choses impures. Il défend en outre les occupations ou les travaux qui absorbent trop entièrement l'esprit et, par suite éloignent l'homme du service d'Allah; tels sont: la musique, la peinture, la sculpture, les ouvrages d'or et d'argent, les jeux de hasard, un luxe excessif dans la toilette, etc. (1).

mangée par les Musulmans. Il en est autrement si l'animal a été tué par un Juif ou par un Chrétien soumis, mais à la condition que l'abatage ait été fait selon le mode mahométan, c'est-à-dire que l'animal ait été tourné dans la direction du sanctuaire de la Mecque, qu'on lui ait coupé le larynx et l'œsophage avec un instrument tranchant, et que le boucher ait prononcé les paroles: « Au nom d'Allah » (Bismillah).

Quant aux animaux domestiques tués à la chasse (çaid), ils ne peuvent être mangés que s'ils ont été tués à l'aide d'une bête de chasse ou d'un instrument tranchant. Seuls, les poissons et les sauterelles peuvent être mangés sans que l'on ait à s'inquiéter de la manière dont ils ont été tués.

Il est interdit de boire du sang et de manger des viscères, sauf le foie et la rate.

Toutes ces prescriptions cessent d'être de rigueur lorsqu'on ne peut se procurer de viande provenant d'animaux égorgés réglementairement. Quand les aliments font défaut, il est permis de manger même des choses impures. Cor. II, 168 ; v, 4, 5, 7 ; vi, 118-121, 146 ; xvi, 116.

(1) Cor. II, 216 ; v, 92, 93. Il n'y a que quelques instruments de musique tolérés par la loi ; ainsi, la musique militaire est licite. Quant aux tableaux ou statues, les seuls qui soient prohibés sont ceux qui représentent des êtres vivants dans leur état normal ; mais on peut, sans crainte, représenter, par exemple, un homme sans tête ou sans pieds, ou bien coupé en deux. De même, on peut se servir de tapis où sont figurés des êtres animés, parce qu'alors ils se trouvent par terre, tandis que leur état normal serait de se tenir debout. Les vêtements de soie et les parures en or sont défendus aux hommes, mais pas aux femmes.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE LA PRIÈRE (ÇALÂH)

Le principal devoir de l'homme envers Allâh est de l'honorer par la prière (1). Mais chez les Musulmans, la prière n'est pas, comme dans la liturgie Chrétienne, l'expression du sentiment religieux, un entretien de la créature avec son Créateur, la recherche d'un adoucissement près du Consolateur; c'est une pratique accomplie d'après des règles certaines et à des heures déterminées. Le sentiment de fidèle n'y a, pour ainsi dire, aucune part; mais elle est, par elle-même, une œuvre méritoire.

Il en est ainsi surtout pour les populations de l'Extrême-Orient qui, d'ordinaire, ne comprennent pas les formules arabes prescrites pour la prière. Pour elles, la prière se réduit à peu près au mouvement machinal des lèvres, si même elles ne la négligent pas entièrement, comme il arrive la plupart du temps.

Quelques passages du Coran (2) permettraient, il est vrai, de supposer que le Prophète aussi voulait, de la prière, faire l'expression des mouvements de l'âme, et une méditation religieuse (3). Mais les interprètes du Coran et les juristes ne parlent pas de cette intention; à les croire, la seule chose importante est l'exécution ponctuelle des prescriptions qu'ils regardent comme les plus propres à rendre Allâh favorable

(1) Cor. II, 2. 42. 239; IV, 71. 92; X, 87; XX, 14. 132; XXXIII, 2. 9; XXXIX, 44; XXXI, 16; LXX, 34; LXXIV, 44; V. aussi les passages du Coran cités à la 1^{re} page, note 2, du chapitre suivant.

(2) Cor. II, 148; III, 15. 109; VI, 63; VII, 204; XIV, 41, 42; XIX, 30; XXXII, 15. 16.

(3) Ces prières, non rituelles, sont appelées *do'a* et non pas *çalâh*. Toutefois, les *do'a* les plus efficaces sont encore ceux qui empruntent un passage du Coran (surtout les chapitres I et CXII), ou une formule composée soit par le Prophète, soit, du moins, par quelque autorité théologique ou juridique.

au fidèle. Du reste, ils prétendent que l'on ne peut parler à Allâh qu'en arabe (1), parce que c'est la langue dans laquelle il pense et qui est parlée au Paradis (2) (Firdaws). C'est, en fait, rendre la prière, au sens chrétien, impossible à beaucoup d'orthodoxes.

Disons d'abord que le Musulman doit faire, chaque jour, cinq prières (3) :

1° La prière de midi (thohr). — Le temps de cette prière est arrivé quand le soleil, ayant dépassé le point culminant, commence à descendre. Il dure jusqu'au moment où l'ombre des objets égale la longueur des objets eux-mêmes, augmentée de la longueur de l'ombre à l'instant où commençait le temps de cette prière. D'après les Hanafites, il se prolonge jusqu'au moment où les ombres égalent deux fois la longueur des objets, augmentée de la longueur de l'ombre à l'instant où commençait le temps de cette prière.

2° La prière de l'après-midi ('aqr). Elle peut être faite depuis l'heure où finit le temps fixé pour la prière de midi, jusqu'au coucher du soleil ;

3° La prière du soir (maghrib). L'on doit, d'après Châfi'i, la commencer immédiatement après le coucher du soleil, ni plus tôt, ni plus tard. Mais les Hanafites font durer le temps qui lui est destiné jusqu'au moment de la prière de la nuit ;

4° La prière de la nuit ('ichâ), dont le temps dure depuis l'instant où s'efface la réverbération rouge (4) du soleil (ou, d'après les Hanafites, la réverbération blanche) (5), jusqu'au moment où le crépuscule du matin devient visible à l'Orient ;

5° La prière du matin (çobh), depuis ledit instant jusqu'au lever du soleil.

Suivant l'opinion générale, il est désirable que les diverses

(1) Abou Hanifah permet, dans quelques cas, de prier et de lire le Coran dans une autre langue. Châfi'i restreint cette tolérance à la formule « Allâh est grand » à la confession de foi, et à toutes les formules de prière dont les termes ne sont pas sacramentels.

(2) Cor. XLIII, 3.

(3) Cor. XI, 116 ; XVII, 80 ; XX, 130 ; XXX, 16. 17 ; L, 39.

(4) Ach-chafaq al-abmar.

(5) Ach-chafaq al-abyâdh.

prières soient dites le plus tôt possible. Pour la prière du soir, Châfi'î n'accorde aucun délai. Quant à la prière de la nuit, on doit la faire avant de se livrer au repos.

Dans la plupart des pays mahométans, des crieurs placés sur les tours des mosquées (masdjid) proclament le commencement du temps fixé pour chaque prière. Cet appel se nomme adsân, et les tours où montent les crieurs, mâdsanah ou manârah, mot qui a dégénéré, dans les langues européennes, en celui de minaret; les crieurs eux-mêmes sont appelés : moadsdsin (1).

L'adsân pour les cinq prières du jour est ainsi conçu :

« Allâh est grand (4 fois). J'atteste qu'il n'y a de Dieu »
» qu'Allâh (2 fois); j'atteste que Mohammed est l'envoyé »
» d'Allâh (2 fois) (2). Venez à la prière (2 fois) ! Venez à la féli- »
» cité (2 fois) ! Allâh est grand (2 fois). Il n'y a de Dieu qu'Al- »
» lâh (3). » Pour l'appel à la prière du matin, le moadsdsin »
» ajoute deux fois : « La prière vaut mieux que le sommeil (4). »

Quelques Musulmans se réunissent pour dire leurs prières à la mosquée (5). Une exhortation à la prière appelée iqâmah (6) y est prononcée par un prêtre d'ordre inférieur, tandis qu'un autre prêtre ou, s'il le désire, un membre de l'assemblée dirige la prière (7). La plupart des fidèles prient soit chez

(1) L'heure destinée à la prière s'appelle : waqt (plur. awqât).

(2) D'après Châfi'î, l'on répète encore une fois : « J'atteste qu'il n'y a »
» de Dieu qu'Allâh (2 fois). J'atteste que Mohammed est l'envoyé d'Allâh. »

(3) L'adsân est crié en arabe et les formules se suivent dans le même »
ordre : « Allâho akbar ; acliado an lâ ilâha illâ Allâh ; achhado anna »
» Mqhammadan rasoul Allâh ; hayya'alâ ç-çalâh ; hayya'alâ l-falâh ; »
» Allâho akbar ; lâ ilâha illâ Allâh. »

(4) En arabe : « aç-çalâh khair min an-nawm ».

(5) Surtout pour les prières de midi et de la nuit. Cor. xxiv, 36 ; lxxii, 18.
La prière en commun s'appelle : çalât al-djumâ'ah.

(6) C'est la répétition des paroles de l'adsân auxquelles on ajoute : »
« voici le temps de la prière (qad qâmat aç-çalâh) » deux fois après les »
mots : « venez à la félicité ». D'après Châfi'î, toutes les phrases précédant : »
« voici le temps de la prière » sont répétées, pour l'iqâmah, deux fois de »
moins que pour l'adsân. L'iqâmah peut, en cas de besoin, être prononcée »
par une femme, ce qui est rigoureusement interdit pour l'adsân, de l'avis »
de tous les jurisconsultes.

(7) Celui qui dirige la prière s'appelle imâm. Les conditions requises »
pour exercer cette fonction seront indiquées plus loin. D'après Abou »
Hanifah, il n'est pas recommandable; d'après Châfi'î, il est recomman-

eux, soit à l'endroit où ils se trouvent fortuitement à l'heure où retentit l'adsân. Mais la communauté serait responsable si, à chaque endroit, quelques personnes au moins ne se réunissaient pour prier en commun.

Je n'exposerai pas toutes les dispositions relatives à la prière, et les divergences qui se produisent à cet égard entre Châfi'ites et Hanafites. Ce tableau dépasserait le cadre du présent traité. Il n'est guère de Musulmans qui observent toujours toutes les règles prescrites. Je me bornerai donc à un aperçu très-sommaire.

La première obligation qui s'impose au fidèle qui va prier est de se purifier de la manière indiquée au chapitre précédent. Il doit veiller, en outre, autant que possible, à ce que ses vêtements, le sol sur lequel il se trouve, etc., soient purs (1). Les personnes aisées placent devant elles un tapis de prière (sadjjâdah); celles qui n'en ont pas, une natte, ou celui de leurs vêtements dont elles peuvent se passer.

Pour faire la prière, il faut être décentement vêtu: les femmes libres doivent avoir tout le corps couvert, à l'exception du visage et des mains (2); les hommes, ainsi que les femmes esclaves (3), doivent avoir le corps couvert depuis le nombril jusqu'aux genoux.

Le visage doit être tourné vers Allâh, ou plutôt vers le point de la terre qui se trouve directement au-dessous de son trône et qui, par conséquent, est le plus près de lui. Ce point se nomme qiblah (4). C'est, pour les Mahométans, la ville sainte de la Mecque, ou, plus précisément, la ka'bah (5), ou sanctuaire de cette ville. Dans les mosquées, une niche appelée mihrâb indique aux fidèles la direction du qiblah. En dehors des mosquées, ils doivent eux-mêmes déterminer cette direction, comme ils le peuvent.

Il n'est pas convenable qu'un être vivant, ou son image, soit

dable, lorsque des femmes seulement sont présentes, de choisir l'imâm parmi elles, du moins s'il s'agit d'une prière obligatoire. D'après Châfi'i, l'on peut prier sous la direction d'une personne dont on est séparé par une rivière, pourvu qu'on puisse la voir.

(1) Cor. iv, 46.

(2) D'après les Hanafites, les pieds aussi peuvent être nus.

(3) Y compris les affranchis conditionnels. D'après les Hanafites, les femmes esclaves doivent avoir les seins et le dos couverts.

Les parties du corps qu'il faut cacher s'appellent, en arabe, 'awrah, plur. 'awrât, littéralement « parties honteuses ».

(4) Cor. ii, 138-140.

(5) Conf. le chapitre sur le Pèlerinage.

l'objet le plus rapproché de la personne qui prie. L'on doit, par conséquent, éviter de passer trop près du fidèle en prière. Pour prévenir toute erreur de ce genre, celui-ci choisira de préférence le voisinage d'un mur ou d'un arbre. S'il ne s'en trouve point à proximité, il placera à ses côtés ses chaussures ou tout autre objet.

La prière se compose de rak'ah. Chaque rak'ah comporte une série de mouvements à exécuter et de paroles à prononcer.

Pour accomplir une rak'ah, le Musulman se place debout (1), les pieds légèrement écartés l'un de l'autre, et formule l'intention (niyah) (2) de remplir son devoir religieux. Il élève ses mains ouvertes, d'après Châfi'i, jusqu'aux épaules, et d'après Abou Hanifah un peu au-dessus des épaules, de manière que les pouces touchent le lobe des oreilles, et dit : « Allâh est grand » (Allâho akbar) (3). Laisant ensuite retomber les mains jusqu'au-dessous du nombril, il maintient de la main droite le poignet gauche, fixe les yeux sur la place où il va s'agenouiller, et récite une invocation, de préférence le 79^e ou le 163^e verset de la vi^e sourah du Coran. Il ajoute : « Je cherche auprès d'Allâh mon refuge contre Satan, le lapidé » (A'ouds Billâh min ach-Chaitân ar-radjîm) (4), récite la première sourah du Coran appelée al-Fâtihah (5) et termine par le mot « Amen » (amîn). Il récite également, excepté dans la 3^e et la 4^e rak'ah, une autre sourah du Coran, choisie, pour la prière du matin et celle du midi, parmi les plus longues ; pour la prière de l'après-midi et celle de la nuit, parmi les moyennes, et pour la prière du soir, parmi les plus courtes (6). Les sourah choisies de préférence, à cet effet, sont : Coran XLIX et CXIV.

Le fidèle, qui, jusque-là, s'était tenu debout, s'incline alors

(1) Cette posture s'appelle qiyâm.

(2) D'après Abou Hanifah, la niyah n'a pas besoin de précéder immédiatement la prière ; il suffit de ne s'être livré entre la niyah et la prière à aucune occupation étrangère.

(3) L'acte de prononcer ces paroles s'appelle takbîrat al-ihrâm.

(4) L'acte de prononcer cette formule s'appelle le ta'awwuds. La signification en sera expliquée au chapitre du Pèlerinage.

(5) D'après Châfi'i, l'on peut, en cas d'ignorance, réciter une autre sourah. La récitation s'appelle la qirâah.

(6) La plupart choisissent pour chaque prière la sourah cxii appelée al-Ikhlâç. La récitation de ces sourah n'est pas précédée, suivant Abou

en appuyant sur les genoux (1) ses mains qu'il a, au préalable, suivant Châfi'î, élevées en l'air, et dit : « Allâho akbar », puis trois fois : « Louange à mon Seigneur tout puissant » (sobhâna Rabbi al-'athim) (2).

Après être resté un instant dans cette posture, il se remet debout (3), en disant : « Allâh daigne exaucer ceux qui Le glorifient ! O notre Seigneur ! reçois les louanges de tout ce qui est au ciel et sur la terre ! (4) »

Après un nouveau takbir (v. la note 3 de la page précédente), il se jette à terre (5), de façon que la pointe des pieds, les genoux, les mains et les deux parties saillantes du visage (c'est à-dire le front et le nez) (6) touchent successivement le sol, et il répète trois fois : « Louange à mon Seigneur le Très-Haut » (sobhâna Rabbi al-a'lâ) (7).

Après quoi, il redresse la partie supérieure du corps en prononçant un takbir ; il s'assied sur la cheville gauche, les genoux continuant de reposer sur le sol, et place ses mains

Hanifah, de la tasmiyah, c'est-à-dire de la formule : « Au nom d'Allâh miséricordieux et clément » (Bismillâh ar-rahmân ar-rahîm), par laquelle commencent toutes les sourah du Coran.

D'après Abou Hanifah, les membres de la communauté ne font pas la récitation pendant la prière en commun. L'imâm seul peut la faire.

(1) Cela s'appelle le rokou'.

(2) Quand la prière n'est pas conduite par un directeur, on ajoute : « O Allâh ! je me prosterne devant Vous, je m'abandonne à Vous, je me livre à Vous. Devant Vous se prosternent mes oreilles, mes yeux, mes os, mes articulations, tout le corps que supportent mes pieds ! »

(3) La posture debout s'appelle i'tidâl.

(4) Quand la prière n'est pas conduite par un directeur, on ajoute : « Ce que j'ai dit, moi, Votre esclave, est la vérité. Tous et toujours nous sommes Vos esclaves. Nul ne peut refuser quand Vous donnez ; nul ne peut donner quand Vous refusez ; nul ne peut vouloir quand Vous avez pris une décision, et celui qui goûte un bonheur ne venant pas de Vous, ne peut en jouir. »

(5) Cela s'appelle le sodjoud. Pour le rokou', de même que pour le i'tidâl et le sodjoud, il faut demeurer quelques instants immobile.

(6) Ou, d'après Abou Hanifah, tout au moins le bord du turban ou du bonnet.

(7) Quand la prière n'est pas conduite par un directeur, on ajoute : « O Allâh ! je m'agenouille devant Vous, je me confie en Vous, je m'abandonne à Vous. Mon visage se prosterne devant Celui qui l'a créé et formé, et qui, par sa puissance et sa force, a ouvert mes yeux et mes oreilles. Béni soit Allâh, le Créateur ! »

un peu au-dessus des genoux (1). Dans cette attitude, il dit : « Seigneur, pardonnez-moi et ayez pitié de moi ; protégez-moi, » pourvoyez à mes besoins, dirigez-moi, conservez-moi, » soyez-moi propice. » Il s'incline de nouveau, se rassied sur la cheville, et enfin, se relève en prononçant un takbîr. La première rak'ah est terminée.

Si la prière se compose de plusieurs rak'ah, on s'abstient à la deuxième et aux suivantes, d'après Abou Hanîfah, de formuler la nîyah, de réciter l'invocation introductive et de dire : « Je me réfugie, etc. ». Abou Hanîfah prescrit encore de réciter après le premier chapitre du Coran un morceau du livre sacré différent de celui qui a été récité dans la première rak'ah, par exemple, au lieu de la cxii^e sourah, la cviii^e sourah appelée (al-Kawthar), ou la ii^e, verset 256, dit verset du Trône (Âyat-al-Korâf). Châfi'i exige qu'à la prière du matin, pendant le i'tidâl de la deuxième rak'ah, l'on prononce une formule spéciale appelée qonout.

Après avoir terminé toutes les rak'ah, le fidèle s'assied de la manière appelée tawarrok (2), place la main gauche sur le genou gauche, et prononce la confession de foi musulmane (chahâdah) ainsi conçue : « Il n'y a de Dieu qu'Allâh, et Mahomet est » son Prophète. » (Lâ ilâha illâ Allâh wa Mohammad rasoul Allâh) (3) ; il fait encore une courte invocation au Prophète, salue à droite et à gauche (4) et la prière est terminée.

La prière du matin se compose de quatre rak'ah, dont deux indispensables (fardh). La prière de midi et celle de l'après-midi comprennent chacune huit rak'ah dont quatre indispensables ; la prière du soir, cinq rak'ah, dont trois indispensables ; et la prière de la nuit, dix rak'ah dont quatre indispensables. Dans une journée entière, l'on doit donc effectuer au moins dix-sept, et mieux trente-cinq rak'ah.

En outre, il est méritoire d'accomplir chaque nuit la prière appelée witr qui se compose, suivant Abou Hanîfah, de trois,

(1) Cette manière de s'asseoir s'appelle iftirâch. L'action de s'asseoir durant la prière se nomme djolous.

(2) L'action de s'asseoir à la fin de la prière s'appelle qo'oud.

(3) L'acte de prononcer cette formule s'appelle le tachahhod.

(4) Ce salut (salâm) consiste en ces mots : « as-salâm 'alaïka », c'est-à-dire « le salut soit sur vous ». Sa prononciation porte le nom de taslimah. Suivant Châfi'i, la taslimah peut avoir lieu dans une circonstance quelconque, même en dehors de toute idée religieuse. Dans ce dernier cas, Abou Hanîfah, au contraire, n'autorise pas l'usage de la formule sacramentelle. Du reste il considère la taslimah comme une pratique qui ne fait pas partie intégrante et nécessaire de la prière.

et suivant Châfi'i d'une à treize rak'ah, pourvu que ce soit un nombre impair. Dans la dernière rak'ah du witr, on prononce encore la formule appelée qonout, selon Abou Hanifah, durant toute l'année, et selon Châfi'i, seulement pendant la dernière moitié du mois de Ramadhân.

Toute infraction volontaire (1) aux pratiques obligatoires ou à leur ordre (tarîb), un arrêt, un mot ou un mouvement superflu rend la prière nulle, et suivant la gravité de l'infraction oblige à recommencer toute la prière, ou seulement la partie durant laquelle la faute a été commise. S'il s'agit d'une infraction de peu d'importance et provenant d'une simple inadvertance, elle peut, en règle générale, être réparée par un *soudjoud* supplémentaire accompli à la fin de la prière. Quant aux infractions si légères qu'elles sont pour ainsi dire inévitables, elles ne vicient pas la prière. Mais, c'est une action très-blâmable que de parler au fidèle, ou de le toucher pendant ses dévotions, et de provoquer ainsi des infractions de sa part.

Les hommes doivent prier à voix haute (2), tandis que les femmes (3) doivent chuchoter la prière, du moins lorsqu'elles se trouvent en compagnie des hommes. Elles sont tenues, en outre, d'effectuer les mouvements du corps avec plus de modération que les hommes. Il est assez rare qu'elles se montrent dans les mosquées où elles occupent toujours une place à part.

Les cinq prières quotidiennes sont obligatoires pour tout Musulman majeur (bâligh) et jouissant de ses facultés intellectuelles (âqil). Les malades, les voyageurs, les gens de guerre en présence de l'ennemi, et en général tous ceux qui se trouvent dans un péril imminent, ont la faculté de prier comme ils le peuvent, et de ne pas tenir compte des règles qui seraient nuisibles à leur santé ou à leur sécurité (4). Les enfants au-dessus de sept ans doivent être exhortés à la prière

(1) Bien qu'une infraction dont le fidèle n'a pas conscience n'annule pas la prière, il faut cependant se garder de prier avec inattention, car on s'exposerait par là à commettre des fautes même à son insu. Cor. cvii, 4. 5.

(2) Il est toutefois sévèrement interdit de réciter la prière en criant : on doit aussi éviter, durant les pratiques religieuses, l'ostentation et l'excentricité. Cor. vii, 53 ; xvii, 110 ; xx, 6.

(3) Du moins, les femmes libres. Les femmes esclaves prient tout à fait comme les hommes.

(4) Cor. ii, 240 ; iv, 102-104 ; lxxiii, 20.

par leurs parents ou tuteurs ; à partir de la dixième année, ils doivent y être contraints (1). Les insensés ne peuvent pas prier, pas plus qu'ils ne peuvent accomplir tout autre acte juridique.

Plusieurs dispositions prévoient l'omission d'une prière et la manière de réparer cette omission. Elles se résument en ceci : l'obligation de réparer n'existe, en général, que si l'omission est la conséquence directe ou indirecte d'une faute ou d'une négligence.

Outre les cinq prières quotidiennes dont il vient d'être parlé il est méritoire d'accomplir les prières surrogatoires suivantes (nâfilah) (2) :

1° La prière de minuit (tahadjjod) ;

2° La prière du réveil (dhohâ) ;

3° La prière de la nuit durant le mois de Ramadhân (çâlât at-tarâwih), qui s'accomplit immédiatement après la prière de la nuit ordinaire ('ichâ).

Enfin, il est permis de faire une prière à toute heure du jour, si ce n'est à l'instant précis où le soleil se lève ou se couche, et au moment où il atteint sa plus grande hauteur. La raison de cette prohibition est qu'alors beaucoup de païens adorent l'astre du jour.

Le Vendredi est, chez les Mahométans, le jour consacré au culte hebdomadaire pratiqué en commun et publiquement (çâlât al-djom'ah). Il a été choisi comme étant le jour de la naissance et de la mort du premier homme, et parce que le jugement dernier (yawm al-qiyâmah) aura lieu un Vendredi. Gardons-nous cependant de comparer ce jour au Dimanche des Chrétiens ou au Sabbat des Juifs qui sont des jours de repos hebdomadaires. Pendant la durée des exercices du culte en commun, les Mahométans s'abstiennent, il est vrai, de vaquer aux occupations journalières, et se rendent à la mosquée. Mais avant ou après, chacun se livre à ses travaux comme les autres jours (3).

L'assistance au service du Vendredi est obligatoire pour tout Musulman majeur (bâligh), libre (horr), jouissant de ses

(1) Cor. xx, 132.

(2) Cor. xvii, 81 ; Lxxiii, 2-6.

(3) Cor. xvi, 125 ; Lxii, 9-11.

facultés intellectuelles ('Aqil) et non empêché par la maladie ou toute autre excuse légitime. Les juristes regardent comme légitime excuse, notamment les soins à donner à un malade, un danger, le grand éloignement d'une mosquée, un voyage, le défaut de vêtements convenables, etc.

Le service du Vendredi a lieu à l'heure de la prière de midi (thohr). Il doit être terminé à l'heure de la prière de l'après-midi ('aqr). Pour qu'il satisfasse aux prescriptions de la loi, il doit réunir, indépendamment de l'imâm ou directeur, d'après Châfi'i, trente-neuf hommes libres, majeurs, domiciliés dans la localité, et d'après Abou Hanîfah, au moins trois hommes majeurs, mais qui n'ont besoin d'être ni libres, ni fixés dans la localité. Il doit, en outre, être célébré dans un édifice consacré à l'exercice public du culte (1). Enfin, dans la même agglomération, le service du Vendredi ne peut avoir lieu sur plusieurs points à la fois, à moins qu'il ne s'agisse de grandes villes divisées en quartiers distincts.

Dans certaines contrées, il est d'usage qu'une demi-heure environ avant le service du Vendredi, le moadsdsin chante, en l'honneur du Prophète, une salutation qui a le nom de salâm. Quelques personnes commencent dès lors à se réunir à la mosquée. Mais la plupart n'arrivent qu'à la proclamation de l'adsân. En entrant, chacun fait, en guise de salutation à la mosquée, deux courtes rak'ah, et se place, en rang, près des autres membres de la Communauté, la face tournée vers le mihrâb.

Un des ecclésiastiques inférieurs lit alors un passage du Coran, habituellement la xviii^e sourah (al-Kahf). Dès que l'adsân a retenti, le directeur de la prière (imâm) entre, et il est méritoire que chaque membre de la communauté fasse deux (ou suivant les Hanafites quatre) rak'ah. L'imâm monte dans une chaire (minbar) (2), et prononce debout la première partie de sa prédication (khotbah). Il s'assied ensuite et récite, à part lui, un passage du Coran, ou fait à voix basse une

(1) L'édifice où a lieu le service du Vendredi s'appelle djâmi', ou masjid djâmi'. Abou Hanîfah exige que ces édifices soient spécialement désignés par le gouvernement. D'après Châfi'i, la désignation est désirable, mais non indispensable.

(2) Tant que l'imâm reste dans la chaire, il tient à la main une épée ou un bâton. Dans quelques pays, dès que l'imâm est monté en chaire, il est d'usage de le dérober, au moyen d'un rideau, aux yeux de la communauté qui, pendant l'exercice du culte, l'entend sans le voir. Chez les Châfi'ites, dès que l'imâm est en chaire, il salue les rangs de l'assemblée qui se trouvent devant lui.

invocation, tandis que la communauté imite son exemple. Se relevant alors, il prononce la deuxième partie de son discours (1), après quoi commence l'iqâmah. L'imâm, quittant la chaire, se place devant le mihrâh, et accomplit avec la communauté les deux rak'ah obligatoires dont se compose la prière du Vendredi proprement dite.

Il est possible que, dans certaines mosquées, on ait introduit des variantes ou ajouté quelques cérémonies accessoires à celles que je viens de décrire.

Quand le service du Vendredi est terminé, il est loisible à la communauté de demeurer dans la mosquée pour la prière de midi. Mais les Hanafites font cette prière isolément et non sous la direction d'un imâm. Suivant Abou Hanifah la prédication peut être remplacée par une simple glorification d'Allah.

Des prières publiques analogues sont prescrites à l'occasion des deux grandes fêtes religieuses annuelles (2), à l'occasion d'une éclipse et en temps de sécheresse. Ces prières publiques diffèrent de celle du Vendredi principalement en ce qu'elles peuvent être simultanément accomplies, dans la même ville, en autant de lieux qu'on le désire; que les deux rak'ah obligatoires précèdent la prédication, au lieu de la suivre, et que les fidèles qui y prennent part n'ont pas besoin d'être au nombre de trente-neuf, selon Châfi'i, ni d'être du sexe masculin ou domiciliés dans la ville.

Il est recommandé au directeur de la prière de se baigner, de se parfumer, et de s'habiller de blanc (3) avant le commencement du service. Chaque membre de la communauté doit, avant de se rendre à la mosquée, accomplir ses prières habituelles et lire un passage du Coran. Pour assister au service, il doit se vêtir de ses plus beaux habits.

A la rigueur, tout Musulman a le droit de remplir l'office de directeur, pourvu qu'il sache parler et lire correctement, qu'il connaisse les règles de la prière, et la première sourah du Coran. Les femmes et les mineurs ne peuvent toutefois

(1) La prédication doit avoir lieu en arabe: Cor. xxvi, 194, 195. D'un autre passage du Coran, xiv, 4, on pourrait cependant induire que la prédication dans la langue du pays est licite.

(2) La fête qui termine le jeûne du mois de Ramadhân, et la fête dite « des victimes ». Nous en parlerons plus loin.

(3) Au temps des Califes'Abbâsides, le directeur devait être vêtu de noir.

diriger la prière dans une réunion d'hommes adultes. Il n'est pas convenable non plus que cette fonction soit remplie par un esclave ou par une personne qui, en fait d'instruction religieuse, se trouve inférieure à la majorité des membres de la communauté (1).

L'Islamisme n'a pas institué de hiérarchie ecclésiastique : il n'a même pas de prêtres au sens exact du mot. Mais le développement des prescriptions légales relatives au culte impose l'obligation de se vouer à l'étude de la théologie et du droit si l'on veut se présenter comme guide dans l'accomplissement des cérémonies religieuses. Le Mahométisme ne pouvait donc se passer entièrement d'ecclésiastiques. Aujourd'hui, il n'est guère de mosquée de quelque importance à laquelle ne soit attaché un groupe nombreux de desservants. Le chef du clergé d'une mosquée a le titre d'imâm ou directeur. Il est nommé et entretenu par le Souverain ou par la Communauté, suivant que la Mosquée a été fondée par l'un ou par l'autre. Au-dessous de cet imâm, et généralement nommés par lui, se trouvent un grand nombre d'autres ecclésiastiques et de serviteurs dont les dénominations varient, tels que chatib (ou châtib), moadsdsin, bawwâb, moballigh, etc. Leurs services sont généralement rémunérés au moyen d'une faible allocation sur la dotation de la mosquée, à laquelle s'ajoute, comme moyen d'existence, le produit de leurs leçons, de la lecture du Coran, des invocations qu'ils prononcent à l'occasion de la circoncision, des maladies, du mariage, de la mort, etc.

Quand aux biens ecclésiastiques, l'administration n'en revient pas de droit aux ministres du culte (2).

Le clergé mahométan est presque toujours pauvre. On ne le voit que très-rarement animé de l'esprit de domination, du souci des affaires temporelles que l'on reproche si souvent aux ministres des cultes chrétiens. La raison en est peut-être que le Souverain musulman est en même temps le chef du clergé. Celui-ci n'a donc aucun motif de se considérer comme une puissance distincte dans l'État. Même dans les pays maho-

(1) Il est expressément interdit aux femmes de diriger la prière du Vendredi.

(2) J'exposerai plus loin les prescriptions relatives aux biens ecclésiastiques ou fondations (waqf). V. 2^e partie, chap. III section IV.

métans soumis à la domination européenne, l'agitation religieuse, eût-elle a une tendance politique, est ordinairement suscitée non par le clergé officiel, mais par des personnes qui, sans appartenir précisément au clergé, lui forment, en quelque sorte, une annexe, habitent les mosquées ou le voisinage, et sont la pépinière où se recrutent la plupart des ecclésiastiques. A cette catégorie appartiennent :

1° Les professeurs (ʿĀlim, faqih, chaikh) et étudiants (morid, tālib) près des académies et séminaires. Ces académies et séminaires sont souvent attachés à une mosquée.

2° Les membres des confréries religieuses, telles que les ordres des Derviches (Darwich) (1) dont chacun a un chef ou chaikh particulier, et qui se consacrent à des dévotions surrogatoires (tarīqah) spéciales. Leurs exercices consistent principalement dans : le chant d'une sorte de litanies ou dsikr (2), des danses religieuses, des pénitences comme la tchille (3), des mortifications et des tortures telles que, dans l'état normal, l'homme ne pourrait les supporter, notamment la dawsah et l'introduction, dans les chairs, d'instruments tranchants.

Plusieurs de ces confréries se sont donné une organisation qui a beaucoup de ressemblance avec celle des ordres religieux et des loges de francs-maçons en Europe. Elles sont

(1) Ces confréries ou congrégations dont quelques-unes comptent d'innombrables adhérents et disséminent leurs zaouiah ou couvents sur d'immenses espaces, portent généralement un nom dérivé de celui de leur fondateur. Les affiliés sont désignés, en Afrique, sous le nom générique de Khouân ; en Asie mineure et dans l'Asie centrale sous celui de Darwich. Dans l'Inde on emploie le mot Faqir. Les religieux errants sont aussi appelés Kalender, nom qui appartient cependant plus spécialement aux membres de la secte des Kalenderya. N. d. T.

(2) Cor. xxxiii, 41.

(3) La tchille consiste à s'enfermer durant plusieurs jours dans une cellule. Pendant ce temps, le pénitent choisit la posture la plus pénible qu'il puisse trouver, et s'occupe exclusivement à réciter les noms d'Allah. La dawsah consiste à se jeter par terre, et à se laisser piétiner par une personne à cheval. Pour plus de détails sur l'organisation des ordres religieux musulmans et sur ces genres de supplices, consulter, outre les ouvrages déjà cités de Dozy et Lane : Ch. Brosselard : *Les Khouan*, Alger, 1859 ; — d'Estournelles de Constant : *Les Congrégations religieuses chez les Arabes*, Paris, 1887 ; — Le Châtelier : *Les Confréries Musulmanes du Hidjaz*, Paris 1887 ; — Brown : *The Dervishes or Oriental Spiritualism*, London, 1860 ; — Rinn : *Marabouts et Khouan*, Alger, 1884 ; — Marc Fournel : *Le Christianisme et l'Islam dans l'Afrique septentrionale*, Paris, 1886 Le châtiement volontaire n'entre pas dans l'esprit du Coran (Cor. v, 89, 90 ; xxiii, 53), pas plus que la vie claustrale (Cor. lvii, 27).

devenues de véritables sociétés secrètes, et font une propagande active contre les puissances européennes qui ont des sujets musulmans. Les plus connues de ces sociétés secrètes sont actuellement celle des Naqchibandî, en Asie, et celle des Sinouî, en Afrique.

Outre le Vendredi, on compte encore dans l'année un certain nombre de fêtes religieuses. Les principales sont, d'après leur ordre dans l'année musulmane :

1° Le yawm 'âchourâ, ou dixième jour du mois de Moharram, premier mois de l'année. C'est en ce jour qu'Adam et Eve (Hawâ), après leur expulsion du Paradis, se sont retrouvés (1); c'est en ce jour que le prophète Noë (Nouh) sortit de l'Arche; en ce jour enfin que Hosain, petit-fils de Mahomet, trouva la mort au combat de Karbalâ (61 H.). A raison de ce dernier souvenir, les Chi'ites célèbrent la fête avec la plus grande solennité (2);

2° Le mawlid-an-nabi ou jour de naissance du prophète Mahomet, tombe le 12 du mois de Rabî'al-awwal;

3° Le mawlid ou jour de naissance de Hosain, ainsi que d'autres mawlid de saints locaux;

4° Le 'id-al-fitr ou fête de la clôture du grand jeûne du mois de Ramadhân, le premier jour du mois de Chawwâl;

5° Le 'id-al-qorbân, ou fête des sacrifices, le dixième jour du mois de Dsou l-Hidjdjah.

Il faut encore noter comme dates importantes :

1° La lailat al-mi'râdj ou nuit de l'ascension de Mahomet, le vingt-septième jour de Radjab (3);

2° La lailat an-niçf min ach-Cha'bân ou lailat al-barâäh, nuit du milieu du mois de Cha'bân; dans cette nuit Allâh

(1) Suivant les traditions arabes, Adam et Eve, chassés du Paradis terrestre, furent jetés : Adam sur une montagne de l'île de Serendib ou Ceylan; Eve en Arabie, sur les bords de la mer Rouge. Pendant deux cents ans, ils errèrent, traînant par toute la terre leur repentir et leur misère, jusqu'à ce que Dieu, voulant adoucir leur exil, permit qu'ils se rencontrassent sur le mont A'rad, non loin de l'emplacement actuel de la Mecque. — N. d. T.

(2) V. pour plus de détail le chapitre sur l'Imâmat ou la Souveraineté. La fête de Moharram est une très ancienne fête sémitique dont l'origine ne se rattache en aucune façon à Hosain. Elle concorde avec la fête de la Propitiation des Israélites.

(3) Cor. xvii, 1.

décide, pour l'année suivante, la vie ou la mort de chaque individu ;

3° La lailat al-qadr, une des cinq dernières nuits impaires du mois de Ramadhân, durant laquelle fut révélée à Mahomet la partie la plus ancienne du Coran (Cor. xcvi, 1-5) (1).

Toutefois, le 'id al-fitr et le 'id al-qorbân restent les deux plus grandes fêtes religieuses ; ce sont les seules dont la loi prescrive la célébration. Nous avons déjà parlé de la prière publique qui doit être accomplie pendant ces deux solennités ; nous y reviendrons avec plus de détails et nous expliquerons le caractère de ces fêtes aux chapitres iv et v de la présente partie. Quant aux autres fêtes, la manière de les célébrer varie dans les différents pays musulmans ; mais partout elles fournissent l'occasion d'accomplir des dsikr.

C'est encore dans le chapitre de la prière que les docteurs arabes traitent habituellement des devoirs envers les morts.

Lorsqu'un Musulman est sur le point de mourir, on le fait coucher sur le côté droit, le visage tourné vers la qiblah. On lui récite le chapitre xxxvi du Corân, et on lui murmure à l'oreille la confession de foi (tachahhod). Cet acte s'appelle talqîn. Les obligations envers les morts dont la communauté musulmane est solidairement responsable, sont au nombre de quatre : l'ablution (ghosl) (2) ; l'acte d'envelopper le cadavre d'un linceul (kafan) (3) ; la prière pour le repos de son âme (çalât al-djanâzah) ; et l'ensevelissement (dafn).

La prière se fait de préférence au tombeau, et autant que possible sous la direction des plus proches agnats.

Les martyrs (chahîd) morts pour la foi, c'est à-dire ceux qui ont péri dans la guerre contre les infidèles (kâfir), sont inhumés dans l'état où ils ont trouvé la mort. D'après Châfi'i, l'on ne doit même pas prier près de leur corps.

(1) Cor. xlii, 2 ; xcvi, 1-4.

(2) Pour faire cette ablution, les Hanafites couvrent seulement les parties honteuses, tandis que les Châfi'ites couvrent entièrement le cadavre. L'ablution est répétée trois fois. D'après Abou Hanifah l'on doit y employer une fois, et selon Châfi'i, les trois fois, de l'eau dans laquelle on a mis des plantes antiseptiques. L'ablution est faite par le plus proche parent du même sexe, pourvu qu'il puisse la faire. Mais Châfi'i admet, en cas de nécessité, quelques exceptions à cette règle.

(3) Quant à la meilleure manière de procéder à cet enveloppement, il existe des divergences même entre juristes du même rite.

Les enfants morts-nés (1) sont enterrés sans aucune cérémonie.

Le corps est porté au tombeau au pas accéléré. Celui qui doit diriger la prière auprès du sépulcre court, d'après Châfi'i, devant, et d'après Abou Hanîfah, derrière la bière. Les parents suivent en psalmodiant des invocations. Le tombeau doit avoir une profondeur égale à la taille d'un homme; il doit être voûté, de manière que le défunt puisse s'y tenir debout lorsque, après sa mort, les Anges Nakir et Monkar l'interrogeront (2) sur sa vie et sur sa foi.

L'usage du cercueil n'est toléré que dans les terrains de consistance insuffisante. Partout ailleurs, le corps doit être placé, comme il se trouve, dans la tombe. Il est couché sur le côté droit, la face tournée vers la qiblah. La tête repose, parfois, sur le Coran, et, au sommet du crâne, on place des sentences extraites du Coran, afin qu'à la sortie de ce monde (donyâ) (3), le mort ne perçoive que des paroles édifiantes.

Sauf les cas de nécessité, la loi interdit les exhumations.

Elle prohibe également les mausolées. La tombe doit être de niveau avec le sol, et, suivant Châfi'i, plate de préférence. Mais dans beaucoup de contrées, cette prescription n'est pas suivie, surtout quand il s'agit de la sépulture des princes ou des saints.

La visite aux tombeaux, spécialement aux tombeaux des saints est très-méritoire (4), mais il vaut mieux ne point passer près des tombes pendant la nuit, à cause des esprits (djinn, ghoul). Durant les jours qui suivent l'inhumation, il est convenable d'aller consoler les parents du défunt; toutefois, cette visite n'est pas indispensable. Il est aussi recommandé de faire des aumônes, à l'occasion des enterrements, et de distribuer des vivres aux pauvres (5).

(1) Est considéré comme mort-né l'enfant qui, aussitôt après sa naissance, n'a fait entendre aucun bruit. Ce bruit est appelé *istihlâl*.

(2) Cor. VI, 61.

(3) Par opposition au monde à venir (*âkhirah*), c'est-à-dire l'éternité.

(4) Chaque année, pendant le mois de Cha'bân, il est d'usage de débarasser les tombeaux des mauvaises herbes, etc. et de restaurer les monuments qui les recouvrent.

(5) Les femmes peuvent porter pendant trois jours le deuil (*hidâd*) de leurs proches parents de la même manière que celui du mari.

CHAPITRE TROISIÈME

DES PRÉLÈVEMENTS (ZAKÂH OU ÇADAQAH) (1)

Le second des devoirs de l'homme envers Allâh est d'acquitter les prélèvements, c'est-à-dire l'aumône légale. Chacun est tenu de donner une part déterminée de sa fortune. Le Coran revient fréquemment sur cette prescription qu'il associe généralement à la prière (2). L'aumône légale a pour but, d'après les juristes, de purifier les biens de la souillure du péché (3). Bien qu'à l'origine elles n'eussent probablement pas ce caractère, les aumônes légales dégénérèrent bientôt en une sorte de taxe des pauvres, obligatoire (4), recouvrée par l'État, et qui ne dispense nullement de l'aumône volontaire, au sens chrétien du mot, c'est-à-dire des œuvres de bienfaisance (5).

Dans la plupart des pays mahométans, la zakâh n'est plus perçue par l'administration. En tout cas, aucune idée de fiscalité ne saurait s'y attacher. Les dispositions relatives au recouvrement sont donc aujourd'hui d'un médiocre intérêt.

(1) Le premier de ces deux termes est le plus fréquemment employé, bien que le second se trouve plusieurs fois répété dans le Coran. Mais le mot çadaqah ayant aussi d'autres acceptions, on emploie de préférence le mot zakâh, de manière à éviter toute amphibologie.

(2) Cor. II, 2, 40, 77, 104, 172, 255, 277 ; III, 15 ; IV, 79, 160 ; V, 15, 60 ; VIII, 3 ; IX, 18, 72, 104, 105 ; XIV, 36 ; XIX, 32, 56 ; XXI, 73 ; XXII, 42, 78 ; XXIII, 4, 62 ; XXIV, 37, 55 ; XXVII, 3 ; XXXI, 3 ; XXXIII, 33, 35 ; XXXV, 26 ; XLII, 6 ; LVII, 17 ; LXX, 23, 24 ; LXXIII, 20 ; XCVIII, 4.

(3) Cor. IX, 104.

(4) Les opinions sont divisées sur le caractère primitif et les origines de l'institution de la zakâh.

(5) Cor. II, 211, 216, 217, 266 — 269, 273, 275 ; III, 128 ; IV, 42, 43 ; IX, 80 ; XII, 88 ; XVI, 77 ; XVII, 28, 31 ; XXV, 67 ; XXX, 37, 38 ; XXXII, 16 ; XXXVI, 47 ; LVII, 7 ; LVIII, 13, 14 ; LXIII, 10 ; LXIV, 16 ; LXXIV, 45 ; CVII, 7. Ces aumônes que l'on donne, non parce que la loi en impose l'obligation, mais comme une œuvre surrogatoire de charité, s'appellent plus spécialement çadaqah, ou bien zakât as-sonnah, ou çadaqat at-tatawwo'.

La loi donne même à chaque contribuable la faculté de répartir personnellement la zakâh entre les ayants droit.

Le fonctionnaire chargé de recouvrer la zakâh porte le titre de 'âmil. Il peut être nommé par le Souverain ou par son délégué. Il peut être préposé soit au recouvrement seul, soit, en outre, à la répartition des recettes. Il doit être Musulman, majeur, libre, irréprochable ('adl) ; jouir de ses facultés intellectuelles, et connaître les dispositions de la loi relatives à la zakâh.

Il n'y a que les biens productifs qui soient, d'une manière générale, soumis à la zakâh savoir :

- 1° Le bétail (mawâchi) ;
- 2° Les métaux précieux (athmân) ;
- 3° Les fruits de la terre (zorou') ;
- 4° Les fruits des arbres (thimâr) ;
- 5° Les marchandises ('oroudh at-tidjârah).

Les objets compris dans la seconde et dans la cinquième catégorie sont dits biens *cachés* (bâtin) parce que le 'âmil n'a pas le droit de rechercher en quelle quantité ils se trouvent chez les contribuables, et doit se contenter de la déclaration qui lui est faite. Il n'en est pas de même des biens compris dans les autres catégories. Le 'âmil peut contrôler les déclarations qui s'y rapportent, en inspectant les pâturages ou les champs. On les appelle, pour ce motif, biens *visibles* (thâhir).

Les musulmans libres doivent seuls la zakâh. C'est même le seul impôt personnel qui leur incombe selon la loi. Abou Hanifah, au contraire de Châfi'i, en exempté les mineurs et les insensés.

1° *Bétail*. — La zakâh n'atteint pas le bétail de toute espèce mais seulement les chameaux, les bêtes à cornes, et le menu bétail, c'est-à-dire les moutons et les chèvres.

Sont seuls imposables les animaux qui appartiennent depuis un an au propriétaire, et qui sont d'âge à paître. Il n'est dû aucune contribution pour ceux qui sont nourris à l'étable, ou qui sont employés aux travaux des champs, à l'arrosage et aux transports.

Si deux ou plusieurs propriétaires ont mis leurs troupeaux en commun, Châfi'i considère le troupeau combiné comme

imposable dans son entier; Abou Hanifah exige le prélèvement de chaque propriétaire, pour sa part virile.

Le minimum de la quantité imposable (niçâb) et le montant de la contribution sont fixés ainsi qu'il suit :

Pour les chameaux :

Au-dessous de 5 têtes	Rien.
De 5 à 9.	1 mouton ou chèvre.
10 à 14.	2 moutons ou chèvres.
15 à 19.	3 —
20 à 24.	4 —
25 à 35. 1 chamelle de plus de 1 an (bint makhâdh) (1).	
36 à 45. 1 — —	2 ans (bint laboun).
46 à 60. 1 — —	3 — (hiqqah).
61 à 75. 1 — —	4 — (djadsa'ah).
76 à 90. 2 chamelles —	2 —
91 à 120. 2 — —	3 —
121 3 — —	2 —

Au-delà de 121, d'après Châfi'i, par chaque quarantaine de têtes, une chamelle de deux ans, par chaque cinquantaine, une chamelle de trois ans.

D'après Abou Hanifah, on doit, pour les quantités supérieures à 120 têtes compter d'abord la zakâh de ce nombre, et ensuite la zakâh de l'excédent, de sorte que 130 chameaux, par exemple, doivent, d'après lui, être comptés comme 120 + 10, tandis que, d'après Châfi'i, ils comptent comme 3 × 40.

Pour les bêtes à cornes :

Au-dessous de 30 têtes : Rien.

Pour 30, un veau d'un an ou tabi'.

Pour 40, un veau de deux ans ou mosinnah.

Pour 60, deux veaux d'un an.

Sur la question de savoir si l'on doit payer plus pour 50 têtes que pour 40, il y a divergence d'avis parmi les Hanafites; mais Châfi'i se prononce pour la négative.

Ensuite on paie : pour 70 têtes, un tabi' et une mosinnah; pour 80, deux mosinnah; pour 90, trois tabi' et une mosinnah et ainsi de suite de dixaine en dixaine.

Pour le menu bétail : Au-dessous de 40 têtes : Rien.

(1) Les lexiques arabes ne sont pas très explicites au sujet de l'âge respectif de chaque sorte de chamelle, de veau, de mouton ou chèvre. J'ai donc pensé qu'il ne serait pas inutile d'indiquer les termes mêmes sous lesquels les désignent les juristes.

Pour 40.	1 mouton ou chèvre.
121.	2 moutons ou chèvres.
201.	3 —
400.	4 —

et pour chaque centaine en plus un mouton ou chèvre.

Par « mouton ou chèvre » (châh), on entend un individu adulte de la race ovine ou caprine, sans distinction de sexe.

Les autres espèces de bétail, de même que les esclaves, ne sont pas passibles de la zakâh, à moins qu'ils ne rentrent dans la catégorie des marchandises (oroudh at-tidjârah). Abou Hanîfah taxe les chevaux à raison de 1 dinâr (ou 10 dirham) par tête ou de 5 p. 0/0 de la valeur, au choix du propriétaire. Mais les troupeaux exclusivement composés d'étalons en sont exempts.

2° *Métaux précieux.* — On doit acquitter la zakâh sur l'or et l'argent que l'on possède depuis une année entière (1). Le minimum de la quantité imposable (niçâb) est, pour l'or, de 20 dinâr ou mithqâl; pour l'argent de 200 dirham. La contribution est d'un quarantième ou 2 1/2 p. 0/0 (2), avec cette différence que Châfi'i exige le prélèvement sur toute quantité dépassant le niçâb, tandis qu'Abou Hanîfah l'exige seulement sur ce qui excède le niçâb de plus de 1/5. Ainsi, d'après lui, on paie, pour 23 dinâr comme pour 20, et pour 239 dirham comme pour 200. D'après lui encore, il convient de cumuler les quantités d'or et d'argent pour apprécier si le niçâb est ou non atteint, alors qu'Abou Hanîfah veut qu'il soit fait état de chaque métal séparément.

3° *Fruits de la terre.* — La zakâh est due, suivant Châfi'i, pour les fruits de la terre (zorou') destinés à être conservés par grandes quantités, dès que la quantité s'en élève à 5 wasq ou charges de chameau ou au-delà (3). Le prélèvement est de 1/10 annuellement lorsque l'irrigation des champs s'effectue

(1) D'après Châfi'i, elle n'est pas due sur les ouvrages d'or et d'argent, pourvu que la possession en soit légitime et permise.

(2) Le dinâr est une monnaie d'or dont la valeur diffère essentiellement suivant les époques et les contrées. Les écrivains Hanafites comptent généralement le dinâr pour 10, et les Châfi'ites pour 12 dirham d'argent. Les deux termes désignent aussi des poids employés pour la pesée des métaux précieux.

(3) Pour les fruits conservés en gousses comme le riz, on calcule le niçâb

naturellement, et de $1/20$ si elle s'opère au moyen de travaux hydrauliques (1).

Suivant Châfi'i, sont seuls imposables les fruits de la terre servant à l'alimentation de l'homme (2). Suivant Abou Hanifah au contraire, la contribution est exigible sur tous les produits végétaux du sol (3), à l'exception de l'herbe, du bambou et du bois, et l'on doit payer $1/10$ ou $1/20$ non pas seulement sur les quantités supérieures à 5 wasq, mais sur toute quantité, si minime qu'elle soit.

4° Fruits des arbres. — Les seuls fruits de cette catégorie qui puissent être pris en considération sont, d'après Châfi'i, ceux du palmier et de la vigne. Le minimum de la quantité imposable (niçâb) et le montant de la contribution sont les mêmes que pour la catégorie précédente. Mais Abou Hanifah repousse encore ici toute distinction : il exige, d'une manière générale $1/10$ du produit des plantations, sauf pour le cas d'irrigation artificielle, où tous les docteurs s'accordent à réduire de moitié la contribution.

5° Marchandises. — Les marchandises ('oroudh at-tidjârah) sont assimilées à l'or et à l'argent, en ce qui concerne le minimum de la quantité imposable et le chiffre de l'impôt. Sur un trésor trouvé (rikâz) (4) il est perçu immédiatement $1/5$. L'or et l'argent extraits des mines paient, suivant Châfi'i, $1/40$ après broyage et épuration. Abou Hanifah exige $1/5$ non

seulement pour les mines d'or et d'argent, mais pour toutes non sur 5 mais sur 10 wasq. Le wasq est égal à 60 çâ'. Le çâ' vaut, d'après Châfi'i, 5 ratl $1/3$, et d'après Abou Hanifah 8 $1/3$ ratl de Baghdâd.

(1) La dime s'appelle en Arabe 'ochr; le fonds dont les produits doivent la dime est 'ochri. L'irrigation artificielle qui a lieu au moyen de simples canaux creusés dans le sol ne suffit point pour réduire au vingtième le montant de la zakâh. Pour que la disposition favorable de la loi puisse être invoquée, il faut que l'irrigation s'effectue au moyen de roues à godets, de barrages, etc.

(2) Les fruits de la terre le plus généralement répandus et sur lesquels, en vertu de ces principes, la zakâh doit être perçue, sont : l'orge, le maïs, le froment, les lentilles, le riz, la sésame, les pois, les fèves, le djolbân (pisum) et le millet.

(3) Y compris le miel.

(4) Pourvu que le trésor ait été caché à une époque pré-islamique. Autrement il n'est susceptible que d'une appropriation provisoire.

les mines produisant des métaux malléables. Quelques-uns de ses disciples étendent la zakâh aux perles et à l'ambre.

Zakâh extraordinaire. — Indépendamment des zakâh dont il vient d'être parlé, tout Musulman libre doit, à la fin du grand jeûne du mois de Ramadhân, acquitter une zakâh extraordinaire appelée fitrah ou zakât al-fitr, dont l'objet est la purification, non plus des biens, mais des personnes. On la doit, par suite, non seulement pour soi, mais pour toutes les personnes qu'on est obligé d'entretenir à ses frais (1), d'après les dispositions légales. Le tuteur doit veiller à ce que la fitrah soit acquittée, le cas échéant, sur les ressources des mineurs placés sous son administration. Elle est perçue sur toutes les provisions qui se trouvent dans l'habitation, sous la déduction, d'après Châfi'i, des quantités nécessaires à l'entretien, pendant une journée de 24 heures, du chef de la maison et de sa famille; d'après Abou Hanifah, l'on déduit le niçâb, et le surplus supporte un prélèvement d'un çâ' par personne.

Répartition du produit de la Zakâh. — Le produit de la zakâh (2) doit être réparti par égales fractions entre huit catégories de personnes qui vont être désignées. Si, toutefois, il y avait insuffisance pour l'une des catégories, le déficit pourrait être comblé au moyen des excédents provenant d'une autre classe. Ces ayants droit sont :

1° Les pauvres (faqir), c'est-à-dire ceux qui ne possèdent rien.

2° Les indigents (miskin), c'est-à-dire ceux qui ne possèdent pas assez (3).

3° Les percepteurs ('âmil) (4).

(1) On traitera des personnes que le chef de famille doit entretenir à ses frais dans la partie de ce livre consacrée au droit personnel et familial.

(2) Cor. ix, 60.

(3) Abou Hanifah enseigne, au contraire, que le miskin est celui qui n'a rien, et le faqir, celui qui n'a pas assez, c'est-à-dire qui possède moins que le niçâb.

(4) Ou plutôt : les frais de perception. D'après Abou Hanifah, le 'âmil peut prélever non pas un huitième, mais seulement une juste rémunération pour lui-même et ses aides. Soit qu'il verse la zakâh au 'âmil, soit qu'il la répartisse directement entre les ayants droit, le contribuable doit toujours avoir l'intention (niyab) d'accomplir un devoir religieux.

4° Les néophytes (moallaf), c'est-à-dire ceux qui sont disposés à se convertir à l'islamisme, ou qui se sont déjà convertis, s'ils souffrent un préjudice matériel par suite du changement de religion (1).

5° Les débiteurs (ghârim ou gharim), spécialement ceux qui ont contracté des dettes dans l'intérêt de la Communauté Musulmane, ou pour accomplir une bonne œuvre (2). Ceux qui ont été déclarés en faillite (moflis) par le qâdhi, sont souvent secourus de cette manière.

6° Les esclaves (raqabah), en particulier ceux appelés mokâtab, c'est-à-dire qui ont obtenu la liberté à la condition de payer une somme d'argent.

7° Les combattants (3) dans la guerre contre les infidèles, c'est-à-dire dans la *Guerre sainte* (djhâd ou sabil Allâh), quand même, dit Châfi'î, ils ne seraient pas indigents.

8° Les voyageurs (ibn as-sabil, mosâfir) dépourvus des ressources nécessaires au voyage (4), et en général tous les étrangers pauvres.

Ne reçoivent aucune part de la zakâh, alors même qu'ils se trouveraient dans l'une des catégories énumérées ci-dessus :

1° Les Banou Hâchim et les Banou l-Mottalib, c'est-à-dire les membres de la famille du Prophète et leurs descendants mâles par mâles. Ils reçoivent une part du butin fait dans la guerre sainte.

2° Ceux dont l'entretien est à la charge du débiteur de la contribution, par exemple, ses femmes, ses enfants, ses esclaves (5).

3° Les infidèles, sauf ce qui vient d'être dit au sujet des néophytes et de la zakât al-fitr qui, du moins suivant Abou Hanîfah, peut être donnée même aux dsimmî ou infidèles soumis.

(1) Cette catégorie ne comprenait, à l'origine, que les chefs de familles arabes que Mahomet attachait à sa cause par des dons en argent. *Sensu stricto*, elle a, conséquemment, disparu par la suite. Mais en fait, on y a souvent englobé tous les néophytes.

(2) Cor. II, 263, 264.

(3) Cor. II, 274 ; XLVII, 40 ; LVII, 10. Ceux qui prennent part à la *guerre sainte* comme soldats de profession, en d'autres termes, ceux qui appartiennent à l'armée permanente, ne sont pas rangés dans cette catégorie.

(4) Y compris, d'après Châfi'î, ceux qui veulent entreprendre un voyage pour lequel ils manquent de ressources.

(5) D'après Abou Hanîfah, la zakâh due par une femme mariée ne pourrait être attribuée à son mari, bien qu'elle ne soit pas tenue de l'entretenir.

Il peut arriver que, dans un district, les ayants droits de l'une des catégories fassent défaut. Dans ce cas, leur part accroît aux autres classes. Châfi't estime qu'il en doit être de même toutes les fois qu'une catégorie ne comprend pas trois personnes au moins. Il faut en excepter, bien entendu, la catégorie des percepteurs.

Châfi't enseigne que la zakâh d'un district peut servir à suppléer, dans un autre district, à l'insuffisance des ressources, mais seulement en cas de nécessité, ou s'il ne se trouve, dans la première circonscription, aucun ayant droit à la zakâh. Abou Hanifah déclare que ce virement est permis, en règle générale, si le Souverain ou son représentant est d'avis qu'il n'y a pas d'autre moyen d'arriver à une juste répartition.

CHAPITRE QUATRIÈME

DU JEUNE (ÇIYÂM OU ÇAWM)

Le droit musulman place également le jeûne au rang des principaux devoirs des croyants envers Allâh (1).

Les disciples de Mahomet avaient, primitivement, l'habitude de célébrer par le jeûne le dixième jour du mois de Moharram, et, chaque trois mois, les jours appelés *blancs* (*ayyâm al-bîdh*), c'est-à-dire les trois jours durant lesquels la lune atteint sa plus haute position. Plus tard (2), il fut décidé qu'un seul jeûne serait obligatoire : celui du mois de Ramadhân, en mémoire de la révélation (3) qui fut faite en ce mois au Prophète. Cependant, le jeûne du 10 Moharram est encore observé par beaucoup de personnes qui célèbrent ainsi la solennité de ce jour.

Le jeûne du mois de Ramadhân doit commencer dès que la nouvelle lune de ce mois est visible au ciel. Il finit à l'apparition de la nouvelle lune du mois de Chawwal suivant. Déterminer l'instant précis où commence et où finit le jeûne est un point de grande importance. Veiller à ce que le peuple en ait connaissance est considéré, aux pays musulmans, comme l'une des plus sérieuses obligations du gouvernement.

On peut même affirmer qu'entre tous les devoirs religieux, le jeûne est aujourd'hui le plus généralement observé, du moins par les Musulmans qui habitent les contrées éloignées du centre de l'Islamisme. Il est certainement plus respecté que la prière, par exemple, ou que le pèlerinage, bien que les théologiens accordent plus d'importance à ces deux derniers exercices.

De la pointe du jour (4) jusqu'au coucher du soleil, tout

(1) Cor. xi, 13 ; xxxiii, 35.

(2) Cor. ii, 179-183.

(3) V. spécialement Cor. xcvi, 1 à 5. — V. ci-dessus.

(4) C'est-à-dire à partir du moment où, dans le crépuscule du matin, l'on peut distinguer un fil blanc d'un fil noir. Cor. ii, 183.

Musulman majeur (1) doit, durant le mois de Ramadhân, s'abstenir non seulement de manger et de boire, mais d'absorber quoi que ce soit. Il est même interdit de faciliter le jeûne par le vomissement et, d'après Abou Hanifah, par la saignée (2).

Pendant les heures du jeûne, l'on ne doit ni fumer, ni se permettre aucune action voluptueuse, ni même avaler involontairement; Abou Hanifah défend aussi de se parfumer. En outre, il est convenable de s'abstenir autant que possible de tout ce qui peut exciter les sens, de ne tenir que des propos sérieux, et surtout d'éviter la médisance et la colère. Il est convenable, surtout pendant le mois du jeûne, de faire l'aumône, de prononcer fréquemment à part soi les noms d'Allâh et de ses attributs (3), et de prendre part aux diverses prières qui ont lieu en ce mois, et dont il est question plus haut.

Durant le jeûne, la plupart des occupations sont suspendues. Les tribunaux, notamment, ne siègent pas. Mais l'obligation du jeûne n'étant imposée que pendant le jour, beaucoup de Musulmans ont coutume, au mois du Ramadhân, de passer la nuit ensemble, s'offrant alors toutes les jouissances que leurs moyens leur permettent, afin de se préparer ainsi à la tâche du jour, tâche véritablement pénible (4).

Toute infraction volontaire aux prescriptions ci-dessus mentionnées comme indispensables annule le jeûne pour la journée entière. La journée doit être recommencée plus tard. Si la contravention, enseigne Châfi'i, consiste dans le commerce charnel volontairement pratiqué, ou si, d'après Abou

(1) Pour les enfants, le jeûne est soumis à la même règle que la prière, c'est-à-dire qu'ils doivent y être exhortés à partir de la septième année et contraints depuis l'âge de dix ans.

(2) L'intention (niyah) de remplir un devoir religieux est requise pour le jeûne de même que pour tout autre acte du culte.

(3) Allâh a cent noms dont chacun désigne un de ses attributs. Pour les réciter, les Mahométans se servent d'un rosaire (sobbah ou tasbîh) de cent grains. Un de ces grains, généralement plus gros que les autres, est destiné au nom le plus important, celui d'Allâh. Cor. vii, 179; xx, 7; lxx, 24.

Les sept noms ou attributs principaux de la divinité, qui correspondent aux sept cioux, aux sept lumières divines, aux sept couleurs fondamentales, sont: Yâ Allâh, ô Dieu; Yâ Howa, ô Lui, celui qui Est; Yâ Haqq, ô le Juste; Yâ Hayy, ô le Vivant; Yâ Qayoum, ô l'Eternel; Yâ 'Âlim, ô le Savant; Yâ Qahkâr, ô le Vengeur. (N. d. T.)

(4) Le repas fait au réveil, immédiatement avant le commencement du jeûne, prend le nom de sahour: la première nourriture prise après le coucher du soleil s'appelle fatour.

Haniffah, elle a eu pour objet de commettre cet acte ou d'absorber intentionnellement de la nourriture ou de la boisson, le fidèle doit, en outre, à titre d'expiation (kaffârah), affranchir un esclave croyant ou subsidiairement, accomplir un jeûne de deux mois, ou donner des vivres à 60 pauvres, à raison d'un modd (1/4 de çâ') par tête.

S'il est prouvé, après la mort d'un fidèle, qu'il n'avait pas accompli le jeûne, bien qu'il y fût astreint, il y a lieu de prélever sur son patrimoine, à titre d'amende expiatoire (fidyah), pour en faire la distribution aux pauvres, un modd de vivres par chaque jour omis, à moins, dit Châfi'i, que l'un des proches parents du défunt ne consente à accomplir lui-même le jeûne auquel a manqué celui-ci.

La même amende expiatoire est due par celui qui devait s'acquitter, après coup, d'un jour de jeûne négligé au mois de Ramadhân, et qui, sans excuse valable, a différé cet acte de réparation jusqu'au mois de Ramadhân de l'année suivante.

Ne sont pas astreints au jeûne :

1° Les vieillards dont les forces ne sont pas suffisantes. Ils doivent, toutefois, s'ils en ont les moyens, donner aux pauvres, à titre d'amende expiatoire (fidyah) un modd de vivres pour chaque jour de jeûne ;

2° Les malades, les voyageurs et les combattants dans la guerre sainte. Mais ils doivent, plus tard, s'acquitter de leur jeûne ;

3° Les aliénés ;

4° Les femmes, durant la grossesse. Quant à celles que la menstruation ou l'accouchement met en état de souillure, elles ne doivent pas jeûner ; mais il leur faut ensuite s'acquitter des jours perdus. Les nourrices sont également dispensées du jeûne, s'il présente un danger pour leur santé ou celle de leur nourrisson.

La fin du jeûne est solennisée par une fête qui porte le nom de *Fête de la clôture du jeûne* ('id al-fitr), *Petite Fête* (al-'id aç-çaghîr) ou *Petit Bairam*, mais qui, au point de vue de la vie sociale, est la plus importante des fêtes annuelles.

Elle commence le premier jour du mois de Chawwâl, et dure habituellement deux ou trois jours. Alors les Musulmans revêtent leurs plus beaux habits, se parfument, ren-

dont visite à leurs amis pour les féliciter de la fin du jeûne ; c'est le temps des aumônes et des festins.

J'ai déjà dit que, le premier jour, a lieu dans les mosquées une prière en commun et une prédication (khotbah) donnée spécialement à cette occasion.

Outre le jeûne du mois de Ramadhân, la loi reconnaît encore que le jeûne est obligatoire à titre d'expiation (kaffârah), et comme conséquence d'un vœu (nadsr).

De plus, le jeûne volontaire (1) est un acte méritoire, surtout s'il a lieu aux jours *blancs* (ayyâm al-bidh), c'est-à-dire le 13, le 14 et le 15 de chaque mois ; le Lundi et le Jeudi ; le 9 et le 10 Moharram ; du 2 au 7 Chawwâl (2) ; le 9 Dsou l-Hidjdjah, que l'on se trouve ou non à 'Arafah ; enfin, en temps d'extrême sécheresse.

Le jeûne qu'on accomplit soit à titre d'expiation, soit par suite d'un vœu, soit comme œuvre surrogatoire, est assujetti aux mêmes prescriptions d'intention, d'abstinence, etc., que le jeûne de Ramadhân.

Il est expressément défendu de jeûner les jours consacrés à la *Petite Fête*, le jour de la *Grande Fête*, les Vendredis qui ne font pas partie d'un jeûne de plusieurs jours, et les jours dits ayyâm at-tachriq (3).

C'est d'ordinaire sous la rubrique du *Jeûne* que les juristes arabes traitent du i'tikâf. On entend par là l'action de se retirer dans une mosquée, et de préférence dans une mosquée réputée sainte, pour s'y consacrer exclusivement à la méditation religieuse. Cette retraite spirituelle est spécialement recommandée par la loi durant les dix derniers jours et les dix dernières nuits du mois de Ramadhân.

Suivant Abou Hanifah, le i'tikâf doit toujours être accompagné du jeûne. Châfi' estime, au contraire, que cela n'est pas nécessaire, si ce n'est pourtant au mois de Ramadhân. Les

(1) Ce jeûne volontaire s'appelle nâfil ou tatawwo'.

(2) Le jeûne aux premiers jours de Chawwâl est particulièrement recommandé aux femmes qui ont perdu quelques jours du Ramadhân par le fait de la menstruation.

(3) Pour l'explication de ces deux expressions, voir le chapitre suivant.

seules conditions à remplir, selon lui, pour que la retraite soit valable sont : de ne pas sortir de la mosquée pendant le délai que l'on s'est fixé, à moins de nécessité urgente, telle qu'une maladie ou la satisfaction de ses besoins ; de s'abstenir des rapports charnels et de tout acte voluptueux.

Le i'tikâf n'est pas obligatoire. Mais celui qui en a fait le vœu doit l'accomplir, sauf le cas d'impossibilité absolue.

CHAPITRE CINQUIÈME

DU PÈLERINAGE (HADJDI) (1)

Nous arrivons au dernier des principaux devoirs de l'homme envers Allâh. Ce devoir est le pèlerinage à la Mecque et aux Lieux Saints qui l'environnent, afin d'y accomplir les cérémonies religieuses prescrites par la loi. Les Mahométans considèrent la Mecque et ses environs comme ayant été le théâtre d'événements importants qui se produisirent au temps des premiers hommes et des patriarches, et auxquels se rattachent, d'après eux, les cérémonies religieuses qu'on y célèbre encore aujourd'hui.

Le premier entre tous les Lieux Saints de la Mecque est la Ka'bah (2). C'est un petit édifice rectangulaire, à toit plat. Ce sanctuaire fut fondé par Adam après son expulsion du Paradis terrestre, ou plutôt il descendit du ciel à la prière du premier homme. Durant le Déluge, il fut remonté au ciel d'où il ne paraît pas être redescendu. Du moins n'en voyait-on plus trace au temps du patriarche Abraham (Ibrâhim). Celui-ci étant arrivé avec Agar (Hadjar) et Ismaël (Isma'il) près de l'emplacement de l'ancien temple, entreprit, avec leur aide, de construire une nouvelle Ka'bah. Ils retrouvèrent les fondations posées par Adam, et les utilisèrent pour bâtir leur nouveau sanctuaire.

La Ka'bah, depuis lors, a été plusieurs fois détruite et rebâtie, en dernier lieu, à la suite d'une inondation qui survint au commencement du xvii^e siècle de notre ère. C'est de cette

(1) V. sur ce sujet : R. F. Burton : *Personal narrative of a pilgrimage to Mecca and Medina* (Tauchnitz édit. 1874) ; — J. L. Burckhardt : *Reisen in Arabien*, Weimar, 1830 ; — Von Maltzan : *Meine Wallfahrt nach Mekka*, Leipzig, 1863 ; — W. S. Blunt : *The Future of Islâm*, London, 1882 ; — C. Snouck Hurgronje : *Het Mekkaansche Feest*, Leyde, 1880 ; — le même : *Mekka*, La Haye, 1888, 1889.

(2) Cor. II, 119-121 ; III, 90, 91 ; XXII, 25, 27.

époque que date le monument actuel (1). A l'angle nord-est de la Ka'bah est maçonnée dans le mur la *Pierre Noire* (al-hadjar al-aswad). C'est l'une des pierres précieuses du Paradis. Elle fut donnée à Adam et conservée, pendant le Déluge, dans la montagne voisine Abou Qobaïs. Abraham l'y retrouva et l'inséra dans la Ku'bah. A l'origine, cette pierre était blanche, mais elle est devenue noire par suite des péchés des hommes (2). On prétend qu'elle a été brisée; mais les fragments en ont été réunis.

L'on pénètre dans la Ka'bah actuelle par une porte garnie d'argent qui se trouve du côté est, et dont le seuil est élevé de 7 pieds environ au-dessus du sol (3). Mais l'entrée du temple n'est pas l'une des cérémonies prescrites par la loi. Le monument ne semble rien renfermer qui ait trait à l'histoire ou à la légende.

L'entretien et la garde de la Ka'bah appartiennent héréditairement à la famille des Banou Chaibah. De la toiture pend une tapisserie de soie noire, enrichie d'or et brodée de sentences, qui porte le nom de Kiswah. Cette tapisserie, renouvelée chaque année, est fabriquée au Caire (Miçr ou al-Qâhirah) d'où elle est portée à la Mecque en procession solennelle. L'ancienne tapisserie est alors enlevée, et les morceaux en sont emportés, comme reliques, par les pèlerins.

Dans le voisinage immédiat de la Ka'bah se trouvent divers points célèbres dans l'histoire des patriarches et dans celle du Prophète :

Le ma'djan, puits où Ibrâhîm et Isma'îl mélangeaient la chaux nécessaire à la construction de leur temple.

(1) La forme originnaire de la Ka'bah était, comme son nom l'indique, celle d'un cube. L'édifice actuel est, d'après Burton, long d'environ 22 pas (55 pieds), et large de 18 pas (45 pieds). Sa hauteur dépasse un peu sa longueur.

(2) Suivant une autre tradition, cette pierre n'est autre que l'Ange gardien auquel était confié le soin de veiller sur Adam, au Paradis Terrestre, mais chassé avec lui et changé en pierre, en punition de son défaut de surveillance. A la résurrection, elle recouvrera sa forme angélique, et témoignera devant Dieu en faveur de ceux qui auront accompli les rites du pèlerinage. N. d. T.

(3) Les prières que l'on fait debout contre le mur extérieur de la Ka'bah, entre la porte et la Pierre Noire, sont considérées comme particulièrement efficaces et agréables à Allâh.

Le maqâm Djabrâïl, endroit où l'archange Gabriel toucha la terre et pria avec Mahomet.

Le maqâm Ibrâhîm, ou échafaud d'Abraham, grande pierre sur laquelle se tenait le patriarche pour construire le temple, et sur laquelle se voit encore l'empreinte de ses pieds.

Les tombeaux de Hadjar et Isma'ïl (1), qui consistent en deux plaques de marbre vert placées dans l'enceinte (Hidjrah) comprise entre la Ka'bah et le mur sacré appelé Hatîm.

La mîzâb ar-rahmah, ou gouttière de la miséricorde, par laquelle s'écoule l'eau de pluie qui peut se trouver sur le toit de la Ka'bah ; cette eau passe ensuite le long des tombeaux de Hadjar et d'Isma'ïl.

La source de Zamzam qu'un ange fit jaillir devant Hadjar, lorsqu'elle fut abandonnée par Ibrâhîm avec son fils Isma'ïl, et que celui-ci était sur le point de mourir de soif. On dit que ses eaux peuvent guérir les maladies, ou que, du moins, elles procurent une douce mort. Beaucoup de pèlerins en emportent un peu chez eux et, depuis qu'il existe des moyens de communication faciles et rapides avec la Mecque, l'eau sainte est expédiée en cruches, par spéculation, dans tout le monde musulman.

Le minbar ou grande chaire, et quatre petites constructions qui portent le nom de maqâm (station) et sont affectées à chacun des quatre rites orthodoxes, hanafite, châfi'ite, hanbalite et malikite.

La bâb as-salâm, ou porte du Salut que les pèlerins doivent franchir pour se rendre aux Saints Lieux ci-dessus désignés. Tous ces Saints Lieux se trouvent dans la cour intérieure (2) d'une mosquée appelée al-masdjid al-harâm qui contient en outre de nombreuses chapelles, galeries, etc. En dehors de la

(1) D'après la tradition, les Arabes du Hidjâz accueillirent Agar et Ismaël chassés par Abraham. L'un des princes de la région donna même sa fille en mariage à Ismaël qui en eut douze fils, souche de douze tribus qui devinrent, avec le temps, la race dominante de l'Arabie. Ismaël est donc le père des Arabes de la partie septentrionale de la péninsule, selon la promesse que Dieu en avait faite à Abraham : « Abraham dit à Jéhovah : » Je te demande qu'Ismaël vive devant toi ! et Jéhovah dit : Je t'ai exaucé » touchant Ismaël ; je l'ai béni ; je le ferai croître et multiplier à l'infini. » Il engendrera douze princes, et de lui sortira une grande nation ». Genèse, xvii, 18, 20. V. Washington Irving : *Vie de Mahomet*. Les habitants de l'Arabie méridionale prétendent avoir une autre origine, c'est-à-dire descendre du prophète Houd. Voy. Van den Berg : *Le Hadhramout et les Colonies Arabes dans l'Archipel Indien*, Batavia 1886, p. 48. (N. d. T.).

(2) Cette cour s'appelle le haram.

mosquée, mais en quelque sorte annexées, sont édifiées de nombreuses constructions fondées par de pieux Musulmans pour loger les pèlerins étrangers.

Les légendes que je viens de rappeler au sujet de la Ka'bah et de ses alentours n'ont pris naissance que depuis la proclamation de l'Islâm. Elles sont, par conséquent, relativement récentes (1). Avant Mahomet le temple était déjà regardé, depuis des siècles, par les Arabes païens, comme un sanctuaire national. La garde en était confiée à la tribu des Qoraichites, et la divinité supérieure à laquelle il était consacré était appelée Hobal. Outre cette divinité, chacune des tribus arabes y avait introduit ses dieux particuliers. C'était une sorte de Panthéon. Mais après la prise de la Mecque par le Prophète, en l'an 8 de l'Hégire, toutes les idoles furent rejetées hors de la Ka'bah uniquement consacrée, désormais, au service d'Allâh.

Le pèlerinage (hadjdj) à ce temple, bien qu'il fût aussi en usage longtemps avant Mahomet, est prescrit à tout Musulman majeur (2), libre, et jouissant de ses facultés mentales. Il n'est, d'ailleurs, obligatoire que pour celui qui possède les moyens de faire le voyage de la Mecque, et d'entretenir sa famille pendant son absence; qui n'est retenu ni par la maladie, ni par les infirmités, et qui n'a pas à craindre, à raison du peu de sécurité des routes, de ne pouvoir atteindre le terme du voyage (3).

Le croyant doit accomplir le pèlerinage au moins une fois dans sa vie. Il est donc convenable de ne pas le différer dès que les circonstances favorables (4) se présentent. Celui qui

(1) Elles ne le sont pas, bien entendu, pour les Musulmans qui attribuent au patriarche Ibrâhim non seulement la construction de la Ka'bah, mais l'institution du pèlerinage et des cérémonies qui l'accompagnent. Cor. II, 122, 126; XIV, 40.

(2) Les mineurs et les esclaves ne peuvent, selon Abou Hanifah accomplir un pèlerinage valable. Ils le peuvent selon Châfi'i, mais pour eux, il n'y a pas obligation. Les femmes doivent être accompagnées par un parent au degré qui empêche le mariage, ou par leur mari, ou encore, suivant Châfi'i, par d'autres femmes honorables ayant elles-mêmes un guide convenable.

(3) Cor. II, 192-199; III, 91; V, 1-3, 95-98; XXII, 28, 29.

(4) Le pèlerinage accompli pour satisfaire à cette obligation est appelé hadjdj al-islâm; le pèlerinage surrogatoire est dit hadjdj at-tatawwo'.

vient à mourir, ayant laissé passer l'occasion, a sur la conscience une grave négligence, et de plus, ses héritiers sont tenus de réparer cette négligence soit personnellement, soit par procuration. Les frais du pèlerinage effectué pour le compte du défunt sont, d'après Châfi'i, à la charge de la masse de ses biens ; mais suivant Abou Hanifah, ils sont à la charge personnelle des héritiers.

Quand ces prescriptions furent édictées par le Prophète, l'empire musulman était encore si restreint que presque tous les fidèles étaient à même de se rendre au Sanctuaire, dussent-ils faire la route à pied. Depuis l'expansion de l'Islamisme sur près d'une moitié de l'ancien monde, le voyage de la Mecque entraîne, pour les habitants de plusieurs contrées, des frais, des difficultés tels que très-peu de personnes sont en situation de l'entreprendre. Il en résulte que, dans ces pays, une personne qui a fait le pèlerinage est l'objet d'une sorte de vénération, et que le titre de hâdj (1) auquel, à la rigueur, chaque Musulman pourrait prétendre, est devenu, dans une certaine mesure, un titre honorifique, et donne souvent plus de prestige que celui d'ecclésiastique. C'est ce que l'on remarque surtout dans l'Extrême-Orient, en Algérie, au Maroc, et dans l'Afrique centrale.

Celui que la maladie ou les infirmités empêchent d'accomplir le pèlerinage doit, d'après Châfi'i, s'il a une fortune suffisante, le faire accomplir, à ses frais, par un mandataire (wakil). Abou Hanifah considère la maladie ou l'infirmité comme une circonstance qui dispense absolument du pèlerinage. Selon lui, le pèlerinage surrogatoire seul peut être accompli par un fondé de pouvoirs ; mais il peut l'être, alors même que le croyant serait parfaitement capable de l'accomplir en personne. Cette dernière règle est, d'ailleurs, admise également par Châfi'i.

La faculté de s'acquitter du pèlerinage par mandataire a, dans la pratique, donné naissance à un scandaleux trafic de certificats de pèlerinage. Les Arabes qui habitent la Mecque ou les environs ont l'occasion de visiter le sanctuaire presque chaque année. Ils se font remettre, par l'imâm du rite auquel ils appartiennent, un certificat constatant cette visite. Ces attestations écrites sont vendues la plupart du temps, et trouvent un débit facile surtout dans les contrées éloignées.

Les pèlerins partent, généralement par grandes troupes, de leur pays d'origine, de manière à arriver vers la fin du

(1) C'est-à-dire celui qui s'est acquitté du hâdj ou pèlerinage.

onzième mois (Dsou l-Qa'dah) aux frontières de la Terre Sainte (Haram) (1). Dans les pays où le culte mahométan est encore la religion d'État, ils font le voyage sous les ordres d'un fonctionnaire spécial, dont les pouvoirs peuvent être plus ou moins étendus ; cet agent doit, d'une manière générale, veiller au maintien de l'ordre dans la caravane, et, le cas échéant, protéger les personnes confiées à sa garde (2).

Quant aux pèlerins originaires de contrées placées sous la domination des puissances européennes, ceux qui se chargent de les transporter et d'organiser leur séjour à la Mecque sont habituellement des gens de bas étage, domiciliés dans la Ville Sainte. Ils les laissent, autrefois surtout, endurer les plus cruelles privations à bord de leurs embarcations, et s'ingéniaient à les exploiter par tous les moyens (3). En général, l'exploitation des pèlerins à la Mecque dépasse tout ce que l'on peut raconter des autres lieux saints (4).

Les pèlerins s'arrêtent aux stations (miqât) déterminées par la loi, sur les frontières de la Terre Sainte. Ces stations, pour ceux qui font le voyage par terre, sont : Dsou l-Holafah, Yalamlam, Qarn, Djohfah et Dsât'Irq. Ceux qui arrivent par mer débarquent à Djiddah, port situé à peu de distance, mais en dehors des limites de la Terre Sainte, et ils considèrent comme leur station le village de Haddah, situé à peu près à mi-chemin entre Djiddah et la Mecque. A chacune de ces stations, la halte se prolonge généralement quelques jours. Avant de pénétrer dans la Terre Sainte, les pèlerins se mettent en état d'ihram ou d'abstinence. Voici en quoi consiste l'ihram. Le pèlerin prend un bain (ghosl), et quittant ses vêtements habituels, revêt deux pièces d'étoffe neuve, de

(1) Ne pas confondre cette signification du mot *haram* avec celle de « cour de la mosquée sacrée. » V. plus haut p. 59 note 2.

(2) Quelques princes musulmans, pour être représentés chaque année dans la caravane, envoient un chameau richement caparaçonné, et portant sur le dos une espèce de litière. Cette litière s'appelle *mahmal*, expression sous laquelle on désigne aussi, moins justement toutefois, le chameau avec la litière. V. la description du *mahmal* dans Lane, I. 1.

(3) Plusieurs passages du Coran recommandent expressément comme œuvre méritoire, la protection et la défense des pèlerins, Cor. v, 2, 3 ; viii, 34 ; xii, 5.

(4) Les guides qui se chargent, à la Mecque, de conduire les pèlerins, et de leur donner les instructions nécessaires concernant les cérémonies du pèlerinage, s'appellent *motawwif*.

lin, de laine ou de coton, sans couture ni ourlet, appelées izâr et ridâ (1). L'une de ces pièces d'étoffe entoure les hanches ; l'autre est jetée sur les épaules, de manière à laisser découverte une partie du bras droit. La tête doit rester nue, ainsi que les mains et les pieds qui peuvent être chaussés de sandales, mais non de souliers. Les femmes portent un manteau long et un voile. Elles peuvent avoir un pantalon et des souliers, et se couvrir la tête et le visage, mais de telle façon qu'il ne soit pas en contact avec le voile (2). En prenant l'ihram, on prononce une formule dont voici les premiers mots : « Labbaika Allahomma labbaika » (3) ce qui signifie, d'après les philologues arabes : « Me voici, ô Allah, me voici. » Durant l'ihram, on ne peut pas se peigner, se couper ou se raser les cheveux et la barbe, se tailler les ongles, ni se permettre un acte voluptueux (4).

Il faut encore s'abstenir des parfums et de tous les actes indiqués ci-après comme étant toujours défendus dans les Lieux Saints (5).

L'infraction à ces prescriptions nécessite une expiation (kaffûrah) (6).

Les prescriptions relatives aux expiations en matière de pèlerinage sont très-compliquées. Elles diffèrent suivant la gravité de la contravention. L'expiation la plus sévère consiste dans une badanah, c'est à dire le sacrifice d'un chameau, d'une bête à cornes ou de sept têtes de menu bétail. La plus légère consiste dans un dam, c'est à dire le sacrifice d'une tête de menu bétail. On peut suppléer à ces sacrifices en distribuant aux pauvres des aliments jusqu'à concurrence de la valeur de l'animal à sacrifier, ou bien en jeûnant un jour par chaque modd de denrées alimentaires, ou encore en donnant une quantité définie de denrées alimentaires, ou en accomplissant un nombre fixe de jours de jeûne. Enfin, il y a une distinction à faire entre les sacrifices qui peuvent se remplacer par une distribution de vivres ou par un jeûne, au choix

(1) La niyah, dont il a été déjà parlé plusieurs fois, est encore une condition requise pour la validité de l'ihram.

(2) Elles se servent, à cet effet, d'une coiffure de palmes tressées, à laquelle est fixé un masque confectionné de la même manière.

(3) La récitation de ces mots s'appelle talbiyah.

(4) Châfi'î déclare nul même le contrat de mariage consenti pendant l'ihram.

(5) 2^e partie, chapitre III, section III.

(6) Cor. II, 192, v, 96.

du pèlerin, et les sacrifices qui ne peuvent se remplacer par ces œuvres que subsidiairement, c'est à dire en cas d'impossibilité ou d'insolvabilité.

Outre les expiations proprement dites, la loi prévoit l'amende expiatoire (fidyah) ou, comme d'autres l'appellent, l'aumône expiatoire (çadaqah) : elle consiste en une distribution d'aliments ou d'argent faite aux pauvres, mais en petite quantité.

Les prescriptions qui précèdent, notons-le bien, ne concernent que les contraventions réparables. Si la faute commise était d'une gravité telle que l'un des éléments constitutifs de son acte de dévotion en fût entièrement vicié, le pèlerin n'aurait d'autre ressource que de recommencer le pèlerinage.

Après avoir pris l'ihrâm à la station prescrite, le pèlerin se rend à la Mecque (1) y prend un bain, et commence ses exercices en faisant sept tournées (tawâf) autour de la Ka'bah (2). A chaque tour, il baise la Pierre Noire (3), ce qui explique pourquoi cette pierre est déjà visiblement creusée. Ces premiers tours s'appellent tawâf al-qodoum. Ils sont suivis de deux rak'ah que l'on accômplit en se tenant auprès du maqâm Ibrâhîm.

Quelques pèlerins y ajoutent les sept promenades (sa't) entre les collines Çafâ et Marwah qui s'élèvent au devant de la grande mosquée, et sur lesquelles, au temps du paganisme, se trouvaient des idoles (4). Ils courent ainsi entre Çafû et Marwah en mémoire des angoisses de Hadjar qui, voyant son fils sur le point de mourir de soif, courut de çà, de là, affolée, jusqu'à sept fois entre les deux collines. Les processions autour de la Ka'bah ont lieu en exécution d'un ordre donné à Abraham par l'Archange Gabriel. En faisant les tournées autour de la Ka'bah, de même que pendant les sept promenades, on récite les formules consacrées.

Les cérémonies proprement dites ne commencent que le

(1) Cor. xxii, 30.

(2) Les tournées symboliques autour de la Ka'bah ont pour objet de perpétuer un exercice religieux qui remonte à Adam lui-même. Le premier homme, après avoir reçu de la main des anges le temple miraculeux qui est placé directement au-dessous de son prototype dans le Paradis, se tournait vers le Sanctuaire pour prier, et il en faisait journellement sept fois le tour, pour imiter les rites d'adoration des anges. (N. d. T.)

(3) Les Châf'ites baisent aussi une pierre maçonnée à l'angle sud de la Ka'bah.

(4) Cor. ii, 153.

7^e jour du 12^e mois (Dsou l-Hidjdjah). Ce jour-là, le Qâdhi de la Mecque monte, après la prière de midi, dans la Grande Chaire, explique à ses auditeurs l'importance du pèlerinage, et les convie à rendre visite avec lui, le lendemain, aux Saints Lieux situés dans le voisinage de la Mecque.

Le 8^e jour de Dsou l-Hidjdjah (1), ils se rendent à la vallée de Minâ ou Munâ, qui se trouve à deux heures de marche, et où ils passeront la nuit. Beaucoup, cependant, ne s'arrêtent pas à Minâ. Ils continuent leur marche jusqu'à la colline de 'Arafât ou 'Arafah.

Le 9^e jour, on fait une station au mont 'Arafât. C'est la partie la plus importante des cérémonies (2). Le Qâdhi, assis sur un chameau, prononce à midi et demi un sermon divisé en deux parties. Puis il accomplit avec les pèlerins les prières de midi et de l'après-midi combinées. On demeure à 'Arafât jusqu'au coucher du soleil, et l'après-midi est employée à louer Dieu et à faire retentir l'air de takbîr et de talbiyah. Alors commence une course désordonnée des pèlerins vers Mozdalifah (3) et c'est, d'après les témoins oculaires, une scène de confusion indescriptible. A Mozdalifah, on s'acquitte des prières du soir et de la nuit combinées, et le jour suivant, le 10, de grand matin, on retourne à Minâ. Là, dans la mosquée, et toujours sous la direction du Qâdhi, s'accomplit la prière publique (4) pour la fête dite des *Victimes*.

A Minâ, les pèlerins jettent d'abord sept cailloux contre un pilier qui porte le nom de Grand Diable (5) et qui est situé à l'entrée de la vallée; puis sept autres cailloux contre un pilier semblable qui s'élève au milieu de la vallée; et enfin sept cailloux contre un mur bâti vers l'Ouest, à la sortie de la vallée (6). Cette lapidation a lieu en mémoire d'Ibrâhîm qui, à ces mêmes places, chassa le Démon (Iblîs) à coups de pierres. En jetant les cailloux les pèlerins crient : « Au nom d'Allâh » (Bismillâh); « Allâh est grand » (Allâho akbar), etc. Les cailloux doivent avoir été ramassés à Mozdalifah.

(1) Ce jour s'appelle : yawm at-tarwiyah.

(2) Cette cérémonie s'appelle : al-woqouf bi-'Arafât. Quand le jour de 'Arafât tombe un vendredi, le pèlerinage est considéré comme tout particulièrement méritoire, et le nombre des pèlerins est beaucoup plus grand que les autres années.

(3) Cette course se nomme : ifâdhah. Cor. II, 191, 195.

(4) Les cérémonies qui composent la prière en question ont été décrites plus haut, p. 39.

(5) Ach-Chaitân al-kabîr.

(6) Cor. xv, 34; xvi, 100.

Après la lapidation, chaque pèlerin immole l'un des animaux qu'il est permis d'offrir en sacrifice (hadī) (1) et qu'il a, dans ce but, amené avec lui ou acheté sur place. Les riches sacrifient un chameau ou un bœuf ; les moins aisés, un mouton ou un bouc. Chacun prélève ce qui lui est nécessaire pour sa nourriture, et le reste de la chair est distribué aux pauvres. C'est pour cela que cette fête porte les noms de *Journée des Victimes* (yawm al-adhhâ) et de *Journée de l'Immolation* (yawm an-nahr), outre les noms ordinaires de *Grande Fête* (al-'id al-kabir), *Fête des Offrandes* ('id al-qorbân), et de *Grand Bairam*. Elle a été instituée, d'après les théologiens musulmans, en mémoire du Sacrifice d'Ibrâhîm qui, prétendent-ils, devait offrir en holocauste Isma'îl et non Isaac (Ishâq).

Les fidèles qui, le dixième jour de Dsou l-Hidjdjah, ne se trouvent pas à Minâ, ne peuvent naturellement célébrer toutes les cérémonies de la fête. Ils se bornent à assister à la prière publique, et à sacrifier une victime.

Les offrandes terminées, le pèlerin se fait raser la tête, revêt ses habits ordinaires (2), et revient à la Mecque (3). Là il fait de nouveau sept fois le tour de la Ka'bah (4), et il accomplit les promenades entre Çafâ et Marwah, s'il ne s'en est pas acquitté à l'arrivée. Cependant, il lui faut retourner à Minâ immédiatement après avoir fait les tournées et les promenades religieuses, s'il y a lieu. A Minâ, il reste les trois jours suivants pour réitérer les lapidations (5). Enfin, il revient définitivement à la Mecque. Il peut y visiter les nombreux Lieux Saints dont la visite ne fait pas partie des cérémonies du pèlerinage proprement dit, il peut boire l'eau de la fontaine sacrée de Zamzam, etc. Avant de quitter la Mecque pour retourner dans son pays, le pèlerin doit faire encore, en guise d'adieu, sept fois le tour de la Ka'bah (6).

(1) Cor. xxii, 34, 37.

(2) Cor. xxii, 30. L'état ordinaire dans lequel on rentre s'appelle ihlâl.

(3) Pendant le séjour des pèlerins à 'Arafât, etc., la tapisserie neuve a été placée sur la Ka'bah.

(4) Ces tournées s'appellent tawâf ar-rokn.

(5) Cor. ii, 199. Les trois jours qui suivent la fête des Sacrifices, c'est-à-dire les 11, 12 et 13 Dsou l-Hidjdjah, s'appellent ayyâm at-tachriq.

(6) Ces tournées s'appellent tawâf al-widâ'.

La Mecque peut être visitée non seulement au mois de Dsou l-Hidjdjah, mais encore à toute autre époque. La visite effectuée en dehors du mois de Dsou l-Hidjdjah s'appelle 'omrah. Elle comporte les mêmes exercices religieux que le pèlerinage général, sauf bien entendu ceux qui sont affectés à certains jours du mois de Dsou l-Hidjdjah, comme la procession à 'Arafât, le sacrifice, le jet des pierres, etc.

Selon Châfi'i, la 'omrah est tout aussi obligatoire que le pèlerinage (hadjdj) ; mais suivant Abou Hanifah, elle ne constitue qu'une œuvre surrogatoire. Le mois de Ramadhân est celui où la 'omrah s'accomplit de préférence.

On peut aussi combiner le hadjdj avec la 'omrah lorsqu'on se rend aux Lieux Saints. Cet usage est même, à cause des frais de voyage, très-fréquemment suivi par les pèlerins qui viennent de loin.

L'étrangeté des rites ; cette circonstance que, antérieurement à Mahomet, ils étaient déjà en honneur, depuis un temps immémorial ; l'impossibilité d'expliquer d'une manière satisfaisante par la terminologie arabe la plupart des expressions qui s'y rapportent, sont depuis longtemps un problème insoluble pour les savants européens et musulmans. Les légendes d'Ibrâhîm et de Hâdjâr, par cela seul qu'elles sont, sinon toutes, du moins en partie postérieures à la fondation de l'islamisme, ne fournissent, au point de vue scientifique, aucune indication utile sur la question. Parmi les hypothèses les plus plausibles il faut mentionner celles du savant hollandais Dozy (1). Il suppose que vers le temps du roi David, une émigration porta en Arabie des Israélites de la tribu de Siméon. L'on devrait donc attribuer aux Siméonites la fondation originare du sanctuaire de la Mecque, et l'institution de la Grande Fête. Les expressions, les cérémonies solennelles usitées pour cette fête, la plupart des noms de lieux, devraient être expliqués au moyen de la langue hébraïque, et par l'histoire du peuple d'Israël.

Après la Mecque, on cite, comme saints, d'autres endroits où il est méritoire de faire des pèlerinages (2), et d'accomplir

(1) Dans son ouvrage : *De Israëlieten te Mekka* ; Harlem, 1864.

(2) Ces pèlerinages portent le nom de ziyârah.

des prières. Ce sont surtout les points du Hidjâz et de la Syrie (Châm), célèbres dans l'histoire des patriarches et des prophètes, et notamment, sous les murs de la Mecque, le fameux cimetière où l'on vénère les tombeaux de Khadidjah et de tant d'autres saints des premiers temps de l'Islamisme ; à Djiddah, le tombeau d'Ève (Hawâ) ; à Minâ, celui d'Adam ; à Médine, la grande mosquée où l'on prétend que le Prophète a été enseveli, et le cimetière sacré ; à Jérusalem (al-Qods), la mosquée d'Omar ; à Hébron (al-Khalil), le tombeau d'Ibrâhîm ; et à Edessa ('Orfah), la grotte où naquit ce patriarche. Un très-grand nombre de pèlerins se rendent à Médine après avoir accompli le voyage de la Mecque (1).

(1) Cor. ix, 109.

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTES JUDICIAIRES (MO'ÂMALÂT) (1)

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES (2)

J'ai pu, jusqu'à présent, suivre, pour ainsi dire pas à pas, les auteurs arabes dans leurs développements. Pour aborder l'étude du droit relatif aux biens, je devrai me départir de cette règle. L'absence de tout plan et de toute coordination dans leurs ouvrages les rendrait incompréhensibles si, préalablement familiarisés avec les méthodes du droit européen, nous ne cherchions à synthétiser les espèces qu'ils envisagent, à analyser leurs explications pour en faire saillir les rapports juridiques, et déterminer ainsi les règles auxquelles ils se sont attachés. Parmi ceux auxquels ce livre s'adresse, beaucoup, peut-être, n'auront pu se livrer à ces études préliminaires. Il faut, du reste, se résigner à lire l'exposé d'innombrables espèces pour arriver à en dégager une simple règle de droit ; d'autres règles ne sont mentionnées qu'incidemment, et risquent fort de passer inaperçues. Il m'a donc semblé préférable d'adopter, pour cette partie de mon traité, des dispositions

(1) Littéralement, les actes qui concernent le droit relatif aux biens. Ainsi, les juristes ne rattachent que pour mémoire le mariage aux mo'âmalât (plur. de mo'âmalah).

(2) V. J. Kohler: *Moderne Rechtsfragen bei Islamitischen Juristen*; Würzburg, 1888.

à peu près analogues à celles qu'on est habitué à trouver dans nos ouvrages de doctrine.

Nous distinguerons, tout d'abord, les *obligations* et les *droits réels*.

Cette distinction ne se trouve pas développée, en théorie, chez les auteurs arabes ; ils l'ont cependant bien comprise dans ce qu'elle a d'essentiel, et ils ne manquent pas de l'appliquer, le cas échéant, à la solution des espèces qui se présentent. Elle est si bien dans la nature des choses, qu'on n'imagine guère ce que serait l'enseignement du droit, privé de cette base essentielle.

Les juristes arabes traitent toujours isolément de chacun des actes juridiques relatifs au droit des biens. Ils ne cherchent à établir aucune corrélation entre ces différents actes. C'est là, suivant moi, un usage qui ne peut manquer d'égarer l'étudiant. Sans doute, le droit musulman ne se plie pas aisément à un exposé méthodique comme celui d'un cours de droit européen. L'effort mérite cependant d'être tenté, et c'est ce que j'essaierai de faire dans la suite de ce travail.

Il s'en faut de beaucoup que l'on retrouve dans le droit mahométan toutes nos institutions juridiques. Les unes n'y reçoivent qu'un développement insuffisant ; les autres sont à peines indiquées ; d'autres encore font absolument défaut. De ce nombre sont l'hypothèque et la prescription, instruments indispensables, pourtant, au jeu de nos institutions sociales, et dont l'absence exerce la plus fâcheuse influence sur tout le droit mahométan. D'un autre côté, ce droit prohibe rigoureusement la stipulation d'intérêts, non seulement pour les prêts d'or et d'argent, mais pour ceux d'autres choses fongibles ; et cette interdiction dont il ne redoute pas les conséquences les plus extrêmes, donne naissance à d'innombrables règles auxquelles n'ont jamais dû songer les législateurs occidentaux, préoccupés tout au plus de limiter le taux de l'intérêt et d'empêcher l'usure. Enfin, par les *khiyâr* ou *options*, le droit musulman offre un expédient dont les caractères juridiques sont diamétralement opposés à l'idée que nous nous faisons de cette faculté.

Signalons encore une autre différence caractéristique entre le droit mahométan et le droit occidental. Le premier répugne à tout ce qui est *forme* et *formalités*. Les Musulmans ne connaissent aucun engagement de pure forme, tel que la *stipulatio* à Rome, et, chez nous, l'engagement résultant des effets

de commerce ; et le principe qui les guide éclate surtout dans la procédure, cette branche du droit où les législateurs européens, à l'exemple des Romains, ont laissé à la forme et aux formalités une prédominance si marquée. L'adage si fréquemment cité, *la forme emporte le fond*, n'est pas connu des qâdhi. Il est vrai que, sans être Musulmans, beaucoup d'entre nous verraient là plutôt un avantage qu'un inconvénient.

Mais où s'accuse plus nettement encore la faiblesse des juristes arabes, c'est quand ils cherchent à définir une notion de droit. Tant que leurs études envisagent un objet concret, leur analyse subtile et parfois très ingénieuse sait fort bien pénétrer les rapports juridiques et en dégager la solution. Mais à peine s'attaquent-ils aux questions abstraites, qu'ils s'égarerent et abandonnent le lecteur sans avoir pu le satisfaire.

Il est à peine besoin d'ajouter qu'au point de vue juridique, le droit mahométan n'a jamais atteint l'ampleur que surent donner à leurs études les illustres juristes de l'Empire Romain. Il ne peut même pas supporter la comparaison avec les imitations assez ternes, pourtant, d'ordinaire, que l'Europe moderne a tentées de l'œuvre capitale de l'antiquité. Il est pareillement impuissant à répondre aux nécessités sociales, telles que nous les comprenons. Mais on ne peut nier que son extrême simplicité n'offre de grands avantages dans une société primitive comme en forment généralement les sectateurs de l'Islâm. Et à ce point de vue, — on peut l'affirmer *a priori*, — un droit qui, malgré les obstacles de toute nature au milieu desquels l'Islâm s'est débattu au siècle dernier, conserve cependant plus de partisans qu'aucune autre législation, n'est pas aussi dépourvu de valeur que beaucoup d'écrivains le donnent à entendre.

CHAPITRE DEUXIÈME

DES OBLIGATIONS

—

SECTION I

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL

Lorsqu'une personne peut être contrainte en justice, au profit d'une autre, à faire ou à ne pas faire quelque chose, à donner ou à faire une autre prestation quelconque, on dit que cette personne est *obligée* envers telle autre, et le lien de droit qui existe entre elles est une *obligation* (dsimmah, ou dain).

L'obligation peut exister :

- 1° Indépendamment de la volonté des parties;
- 2° En vertu d'un engagement unilatéral;
- 3° En vertu de l'engagement réciproque des parties.

Les Arabes reconnaissent plusieurs sortes d'obligations; en voici quelques exemples :

- 1° L'obligation simple; l'obligation conditionnelle (condition: chart); et l'obligation à terme (adjal);
- 2° L'obligation d'une personne seule envers une autre personne seule, et celle qui existe entre plusieurs personnes. Les obligations de cette dernière catégorie se divisent en : solidaires (1) ou capitales, et non solidaires;
- 3° L'obligation simple et l'obligation alternative;
- 4° Divisible et indivisible (2);
- 5° Unilatérale (3) et bilatérale (4).

(1) Comme exemple d'obligation solidaire, on peut citer l'exigibilité du prix du sang (diyah), lorsque plusieurs personnes en ont tué ou blessé une autre.

(2) Exemple, l'obligation de subir le talion (qiçaç).

(3) Exemple, dépôt, commodat, etc.

(4) Exemple, achat, etc.

6° Révocable et irrévocable (1).

Toutes ces distinctions seront plus spécialement exposées quand nous traiterons en détail des obligations conventionnelles.

I

OBLIGATIONS LÉGALES OU INDÉPENDANTES DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

Les obligations qui existent par la seule force de la loi et, par conséquent, en dehors de la volonté des parties sont, en droit musulman :

a) Celles qui résultent d'un acte illégal, que cet acte ait été commis intentionnellement (ta'ammod) ou par négligence (tafrît) du moment où il cause un préjudice (madharrah) à autrui. Habituellement, un tel fait autorise simplement celui qui a subi le préjudice à demander une indemnité (arch); quelquefois, cependant, par exemple en cas d'homicide (2) ou de blessure, il peut exiger que l'auteur du préjudice subisse le même traitement (talion, Ar. qiçâç), ou bien qu'il paie une amende fixée par la loi (prix du sang, Ar. diyah), ou qu'on lui inflige quelque autre peine. S'il s'agit de peines encourues pour offenses envers Dieu ou envers la Communauté Musulmane, l'action civile de la partie lésée est indépendante de la poursuite criminelle.

Par *négligence*, on entend aussi l'imprudence et même l'impéritie, s'il s'agit d'une personne qui se donne pour habile à faire quelque chose, alors qu'en réalité elle ne l'est pas. Par exemple, l'individu qui, prétendant être capable de faire une circoncision, fait à l'enfant, en l'opérant, une blessure grave ou occasionne sa mort, doit payer le prix du sang. Il en est de même de celui qui s'est donné comme maître de natation, de telle sorte qu'une personne se confie à lui dans une eau profonde et se noie.

L'action en indemnité ne naît pas seulement des actes illégaux que l'on commet soi-même, mais encore du dommage causé par les personnes desquelles on est responsable, comme les esclaves, les enfants mineurs, et même du dommage causé par les animaux.

(1) Le mandat, p. ex. est révocable ; la vente est irrévocable.

(2) Dans ce cas, bien entendu, l'action appartient aux héritiers.

b) Celles qui résultent d'un simple état de choses, savoir :

1° Les obligations réciproques entre propriétaires d'héritages voisins ;

2° Celles des personnes qui, par succession ou autrement, sont dans l'indivision ;

3° Celles des personnes unies par les liens du sang, par exemple la dette réciproque d'aliments (nafaqah) entre parents et enfants.

Les obligations des deux premières catégories seront expliquées au chapitre des *droits réels*, celles de la troisième catégorie, au chapitre du *droit familial*.

II

OBLIGATIONS RÉSULTANT D'UN ENGAGEMENT UNILATÉRAL

La première des obligations qui se forment par un engagement unilatéral est, selon Châfi'i, le *vœu* (nadsr). C'est l'engagement solennel pris envers Dieu, par une personne capable, d'accomplir tel ou tel acte, soit à titre de clause pénale (1), soit par reconnaissance (2). L'acte auquel on s'engage doit être agréable à Dieu, mais ce ne saurait être un acte de dévotion obligatoire (3). De même qu'en droit romain, l'accomplissement du vœu est obligatoire (4). Néanmoins, celui qui a fait un vœu à titre de clause pénale a, d'après la majorité des juristes, le choix entre l'accomplissement et l'expiation (kaffâruh) pour parjure. Abou Hanifah ne reconnaît pas la validité du vœu, à moins qu'il n'ait été confirmé par le serment (hif, yamîn) qui est, selon Châfi'i, une manière spéciale et indépendante de s'obliger, même envers les hommes, par une déclaration unilatérale.

Le *serment* est la déclaration que l'on fait en invoquant le nom de Dieu, l'une de ses qualités ou l'un de ses attributs. Pour faire un serment valable, il faut, d'après la loi, être

(1) Par exemple en disant : « Si j'entre dans la maison d'un tel, je m'engage envers Dieu à jeûner. »

(2) Par exemple en disant : « Si Dieu me guérit de ma maladie, » ou « s'il me donne un enfant, je m'engage... etc. »

(3) Les vœux ayant un but immoral sont interdits; Cor. xxiv, 22. Est réprouvé, au point de vue moral, le vœu dont les conséquences n'ont pas été suffisamment calculées; Cor. xxiv, 52.

(4) Cor. lxxvi, 7.

capable de s'engager à l'acte promis. En cas d'inexécution, l'on doit l'expiation (kaffàrah) pour parjure (hinh): affranchissement d'un esclave; ou bien nourriture ou habillement de dix pauvres, ou subsidiairement, jeûne de trois jours (1).

J'ai, sans y être obligé, accompli l'un de ces trois actes; plus tard, je fais un vœu que je n'exécute pas: je dois, en conséquence, la kaffàrah. Pourrai-je m'en affranchir au moyen de l'œuvre surérogatoire accomplie précédemment? Abou Hanifah se prononce pour la négative. Châfi'i enseigne que la kaffàrah est acquittée s'il y a eu affranchissement d'un esclave, nourriture ou habillement de pauvres, mais qu'elle ne l'a pas été par le jeûne volontaire. Ce jeûne ne dispense pas de l'expiation. Toute personne qui a connaissance d'un vœu ou d'un serment, ou, à défaut, l'autorité publique, doit veiller à ce qu'il soit accompli.

La reconnaissance unilatérale (iqrâr) d'un droit que peut faire valoir une autre personne, engendre également une obligation de la part du déclarant envers le bénéficiaire de la déclaration. Une semblable reconnaissance n'oblige, en général, que les personnes capables; il faut, en outre, que le bénéficiaire jouisse de la capacité d'exercer le droit reconnu. L'acceptation, de sa part, n'est pas nécessaire; mais si elle se produit, la déclaration emporte novation.

Enfin, l'on peut considérer comme une obligation résultant d'un engagement unilatéral la promesse publique de prix pour les courses de chevaux, le tir à la cible, etc. (2); cette promesse donne au gagnant le droit de réclamer le prix. Quelques juristes arabes ont vu là, mais bien à tort, une convention d'adjudication.

III

OBLIGATIONS RÉSULTANT D'UN ENGAGEMENT BILATÉRAL

Le troisième genre d'obligation est celle qui naît de l'engage-

(1) Cor. v, 91. Il y a contestation sur le point de savoir si l'on doit jeûner trois jours de suite, ou si les trois jours peuvent être espacés. La plupart des Châfi'ites admettent cette dernière pratique, en cas de nécessité.

(2) Ce sont les seuls jeux que permette l'islâm, si l'on s'en tient à la lettre. Le prix attaché à une course de chevaux s'appelle sabaq; le prix promis pour le tir à la cible s'appelle rimâyah.

ment bilatéral (1) de deux parties, c'est-à-dire d'un contrat ou d'une convention ('aqd) (2).

Je dois, en commençant, faire observer que cette expression reçoit, en droit mahométan, une signification plus large que chez nous. Ainsi, l'on appelle *convention* non seulement la nomination d'un prince, d'un fonctionnaire, etc., ce qui, à la rigueur, se comprend; mais encore le testament (waçiyah), que beaucoup de juristes regardent comme une convention avec l'exécuteur testamentaire.

Les conditions exigées pour la validité (çihhah) (3) d'une convention, sont :

- 1° Au moins deux parties contractantes (mota'âqid);
- 2° Le libre consentement (ikhtiyâr) à la conclusion du contrat;
- 3° Un objet licite (ma'qoud 'alaih).

Ces trois éléments (rokn plur. arkân) (4) doivent exister au moment même où l'on conclut la convention; car une stipulation viciée à l'origine ne peut, suivant le droit mahométan, être validée d'aucune manière, fût-ce par une ratification ou par une approbation (ridhâ) ultérieure.

(1) L'engagement bilatéral comporte une *offre* (idjâb) d'un côté, et une *acceptation* (qaboul) de l'autre; par *l'offre*, se manifeste la volonté de celle des parties contractantes qui fait le premier pas vers la convention; *l'acceptation* est le consentement de l'autre partie.

(2) On emploie encore en arabe les mots 'ahd et dsimmah pour désigner la *convention*, mais plutôt alors dans le sens spécial du mot *acte*, forme concrète de la convention.

(3) La convention est alors dite *valide*, en arabe: çahih. Une convention ou, plus généralement, tout acte juridique auquel manquent entièrement une ou plusieurs des conditions requises, est *nul* (bâtil); si l'une ou plusieurs de ces conditions ne se présentent pas complètement, l'acte est *imparfait* (fâsid); enfin l'acte parfait, mais réprouvé au point de vue moral, est appelé makrouh.

(4) La théorie de la *cause* n'est pas traitée, — et cela à dessein, — par les juristes musulmans; ils ne citent même pas la cause parmi les éléments des conventions. Mais il résulte de ce qui sera dit plus bas (§ III), que, dans leur esprit, toute convention doit avoir une cause réelle; et de ce qui sera expliqué au sujet de l'usure, que les conventions fictives, conclues dans le but d'éviter les prescriptions d'ordre public, sont nulles. Toutefois, le juge ayant, en matière civile, le pouvoir discrétionnaire (V. quatrième partie, chap. II, et cinquième partie, chap. II, section II), de donner, suivant les circonstances, gain de cause à celui qui a raison au point de vue moral, le principe d'après lequel toute convention doit avoir une cause licite perd, en réalité, beaucoup de son intérêt.

§ I. — CONTRACTANTS. — Considérée au point de vue des contractants, la convention peut mettre en présence : une seule personne de chaque côté ; ou d'un côté une seule personne, et de l'autre côté plusieurs personnes ; ou encore plusieurs personnes de chaque côté.

Toutes les parties doivent avoir la capacité de disposer de leurs biens (itlâq at-taçarrof). Celui qui n'a pas cette capacité est dit mahdjour, et l'état dans lequel il se trouve s'appelle hadjr (1).

Tels sont :

1° *Le mineur* (çabl). Son tuteur (wali) agit pour lui tant qu'il n'a pas atteint l'âge où l'on jouit du discernement (2). A partir de ce moment, il peut agir seul ; ses engagements sont valables à la condition d'être ultérieurement ratifiés par le tuteur. D'après Abou Hanifah, le tuteur peut autoriser son pupille à contracter sans son approbation ultérieure (ridhâ), ce qui revient à dire qu'il peut lui accorder l'émancipation restreinte. Châfi'i est d'un avis contraire et son opinion se fonde sur ce que la tutelle a pour raison d'être l'insuffisance du développement intellectuel du mineur : c'est là un obstacle naturel qu'aucune décision ne peut lever.

2° *L'aliéné* (madjnoun) (3) et *l'insensé* (safih) ou le *prodigue* (mobadsdir) (4). Ils sont placés sous l'administration d'un curateur (wali) ; mais ils ne sont pas de plein droit en état de hadjr : l'interdiction doit être prononcée par le qâdhî. La décision du qâdhî désigne en même temps le curateur, si l'incapable n'a pas, dans la ligne ascendante, d'agnat auquel la curatelle revienne de plein droit.

Les insensés ou prodiges peuvent, du reste, suivant le rite hanafite, accomplir *propria auctoritate* quelques actes juridiques qui concernent plutôt le droit personnel que le droit des biens, comme : affranchir un esclave et contracter mariage.

(1) Coran : II, 282 ; IV, 5.

(2) On entend par discernement la faculté de comprendre les discours des hommes raisonnables et d'y répondre raisonnablement. La plupart des juristes fixent l'âge du discernement à sept ans. Celui qui, encore impubère, jouit cependant de son discernement est appelé momayyiz. Il sera traité plus loin de la tutelle.

(3) Littéralement : possédé d'un esprit (djinn).

(4) Coran : II, 282 ; IV, 4,33 ; XVII, 29.

3° *L'insolvable* (moflis) (1), c'est-à-dire l'individu qui, à la demande de ses créanciers, ou sur son propre aveu, est déclaré par le qâdhi en état d'insolvabilité, par le motif que ses dettes (dain) excèdent son actif (2). Le qâdhi doit faire inventorier et liquider le patrimoine de l'insolvable, les créanciers préalablement appelés. Les créances privilégiées sont payées en premier lieu, et l'excédent est réparti au marc le franc entre les créances ordinaires (3). Le qâdhi peut charger de ces opérations un curateur *ad hoc* (4). Les biens vendus, mais dont le prix n'est pas payé, peuvent être revendiqués et rentrer dans le patrimoine, tant qu'ils existent encore en nature.

Durant la liquidation, l'on prélève sur l'actif des aliments pour l'insolvable et sa famille. Les dettes contractées par l'insolvable, postérieurement à la décision qui l'a privé de l'administration de ses biens, ne peuvent être répétées sur le patrimoine : elles donnent lieu à une action contre l'insolvable si, plus tard, il revient à meilleure fortune. Il ne faut pas perdre de vue que la déclaration d'insolvabilité ne porte aucune atteinte aux droits attachés à la personne (5).

4° *L'esclave* ('abd, mamlouk). Il n'a aucune capacité relativement au droit des biens. Il est assimilé aux choses. L'on fait, toutefois, une exception pour l'esclave qui a passé avec

(1) Il faut se garder d'assimiler la situation de l'*insolvable*, en droit musulman, à celle du *failli* en droit français. Le moflis est simplement l'individu qui doit plus qu'il ne possède, et dont l'insolvabilité a été déclarée par le qâdhi. Aucune distinction n'est à faire à cet égard entre le commerçant et le non-commerçant. La situation de l'insolvable ne serait donc pas rendue exactement par le mot *faillite* ; elle correspond plutôt à l'expression : *Déclaration judiciaire d'insolvabilité*. Comp. F. Zeys : *Traité Élémentaire de Droit Musulman*, t. 1, n° 136. Cette espèce de faillite du non-commerçant est reconnue par la loi hollandaise, et d'excellents esprits pensent qu'il serait bon de l'introduire dans le code français. N. d. T.

(2) Il y a divergence d'opinion parmi les Hanafites sur le point de savoir si le hadjr peut être légalement prononcé contre l'insolvable. La négative s'appuie sur un passage du Coran qui réproouve, au point de vue moral, les poursuites exercées contre le débiteur : Coran : II, 280. Mais, d'un autre côté, ceux qui ne font pas honneur à leurs obligations sont jugés tout aussi sévèrement par le Coran : III, 68-70, 75, 76.

(3) La loi reconnaît comme dettes privilégiées : les prélèvements, le prix du sang, les nantissements et les frais funéraires.

(4) Ce curateur s'appelle qayyim.

(5) Par exemple, mariage, répudiation, aveu ou désaveu de paternité, retour à l'union conjugale, etc.

son maître un contrat pour sa liberté (mokâtab), et encore pour celui qui est autorisé par son maître soit à faire le commerce pour son compte, soit à exercer une autre profession. Les esclaves de cette dernière catégorie sont appelés mâdsoun : leur capacité ne s'étend qu'aux actes relatifs à leur commerce ou à leur profession.

Notons qu'au point de vue du droit familial, le principe qui assimile l'esclave aux choses ne doit pas être pris à la lettre. Le droit musulman fait preuve, en cette matière, de beaucoup plus d'humanité que le droit romain.

5° *Le malade* (maridh). Il ne peut priver ses héritiers que du tiers de son patrimoine. Cette disposition repose sur l'idée que, lorsqu'une maladie est assez grave pour déterminer probablement la mort, les héritiers ont déjà une sorte de droit sur la succession. Mais ce droit ne s'étend pas au tiers dont on peut toujours disposer par testament (waçiyah).

La règle ne s'applique pas aux indispositions légères, et même, les dispositions à titre gratuit faites par un malade qui ensuite guérit contre toute attente subsistent intégralement.

Les reconnaissances de dettes consenties pendant la dernière maladie prennent rang, d'après Abou Hanifah, pour le paiement, après toutes les autres. Celles qui ont été consenties, dans le même cas, au profit des héritiers, sont radicalement nulles.

6° *Les infidèles* (kâfir), mais pour quelques actes seulement. Il leur est interdit d'exercer aucune autorité sur des Musulmans, non seulement en droit public, mais encore en droit civil. Ainsi, ils ne peuvent être tuteurs ou curateurs de Musulmans. Châff'i leur défend d'exercer le droit de propriété sur des immeubles dans un État mahométan (1), ou d'y défricher des terres incultes ; et tous les docteurs leur interdisent de détenir un exemplaire du *Coran*, d'avoir des esclaves croyants, etc. (2).

Quant aux infidèles non soumis, il leur est défendu d'acheter des armes ou autres engins de guerre. Bien entendu les infidèles ne peuvent accomplir, par personnes interposées, les actes prohibés.

7° *Les personnes qui ont perdu connaissance*, fût-ce par suite d'ivresse. Toutefois, l'homme ivre demeure responsable

(1) Il sera question plus loin des droits fonciers exercés par les infidèles à protéger (dsimmi).

(2) Si l'esclave infidèle d'un maître infidèle embrasse l'Islâm, le maître est obligé de l'affranchir ou de le vendre à un Musulman.

de ses actes et de ses paroles, si l'ivresse est volontaire. La responsabilité disparaît, au contraire, en cas d'ivresse involontaire.

Tous les Musulmans sont considérés comme membres d'une seule et même communauté. Leur droit n'avait donc pas à édicter de dispositions restrictives analogues à celles qui régissaient, autrefois surtout, les étrangers, dans les États européens. Le droit d'aubaine et autres entraves de même nature sont inconnus dans l'islâm. Il recommande au contraire de prêter aux voyageurs aide et assistance. Le qâdhî doit considérer leurs affaires comme *causæ favorabiles*, et les faire passer avant celles des gens du pays.

§ II. — CONSENTEMENT. — La convention, pour être valable, doit réunir le libre consentement (1) (ikhtiyâr) des parties. Le libre consentement est exclu par l'une des trois causes suivantes :

1° La *fraude* ou le *dol* (khiyânah ou hîlah). Si l'une des parties a trompé l'autre avec intention, et de manière que la fraude ne pût être reconnue par le simple bon sens, la convention est annulable (2). Parmi les nombreux exemples que nous offre le droit musulman, je ne citerai que la taçriyah : c'est le fait de ne pas traire, plusieurs jours durant, la chameille que l'on se propose de vendre, de manière à permettre l'accumulation du lait dans les mamelles, à persuader l'acheteur que c'est là l'état normal de l'animal, et à le lui vendre un prix plus élevé qu'il ne l'eût payé sans cela.

2° L'*erreur* (ghaltah ou chobhah). L'erreur est une cause de nullité quand elle porte sur l'essence même ('ain) du contrat. Ainsi, l'un des contractants conclut une convention de salam, croyant faire une simple convention d'achat (bai'); ou bien, il conclut une convention au sujet d'une esclave, alors qu'il s'agit d'un esclave ; le consentement est vicié dans son essence. Au contraire, il n'y a pas erreur sur la substance de la chose, si l'on achète de la soie bleue pour de la soie verte, ou inversement, ou bien un étalon pour une jument. Le droit musulman admet, en effet, que, pour les animaux, le sexe ne fait pas partie des *essentialia*.

Pour être excusable, l'erreur doit se rapporter non pas au

(1) Le droit d'accepter ou de repousser une offre s'appelle khiyâr al-qaboul.

(2) Cor. xvii, 37 ; xxvi, 181, 182 ; lxxxiii, 1-4.

droit, mais aux faits, à moins que le contractant n'ait été élevé à la campagne, loin du contact des hommes de loi.

3° La *violence* (ikrâh), si elle est telle que celui qui la subit ou qui en est menacé ne puisse y opposer aucune résistance. On doit distinguer, toutefois, la violence légale de la violence illégale. La première ne vicie pas les actes juridiques, car elle est exercée en vertu des prescriptions de la loi, par exemple, la vente forcée des biens du débiteur insolvable (moflis); la vente ou l'affranchissement forcés si l'esclave d'un infidèle embrasse l'Islamisme; quand l'état exproprie, pour cause d'utilité publique (1), un terrain sur lequel on se propose d'ouvrir une route ou d'élever une mosquée.

L'on ne peut exiger l'exécution d'une convention entachée de fraude, d'erreur ou de violence. Au contraire, tout ce qui a été payé ou fourni en pareil cas est *indû*, et peut être répété par celui des contractants qui a été victime de la fraude, de l'erreur ou de la violence.

Forme des contrats. — Le droit mahométan renferme peu de dispositions relativement à la forme (çighah), suivant laquelle doit se manifester la libre volonté des parties. Toute manière d'exprimer cette volonté est admissible, pourvu qu'elle indique nettement ce que l'on a voulu faire. Toute incertitude, tout défaut de précision (gharar) est formellement prohibé par le Coran (2). Aussi est-il recommandable de faire connaître sa volonté en termes exprès (çarih) (3). Les Châfi'ites défendent même l'usage des signes, sauf le cas où il est absolument impossible de se servir de mots (4).

Deux actes juridiques : le contrat de salam et le mariage (nikâh) sont assujettis à une forme déterminée.

Condition. — La convention peut être affectée d'une condition (chart) suspensive (5) ou d'un terme (adjal) (6). Contrairement à ce qui se produit dans notre législation, la condition

(1) Plus exactement, pour le waqf au profit de la communauté. Au sujet du waqf, V. le chapitre suivant.

(2) Coran : xvii, 38.

(3) Les termes non exprès (métaphores) se nomment kinâyah.

(4) La poignée de main (çafqah), également usitée en Europe, est plutôt un signe pour indiquer que la convention est conclue, qu'une manière d'exprimer le consentement.

(5) Les conditions d'une convention ne doivent jamais être de nature à en altérer l'essence.

(6) Pour la détermination du terme, on suppose toujours que le temps

suspensive et le terme, en droit musulman, ne retardent pas seulement l'exigibilité, ils empêchent la formation du lien de droit. Tant que la condition n'est pas accomplie ou que le terme n'est pas arrivé, la convention est *mawqouf*, c'est-à-dire *en suspens*. Le débiteur, qui s'est acquitté par erreur avant l'accomplissement de la condition, ou avant l'expiration du terme, peut répéter comme indu tout ce qu'il a payé.

§ III. — OBJET. — L'objet de la convention (*ma'qoud 'alaih*) doit être *déterminé, certain* (1) et *dans le commerce*. Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent faire l'objet d'une convention. La loi considère comme étant hors du commerce :

1° Les choses qui, par nature, ne sont pas susceptibles d'être possédées par l'homme, par exemple : la lumière, la mer, le désert ;

2° Les choses dont une disposition légale prohibe la possession, par exemple : un homme libre, un *mokâtab*, une *omm walad* (2), etc. ;

3° Les choses qui sont affectées à l'usage imprescriptible de la Communauté Musulmane, par exemple : les grandes routes de terre et d'eau, les édifices publics, les mosquées et tout ce qui en dépend ;

4° Les choses qui sont réputées la propriété commune de tous les Musulmans, par exemple : l'eau, l'herbe, le gibier (3) ;

5° Les choses impures (*nadjis*) (4) ;

6° Les choses qui ne sont d'aucune utilité (*manfa'ah*) pour l'homme, soit par nature, soit par la volonté de la loi. A la

se calcule d'après le calendrier mahométan. Il est toutefois permis de déroger à cette règle par une stipulation expresse. Coran : II, 185 ; XVII, 13.

(1) Coran : XVII, 38 ; à raison de l'incertitude (*gharar*) de l'objet, le droit mahométan prohibe les conventions aléatoires, par exemple : la rente viagère, l'assurance.

(2) Pour la signification de ces deux expressions, V. les chapitres de l'Esclavage et du Mariage.

(3) Ces choses, *res communes*, sont cependant susceptibles d'appropriation lorsqu'elles se trouvent, pour partie, en la possession d'une personne déterminée. Elles tombent alors dans le commerce. Il en est ainsi de l'eau conservée dans un vase, ou tirée d'un puits ; de l'herbe coupée, ou de celle qui pousse sur un héritage ; de même le gibier tué ou pris à la chasse est dans le commerce, parce qu'il est la propriété privée du chasseur.

(4) Néanmoins, les choses impures qui ont une utilité, comme les chiens, le fumier, etc., peuvent faire l'objet d'une convention valable.

première catégorie appartient notamment la vermine. A la seconde se rattachent les choses dont le Prophète a condamné l'usage, dans un but moral, parce qu'elles éloignent d'Allah le cœur de l'homme ; tels sont : les livres des infidèles, des poètes, des astronomes et des philosophes, ainsi que les idoles (1), les objets qui servent aux jeux de hasard, les instruments de musique prohibés (2), les faux cheveux, les images et les tableaux défendus (3), etc.

En dehors de ces exceptions, les parties sont libres de donner à leur convention tel objet qu'il leur plaît ; elles peuvent le déterminer au moment même du contrat, ou laisser à l'une d'elles l'option entre deux ou plusieurs objets (4).

Quand une convention réunit les conditions de validité qui viennent d'être énoncées, elle est obligatoire pour les deux parties (5).

Les obligations valables doivent être exécutées de bonne foi. Elles ne s'éteignent que par une résiliation amiable (iqâlah), par l'effet de la condition résolutoire, par l'expiration du terme, ou bien quand les parties ont, de part et d'autre, rempli leurs engagements, ou lorsque la convention devient sans objet par suite de circonstances étrangères aux contractants.

(1) On comprend sous cette dénomination même le Crucifix (çalib) des Chrétiens (Naçrâni).

(2) V. plus haut p. 27, n. 1.

(3) Coran, II, 184 ; V, 4, 92 ; XXVI, 224.

(4) Cette option est appelée par les Arabes : khiyâr at-ta'yin. C'est ce que nous appellerions une convention *alternative*. Néanmoins, les objets sur lesquels peut porter le choix ne doivent être ni indéterminés, ni incertains.

(5) Coran : XXIII, 8 ; XXVI, 183 ; LXX, 32. Au sujet des contrats bilatéraux, (‘aqd bil-mo‘âwadhah) il est de règle, en droit musulman, que si l'une des parties ne remplit pas ses obligations, l'autre partie ne peut être forcée d'exécuter la convention. Ces contrats engendrent, par conséquent, de droit, un *jus retentionis*. Ce *jus retentionis* s'étend même aux obligations unilatérales, dans le cas où le débiteur peut aussi, à l'occasion de ses engagements, exercer une répétition contre le créancier, soit à raison des frais qu'il aurait exposés, soit pour tout autre motif.

SECTION II

DE LA CONVENTION DE DONNER (1) UNE CHOSE CONTRE UN ÉQUIVALENT (BAI')

Le mot bai' signifie en arabe : Donner une chose (chay) dans le but de recevoir en retour une autre chose. Au sens juridique, il signifie : transmission irrévocable, par l'une des parties, d'une propriété ou d'un droit dont l'autre partie transmettra un équivalent ('iwadh) (2).

Dans une acception restreinte, on entend généralement par le mot bai' la convention que nous appelons *vente*. Mais, d'après les définitions qui précèdent, ce terme embrasse également d'autres contrats de réciprocité.

Ainsi, les juristes l'appliquent :

- 1° A l'échange (moqâyadhah);
- 2° Au change de métaux précieux (çarf);
- 3° A la transaction (çolh);
- 4° Au louage (idjârah);
- 5° A l'achat avec avance du prix ou tradition différée (salaf ou salam) (3);
- 6° Au prêt de consommation (qardh);
- 7° Au mariage (nikâh).

Tous ces contrats sont dominés, *mutatis mutandis*, par les mêmes règles que le contrat d'achat. Dans leurs ouvrages sur les actes juridiques, les auteurs arabes traitent en premier lieu de l'achat, et quand ils arrivent aux autres conventions, il ne leur reste plus qu'à mentionner les modifications que chacune d'elles imprime aux principes exposés sous le titre de l'achat. Mais ici se fait sentir l'absence de plan que nous avons déjà signalée dans leurs enseignements. J'en citerai seulement un exemple : ils traitent toujours de l'usure (ribâ) en même temps que de l'achat proprement dit. Or, ce sujet devrait évidemment être renvoyé au chapitre du prêt de consommation.

(1) Donner est pris ici dans le sens du latin *dare*, transmettre la propriété. Rapprocher spécialement de cette section ma thèse : *De Contractu « do ut des » (al-bai')*, *jure Mohammedano* Leyde, 1868.

(2) Cette convention est sanctionnée par le Coran, II, 276 ; xxx, 45. La transmission de la propriété s'appelle, en arabe, tamlik.

(3) Le mot salam signifie « tradition ». Il implique la livraison du prix, mais non celle de l'équivalent dont la tradition est différée.

VENTE

Outre les conditions ordinaires requises pour la validité des conventions, le vendeur (bâi') et l'acheteur (mochtarl) doivent avoir la libre disposition (1), celui-ci de la chose qu'il donne comme prix (thaman), celui-là de la chose qu'il offre comme équivalent. Il est nécessaire qu'ils puissent en disposer soit comme propriétaires (mâlik), soit comme mandataires (wakil), soit comme tuteurs (wali), soit à tout autre titre. Celui qui, sans droit, vend un objet est appelé fodhouli; la convention qu'il conclut est nulle (bâtil), d'après Châff'i. Abou Hanifah enseigne l'opinion contraire; mais, bien entendu, le véritable propriétaire a le droit de déclarer s'il maintient ou non le contrat formé sans son assentiment.

Le but de la convention est une transmission de propriété. Il faut donc que l'acheteur et le vendeur aient réciproquement le pouvoir d'effectuer la tradition réelle, l'un du prix, l'autre de l'objet vendu. Ce pouvoir s'appelle qodrat at-taslim. Il n'existe pas pour les choses qui sont hors du commerce. Les objets qui sont dans le commerce peuvent également, dans certains cas, et en vertu des dispositions de la loi, n'être pas disponibles : il en est ainsi de la chose que l'on a donnée en gage. Le même principe s'oppose à la vente d'un objet que l'on n'a pas encore en sa possession, par exemple, l'oiseau en liberté, l'animal que l'on chasse; de l'objet dont, en fait, on a perdu la possession, lors même que le droit de propriété demeurerait entier, par exemple, un esclave évadé (âbiq), un chameau égaré (dhâll). En effet, il n'est pas sûr que toutes ces choses pourront être livrées effectivement, et l'incertitude (gharar) est interdite pour le contrat de bai' aussi bien que pour toute autre convention.

Le consentement mutuel se manifeste, comme dans tous les contrats, par une offre (idjâb) suivie d'une acceptation (qaboul). L'une et l'autre peuvent être conditionnelles d'après les Châff'ites, mais non d'après les Hanafites. Ces derniers s'appuient à ce sujet sur une parole du Prophète dont ils dénaturent absolument la portée.

Les deux parties sont encore obligées d'effectuer la tradition (taslim) (2). La livraison n'est complète qu'après la prise de possession effective (qabdh) par l'autre partie. C'est la prise

(1) Ce droit s'appelle wilâyah, littéralement : domination, autorité.

(2) Si la vente est faite au comptant, l'une des parties n'est pas astreinte à faire la livraison avant que l'autre partie ne soit en mesure de livrer l'équivalent.

de possession qui produit les effets attachés, par le droit romain et par certaines législations européennes, à la tradition, c'est-à-dire à l'acte de celui qui transfère. Entre autres conséquences, notons les suivantes :

1° La propriété des objets n'est acquise que par la prise de possession (qabdh) (1).

2° La prise de possession fait passer la chose aux risques de l'acquéreur et le prix aux risques du vendeur (2).

3° C'est seulement après la prise de possession que chaque partie peut disposer de l'objet qui lui a été transféré.

Ainsi, pour revendre la chose achetée, l'acquéreur doit attendre d'en avoir pris possession (3).

A moins de stipulation contraire, la livraison de l'objet vendu et le paiement du prix doivent avoir lieu immédiatement, ce qui revient à dire que la vente est faite au comptant (hâlan). Il ne s'en suit pas qu'il faille nécessairement avoir la bourse à la main au moment du contrat. Si l'opération est terminée dans les trois jours, elle est réputée faite au comptant.

Le vendeur et l'acheteur supportent respectivement les frais de la livraison et ceux du paiement.

La chose vendue, on l'a déjà vu, doit être dans le commerce ; elle doit, en outre, être déterminée quant à la substance (ain), à la quantité (qadr) (4) et à la qualité (çifah ou kaifiyah). C'est pourquoi il n'est pas permis, selon Châff'i (5), de vendre une chose qui, ne se trouvant pas sur les lieux, n'aurait pas été vue précédemment par les deux parties. Il n'est fait exception que pour les choses fongibles (mâl mithli) qui peuvent être vendues soit sur description, soit sur échantillon (ain).

De même, on ne peut vendre une chose qui n'existe pas

(1) En droit français, au contraire, la propriété se transfère par le simple consentement.

(2) Le droit musulman n'admet donc pas la règle du droit romain : « *commodum et periculum rei vendite ad emptorem pertinet ante traditionem* ».

(3) Néanmoins, il est quelquefois permis de disposer avant la prise de possession. Ainsi, l'on peut affranchir ou marier l'esclave acheté, mais non encore livré. L'on peut aussi disposer par testament des choses achetées mais non encore livrées. Abou Hanifah permet même, en général, que l'on dispose des immeubles achetés, avant qu'ils n'aient été livrés.

(4) La quantité (ou la quotité) peut être fixée de la manière qui convient aux parties. Il n'est pas nécessaire de l'exprimer en mesures ou poids officiels.

(5) Le rite hanafite ne mentionne pas cette prohibition. Il admet la vente sur simple description, même des choses non fongibles (mâl qimi).

encore, par exemple, du blé en épis, si ce n'est par un contrat de salam, ainsi qu'on le verra ci-après (1).

De même encore, on ne vendra pas une marchandise en bloc (kharçan ou djozâfan) à moins qu'il ne s'agisse de choses fongibles prises en grande quantité; et, dans ce cas, il est nécessaire que chacun des éléments de la masse n'ait pas, par lui-même, une valeur déterminée. Ainsi, ce mode de vente est toléré pour un tas de grain; il ne l'est pas pour un tas de pierres précieuses ou de perles.

OPTION

Lors même qu'une vente remplit toutes les conditions qui viennent d'être spécifiées, lors même que la prise de possession a eu lieu, le contrat peut encore, dans certains cas, être annulé par l'une des parties ou, plus exactement, privé d'effet. Les Arabes nomment ce droit khiyâr (littéralement : *option*); ils distinguent :

1° Le khiyâr al-madjlis, ou droit pour chacune des parties de rompre le contrat tant qu'elles se trouvent encore l'une et l'autre au lieu (madjlis) où il a été conclu. Ce droit n'est admis que par les Châffites; mais il est de telle nature que l'on ne peut y renoncer par le contrat. C'est là une bizarrerie qui choque nos idées juridiques. Aux yeux des Occidentaux, la convention est parfaite et lie les parties dès que le consentement est exprimé de part et d'autre. Il n'en est pas de même en droit mahométan. Il faut avoir assisté à la conclusion d'un marché entre Orientaux; il faut avoir été témoin des discussions oiseuses qui précèdent chez eux les plus simples transactions de la vie ordinaire, savoir ce qu'ils perdent de temps à marchander, à vanter leur marchandise, pour se rendre compte de la difficulté qu'on éprouve, avec eux, à passer des pourparlers à l'accord. Le plus souvent, le seul indice d'une entente définitive est de voir les contractants se quitter.

2° Le khiyâr ach-chart, ou l'option conventionnelle. C'est le droit que chacune des parties se réserve, pendant un certain délai, d'annuler l'acquisition et de restituer l'objet vendu ou le prix. Cette option n'est pas de droit comme la précédente. Elle ne peut être stipulée que pour trois jours au plus. En

(1) En revanche, on peut vendre les épis eux-mêmes comme fourrage sous la condition qu'ils seront coupés immédiatement. Il en est de même de la vente des fruits avant l'apparition des signes de la maturité.

fait, ce droit répond à notre vente à l'essai. Mais la propriété de la chose achetée (1) demeure à celui en faveur duquel l'option a été stipulée.

Le droit d'option s'éteint : Par l'expiration du délai convenu ; — par la renonciation expresse de celui qui pouvait l'exercer ; — par la renonciation tacite : cette dernière renonciation résulte de tout acte impliquant l'intention de ne pas faire usage de la faculté de restituer.

3° Le khiyâr ar-rôyah, option d'examen. C'est, d'après les Hanafites, le droit attribué à celui qui achète une chose hors vue, de la restituer *pro libitu*, et, par conséquent, de résoudre le contrat d'achat.

Châfi'i prétend, — et avec raison, du moins si l'on se place à son point de vue, — qu'une chose non présente n'a pu être vendue que sur échantillon ; que, dès lors, et si elle n'est pas conforme à l'échantillon, l'option dont il s'agit au numéro suivant suffit parfaitement à garantir l'acheteur de tout préjudice.

D'après les Hanafites, non seulement cette option existe de droit, mais encore on ne peut y renoncer à l'avance.

4° Le khiyâr al-'aib, ou option pour vices rédhibitoires ('aib). C'est le droit que possède l'acheteur de restituer la chose acquise, si, après la prise de possession, il est démontré qu'elle ne remplit pas les conditions fixées, ou bien si elle présente des vices (2) que, normalement, il n'était pas possible de reconnaître, et tels que, connus de l'acheteur, ils eussent empêché la conclusion du contrat ou motivé des conditions différentes.

On considère comme vices rédhibitoires : pour une monture, d'être tellement vicieuse que l'on ne puisse la monter ; — pour la femme esclave ou l'homme esclave, d'être enclin au vol, de mauvais caractère ou malade ; — pour une pièce de terre, d'être grevée de kharâdj (3), etc.

Cette option est de droit ; mais il est permis de convenir qu'elle ne sera pas exercée à raison des vices que le vendeur ne connaissait pas lui-même.

L'acquéreur a le choix, ou de restituer la chose, ou, en cas

(1) Bien entendu, après la prise de possession (qabdh).

(2) Ces vices doivent naturellement exister au moment où la chose est encore aux risques du vendeur, c'est-à-dire avant la prise de possession par l'acheteur.

(3) Sorte d'impôt foncier. Il en sera question plus loin.

d'impossibilité, d'exiger, à titre d'indemnité (arch), une réduction proportionnelle du prix d'achat.

Le droit d'option s'éteint si, après avoir constaté les vices, l'acheteur n'en donne pas connaissance, dans le plus bref délai possible, soit au vendeur, soit au qâdhi, s'il continue à se servir ou s'il dispose de la chose. Cependant, Abou Hanifah se montre moins sévère que Châfi'i sur la nécessité de la notification immédiate.

Avant de terminer ce que nous avons à dire du contrat d'achat, nous ferons observer :

1° Qu'il est rigoureusement interdit de simuler une vente à pacte de rachat (mokhâtarah) (1), pour stipuler des intérêts défendus. En effet, en droit musulman, s'il s'agit de choses qui, selon la loi, n'admettent point la stipulation d'intérêts, toute stipulation d'intérêts, même minime, a le caractère de l'usure (ribâ) (2) et comme telle est sévèrement prohibée. Or, rien n'est plus facile que de dissimuler une convention d'intérêts, non seulement sous les dehors d'un prêt de consommation, mais sous l'apparence de tout autre contrat dont le but est la remise d'un objet contre la livraison d'un équivalent. Aussi les juristes arabes ont-ils détaillé, avec la subtilité la plus minutieuse, les dispositions prohibitives de la loi en pareille matière.

2° Qu'il est pareillement défendu de conclure un contrat d'achat où l'on ne spécifierait ni la valeur ni le prix (3).

Il est permis, au contraire, de céder immédiatement à une tierce personne la chose achetée, soit avec bénéfice (morâbahah), soit sans bénéfice (lawliyah), soit à perte (mowâdha'ah ou mohâttah).

L'accaparement (ihtikâr) des denrées alimentaires en vue

(1) Cette prohibition n'empêche pas que, surtout en Extrême-Orient, les Musulmans, et même les Musulmans qui se piquent de piété, ne choisissent d'ordinaire, pour masquer leurs conventions usuraires, la vente à pacte de rachat. V. mon ouvrage : *Le Hadhrâmout et les Colonies Arabes dans l'Archipel Indien*, Batavia, 1886, p. 136 et suiv.

(2) Coran : II, 276-279; III, 125; XXX, 38. L'usure, avec l'idolâtrie, le meurtre des proches parents, la diffamation, la dissipation du patrimoine des orphelins, la désertion (firâr), la désobéissance à ses parents, tels sont les sept péchés capitaux. Baidhâwi ad Cor., IV, 35.

(3) Il sera question, au chapitre suivant, des objets spécifiés ('ain) et des objets non spécifiés (dain).

de s'assurer un monopole ou même de faire hausser les prix doit être réprimé par les pouvoirs publics.

ÉCHANGE

L'échange (moqâyahhah), en droit musulman, se trouve, à part quelques distinctions très subtiles et spéciales au rite Hanafite, soumis à des règles identiques à celles qui gouvernent le contrat d'achat.

CHANGE DE MÉTAUX PRÉCIEUX

Le change (çarf) est un contrat par lequel deux personnes échangent entre elles des métaux précieux, soit de même espèce, soit d'espèces différentes. Si les métaux sont de même sorte, la tradition de l'un et de l'autre doit avoir lieu simultanément, et les quantités échangées doivent être égales. S'ils sont d'espèces différentes, les quantités échangées ne seront pas égales. Ces prescriptions ont pour but d'empêcher les manœuvres usuraires.

Je ne pourrais, sans excéder les bornes de ce Manuel, indiquer toutes les espèces examinées par les auteurs arabes; j'indique seulement le principe. Si le lecteur l'a compris, il en tirera facilement les déductions nécessaires.

TRANSACTION

La transaction (çollh) est un contrat par lequel deux parties, se résignant à un sacrifice réciproque, terminent un différend ou préviennent un procès imminent. C'est là, au point de vue religieux, un contrat des plus méritoires (1).

Il est nécessaire que, de chaque côté, il y ait abandon d'une prétention ou d'un objet. C'est pour ce motif que les Musulmans assimilent presque entièrement cette convention au contrat d'achat. D'après Châfi'i, il est absolument indispensable que la demande soit reconnue, du moins en partie, par le débiteur.

(1) Coran : IV, 127.

S'il ne reconnaît pas la prétention de son adversaire et si, néanmoins, il renonce à sa propre prétention, il n'y a plus de sacrifice réciproque; la convention change de caractère; elle se convertit en donation.

Abou Hanifah est d'un avis différent. Il est très possible, dit-il, que, tout en prétendant ne rien devoir, je me résigne cependant à un sacrifice pour échapper aux chances toujours incertaines d'un procès; si je l'évite, j'aurai remporté un avantage véritable.

On distingue deux sortes de transactions : le *çolh al-ibrâ*, et le *çolh al-mo'avadhah*. Par la première, le créancier, pour éviter les frais et les ennuis d'une poursuite, fait à son débiteur remise d'une partie de la dette et se contente du paiement immédiat du surplus ou de quelque autre prestation. Voici un exemple de la seconde : Zaid prétend avoir un droit contre 'Amr; 'Amr, de son côté, élève une réclamation contre Zaid. Chacun d'eux abandonne ses droits vrais ou prétendus, et l'affaire en reste là.

Selon Châfi'i, la transaction de la première espèce ne peut être conclue sous condition (*chart*).

Le contrat de transaction est, au surplus, soumis aux règles énoncées à l'occasion du contrat de vente, à cette seule différence près, que la transaction peut porter sur des prétentions qui ne sont pas connues dans toute leur étendue.

LOUAGE

Le louage (*idjôrah*) est un contrat par lequel une personne cède pour un temps déterminé l'usage (*manfa'ah*) d'une chose ou son travail (1), moyennant un équivalent appelé prix du louage (*odjrah*). Le preneur se nomme *môtâdjir*, le loueur *môdjir*, et l'objet loué *'ain mostâdjarah* ou *moktarâh* (2).

Cette convention ne peut naturellement porter que sur des choses qui ne se consomment pas par l'usage.

Les juristes romains avaient déjà compris les nombreux points d'attache qui existent entre le louage et la vente. Mais

(1) A raison de l'esclavage, le louage de services a forcément beaucoup moins d'importance dans le droit musulman que dans le nôtre.

(2) La sanction de ce contrat se trouve dans le Coran : xxviii, 26 ; lxxv, 6. Ces passages n'ont trait qu'au louage de services.

Celui qui loue ses services s'appelle *adjir*, mot qui est aussi employé dans le sens de locataire d'une chose.

le droit mahométan a poussé beaucoup plus loin les conséquences de ce principe.

La seule différence saillante qu'il reconnaisse entre les deux conventions réside en ceci que, selon Châfi'i, l'on ne peut vendre la chose d'autrui dont on est détenteur, tandis qu'on peut la louer. Le louage ne transmet, en effet, qu'une jouissance temporaire, et non pas un droit de propriété (milk), et le preneur est tenu, comme le débiteur lui-même, de prendre soin de la chose; le tout, bien entendu, sans préjudice du droit du propriétaire contre le détenteur.

Les Hanafites ne mentionnent pas cette distinction : comme nous venons de le voir, ils reconnaissent la validité provisoire de la vente de la chose d'autrui par le détenteur.

Le bailleur doit, en se conformant à l'usage des lieux, faire le nécessaire pour procurer au preneur la jouissance de la chose louée ou le travail promis. Il doit, par exemple, entretenir la maison louée en état de servir à l'habitation. Mais les dépenses inhérentes à l'usage même sont à la charge du preneur. Ce dernier peut, d'ailleurs, faire de la chose louée tout usage licite, et conforme à la nature de l'objet, à moins qu'il ne soit intervenu des stipulations particulières.

S'il abuse de la chose louée, il doit réparer le dommage causé par l'abus. Mais si l'objet subit, sans sa faute, une dépréciation, ou péril complètement, la perte est pour le bailleur.

Le louage est soumis à toutes les options (khiyâr) si ce n'est, dit Châfi'i, au khiyâr ach-chart. Mais il ne faut pas oublier que le caractère des vices rédhibitoires, qui donnent lieu au khiyâr al-'aib, est bien moins d'atteindre l'essence de la chose louée que d'en empêcher l'usage; il est indifférent que les vices aient existé avant la prise de possession par le preneur, ou bien qu'ils se soient manifestés plus tard, pourvu qu'ils ne procèdent pas de la faute de celui-ci.

Le prix du louage ne consiste pas nécessairement en argent. Toute autre chose, toute autre prestation peut servir d'équivalent, pourvu que cet équivalent soit certain, et ne reste pas indéterminé. Il doit être payé à l'époque fixée par le contrat; à défaut de stipulation, il est payable comptant.

A l'expiration du bail ou du temps fixé pour l'usage, le preneur doit rendre la chose louée.

Le contrat de louage se résout par la perte de la chose louée; mais il n'est résolu ni par la mort des parties (sauf pourtant le louage de services) ni par la vente de la chose louée (1).

(1) Abou Hanifah prohibe la vente pendant la durée du bail, à moins qu'elle ne soit faite au preneur.

Le contrat de louage est résolu par la notification d'un congé ; mais le congé ne peut être donné que si le louage n'a point de durée déterminée : il doit être accordé, dans ce cas, au preneur, un délai raisonnable pour vider les lieux. Abou Hanifah laisse, en outre, au preneur, le droit de résilier le contrat, fût-il conclu pour une durée déterminée, s'il est empêché, par un cas de force majeure, de faire usage de la chose louée, ou d'utiliser les services.

Il y a trois espèces de louage méritant une mention spéciale :

1° Le marché à prix fait (dji'âlah ou istiçnâ') : une personne s'engage, moyennant un salaire déterminé, à accomplir un certain travail ('amal). Le salaire s'appelle djo'l ; l'entrepreneur 'âmil, et le maître, çâhib al-'amal. Cette convention, il faut le remarquer, peut avoir pour objet même un travail indéterminé, par exemple la capture d'un esclave ou d'un chameau qui s'est enfui. Tant que le travail n'est pas commencé et que le prix n'est pas payé, chacune des parties peut se désister. Si le travail est commencé sans que le salaire soit payé, l'entrepreneur conserve le même droit ; mais s'il en fait usage, il ne peut réclamer le paiement, même partiel, du salaire convenu.

2° Le bail à portion de fruits (mosâqâh) (1) : c'est, d'après Châfi'i, le contrat par lequel le propriétaire (rabb al-mâl) d'une plantation de palmiers ou de vignes convient avec un cultivateur ('âmil) que celui-ci exploitera le terrain pendant un temps déterminé et recevra en paiement une portion fixée à l'avance des fruits à recueillir. Cette portion est généralement d'un tiers ou d'une moitié. D'après les Hanafites, le contrat de mosâqâh peut s'appliquer encore à des arbres autres que le palmier et la vigne.

3° La mozâra'ah (2), c'est-à-dire une convention analogue à la précédente, mais relative, comme l'indique son nom, aux terres labourables et non plus aux terrains plantés d'arbres. Châfi'i considère que cette convention n'est pas permise, si ce n'est comme accessoire de la précédente (3).

Ces deux dernières conventions sont, du reste, soumises

(1) Littéralement : contrat d'arrosage.

(2) Littéralement : contrat d'ensemencement.

(3) Châfi'i interdit absolument ce contrat dans les cas où le cultivateur aurait à fournir les semences. Dans cette hypothèse, la convention prendrait plutôt le nom de mokhâbarah.

à toutes les règles du contrat de louage. Elles sont d'un usage très fréquent dans tous les pays musulmans. Quant à la fourniture des bêtes de labour, etc., les parties sont libres de stipuler les conditions qui leur plaisent, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux principes généraux de droit ou à la nature de la convention.

SALAM

On appelle salam ou salaf un contrat par lequel un bailleur de fonds (rabb al-mâl) remet présentement à une autre personne, dite moslam ilaih, un capital (râs al-mâl) (1) dont l'équivalent, consistant en une certaine quantité de choses fongibles, lui sera livré, par cette personne, dans un délai déterminé.

Il n'est pas nécessaire, dit Châff'i, que l'objet du contrat existe déjà ; mais il doit être exactement décrit dans la convention (dsimmah). En effet, une manifestation de volonté en termes généraux ne saurait être suffisante dans un contrat qui laisse déjà tant de place à l'indétermination (gharar) (2).

Cette convention est l'une de celles auxquelles recourt le plus fréquemment, en pays mahométan, le cultivateur désireux de convertir en espèces sonnantes sa récolte sur pied, ou même l'espoir d'une récolte alors qu'il n'a encore ni planté, ni semé. C'est souvent, pour lui, le seul moyen de satisfaire aux extorsions des administrateurs ou de se procurer les capitaux dont il a besoin pour rendre son travail plus productif.

C'est à l'absence de tout système hypothécaire dans le droit musulman qu'il faut attribuer en grande partie la popularité du contrat de salam.

(1) Littéralement : tête du bien, caput, capital.

(2) Coran : II, 282. Le contrat de salam fournit un exemple frappant des efforts auxquels ont dû se livrer les commentateurs pour rattacher au Coran certains actes juridiques. « O vous qui croyez ! dit le Prophète (*loc. cit.*), lorsque vous contractez une dette payable à une époque fixée, tenez-en note : qu'un écrivain la mette fidèlement par écrit, etc. » Tous les docteurs sont d'accord pour voir dans ces paroles l'autorisation de vendre avec avance du prix. Fort heureusement un hadith du Prophète est venu éclairer l'obscurité du texte : « Quand vous contractez sous la forme du salam, le poids ou la mesure de la marchandise, ainsi que le terme de la livraison, doivent être déterminés. » Conf. M. Zeys : *Traité Élémentaire*, I, 303.

Châfi'i estime que la prestation de la chose, objet du contrat, peut avoir lieu soit à terme, soit au comptant (hâlan). Mais Abou Hanifah fait observer que, dans cette dernière hypothèse, le contrat change entièrement de nature ou plutôt n'a aucune raison d'être.

Le prix doit, dans tous les cas, être versé immédiatement et au lieu même où se conclut la convention. L'on ne pourrait, en pareille matière, admettre l'usage de la délégation (hawâlah).

Le terme (adjal) de la livraison doit être déterminé d'une manière précise et conforme aux usages du pays. Suivant Châfi'i, le débiteur peut, s'il le désire, livrer par anticipation la chose qu'il a promise. Il satisfait ainsi à son obligation à moins, bien entendu, qu'il n'ait, à dessein, choisi pour la livraison une époque susceptible de causer au créancier un grave préjudice. Abou Hanifah enseigne, au contraire, que le créancier ne saurait être forcé de recevoir, avant l'échéance, les choses dont il a avancé le prix.

Le lieu où s'effectuera la livraison doit être également déterminé. Faute d'indication de ce chef, la remise se fera, d'après Châfi'i, au lieu même où le contrat a été conclu ; tandis que suivant Abou Hanifah la convention entière sera nulle.

La chose dont le prix est avancé se nomme moslam fih. Ce doit être un objet non déterminé (dain), c'est-à-dire un objet qui, au point de vue juridique, n'ait pas encore d'existence propre et distincte. La convention ne fait naître qu'une obligation de livrer. L'objet du contrat doit donc être une chose fongible, susceptible d'être décrite en quantité et en qualité.

Abou Hanifah ajoute qu'il ne peut consister en argent monnayé, ni en animaux, ni en viande.

De plus, la chose ne doit avoir subi, dans sa nature, aucune modification résultant de l'action du feu : ce ne pourrait donc être, par exemple, du pain. Elle ne doit pas être de l'espèce des choses rares ou qui se trouvent seulement par petites quantités.

Si un désastre général et imprévu met le débiteur dans l'impossibilité de faire la livraison au jour fixé, le créancier a le droit de demander la restitution de son capital. Mais s'il ne prend pas ce parti, il doit accorder un délai. Le débiteur a, de même, la faculté, dans ce cas, de résoudre la convention en remboursant l'avance.

Le contrat de salam ne comporte pas le khiyâr ach-chart. C'est une conséquence nécessaire de la nature même de son objet.

PRÊT DE CONSOMMATION

Le prêt de consommation (qardh) est une convention par laquelle une personne (appelée moqridh) remet une certaine quantité de choses fongibles (1) à une autre personne (appelée moqtaridh ou mostaqridh) qui s'engage à rendre à la première, dans un délai déterminé, une égale quantité de choses de même nature.

Il est sévèrement interdit de rendre des objets de valeur supérieure à ceux qui ont été prêtés. Toute plus-value, si minime qu'elle fût, constituerait une usure (ribâ) (2). Ce contrat ne peut donc être profitable qu'au débiteur. Il est très recommandé aux Croyants (3).

Abou Hanîfah étend à toutes les choses fongibles l'interdiction de ribâ. Châfi'i la restreint, au contraire, à l'or, à l'argent et aux denrées alimentaires (4). Mais, de l'avis des deux imâm, il importe peu que les métaux précieux soient monnayés ou transmis sur simple pesée. Dans l'un et l'autre cas, il est formellement défendu de recevoir plus qu'on n'a donné (5).

(1) Pourvu qu'il ne s'agisse, dit Abou Hanîfah, ni d'animaux, ni de pièces d'étoffe, ni d'esclaves.

(2) Châfi'i admet une exception pour l'échange de dattes sèches ou de raisins secs contre dattes ou raisins sur pied. Encore, la quantité doit-elle être inférieure à cinq wasq ou charges de chameau. Cette convention s'appelle contrat des 'arâyâ (pluriel de 'ariyah).

(3) Coran : II, 246, 278 ; V, 15 ; LVII, 11, 17 ; LXIV, 17 ; LXXIII, 20.

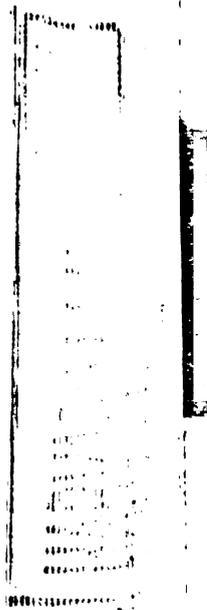
(4) On appelle mâl ribawî les objets soumis à l'interdiction de ribâ. Par *denrées alimentaires*, il faut entendre ici : blé, riz, viande, pain, etc., bien que quelques-unes de ces choses ne se trouvent pas encore dans l'état où elles se consomment. A cet égard, Abou Hanîfah comprend l'idée du prêt et de l'intérêt d'une manière plus exacte que la plupart des législateurs occidentaux.

(5) C'est en vertu du même principe que le droit musulman prohibe le prêt à la grosse aventure et l'assurance qui a pris chez nous une si grande extension. Il est vrai que, dans les deux cas, si l'on fait abstraction de l'*alea* qui domine la convention, l'on donne moins d'argent que, sous certaines conditions, l'on n'en doit recevoir.

MARIAGE

Le droit musulman considère le mariage (nikâh) comme un contrat par lequel on achète fictivement du tuteur le droit aux faveurs d'une femme.

Cette convention a trop d'influence sur le droit familial pour être traitée à cette place. Elle fera la matière d'un chapitre distinct.



SECTION III

DES AUTRES CONVENTIONS

Les auteurs musulmans rangent sous ce titre les conventions suivantes :

NANTISSEMENT

Le nantissement (rahn) (1) est la remise, faite en garantie du paiement de la dette, par le débiteur, d'un objet quelconque entre les mains ou en la possession du créancier, ou même entre les mains ou en la possession d'un tiers (2).

Celui qui fournit le nantissement s'appelle râhin ; le créancier nanti s'appelle mortahin.

Il est permis de donner en gage toutes les choses qui sont déterminées ('ain) et dont le constituant a la libre disposition ; en d'autres termes toutes les choses dont la vente est licite. On ne peut donc mettre en gage la chose d'autrui, si ce n'est en vertu d'une procuration ou d'une autorisation, ou en qualité de tuteur, de curateur, etc.

Le nantissement peut, d'ailleurs, avoir pour objet des meubles aussi bien que des immeubles. Châfi'i permet même d'engager une portion indivise d'une chose. Mais dans ce cas, le juge doit désigner une personne qui restera dépositaire de la chose tant que subsistera le droit de gage. Abou Hanifah n'admet pas la validité du nantissement portant sur une part indivise.

A-t-on donné en gage des choses qui, par nature, ne sont pas susceptibles de se conserver, il y aura lieu de les vendre, mais le plus tard possible. Le prix sera conservé en nantissement.

Toutes les dettes qui ont une existence légale, et même, d'après Abou Hanifah, les dettes futures, peuvent être garanties par un gage. Il faut en excepter toutefois les dettes dites *de confiance*, c'est-à-dire les obligations qui naissent du dépôt, du commodat, de la société, etc., de même que les obligations

(1) Coran : II, 283.

(2) Le contrat de nantissement ne devient irrévocable que par la prise de possession par le créancier ou par la tierce personne à qui l'objet sera confié.

ex delicto, telles que l'obligation de subir la peine du talion (qiçâç) (1).

Châff'i enseigne, en outre, que l'objet engagé est simplement *confié* (amânah) au créancier. Celui-ci n'est donc pas responsable de la perte ou de la dépréciation, à moins qu'elle ne soit imputable à sa faute ou à sa négligence. Abou Hanifah rend, au contraire, le créancier responsable dans tous les cas; il considère la dette comme éteinte par la perte fortuite du gage. Bien plus: si la valeur de l'objet excédait l'importance de la dette, le créancier devrait, en cas de perte, restituer la différence au débiteur. Le même juriste soutient aussi que la dette est éteinte, si le gage, consigné entre les mains d'un tiers dépositaire, soit du consentement des deux parties, soit sur l'ordre du juge, vient à périr durant la consignation.

Le débiteur ne peut se soustraire au paiement en abandonnant le gage au créancier. Celui-ci peut, au contraire, si la dette n'est pas acquittée à l'échéance, contraindre le débiteur, au besoin par les voies judiciaires (2), à convertir le gage en argent: il est payé sur le prix, de préférence à tous autres créanciers.

D'après Abou Hanifah, le créancier peut recevoir, dans le contrat de nantissement, l'autorisation irrévocable de poursuivre lui-même, à défaut de paiement de la dette, la réalisation du gage, et de se rembourser sur le produit.

Le détenteur du gage n'est pas tenu de le restituer avant que la dette n'ait été intégralement payée. Un paiement partiel n'est pas une libération, car le droit de gage est indivisible.

Aucune des deux parties ne peut aliéner la chose donnée en gage, ni la donner de nouveau en nantissement. On admet, toutefois, une exception pour le cas où le débiteur affranchit l'esclave, ou fait omm walad la femme esclave qu'il a donnée en gage: la disposition est valable au regard des esclaves, et le débiteur satisfait à son obligation en constituant un nouveau gage, ou en remettant au créancier la valeur des esclaves ainsi mis hors du commerce.

Les fruits naturels de la chose engagée appartiennent au débiteur. Selon Châff'i, il est libre de les recueillir quand il lui plait, à moins qu'il ne doive en résulter une dépréciation de l'objet. D'après Abou Hanifah il n'a point cette faculté: sauf stipulation contraire, tous les fruits demeurent attachés à la chose, jusqu'à paiement intégral de la dette.

(1) L'on peut au contraire garantir par un gage l'obligation pécuniaire, conséquence d'un délit, par exemple, le paiement du prix du sang (diyab).

(2) C'est-à-dire en vertu d'un ordre du qâdhi.

Aucune des deux parties ne peut se servir de l'objet engagé, sans le consentement de l'autre partie. Il est permis de stipuler que le créancier gagiste en aura la jouissance, pourvu que cette jouissance n'en diminue pas la valeur. Par exemple, s'il s'agit d'une bête de course, on peut convenir qu'il la montera de temps en temps.

De même, le créancier peut restituer le gage au constituant à titre de précaire, par exemple pour donner à celui-ci la possibilité d'en recueillir les fruits (1).

Quant aux dépenses nécessitées par le gage, il est de règle qu'elles soient supportées par le constituant, qu'elles aient pour objet la conservation ou l'entretien de la chose. Le constituant reste, en effet, propriétaire de la chose; c'est donc à lui que ces dépenses profitent le plus directement. Mais les frais nécessaires pour la garde de l'objet sont à la charge du créancier.

DÉLÉGATION

La délégation (*hawâlah*) est le paiement que fait le débiteur en cédant au créancier la créance qu'il a lui-même sur un tiers. Ainsi, 'Omar doit à Zaid 100 dinâr, et il est créancier de pareille somme sur 'Amr: il transporte à Zaid sa créance sur 'Amr. Châfi'i n'exige, pour la validité du transport, que le consentement de Zaid, et non celui de 'Amr. En effet Zaid peut avoir intérêt à conserver pour débiteur 'Omar qui peut être plus solvable ou moins processif que 'Amr. Ce dernier, au contraire, doit toujours payer: il lui est absolument indifférent de le faire entre les mains de 'Omar ou dans celles de Zaid. Abou Hanifah exige néanmoins son consentement.

Le délégant est appelé *mohîl*; le délégataire, *mohtâl*; et le délégué *mohâl 'alaih*. Nous les avons respectivement personnifiés, dans l'exemple précédent, sous les noms de 'Omar, Zaid et 'Amr.

La délégation éteint la dette de 'Omar: mais la portée du contrat varie, suivant le rite que l'on suit. Châfi'i estime que,

(1) Nous ne trouvons, par conséquent, dans le droit musulman, que l'un des aspects sous lesquels se présentait, à Rome, le droit de gage: c'est le *pignus depositum* joint au *precarium*. Nous n'y rencontrerons pas l'*hypotheca*, le simple droit réel protégé par l'*actio quasi-Serviana*.

l'insolvabilité de 'Amr fût-elle, plus tard, démontrée, Zaid, en acceptant la délégation, a perdu tout recours (rodjou') contre 'Omar; en pareille matière, on ne pourrait même, d'après lui, stipuler l'action récursoire. Abou Hanifah décide, au contraire, que la dette de 'Omar n'est éteinte que conditionnellement; elle revivra du moment où Zaid aura fait à 'Amr un commandement infructueux.

Est nulle la délégation consentie pour éteindre une dette non existante, ou une créance non valable, par exemple le prix d'une vente illicite.

Ces principes ont donné naissance à un système de change très primitif et qui diffère profondément du nôtre. Chez les Arabes, la lettre de change n'a jamais une existence indépendante de la cause matérielle de la dette: elle n'est pas, comme chez nous, un pouvoir de toucher; c'est le pouvoir de faire valoir une prétention.

CAUTIONNEMENT

Le cautionnement (dhamân ou kafâlah) est le contrat par lequel une personne se rend garante de l'exécution par un tiers de l'obligation incombant à ce tiers. Il donne au créancier le droit d'exiger l'exécution soit du débiteur principal, soit de la caution (1).

La caution ou fidéjusseur se nomme dhâmin ou kâfil; l'obligation garantie, madhmoun boh ou makfoul boh; le débiteur cautionné, madhmoun 'anoh ou makfoul 'anoh (2); le créancier, bénéficiaire du cautionnement, madhmoun loh ou makfoul loh.

L'on peut se porter caution pour tout débiteur, même à son insu, ou sans son consentement; car il est évident que nul ne peut empêcher que ses dettes soient acquittées par un tiers. Mais, en pareil cas, le fidéjusseur n'a aucun recours (rodjou') contre le débiteur ainsi libéré. Il en est différemment quand le débiteur a consenti au cautionnement.

L'obligation garantie par le cautionnement doit être valable. Châfi'i exige, de plus, qu'elle soit absolument déterminée.

(1) Le bénéfice de division et celui de discussion n'existent pas, *ipso jure*, en droit mahométan. Mais rien n'empêche qu'ils ne soient stipulés à l'occasion du cautionnement.

(2) Il est habituellement désigné par le terme de débiteur principal : aqil.

D'après lui le cautionnement ne peut être affecté d'une condition.

Abou Hanifah tolère la condition, de même que le cautionnement, pour une dette qui n'est pas absolument déterminée.

On appelle spécialement kafalah le cautionnement qui a pour objet, non pas la dette, mais la personne du débiteur, c'est-à-dire celui par lequel un fidéjusseur s'engage à faire comparaître le débiteur en un lieu et à une date déterminés.

Suivant Châfi'i, le *cautionnement de comparution* n'est pas accepté pour les personnes qui ont commis un crime passible d'une peine non rémissible par la partie lésée.

D'après Abou Hanifah, ce cautionnement est licite. Toutefois le qâdhî ne peut l'exiger, et le fidéjusseur ne pourrait être condamné à la peine afflictive édictée pour le crime ; il pourrait seulement être emprisonné, à titre de contrainte par corps, s'il ne remplissait pas l'obligation qu'il a prise de faire comparaître l'auteur du crime.

Le cautionnement ne serait pas valable si la personnalité du débiteur ou du créancier se confondait avec celle du fidéjusseur. Nul ne peut se rendre caution envers soi-même, ou pour soi-même.

L'extinction de la dette principale par le paiement ou de toute autre manière entraîne l'extinction du cautionnement. Au contraire, la libération de la caution n'opère pas celle du débiteur principal.

SOCIÉTÉ

La société ou association (chirkah) est un contrat par lequel deux parties, dites associées (chârik ou charik), apportent chacune quelque chose à un fonds commun qui leur servira à exploiter un commerce ou une industrie.

L'apport de chacun peut consister, suivant Châfi'i, ou en argent monnayé ou autres choses fongibles : mais les deux capitaux doivent être de même nature et confondus l'un avec l'autre. D'après Abou Hanifah, ces conditions ne sont pas indispensables. Ainsi, deux portefaix peuvent s'associer, selon lui, pour exercer leur métier en commun. Il défend seulement de s'associer pour couper du bois, pour cueillir de l'herbe, ou pour chasser.

Chacun des associés doit avoir le droit de disposer du fonds social et de prendre part aux opérations de la société.

Le gain (ribh) et la perte (khosrân) se partagent toujours, selon Châfi'i, proportionnellement aux apports. Abou Hanifah laisse aux parties le soin de déterminer les bases de la répartition, et même d'attribuer à l'un des associés un gain fixe, soustrait aux chances de l'entreprise.

Les personnes qui ont trafiqué avec la société n'ont de recours que contre celui des associés avec lequel elles ont traité.

La société est dissoute par la perte du capital, ou de l'apport total de l'un des membres ; par la mort, la folie ou l'apostasie de l'un des associés (1). Chacun de ceux-ci peut, d'ailleurs, se retirer de l'association quand il le juge à propos.

MANDAT

Le mandat (wikâlah) est un contrat par lequel une personne, appelée mowakkil, en charge une autre (wakil) d'accomplir une chose en son nom ou à sa place (2).

En thèse générale, on peut constituer un mandataire pour tous les actes que l'on peut faire soi-même. Il n'y a d'exception que pour un petit nombre d'actes essentiellement personnels, comme l'accomplissement des devoirs envers Dieu. De toutes les obligations envers Dieu, le pèlerinage et le partage des prélèvements (3) sont les seuls actes qui puissent être accomplis par mandataire.

L'on peut, en matière civile, se faire représenter devant le qâdhi par un mandataire. Les jurisconsultes modernes le recommandent expressément aux femmes.

En matière criminelle, ce droit n'appartient, naturellement, qu'au plaignant.

D'après les Châfi'ites, il faut, pour être mandataire, posséder la capacité de s'engager de son propre chef. Les Hanafites

(1) Il est très important, aux yeux des Musulmans, de ne pas lier société avec un infidèle. Celui-ci peut, en effet, être porté à pratiquer l'usure, ou à faire le commerce de choses impures. Le Musulman, complice involontaire de l'infraction, est obligé de distribuer aux pauvres, dans le premier cas, sa part de bénéfices ; dans le second, bénéfices et capital. — N. d. T.

(2) Le courtier (dallâl) est un mandataire d'une espèce particulière.

(3) V. les chapitres du Pèlerinage et des Prélèvements.

n'exigent point cette condition avec la même rigueur : ils entendent seulement que le fondé de pouvoirs soit, de fait, en état d'agir : il en est ainsi de l'esclave.

Châfi'î admet lui-même une exception à la règle générale qu'il a posée : un esclave peut s'affranchir lui-même, comme mandataire de son maître; le maître peut donner à un esclave le pouvoir de s'affranchir.

Le pèlerinage de la Mecque (1) peut être accompli par mandataire. Mais tous les docteurs exigent que le fondé de pouvoirs se soit, au préalable, acquitté pour son propre compte de ce devoir religieux.

Le mandataire doit remplir la mission (2) qui lui a été conférée; il ne peut s'en écarter sous peine d'être responsable du préjudice qui en résulterait. Il doit exécuter le mandat avec soin, et de manière à procurer au constituant tout l'avantage possible. Est-il chargé d'acheter une chose, il ne peut en être le vendeur; a-t-il charge de vendre un objet, il ne peut s'en rendre acquéreur; il en est de même de son père et de son grand-père.

A défaut de stipulation contraire, le mandat est gratuit. Le mandant doit indemniser le mandataire de tous les dommages et de tous les frais qu'il a supportés.

Si le mandataire a pris soin d'avertir les tiers avec lesquels il traitait qu'il agissait, non pour son compte personnel, mais au nom de son mandant, ce dernier se trouve engagé directement.

De ce qui a été expliqué ci-dessus, au sujet du *jus retentionis*, il résulte que le mandataire n'est pas tenu de remettre au mandant les biens qu'il a en sa possession, tant que le constituant ne l'a pas indemnisé de ses frais, etc.

Le mandat prend fin de plein droit par la mort, la folie, ou l'apostasie de l'une des parties. Chacune d'elles peut, en outre, résoudre le contrat quand bon lui semble. Mais les opérations accomplies par le mandataire, avant qu'il ait connu la révocation de ses pouvoirs, restent pour le compte du mandant. D'après Abou Hanifah, lorsque le mandant se trouve hors de la localité où opère le fondé de pouvoirs, celui-ci ne peut résoudre le contrat sans avoir prévenu l'autre partie en temps opportun.

(1) Comparer : E. Zeys, *op. cit.*, II, p. 11, texte et note 3.

(2) Le mandat est général ou spécial. Confier à quelqu'un le soin de gérer tous les intérêts du mandant ou donner au mandataire le pouvoir d'agir à son gré, c'est lui donner un mandat général. Ce mandataire est appelé *wakil motlaq*. Le mandat spécial s'appelle *wakil mo'ayyan*.

PRÊT A USAGE

Le prêt à usage (*'ariyah*) est la concession gratuite et temporaire de la *jouissance* (*manfa'ah*) d'une chose (1). La personne qui prête s'appelle *mo'ir*, l'objet prêté, *mo'ar*, et l'emprunteur, *mosta'ir*. La définition qui précède indique suffisamment que l'objet du contrat ne doit pas être de ceux qui se consomment ou qui diminuent de valeur par l'usage. L'argent monnayé ne peut être l'objet d'un prêt à usage, mais seulement d'un prêt de consommation. Comme le but de la convention est l'abandon de la jouissance, il n'est pas nécessaire que le prêteur soit propriétaire de l'objet : il peut n'en être que locataire.

L'emprunteur peut se servir de la chose empruntée suivant sa destination. Il n'est autorisé ni à la louer, ni, d'après *Châff'i*, à la prêter de nouveau, *propria auctoritate*.

Chacune des parties contractantes peut résilier la convention, quand bien même le prêt aurait été contracté pour une durée déterminée. Toutefois, cette résiliation ne saurait avoir lieu à un moment inopportun ou avec intention de porter préjudice à l'autre partie. Celui qui a prêté une pièce de terre pour servir à la sépulture d'un mort ne peut en exiger la restitution avant que le corps se soit dissous.

D'après *Abou Hanifah*, l'emprunteur n'est pas responsable du dommage ou de la perte de l'objet prêté, à moins que le dommage ou la perte ne soit imputable à sa faute ou à sa négligence, ou qu'il n'ait fait de la chose un usage contraire à la convention, à la loi ou à la coutume. Les *châff'ites*, au contraire, rendent l'emprunteur responsable du dommage ou de la perte survenue durant sa possession; il doit la valeur de la chose au moment du dommage ou de la perte (2).

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE

La société en commandite (*qirâdh*, *moqâradhah* ou *modhârabah*) est une convention par laquelle un bailleur de fonds (*rabb al-mâl*) remet à un commerçant (*'âmil*) un capital (*râs al-mâl*) pour l'exercice d'un commerce en compte commun (3).

(1) Coran ; cvii, 7.

(2) Il n'y a que la détérioration causée par l'usage légitime de l'objet qui reste à la charge du propriétaire.

(3) Coran ; ii, 194. V. sur ce contrat : *J. Kohler : Die Commenda in Islamitischer Rechte ; Würtzbourg, 1885.*

Le capital doit consister en argent comptant, être remis au 'âmil et administré par lui. Le bailleur de fonds ne peut prendre aucune part aux opérations sociales.

L'associé commerçant peut, s'il est obligé de se déplacer pour les affaires, être entretenu aux frais de la société. Il doit, en outre, recevoir une part déterminée dans les bénéfices, par exemple, la moitié ou un quart, mais non une somme fixe, par exemple, 100 dirham. On considère comme bénéfices les profits de l'entreprise, déduction faite des pertes.

L'associé commerçant dispose du capital comme il l'entend (1). Toutefois, il ne pourrait ni le prêter, ni le donner lui-même à titre de commandite. Les spéculations hasardeuses lui sont interdites; il doit administrer en bon père de famille. S'il a agi dans ces limites, il n'est pas responsable de la perte totale ou partielle du capital, alors même qu'une stipulation expresse l'eût mise à sa charge.

La convention est résoluble à la volonté des parties. Elle prend fin également par la mort de l'un des contractants, ou si le 'âmil se trouve hors d'état de faire valoir les intérêts de la société.

DONATION

Par la donation (hibah), une personne (wâhib) fait à une autre (mawhoub loh) un don (mawhoub) en toute propriété. La donation n'est parfaite que par la prise de possession (qabdh) du donataire. L'on peut donner toutes les choses susceptibles de faire l'objet d'un contrat de bai' pourvu, enseigne Abou Hanifah, qu'il ne s'agisse pas d'une part indivise de biens partageables.

Le même juriste enseigne que le donateur peut révoquer la donation tant que le donataire est vivant et que l'objet donné est en sa possession. Il n'admet d'exception que pour les donations entre époux ou entre parents au degré prohibé (2), ou pour les donations réciproques. Ces dernières donations deviennent irrévocables par la prise de possession de la chose.

D'après Châfi'i, une donation ne peut être révoquée après la

(1) D'après Châfi'i, toute stipulation qui limiterait son droit de disposition annulerait entièrement la convention.

(2) C'est-à-dire entre lesquels le mariage est prohibé.

prise de possession, à moins que le donataire ne soit un descendant du donateur.

On considère comme des variétés de la donation :

La 'omrâ : c'est la donation dont l'objet, après la mort du donataire, retournera au donateur ou à ses héritiers (1) ;

L'ibrâ : remise d'une dette au débiteur ;

La çadaqah : aumône ;

La hadiyah : don offert à titre d'hommage respectueux.

La révocation ne peut atteindre aucune de ces donations.

DÉPÔT

Le dépôt (widâ'ah) est une convention par laquelle une personne (moudi') confie sa chose à la garde d'une autre (mouda'). La chose déposée s'appelle wadi'ah ou amânah. Le dépositaire doit la restituer à première demande, et en avoir le même soin que de ses propres biens (2). Abou Hanîfah l'autorise à la confier à la garde des personnes qui habitent la même maison ; mais aucun juriste ne permet qu'elle soit remise à un étranger (adjuabi), sauf le cas de force majeure.

Le dépositaire qui s'est conformé à ces dispositions n'est pas responsable du dommage fortuit ou de la perte fortuite. Il peut même répéter les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose. Mais s'il n'a pas respecté, pour la garde de l'objet, les termes de la convention, la loi ou la coutume, ou s'il ne restitue pas la chose à première réquisition, il est responsable de la perte ou de la détérioration.

Il est, d'ailleurs, très méritoire d'accepter gratuitement en dépôt la chose d'autrui.

(1) Elle a quelque analogie avec la donation en usufruit dans notre droit.

(2) Coran : xxiii, 8 ; lxx, 32. Il ne peut, d'après Abou Hanîfah, l'emporter en voyage.

CHAPITRE TROISIÈME
DES CHOSES ET DES DROITS RÉELS

SECTION I

DES CHOSES ET DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL

On appelle *chose*, en général, tout ce qui existe. Le terme arabe correspondant est le mot *chay*. Mais la science du droit ne s'occupe que des *choses qui sont dans le commerce*, c'est-à-dire de celles qui peuvent être l'objet d'actes juridiques. On les désigne alors sous le nom de *biens* (mâl).

J'ai déjà expliqué (V. le chapitre premier) quelles sont les choses qui rentrent ou non dans cette catégorie. Il ne reste donc plus qu'à indiquer les différentes sortes de choses que distingue, au sens juridique, le droit mahométan.

Nous trouvons, à ce point de vue :

- 1° Les choses mobilières (manqoul) et immobilières ('aqâr);
- 2° Les choses fongibles (mithli) et non fongibles (qimi), c'est-à-dire celles qui, en cas de perte, peuvent être remplacées par d'autres choses de même espèce, et celles qui ne peuvent être ainsi remplacées, de sorte que l'on doit en donner la valeur (qimah) (1);
- 3° Les choses corporelles ou choses proprement dites (mâl), et les choses incorporelles ou droits (haqq, plur. hoqouq);
- 4° Les choses principales (rokn, plur. arkân), c'est-à-dire celles qui ont une existence juridique indépendante, et les choses accessoires (taba'), c'est-à-dire celles qui suivent la condition juridique d'une autre (2);

(1) Les choses fongibles se répartissent en : mawzoun, ma'doud, et makil ou madsrou', c'est-à-dire choses susceptibles d'être déterminées : au poids (wazn); au nombre ('add); à la mesure (kail, — mesure de contenance, — dsar', — mesure de longueur).

(2) On considère, par exemple, que la transmission d'une pièce de terre comporte de plein droit transmission des arbres qui y sont plantés, à

5° Les choses spécifiées (‘ain) et les choses non spécifiées (dain). Cette dernière distinction n'existe pas dans notre droit et n'est pas à l'abri du reproche de subtilité. On entend, par ‘ain, une chose dont l'individualité est bien caractérisée, comme il arrive lorsqu'on doit fournir un objet déterminé. Dain, au contraire, est une chose qui n'est pas encore individualisée, ce qui se rencontre quand l'obligation consiste à fournir, d'une façon générale, un objet de telle espèce, par exemple, un cheval, un tas de grain, etc. L'existence juridique de l'objet est encore indéfinie, puisque personne ne sait quel cheval, quel tas de grain sera fourni, et que le débiteur de la prestation n'a peut-être pas encore, au moment où il s'engage, la chose en sa possession (1);

6° Les choses appartenant à Dieu (haqq Allâh), et celles appartenant aux hommes (haqq al-âdami). La première catégorie comprend les choses qui ont été désignées plus haut (page 36, 1° à 3°), et encore les fondations (waqf) (2). Toutes les autres choses appartiennent aux hommes.

La théorie des droits réels (raqabah) tient peu de place dans le droit musulman. Ainsi, le droit de gage est classé parmi les obligations; il n'est fait allusion à l'usufruit qu'à propos de la ‘omrà (3). Quant aux biens waqf, il en sera question plus loin. On ne considère comme servitudes que celles qui dérivent de la loi; elles se résument en droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins. Des servitudes qui résulteraient d'une convention constitueraient simplement une obligation personnelle de l'auteur de la convention. Elles ne seraient pas attachées à l'héritage même (4).

moins qu'une stipulation expresse n'ait réservé à l'aliénateur un droit sur ces arbres. Il en est autrement de la moisson encore pendante, parce qu'elle n'est attachée que temporairement à la terre, et qu'elle ne peut être regardée comme faisant partie intégrante du fonds.

(1) Pour emprunter une expression au droit romain, on pourrait définir le dain « res quæ in obligatione tantum sunt ». Conf. Puchta: *Institutionen*, vol. III, pag. 7: nicht ein Sachindividuum, sondern ein Sachwerth.

(2) V. plus loin: chap. IV de la présente partie.

(3) V. ci-dessus, page 107.

(4) Nous mentionnerons, toutefois, quelques droits réels qui, aux temps modernes, ont pris une importance capitale, du moins dans les provinces du nord de l'Afrique, et spécialement en Tunisie.

Le plus répandu est l'*inzal* (enzel). C'est la location perpétuelle d'un terrain à bâtir ou à planter, moyennant une redevance annuelle ou mensuelle que les moghrabins (habitants du nord-ouest de l'Afrique) appellent

La propriété et la possession sont les seuls sujets que les auteurs arabes traitent d'une manière à peu près satisfaisante. Mais sur ce point même, combien de questions d'un intérêt majeur qui sont laissées dans l'ombre et dont on chercherait vainement la solution !

djaza, et les Egyptiens *hikr*. Il est permis de donner à enzel les waqf, c'est-à-dire les biens constitués habous au profit des fondations pieuses. Ce contrat mérite par conséquent d'être d'autant plus encouragé qu'il est le seul moyen légal de faire rentrer dans la circulation des propriétés immenses, et souvent les plus fertiles, immobilisées et presque toujours stérilisées par le habous.

Le *khoulou* est une association entre le propriétaire et un tiers, relativement au domaine utile d'un immeuble. Il s'applique le plus souvent aux propriétés bâties. Le détenteur du domaine éminent abandonne, moyennant une rente annuelle ou mensuelle une partie déterminée de ses droits au domaine utile. Outre la redevance dont il est tenu, le preneur doit contribuer aux grosses réparations dans la proportion, déterminée par le contrat, de ses droits au domaine utile.

La *mouftah* et la *haskah* sont des variétés de ce droit réel.

Il en est de même de la *djelsah*. C'est la location pure et simple d'un immeuble bâti, moyennant un prix payable par mois ou par année. Mais l'usage a consacré la perpétuité de cette location, de sorte que le bailleur ne peut expulser le preneur tant que celui-ci paie régulièrement le loyer de l'immeuble conformément aux prix courants. Le preneur peut céder son droit à un tiers moyennant un prix qu'il reçoit du cessionnaire. Mais il n'a, en principe, aucun droit de propriété sur l'immeuble, attendu qu'il n'a payé, à l'origine, aucun prix indépendamment du loyer qui représente seulement la jouissance. Les grosses réparations restent, en conséquence, exclusivement à la charge du propriétaire.

La *djelsah* s'appelle plus spécialement *nasbah* quand elle s'applique aux boutiques des *'attar* (épiciers ou parfumeurs); *rarelah* pour les boutiques des fruitiers (*souki*); *addah*, pour le local d'un moulin.

Ainsi, le caractère distinctif du *khoulou*, c'est la perpétuité. Dans quelques endroits, néanmoins, la *nasbah* n'oblige le propriétaire que jusqu'à ce qu'un nouveau locataire offre, pour l'immeuble, un prix de location plus élevé. (N. d. T.)

SECTION II

POSSESSION ET PROPRIÉTÉ (1)

POSSESSION. — La *possession* (yad) est l'exercice réel de la disposition des choses. C'est, par conséquent, un *fait* qui découle du *droit* de propriété (milk).

Le propriétaire (mâlik) a donc essentiellement le droit de posséder. Mais il peut se faire qu'une personne possède une chose sans en être propriétaire (2), et même sans que le propriétaire lui en ait donné l'autorisation, sans aucun titre légal. La possession qui ne se fonde sur aucun titre et qui est exercée de mauvaise foi se nomme *ghaḥb*; le possesseur est dit : *ghâḥib*; et la chose possédée *mâghḥoub*. La possession de mauvaise foi est toujours illégale (3), et ne donne jamais par elle-même un droit à y être maintenu ou rétabli. La loi ne fait aucune distinction entre la possession des meubles et celle des immeubles.

Que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi, il doit, à la demande du propriétaire, restituer la chose détenue indûment, ainsi que les fruits qui y sont encore attachés, et toutes les améliorations qui y ont été apportées. Le possesseur de mauvaise foi doit en outre, d'après *Châfi'i*, donner un équivalent (*i'wadh*) du profit qu'il a tiré de la chose. Il doit aussi rendre la chose à l'endroit et dans l'état où elle se trouvait lors de la prise de possession.

Si la chose a péri fortuitement, le possesseur de bonne foi n'est pas responsable de la perte, à moins, bien entendu, que la responsabilité ne résultât de son titre, par exemple en cas de *commodat*. Telle est, du moins, l'opinion de *Châfi'i*.

Mais si la perte provient de son fait, il en est toujours responsable.

Quant au possesseur de mauvaise foi, la perte fortuite ou la destruction volontaire ont, à ce point de vue, les mêmes effets.

(1) V. l'essai de N. von Tornaau : *Das Eigentumsrecht nach Moslemischen Rechte* : Zeitschrift d. D. Morgenl. Gesellschaft, LXIII (1882), p. 285 et ss.

(2) P. ex. comme locataire, dépositaire, etc.

(3) *Coran* : II, 78, 79, 184; IV, 33.

Le dédommagement qui est dû en cas de perte varie suivant la nature de la chose. S'agit-il de choses fongibles (mâl mithli), on restituera des objets de même sorte et valeur. S'agit-il de choses non fongibles (mâl qîmi), le possesseur en restituera la valeur, et, s'il possédait de bonne foi, la valeur au jour de la perte. S'il possédait de mauvaise foi, il devra, d'après Abou Hanifah, la valeur au jour où a commencé la possession et, d'après Châfi'i, la valeur la plus élevée qu'ait atteinte l'objet depuis la prise de possession jusqu'à la perte. On y ajoutera, de plus, une indemnité corrélative à la jouissance que le détenteur en a eue ou qu'il en a pu avoir.

Les frais faits pour la conservation de la chose peuvent être répétés par le possesseur de bonne foi.

Les auteurs sont très divisés sur l'attribution des bénéfices que la chose a produits. Plusieurs pensent que ces bénéfices n'appartiennent à personne, et doivent, en conséquence, être employés à des œuvres charitables.

Le possesseur de mauvaise foi est responsable de tout préjudice survenu ou causé à la chose. Le possesseur de bonne foi n'en répond que si le préjudice provient de son propre fait. Quand le préjudice est de nature à faire perdre à l'objet une notable partie de sa valeur, le propriétaire a le choix de la reprendre avec indemnité (arch) ou de l'abandonner au possesseur pour le montant de l'estimation.

PROPRIÉTÉ. — La *Propriété* (milk) est le droit de disposer d'une chose exclusivement et de la manière la plus absolue, et de jouir de tous les fruits qu'elle produit.

Les modes d'acquérir ce droit sont *originaires* ou *dérivés*.

On acquiert par mode originaire les choses qui n'ont pas encore de propriétaire : c'est la *prise de possession* ou *occupation réelle* (qabdh). C'est de la sorte que s'acquièrent notamment : l'animal que l'on prend à la chasse, à la pêche ; les terres incultes (mawât) que l'on vivifie par le défrichement (ihyâ) ; le trésor (rikâz ou loqatah) que l'on découvre.

On acquiert par mode dérivé les choses qui ont déjà un propriétaire. Dans ce cas, le transfert de la propriété résulte également de la prise de possession (qabdh) ; mais la prise de possession n'a lieu, en général, qu'à la suite d'une *transmission* (taslim) qui s'opère de l'ancien au nouveau proprié-

taire. L'on peut néanmoins acquérir la propriété d'autrui par succession, ou par l'exercice du droit de retrait (chofah).

Enfin, la propriété s'acquiert par *droit d'accession*. C'est ce qui arrive quand on réunit, sans le consentement du propriétaire, la chose d'autrui à la sienne propre, de telle sorte que les deux objets ne puissent plus être séparés, ou que la chose se transforme au point de devenir une chose nouvelle (1).

Les Musulmans distinguent à cet égard :

La *confusion*. Ex. : On mélange une matière appartenant à autrui avec la sienne propre, de telle sorte qu'elle n'en puisse plus être séparée.

La *spécification*. Ex. : Du lait appartenant à un autre, on a fait du fromage ; de l'acier d'autrui on a fait une épée.

La *satio plantatio*. Ex. : On a ensemencé sa terre avec le grain d'un tiers.

L'*inclusion*. Ex. : On emploie des poutres appartenant à autrui pour se construire une maison ou un bateau.

Abou Hanifah considère dans tous les cas celui qui a pratiqué la transformation comme propriétaire, sauf remboursement de la valeur des objets qu'il s'est appropriés sans droit.

Châfi'i accorde, au contraire, au propriétaire le droit d'exiger la séparation, quelque préjudice qu'il en puisse résulter pour l'autre partie. Seulement, s'il s'agit de planches ou de poutres entrées dans la construction d'un bateau, la séparation ne peut être exigée tant qu'elle offrirait un danger pour la vie ou les biens des tiers.

Si la séparation est matériellement impossible, la propriété devient commune lorsque le constructeur a fait apport d'une chose de valeur au moins égale à celle qu'il s'est appropriée. S'il n'a fourni que son travail, ce travail tourne, avec la totalité de l'objet, au profit du propriétaire primitif de la matière.

Terminons par quelques observations sur les expressions qui précèdent.

La prise de possession (qabdh), au point de vue l'acquéreur,

(1) Il ne peut naturellement être question du *droit d'accession* si l'on a employé ou transformé la chose d'un autre en vertu de son consentement. Ainsi, j'élève des constructions ou je fais des plantations sur le fonds d'autrui, avec le consentement du propriétaire : celui-ci demeurera propriétaire du fonds, et je serai propriétaire des constructions ou des plantations. Les rapports juridiques entre les deux parties sont, alors, gouvernés par la convention.

correspond, en droit musulman, à ce que nous appelons *tradition* (taslim), c'est-à-dire l'acte de celui qui transmet la propriété. Elle doit suivre toute convention qui tend à un transfert de propriété ; car, dans le droit mahométan, le droit réel de propriété n'existe pas sans une transmission effective. En ce qui concerne les meubles, la tradition résulte de la remise de la main à la main. Elle peut aussi être symbolique ; par exemple, lorsqu'on remet à quelqu'un les clefs d'un grenier à riz, cet acte est considéré comme la livraison du riz. La tradition des immeubles s'opère par l'évacuation de l'ancien propriétaire et la facilité, donnée à l'acquéreur, de se mettre en possession (1).

Les embarcations, bien qu'elles rentrent dans la catégorie des biens meubles, sont cependant assimilées aux immeubles quant au mode de livraison. Il n'en est autrement que pour les bateaux de petites dimensions qui peuvent être, pour ainsi dire, remis de la main à la main.

TRÉSOR. — Les juristes musulmans traitent avec une prédilection marquée de la découverte d'un trésor (rikâz ou loqatah), c'est-à-dire d'objets précieux dont le propriétaire est inconnu.

Il est permis de s'approprier le trésor qu'on trouve sur son propre fonds. Quant au trésor trouvé sur la propriété d'autrui, la découverte en est censée faite par le propriétaire du fonds. Lui seul a le droit de revendiquer l'entière propriété (tamlik) du trésor.

Celui qui trouve un trésor dans un terrain inculte ou sur la voie publique doit, autant que possible, réunir des témoins ; il fera connaître sa trouvaille par des publications aux portes de la mosquée ou sur les marchés, en ayant soin d'indiquer les circonstances de la découverte et de donner une description de l'objet. Ces notifications se poursuivent pendant une année. Durant ce temps, l'inventeur est censé détenir la chose en qualité de dépositaire. A l'expiration de l'année, si le propriétaire ne s'est pas présenté, l'inventeur s'appropriera la chose.

L'appropriation d'un trésor, quel qu'en soit l'inventeur, et en quelque lieu qu'il l'ait trouvé, est toujours conditionnelle.

(1) D'après Abou Hanifah, les meubles peuvent également faire l'objet de ce mode de tradition.

S'il est, plus tard, établi que le trésor a été perdu ou enfoui depuis la proclamation de l'Islâm, le propriétaire ou ses héritiers peuvent se présenter à toute date et réclamer l'objet ou, s'il a disparu, sa valeur. Ils ne sont tenus qu'à la restitution des dépenses faites sur la chose, ou dont la chose a été l'occasion (1).

Au point de vue mahométan, cette disposition est tout à fait rationnelle, puisque l'idée de prescription n'est pas admise.

D'après Abou Hanifah, il n'est pas nécessaire de renouveler les publications pendant un an, si l'objet trouvé est de valeur inférieure à 1 dinâr ou 10 dirham. Dans ce cas, le délai pour l'appropriation provisoire n'est que de deux jours.

Quand la chose trouvée est sujette à dépérissement, l'inventeur peut la vendre ou la consommer immédiatement. Il demeure alors responsable de la valeur.

L'inventeur peut, du reste, dans toutes les hypothèses qui viennent d'être examinées, se mettre à l'abri d'une répétition éventuelle en portant l'objet trouvé au qâdhî. Celui-ci désigne un séquestre.

DROIT DE RETRAIT (chof'ah). — Lorsque plusieurs personnes possèdent conjointement un immeuble ou toute autre propriété indivise (mochâ') et que l'une ou plusieurs d'entre elles vendent leur part indivise à un tiers étranger à l'indivision, les communistes restants (charik) ont le droit d'exercer le retrait des parts aliénées en remboursant le prix de la vente. D'après Abou Hanifah, ce droit appartient non seulement au copropriétaire, mais aussi aux voisins.

Le droit de retrait doit être exercé dès que la vente est parvenue à la connaissance de celui qui prétend en user. Il s'éteint par l'approbation expresse ou tacite de la vente. Il existe, d'ailleurs, aussi bien pour les immeubles corporels que pour les droits sur les choses immobilières.

D'après Châfi'i, chacun des communistes peut exercer le droit de chof'ah au prorata de sa part dans la chose indivise. Suivant Abou Hanifah, tous les copropriétaires pourraient

(1) Il n'y a donc que les trésors enfouis antérieurement à la proclamation de l'Islâm qui soient susceptibles d'une appropriation dans le sens exact du terme. Ces trésors sont spécialement désignés par le mot : rikâz ; le mot : loqatah désigne plus particulièrement les trésors enfouis après la conversion du pays.

l'exercer pour une part égale. Ce dernier auteur refuse à l'absent le droit de retrait.

Si, pour une cause quelconque, le droit d'un communiste vient à s'éteindre, il accroît d'office à la part des autres.

SECTION III

DE LA PROPRIÉTÉ DU SOL (1) ET DU DROIT D'IRRIGATION EN PARTICULIER

Au temps où se formait le droit musulman, les relations sociales n'étaient assurées d'aucune sécurité; le commerce et l'industrie languissaient à l'état rudimentaire. La richesse la plus importante et surtout la plus sûre était la terre. Il n'est donc pas surprenant que cette branche de la fortune publique ait fixé tout spécialement l'attention des juristes classiques et qu'ils lui aient consacré de longs développements. L'état juridique varie, d'ailleurs, dans les différentes contrées qui ont embrassé l'Islamisme. La propriété foncière y soulève, dès lors, plus de complications que dans les pays soumis aux législations occidentales.

La terre se divise, au point de vue du droit public, en trois parties : *dâr al-islâm* ; *dâr ač-çolh* ; *dâr al-harb*.

La première partie comprend le territoire relevant directement du souverain musulman ;

La seconde, le territoire des Infidèles qui se sont soumis au souverain, tout en conservant une certaine autonomie ;

La troisième, le territoire des Infidèles sur lequel les Musulmans ne peuvent en réalité exercer aucun droit.

Je reviendrai avec plus de détails sur cette distinction quand j'exposerai, plus loin, le Droit Public. Mais il importe, pour l'intelligence de ce qui suit, de ne pas perdre de vue la division fondamentale du sol.

En Droit civil, on distingue :

1° La Terre Sainte (*Hidjâz*) ;

2° La terre sur laquelle les occupants exercent un droit héréditaire de possession ou d'usage ;

3° La terre sur laquelle les occupants exercent un droit de propriété.

(1) Conf. : J. v. Hammer : *Ueber die Länderverwaltung unter dem Chalfate*, Berlin, 1836 ; — Worms : *La constitution de la propriété territoriale dans les pays Musulmans et subsidiairement en Algérie* ; *Journal Asiatique*, 1842, août, septembre, p. 225-282 ; octobre, p. 328-398 ; 1843, février, p. 126-178 ; avril, p. 285-341 ; 1844, janvier, février, p. 61-90 ; mars, p. 160-186. — Artin-Bey : *La propriété foncière en Égypte*.

I. — LA TERRE SAINTE. — Elle se divise en deux parties :

La ville de la Mecque avec son territoire ;
Le surplus du Hidjâz.

La ville de la Mecque et son territoire portent le nom de Haram, c'est-à-dire terre consacrée à Allâh (1).

Aucun infidèle ne peut s'y établir (2) ;
Aucun animal sauvage (3) n'y peut être tué à la chasse ;
Aucune plante, aucun arbre poussé spontanément n'y peut être arraché (4).

Il est défendu à tout étranger, selon Châfi'i, et selon Abou Hanîfah, à tout pèlerin, s'il n'est en état d'ihram (5), de mettre le pied sur ce territoire.

Il est interdit de porter les armes contre ses habitants (6).

Sauf ces restrictions, les habitants exercent sur leurs terres le droit de propriété. Le sol est donc *dimable* (ochri), c'est-à-dire que le propriétaire ne paie d'autre contribution que la zakâh des produits (7).

Le défrichement des terres est autorisé dans tout le Hidjâz, sauf à Minâ, à Mozdalifah et à 'Arafât.

(1) Cor. xxix, 67.

(2) Conf. Cor. iii, 91 ; ix, 28, D'après Châfi'i, aucun infidèle ne peut y passer, fût-ce comme voyageur ou comme ambassadeur.

(3) Cor. v, 1. Toute contravention à ce précepte exige une réparation. S'il s'agit d'un animal tué à la chasse, Châfi'i impose le sacrifice d'un animal domestique analogue, ou, en cas d'impossibilité, le don aux pauvres de denrées alimentaires représentant la même valeur que l'animal sauvage abattu, et, subsidiairement, le jeûne, à raison d'un jour pour chaque modè de denrées alimentaires que devrait le contrevenant. L'abatage d'un gros arbre s'expie par le sacrifice d'une vache ; et celui d'un arbre mince ou la destruction d'une plante, par le sacrifice d'une tête de menu bétail.

Les Hanafites exigent toujours la taxation de l'animal ou de la plante, et un sacrifice représentant la même valeur, ou, subsidiairement, le don de denrées alimentaires ou le jeûne.

Il est cependant permis de tuer les animaux nuisibles. La pêche est également tolérée (Cor. v, 97). On peut y abattre les animaux domestiques nécessaires à la nourriture ; et, d'après Châfi'i, y faire paître les bestiaux.

(4) La défense, naturellement, ne s'étend pas à ce qui est semé ou planté de main d'homme.

(5) Voir, à ce sujet, le chapitre du Pèlerinage.

(6) Les habitants de la Mecque, et même ceux de Médine, ont droit, en outre, à être entretenus sur les fonds du Trésor. Actuellement, le Sultan de Turquie leur alloue encore, chaque année, un subside.

(7) Voir ci-après, iii.

D'après Abou Hanifah, le territoire de la Ville Sainte est, en outre, une sorte d'asile pour les malfaiteurs : ils ne peuvent y être ni poursuivis, ni punis, si le méfait n'a été commis sur le territoire même.

Selon Châfi'i, la ville de Médine et son territoire sont pareillement haram. De même qu'à la Mecque, l'on n'y peut chasser ou arracher les arbres et les plantes qui ont poussé spontanément.

Un seul point distingue le reste du Hidjâz de tous les autres pays : c'est, d'après Châfi'i, que les infidèles ne peuvent s'y arrêter plus de trois jours au même endroit, et ne peuvent y être enterrés. Abou Hanifah permet, au contraire, le séjour indéfini et l'inhumation ; et dans les ports, tout au moins, il n'est pas tenu compte de la défense.

II. — LES TERRAINS SOUMIS A UN DROIT HÉRÉDITAIRE DE POSSESSION OU D'USAGE.— On range dans cette catégorie, d'abord, les territoires conquis par les Musulmans dans la guerre sainte (djihâd) contre les Infidèles, mais dont les habitants ont conclu avec le conquérant une convention qui leur accorde la sécurité pour leurs personnes et pour leurs biens, en échange de l'abandon de la propriété du fonds qu'ils continuent cependant à cultiver, en payant (1) un tribut spécial appelé *kharâdj* (2).

Ces territoires constituent un domaine inaliénable de l'État musulman. Mais les occupants ne peuvent, tant qu'ils paient le *kharâdj*, être expulsés de leurs terres, et ils en conservent l'entière disposition. Ils exercent donc, non pas un droit de propriété, mais un droit héréditaire de possession ou d'usage.

Quand le fonds passe, de quelque manière que ce soit, aux mains d'un Musulman, il ne perd pas pour cela le caractère de terrain tributaire, pas plus, d'ailleurs, que si les détenteurs primitifs se convertissent à l'Islamisme (3).

(1) Cor. xxiii, 74.

(2) Le paiement du *kharâdj* est la condition du droit de possession. A défaut de paiement, ce droit s'éteint, et le terrain devient domaine de l'État, vacant.

(3) Bien que, naturellement, le caractère du sol change au point de vue du droit public, lorsqu'un territoire entier passe, pour ce motif, en des mains musulmanes.

Le kharâdj est, en effet, attaché au sol (1) et non à la personne. C'est ce que les Mahométans expriment en disant que le sol est considéré comme une fondation (waqf) au profit de l'État, mais qu'il est loué à perpétuité aux habitants.

L'impôt foncier appelé kharâdj est dû encore pour tout terrain conquis dans la guerre sainte, mais qui, après l'expulsion ou la mort des propriétaires infidèles, est devenu domaine de l'État à titre de prise, et qui a été concédé, à charge de le cultiver, à des sujets, musulmans ou non, du souverain (2).

L'importance du kharâdj a varié suivant l'époque et suivant les pays. Mais cet impôt écrasait davantage les contrées où dominait la doctrine de Châff'i. D'après lui, le kharâdj ne dispensait pas le possesseur musulman d'acquitter la zakâh (3).

Le kharâdj est, suivant le mode de perception, une contribution fixe (wathîfah) ou proportionnelle (moqûsamah).

Dans le premier cas, le débiteur paie une somme fixe pour une étendue déterminée de terrain, par exemple, un qafiz de riz ou un dinâr par chaque djarib. Dans le second cas, il verse une part déterminée et proportionnelle des produits, par exemple, un cinquième ou un sixième. Les deux modes de perception exigent que la terre soit cadastrée. L'opération a lieu aux frais de l'État.

Comme type de terrain tributaire, on cite le pays de Sawâd en 'Irâq. Les éléments qui servent à déterminer la quotité de l'impôt sont l'étendue, la production, les difficultés plus ou moins grandes de l'exploitation et du transport des produits au marché le plus voisin (4).

III. — LES TERRAINS DONT LES OCCUPANTS ONT LA PROPRIÉTÉ (milk) sont :

(1) Les terrains de cette catégorie s'appellent *tributaires* (kharâdji).

(2) Il existe une troisième sorte de kharâdj : elle a le caractère d'une *capitation*, c'est-à-dire d'un impôt personnel. Nous en parlerons dans la cinquième partie, chapitre III, section 1.

(3) Le kharâdj est dû même pour les terres en friche, si elles ont été laissées incultes volontairement et non par nécessité.

(4) Au sujet du kharâdj, conf. l'essai de N. B. E. Baillie dans le *Journal of the Royal Asiatic Society*, année 1874. Nouv. série, vol. VII, p. 172 et suiv. — Sur le Sawâd en particulier, V. *Journal Asiatique*, 1861, t. XVIII, p. 414; 1865, t. V, p. 242; — Von Kremer, *Culturgeschichte*, vol. I, p. 71 et suiv.; 258 et suiv.; 274 et suiv.; 286 et suiv.

a) Ceux dont les détenteurs ont, de leur propre mouvement, adhéré à l'Islâm avant la conquête. On les considère alors comme s'ils s'étaient joints aux conquérants, et ils participent, par suite, à tous les avantages que la loi fait à ceux-ci.

b) Les terrains conquis par les Musulmans et dont les détenteurs sont tués ou en fuite. Ces terres sont, à titre de prise ou de butin, partagées entre les conquérants.

c) Les fonds défrichés par les Musulmans.

La propriété du sol repose donc toujours sur une prise de possession, soit par voie de conquête, soit, pacifiquement, par voie de défrichement.

Les terres détenues par droit de propriété ne supportent que la zakâh des produits. Elles sont, par conséquent, *dimables* ('ochri).

Il sera question plus loin de la conquête dans la guerre sainte.

Disons ici quelques mots du défrichement.

Les terres incultes s'appellent en arabe mawât (littéralement : mortes), et le défrichement de ces terres *ihyâ*, c'est-à-dire vivification.

La propriété des terres incultes appartient à l'État.

On entend par terre inculte celle qui n'est ni couverte de constructions, ni affectée à la culture, ni utilisée directement ou indirectement pour l'élevage du bétail.

N'est pas considéré comme inculte le terrain qui avoisine immédiatement un sol bâti ou cultivé, pourvu qu'il soit une dépendance nécessaire de ce sol : tels les chemins qui y donnent accès, les fossés ménagés à l'entour. Les rues et places d'une ville ne sont pas non plus des terrains incultes. Les espaces non bâtis, et qui ne sont pas néanmoins considérés comme incultes, s'appellent le *harim* des terrains défrichés (1).

Suivant Châfi', tout Musulman a le droit de défricher les terrains incultes, pourvu qu'ils n'aient pas appartenu précédemment à un autre Musulman, et que le souverain ne les ait pas réservés pour l'utilité générale.

Si le fonds avait appartenu autrefois à un Musulman, l'ancien propriétaire ou ses héritiers pourraient toujours se présenter

(1) C'est une question fort importante que de savoir jusqu'où s'étend le *harim*. Il n'y a pas de règle fixe à ce sujet. Les juristes diffèrent d'opinion. Il est difficile de trouver dans notre langue un terme qui rende exactement le mot *harim*, en dehors de la signification spéciale de gynécée (V. ci-après). Il correspond ici, mais avec un sens plus large, à l'expression « aisances et dépendances. » La traduction la plus exacte serait « terrain réservé. »

et réclamer le terrain, quelle que fût la durée de la possession du nouvel occupant ou de ses héritiers. On voit ici encore une conséquence naturelle de l'absence de prescription en droit musulman.

Les terrains incultes réservés pour l'utilité générale (himâ) consistaient principalement, sous les khalifes, en pâturages domaniaux pour le bétail provenant de la zakâh. Il n'existe aujourd'hui, semble-t-il, dans les États Musulmans que peu ou point de pâturages de cette sorte.

D'après Abou Hanifah, non seulement tout Musulman, mais encore tout dsimmi (1) peut défricher des terres incultes; mais l'un et l'autre doivent se munir de l'autorisation (iqâtâ') du souverain (2). Toutefois, ajoute le même imâm, le terrain ne doit pas avoir été autrefois (3) propriété privée.

Le défrichement confère le droit de propriété à la condition que le terrain soit délimité par des bornes, et réellement couvert de bâtiments ou cultivé, c'est-à-dire planté et arrosé. Si le défrichement a été entrepris, puis abandonné, l'acquisition de la propriété est incomplète. Selon Châfi'i, le terrain retombe immédiatement dans la catégorie des terres mortes. D'après Abou Hanifah, il n'en est ainsi qu'à l'expiration de trois années.

La propriété du sol emporte celle de tout ce qui croît et de tout ce qui se trouve adhérer, soit au-dessus, soit au dedans (4), par exemple : les plantations, les constructions, les mines (ma'din). Mais la propriété de chacune de ces parties peut être transmise séparément du sol.

Plantations. — En ce qui concerne spécialement les plantations, la transmission isolée forme l'une des conventions les plus fréquentes en Orient. Les droits de l'acquéreur d'une plantation relativement à l'usage du sol sont réglés par la convention. A défaut de convention, la loi renferme de nom-

(1) Infidèle auquel il est accordé protection pour sa personne et ses biens, Voir à ce sujet le chapitre de la Guerre Sainte.

(2) Les juristes hanafites diffèrent d'opinion sur les conséquences du défrichement effectué sans autorisation préalable. L'imâm prétend que le défrichement non autorisé ne confère point la propriété du terrain. Ses disciples soutiennent le contraire. Selon Châfi'i, l'autorisation n'est pas nécessaire; mais elle peut être demandée et donne, dans ce cas, un droit de préférence à celui qui l'a obtenue.

(3) C'est-à-dire avant l'établissement de l'Islâm.

(4) Excepté ce qui a été dit ci-dessus au sujet du trésor et de l'accession.

breuses dispositions dont l'objet est de rendre possible le soin des plants et la récolte.

Mines. — Quant aux mines qui existent dans un terrain mort, il faut distinguer les mines apparentes (thâhir), et les mines non apparentes (bâtin).

Les premières sont celles dont le contenu est à découvert, par exemple les gisements de sel.

Les mines non apparentes sont celles dont le contenu ne peut être mis au jour que par des excavations ou d'autres travaux, par exemple, les gisements de fer ou de houille.

Le contenu des mines de la première catégorie est, comme l'eau, la propriété commune de tous les Musulmans : chacun est libre d'en prendre autant qu'il le veut et qu'il le peut.

L'exploitation des autres mines est soumise à toutes les règles du défrichement. Elle donne, par conséquent, à l'entrepreneur un droit exclusif sur ce qu'elles renferment.

Irrigation. — Au sujet de l'irrigation, voici quelles sont, en substance, les dispositions du droit mahométan.

En principe, l'eau, qui est un don d'Allah, appartient en commun à tous les Musulmans (1). En fait, cette règle se restreint à l'eau de la mer (bahr) et à celle des grands fleuves qui ne tarissent jamais, tels que le Tigre (ad-Didjlah) ou l'Euphrate (al-Frat). Ces cours d'eau doivent être maintenus en état de navigabilité, aux frais de l'État. Nul ne peut en détourner le cours (en admettant que cela soit possible) et chacun peut y puiser ou prendre autant d'eau qu'il est nécessaire pour l'irrigation de sa terre et pour ses besoins personnels. Le lit de ces fleuves, comme l'eau elle-même, est en dehors du commerce, et si le cours d'eau abandonne spontanément son lit pour s'en creuser un nouveau, l'ancien lit demeure la propriété de l'État.

Quant aux rivières (nahr) qui n'atteignent la hauteur nécessaire pour l'irrigation qu'au moyen de barrages et autres travaux hydrauliques, tout propriétaire riverain a le droit de faire les ouvrages utiles pour arroser ses terres. Le fonds le plus élevé se sert le premier ; mais l'eau n'y doit pas monter plus haut que la cheville ; vient ensuite le tour de l'héritage suivant, et ainsi de suite.

Si plusieurs propriétaires ont fait, dans leur intérêt commun, des ouvrages hydrauliques, la jouissance leur en appar-

(1) Coran : xxv, 50, 51, 52.

tient aussi en commun ; toutefois, le fonds supérieur conserve, là encore, un droit de préférence.

Les canaux d'irrigation (qanâh) creusés de main d'homme sont la propriété de ceux qui les ont faits. La répartition de l'eau qui en provient est réglée par les conventions arrêtées entre les constructeurs ou, à défaut de conventions, par l'étendue des héritages. Aucun des propriétaires ne peut, sans l'autorisation des autres, effectuer des travaux hydrauliques dans ces canaux, ni élargir, ni modifier d'autre manière l'écluse par laquelle l'eau entre sur sa terre.

Sources et puits. — L'eau des sources (ain), des puits (bîr) et des réservoirs suit le sort de ces sources, puits et réservoirs. Le propriétaire du fonds sur lequel existe une source, un puits ou un réservoir dispose exclusivement de l'eau qui s'y trouve. Toute personne peut s'approvisionner à la source ou au puits situé sur le domaine de l'État, aussi bien qu'au réservoir établi pour l'utilité générale. Celui qui, dans un terrain mort, fait jaillir une source ou creuse un puits, est propriétaire de cette source, de ce puits et de l'eau qu'ils donnent, ainsi que de l'espace de terrain qui les entoure immédiatement et qui est nécessaire pour assurer l'usage de la source ou du puits. Cette bande de terrain s'appelle encore harim ; mais les différents rites se divisent relativement à l'étendue qu'il convient de lui donner.

SECTION IV

DES DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE PROPRIÉTAIRES D'HÉRITAGES VOISINS

Le droit de propriété est, de sa nature, absolument illimité. Chacun peut, sur sa propriété, et de sa propriété, faire ce que bon lui semble. Mais, poussée à ses extrêmes limites, cette faculté entraverait nécessairement d'autres personnes dans le libre exercice de leurs propres droits. De là naissent les restrictions auxquelles doivent se soumettre les hommes vivant en société, et spécialement les propriétaires d'héritages voisins les uns au regard des autres. Nous allons passer en revue les principales dispositions de la loi sur ce sujet.

Nul ne peut construire une fenêtre, un balcon (rawchan), une porte (bâb), en saillie sur l'héritage voisin, ou sur une ruelle (darb) possédée en commun, sans avoir obtenu le consentement des intéressés. Ces constructions peuvent cependant déborder sur la voie publique (tariq nâfids), pourvu qu'elles n'apportent aucune gêne à la circulation. Il est interdit de faire reposer des poutres ou troncs d'arbres sur un mur de séparation mitoyen, ou d'y pratiquer une ouverture sans la permission du copropriétaire. Si des branches d'arbres s'étendent sur l'héritage du voisin, celui-ci doit d'abord inviter le propriétaire à les élaguer. S'il n'obtient pas satisfaction, il pourra couper lui-même les branches dépassantes.

Quand un mur mitoyen s'est écroulé, l'un des communistes ne peut exiger du voisin qu'il contribue à le relever. Si l'un des intéressés le reconstruit à ses frais, le nouveau mur demeure sa propriété. Mais il ne peut, en pareil cas, utiliser que sa part des matériaux de l'ancien mur.

Le propriétaire d'un fonds enclavé et sans aucune issue sur la voie publique peut s'ouvrir un passage sur les fonds de ses voisins jusqu'à la grande route.

Celui qui possède de l'eau peut, dans certains cas, être astreint à la partager avec d'autres personnes qui en ont besoin pour se désaltérer ou pour donner à boire à leurs animaux domestiques. Il n'y est, toutefois, tenu que s'il en a une quantité supérieure à celle qui lui est nécessaire, et s'il y a, pour celui qui réclame le partage, impossibilité absolue de se pourvoir d'une autre manière.

On discute sur le point de savoir dans quelle mesure le propriétaire est obligé de tolérer sur son héritage une conduite d'eau (chirb) qui profite à un autre fonds. Si toutefois le droit d'établir une conduite d'eau a été stipulé ou réservé au profit d'un héritage voisin, ce droit est considéré comme une dépendance de l'héritage; il en suit le sort juridique, et non pas le sort du fonds servant. On pourrait donc voir là quelque analogie avec nos servitudes, si ce n'est que le droit de conduite d'eau peut être aliéné ou engagé par le propriétaire indépendamment de l'héritage en faveur duquel il a été primitivement stipulé.

SECTION V

DES WAQF (1)

Toute chose spécifiée ('ain) qui ne se consomme pas ou n'est diminuée pas notablement de valeur par l'usage, et dont le propriétaire a la libre disposition, peut être mise hors du commerce et faire l'objet d'une *fondation* (waqf). La propriété (milk) de la chose est alors réputée appartenir à Allâh, et la personne ou l'établissement en faveur duquel le waqf est constitué en a l'usage et en perçoit les revenus (2). Le bénéficiaire d'une fondation n'est qu'un usufruitier. Il lui est, par conséquent, interdit de vendre et d'engager la chose où d'en abuser.

Selon Châfi'i, l'institution du waqf, de même que l'affranchissement d'un esclave, est parfaite par la simple manifestation de la volonté du constituant (wâqif). L'acceptation du bénéficiaire n'est de rigueur que s'il s'agit d'une fondation faite en faveur d'une ou de plusieurs personnes déterminées.

D'après quelques docteurs hanafites, la prise de possession par le bénéficiaire serait indispensable. Mais, de nos jours, la majorité des interprètes se range à l'opinion contraire. La solution de la difficulté n'est pas sans intérêt pratique : dans le premier système, une part indivise d'un objet ne pourrait faire l'objet d'un waqf ; elle le pourrait dans le second système.

Abou Hanifah estime que le waqf ne peut porter que sur des immeubles ('aqâr) ou, parmi les choses mobilières (manqoul), sur des armes ou sur des chevaux. Châfi'i ne reconnaît pas cette distinction. Il exige seulement que l'objet de la fondation soit dans le commerce.

(1) V. J. Kremarik : *Das wakf recht nach der Hanafitischen Schule*, dans le *Zeitschr. d. D. Morgenl. Ges.* Tome XLV (1892), p. 511 et suiv.

(2) On rangera parmi le waqf dont les bénéficiaires n'ont que l'usage : les mosquées construites dans l'intérêt général, les fontaines publiques, les caravansérails, les ponts, etc. D'autres fondations peuvent avoir en vue non pas l'usage direct des biens constitués, mais la perception de leurs revenus : telles sont les terres dont le produit ou le fermage est affecté à l'entretien de personnes déterminées, ou subvient aux besoins d'établissements déterminés.

Le bénéficiaire du waqf doit être soit un établissement, soit un ou plusieurs individus, soit une catégorie de personnes déterminées, par exemple, les pauvres. Ceux qui sont incapables d'acquérir, comme les esclaves, ne sont pas davantage admis à bénéficier d'une fondation.

Il est permis de constituer un waqf en faveur de diverses personnes substituées les unes aux autres. L'institution offre, dans ce cas, quelques traits de ressemblance avec notre fidéicommiss. En cas d'extinction des bénéficiaires, les descendants ou autres héritiers du fondateur sont subrogés dans leurs droits.

L'institution d'un waqf peut être affectée de toutes les conditions qui n'ont rien de contraire à l'essence de l'acte (1). Mais il est interdit de subordonner l'institution même à un événement futur ou incertain, ou de lui assigner un terme (2).

Quand la fondation a pour but l'usage direct de la chose, les fruits et revenus qu'elle produit doivent être intégralement employés à l'entretenir ou à l'améliorer. Si elle a pour objet d'attribuer les produits de la chose à un établissement ou à une personne, on emploiera les revenus d'abord à l'entretien de la chose, et le surplus recevra la destination indiquée par le fondateur.

Il est bien entendu que cette destination ne doit pas être illicite. On ne pourrait, par exemple, faire une fondation en faveur d'un temple (kanisah) juif ou chrétien.

L'administration et la responsabilité sont généralement réglés par l'acte d'institution; s'il en est autrement, il y est pourvu par le qâdhî de la situation des biens. Celui-ci nomme un nâthir ou administrateur, ou bien il se charge lui-même de l'administration. Il peut, dans ce cas, se faire assister par d'autres personnes, sous sa responsabilité.

L'administrateur d'une fondation doit être un homme irréprochable ('adl) et d'une aptitude reconnue. Rien n'empêche que le bénéficiaire soit en même temps l'administrateur.

Dans tous les cas, le qâdhî est tenu de surveiller l'administration des waqf, quand même il en aurait confié la gestion à des nâthir spéciaux.

(1) Une stipulation que l'on rencontre très fréquemment consiste à se réserver, jusqu'à sa mort, l'usufruit ou l'administration de la fondation.

Une fondation en faveur de soi-même est illicite.

(2) Le but de l'institution, c'est de faire œuvre de bienfaisance en se dépouillant irrévocablement de la chose aliénée.

CHAPITRE QUATRIÈME

DROIT SUCCESSORAL ('ILM AL-FARÂIDH)

De toutes les parties du droit musulman, la plus compliquée est celle qui a trait au partage des successions (tarikah). Les difficultés naissent, sans doute, en partie, des parentés complexes qu'engendrent la polygamie et les fréquents divorces. Mais il faut surtout en faire remonter la cause aux dispositions peu logiques et incohérentes édictées par le Coran (1) et à la rigueur du principe qui ne permet pas aux Croyants de s'écarter de la lettre.

Chez les Arabes païens, héritaient seuls les parents mâles et agnats, c'est-à-dire ceux dont les liens avec le défunt étaient formés par mâles, sans interpolation de femmes. C'était une conséquence de l'idée que la génération ne produit le lien de famille que par l'homme, idée reçue, on le sait, non seulement par les Sémites, mais par les Romains de l'antiquité.

Mahomet, cependant, trouvait manifestement injuste que les veuves, et parfois même les membres les plus proches de la famille, comme la mère, les sœurs, les filles, les frères utérins, etc., fussent non seulement exclus par des neveux ou arrière-neveux, mais qu'à défaut de ceux-ci, la succession fût déclarée vacante et fit retour à la tribu ou à l'État.

Le Coran chercha donc à porter remède à cette situation, en décidant que les parents dont nous venons de parler en dernier lieu seraient appelés à une partie de l'héritage. C'est ainsi qu'il attribue aux filles la moitié de l'hérité. Mais les prescriptions, d'ailleurs bien peu nombreuses, qu'il renferme sur la question, ne visent que des cas spéciaux. Il est aisé de comprendre à quelles conséquences iniques elles devaient aboutir quand on voulut les généraliser et les appliquer à toutes les espèces, comme une loi immuable. Qu'une personne meure laissant une fille et un frère ; la fille recevra la moitié, et ce ne sera que justice. Qu'elle laisse une fille et six fils, ne serait-il pas véritablement inique d'attribuer encore

(1) Coran : iv, 8, 9, 12 à 16, 175.

la moitié à la fille? Ne serait-ce pas violer ouvertement cet autre principe également écrit dans le Coran, qu'en pareil cas les hommes doivent toujours recevoir une part et une valeur deux fois plus fortes que celles des femmes? (1) Il fallait, dans la pratique, faire disparaître des injustices aussi choquantes.

Aussi les commentateurs ont-ils eu recours aux interprétations et aux explications, apportant ici des développements, ailleurs des restrictions qui, du droit d'héritage, originairement très simple, ont fait un réseau inextricable.

DETTES DE LA MASSE. — Dès l'ouverture d'une succession, et avant tout partage, on doit payer, en premier lieu, les frais de sépulture, et ensuite les dettes du défunt. Si le patrimoine est insuffisant pour acquitter les frais funéraires, l'État les prend à sa charge. Si l'actif ne permet pas d'éteindre toutes les dettes, les créanciers ne peuvent pas contraindre les héritiers (2) à combler le déficit, bien que, moralement, les successeurs, et surtout les membres de la famille, soient expressément engagés à solder le passif.

La mort du débiteur rend les dettes à terme immédiatement exigibles. En matière de partage et de liquidation de l'hérédité d'un insolvable, de même que pour toutes les revendications auxquelles elle donne ouverture, on applique les règles ordinaires de la faillite (3).

LEGS. — Après le prélèvement du passif, on procède à la délivrance des legs.

HÉRITIERS A RÉSERVE. — Le reste de l'héritage est ensuite partagé entre les personnes ci-après désignées, dont le Coran détermine le rang et la part fixe (4).

Époux. — Le mari reçoit la moitié de la succession de sa femme prédécédée, si celle-ci ne laisse ni enfants, ni enfants du fils. Au cas contraire, la part du mari est réduite au quart.

Dans les mêmes conditions, l'épouse recueille un quart et un huitième de la succession du mari (5). Quand l'homme

(1) Coran : iv, 12, 175. — Un homme vaut deux femmes. Ce principe est également suivi pour le prix du sang, en cas d'homicide ou de blessure, et pour la preuve testimoniale.

(2) L'héritier s'appelle *wârith*. Tous les héritiers sont, en droit musulman, des légitimaires, ainsi que nous le verrons plus loin.

(3) Sur la faillite, V. chap. II, sect. 1^{re}, III, § 1^{er}, 3^o.

(4) Une part, désignée par le Coran, s'appelle *fardh* (plur. *foroudh*), ou *faridhah* (plur. *farâidh*).

(5) Coran : II, 241, abrogé par : Coran : iv, 14.

laisse plusieurs veuves, celles-ci recueillent conjointement une part égale à celle qu'aurait recueillie la veuve unique d'un mari monogame.

Mère. — Dans la succession de son enfant, la mère est appelée pour un tiers, à moins qu'il n'existe des enfants ou des enfants du fils, ou bien deux ou plusieurs frères.

En cas de concours de l'époux (ou de l'épouse) avec le père et la mère du *de cujus*, l'époux (ou l'épouse) prélève sa part, et la mère prend le tiers du surplus.

En cas de concours de la mère avec des enfants du défunt ou des enfants du fils, ou avec deux ou plusieurs frères ou sœurs, la mère hérite d'un sixième.

Grand'mère. — La grand'mère, et aussi l'arrière-grand'mère, reçoit un sixième de l'héritage de son petit-enfant. S'il y a deux grand'mères ou arrière-grand'mères survivantes, elles prennent ce sixième conjointement.

Fille. — La fille, ou la fille du fils, recueille la moitié de la succession. Deux ou plusieurs filles ou filles du fils recueillent ensemble les deux tiers. Si une fille concourt avec une fille du fils, celle-ci ne reçoit que le sixième, et la première a la moitié.

Frères et sœurs. — Une sœur germaine, ou une sœur consanguine a droit à la moitié; deux ou plusieurs, ensemble à deux tiers. La sœur consanguine ne reçoit qu'un sixième si elle est en concurrence avec une sœur germaine; celle-ci prend alors la moitié, du moins d'après Châfi'i.

Le frère utérin ou la sœur utérine a droit à un sixième. Plusieurs parents de ce degré reçoivent ensemble un tiers qu'ils partagent par tête, sans distinction de sexe.

Père et grand-père. — Le père ou le grand-père du côté paternel (1) recueille un sixième lorsqu'il est en concurrence :

(1) Le grand-père ou l'aïeul paternel est appelé *propre* (çabih) par opposition au grand-père ou à l'aïeul maternel qu'on appelle *impropre* (fâsid) et qui n'hérite jamais, si ce n'est en qualité de dsou r-rahim (V. ci-après).

De même, on distingue des grand'mères ou des aïeules propres et impropres. Les dernières sont celles dans la ligne desquelles un degré féminin se trouve entre deux degrés masculins, par exemple, la mère du père de la mère du *de cujus*. Les grand'mères ou aïeules impropres n'héritent pareillement qu'à titre de dsou r-rahim. Quand il est question de grands-pères ou d'arrière-grands-pères, on doit entendre, à défaut de ceux-ci, tous les autres ascendants.

suisant Abou Hanifah avec des fils ou des fils du fils, et, d'après Châfi'i, avec des enfants ou des enfants du fils (1).

Les héritiers dont je viens d'énumérer les droits sont appelés ahl al-fardh ou aḥāb al-farāidh. Tous, néanmoins, ne viennent pas en rang utile dans tous les cas (2).

EXCLUSIONS. — Ainsi, les grands parents n'héritent pas si les parents (c'est-à-dire leurs enfants) sont vivants. Ainsi encore la fille du fils ne reçoit rien s'il existe un fils. Car les parents du sang les plus proches excluent toujours ceux des degrés suivants dans la même ligne.

Les enfants et les enfants du fils excluent les frères utérins et les sœurs utérines. Il en est de même du père et du grand-père paternel.

Le père, le fils, le fils du fils et, en outre, d'après Abou Hanifah, le grand-père paternel excluent chacun la sœur germaine. Les mêmes héritiers, les frères germains et, en outre, d'après Abou Hanifah, les sœurs germaines, excluent les sœurs consanguines.

S'il se présente deux ou plusieurs filles dont les droits cumulés s'élèvent aux deux tiers, les filles du fils perdent leur part (un sixième).

RÉDUCTION PROPORTIONNELLE. — Ces exclusions n'empêchent pas, dans nombre de cas, les réservataires d'avoir droit, d'après la loi, à un nombre de portions plus élevé que celui des parties de l'entier (3). Chaque héritier subit alors une réduction proportionnelle de sa part. Si, par exemple, une femme laisse son mari, des sœurs germaines, et sa mère :

Il revient au mari, d'après le Coran. . .	1/2
— aux sœurs germaines.	1/2
— à la mère	1/3

En réduisant ces fractions au plus petit dénominateur commun, on trouve $3/6 + 3/6 + 2/6 = 8/6$, c'est-à-dire que le total est supérieur à l'entier.

Il faut alors diviser la succession en 8 parties, en donner

(1) Sur ce point, les écrivains Hanafites que j'ai pu consulter manquent de clarté. On ne s'explique pas bien s'ils parlent des fils et fils du fils, ou des enfants et enfants du fils.

(2) En droit musulman, les parents, les enfants et les époux seuls ne sont jamais exclus par aucun autre héritier. L'exclusion s'appelle hadjb.

(3) Ceci revient à dire qu'en additionnant toutes les fractions représentant des réserves légales, on trouve fréquemment un numérateur supérieur au dénominateur.

3 au mari, 3 à la fille et 2 à la mère, de sorte que la proportion (nisbah) des parts soit respectée (1).

Il serait superflu de multiplier les exemples. Les dispositions qui viennent d'être passées en revue fussent-elles seules dans la loi, que souvent on se trouverait, pour peu que les parentés se compliquassent, en face de calculs très minutieux. Mais la liquidation devient un véritable casse-tête quand, aux réservataires, s'adjoignent d'autres héritiers, appelés 'açabât (2), dont nous avons maintenant à dire quelques mots. Ajoutons que l'usage est, chez les Orientaux, de laisser, durant plusieurs générations successives, des immeubles dans l'indivision, et nous aurons une idée des situations que les praticiens sont appelés à élucider. Il n'est pas rare que l'on reconnaisse, en fin de compte, qu'un copropriétaire a droit à une fraction infinitésimale d'une maison ou d'une terre valant quelques centaines de francs.

'AÇABÂT. — Lorsque les ahl al-fardh ont prélevé leur part légitime, s'il reste encore un actif, ce restant appartient aux 'açabât. Dans le partage, les frères germains (3) excluent les frères consanguins et les sœurs consanguines, et, en général, les héritiers les plus proches excluent les plus éloignés; la ligne descendante exclut la ligne ascendante, et celle-ci, à son tour, exclut la ligne collatérale (4). La représentation n'est pas admise : chacun hérite par tête.

Quand les héritiers appelés par le Coran ont été remplis de leurs droits, s'il n'y a pas de 'açabât, ou si le défunt ne laisse ni héritiers appelés par le Coran, ni 'açabât, l'hérédité, dit Châfi'i, est dévolue au Trésor public (bait al-mâl), du moins lorsqu'il est administré par des Musulmans et à leur profit. Si cette condition fait défaut, le restant se partage entre les ahl al-fardh *pro rata parte*. Mais ici, le survivant des époux ne compte plus parmi les ayants droit; et s'il ne se présente pas d'ahl al-fardh venant en rang utile, l'héritage tout entier

(1) Cette combinaison et la réduction proportionnelle des parts s'appelle 'awl.

(2) Pluriel de 'açabah, agnat. Ces héritiers sont appelés *naturels*, par opposition aux héritiers *légaux* ou *coraniques*.

(3) Et aussi, d'après Abou Hanifah, les sœurs germaines (V. plus haut). Selon Châfi'i, celles-ci ne viennent en ligne que si le défunt a laissé en même temps une fille.

(4) Voici les termes qui servent à désigner les différentes lignes : ligne descendante : in safal; ligne ascendante : in 'alâ; ligne collatérale : in tanahhâ; degré de parenté ou d'alliance : daradjah.

est attribué aux *cognats* (dsou r-rahim) de l'un et l'autre sexe, quelque éloigné que soit le degré de parenté. Pour les cognats, la représentation est admise : ils héritent par ligne et par souche (1).

A défaut de 'açabât, Abou Hanifah appelle, dans le même ordre, à la succession, les ahl al-fardh et les cognats. Il les place tous par conséquent, avant le bait al-mâl qui, de la sorte, vient au dernier rang.

Les 'açabât se divisent en trois catégories :

1° 'Açabah bi-nafsoh (2) : C'est le parent mâle qui, à un degré quelconque, est uni au défunt par les mâles, sans aucune interposition de femmes. C'est l'*agnat* du droit romain. A défaut d'héritiers coraniques, il recueille toute la succession. Et il faut noter, à ce sujet, que le fait d'être héritier coranique n'empêchera pas le 'açabah bi-nafsoh de se présenter de nouveau, à cause de cette dernière qualité, lors même qu'il aura reçu la réserve légale (part héréditaire fixée par le Coran) ;

2° 'Açabah bi-ghairoh (3) : C'est la femme à laquelle le Coran attribue la réserve de la moitié ou des deux tiers. S'il se présente en même temps qu'elle son frère germain ou consanguin, elle concourt avec lui seulement comme héritière naturelle ; mais, dans le partage, l'homme reçoit une part double de celle de la femme (4).

3° 'Açabah ma'a ghairoh (5) : C'est la sœur germaine ou la sœur consanguine qui, se trouvant en concurrence avec des filles ou des filles du fils, reçoit, non pas la part coranique de la moitié ou des deux tiers, mais seulement ce qui reste après le prélèvement des parts attribuées aux filles et aux filles du fils.

(1) Dans la même ligne et dans la même souche, les hommes prennent une part double de celle des femmes ; la ligne descendante exclut la ligne ascendante qui, elle-même, exclut la ligne collatérale. Dans la même ligne et dans la même souche, les agnats les plus proches excluent les plus éloignés.

(2) Littéralement, agnat de son propre chef.

(3) Littéralement, agnat du chef d'un autre.

(4) S'il s'agit de frères et sœurs du *de cujus*, il faut encore tenir compte de l'exclusion des consanguins par les germains. La prescription ne regarde pas, selon Châfi'i, la sœur germaine se trouvant en concurrence avec le frère consanguin.

(5) Littéralement, agnat avec un autre.

Et comme si la confusion née de toutes ces distinctions n'était pas déjà trop grande, les juristes ont encore imaginé des cas irréguliers.

CAS IRRÉGULIERS. — Voici les principales espèces :

1° al-Akdariyah : Lorsqu'une femme meurt laissant son mari, sa mère, une sœur germaine ou consanguine, et son grand-père, le partage régulier donnerait, d'après Châfi'i :

Au mari	1/2 ou 3/6
A la mère.	1/3 ou 2/6
A la sœur.	1/2 ou 3/6
Au grand-père	1/6 ou 1/6
	—
TOTAL.	9/6

Toutefois, Châfi'i attribue :

Au mari	1/2 ou 9/18 ou simplement 9.
A la mère.	1/3 ou 6/18 — 6.
A la sœur	2/9 ou 4/18 — 4.
Au grand-père	4/9 ou 8/18 — 8.

D'après Abou Hanifah, la sœur est exclue par le grand-père et ce dernier reçoit, dès lors, un sixième en qualité de 'açabah.

2° al-Himâriyah appelée aussi al-Mocharrakah : Une femme laisse son mari, sa mère (ou sa grand'mère), deux ou plusieurs frères utérins ou sœurs utérines, et un ou plusieurs frères germains. Le partage réglementaire donnerait :

Au mari.	1/2 ou 3,
A la mère	1/6 ou 1,
Aux sœurs ou frères utérins.	1/3 ou 2,

et il ne resterait rien pour le frère germain qui ne se présente que comme héritier naturel.

On partage alors la succession comme il suit :

Au mari	1/2 ou 3,
A la mère	1/6 ou 1,
Aux sœurs et frères utérins.	1/6 ou 1,
Aux frères germains.	1/6 ou 1,

c'est-à-dire que ces derniers obtiennent la moitié de la part réglementaire des frères utérins ou sœurs utérines.

3° al-Kharqâ ; Une personne laisse sa mère, un grand-père et une sœur germaine ou consanguine.

Le partage réglementaire assurerait, selon Châfi'i :

A la mère	1/3	ou	2,
Au grand-père.	1/6	ou	1,
A la sœur.	1/2	ou	3.

Mais l'imâm attribue :

A la mère	3/9	ou	3,
Au grand-père.	4/9	ou	4.
A la sœur	2/9	ou	2.

Suivant Abou Hanifah, la sœur est évincée ; la mère reçoit 1/3 et le grand-père 2/3.

4° ad-Dinâriyah : Un homme a laissé une veuve, sa mère (ou grand-mère), deux filles, une sœur germaine et douze frères germains. Sans la présence des frères, le partage donnerait :

A la veuve	1/8	ou	3,
A la mère.	1/6	ou	4,
Aux filles.	2/3	ou	16,
A la sœur.	1/2	ou	12.

Mais comme il y a des frères, la sœur devient 'açabah et l'on partagera l'excédent, c'est-à-dire 1/24^e entre elle et les frères, dans la proportion de 1 à 2, de sorte qu'elle recevra 1/600^e et chacun des frères 2/600^{es} du patrimoine. La succession sera donc partagée comme 75, 100, 400, 1, 24.

Ce cas n'est point, à proprement parler, irrégulier. Les juristes le mentionnent comme une espèce de nature à faire ressortir le désavantage résultant pour la sœur de la présence des frères qui l'appellent au titre de 'açabah.

5° D'après ce qui a été dit plus haut, le grand-père qui se trouverait en concurrence avec les frères ou sœurs germains, ou avec les frères ou sœurs consanguins, les excluerait de l'hérédité. Néanmoins, Châfi'i le fait partager la succession avec eux, à la condition qu'il obtienne, en tous cas, un tiers ; les deux autres tiers reviennent alors aux frères et aux sœurs, s'il y a lieu, comme agnates du chef de leurs frères. Venant en concours avec d'autres héritiers coraniques, le grand-père a le choix entre : 1° une part égale à celle des

autres réservataires ; 2° un tiers de ce qui reste après déduction des portions coraniques ; 3° un sixième de tout le patrimoine.

CONDITIONS REQUISES POUR HÉRITER. — Pour hériter, il faut exister au moment où s'ouvre la succession, c'est-à-dire à la mort du *de cuius*. A la mort du mari, si la femme est enceinte, l'enfant à naître est provisoirement tenu pour vivant, et l'on met en réserve, sur l'hérédité, une part virile. Si l'enfant est mort-né, la part entière fera l'objet d'un partage complémentaire entre les autres héritiers. Si l'enfant est du sexe féminin, sa part sera prélevée et l'excédent réparti entre les autres ayants droit. L'enfant est considéré comme vivant si, en naissant, il émet un son (*istihlâl*).

Deux ou plusieurs personnes qui périssent dans la même circonstance, sans qu'il soit possible de savoir laquelle est morte la première, n'héritent pas les unes des autres, quand bien même elles eussent été normalement appelées à se succéder.

SUCCESSION DES PERSONNES SOUMISES AU PATRONAT (walâ)(1). — Notons enfin que le *patron* et, en cas de décès de celui-ci, ses *'açabât*, sont appelés à la succession de l'affranchi immédiatement avant le trésor public. Le *bait al-mâl* est donc exclu par eux, sous réserve de la divergence d'opinion qui existe à ce sujet entre Châfi'i et Abou Hanifah, divergence qui a été exposée plus haut.

TESTAMENTS. — Toute personne peut, par testament (*waçiyah*), disposer de ce qu'elle laissera à son décès ; mais le montant des legs ne doit pas excéder le tiers du patrimoine réservé aux héritiers *ab intestat* (2). Seul, le trésor public peut être entièrement exhéredé par testament. Telle est du

(1) V. à ce sujet le chapitre de l'Esclavage.

(2) Il est également défendu de disposer, durant sa dernière maladie, de plus d'un tiers de son avoir, par donation ou par voie d'affranchissement d'esclaves. Il est, néanmoins, licite de faire, pendant la dernière maladie, les femmes esclaves *omn walad*, alors même que cette disposition épuiserait tout l'actif. Les donations et affranchissements antérieurs à la dernière maladie sont, en tout cas, inattaquables. — La limitation au tiers, de la portion du patrimoine que peut léguer le testateur, est en opposition évidente avec le verset 176 de la II^e sourah du Coran. — Le même verset indique aussi qu'autrefois le testateur pouvait léguer la quotité disponible à ses héritiers naturels.

moins l'opinion d'Abou Haniffah qui, au contraire de Châfi'i, considère que l'État appréhende la succession non pas à titre héréditaire, mais à titre de bien vacant.

Sensu stricto, le testament ne confère, en droit mahométan, aucun droit d'hérédité. Le testateur ne peut faire que des legs. Ceux qui, en vertu d'un testament, reçoivent une partie du patrimoine, ne sont jamais appelés héritiers (wârith), mais toujours légataires (mouçâ loh) (1).

Pour qu'un testament soit valable, il faut : 1° que le testateur ait la capacité de disposer de ses biens ; 2° que le légataire institué ne soit pas au nombre des héritiers légitimaires (wârith) du testateur. Si donc un héritier a été avantagé par testament, il dépend uniquement des autres successibles de ratifier ou non la disposition. Châfi'i prétend même que, dans ce cas, le legs est une libéralité non pas du défunt, mais des héritiers.

La loi n'assujettit pas le testament à des formes déterminées. D'ordinaire, on dresse un acte en présence de deux témoins (2). Mais le testateur pourrait leur faire connaître ses dernières volontés verbalement et même, d'après Châfi'i, par signes (3).

On peut, par testament, non seulement donner des objets déterminés, mais encore faire d'autres dispositions, par exemple, nommer un exécuteur (waçi), affranchir des esclaves, instituer un waqf, etc., pourvu que l'ensemble de ces dispositions n'excède pas le tiers des biens, et que l'on n'y relève aucune indétermination (gharar).

Les dispositions à cause de mort peuvent être soumises à une condition (chart) ou à un terme (adjal).

Tant qu'il est vivant, le testateur (mouçi) peut révoquer son testament, soit explicitement, soit d'une manière implicite ou même tacite, par exemple, en léguant la chose déjà léguée (mouçâ boh) à une personne (4) autre que le premier légataire.

(1) Les dispositions testamentaires qui excèdent le tiers disponible sont toujours valables jusqu'à concurrence de ce tiers. Quant au surplus, leur validité dépend de la volonté des héritiers. Coran : II, 178.

(2) Coran : II, 177 ; v. 105.

(3) Coran : v. 105-107. S'il est prouvé, après la mort du testateur, que les témoins n'avaient pas les qualités requises, ou qu'ils n'étaient pas dignes de foi, les parents les plus proches, s'ils connaissent les intentions du défunt, peuvent, par leurs déclarations, suppléer ou compléter celles des témoins.

(4) A moins que cette personne ne fût déjà morte au moment de l'insti-

Le legs fait conjointement à deux personnes dont l'une meurt avant l'ouverture de la succession profite intégralement à la survivante. C'est là un des effets du droit d'accroissement. Mais ce droit n'opère pas quand l'une des personnes gratifiées est incapable d'hériter. La part de cette personne revient alors aux héritiers (wârith).

Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent être l'objet d'un legs.

La propriété de la chose léguée ne passe au légataire que du moment où il a accepté le legs (1). Mais après l'acceptation, son droit de propriété rétroagit à la mort du testateur.

La renonciation au legs est irrévocable.

EXÉCUTEURS. — L'une des dispositions les plus fréquentes dans les testaments est la nomination d'exécuteurs (waçi). Nous allons exposer brièvement leurs attributions.

Le partage des successions et l'exécution des dernières volontés ont lieu par les soins du qâdhî ou du moins sous sa surveillance.

Dans ce dernier cas, l'agent actif est ou bien l'exécuteur (waçi) désigné par le testament ou bien le délégué du qâdhî, qui ne porte pas le nom de waçi, mais celui de qâsim (celui qui partage).

Le waçi est libre d'accepter ou de répudier la mission qui lui est confiée. Il peut mettre des conditions à son acceptation, par exemple, celle d'être rémunéré de ses peines. Il appartient alors aux héritiers et, à leur défaut ou en cas de désaccord entre eux, au qâdhî de décider si ces conditions sont acceptables. Mais s'il a accepté la mission, le waçi, prétendent les Hanafites, est obligé de l'accomplir. Si, par incapacité, mauvaise volonté ou négligence, il se montre au-dessous de ses obligations, le qâdhî peut le révoquer et pourvoir à son remplacement.

Selon Châfi'i, le waçi doit, à cet égard, être assimilé au mandataire qui peut toujours être révoqué ou donner sa démission ('azl).

Il serait cependant, selon Châfi'i, défendu à l'exécuteur de se retirer, si son remplacement devait, pour une raison quelconque, causer la perte entière ou un dommage important au

tution du legs. Dans ce cas, on considère que la première disposition subsiste.

(1) Il en est tout autrement des héritiers *ab intestat*. Ceux-ci, pourrait-on dire, ont la saisine. Ils entrent immédiatement en possession de leur part d'héritage.

patrimoine. Dans cette hypothèse, le waçî aurait toujours droit à une rémunération pour son administration ultérieure.

Le waçî régit et liquide le patrimoine du défunt, fait valoir ses droits, représente les héritiers et légataires absents ou mineurs, prend possession des parts qui leur sont attribuées et les administre. Il peut vendre des biens de la succession jusqu'à concurrence des dettes et frais funéraires, et acquitter ces dépenses.

Quand la mission est terminée, il doit rendre compte de sa gestion.

Le waçî peut être, en même temps, nommé tuteur. Dans ce cas, il exerce également les droits et actions des mineurs confiés à ses soins.

Il est permis de nommer plusieurs exécuteurs. Dans cette hypothèse, et si le testament n'en a pas autrement décidé, les exécuteurs doivent agir conjointement et d'un commun accord.

D'après Abou Hanifah, le waçî aurait le droit de se substituer par testament un autre waçî chargé d'exercer ses fonctions après sa mort. Châfi'i lui dénie cette faculté, à moins que le testament ne lui en eût expressément conféré le pouvoir.

PARTAGE. — Tout individu ayant droit à une portion d'un patrimoine peut, en tout temps, contraindre les autres communistes (charik) à procéder au partage (qismah). S'il n'a pas été nommé de waçî, l'opération, en cas de désaccord entre les intéressés, est faite par un délégué au partage (qâsim), sous la surveillance du qâdhî. En nommant le qâsim (1), le qâdhî fixe le montant de ses honoraires.

Il existe un grand nombre de prescriptions relatives à la manière d'opérer le partage, de vendre les biens impartageables, etc. Les règles de la matière sont en général si étroitement imposées par le bon sens qu'il ne paraît pas nécessaire d'en donner ici l'exposé.

INCAPACITÉ. — Les causes d'incapacité sont :

1° Le fait de *n'être pas croyant* (kofr). Si le fils d'un Musulman est infidèle (kâfir) et s'il a lui-même un fils croyant, le

(1) Le choix ne peut porter que sur un Musulman majeur, libre, en possession de ses facultés intellectuelles, d'une conduite irréprochable, connaissant le calcul. Ces conditions ne sont pas indispensables pour le qâsim nommé directement par les intéressés.

droit de succéder passe sur la tête de ce dernier. Un Musulman n'hérite pas non plus d'un infidèle.

Les Musulmans des différentes sectes ou rites orthodoxes héritent les uns des autres. Quant aux Ch'rites, la question est controversée.

Les infidèles (dsimmi) héritent les uns des autres, qu'ils soient Juifs (Yahoudi) ou Chrétiens (Naçrâni) (1). Il leur est permis de faire des dispositions testamentaires même en faveur de leurs églises et autres établissements religieux. Ils peuvent aussi recevoir d'un Musulman des libéralités par testament.

L'apostat (mortadd) ne peut recueillir aucune succession ou legs. D'après les Châfi'ites, ses biens, après sa mort, reviennent au trésor public (2).

2° *Le meurtre du de cujus*, lors même que l'homicide eût été involontaire. Suivant Abou Hanifah, l'exclusion n'atteint pas le meurtrier qui, à raison de la minorité ou de l'aliénation mentale, n'est pas responsable. De l'avis de Châfi'i, le legs fait au coupable subsiste même après l'homicide. Abou Hanifah assimile, à cet égard, le legs à la succession.

Le prix du sang (diyah) fait partie de la succession. Il est, par suite, partagé selon les règles ordinaires.

3° *La dissolution du mariage*. — Les liens qui unissaient les époux étant rompus, ceux-ci deviennent complètement étrangers l'un à l'autre. Ils n'exercent plus, l'un vis-à-vis de l'autre, le droit de succession *ab intestat*. Mais, précisément parce que ce droit est éteint, ils peuvent s'avantager mutuellement par testament, comme ils pourraient le faire pour un étranger.

4° *L'esclavage*. — Au point de vue du droit des biens, l'esclave n'a pas de personnalité. Par conséquent il est incapable d'hériter. Quant au legs qu'on lui a fait, la propriété en est acquise au maître (3).

(1) Un païen (mochrik) n'hérite pas d'un dsimmi, et réciproquement, un dsimmi n'hérite pas d'un païen.

(2) D'après les Hanafites, la confiscation n'atteint que les biens dont il est devenu propriétaire après l'apostasie.

(3) Sont assimilés, sous ce rapport, aux esclaves, les affranchis conditionnels, c'est-à-dire les mokâtab, modabbar et omm walad, aussi bien que les affranchis partiels.

TROISIÈME PARTIE

DROIT PERSONNEL ET FAMILIAL

CHAPITRE PREMIER

DU MARIAGE (NIKÂH)

Primitivement, le mariage fut, chez les Arabes, une convention par laquelle l'homme acquérait du père, ou de tout autre agnat, le droit de posséder sa future épouse. Au sens strict, la femme n'était pas partie dans la convention : elle en formait, ou plutôt le droit à ses faveurs en formait l'objet.

Ce principe a été respecté par le Prophète, du moins pour la forme. Mais la femme libre est une chose hors du commerce. Cette considération devait imprimer au mariage un caractère tout autre que celui des conventions ordinaires, d'autant plus que, par l'influence primordiale qu'il exerce sur l'état des personnes et la vie de famille, le mariage méritait d'être soustrait aux règles habituelles des engagements civils. Les juristes mahométans, tout en conservant le principe d'acquisition, ont, pour ces motifs, consacré au mariage une partie distincte de leurs ouvrages.

Dans les pays musulmans ou, pour mieux dire, dans presque tous les pays d'Orient, on considère comme gravement répréhensible l'homme pubère qui, sans excuse valable, n'est pas marié ou, s'il n'a pas trouvé l'occasion de se marier, qui ne vit pas, du moins, avec une ou plusieurs esclaves (1).

(1) Coran : iv, 3 ; xxiv, 52.

Les juristes admettent, par conséquent, que le mariage doit être favorisé autant que possible. Aussi, considèrent-ils comme valables les mariages contractés par certaines personnes auxquelles manquerait, en général, la capacité de faire un acte juridique, par exemple, les faillis. L'insensé peut même contracter mariage par l'intermédiaire de son curateur, le mineur par l'intermédiaire de son tuteur (1).

Mais, pour le mineur, la consommation du mariage est différée jusqu'à la majorité, et, à cette époque, il a le droit de ratifier ou non l'engagement pris en son nom.

D'après Châfi'i, une femme ne doit pas figurer, comme partie contractante, à son contrat de mariage. Elle doit être représentée par un tuteur (wali). Cette qualité appartient de droit aux agnats ('açabât) majeurs dans la ligne ascendante et la ligne collatérale (2) en suivant l'ordre dans lequel ils héritent.

Lorsqu'une femme n'a pas d'agnats, ou du moins si elle n'a aucun agnat qui réunisse les conditions requises, ou bien lorsque l'agnat chargé de la tutelle refuse son ministère sans motif valable, c'est le qâdhî (3) qui remplit l'office de wali, comme représentant le souverain (imâm).

Abou Hanifah permet, à la rigueur, à la femme majeure de conclure elle-même son mariage, pourvu qu'elle ne se trouve pas dans l'un des cas ordinaires d'incapacité (maladie mentale, esclavage). Mais il considère comme désirable qu'elle se fasse représenter par un wali, et, parmi ses disciples, beaucoup regardent la convention de mariage conclue directement par la femme comme conditionnelle, et susceptible d'exécution seulement après ratification (ridhâ) par le wali.

Il n'est pas indispensable que la convention soit passée entre le futur époux (zawdj) et le wali en personne: l'un et l'autre peuvent se faire représenter par mandataire.

Le mariage est interdit entre parents en ligne directe (ascendante ou descendante), et en ligne collatérale jusqu'au troisième degré (daradjah) inclusivement (4).

(1) D'après Châfi'i, le droit de marier un mineur est réservé au père et au grand-père seuls.

(2) Abou Hanifah ajoute la ligne descendante. Dans tous les cas, le tuteur doit être Musulman, libre, jouissant de ses facultés intellectuelles; il ne doit pas, d'après Châfi'i, être d'une conduite notoire (fâsiq). Toutefois, Châfi'i n'exige pas que le maître qui marie son esclave soit irréprochable ('adl).

(3) Dans ce cas, le qâdhî est habituellement appelé hâkim.

(4) Coran : iv, 27; xxxiii, 49. La parenté du sang s'appelle, en arabe :

La parenté de lait (ridhâ'ah ou radhâ') y met également obstacle : l'on ne peut se marier ni avec son père ou sa mère de lait, ni avec les parents du sang en ligne directe (ascendante ou descendante) de ses parents de lait, ni avec ceux en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré inclusivement, ni avec les oncles et tantes de ses parents de lait (1).

Mais la parenté de lait n'est opposable qu'au nourrisson et à ses descendants. Elle est sans effet au regard des ascendants de celui-ci et de ses collatéraux.

Sont également des obstacles au mariage : la parenté par alliance (moçâharah) (2) ; l'état d'ihram (3) ; l'apostasie et la qualité d'infidèle (kofr) (4).

Bien que le crime de fornication (5) ne produise ni parenté ni alliance, Châfi'i défend à la mère d'épouser le fils qui lui est né de ce crime, ou le descendant de ce fils (6).

nisbah. A cet égard, les demi-frères et les demi-sœurs sont assimilés aux frères et sœurs germains. Les grands-oncles et grandes-tantes, quoique placés au quatrième degré, sont assimilés aux oncles et tantes.

(1) On se trouve donc, à cet égard, vis-à-vis des parents de lait, dans les mêmes conditions que vis-à-vis des parents du sang.

Deux enfants nés de parents différents, mais nourris par la même femme, ne peuvent pas non plus se marier ensemble.

Pour que la parenté de lait existe, il faut, selon Châfi'i, que l'enfant ait tété cinq fois ; suivant Abou Hanifah, une fois suffit.

(2) Indéfiniment, dans la ligne directe, et en ligne collatérale, jusqu'au troisième degré inclusivement : Il y a également lieu d'appliquer ici ce qui a déjà été dit des grands-oncles et grandes-tantes. A la dissolution du mariage s'éteint la parenté par alliance. Néanmoins, la défense de convoler persiste pour la ligne directe. Coran : iv, 26.

(3) D'après Châfi'i, l'on ne peut, quand on se trouve dans cet état, consentir au mariage. Suivant Abou Hanifah, la consommation du mariage est seule interdite.

(4) Le mariage est absolument prohibé entre croyants et infidèles non soumis (kâfir harbi). Les femmes appartenant à la catégorie des dsimmi (infidèles soumis aux autorités musulmanes), c'est-à-dire les Juives (Yahoudi), les Chrétiennes (Naçrani), les Sabéennes (Çabi) peuvent être épousées par les Musulmans (Coran : ii, 220 ; v, 7). Il est, au contraire, interdit aux femmes musulmanes d'épouser des Juifs, Chrétiens ou Sabéens.

On trouvera de plus amples détails sur les diverses catégories d'infidèles dans la 5^e partie, chapitre iii, section 1.

(5) Relations entre deux personnes de sexe différent, non légitimées par le mariage ou par le droit de propriété.

(6) Pour le père, le mariage contracté dans des conditions analogues est, selon lui, blâmable.

Abou Hanîfah va plus loin : il prohibe aussi le mariage de l'homme avec la fille qu'il a eue d'un commerce illicite, ou avec les descendantes de cette fille, et même avec la mère ou la fille (née d'un autre père) de la femme avec laquelle il a eu ce commerce.

Le maître ne peut épouser son esclave qu'après l'avoir affranchie. Il en est de même de la femme libre : elle ne peut convoler avec son esclave sans l'avoir affranchi. L'on ne peut, en effet, être à la fois propriétaire et époux.

Au contraire, le mariage est permis entre une personne libre et l'esclave d'une autre personne (pourvu que l'esclave ne soit pas infidèle). Toutefois, au point de vue moral, la loi déconseille ces mariages, sauf le cas où l'on ne pourrait épouser une autre personne (1). L'homme est surtout blâmable si, ayant déjà une ou plusieurs épouses libres, il épouse encore l'esclave d'un autre.

Enfin, une femme ne doit pas se mésallier, à moins que ce ne soit de son consentement et du consentement de son tuteur. Rien, au contraire, ne s'oppose à ce qu'un homme prenne une femme d'une condition inférieure à la sienne (2).

Chez les Châfi'ites, le père et, à son défaut, le grand-père paternel ont le droit de marier leur fille ou petite-fille sans avoir besoin de son consentement, et même contre son gré, si elle est encore vierge (bikr), pourvu qu'ils ne lui imposent pas une mésalliance, et qu'un don nuptial raisonnable ait été stipulé.

Chez les Hanafites il n'est pas permis de marier sa fille ou petite-fille vierge contre son gré. Mais il n'est pas nécessaire que la future épouse (zawdjah) exprime alors formellement son consentement.

Quand le wali est, soit un parent plus éloigné que le grand-père, soit le juge, la jeune fille ne peut, d'après Châfi'i, être mariée contre son gré, et elle doit, suivant Abou Hanîfah, déclarer expressément sa volonté.

La femme qui a déjà été mariée (3) doit, de l'avis de tous les juristes, manifester son consentement, si elle veut contracter un nouveau mariage.

(1) Coran : iv, 29.

(2) Pourvu qu'elle n'ait pas été condamnée pour zinâ, l'homme ayant bonne réputation. Coran : xxiv, 3, 26. On appelle les personnes d'égale condition : kofô.

Les causes de mésalliance sont : l'origine, les qualités personnelles, la liberté, la conduite et la profession.

(3) Cette femme est appelée en arabe : thayyib.

Un homme ne peut avoir plus de quatre femmes à la fois (1). Mais son droit de propriété l'autorise, en outre, à avoir commerce avec toutes ses esclaves non mariées (2).

L'esclave, mère d'un enfant né des œuvres du maître et reconnu par celui-ci, acquiert une sorte de situation intermédiaire. Elle ne peut plus être vendue ou engagée, et elle est, de droit, libre à la mort du maître. Elle est appelée omm walad (3).

Nous avons vu que le khiyâr (option) est un expédient juridique qui permet de résoudre toutes les conventions fondées sur le principe de l'échange. Cet expédient ne s'applique pas au mariage, sauf toutefois le khiyâr al-'aib ou option pour vices rédhibitoires. Toutefois les Hanafites n'accordent l'option pour vices rédhibitoires qu'à la femme, et pour cause d'impuissance du mari. Mais les Châfi'ites l'accordent aux deux parties contractantes, à raison des maladies ou des infirmités qui entravent ou empêchent l'accomplissement des fins du mariage, telles que la lèpre, la folie, l'impossibilité des rapports conjugaux. Néanmoins, grâce aux facilités qu'offre la répudiation, il est relativement rare de voir un mariage rompu de ce chef, avant la consommation, du moins par le mari.

Le prix que l'époux doit payer à l'épouse comme équivalent (iwadh) de sa personne, autrement dit le don nuptial, s'appelle mahr (4). Il est généralement fixé au moment où se fait le contrat ; il s'appelle alors mahr mosammâ, c'est-à-dire *don nuptial déterminé*. Rien n'empêche toutefois de le fixer ultérieurement, même après la consommation du mariage ; on prend alors en considération la fortune des époux, les dons nuptiaux reçus par les plus proches parentes de la femme, et surtout par celles de la branche paternelle. Il est alors dit mahr al-mithl, *don nuptial proportionnel* ou *d'équivalence*. En cas de difficulté, il appartient au qâdhî d'en fixer le montant.

(1) Coran : iv, 3. Au contraire, la femme ne peut avoir qu'un seul mari à la fois. Coran : iv, 28.

(2) Coran : xxiii, 6, 7 ; xxxiii, 49, 50. A la condition, toutefois, de respecter les dispositions concernant le degré prohibé de parenté ou d'alliance.

(3) Les relations avec une esclave produisent une alliance suffisante pour interdire toutes relations avec ses ascendantes, ses descendantes et ses parentes (du sang) en ligne collatérale jusqu'au troisième degré.

(4) Ou encore çadâq ou çadaqah. Coran : iv, 3.

Le don nuptial proportionnel est dû lors même que la femme a consenti à se marier sans don nuptial (1), du moins si le mariage a été consommé.

Il n'existe, pour le mahr, aucun maximum ni, d'après Châfi'i, aucun minimum. Cependant, Abou Hanîfah ne permet pas de constituer moins d'un dinâr ou dix dirham (environ 6 fr. 50) et, en général, il accorde au tuteur le droit d'empêcher le mariage que la femme voudrait conclure moyennant un don nuptial par trop faible.

Le don nuptial est généralement beaucoup plus élevé pour une vierge que pour une femme qui a déjà été mariée.

Il est permis de donner en don nuptial toutes les choses qui peuvent faire l'objet du droit de propriété, même une créance ou une remise de dette.

Dans un grand nombre de pays musulmans, le mahr, surtout dans les classes inférieures de la société, s'est abaissé au point que l'on en peut considérer la constitution comme un acte symbolique. En tout cas, l'idée que le mari doit acheter la femme à ses parents s'est peu à peu éteinte dans l'esprit des populations, et le fait qui a peut-être le plus contribué à cette évolution, c'est que le mahr, bien que stipulé par le wali, devient la propriété, non pas de celui-ci, mais de la fiancée.

Le don nuptial, ou du moins le don nuptial déterminé, est ordinairement payé peu de temps après la convention, et avant la consommation du mariage. La femme n'a même pas besoin, avant le paiement, de consentir à la consommation. Cependant, c'est la consommation du mariage (dokhoul) (2) qui seule rend irrévocable le droit au mahr.

L'homme a la faculté de se dédire avant la consommation du mariage, en abandonnant à la fiancée, comme indemnité, la moitié du mahr (3). Il jouit de cette faculté même lorsque le mahr n'a pas été fixé d'avance. Il doit alors, suivant Abou Hanîfah, remettre à sa fiancée, répudiée avant la consommation effective, un cadeau appelé mot'ah. De même que le mahr, ce don, en cas de difficultés, est fixé par le qâdhi (4). Selon Châfi'i, le mari doit, en pareil cas, la moitié du don nuptial proportionnel, à moins que la femme n'ait consenti la renonciation (tafwidh). C'est dans cette dernière hypothèse seulement que, d'après lui, le mari doit la mot'ah.

(1) Une telle renonciation au don nuptial s'appelle tafwidh.

(2) Coran : iv, 28.

(3) Coran : ii, 237, 238.

(4) Coran : xxxiii, 48.

De son côté, la femme peut, après la conclusion des conventions matrimoniales, se refuser à la consommation du mariage; mais alors elle est obligée d'abandonner la totalité du mahr et même de payer une indemnité (arch), lorsqu'elle a reçu des cadeaux en vue du mariage.

Si les conventions matrimoniales sont entachées de nullité et si, pour ce motif, les parties renoncent à la consommation du mariage, il ne peut être dû ni mot'ah, ni mahr, ni arch.

FORMALITÉS DU MARIAGE. — En droit mahométan, le mariage est une des rares conventions assujetties à une forme déterminée (çighah). La formalité consiste en ce que l'époux et le wali manifestent leur consentement, chacun au moyen d'une offre et d'une acceptation, en présence de deux témoins (châhid) mâles et majeurs ou, d'après Abou Hanifah, en présence d'un homme et de deux femmes (1). Ne peuvent servir de témoins, les esclaves, les infidèles, ni, d'après Châfi'i, les personnes d'une conduite notoire (fâsiq). De nos jours, dans la plupart des pays mahométans, la célébration du mariage a lieu en présence d'un ecclésiastique qui donne lecture d'un passage du Coran ou prononce une invocation et reçoit, à cette occasion, une rémunération modique; mais cette cérémonie n'est considérée par la loi musulmane que comme un acte recommandable. Le mariage est à la rigueur un contrat purement civil.

La rédaction d'un acte écrit n'est pas nécessaire pour constater le mariage. Il n'y a guère pour recourir à cette formalité que les personnes aisées ou celles qui, pour un motif quelconque, désirent posséder un titre leur permettant plus tard de prouver leurs droits (2). Les jours qui suivent la conclusion du mariage se passent en repas de noces (walimah), visites, etc.; puis on procède à la consommation du mariage. L'on va chercher la fiancée et on la conduit à la maison du mari (3).

(1) Au point de vue de la validité du témoignage (chahâdah), de même que pour le droit héréditaire, l'homme est toujours considéré comme équivalent à deux femmes. L'opinion générale de Mahomet sur les femmes résulte notamment du Coran : iv, 38 et xliii, 17.

(2) Les conventions matrimoniales peuvent renfermer toutes les stipulations qui n'ont rien de contraire à la nature du mariage ou à l'ordre public.

(3) Cette double démarche doit avoir lieu, de préférence, dans la soirée du lundi ou du vendredi, jours considérés comme heureux. Pendant l'intervalle qui sépare la conclusion des conventions matrimoniales de la consommation du mariage, les futurs sont désignés sous le nom de 'arous (plur.

Pour les juristes, cette pratique représente la prise de possession (qabdh) qui doit, comme on l'a vu, suivre toute convention de pareille nature.

On pratique encore beaucoup d'autres cérémonies, qui varient dans les divers pays de l'Islâm; quelques-unes même remontent à une époque antérieure au Coran. Leur description appartiendrait moins au droit qu'à l'ethnographie (1).

DROITS ET DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX. — Les juristes traitent compendieusement des droits et devoirs réciproques résultant, pour les époux, du mariage. Nous ne rappellerons que les principaux.

On s'accorde pour enseigner que le mari doit bien traiter sa femme (2) et l'entretenir suivant sa condition (3). L'entretien (nafaqah) comprend non seulement la nourriture, mais aussi l'habillement, le logement et les frais de toilette nécessaires, le tout conformément à la position sociale du mari. Lorsque la position sociale de la femme le comporte, celui-ci est encore astreint à lui fournir la domesticité nécessaire. Quand un homme a plusieurs femmes, chacune doit avoir une maison distincte ou, tout au moins, des appartements séparés. Le mari conserve toutefois le droit de surveiller les sorties de l'épouse et les visites qu'elle reçoit.

La femme doit obéir à son mari et le suivre partout où il lui plaît de se rendre. En cas de désobéissance de la femme (nochouz), le mari, avant tout, est tenu de lui donner un avertissement; mais si l'avertissement est infructueux, il doit la séquestrer, la priver des relations sexuelles et, au besoin, avoir recours à une correction corporelle (4), sans que, toutefois, cette correction dégénère en mauvais traitements (5).

S'il est à la connaissance du qâdhî que des époux vivent

'oros, fiancés ou promis), attendu que les demandes et promesses de mariage antérieures à la consommation ne lient point.

(1) Lorsque la femme a déjà été unie en précédent mariage, il y a généralement beaucoup moins de cérémonies que pour le mariage d'une vierge.

(2) Coran : iv, 23.

(3) Coran : ii, 233.

(4) Coran : iv, 38.

(5) Sur la différence entre la condition de la femme chez les Arabes, à l'époque de l'établissement de l'Islâm ou dans les premiers siècles de la nouvelle ère, et la situation qu'elle a acquise plus tard chez les Croyants, consulter v. Kremer : *Culturgeschichte*, vol. II, p. 95 et suiv.

en mauvaise intelligence, il désignera comme arbitres (hakam) un parent du mari et un parent de la femme, avec mission de réconcilier les époux, et en cas d'insuccès, de les décider à la dissolution du mariage.

En cas de désobéissance incorrigible de la femme, le mari peut, s'il ne veut pas la répudier immédiatement, faire, en présence de témoins, sa déclaration au qâdhi. Cette déclaration libère le mari de l'obligation d'entretenir la femme. Mais par contre, il est tenu de la reprendre et de la réintégrer dans ses droits lorsqu'elle promet de s'amender.

L'obligation d'entretien est suspendue pendant tout le temps que la femme, sans l'autorisation du mari, part en voyage, accomplit le pèlerinage de La Mecque, ou est emprisonnée pour dettes. Il en est de même tant que la femme est mineure (c'est-à-dire tant qu'elle n'est pas encore nubile). Au contraire, l'obligation subsiste intégralement pendant la 'iddah en cas de répudiation (talâq) (1).

Les juristes réglent de la manière la plus minutieuse la répartition, entre les épouses, des faveurs du mari. Celui-ci doit s'attacher à ne susciter entre elles aucune jalousie afin de conserver chez lui la tranquillité et la paix (2).

Ainsi, il lui est interdit d'avoir des rapports sexuels avec l'une de ses femmes, en présence d'une ou de plusieurs autres; il doit visiter régulièrement chacune de ses épouses; il lui est recommandé de passer la journée chez la femme auprès de laquelle il a passé la nuit (3).

Lorsqu'un homme prend une nouvelle femme, il doit, d'après Châff'i, passer trois nuits chez elle, et sept si elle n'avait pas déjà été unie en précédent mariage; il ne doit, de ce chef, aucune compensation aux autres femmes. L'acte conjugal est interdit pendant l'état d'impureté résultant, pour la femme, de la menstruation ou de l'accouchement; il en est de même durant l'ihram. Il est blâmable de s'y livrer pendant les éclipses de soleil et de lune, les orages, les tempêtes, la nuit de la nouvelle lune, sauf celle du mois de Ramadhân, et dans quelques autres circonstances.

Les rapports conjugaux sont interdits au mari lorsqu'il a

(1) V. ci-après: Dissolution du mariage et différentes sortes de séparations entre vifs.

(2) Coran : iv, 128.

(3) Coran : ii, 223. Le Prophète lui-même n'était pas astreint à toutes ces règles, pas plus qu'au nombre légal de quatre femmes. Coran : xxxiii, 49 à 52; lx, 12.

fait serment de continence (ilâ) ou prononcé l'assimilation injurieuse (thihâr). Le serment de continence peut être fait pour un temps déterminé ou indéterminé ; mais la femme est en droit, même dans cette dernière hypothèse, d'exiger, au bout de quatre mois, soit que son mari la répudie, soit qu'il annihile par une kaffârah les conséquences de son serment et qu'il reprenne la cohabitation avec elle (1).

Le thihâr (2) est la déclaration par le mari que sa femme sera pour lui comme une parente d'un degré auquel le mariage est formellement prohibé, par exemple, comme sa mère, ou sa sœur. Cette assimilation interdit à l'homme les relations physiques avec sa femme, tant que ses conséquences n'ont pas été modifiées par une kaffârah (3). Avant Mahomet, le thihâr était une manière de dissoudre le mariage ; il en a fait une espèce de séparation de corps.

De nos jours, le thihâr, de même que l'ilâ, sont complètement tombés en désuétude dans la plupart des pays musulmans.

Le Coran contient de nombreuses prescriptions concernant la façon dont doivent se comporter un honnête homme ou une honnête femme (4).

CONSÉQUENCES DU MARIAGE QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX. — A part ce qui a été dit plus haut de la dévolution par voie d'héritage, du mahr et de l'entretien, le mariage n'a aucune influence sur la condition des biens des époux. En droit musulman, il n'y a ni communauté de biens, ni régime dotal ; la puissance maritale s'exerce exclusivement sur la personne de la femme et non sur ses biens (5). Chaque époux

(1) Coran ; II, 226, 227.

(2) Coran : XXXIII, 4, 5 ; LVIII, 1 à 5.

(3) Cette kaffârah, de même que celle de l'ilâ, est égale à la kaffârah prescrite pour le jeûne. V. *suprà*, 1^{re} partie, chap. IV.

(4) Coran : XXIV, 30, 31, 57 à 61 ; XXXI, 17, 18 ; XXXIII, 35 ; XLIX, 11, 12. En ce qui concerne l'usage du voile cf. Coran : XIX, 17 ; XXIV, 31 ; XXXIII, 55, 59. Les femmes libres ne peuvent se montrer sans voile que devant les parents du sang, les parents de lait et les alliés, mâles, avec lesquels le mariage leur est interdit ; devant leurs esclaves, devant les enfants au-dessous de sept ans, les eunuques et les vieillards. En présence de tous les autres hommes, excepté naturellement leur mari, elles doivent avoir le visage couvert.

(5) Coran : IV, 36. Une conséquence de cette règle est que la prohibition de vente et de donation entre époux n'existe pas dans le droit maho-

conserve ce qu'il possède, et les frais du ménage sont entièrement à la charge du mari (1).

Toutefois, la femme supporte seule les dépenses faites pour son agrément exclusif et qui ne peuvent être rangées parmi les frais d'entretien (nafaqah).

Il est cependant loisible aux époux, par conventions arrêtées avant ou pendant le mariage, de déroger à ces règles et de stipuler que la femme contribuera pour partie aux frais du ménage, ou que le mari administrera les biens de l'épouse, en qualité de mandataire.

Quant aux conséquences du mariage à l'égard des enfants, elles feront l'objet du chapitre suivant.

DISSOLUTION DU MARIAGE. — Le mariage est dissous :

1° Par la mort ;

2° Par l'abjuration de l'Islâm ;

3° Par toute circonstance qui rend l'un des conjoints propriétaire de son épouse ou de son époux qui est esclave. Ce cas ne peut se présenter que pour les mariages entre personnes libres et esclaves.

Lorsque le mariage se trouve dissous par l'une de ces trois causes, l'homme peut contracter immédiatement une nouvelle union.

La femme ne le peut qu'après un certain délai, afin de prévenir les doutes sur l'origine de la paternité. Si elle est enceinte, elle attendra sa délivrance ; au cas contraire, elle laissera passer quatre mois et dix jours (2). Cette retraite s'appelle 'iddah.

Après la mort du mari, la veuve doit, pendant la 'iddah, prendre le deuil (hidâd), c'est-à-dire s'abstenir de se parfumer, de se farder, de porter des vêtements de couleur voyante, et ne pas s'occuper immédiatement de se remarier. Toutefois, il n'est pas défendu qu'un homme adresse à une veuve

métan. Il en est de même de l'assistance et de l'autorisation de la femme par son époux pour les actes juridiques la concernant.

(1) Coran : iv, 38. Il peut exister, naturellement, des biens communs entre époux comme, du reste, entre toutes autres personnes, par suite de succession, d'achat, de travail en commun, etc., mais il est évident qu'une telle communauté est indépendante du mariage.

(2) Coran : ii, 234, 235. Le mot de « délivrance » doit être entendu en ce sens que les suites de l'accouchement aient disparu. Les juristes admettent un délai moyen de quarante jours.

durant la 'iddah des propositions en vue d'un nouveau mariage (khitbah), pourvu que ces propositions soient faites en termes implicites;

4° Par la séparation entre-vifs (forqah).

La facilité avec laquelle se dénouent les liens du mariage, et l'usage immodéré que font, de la séparation, les Fidèles, exercent dans les pays musulmans sur la vie de famille une influence plus néfaste encore que la polygamie. Il n'est pas rare de rencontrer des hommes qui ont eu et répudié successivement quinze à vingt femmes, ou des femmes d'âge moyen qui ont appartenu à une demi-douzaine de maris. Mais il ne faut pas perdre de vue que la réclusion dans laquelle vivent les femmes avant le mariage est un obstacle presque invincible à toute connaissance, même ébauchée, entre les fiancés. S'il n'était pas aussi facile de reprendre sa liberté, bien peu de gens se sentiraient disposés à épouser une personne à peu près inconnue. Cependant, lorsqu'une rupture est imminente, il est expressément prescrit aux membres des deux familles de ne rien négliger pour la prévenir (1). Ce précepte a pour but d'empêcher que les choses ne se passent à la légère. Mais, en fait, on ne s'y conforme pas régulièrement.

DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SÉPARATIONS ENTRE VIFS. — Il y a quatre sortes de séparations entre-vifs :

1° Le khol' ou divorce (2). C'est le rachat, par la femme, de sa liberté, moyennant une rançon qu'elle paie au mari pour l'indemniser de la perte de son épouse. Cette indemnité ou équivalent s'appelle 'iwadh; dans certains cas, elle est fixée par le qâdhî. Le divorce a les mêmes conséquences que la répudiation irrévocable.

2° Le faskh ou dissolution du mariage prononcée par le juge, savoir :

A la demande de la femme, lorsque le mari ne remplit pas ses obligations (3), notamment s'il ne paye pas le mahr ou ne pourvoit pas à l'entretien de sa femme;

A la demande de chacune des parties, dans le cas où l'op-

(1) Coran : iv, 39, V. plus haut, p. 151.

(2) Coran : II, 229; IV, 127.

(3) Que le défaut d'accomplissement dépende ou non de sa volonté; que les devoirs ou obligations dérivent de la loi ou des conventions matrimoniales.

tion pour vices rédhibitoires est autorisée (1). La dissolution produit les mêmes effets que la répudiation irrévocable (2) ;

3° Le talâq ou répudiation (3). C'est le mode de séparation le plus usité. Le mari affranchit la femme de toute obligation envers lui pour l'avenir, et lui rend sa liberté; mais la femme conserve son mahr (4).

Aucune de ces trois formes de séparation ne fait obstacle à ce que les époux contractent ensemble, ultérieurement, un nouveau mariage. Cette nouvelle union n'est interdite qu'au cas où le mari aurait prononcé contre la femme trois répudiations (5). Dans ce dernier cas la loi exige, pour la validité du nouveau mariage entre les époux séparés que, depuis la dernière répudiation, la femme ait été mariée à un autre homme qui l'a lui-même répudiée après la consommation du mariage.

Ce mari intermédiaire s'appelle mohallil. En outre, le mariage peut, après la première et la deuxième répudiation, être rétabli, mais seulement pendant le délai de 'iddah. Il suffit, pour cela, que le mari révoque simplement la répudiation, sans aucune formalité et sans nouvelle convention (6).

4° Le li'ân ou malédiction (7). Lorsqu'une femme est enceinte, si le mari est convaincu qu'elle s'est rendue coupable de fornication (zinâ), mais sans pouvoir en fournir la preuve légale, il a le droit d'affirmer sa conviction devant le qâdhî, par un serment solennel. La femme peut, si bon lui semble, attester, dans la même forme, que l'affirmation du mari est mensongère. Dans ce cas, les époux ne peuvent être poursuivis pour zinâ ou fausse accusation de zinâ; mais leur

(1) V. plus haut, p. 147.

(2) Les juristes appellent le khol' une répudiation irrévocable *achetée* et le faskh une répudiation irrévocable *forcée*.

(3) Coran : II, 229 à 232.

(4) Coran : IV, 24. Le talâq peut être prononcé sans que la femme ait donné à son mari aucun motif de mécontentement. Mais, dans ces conditions, il est blâmable de prononcer la répudiation à un moment où le mari n'a pas la certitude que sa femme ne soit pas enceinte.

(5) Les trois répudiations peuvent être prononcées à la fois. Le droit de répudiation peut même être abandonné à la femme; dans ce cas, elle peut se répudier elle-même.

(6) Le talâq admettant la révocation unilatérale de la part du mari, s'appelle talâq radj'i; le talâq irrévocable porte le nom de talâq bâ'in. La révocation s'appelle radj'ah.

(7) Coran : XXIV, 6 à 9.

mariage est dissous à jamais, et l'enfant à naître n'a pas, d'après la loi, l'ex-époux pour père. Le li'ân ne peut plus être admis, lorsque le mari a reconnu explicitement ou implicitement que la grossesse est de ses œuvres.

Remarquons enfin que le khol', de même que le talâq, peut avoir lieu sous condition, ce qui n'est pas possible pour le faskh ou le li'ân.

'IDDH EN CAS DE SÉPARATION ENTRE VIFS. — La 'iddah à la suite de la séparation entre vifs (1), dure trois qorou (plur. de qorö), si la femme n'est pas enceinte; dans le cas contraire, elle se prolonge jusqu'après la délivrance (2). Quant à la portée du mot qorö, il y a divergence entre l'école de Châfi'i et celle d'Abou Hanifah. Pour celle-ci, il a le sens de menstrues. Pour la première, il désigne la période de pureté comprise entre deux menstruations successives. Si la femme n'est pas réglée, ou si ses époques ne sont pas régulières, le qorö est compté pour un mois. Par suite, dans ce dernier cas, la 'iddah de la femme en question équivaut, selon tous les juristes, à trois mois. Pendant la durée de la 'iddah, la femme doit rester dans la maison de son mari, si celui-ci le désire. L'époux, de son côté, doit subvenir à l'entretien de la femme, comme à l'ordinaire, et il ne peut, sauf en cas de mauvaise conduite, la chasser de sa maison (3).

Abou Hanifah soutient, en conséquence, que, durant la 'iddah, le mariage, même après une répudiation irrévocable, n'est pas encore véritablement dissous. Il estime, par suite, qu'il est défendu au mari, pendant ce délai, de prendre une nouvelle femme si celle-ci, en comptant l'épouse répudiée, devait porter à cinq le nombre des femmes. Abou Hanifah reconnaît, avec Châfi'i, que le droit d'héritage résultant du mariage subsiste au cas où l'un des époux vient à décéder pendant le délai de 'iddah.

(1) Coran : II, 228 ; LXV, 1 à 4.

(2) Dans ce cas, également, il faut que, non seulement l'accouchement ait eu lieu, mais que ses suites aient disparu. Conf. p. 153, note 2.

(3) Coran : II, 242 ; LXV, 1, 2, 6. Après la répudiation irrévocable, c'est-à-dire après la répudiation triple, le mari n'est plus en droit d'exiger, pendant la 'iddah, que sa femme demeure avec lui. Par contre, la femme conserve, même dans ce cas, le droit de passer son temps de 'iddah dans la maison de son ex-époux; elle peut, en outre, d'après Abou Hanifah, exiger l'entretien habituel. Châfi'i prétend, au contraire, que l'obligation de l'entretien cesse alors, pendant la 'iddah, sauf au cas de grossesse.

MARIAGE DES ESCLAVES. — Le Coran fait preuve d'une grande humanité en reconnaissant la validité juridique du mariage des esclaves. C'est là une louable exception au principe de l'esclavage (1). Le droit mahométain admet le mariage, soit entre esclaves, soit entre personnes libres et esclaves. Toutefois, ces unions sont régies par des dispositions spéciales. Il est, en principe, interdit au maître ou à la maîtresse d'épouser son esclave. L'affranchissement préalable et sans condition (*'itq*) est de rigueur.

Une esclave qui donne le jour à un enfant né de ses relations avec son maître devient, par ce fait seul, *omm walad*.

Un esclave ne peut être marié simultanément à plus de deux femmes (libres ou esclaves) et, naturellement, il ne devient jamais *omm walad*. En outre, son mariage est irrévocablement dissous par deux *talâq*. S'il est uni à une femme libre, *Abou Hanifah* permet trois répudiations. Inversement, *Châfi'i* permet trois répudiations pour une esclave mariée à un homme libre. Le motif de cette divergence est que l'un envisage ici surtout la situation juridique de l'homme, tandis que l'autre se préoccupe davantage de la condition de la femme.

La *'iddah* pour l'esclave, dont le mari est décédé, dure seulement deux mois et cinq jours. Après la séparation entre vifs, cette retraite dure deux *qorou* ou un mois et demi. Mais, en cas de grossesse, elle se prolonge toujours jusqu'à la délivrance ou, pour mieux dire, jusqu'à la disparition des suites de l'accouchement. Celui qui achète une esclave non mariée ne peut avoir de relations avec elle qu'après l'expiration d'un *qorö*, et, si elle est enceinte, après la délivrance. Cette période d'abstention s'appelle *istibrâ*. Après la mort de son maître, un *omm walad* doit, pour contracter mariage, observer, d'après les Hanafites, la *'iddah* des femmes libres, et, d'après *Châfi'i*, seulement l'*istibrâ*.

Le mariage des esclaves ne porte pas atteinte, en principe, au droit de propriété que le maître a sur eux et sur leurs enfants. L'on se fonde sur ce droit de propriété pour proclamer que les esclaves ne peuvent se marier sans le consente-

(1) Le droit romain, par exemple, ne reconnaît entre ou avec les esclaves aucune liaison de droit (*nuptiæ*), mais seulement l'union de fait (*contubernium*), qui n'est pas plus légale que celle des animaux. Ce principe, s'il est moins humain que la doctrine du Prophète, est cependant plus logique. Il est évident que le droit familial des esclaves est en opposition avec le droit de propriété du maître et donne lieu à de graves difficultés.

ment du maître (1), et même que le maître peut donner en mariage ses esclaves non mariées, contre leur gré. Mais Châfi'i ne reconnaît pas à une femme qui veut marier l'une de ses esclaves le droit d'agir, dans cette circonstance, en qualité de wali.

(1) Coran : iv, 29.

CHAPITRE DEUXIÈME

DES CONSÉQUENCES DU MARIAGE RELATIVEMENT AUX ENFANTS

ENFANTS LÉGITIMES ET ENFANTS ILLÉGITIMES. — Les enfants (walad, plur. awlâd) sont légitimes ou illégitimes.

Sont légitimes :

1° Tous les enfants nés d'un mariage légitime plus de six mois après la consommation du mariage. Ceux qui naissent après la dissolution du mariage sont réputés légitimes, s'il ne s'est pas écoulé, entre cette dissolution et la naissance, plus de deux ans, d'après Abou Hanifah, et plus de quatre ans, d'après Châfi'i, mais à condition que la femme n'ait eu, dans l'intervalle, aucune menstruation ;

2° Les enfants nés des relations d'un maître avec une de ses esclaves et qu'il reconnaît pour siens (1).

S'il a reconnu un premier enfant, il y a présomption légale que les suivants sont également de lui.

La distinction entre enfants légitimes et enfants naturels légalement reconnus n'existe pas en droit musulman.

Sont illégitimes :

1° Les enfants nés d'unions illégitimes, c'est-à-dire qui sont le fruit de zinâ ;

2° Les enfants nés pendant la durée d'un mariage légitime, mais que le mari, par li'ân, déclare illégitimes.

Les enfants illégitimes, de l'une ou de l'autre catégorie, ne peuvent être légitimés par le père. Exception faite de la prohibition du mariage avec le père, selon Abou Hanifah, les enfants illégitimes n'ont de lien juridique qu'avec leur mère

(1) D'après les Hanafites, la reconnaissance doit être expresse. Selon Châfi'i, la reconnaissance expresse n'est pas nécessaire lorsque le maître a vécu avec l'esclave. La présomption est, au contraire, que les enfants sont issus du maître. Si celui-ci ne veut pas assumer la paternité, il doit en faire la déclaration.

et ses parents, pourvu naturellement que la maternité soit établie par la reconnaissance de la mère ou par des preuves légales.

Les enfants dont le père et la mère, ou seulement l'un d'eux, sont esclaves, suivent la condition juridique de la mère (1). Si donc celle-ci est libre, les enfants le seront aussi; si elle est esclave, ils seront esclaves de son maître. Dans tous les autres cas, les enfants légitimes suivent la condition du père.

ÉDUCATION DES ENFANTS. — Le Prophète a donné, pour l'éducation (hidhânah) des enfants, de nombreux préceptes. Aussitôt qu'un enfant est né, son père et, à défaut du père, toute autre personne de sexe masculin, doit lui murmurer l'adsân à l'oreille droite et, en outre, mais cette pratique n'est que facultative, l'iqâmah à l'oreille gauche. Le nom de l'enfant est ordinairement donné par le père, si c'est un garçon, et par la mère, si c'est une fille. D'une manière générale, il est défendu de consulter à ce sujet les diseurs de bonne aventure (kâhin). C'est cependant une pratique à laquelle on recourt fréquemment.

On donne souvent aux garçons le nom du Prophète (Mohammed), ou l'un de ses surnoms (Ahmed, Moçtafâ), ou le nom d'un des membres de sa famille ('Alî, Hasan, Iïosain), de ses compagnons ('Omar, 'Othmân), de l'un des prophètes antérieurs (Dawoud, Solaimân), ou encore un nom signifiant serviteur ('abd) d'Allâh ('Abd Allâh, 'Abd al-Qâdir, 'Abd ar-Rahmân). Pour les filles, on suit la même règle, sauf que, pour elles, la dernière catégorie de noms est inusitée. On donne la préférence aux prénoms de Âïchah et de Fâtimah. Souvent aussi, on donne aux filles un nom rappelant simplement une qualité quelconque, quelquefois un diminutif.

L'obligation pour les parents de donner un nom (ism) à l'enfant ne s'applique qu'aux prénoms. La plupart des Mahométans, à un âge avancé, prennent le nom de leur père ou de leur fils, et les femmes le nom de leurs filles; exemple: Abou 'Abd Allâh; Ibn Mohammed; Omm Fâtimah. Ce nom d'emprunt s'appelle konyah. Certaines personnes ont, en outre, un surnom (laqab) tel que: Nour ad-dîn, c'est-à-dire: lumière de la religion, etc. Chez les Arabes, il existe des noms de famille (nisbah) qui se transmettent de père en fils. Ces noms

(1) Excepté, naturellement, les enfants issus du commerce d'un maître avec son esclave.

de famille rappellent, la plupart du temps, la tribu, le lieu d'origine de la souche, la profession des ancêtres, etc., par exemple : al-Tamîmî, al-Habchî, al-Harîrî (1).

Au nombre des devoirs imposés aux parents, le Prophète place l'obligation de raser la tête des enfants (2), surtout celle des garçons, au plus tard dans leur deuxième année. On ne laisse sur le crâne que deux touffes de cheveux.

Les parents doivent aussi veiller à ce que les enfants subissent la circoncision (khitân) (3).

On croit généralement, en Europe, que les Musulmans subissent la circoncision à l'âge de 13 ans en souvenir d'Isma'il, fils du patriarche Abraham (Ibrâhîm). Cette croyance est erronée. Il est vrai que l'opération a lieu parfois très tard : dans certains pays à 5 ou 6 ans ; dans d'autres même à 15 ans seulement ; cela n'est nullement contraire à la loi. Mais il est préférable de la faire dès la première enfance. Les personnes qui embrassent l'Islâm à un âge plus avancé, doivent s'y soumettre également, quel que soit leur âge.

Il est à remarquer, cependant, que non seulement la circoncision n'est pas prescrite par le Coran, mais que le mot ne se rencontre même pas dans ce livre ; aussi est-il permis de croire que Mahomet ne voulait pas attribuer à la circoncision le caractère d'une consécration religieuse, analogue au baptême des Chrétiens, mais qu'il la considérait plutôt comme un antique usage des peuples sémitiques, unique-ment basé sur des raisons d'hygiène.

Quoi qu'il en soit, aucun précepte de l'Islâm n'est observé d'une façon aussi générale et aussi ponctuelle. A part l'abstinence de vin et de viande de porc, c'est souvent le seul indice auquel, dans les régions lointaines et sauvages, on recon-naissance les sectateurs de Mahomet.

(1) V. T. E. Colebrooke : *On the proper names of the Mohammedans*, dans le *Journal of the R. A. S.* ; New Series, vol. xi, 2^e partie, année 1879, p. 171 et suiv.

(2) Les Musulmans attachent une grande importance à cet usage. Les sectateurs de Châfi'i immolent à cette occasion : pour un garçon, deux brebis ou chèvres et pour une fille, une brebis ou chèvre. Ce sacrifice porte le nom de 'aqîqah. Un grand nombre de juristes prétendent que ce sacrifice doit avoir lieu le septième jour après la naissance de l'enfant. C'est aussi ce jour-là que l'enfant doit, suivant eux, avoir les cheveux coupés.

(3) Ce ne sont pas seulement les garçons que l'on soumet à la circoncision, mais aussi les filles. Pour celles-ci, l'opération reçoit le nom de khafdh, et non celui de khitân. Abou Hanifah ne considère pas la circoncision des filles comme indispensable ; aussi voit-on beaucoup de pays

La description des cérémonies en usage pour la circoncision dans les différents pays, appartient au domaine de l'ethnographie et non à celui du droit.

A QUI INCOMBENT L'ENTRETIEN ET L'ÉDUCATION DES ENFANTS ?

— L'entretien (nafaqah) et l'éducation (hidhânah) des enfants sont à la charge du père (1), bien que les filles jusqu'au mariage, et les garçons jusqu'à la circoncision, demeurent avec la mère et dans la partie de l'habitation réservée à celle-ci, c'est-à-dire dans le harîm. En cas de divorce, la mère (2), tant qu'elle ne se remarie pas, a le droit d'exiger que ses enfants en bas âge (tifl, pluriel atfâl) soient confiés à ses soins. Pour les garçons, le droit de la mère dure jusqu'au moment où ils peuvent accomplir, sans le secours d'autrui (3), les fonctions indispensables de la vie, et pour les filles, jusqu'à leur majorité. Passé cette époque, les enfants de l'un ou l'autre sexe doivent, d'après Abou Hanîfah, rester avec leur père, si celui-ci l'exige. Châfi'i prétend qu'ils peuvent eux-mêmes choisir, du père ou de la mère, celui avec lequel ils veulent vivre. Toutefois celui de leurs auteurs dont ils vivent séparés conserve la faculté de les voir chaque fois que bon lui semble. A défaut de mère, l'éducation, durant la première enfance, incombe aux plus proches parentes de l'enfant, de préférence à celles de la ligne maternelle.

La mère est obligée d'allaiter son enfant durant les jours qui suivent la naissance et même plus longtemps si elle ne peut se faire remplacer par une bonne nourrice. Quand la mère nourrit elle-même son enfant, le père doit lui donner la rémunération qui reviendrait à une nourrice (4).

La dissolution du mariage ne fait pas cesser, pour la mère,

hanafites où elle n'est pas pratiquée. Il convient encore de remarquer que la circoncision est toujours faite sur les garçons par un homme, et sur les filles par une femme.

(1) Leur entretien n'incombe à la mère qu'à défaut de père ou en cas d'indigence de celui-ci.

(2) A moins qu'elle ne soit insensée ou de mauvaise conduite. Les esclaves et les infidèles mariées à des Musulmans ne jouissent, dans aucun cas, de ce droit.

(3) Cet âge est fixé, par la plupart des juristes, à 7 ans.

(4) La durée habituelle de l'allaitement est, chez les Mahométans, de deux ans. Mais les parents peuvent sevrer l'enfant plus tôt. Coran : II, 233; XXI, 13; LXV, 6.

l'obligation d'allaiter l'enfant; mais alors le droit à l'entretien (nafaqah) subsiste pendant le temps qu'elle nourrit, comme si le mariage n'était pas dissous (1). Si la mère veut nourrir son enfant, le père ne peut pas le lui interdire, quand même elle exigerait la rémunération dont il est question plus haut.

DEVOIRS DES ENFANTS ENVERS LEURS PARENTS; ENTRETIEN. — Si c'est pour les parents (wâlid) une obligation de pourvoir à l'entretien des enfants, ceux-ci ont également le devoir de subvenir aux besoins de leurs père ou mère indigents (2). L'obligation n'existe pas seulement entre parents et enfants, mais entre tous les ascendants et descendants. L'on doit même, d'après Abou Hanifah, entretenir tous ses parents indigents (de l'un et de l'autre sexe) du degré auquel le mariage est prohibé. Néanmoins, quant à ceux du sexe masculin, l'obligation n'existe qu'à l'égard des mineurs ou des hommes qui, pour un motif indépendant de leur volonté, sont hors d'état de pourvoir à leur entretien par leur propre travail (3). L'entretien d'un parent du sexe masculin comprend, en outre, la nafaqah des personnes aux besoins desquelles celui-ci doit subvenir.

DEVOIRS MORAUX. — Les obligations morales des enfants envers leurs parents se résument en deux principales : respect (hormah) et obéissance (tâ'ah) (4).

TUTELLE ET MINORITÉ. — Les enfants, pendant leur minorité, sont sous la tutelle (walâyah) de leur père et, à défaut de père, sous la tutelle de leur plus proche agnat ('açabah) de la ligne ascendante. Le père, et à défaut de père, le

(1) Coran : II, 233; LXV, 7.

(2) Coran : XXXI, 13; XLVI, 14. D'après Châfi'i, on doit même procurer à ses ascendants mâles, s'il est nécessaire, les moyens de se marier ou de vivre avec une esclave.

(3) Coran : XVI, 92; XXX, 37. Par indigents, on doit entendre en cette matière les personnes qui ne possèdent pas l'avoir minimum (niçâb) imposable à titre de zakâh.

(4) Coran : II, 77; IV, 1; VI, 152; XVII, 24, 25; XXIX, 7; XXXI, 13, 14. L'obéissance aux parents ne doit pas cependant être poussée jusqu'à l'accomplissement d'une mauvaise action qu'ils auraient ordonnée.

grand'père paternel, ont le droit de désigner, par testament, un ou plusieurs tuteurs à leurs enfants ou petits-enfants. Le qâdhî pourvoit à la tutelle des orphelins qui n'ont ni parents auxquels cette fonction revienne de droit, ni tuteur désigné par testament (1).

La tutelle du père ou de tout autre agnat en ligne ascendante est, au même titre que chez nous la puissance paternelle, un droit familial naturel et irrévocable. Si le père ou tout autre agnat appelé à la tutelle est incapable de gérer ses propres affaires, son curateur l'exercera en son lieu et place.

Ne peuvent être nommés tuteurs, soit par testament, soit par le qâdhî, les gens dont la mauvaise conduite est notoire (fâsiq); les personnes qui, pour un motif quelconque, sont elles-mêmes en tutelle ou curatelle; les esclaves. La seule tutelle que les femmes puissent exercer est celle qui leur est conférée par testament ou, selon quelques-uns, par le qâdhî.

La tutelle dure jusqu'à la majorité, c'est-à-dire, pour les garçons, jusqu'à l'apparition des premiers signes de la virilité, pour les filles, jusqu'à l'apparition des menstrues, et à condition, toutefois, que le garçon ait, d'après Abou Hanîfah, atteint l'âge de 12 ans et la fille l'âge de 9 ans. Châfi'i admet l'âge de 9 ans pour les deux sexes (2).

D'après Châfi'i et la plupart des Hanafites, la majorité, pour l'un et l'autre sexe est, de droit, atteinte à 15 ans, lors même qu'il ne se serait manifesté aucun signe de puberté. Abou Hanîfah lui-même a cependant fixé, dans cette même hypothèse, la majorité à 18 ans pour les garçons et à 17 ans pour les filles (3).

A la majorité (4), le tuteur doit rendre compte (5) de son

(1) Voici les noms sous lesquels on désigne les différents tuteurs: tuteur à raison de la parenté, walî; tuteur nommé par le qâdhî, walî ou qayyim; tuteur testamentaire, waçî.

(2) En droit mahométan, les mineurs, et surtout les orphelins, sont regardés comme personnes ayant droit à une protection spéciale. Le qâdhî doit toujours traiter leurs affaires comme *causæ favorabiles*. Coran: II, 77, 218, 219; IV, 126; XIII, 9.

(3) Dans le cas où, à l'âge de la majorité, le développement intellectuel du mineur ne paraît pas suffisant, le tuteur est tenu, selon Abou Hanîfah, de continuer ses fonctions jusqu'à ce que le mineur ait atteint 25 ans. D'après Châfi'i, il les conserverait sans limitation d'âge; mais il n'y serait pas obligatoirement tenu. En Arabe, le majeur est appelé: bâligh.

(4) Coran: IV, 5.

(5) Coran: IV, 2, 5 à 7; XVII, 36.

administration (1) en présence de témoins. Châff'i établit, en cette matière, la distinction suivante : s'il s'agit d'une tutelle légale d'ascendant, c'est à l'ex-pupille à prouver que son tuteur a mal géré. La tutelle, au contraire, a-t-elle été déférée par le qâdhi ou par testament, c'est au tuteur, en cas de difficulté, à démontrer qu'il a administré en bon père de famille. Abou Hanifah met toujours le fardeau de la preuve à la charge de l'ex-pupille.

Lorsqu'un tuteur désigné par testament ou par le qâdhi commet une infidélité ou devient, pour un motif quelconque, incompetent ou incapable, il encourt la destitution (2) et, le cas échéant, une pénalité.

Le qâdhi doit exercer un contrôle sur toutes les tutelles ; il peut même adjoindre au tuteur un nâthir ou subrogé tuteur. La personne désignée comme tuteur par le qâdhi ou par testament ne doit pas accepter ces fonctions si elle ne se sent pas capable de les exercer convenablement. Le tuteur testamentaire a le droit, à toute époque, de se démettre de la tutelle ou, à son tour, de nommer par testament un autre tuteur. Ce droit de nomination, ainsi que la désignation, par testament, de plusieurs wali, est régi par les principes applicables aux exécuteurs testamentaires en général et qui ont été précédemment exposés.

(1) Le droit musulman ne contient, au sujet de cette administration, que des règles peu explicites. Il dispose seulement que le tuteur ne peut aliéner, à titre gratuit, les biens du mineur au moyen de donations ou d'affranchissement d'esclaves, et que le tuteur ne peut demander d'être rétribué pour sa gestion que s'il est dans l'indigence. Les immeubles des mineurs ne peuvent être vendus qu'en cas d'absolue nécessité, ou s'il y a avantage évident. Coran : iv, 10, 11 ; vi, 153 ; xvii, 36.

(2) En dehors du cas d'infidélité, la destitution peut être prononcée s'il est survenu, depuis l'entrée en fonctions du tuteur, des motifs d'incompétence.

CHAPITRE TROISIÈME

DE L'ESCLAVAGE

SECTION I

CONDITION DES ESCLAVES

Le droit musulman ne reconnaît comme esclaves (abd, mamlouk, raqabah), que : 1° ceux qui naissent d'une esclave (1); 2° les prisonniers de guerre. Tous les prisonniers de guerre ne sont même pas esclaves, mais seulement ceux qui ont été capturés dans la guerre contre les infidèles. Les prisonniers faits dans les guerres entre Musulmans ne peuvent être réduits en servitude. On sait que ce précepte de clémence est souvent violé dans la pratique. Pour répondre aux besoins de leur infâme trafic, les marchands d'esclaves (djallâb) n'hésitent pas à acheter les prisonniers de guerre musulmans; dans quelques pays, spécialement dans les contrées de l'Afrique centrale, ils organisent de véritables chasses à l'homme, et s'emparent aussi bien des Croyants que des Infidèles.

Le droit musulman interdit aux parents de vendre comme esclaves leurs enfants, en particulier les filles.

Les esclaves n'ont, en principe, aucune personnalité juridique (2). Considérés comme des choses, ils sont la propriété de leur maître.

La règle n'est cependant pas toujours strictement appliquée. La manière de traiter les esclaves fait l'objet de multiples dispositions qui sont autant d'exceptions au principe, et qui témoignent des sentiments d'humanité dont le Prophète et ses disciples étaient animés. On trouve là, tout à la louange de l'Islâm, un contraste frappant avec les usages qui, jusqu'à

(1) Sauf, bien entendu, les enfants issus du maître de l'esclave.

(2) Cor., xvi, 73, 77; xxx, 27.

une date relativement récente, se sont maintenus chez des peuples qui se targuaient de marcher en tête de la civilisation (1).

Nous avons, à l'occasion du mariage, traité des droits familiaux des esclaves.

Ajoutons que l'esclave a droit à la nafaqah, c'est-à-dire au logement, à la nourriture et à l'habillement, proportionnellement aux services qu'il peut rendre, et à la fortune de son maître. Il a droit également à des soins lorsqu'il est malade ; et s'il se trouve dans l'impossibilité de travailler pour des raisons indépendantes de sa volonté, son droit à la nafaqah reste encore intact.

Il est tenu à tous les travaux dont le charge son maître et que, raisonnablement, il est en état de faire.

Les mères ne doivent pas être vendues séparément de leurs enfants tant que ceux-ci ne peuvent se passer de leurs soins, c'est-à-dire, d'après les Chafi'ites, jusqu'à la septième année, et selon les Hanafites, jusqu'à la majorité. Ces derniers, toutefois, considèrent la vente seulement comme un acte blâmable, et non pas comme une convention entachée de nullité.

Il est interdit de vendre aux Infidèles des esclaves musulmans. Bien plus, si l'esclave d'un Infidèle embrasse l'Islâm, le maître est obligé de s'en défaire ou de l'affranchir. Le maître a le droit de châtier et même de tuer son esclave. Mais s'il le faisait sans justes motifs, de même que s'il faisait subir à l'esclave un traitement ou un châtiment inhumain, il serait lui-même passible d'une correction (ta'zir) que le qâdhi arbitrerait d'après les circonstances (2).

Toute personne qui trouve un esclave évadé (âbiq) a le devoir de l'arrêter, si elle le peut, et de le ramener à son propriétaire (3). Si celui-ci est inconnu ou introuvable, l'esclave est mis en fourrière et l'administration est, temporairement, chargée de le surveiller.

(1) Cor., iv, 40. Une esclave ne peut être contrainte de se livrer à la débauche : Cor., xxiv, 33.

(2) Le maître est responsable des amendes et des dommages-intérêts résultant des délits commis par son esclave jusqu'à concurrence de la valeur de celui-ci. Il peut, du reste, en paiement de ces condamnations, abandonner l'esclave.

(3) Les enfants d'esclaves qui s'enfuient sont considérés comme ayant agi sans discernement. Ils sont désignés, non par le terme de âbiq, mais par celui de dhâll qui s'applique également aux animaux domestiques échappés. Il n'est pas obligatoire de les arrêter et de les reconduire au maître.

La personne qui le ramène a, selon les Hanafites, droit à une récompense (djo'l) minima de 4 dinâr ou 40 dirham. D'après Châfi'i, elle ne pourrait réclamer une récompense que si elle l'avait stipulée au préalable.

L'inventeur n'est pas fondé à demander la récompense, même suivant la doctrine des Hanafites, s'il est tuteur, époux, ascendant ou descendant du maître, ou si l'esclave arrêté meurt avant d'avoir été restitué.

C'est seulement au point de vue du droit aux biens que l'esclave n'a aucune personnalité juridique. Mais, en fait, beaucoup de commerçants et industriels confient leurs affaires à des esclaves; il est admis qu'un maître peut habiliter l'esclave pour le commerce ou l'industrie. — Cet acte s'appelle *idsn*. L'esclave habilité est appelé *mâdsoun* et peut conclure toute espèce de conventions (1). S'il a contracté des dettes, ses créanciers, pour se récupérer, seront autorisés à discuter les biens qui servent à l'exercice de son commerce ou de son industrie, sans que le maître soit fondé à se prévaloir, contre eux, de son droit de propriété.

Abou Hanifah va plus loin. Il admet que les créanciers peuvent faire vendre l'esclave et se faire payer sur le prix.

Il soutient, en outre, que pour être *mâdsoun*, une déclaration explicite n'est pas indispensable; que l'autorisation peut être implicite.

Il ajoute que l'*idsn* est, de sa nature, général (*motlaq*), et n'est pas susceptible d'être limité à telle ou à telle branche spéciale de commerce ou d'industrie.

Sur ces deux derniers points, Châfi'i enseigne la doctrine opposée.

L'*idsn* prend fin lorsque le propriétaire le révoque. Mais la révocation n'a d'effet, vis-à-vis des tiers, que lorsqu'elle a été publiée et notifiée à tous les intéressés.

L'*idsn* finit de droit par la mort, l'apostasie ou la folie du maître; — s'il avait été conféré à une esclave, par le fait qui élève celle-ci au rang d'*omm walad*; — et enfin, mais seulement d'après les Hanafites, par la fuite de l'esclave.

Les bénéfices réalisés par le *mâdsoun* appartiennent naturellement au propriétaire.

(1) Cependant, il ne peut se vendre lui-même. D'après les Châfi'ites, il ne peut pas non plus se louer lui-même.

SECTION II

AFFRANCHISSEMENT

C'est faire œuvre très méritoire que d'affranchir ses esclaves, surtout ceux qui appartiennent à la religion musulmane. L'affranchissement est prescrit, notamment, à titre de kaffârah ou réparation en cas d'inexécution d'un vœu ou d'autres obligations religieuses et morales.

L'affranchissement n'est permis, toutefois, qu'à celui qui a la libre disposition de ses biens (itlâq at-taçarrof). Le mineur ne peut donc, par ce moyen, aliéner aucune partie de son patrimoine. Le tuteur n'a pas davantage qualité pour affranchir l'esclave de son pupille, parce que ses pouvoirs sont limités à l'aliénation à titre onéreux, et que les actes de bienfaisance, susceptibles de préjudicier aux intérêts dont il a la garde, lui sont formellement interdits.

Abou Hanîfah enseigne que l'affranchissement a lieu *ipso jure*, pour les esclaves qui sont parents du maître au degré où le mariage est prohibé. Achète-t-on sa mère, son père, sa sœur, ils sont libres de plein droit.

Selon Châfi'i, le principe se restreint aux ascendants et aux descendants.

Quand un esclave de l'un ou de l'autre sexe appartient indivisément à plusieurs personnes, si l'un des copropriétaires l'affranchit, pour sa part, à quelque titre que ce soit, l'esclave est entièrement libre. L'auteur de l'affranchissement doit seulement indemniser ses copropriétaires. Mais, s'il n'est pas en situation d'acquitter l'indemnité, l'affranchi demeure, jusqu'au paiement, esclave pour une part proportionnelle.

De même, l'esclave acquiert la liberté entière lorsque le maître affranchit une partie de cet esclave, par exemple, sa main.

Le motif de ces deux décisions est qu'en principe le même individu ne peut être à la fois libre et esclave.

Entre l'esclave affranchi et son ancien maître (1) subsiste

(1) Ou, à défaut, entre l'esclave et les agnats du maître.

une sorte de lien juridique appelé patronat (walâ) qui se manifeste surtout dans les rapports de droit concernant le mariage et les successions. En outre, l'affranchi est tenu envers celui qui l'a libéré à des témoignages de respect, et doit l'assister lorsqu'il en est requis (1).

Le droit de patronat n'est pas susceptible de transmission.

(1) Le libérateur ou patron est appelé mawlâ. Abou Haniffah permet qu'une personne, même née libre, se place sous le patronat d'une autre. Il en est souvent ainsi, dans la pratique, pour les néophytes de l'Islâm.

SECTION III

DES DIFFÉRENTES SORTES D'AFFRANCHISSEMENT

L'affranchissement peut avoir lieu entre vifs ou à la mort du maître. L'affranchissement entre vifs est simple ou conditionnel. Dans le premier cas, l'esclave devient libre immédiatement; dans le second cas, il peut être stipulé qu'il ne jouira de la liberté qu'après l'accomplissement de certaines conditions. L'affranchissement à la mort du maître a cette conséquence que celui-ci conserve, jusqu'à ce moment, son autorité sur l'esclave.

§ 1^{er}. — AFFRANCHISSEMENT ENTRE VIFS. — L'affranchissement entre vifs se subdivise en deux classes :

1^o Le 'itq. Il résulte de la déclaration expresse ou implicite que tel esclave est libre; ou bien d'un acte qui emporte nécessairement la reconnaissance de l'affranchissement.

Le 'itq peut être affecté d'une condition (1).

Il a pour conséquence la libération immédiate de l'esclave. Celui qui en bénéficie ne peut jamais retomber dans son ancienne condition. Il est appelé ma'touq.

2^o La kitâbah ou mokâtabah (2). C'est une convention entre maître et esclave, qui confère au dernier (mokâtab) la faculté de gagner, par sa propre industrie, la somme nécessaire pour se racheter lui-même. Cette convention implique d'ores et déjà reconnaissance implicite de la liberté. Autrement, elle serait incompatible avec la règle générale selon laquelle tout gain fait par un esclave profite au maître.

Le contrat lie le maître d'une manière irrévocable (3). L'esclave se trouve, par conséquent, dans une situation intermédiaire entre l'esclavage et la liberté. Il ne peut ni être vendu ni engagé, ni être l'objet d'un acte juridique susceptible de

(1) Par exemple, le paiement d'une somme d'argent. Il ne faut pas, néanmoins, le confondre, dans cette hypothèse, avec la kitâbah dont il sera question plus loin.

(2) Cor., xxiv, 33.

(3) L'esclave, au contraire, peut rompre le contrat. Mais alors, il retombe naturellement dans sa condition antérieure.

mettre obstacle à l'acquisition de sa liberté. Il a toute latitude pour faire le commerce et même pour voyager. Mais il ne doit pas s'évader.

Il ne peut, sans le consentement de son maître, ni se marier, ni aliéner ses biens à titre gratuit. Mais ce consentement ne lui est pas indispensable pour posséder des esclaves et les marier. Cependant, il ne pourrait les affranchir, bien qu'Abou Hanifah lui reconnaisse la faculté de conclure la mokatabah avec ses propres esclaves et d'en faire des omm-walad.

Une esclave mokatabah qui met au monde un enfant des œuvres de son maître peut, sur sa demande, être déliée de son engagement. Elle devient alors omm-walad.

Inversement, rien n'empêche le maître de conclure la kitabah avec son omm-walad. Cette dernière condition confère à l'esclave, sinon plus tôt, du moins plus facilement sa liberté.

La rançon du mokatab peut consister en objets ou prestations de nature quelconque, pourvu qu'il s'agisse de choses susceptibles d'appropriation. Mais, selon Châfi'i, l'on ne pourrait stipuler que la libération aura lieu en une seule fois. Elle doit être répartie en deux termes au moins. Elle peut faire l'objet d'un cautionnement.

Si le mokatab n'est pas en mesure de satisfaire à ses engagements, le maître doit lui accorder quelque délai ; ou bien il doit lui être alloué un secours prélevé sur la zakâh. S'il est impossible de recourir à l'un ou à l'autre de ces moyens, le mokatab qui s'est engagé à échéance fixe retombe, à l'expiration du terme, dans son ancien état d'esclavage.

Au décès du mokatab, si la rançon n'est pas acquittée, la dette sera, d'après Abou Hanifah, payée sur son patrimoine ou éteinte par ses héritiers, et il mourra libre. Selon Châfi'i, au contraire, il mourra esclave et, par suite, son patrimoine appartiendra de droit à son maître.

La mort du maître n'a pas d'effet relativement à la kitabah.

§ II. — AFFRANCHISSEMENT A LA MORT DU MAÎTRE. — L'on distingue également deux sortes d'affranchissement à la mort du maître :

1° L'istilâd : c'est l'acte qui déclare la qualité d'omm-walad. Il en a été question plus haut.

2° Le tadbîr : c'est la déclaration faite par le maître qu'à son décès son esclave deviendra libre. D'après Châfi'i, cet affranchissement n'acquiert un caractère irrévocable que par le décès du propriétaire. Celui-ci peut donc, de son vivant, révoquer sa déclaration. Il le peut même tacitement ; or la ré-

vocation résulterait de la vente de l'esclave ou de tout autre mode d'aliénation; mais non d'une cession temporaire, telle que le louage.

Abou Hanifah considère le tadbir comme étant immédiatement irrévocable. L'esclave ainsi libéré (modabbar) se trouve, d'après lui, jusqu'au décès du maître, dans une situation juridique présentant avec celle de l'omm-walad une grande analogie. Il reste esclave et ne pourrait, par exemple, s'enfuir; mais, par contre, le maître n'a le droit ni de l'aliéner, ni de l'engager.

Il faut enfin observer que le tadbir peut être affecté d'une condition, mais qu'il ne saurait être un moyen, pas plus, d'ailleurs, que le 'itq, de tourner la loi qui interdit d'aliéner, par voie de disposition à cause de mort, plus du tiers de son patrimoine.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE QUELQUES PERSONNES QUI SE TROUVENT DANS UNE SITUATION JURIDIQUE PARTICULIÈRE

En dehors des personnes qui sont, en totalité ou en partie, destituées de l'administration de leurs biens, et dont nous venons de parler, il en est d'autres que des circonstances indépendantes de leur volonté mettent dans une situation juridique particulière, à raison de laquelle des mesures spéciales ont paru nécessaires.

SECTION I

ENFANTS TROUVÉS

A ce point de vue, nous rencontrons, en premier lieu, les enfants trouvés (laqit).

Toute personne qui trouve un enfant abandonné est obligée de le recueillir, surtout s'il est à présumer que l'enfant périrait sans son secours.

L'inventeur (moltaqit) peut élever l'enfant s'il le veut, et nul n'a, ensuite, le droit de le lui enlever, sauf cependant les parents. Le cas arrivé, il n'est pas fondé à répéter, plus tard, contre l'enfant trouvé, les dépenses qu'il a faites pour son entretien et son éducation.

Il n'acquiert, sur l'enfant trouvé, aucun droit familial. Ainsi, il n'aura droit ni de le marier, ni de disposer de ses biens sans l'autorisation du qâdhî. Mais il peut envoyer l'enfant à l'école ou lui faire apprendre un métier; accepter pour lui des donations, parce que ces actes ne peuvent qu'être profitables.

Si l'inventeur ne consent pas à se charger de l'enfant, l'entre-

rien de ce dernier reste à la charge du trésor (bait al-mâl). Le qâdhî doit alors le confier à la garde de personnes sûres et surveiller à son éducation. Dans ce cas, l'enfant, s'il se trouve plus tard en situation de le faire, sera tenu de restituer les frais faits pour son entretien. On appliquera, tout d'abord, à cette fin, ce que l'on aura trouvé sur lui d'argent ou autres objets précieux, ces objets étant considérés comme sa propriété.

Les enfants trouvés sont libres, car la liberté est l'état normal de l'homme. Ils sont Musulmans ou dsimmi, selon qu'ils ont été trouvés dans un pays habité par des Musulmans ou exclusivement par des dsimmi.

SECTION II

ABSENTS

Nous trouvons, en second lieu, les absents (mafqoud).

La loi édicte des mesures spéciales à l'égard de ceux qui ont quitté leur domicile sans mettre ordre à leurs affaires, lorsqu'on ignore non seulement le lieu où ils se trouvent, mais s'ils sont morts ou vivants (1).

Dès qu'il est informé de l'absence, le qâdhî nomme un curateur qui est mis en possession des biens de l'absent, et les administre sous la surveillance du qâdhî. Le curateur est habile à faire tous actes juridiques et même à ester en justice.

Néanmoins, quand l'action porte sur une demande contestée, et que l'origine de la dette est antérieure à son administration, il ne peut la poursuivre, selon Châfi'i, qu'avec l'autorisation du qâdhî. D'après Abou Hanîfah, le procès, dans ce cas, n'entre pas dans les limites de sa gestion.

Les choses appartenant à l'absent qui ne peuvent être conservées sont vendues par le curateur. Celui-ci pourvoit encore à l'entretien (nafaqah) des parents ou des femmes du mafqoud qui sont fondés à le réclamer. Les biens provenant de successions qui échoient au mafqoud ne sont pas confondus dans son patrimoine. Ils sont administrés séparément.

Quand l'absence dure depuis un temps suffisant pour que la personne disparue fût âgée de 90 ans (2), si elle vivait encore, et si l'on n'a pu recueillir aucun indice de son existence, l'absent est présumé décédé. Son patrimoine est partagé entre ses héritiers ; son mariage est dissous ; mais sa femme doit observer la 'iddah des veuves avant de se remarier.

(1) Une personne temporairement absente, par exemple en voyage, est dite non pas mafqoud, mais ghâib.

(2) Quelques juristes admettent un délai plus long. Mais aucun ne dépasse 120 ans.

SECTION III

HERMAPHRODITES

Une troisième catégorie de personnes se trouve dans une situation juridique spéciale ; c'est celle des hermaphrodites (khonthâ). La prolixité des juristes arabes s'est donné carrière sur ce sujet : ils abondent en détails qui sont pour nous inexplicables (1). En réalité, les dispositions concernant les hermaphrodites se réduisent à ceci :

L'un des deux sexes est généralement plus accusé ; alors il détermine la condition juridique de l'hermaphrodite.

Si l'assimilation n'est pas possible, la situation juridique sera intermédiaire. L'hermaphrodite se placera, pour la prière, à la mosquée, entre les hommes et les femmes ; mais il accomplira la prière à la façon des femmes ; il portera, pour le pèlerinage, des vêtements de femme. Il sera circoncis par une esclave achetée spécialement à cet effet, et, après sa mort, il sera purifié de la manière appelée tayammom.

Quand un hermaphrodite vient à une succession, en concours avec d'autres héritiers, il reçoit moitié de la part d'un homme et de celle d'une femme, de sorte que, même à cet égard, sa position intermédiaire se trouve sauvegardée.

(1) Nous en trouverions peut-être la clef dans la polygamie et dans la préoccupation d'écartier du harim un être dont la présence ferait échec à l'égoïste tranquillité que le Musulman demande à des mesures coercitives et non à l'éducation morale de la femme. (N. d. t.)



QUATRIÈME PARTIE

DROIT PÉNAL

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT PÉNAL

C'est peut-être sous le rapport du droit pénal que l'islâm s'écarte le plus des principes reconnus, surtout aux temps modernes, par les législations européennes. Les institutions musulmanes sont empreintes d'une barbarie qui va directement contre nos idées actuelles d'humanité ; elles se rattachent, à ce point de vue, aux conceptions des âges les plus reculés. On cherche en vain les raisons sur lesquelles a dû s'appuyer le Prophète, l'idéal qu'il s'est proposé. Parmi les peines qu'il prononce, quelques-unes donneraient à penser qu'à ses yeux le fondement juridique et le but des châtements était de compenser par le mal infligé au coupable, le mal par lui commis, de manière à rétablir dans l'ordre moral l'équilibre rompu. D'autres ne peuvent avoir pour raison que l'espoir de détourner du crime le malfaiteur, par la terreur qu'inspire leur sévérité. D'autres encore semblent inspirées par l'idée de réparer le préjudice subi par la partie lésée.

Je n'essaierai pas de condenser le droit pénal en un corps de doctrine savamment ordonné. Je suivrai pas à pas les écrivains arabes.

Le méfait (djaram) est l'acte défendu sous peine d'un châ-

timent ('aḡoubah), ou bien l'omission de ce qui est prescrit par la loi ou par l'autorité publique.

Sont des méfaits :

1° Toutes les violences exercées contre les personnes, c'est-à-dire l'homicide (qatl) (1); la blessure (djarh) dans le sens du mot le plus étendu. Ces délits sont appelés (djinâyât) (2). Ils entraînent la peine du talion (qiçâç, thâr, ou qawad) ou le paiement du prix du sang (diyah).

2° Les crimes contre lesquels le Coran prononce une peine afflictive et définie (hadd).

3° Les contraventions qui, sans être spécifiées et frappées d'une peine particulière par la loi, sont néanmoins commises en violation des ordres émanés de l'autorité légitime, ou présentent un caractère tel que l'intérêt et l'ordre publics exigent l'intervention du qâdhî. On applique à ces contraventions une correction (ta'zîr) dont la gravité varie selon les circonstances (3).

(1) Cor. II, 78.

(2) Plur. de djinâyah.

(3) Le droit musulman ne reconnaît donc pas le principe : *nullum delictum sine præviâ lege penali*.

CHAPITRE DEUXIÈME

DÉLITS (DJINÂYÂT) CONTRE LESQUELS EST PORTÉE LA PEINE DU TALION (QIÇÂÇ) (1).

Dans la première catégorie de méfaits, entrent tous les actes qui causent à autrui la perte de la vie, des membres ou des organes, ou lui occasionnent des blessures, lors même que ces blessures n'entraîneraient pas la mort ou la perte d'un membre ou d'un organe.

SECTION I

DE L'HOMICIDE

Quiconque, avec intention ('amd ou ta'ammod), a tué ou blessé mortellement avec une arme (2) une autre personne, doit subir la peine de mort, à moins que les héritiers (wârith) de la victime ne fassent grâce au meurtrier, et ne lui permettent de se racheter (3) moyennant le prix du sang (diyâh). Le coupable doit, en outre, selon Châfi'î, la kaffârah prescrite pour le thihâr. Le prix du sang doit alors être versé sur-le-champ, à moins que l'héritier n'accorde un délai pour le paiement.

Lorsque la victime laisse plusieurs héritiers, si l'un d'eux renonce à exiger l'application du talion (qiçâç), les autres héritiers sont tenus de se soumettre à la même détermination.

La plupart des juristes, en cas d'assassinat et à moins que l'on n'excipe de circonstances atténuantes, blâment celui

(1) J. Kohler : *Zur Lehre von der Blutrache* ; Würtzbourg, 1885.

(2) Il faut entendre ici par arme tout objet qui peut servir à tuer, par exemple, une pierre, un bâton.

(3) Cor., II, 173, 175 ; IV, 95 ; V, 49 ; XVII, 35.

qui accepte le prix du sang, au lieu d'exiger l'application du talion.

Quiconque, sans intention (khatâ), a tué ou fait une blessure mortelle, doit, d'après Châfi'i, aussi bien que d'après Abou Hanîfah, acquitter la kaffârah dont il vient d'être question, et payer, en outre, aux héritiers, le prix du sang, non plus, comme dans l'espèce précédente, sur-le-champ, mais dans un délai de 3 ans (1).

L'homicide non intentionnel peut être divisé en deux classes :

Il peut arriver qu'on ait le malheur de tuer, alors qu'on se proposait seulement de blesser (2), ou bien sans avoir eu l'intention de faire aucun mal.

Ainsi, un coup porté avec un bâton léger ou avec la main occasionne la mort, par suite de l'état particulier, physique ou moral, où se trouve le blessé : c'est la première espèce.

Si l'on cause la mort d'une personne, soit par imprudence, soit par suite d'infraction aux ordres de l'autorité compétente, soit par inexpérience, c'est la seconde espèce.

L'on est coupable d'imprudence, par exemple lorsqu'on circule à cheval, à une allure trop rapide, au milieu d'une foule ; lorsqu'on n'exerce pas une surveillance suffisante autour des animaux dangereux que l'on entretient.

L'on enfreint les ordres de l'autorité compétente en laissant debout une maison qui menace ruine ; lorsqu'on embarrasse la voie publique ; et l'infraction entraîne une responsabilité si elle a été cause d'un accident.

L'inexpérience est parfois le fait des médecins (tabib).

Le coupable d'homicide involontaire, s'il n'avait l'intention de faire aucun mal, doit seulement le prix du sang « léger » (diyâh mokhaffâh). Dans tous les autres cas, on doit le prix du sang « grave » (diyâh moghallâthah).

Le talion ne peut être appliqué :

- 1° Aux femmes durant la grossesse ;
- 2° Aux ascendants de la victime ;
- 3° Au maître qui tue son esclave ; à l'ascendant qui tue l'esclave de son descendant ; ni même à la personne qui tue

(1) Cor., iv, 94. Le délai se calcule, d'après Châfi'i, à partir de la mort de la victime, et, suivant Abou Hanîfah, à partir de la date du jugement.

(2) Le meurtre est alors qualifié de chibh al-'amd, c'est-à-dire quasi-intentionnel, ou 'amd al-khatâ, c'est-à-dire intention mêlée d'erreur.

La pure intention est appelée, par opposition, 'amd mahdh, et la pure erreur khatâ mahd.

l'esclave dont elle est propriétaire pour partie. Néanmoins, le meurtre de l'esclave commis, sans motif, par l'une des personnes que nous venons de désigner, est punissable du ta'zir.

S'il s'agit d'une femme enceinte, l'application du talion sera retardée non seulement jusqu'à la délivrance, mais jusqu'au jour où l'enfant pourra se passer du lait de la mère.

Les ascendants de la victime sont libérés par le paiement de la diyah (1). La raison en est qu'il serait contraire à l'essence du droit musulman de punir de mort un père, pour avoir ôté la vie à celui qui lui devait le jour. Abou Hanifah exige seulement la diyah et la kaffârah pour homicide involontaire ; mais Châfi'î considère la diyah et la kaffârah dans ce cas, comme la réparation de l'homicide intentionnel, et par suite, il impose le paiement immédiat de la diyah.

L'homme libre qui tue volontairement l'esclave d'une autre personne est, suivant Abou Hanifah, passible du talion. D'après Châfi'î cette peine ne lui est pas applicable. Si l'homicide n'a pas été intentionnel, l'auteur est responsable, envers le maître, de la valeur de l'esclave. D'après Abou Hanifah, cette valeur doit nécessairement être inférieure d'un dinâr au moins, à la diyah fixée pour une personne libre (2). Châfi'î exige, au contraire, dans cette hypothèse, comme en cas d'homicide volontaire, la valeur entière de l'esclave, si élevée qu'elle puisse être.

Un Musulman qui tue intentionnellement un kâfir harbî n'encourt aucune responsabilité. Si la victime est un dsimmi, Abou Hanifah accorde le talion, tandis que Châfi'î le refuse.

Les mineurs et les insensés ne sont pas passibles du talion, parce qu'à défaut de discernement, l'on ne reconnaît pas, chez eux, l'intention ('amd) de tuer. Mais la kaffârah et la diyah doivent être acquittés de leurs deniers, sauf à tenir compte des distinctions établies ci-dessus relativement à l'homicide involontaire (khatâ).

Ne sont pas punissables l'homicide accompli ou la blessure infligée en exécution des ordres de l'autorité publique, ou dans la guerre, ou dans la lutte que l'on soutient pour défendre sa personne ou ses biens, voire la personne ou les biens

(1) Antérieurement à Mahomet, l'infanticide, chez les Arabes, n'était pas punissable. Cor., vi, 141, 152 ; xvii, 33 ; lxxxii, 8, 9.

(2) Par conséquent, elle atteindrait au plus 999 dinârs. Même règle pour les omm-walad, modabbar et mokâtab.

d'autrui (1). L'on tuera donc impunément le voleur pris en flagrant délit. Mais l'on ne se trouverait plus en état de légitime défense si le voleur était en fuite, ou si l'on avait affaire à un mineur ou un insensé.

Celui qui commet un méfait comme contraint et forcé n'est pas punissable, mais bien celui qui a exercé la contrainte.

Il en est de même de celui qui a été cause de la mort d'autrui, sans avoir à se reprocher aucune imprudence, inexpérience ou négligence (2).

Le coupable qui a, intentionnellement, tué plusieurs personnes, encourt le talion pour la première des victimes, et la diyah sera prélevée sur son patrimoine pour chacune des autres. En d'autres termes, il subira autant de peines qu'il aura commis de méfaits.

Inversement, si plusieurs personnes ont participé au même meurtre, chacune d'elles sera frappée du talion ou de la diyah, suivant que le crime aura été, de sa part, intentionnel ou non. En d'autres termes, on n'est responsable que de son propre fait. Ce principe est encore appliqué au cas où la mort a été la conséquence de plusieurs blessures combinées, dont chacune, considérée isolément, n'était pas mortelle.

Si plusieurs personnes en ont simplement blessé une autre, tous les coupables devront, conjointement, d'après Abou Hanifah, l'indemnité fixée à raison de la blessure, quand même la nature de cette blessure ou les circonstances qui l'auraient entourée seraient telles que, faite par une seule personne, elle eût entraîné le talion. Mais Châfi'î suit, pour ce cas, exactement les mêmes règles que pour l'homicide.

Le droit musulman ne reconnaît, comme complices de l'homicide et, plus généralement, de tout méfait, que ceux qui y ont réellement coopéré (coauteurs) et ceux qui ont excité le coupable à le commettre, ou en ont facilité, favorisé ou dirigé l'exécution (socii). Ceux qui n'y ont été mêlés qu'après la perpétration, soit pour empêcher qu'il fût découvert, soit pour procurer une retraite au coupable (fautores), ne sont pas complices et encourrent, au plus, une correction (ta'zir).

La tentative n'est également punissable que de la correction, à moins qu'elle ne constitue en elle-même un fait contre lequel la loi a édicté une peine spéciale.

La récidive n'est une circonstance aggravante que dans les cas expressément prévus dans la loi, et dont il sera question au chapitre suivant.

(1) Cor. xvii, 35.

(2) Cor. ii, 173-175 ; iv, 21 ; xvi, 111, 120.

Quand un esclave (s'agit-il d'omm-walad, de mokâtab ou de modabbar) s'est rendu coupable d'homicide ou de blessures, le maître doit le livrer à la partie lésée ou, s'il n'y a lieu qu'à la diyah, l'acquitter à sa place. Que si la diyah est supérieure à la valeur de l'esclave, le maître peut se libérer définitivement en abandonnant l'esclave à la partie lésée. Abou Hanifah considère que l'abandon de l'esclave est la règle générale, applicable à tous les cas, et que le paiement d'une somme d'argent aurait lieu, non à titre de diyah, mais comme rançon (fidâ). L'esclave venant à décéder avant que la réclamation de la partie lésée se soit produite, le maître se trouve affranchi de toute obligation.

On a déjà vu que la diyah varie suivant les circonstances. Elle est tantôt grave (moghallathah), tantôt légère (mokhaffafah). Cette dernière est de 100 chameaux, dont 80 femelles (1) et 20 mâles, ou en argent, de 1000 dinâr ou 12000 dirham (2). La diyah grave est de 100 chamelles (3), ou, en argent, supérieure, selon Châff'i, d'un tiers à la mokhaffafah, soit 1333 1/3 dinâr, ou 16000 dirham. D'après Abou Hanifah, la diyah grave et la diyah légère, calculées en argent, sont égales.

La moghallathah est due pour l'homicide commis soit sur le territoire de la Mecque, soit durant les mois sacrés (4), soit sur l'une des personnes dont le coupable se trouvait parent au degré prohibant le mariage, soit lorsque le meurtrier avait l'intention sinon de tuer, du moins d'attaquer la victime.

La diyah dont il est ici question est celle que la loi fixe pour un Musulman libre.

Une femme est censée ne représenter que moitié de cette valeur; un dsimmî, le tiers seulement, d'après Châff'i, bien qu'Abou Hanifah l'assimile sous ce rapport au Musulman.

Un mage (5) ou un autre païen admis sur le territoire musulman est estimé au quinzième de la valeur d'un croyant.

La diyah, quand elle est payable dans un délai de trois années, forme une dette répétibile, non seulement sur les

(1) Précisément, 20 djadsa'ah, 20 hiqqah, 20 bint laboun et 20 bint makhâdh.

(2) Abou Hanifah, comptant le dinâr pour 10 dirham, n'arrive qu'à 10,000 dirham.

(3) 30 hiqqah, 30 djadsa'ah et 40 khalifah.

(4) C'est-à-dire Moharram, Radjab, Dsou l-QA'idah et Dsou l-Hidjdjah. Cor. ix, 2, 5 et 36.

(5) Adorateur du feu.

biens du meurtrier (qâtil), mais aussi sur ceux de ses 'âqilât (1), c'est-à-dire de ses agnats (2) et, à défaut sur ceux du patron, si le meurtrier était un esclave affranchi, enfin, subsidiairement, contre l'État.

Si le coupable fait partie d'une corporation reconnue, celle-ci est, d'après les Hanafites, astreinte à payer la diyah, même avant les 'âqilât (3).

Celui qui donne la mort au moyen de poison, de brûlures, de submersion, tombe sous le coup des mêmes règles que l'homicide proprement dit (4).

(1) Pluriel de 'âqilah.

(2) Suivant Châfi'i, seulement des agnats dans la ligne collatérale.

(3) La responsabilité pour la diyah en cas que le coupable soit inconnu sera exposée dans le titre II du chap. II de la cinquième partie.

(4) Cor. v, 49 ; xvi, 127.

SECTION II

DES BLESSURES

Nous avons déjà vu que le principe du talion s'étend à la blessure faite volontairement. L'on y applique le qicâç, si la chose est possible, c'est à-dire s'il s'agit d'une blessure qui puisse être rendue au coupable exactement dans les mêmes conditions qu'il l'a faite à la victime. Il n'en peut guère être ainsi que pour les blessures du crâne et pour l'ablation d'une partie du corps, des dents, etc. Quant aux blessures provenant d'un instrument piquant, tranchant ou contondant, il est bien difficile, pour ne pas dire impossible de les rendre exactement ; l'on n'arriverait pas à faire une piqûre, une entaille, à porter un coup parfaitement équivalent au sévico qu'il s'agirait de venger. L'on doit alors se contenter de la diyah, comme pour la blessure involontaire.

Pour les blessures, la diyah est généralement plus faible que pour l'homicide. Elle ne pourrait être intégralement exigée que pour la perte des parties du corps qui ne sont pas géminées (1), ou pour la perte de l'un des sens ou de leurs organes. Il en serait de même pour l'amputation des deux jambes, des deux mains, des dix doigts, etc.

Pour la mutilation de l'un des membres géminés, tels qu'une jambe, une main, il n'est dû que moitié de la diyah ; pour la mutilation d'un doigt, un dixième (les doigts étant au nombre de dix). Pour chaque phalange, on paie un tiers de la valeur du doigt, soit 1/30 de la diyah ; pour chaque dent, 1/20 du prix du sang.

Les blessures qui n'entraînent pas la perte d'un membre doivent être taxées d'après leur gravité. Celles qui déterminent la privation d'un membre déjà mutilé, ne motivent pas le talion, mais, dans tous les cas, la diyah. Celles qui ont pour effet non pas l'ablation, mais la mise hors d'usage d'une partie du corps, et dont la victime demeure, par conséquent, estropiée, sont taxées à moitié de la somme fixée pour l'ablation. Il doit être fait état, en cette matière, des distinctions

(1) Abou Hanifah considère comme tels la barbe et les cheveux ; Châfi'i non.

exposées ci-dessus, touchant les différentes catégories de personnes, de sorte qu'une femme, toutes choses égales d'ailleurs, ne peut prétendre pour une blessure, qu'à moitié de l'indemnité que toucherait un homme.

Les blessures qui, une fois guéries, ne laissent ni cicatrice, ni mutilation, ne donnent aucun droit à la diyah et n'exposent l'auteur qu'à la peine du ta'zîr.

Quiconque a procuré l'avortement d'une femme libre, est puni d'un vingtième de la diyah entière. Ce prix porte le nom spécial de ghorrah. Il doit être acquitté, d'après Châfî'i, dans les trois ans, et d'après Abou Hanîfah, dans l'année.

L'avortement d'une esclave rend l'auteur des manœuvres passible d'une indemnité égale au dixième de la valeur de l'esclave.

Quant à la manière dont il convient d'appliquer la peine de mort et les autres mutilations prescrites à titre de qiçâç, il existe, entre Châfî'i et Abou Hanîfah, une profonde divergence. Le premier veut que le coupable reçoive la même blessure que la victime et dans des conditions entièrement identiques. Le second veut que l'on emploie toujours, pour l'exécution, une arme tranchante, et que le coupable subisse sa peine avec le moins de tortures et le moins de complications possible (1).

L'exécution du qiçâç et la répétition de la diyah appartiennent de droit à l'offensé ou à son héritier (wârith) (2), mais sous la surveillance du qâdhî. Lorsque le qiçâç consiste en une blessure ou une mutilation, le qâdhî doit toujours le faire appliquer par une personne expérimentée. Si la personne qui doit poursuivre l'application du qiçâç ou exiger la diyah est mineure ou insensée, le coupable sera détenu jusqu'à la majorité ou le retour à la raison.

A défaut d'héritier, l'autorité est obligée d'en remplir le rôle. Du reste, le mode d'application des peines varie dans les diverses contrées où domine l'Islâm. Nous ne pourrions entrer à ce sujet dans quelques détails sans nous écarter des prescriptions qui ont un caractère général, pour tomber dans le domaine des coutumes locales et de l'ethnographie.

(1) Cor., xvii, 35.

(2) En cas de concours de plusieurs héritiers, ils doivent désigner l'un d'eux pour exiger et exécuter le qiçâç. Celui-ci s'appelle wali ad-dam.

CHAPITRE TROISIÈME

DES CRIMES POUR LESQUELS EST PRONONCÉE UNE PEINE AFFLICTIVE ET DÉFINIE (HADD)

La seconde catégorie de méfaits comprend ceux pour lesquels le Coran porte des peines afflictives et définies (hadd, pluriel hodoud). Fondées sur l'expresse volonté d'Allâh, ces peines ne peuvent être remises par la partie lésée (1). C'est ce qui les distingue, en droit, de celles qui punissent les djinâyât. Les règles exposées au chapitre précédent relativement à la culpabilité, à la complicité, etc., sont, d'ailleurs, presque entièrement applicables aux méfaits dont il va être question. Il suffira donc de signaler les points sur lesquels portent des exceptions.

Les méfaits de la seconde catégorie sont :

I. LA FORNICATION (ZINÂ). — C'est le commerce charnel de l'homme avec la femme qui lui est interdite (harâm), c'est-à-dire qui ne lui est pas unie par le mariage, où ne lui appartient pas comme esclave ou comme omm-walad (2). Le Musulman libre qui commet ce crime n'encourt rien moins que la lapidation (radjm) (3), s'il a, antérieurement, possédé une femme avec laquelle il était régulièrement marié. Dans tout autre cas, le châtimement est de 100 coups de fouet (djaladah), auxquels s'ajoute, suivant Châfi'i, le bannissement (laghrib) pour un an. Un esclave n'encourt, dans tous les cas, que 50 coups de fouet (4).

(1) Sauf, pourtant, la peine prononcée contre la calomnie en matière de zinâ (qadsf). V. *infra*.

(2) Cor., xxiii, 6, 7 ; lxx, 31. Les femmes publiques, dans l'Islâm, sont défendues. Cor., xxiv, 33.

(3) Voici comment a lieu l'exécution : on expose publiquement le (ou la) coupable, enterré jusqu'à la ceinture, et on lui jette des pierres jusqu'à ce que mort s'ensuive.

(4) Cor., iv, 19, 20, 30 ; xvii, 34 ; xxiv, 2. Il n'est question, au texte, que

Il ne faut pas perdre de vue que le maître ne peut, du moins d'après Abou Hanifah, infliger de sa propre autorité, le hadd à son esclave. Il doit, à cet effet, requérir l'autorisation du qâdhî. Il y a donc là exception à la règle ordinaire qui laisse au maître la liberté d'infliger un châtement à ses esclaves.

Indépendamment des causes générales d'excuse, telles que la minorité, la violence, la folie, le méfait de zinâ n'est pas punissable lorsqu'on peut exciper d'une erreur, lorsque, par exemple, un homme, persuadé qu'il est légitimement marié à une femme, a commerce avec elle, et que la nullité du mariage est ensuite reconnue ; ou encore quand l'homme croit avoir des relations avec sa propre esclave, et qu'ensuite il est démontré qu'il s'agissait de l'esclave d'une autre personne ou d'une femme libre.

La sévérité de ces dispositions est mitigée par la difficulté de faire la preuve du crime. En effet, en dehors de l'aveu (iqrâr), la fornication n'est prouvée que si quatre témoins (châhid) mâles ont vu l'accomplissement de l'acte dans toutes ses circonstances (1). Quant à l'aveu, il doit, d'après Abou Hanifah, être répété quatre fois et, selon tous les juristes, émaner d'une personne majeure, en pleine possession de ses facultés intellectuelles ; le coupable devra même indiquer les motifs pour lesquels il fait l'aveu, et fournir des renseignements précis sur les circonstances du crime. Enfin, l'aveu peut être révoqué.

Quiconque accuse de fornication une personne honorable (mohçan), homme ou femme, sans être en mesure de faire la preuve légale ci-dessus indiquée, est coupable de calomnie (qadsf). Ce crime est puni de 80 coups de fouet si l'auteur est un homme libre, et de 40 si c'est un esclave. L'époux peut, toutefois, échapper à cette peine en prononçant le li'an ; mais alors son mariage est irrévocablement dissous.

La personne calomniée a, néanmoins, le droit de remettre la peine encourue par le calomniateur (2).

Sont assimilés au zinâ, suivant Châf'i, la sodomie (liwât) et la bestialité (3). D'après Abou Hanifah, ces crimes sont punissables, la première fois, du ta'zir et, après récidive, de la mort.

des hommes. Mais les mêmes peines s'appliquent aux femmes. Le principe selon lequel un homme vaut deux femmes n'a pas trait aux crimes contre Allâh.

(1) Cor., iv, 19.

(2) Cor., xxiv, 4 à 9, 13, 18, 19, 24.

(3) Cor., vii, 79 ; xxvi, 165, 166 ; xxvii, 56 ; xxix, 28.

Les actes voluptueux, autres que le coït, commis avec une femme qui est harâm, quelque blâmables qu'ils soient, ne constituent pas le zinâ et ne sont pas punissables comme tels.

II. L'ACTE DE BOIRE (CHORB) (1) DÙ VIN (2) OU D'AUTRES BOISSONS ENIVRANTES, COMMIS PAR UN MUSULMAN. — Ce crime, selon la plupart des juristes, est puni de 40 coups de fouet au moins, si l'auteur est un homme libre, et de 20 au moins, si c'est un esclave. Le qâdhî a, en outre, le droit de doubler la peine et d'infliger respectivement 80 et 40 coups de fouet. Il existe, pour ce méfait, des modes de preuve déterminés, savoir : l'aveu, l'odeur de l'haleine (3), le témoignage de deux hommes.

Ces prescriptions sont tombées en désuétude dans la plupart des États musulmans. L'on ne poursuit pas rigoureusement aujourd'hui les personnes coupables d'avoir bu du vin.

III. LE VOL (SARIQAH). — C'est la soustraction frauduleuse du bien d'autrui, lorsque ce bien était en la possession du propriétaire ou d'une autre personne qui le détenait pour le compte de celui-ci et qu'il se trouvait placé en lieu suffisamment sûr (hirz), eu égard à sa nature. Par suite, celui qui soustrait une chose qui lui avait été réellement remise, commet un abus de confiance, mais ne doit pas être traité comme voleur (sâriq).

La peine (4) portée contre ce méfait est l'ablation de la main droite. En cas de récidive, le voleur est condamné à perdre le pied gauche. S'il vole une troisième fois, il doit, suivant Abou Hanifah, être emprisonné ; mais d'après Châfi'î, l'on doit, au troisième vol, lui trancher la main gauche, et au quatrième, le pied droit. Et si, réduit à ce misérable état, il volait une cinquième fois, il appartiendrait, selon Châfi'î, au qâdhî de lui appliquer, en tenant compte des circonstances, une correction (ta'zîr).

Indépendamment de ces peines, le coupable est tenu de restituer les objets volés. S'il ne les a plus en sa possession, il en rembourse la valeur, du moins d'après la doctrine de Châfi'î. Mais Abou Hanifah l'exonère, dans le dernier cas, du remboursement de la valeur.

(1) Sauf ce qui est dit *suprà*, page 22, note 4.

(2) Cor., II, 216 ; V, 92, 94 ; XVI, 69.

(3) Mais Châfi'î n'admet pas ce moyen de preuve.

(4) Cor., V, 42.

Les peines dont il s'agit ne sont, d'ailleurs, applicables que si la valeur de l'objet dérobé s'élève, suivant les Hanafites, à 10 dirham, ou, d'après leur mode de supputation, à un dinâr, et, selon les Châfi'ites, à trois dirham, soit, d'après leur estimation, à 1/4 de dinâr. En outre, le voleur préviendrait les poursuites en restituant volontairement l'objet volé (1).

N'est pas punissable, suivant Abou Hanîfah, la soustraction commise au préjudice des parents au degré où le mariage est prohibé, ou, d'après Châfi'î, au préjudice des ascendants ou des descendants, ou même, selon quelques juristes, au préjudice d'un étranger, dans la demeure des parents susdésignés.

Ne sont pas non plus punissables comme vols, les détournements commis par les esclaves au détriment de leur maître, ou, selon Abou Hanîfah, par les époux au préjudice l'un de l'autre. Dans tous ces cas, cependant, le juge peut prononcer le ta'zir, s'il y a lieu.

Les choses qui ne sont pas dans le commerce et qui, par conséquent, ne sont pas propriété privée, ne sauraient être l'objet d'un vol. L'on ne peut, pareillement, imaginer que l'on dérobe un esclave majeur de l'un ou de l'autre sexe, ou encore moins un immeuble. Celui qui s'emparerait de biens de cette nature serait constitué en état de ghaçb (possession de mauvaise foi).

Quelques juristes veulent que l'on punisse, non pas de la perte de la main droite, mais du ta'zir, le vol de comestibles, de fruits nouveaux ou de lait.

IV. LE BRIGANDAGE (qat' at-tariq). — C'est le crime que commettent une ou plusieurs personnes qui, sur les chemins publics, arrêtent et dépouillent les voyageurs, ou qui pénètrent par effraction dans les habitations.

Celui qui s'est affilié à une bande de brigands, mais qui l'abandonne volontairement avant qu'elle n'ait commis de méfait, n'encourt aucune pénalité (2).

En cas d'arrestation d'un brigand (3) ou d'une bande de brigands, celui qui n'a encore participé à aucun attentat est puni d'emprisonnement; celui qui a seulement volé doit avoir la main droite et le pied gauche tranchés; celui qui a seulement assassiné est pendu ou décapité; celui qui a commis vol et assassinat est mis à mort de la même manière et exposé

(1) Cor., v, 43.

(2) Cor., v, 38.

(3) Qâti' at-tariq.

en croix (1). Tous les brigands affiliés à une même bande sont tenus pour complices du méfait commis par l'un d'eux. Mais si l'auteur principal est exempt de peine, pour quelque motif que ce soit, les complices restent également indemnes.

V. LA DÉSŒBÉISSANCE A LA LOI ET LA VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC. — Ce méfait se subdivise en deux branches :

- a) Apostasie (riddah) (2);
- b) Rébellion (baghī).

APOSTASIE

Est apostat (mortadd), le Musulman qui renie la véracité de l'Islâm et la force obligatoire de la loi. Ce méfait emporte la mort civile et morale du coupable. Tous ses droits sont anéantis; son mariage est dissous de plein droit; la liberté est acquise à ses omm-walad, modabbar, etc.

Les biens de l'apostat sont confisqués. Cependant, les Hanafites restreignent la confiscation, en ce sens qu'elle opère le retour à l'État seulement des biens acquis postérieurement à l'apostasie; les autres biens sont partagés entre les héritiers, comme après la mort naturelle du propriétaire.

D'après Châfi'i, l'apostat doit être emprisonné trois jours, durant lesquels on vient lui expliquer les vérités de la foi, en l'exhortant à revenir sur son erreur (3).

S'il persiste, il doit être mis à mort.

Abou Hanîfah considère ce sursis comme désirable, mais non comme obligatoire. Suivant lui, les femmes ne doivent pas être mises à mort pour apostasie; elles n'encourent même pas, de ce chef, la confiscation des biens; mais elles doivent être emprisonnées avec flagellation journalière jusqu'à ce qu'elles reviennent à la foi. Au contraire, le mineur ayant agi avec discernement serait, selon Abou Hanîfah, punissable. Pour Châfi'i, le majeur seul est responsable en pareille matière.

L'esclave, au point de vue de l'apostasie, est assimilé à l'homme libre.

Un apostat qui avait fui du territoire musulman, et qui se convertit ensuite, n'a, en rentrant, à craindre aucun châ-

(1) Cor., v, 37. D'après Abou Hanîfah, le cadavre d'un brigand n'est pas enterré selon le rite musulman.

(2) Cor., iv, 136; ix, 67; xvi, 108.

(3) Cor., iii, 49.

timent. Mais il ne recouvre, de ses biens, que ceux non partagés ou confisqués.

Si deux époux renégats s'enfuient au territoire des infidèles, leur faute retombe sur les enfants qui leur y naissent, de sorte que ceux-ci seraient réduits en esclavage, au cas où le territoire serait plus tard conquis par les Musulmans.

RÉBELLION

Le rebelle (bâghi) est celui qui, tout en restant attaché à l'islâm, refuse de reconnaître l'autorité du gouvernement légal, ou d'exécuter les obligations imposées par la loi (1).

Il doit, comme l'apostat, être emprisonné et recevoir les exhortations convenables. S'il ne s'amende pas, il est passible de la peine de mort (2). Toutefois, ses biens ne sont pas confisqués, car la simple rébellion n'entraîne pas la mort civile. Son cadavre, suivant Châfi'i, sera même enterré selon le rite musulman, ce qui n'est pas permis pour l'apostat.

L'outrage envers Allâh ou ses Prophètes, qu'il ait été commis par un Musulman ou par un infidèle (3), est puni comme l'apostasie, à cette différence près qu'il n'y a pas lieu d'adresser au blasphémateur les exhortations, le méfait n'étant pas de nature à être réparé par la conversion (tawbah).

Si l'apostasie ou la rébellion s'étend à une contrée entière, les moyens ordinaires de répression devenant impuissants, il y a lieu d'entreprendre une guerre contre les coupables. Mais, dans ce cas même, les conditions de la guerre sont moins dures pour les rebelles que pour les apostats. Nous y reviendrons tout à l'heure.

(1) Cor., iv, 62; vi, 165.

(2) Suivant Abou Hanifah, l'individu qui n'a commis d'autre méfait que de négliger la prière n'est pas puni de mort; mais il subit la prison jusqu'à ce qu'il s'amende, au besoin toute sa vie.

(3) Cor., xxxiii, 57.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE LA CORRECTION ARBITRAIRE (TA'ZÎR)

Certains actes contre lesquels ne sont prononcés ni le qîçâc ou la diyah, ni le hadd, constituent cependant une contravention aux prescriptions de la loi (1), ou aux ordres de l'autorité légitime, ou à la morale. Il appartient au qâdhî de réprimer ces méfaits, de même que tout autre acte qui lui paraît mériter une correction, et il détermine la gravité du châtiment d'après les circonstances.

Cette correction s'appelle ta'zîr. Elle peut, suivant les cas, consister en une simple exhortation, la flagellation, la prison (habs), l'amende (djarimah (2) ou gharâm), ou le bannissement. Le ta'zîr doit cependant rester toujours inférieur à une peine déterminée. Ainsi, l'on ne peut infliger, à titre de ta'zîr, plus de 39 coups de fouet à une personne libre. De même pour la durée de l'emprisonnement, on admet généralement une limite sur laquelle, toutefois, les opinions sont divisées (3). En tout cas, il s'en faut de beaucoup que la prison tienne, en droit musulman, la place considérable que lui ont faite, en Europe, les législations contemporaines.

La peine de mort ne peut jamais être prononcée à titre de ta'zîr, attendu qu'elle est incompatible avec le but de ce genre de peine qui est l'amendement du malfaiteur. Si même

(1) Citons en première ligne, les actes contraires aux prescriptions du Coran, mais qui, néanmoins, manquent de sanction pénale, comme la violation de domicile (Cor., II, 78, 79; XXIV, 28); la désertion (Cor., XXXIII, 16); la calomnie en toute autre matière que le zinâ (Cor., IV, 112); le faux témoignage (Cor., II, 177; IV, 134; XXV, 72; LXX, 33).

(2) Le mot djarimah (pluriel djarâim), est également employé dans le sens de djaram, c'est-à-dire méfait.

(3) L'opinion la plus générale, chez les Châfi'ites aussi bien que chez les Hanafites est que l'emprisonnement ne peut se prolonger au delà de six mois.

l'application du ta'zir occasionne la mort du patient, le trésor paie la diyah.

La partie lésée peut faire au coupable remise de la peine du ta'zir, pourvu qu'aucun intérêt autre que le sien ne se trouve en jeu, et qu'il ne s'agisse pas d'un méfait d'ordre public.

Il est dans les attributions du qâdhî de surveiller l'application de cette peine, comme toute autre exécution.

CINQUIÈME PARTIE

DROIT PUBLIC

CHAPITRE PREMIER

DE LA SOUVERAINETÉ (IMÂMÂH)

La société musulmane forme un état théocratique à la tête duquel est placé un prince portant le titre d'imâm ou souverain. L'imâm est le successeur (khalifah) (1) du Prophète, le vicaire et le représentant d'Allah sur la terre. Pour avoir de son rôle une idée exacte, il faut songer que toute théocratie, et spécialement la théocratie mahométane, doit, en principe, étendre sa domination au monde entier, ou tout au moins à l'universalité des croyants. Le morcellement du monde musulman en un certain nombre d'États indépendants les uns des autres, exerçant chacun sur son territoire les droits de la souveraineté, est donc, à proprement parler, une illégalité. Tous les croyants doivent avoir un chef suprême, — l'amir al-môminîn (2), — dont l'autorité n'est soumise qu'à la loi directement émanée d'Allah, qui ne doit compte de ses actes qu'à Allah, autant, du moins, qu'il satisfait lui-même aux conditions voulues par la loi. Il doit, en outre, être issu

(1) Cor., iv, 62.

(2) C'est-à-dire gouverneur des croyants.

de la même tribu arabe que le Prophète, c'est-à-dire des Qoraichites, et même, autant que possible, être choisi dans la descendance du Prophète ou des membres de sa famille.

Les califes qui régnèrent pendant les six premiers siècles de l'ère musulmane ont exercé cette domination universelle, ont été ce centre unique du monde mahométan. Si de temps à autre, quelques parcelles se détachèrent de leur vaste empire ; si, peu à peu, la majeure partie de leurs lieutenants se rendirent en quelque sorte indépendants, ils conservaient cependant, *facto et jure*, une suprématie plutôt morale, peut-être, qu'effective. La prise de Baghdâd par les Mongols, l'an 656 de l'Hégire, le supplice du dernier calife, ruina la puissance temporelle de ces princes, et l'Islâm se trouva sans imâm. Dans les divers États qui naquirent, par la suite, de la désagrégation du grand empire, le souverain s'attachait à demeurer, pour son propre territoire, ce point central qu'avait perdu le monde musulman, considéré comme entité. Mais la plupart de ces princes n'ont jamais pris le titre d'imâm ou de khalifah. Ils se contentaient de celui de sultan (soltân).

Cependant l'un des derniers 'Abbâsides (1) se retira en Égypte (Miçr). Pour des raisons politiques aisées à déduire, les princes de ce pays lui reconnurent, ainsi qu'à ses descendants, le titre d'imâm, mais avec le sens restreint de chef du culte, et sans y attacher aucun pouvoir temporel. Le sultan de Turquie Sélim 1^{er}, ayant fait la conquête de l'Égypte (923 de l'Hégire), emmena à Constantinople (Istamboul) le dernier calife nominal, et le contraignit à se démettre de sa dignité en faveur du souverain de l'Empire (ad-Dawlah) (2). C'est pour ce motif que le Grand Seigneur est reconnu, non seulement par ses propres sujets, mais aussi par la plupart des orthodoxes, comme successeur des anciens imâm, et chef suprême de l'Islâm. Il peut donc, avec quelque apparence de droit, porter, outre son titre de sultan, celui de calife (3).

L'imâmah de la Porte, disons-nous, n'est reconnu que par les Sonnites (4) ou Orthodoxes. Et c'est là précisément, au

(1) C'est à dire la dernière dynastie des califes de Baghdâd.

(2) Les écrivains arabes modernes appellent la Turquie l' « Empire » par excellence ; on ajoute quelquefois « le sublime » (al-'âliyah).

(3) Cf. N. B. E. Baillie ; *Is the sultan of the Turks the Caliph of the Mussulmans?* Londres, 1877. — Sur la qualification des princes orientaux en général, V. T. E. Colebrooke : *Journal of the R. A. S. ; new series*, vol. ix, part. II, ann. 1877, p. 314 et suiv., et particulièrement p. 355 et suiv.

(4) Ahl as-sonnah wal-djamâ'ah, ou simplement ahl as-sonnah.

point de vue juridique, la plus sérieuse controverse qui existe entre eux et la secte hérétique des Chi'ites. Cette divergence de vues ne peut s'expliquer que par des raisons historiques.

Les trois premiers successeurs du Prophète, Abou Bakr, 'Omar et 'Othmân, furent appelés à la dignité suprême par le vœu plus ou moins général des croyants ; en tous cas, ils finirent par être reconnus par la grande majorité. A la mort du dernier, assassiné à Médine, l'an 35 de l'Hégire, une ardente compétition, jusque-là sans exemple, mit aux prises les prétendants au califat, 'Ali, qui fondait ses prétentions principalement sur son mariage avec Fâtimah, fille de Mahomet, et Mo'âwiyah, gouverneur de Syrie (Châm). Cette lutte prit fin en l'an 40 de l'Hégire, par l'assassinat de 'Ali et la reconnaissance de Mo'âwiyah, en qualité de calife, par la plupart des provinces.

Toutefois, les habitants de la Perse (Irâq) parmi lesquels 'Ali avait trouvé ses plus zélés partisans, demeurèrent, après la mort de celui-ci, ennemis irréconciliables du parti victorieux. C'est sur eux principalement que les fils de 'Ali, Hasan et Hosain, trouvèrent à s'appuyer, chaque fois qu'ils renouvelèrent leurs tentatives pour s'emparer du pouvoir. Le premier se fut bientôt convaincu qu'il n'avait aucune chance de réussir. Il consacra les restes d'une vie désormais paisible à l'accomplissement des devoirs religieux, et aux faciles plaisirs que lui offrait un harîm bien pourvu. Hosain, au contraire, à plusieurs reprises, recommença la lutte, jusqu'à ce que, vaincu, il trouvât la mort au combat de Karbalâ, l'an 61 de l'Hégire.

Les Perses, bien qu'ils eussent accepté l'Islâm, ne trouvaient, dans cette religion sans élévation, rien qui répondit aux aspirations d'un caractère plutôt enclin au mysticisme et à la théosophie. La mort de 'Ali et de ses fils (1) leur fournit l'occasion de céder à leur penchant : ils donnèrent naissance à la secte des Chi'ites (2). Non seulement le plus grand nombre d'entre eux ne reconnaissaient pas Mo'âwiyah, mais ils allaient jusqu'à soutenir que 'Ali avait dû succéder directement à Mahomet, et qu'Abou Bakr, 'Omar et 'Othmân étaient de simples usurpateurs (3). L'ihâmah prit, chez eux, un sens

(1) Hasan aussi, affirment-ils, a été assassiné par les Orthodoxes qui l'auraient empoisonné.

(2) Conf. Houtsma, *op. cit.* p. 56, 67 et suiv. 125.

(3) Ils fondent cette affirmation sur plusieurs passages du Coran, surtout sur le 51^{me} verset de la 11^e sourah, appelé âyat al-mobâhalah, c'est-à-dire

purement mystique ; 'Alî, Hasan et Hosain ne furent plus seulement des princes : on les révéra, de même que leur mère Fâtimah, comme des saints, au point que le culte qu'on leur voua jetait presque dans l'ombre le Prophète lui-même. Les descendants directs de 'Alî dans la ligne masculine, ont toujours été considérés par les Chi'ites comme les véritables imâm, bien qu'ils fussent dépouillés du pouvoir temporel. D'après eux, le dernier de ceux qui ont été revêtus de cet honneur n'a pas subi l'épreuve de la mort. Quoique invisible, il vit toujours et, à la fin du monde, il réapparaîtra, comme Mahdî, pour fonder le royaume qui durera mille ans.

Le dogme de la venue du Mahdî est aussi admis par les Orthodoxes, quoique dans un sens différent. La conséquence de ce dogme est que, dans l'histoire de l'Islâm, on voit constamment surgir des individus qui, de mauvaise foi pour la plupart, si tant est qu'il s'en soit trouvé un de bonne foi, se donnent pour descendants de 'Alî et tentent de s'emparer, comme Mahdî, de l'empire du monde. Et, le plus étrange, c'est qu'ils trouvent presque toujours assez de partisans pour jeter le trouble dans la région qu'ils exploitent. Le dernier exemple d'un soulèvement de cette nature, est celui qu'a suscité le Mahdî bien connu du Soudân.

Telle est l'explication de la controverse passionnée qui divise Sunnites et Chi'ites. Revenons maintenant au dogme de la souveraineté, tel que le conçoivent les premiers.

QUALITÉS EXIGÉES DE L'IMÂM. — Diverses conditions sont requises pour être élevé à la dignité d'imâm. Il faut d'abord être du sexe masculin et de conduite irréprochable. Il faut encore être brave, capable de gouverner l'État, posséder une connaissance suffisante du droit et de la religion pour être à même de prendre personnellement une décision. Il est, par suite, désirable que l'imâm possède un degré d'autorité juridique (idjtihâd). Les deux dernières conditions peuvent, à la vérité, être considérées plutôt comme des prescriptions morales, puisqu'il n'existe aucun criterium de l'honnêteté et de la science. Au surplus, l'histoire fournit de nombreux exemples de souverains dont l'autorité fut reconnue d'une manière générale, et qui ne se distinguèrent ni par la piété ni par le talent. Il n'est pas rare, du reste, de rencontrer dans

verset de la malédiction. Mais pour que ce passage pût être invoqué à l'appui de leur thèse, ils ont dû lui donner l'interprétation la plus forcée.

le droit musulman des préceptes d'une application difficile, parce qu'ils manquent de précision.

L'imâm doit, en outre, être majeur, musulman, libre, sain d'organes et exempt d'infirmités. Des conditions de forme purement extérieure, en pareille matière, nous paraissent étranges. Si nous considérons, pourtant, que les peuples orientaux tiennent toujours en moindre estime l'individu qui ne dispose pas de tous ses moyens, nous reconnaitrons que le droit musulman fait preuve de sagesse en soumettant à ces exigences non seulement le prince, mais tous les hauts fonctionnaires de l'État, ceux surtout qui représentent aux yeux des foules l'autorité publique.

Les organes dont il est ici question sont ceux de l'ouïe, de la vue, de la parole. L'homme privé de l'une de ces facultés, ou chez lequel l'exercice en serait considérablement affaibli, ne pourrait être imâm. Il en serait de même pour celui qui, par suite d'une infirmité, se trouverait gêné dans sa tenue, sa démarche ou ses manières.

Quant à la nécessité d'appartenir à la tribu des Qoraichites, nous en avons déjà parlé. Chez les Chi'ites, le principe de légitimité a naturellement plus d'importance que chez les Orthodoxes. Pour eux, il ne suffit pas d'être de la tribu des Qoraich. Il faut encore être de la descendance de 'Alî.

Bien que les conditions dont il s'agit ne soient, à la rigueur, applicables qu'au chef du monde musulman, chaque État doit, autant que possible, faire en sorte que les princes actuels y satisfassent. Chaque pays, en effet, doit être, en petit, l'image de l'empire universel. A ce point de vue, les règles établies par les juristes ont, aujourd'hui encore, un intérêt pratique chez les Mahométans.

SUCCESSION AU TRÔNE. — Les Sunnites n'admettent pas que le droit de succéder au trône soit acquis par la primogéniture ou la parenté avec le prince régnant. Il n'est cependant pas interdit, et c'est même un fait très fréquent, que le fils, et en particulier le fils aîné, succède au père. Mais il est nécessaire pour lui, comme pour tout autre, d'être spécialement appelé à cette dignité, soit par le prince, soit par le suffrage du peuple.

Le droit public mahométan revêt par-dessus tout un caractère historique. Les institutions qu'il régit reposent en grande partie sur les enseignements de l'histoire de l'Islâm et surtout de l'histoire des premiers temps. L'on s'est donc guidé, pour déterminer les modes d'attribution du pouvoir (désignation et élection), sur ce qui avait été fait pour les

premiers Califes. La désignation se fonde sur la nomination de 'Omar, et le libre choix de la communauté, sur celle d'Abou Bakr.

L'imâm peut désigner comme successeur au trône qui il lui plaît, pourvu que la personne choisie réunisse les qualités légalement requises, tant au jour de la désignation qu'au jour où elle prendra possession de la souveraineté. Serait, par conséquent, illégale, la nomination d'un mineur ou d'un infidèle, lors même qu'il serait établi qu'à la mort de l'imâm le mineur avait atteint sa majorité, ou que l'infidèle s'était converti. L'imâm ne pourrait également désigner un absent (mafqoud), tandis que rien ne s'oppose à ce que son choix porte sur une personne qui, temporairement, n'est pas sur les lieux (ghâïb). Tant que le successeur appelé n'a pas déclaré accepter la dignité, l'imâm peut révoquer son choix et désigner une autre personne. Mais il est nécessaire que l'acceptation du successeur appelé se produise avant la mort du prince régnant. Le droit de monter sur le trône reste néanmoins suspendu (mawqouf), jusqu'à la mort ou à l'abdication du prince, de sorte que le successeur n'a pas, avant cette date, le droit de désigner son propre successeur.

Il n'est pas permis au souverain de nommer plusieurs successeurs au trône ; mais il ne lui est pas interdit de substituer, en cette qualité, plusieurs personnes les unes aux autres, c'est-à-dire qu'il peut disposer, pour le cas où la première ferait défaut ou se trouverait empêchée, que la seconde montera sur le trône et ainsi de suite. Le souverain peut également nommer plusieurs personnes entre lesquelles il sera fait un choix après sa mort.

Si, de son vivant, le prince n'a pas désigné de successeur, il y a lieu, après sa mort, de choisir un imâm. Mais comme l'élection d'Abou Bakr fut faite au milieu des plus graves désordres, les juristes sont restés très divisés quant aux règles qui gouvernent l'opération. C'est, par exemple, un point très douteux que de savoir à qui appartient le droit de vote, combien de personnes doivent prendre part à l'élection pour qu'elle soit valable. L'opinion la plus répandue est qu'une élection est légale si elle est faite par les fidèles notables du lieu où est mort le prince qu'il s'agit de remplacer. Car, pour l'élection d'Abou Bakr, l'on ne convoqua pas tous les Musulmans présents sur les lieux ou habitant au loin.

Il peut arriver que, dans différentes parties de l'empire, plusieurs imâm aient été élus, réunissant chacun à peu près le même nombre de suffrages et satisfaisant, d'ailleurs, à

toutes les conditions requises. C'est alors au premier élu que revient le pouvoir légitime. Que si les élections ont été simultanées, elles sont toutes considérées comme nulles.

De même que le successeur désigné, le successeur élu doit faire connaître s'il accepte le choix dont il a été l'objet. La collation de la souveraineté, de même que toute nomination, est considérée comme une convention ('aqd). Enfin, après l'acceptation, tout le peuple, autant que possible, doit reconnaître le nouvel imâm (1).

L'imâm prend le titre de khalifat rasoul Allâh, c'est-à-dire successeur du Prophète. Quelques juristes attachent cependant au mot khalifah le sens de vicaire, de sorte qu'ils préférèrent le titre de khalifat Allâh. D'autres prétendent que, présent partout, Allâh n'a pas besoin de vicaire (2).

OBLIGATIONS DE L'IMÂM. — Les devoirs (3) de l'imâm peuvent se résumer en quelques traits principaux :

1° La défense de la religion, aussi bien dans les pratiques extérieures du culte (din) que dans la pureté de la doctrine (imân), contre les hérétiques et les faux docteurs (4) ;

2° La distribution de la justice et le soin de veiller à l'exécution des peines, principalement de celles qui sont qualifiées hodoud ;

3° La guerre pour l'extension de la foi, le maintien de la sécurité de l'empire au dehors et à l'intérieur, et le règlement de toutes les affaires relatives à la guerre (5) ;

4° La perception de la zakâh et des autres revenus du trésor ;

5° La direction de l'administration, la nomination et la surveillance des fonctionnaires (6).

(1) La plupart des juristes reconnaissent aussi que la souveraineté peut être obtenue par le droit du plus fort. Celui qui, de fait, a ainsi pris possession du pouvoir suprême, n'a pas besoin de réunir les qualités personnelles exposées ci-dessus, à la seule condition d'être musulman.

(2) La question se lie à l'explication qu'il convient de donner à Cor., vi, 165.

(3) Il n'est pas ici question des devoirs purement moraux. Conf. Cor., xxxviii, 25.

(4) Cor., vi, 100. Le souverain est en même temps le premier des pontifes de l'empire.

(5) Cor., iv, 73.

(6) En général, le souverain ne nomme que les fonctionnaires princi-

Les sujets (ra'iyah) sont, par le fait de la reconnaissance (1) du souverain, tenus (2) envers lui à l'obéissance (3), au respect, à l'assistance. L'on doit, le vendredi, prononcer son nom à la khotbah, et prier (4) pour attirer sur lui et sur son règne la bénédiction d'Allâh.

Le souverain administre le pays sans contrôle. Nulle part, les juristes ne mentionnent le droit, pour les assemblées populaires, de s'ingérer dans la marche des affaires. A peine trouve-t-on çà ou là l'expression du désir que le souverain prenne, dans les circonstances importantes, conseil de quelques-uns de ses sujets, choisis parmi les plus âgés, les plus sages et les plus considérables.

La souveraineté prend fin par la mort, par l'abdication, par l'incapacité physique ou morale du prince (5). Parmi les défauts d'ordre moral, il faut compter une conduite scandaleuse et l'adhésion à des doctrines hérétiques. L'apostasie emporte contre le souverain la mort civile et entraîne, *a fortiori*, incapacité d'exercer l'administration.

Les défauts physiques sont la folie, la perte de l'ouïe, de la vue, de la parole ou de membres indispensables. Quand il s'agit de conserver la souveraineté, l'on peut, à cet égard, se montrer moins sévère que pour l'obtenir.

La souveraineté prend fin aussi lorsque le prince est prisonnier de guerre chez les infidèles, à moins que la captivité ne soit de très courte durée. La captivité résultant de la guerre contre les rebelles s'opposerait à la prise de possession, mais elle n'empêche pas de conserver la souveraineté.

paux, par exemple, le wazîr, l'amîr, le qâdhî, etc. Ceux-ci ont le libre choix des fonctionnaires subalternes. La même règle est applicable aux fonctions militaires, de sorte que le chef d'armée nomme lui-même ses propres officiers.

(1) Cor., XLVIII, 40.

(2) Cor., IV, 62 ; VI, 165.

(3) Un ordre du souverain s'appelle firmân.

(4) Dans la plupart des États mahométans actuels, on prie pour le prince régnant, quand même il ne s'arrogerait pas le titre de chef de tous les Musulmans. Dans quelques-uns, même hors de la Turquie, l'on prie pour le sultân de ce pays, soit seul, soit pour le chef local après lui.

(5) V. p. 203, note 1.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

SECTION I

FONCTIONS DU QÂDHÎ

Durant les premières années de l'islâm, la solution des difficultés concernant le culte et le droit fut réservée à Mahomet et à ceux qui, vivant dans son intimité, avaient pu se pénétrer plus profondément de l'esprit des doctrines nouvelles. Parmi les dépositaires de la pensée du Prophète, les quatre premiers califes tiennent naturellement la première place. Leurs décisions, en matière de droit, sont prépondérantes, et ils sont rangés, ainsi qu'on l'a déjà dit, au nombre des personnes qui possèdent le plus haut degré d'autorité juridique.

Mais l'empire mahométan prit bientôt, par la conquête de la Syrie (Châm), de l'Égypte (Miçr) et de la Perse (Irâq), trop d'extension pour qu'il fût possible à son chef de rendre la justice et, sous les Omayyades, le califat revêtait déjà un caractère plus séculier et plus politique. Les chefs des croyants avaient perdu leur supériorité comme théologiens et juristes. Le pouvoir judiciaire fut alors délégué par le souverain à des fonctionnaires spéciaux dont il se réservait la nomination, et qui furent appelés qâdhî.

Comparée à l'organisation judiciaire actuellement en vigueur dans la plupart des pays chrétiens, la juridiction des qâdhî se distingue par trois caractères fondamentaux :

1° Le qâdhî juge seul : l'islâm ne connaissait pas, originalement du moins, les collèges judiciaires.

2° Les décisions du qâdhi sont sans appel (1). ●

3° La procédure est exactement la même au civil et au criminel. On y remarque l'absence presque totale de formes et de formalités. Le ministère public est inconnu. Lorsqu'un méfait se produit, le qâdhi n'a pas le droit d'en connaître si le fait ne lui est pas dénoncé par un plaignant (2), de même qu'il ne pourrait forcer à payer ses dettes le débiteur qui ne lui serait pas déféré par les créanciers.

CHOIX ET NOMINATION DU QÂDHI. — Pour être nommé qâdhi, il faut être majeur, de condition libre, Musulman, de conduite irréprochable ('adl), et en possession de ses facultés intellectuelles. Il faut, en outre, autant que possible, posséder un degré d'autorité juridique (idjtihâd) et connaître la langue arabe. C'est en cette langue qu'est écrite la loi que le qâdhi est appelé à appliquer, et l'Islâm répugne à mettre, par des traductions, la loi à la portée des peuples même dont l'arabe n'est pas la langue usuelle.

L'on n'exige pas du qâdhi, comme des hauts fonctionnaires administratifs et du souverain, qu'il soit sain de corps et exempt d'infirmités. Il doit seulement avoir l'ouïe et la vue bonnes.

Une femme ne pourrait remplir les fonctions de qâdhi parce que, inférieure à l'homme (3), elle ne saurait avoir sur lui aucune autorité.

L'esclave est pareillement exclu de cet emploi, attendu qu'il ne possède même pas la *persona standi in judicio*. Rien, pourtant, ne s'oppose à ce que l'esclave obtienne un degré d'autorité juridique, ou soit consulté sur un point de droit.

A ce point de vue, les mokâtab et les modabbar sont assimilés aux esclaves. L'affranchi (ma'touq) est, au contraire, assimilé à l'homme né libre.

(1) Cependant l'on voit dans l'histoire de l'Islâm, qu'il a quelquefois existé un fonctionnaire chargé de contrôler tous les autres agents, et par conséquent les qâdhi eux-mêmes. L'on pouvait porter plainte devant lui à raison des jugements iniques, des exactions, etc. Ce fonctionnaire était appelé çâhib al-mathâlim, littéralement : « inspecteur des injustices ».

(2) L'accusateur est, en règle générale, la partie offensée, ou son représentant et, subsidiairement, la police, dans les cas où l'ordre public est atteint, par exemple, par l'un des méfaits punis de hodoud, ou par le meurtre d'une personne qui ne laisse point d'héritiers.

(3) Coran, iv, 38.

Les infidèles (1), selon Abou Hanifah, peuvent être nommés qâdhî avec juridiction sur leurs coreligionnaires. Châfi'î ne leur accorde pas ce droit. Il ne reconnaît au juge qui serait nommé dans ces conditions, d'autre autorité que celle d'un arbitre (hakam). Si ses coreligionnaires veulent se soumettre à ses décisions, ils en ont la faculté; car chacun est libre, pour peu que la partie adverse y consente, de soumettre ses différends à un arbitrage. Mais en toute autre hypothèse, l'infidèle, s'il veut obtenir un jugement exécutoire contre son coreligionnaire, doit porter l'affaire devant le qâdhî mahomé-tan.

A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsqu'un Musulman est partie au procès, ou s'il s'agit de méfaits à raison desquels le dsimmi tombe sous le coup de la loi pénale de l'Islâm.

Quoi qu'il en soit, dans les états mahométans, les dsimmi ont généralement des chefs de leur nationalité, revêtus des pouvoirs nécessaires pour assurer le maintien de la tranquillité et de l'ordre dans leurs quartiers respectifs; ces chefs sont en même temps chargés de décider les contestations relatives au statut personnel de leurs administrés.

La nomination d'un qâdhî qui ne satisferait pas aux conditions indiquées ci-dessus serait radicalement nulle (bâtîl). Les jugements qu'il rendrait n'auraient aucune force, quand même ils seraient conformes aux exigences du droit. Toutefois, Abou Hanifah se montre, sur ce point, un peu moins rigoureux. Il permet de nommer aux fonctions de qâdhî une personne qui n'a aucune autorité juridique. Et c'est ainsi qu'aujourd'hui du moins, l'on procède dans la plupart des pays musulmans, malgré la prescription contraire du Prophète. L'état lamentable où sont tombées les études juridiques ne permettrait pas de suivre strictement, sur ce point, le vœu de la loi. Les Musulmans justifient cette infraction du droit idéal en invoquant la dharourah ou force majeure.

Le qâdhî peut être nommé par le souverain ou par son délégué (2). S'il n'est pas présent au moment de la nomination, sa commission (tawliyah) doit être dressée en présence de deux témoins (châhid). Une nomination par simple lettre

(1) C'est-à-dire les dsimmi. Les kâfir harbi n'ayant point de statut, se trouvent, par là même, en dehors de notre sujet.

(2) Par exemple par un wazîr ou un amîr. Les qâdhî qui exercent au chef-lieu d'une province administrée par un amîr ou gouverneur sont, cependant, nommés d'ordinaire par le souverain lui-même.

n'est pas valable et, dans tous les cas, la nomination d'un qâdhî doit être publiquement notifiée aux justiciables. La commission doit préciser, en outre, à quelle région, et jusqu'à quel degré s'étendra la juridiction du qâdhî puisque, naturellement, la loi n'a pu rien déterminer à cet égard.

Aucun traitement n'est attaché à la fonction de qâdhî *quâ talis*. Mais si la personne choisie est sans ressources, il doit lui être alloué une subvention sur les fonds du trésor (bait al-mâl). Dans le même cas, le qâdhî est autorisé à porter en compte les frais de ses employés, tels qu'un greffier (kâtîb), etc. Sous aucun prétexte, il ne peut rien exiger des justiciables. Les frais de justice sont inconnus en droit musulman. Si donc, de temps immémorial, aucun qâdhî ne s'est fait scrupule de s'enrichir du fruit de ses rapines et de ses exactions, ce n'en est pas moins là, aux termes de la loi, un abus de la pire espèce.

En règle générale, il n'appartient pas aux habitants d'une contrée de nommer un qâdhî (1). Une seule exception est admise pour le cas où il y aurait lieu de pourvoir à l'emploi durant la vacance du trône.

L'individu qui satisfait aux conditions énumérées plus haut ne peut refuser les fonctions de qâdhî, s'il n'est pas en mesure de désigner, dans le pays, une autre personne réunissant, au même degré, les qualités requises (2). De même, un qâdhî ne peut, sans motifs sérieux, donner sa démission ou être révoqué par le souverain (3). C'est, d'ailleurs, une pratique blâmable que de briguer le poste de juge, et il est interdit au prince de tenir compte des sollicitations. Il est, surtout, rigoureusement défendu au postulant d'offrir des présents pour faire pencher le choix en sa faveur.

ATTRIBUTIONS DU QÂDHÎ. — Les attributions du qâdhî ont été, pour la plupart, déjà mentionnées au cours de ce traité. Elles peuvent se résumer en dix points principaux :

1° *Juridiction civile*. — Le qâdhî connaît de tous les procès civils, lorsque les parties n'en ont pas, d'un commun accord,

(1) Car la nomination du qâdhî est l'une des attributions du souverain.

(2) C'est ainsi que l'imâm Abou Hanîfah, ayant refusé la charge de qâdhî, fut jeté en prison par le calife al-Mançour. Il y mourut en l'année 150 de l'Hégire.

(3) Par contre, le souverain a non seulement le droit, mais le devoir de destituer le qâdhî qui, par un motif quelconque, a perdu sa confiance. L'iamovibilité de la magistrature n'existe pas en droit musulman.

déferé la solution à un ou plusieurs arbitres (hakam) (1), et sans préjudice de ce qui a été dit plus haut touchant la juridiction des chefs des dsimmi.

2° *Juridiction criminelle.* — Il rend la justice en matière pénale.

3° *Protection des incapables.* — Il pourvoit, en cas de besoin, à la tutelle ou à la curatelle des incapables qui n'ont pas l'administration de leurs biens.

4° *Mariage de femmes.* — Il marie les femmes qui n'ont pas de tuteur (wali) naturel. C'est là, en réalité, un droit qui appartient au souverain. Mais celui-ci délègue, en cette matière, ses pouvoirs au qâdhi.

5° *Surintendance et administration des waqf.* — Les waqf ont généralement des administrateurs spéciaux; mais le qâdhi surveille en tous cas leur gestion.

6° *Ordre public.* — Il exerce une surveillance sur les rues, places, édifices publics, etc. D'après Abou Hanifah, le qâdhi ne pourrait poursuivre d'office les contraventions commises dans un lieu public. Son action devrait être sollicitée par le dépôt d'une plainte. La police proprement dite, dans les États musulmans, est ordinairement confiée à un fonctionnaire spécial qui a le titre de molitasib, et qui prononce *de plano* sur les contraventions légères.

7° *Successions.* — Le qâdhi tient la main à la stricte exécution des actes de dernière volonté (waçiyah) et au partage des successions.

8° *Application des peines.* — En ce qui concerne les peines susceptibles d'être remises par la partie offensée, le qâdhi doit simplement veiller à ce que, dans l'application, si elle a lieu, la loi soit respectée. Quant aux autres peines, il doit exiger qu'elles soient effectivement appliquées.

9° *Exécution des jugements rendus en matière civile.* — Si l'on excepte le cas de faillite et celui où l'esclave infidèle d'un maître infidèle se convertit à l'Islâm, le droit musulman ne reconnaît pas la vente judiciaire des biens du débiteur. Voici donc les moyens ordinaires employés pour parvenir à l'exécution des jugements. Le qâdhi impose au débiteur,

(1) Pour accepter l'arbitrage en matière civile, il faut avoir la capacité de s'engager (itlâq at-taçarrof) et tant que les arbitres désignés n'ont pas rendu leur sentence, il est toujours permis d'annuler le compromis. Ne peuvent être nommés arbitres les personnes dont le témoignage n'est pas recevable en justice. Toute sentence arbitrale est susceptible d'appel devant le qâdhi.

comme garantie du paiement de sa dette, un travail (1) que celui-ci accomplira au profit et sous la surveillance du créancier. Le qâdhî peut aussi faire jeter le débiteur en prison (habs) pour le déterminer à exécuter le jugement.

Mais l'emprisonnement n'est applicable qu'au débiteur récalcitrant, c'est-à-dire à celui qui, n'étant pas dans l'impossibilité d'exécuter le jugement, ne prend pas, cependant, les dispositions nécessaires à cet effet, ou cause, de mauvaise foi, la perte de ses biens, ou les met hors d'état d'être discutés. L'individu qui, sans qu'il y ait de sa faute, est réellement dans l'impossibilité de payer, ne peut être emprisonné (2). Aussi, la déclaration de faillite, prononcée d'office par le qâdhî, a pour conséquence d'exonérer le débiteur de la prison, sauf le cas où il serait reconnu de mauvaise foi.

Notons que les descendants ne sont jamais autorisés à requérir contre leurs ascendants, l'emploi de l'un de ces moyens de contrainte (3).

10° *Zakâh*. — Le qâdhî est chargé de la perception et de la répartition de la zakâh, dans les lieux où ce soin n'est pas confié à un 'âmil spécial.

Les attributions du qâdhî peuvent être limitées à certaines affaires déterminées, par exemple, aux affaires civiles inférieures à une somme donnée; ou bien à tel quartier d'une ville, à telle partie d'une province; ou encore à une période fixée. Les restrictions de ce genre doivent être spécifiées dans la commission du qâdhî et rendues publiques. Les jugements qui excèdent la compétence du qâdhî sont nuls.

Dès qu'un qâdhî a reçu avis de son investiture, il doit se rendre au siège de son ressort, et y faire publier sa nomination. Il est désirable qu'il choisisse à cet effet un lundi. Il prend en charge, sans délai, les archives (4) de son prédécesseur. Si la nomination de celui-ci n'avait pas été parfaite-

(1) Ce travail ne doit pas être au-dessus des forces physiques ou intellectuelles du débiteur. Ce genre de garantie est appelé molâzamah. Pendant la durée de cette prestation, le créancier est tenu de subvenir à l'entretien du débiteur.

(2) Coran, II, 280.

(3) Parmi les Châfîtes plusieurs juristes reconnaissent la validité de la saisie des biens du débiteur, et même la saisie-arrêt, par le créancier, de son autorité privée.

(4) La minute d'un jugement s'appelle sidjill; un procès-verbal mahdhar.

ment régulière, tous ses jugements (qadhá) devraient être annulés par le nouveau qádhí qui aurait à juger de nouveau les affaires. Ce dernier devrait également réviser les jugements qui auraient été rendus par son prédécesseur dans des affaires où celui-ci se serait laissé corrompre, ou dans des cas excédant son autorité juridique, ou sur des pièces fausses.

Il est recommandé au qádhí nouvellement installé de s'enquérir des juristes qui habitent la localité, afin de pouvoir les consulter dans les cas difficiles. Il est désirable que ceux-ci assistent aux audiences (1) et que les séances soient tenues dans un lieu accessible au public, mais non pas, selon Cháff'i, dans une mosquée.

En cas d'absolue nécessité, il est permis au qádhí de désigner un ou plusieurs suppléants (náib) (2), qui doivent réunir les mêmes qualités que lui. Les suppléants sont considérés comme révoqués dès que cessent les fonctions de celui qui les a nommés. Le qádhí a, en outre, à son service, un ou plusieurs greffiers (kátib), huissiers (bawwáb) et courriers (rasoul), mais seulement lorsque la nécessité en est imposée par la multiplicité des procès. En général, il ne doit y avoir, entre le juge et le justiciable, que le moins d'intermédiaires possible. La plus stricte équité, la plus grande urbanité envers le public est recommandée à ces employés aussi bien qu'au qádhí personnellement. Celui-ci nomme, le cas échéant, pour s'éclairer sur les questions spéciales, des experts (cáhib al-masá'il ou ahl al-khibrah) (3), et dans les contrées où l'arabe n'est pas la langue vulgaire, des interprètes (tardjomán).

Le qádhí doit baser ses décisions sur la loi et, subsidiaire-

(1) De la présence de ces assistants ou assessesurs, quelques voyageurs ont conclu, mais à tort, qu'ils formaient une sorte de jury. Le qádhí peut les consulter, mais seul il décide.

(2) En principe, tout fonctionnaire, dans l'État mahométan, doit exercer ses fonctions en personne. Mais, par exception à la règle, il est encore permis au qádhí de commettre, pour les auditions de témoins, etc., qui doivent avoir lieu hors de son ressort, le collègue exerçant au lieu où se poursuit l'enquête. Celui-ci est tenu de satisfaire à la commission rogatoire, et le rapport ou procès-verbal de l'opération, appelé kitáb hokmí, vaut comme preuve, mais seulement dans les affaires civiles.

Le qádhí doit aussi, lorsqu'il en est requis, donner l'execuatur aux jugements de ses collègues, si toutefois ils n'ont pas été rendus contrairement à la loi.

(3) C'est dans cette catégorie qu'il faut placer le qásim, chargé du partage des successions et le mozakkí chargé de fournir aux juges les renseignements nécessaires touchant à la moralité des témoins.

ment, sur la coutume et les règlements (qânoun). Il n'est pas rigoureusement obligé de s'en tenir à l'école (madshab) à laquelle il appartient par son origine, quoique, selon l'esprit qui domine aujourd'hui chez les Mahométans, il ne soit pas louable de changer d'école. Mais en droit strict, la condition qui serait imposée à un qâdhî par sa commission, de rendre la justice selon telle ou telle école, serait nulle et entacherait de nullité la nomination elle-même.

Il est expressément défendu au qâdhî d'accepter des présents de personnes qui sont en procès devant lui (1). Il est même désirable qu'il n'en reçoive de qui que ce soit ; car il ignore qui peut se trouver un jour impliqué dans un procès.

S'il s'agit de présents qu'il ne puisse refuser, il doit, en compensation, en rendre d'égale valeur ou, en cas d'impossibilité, les verser au trésor (bait al-mâl).

Le qâdhî ne doit pas siéger dans les affaires où il est personnellement intéressé, ni dans celles où ses parents, ses affranchis ou ses mokâtab sont en cause directement ou indirectement. Le jugement, en pareille circonstance, est rendu par le suppléant (nâïb).

C'est encore un devoir pour lui de ne pas tenir audience lorsqu'il ne se sent pas en état d'apporter à son examen tout le sérieux ou le sang-froid nécessaire, par exemple lorsqu'il souffre de la faim ou de la soif, quand la colère le domine, quand la chaleur est extrême ou le froid excessif.

Si, au cours de l'audience, l'affaire a été élucidée, le jugement doit être prononcé séance tenante, car, pour les Mahométans, la célérité est l'une des premières conditions d'une bonne justice. Cependant, le qâdhî a toute latitude pour ordonner une nouvelle information et pour couper les séances par un repos convenable.

Remarquons enfin, au point de vue de l'attitude envers les parties, que le qâdhî doit montrer une égale déférence au demandeur et au défendeur ; s'abstenir d'adresser à l'un d'eux, durant l'audience, des paroles que la partie adverse ne puisse entendre ; de recevoir l'hospitalité chez l'une des parties ou de la lui offrir.

Lorsque plusieurs procès sont pendants à la fois, ils doivent, en règle générale, être jugés dans l'ordre suivant lequel le qâdhî en a été saisi. Néanmoins, les affaires des voyageurs, des détenus pour dettes (mahbous) et des orphelins (yatim), passent avant les autres.

(1) Coran, II, 184.

SECTION II

PROCÉDURE DEVANT LE QĀDHĪ

Les règles de la procédure chez les Mahométans sont d'une grande simplicité ; nul risque pour le plaideur de perdre son procès (da'wâ), pour inobservance de quelque formalité ; il n'existe ni code de procédure, ni code d'instruction criminelle ; la direction des procès est entre les mains du qâdhî. Celui-ci est seulement tenu d'observer quelques prescriptions concernant le droit qui appartient aux parties de formuler leurs réclamations respectives et relativement à la preuve légale.

Avocats, avoués et *tutti quanti* sont un luxe aux yeux du qâdhî. Les parties, généralement, comparaissent en personne (1), et doivent présenter elles-mêmes leur demande ou leur réponse et leurs moyens de preuve.

Si la demande est manifestement injuste, ou inversement, si la mauvaise foi du défendeur est évidente, le qâdhî ne se contentera pas de débouter le demandeur ou de condamner le défendeur : il pourra, s'il y a lieu, faire administrer au perdant quelques coups de fouet, à titre de ta'zir, et comme avertissement de ne plus soutenir d'affaires dans de semblables conditions. La sentence emporte alors exécution parée, et sans autre forme de procès, la correction est appliquée sur-le-champ.

Il n'y a point de délais légaux devant le qâdhî. La cause

(1) L'on peut cependant se faire représenter par un mandataire, à moins d'être défendeur en matière criminelle. Dans ce cas, le qâdhî a toujours le droit d'ordonner la comparution personnelle.

Quant aux femmes, il est désirable qu'elles constituent un mandataire dans tous les cas où cela est permis. S'il est nécessaire qu'elles se présentent en personne, par exemple, en témoignage, ou s'il ne leur est pas possible de trouver un mandataire, elles peuvent paraître non voilées devant le qâdhî.

Cependant, d'après Abou Hanifah, la comparution devant le qâdhî, par mandataire, n'est autorisée que s'il existe une cause légale d'empêchement, si l'on habite à plus de trois jours de marche de la résidence du qâdhî, ou si la partie adverse n'exige pas la comparution personnelle.

appelée doit être terminée dans la séance même, de sorte qu'il n'y a point de procès de longue durée. Le droit mahométan pourrait, à ce point de vue, être l'idéal de ceux qui considèrent comme les conditions essentielles d'une bonne justice, la célérité et la simplicité.

Proscrite également, la procédure écrite. Dans toute affaire, civile ou criminelle, les débats sont oraux et circonscrits au prétoire.

Les juristes font à peine allusion à la preuve écrite. Tout au plus enseignent-ils que l'acte sous seing privé est dénué de toute force probante, si la personne à laquelle on l'oppose n'a tout d'abord reconnu sa signature devant le qâdhi. Si l'auteur de l'écrit est décédé entre la date de l'acte et le procès, sa signature peut encore être reconnue par ses héritiers, mais chacun pour sa part seulement dans la succession,

Les livres de commerce ne font jamais preuve en faveur de celui qui les a tenus. Quelques écrivains modernes de l'école hanafite admettent seuls qu'ils aient force probante contre le commerçant ou ses héritiers, et encore, à la condition d'avoir été préalablement reconnus.

Quant aux actes authentiques, l'idée même en est étrangère au droit musulman (1).

Les moyens de preuve (2) se bornent donc à trois :

- 1° L'aveu judiciaire (iqrâr) ;
- 2° Le témoignage (chahâdah) ;
- 3° Le serment (half ou yamîn).

I. — AVEU. — L'aveu judiciaire, ou plutôt l'affirmation, est

(1) Par suite, le seul moyen de se prémunir contre une dénégation éventuelle, consiste à faire signer la pièce devant témoins. En pareil cas, les témoins, d'ordinaire, signent également la pièce, en mentionnant leur qualité.

L'empreinte d'un cachet est assimilée à la signature.

(2) La preuve, en général, est appelée bayyinah ; mais souvent aussi, ce terme désigne spécialement la preuve testimoniale, qui est, nous allons le voir, la preuve par excellence. Dans le rite de Châfi'i, les opinions sont divisées sur le point de savoir si le juge peut admettre comme suffisamment constatés les faits qui n'ont pas été légalement prouvés, mais qui sont à sa connaissance personnelle. Abou Hanifah résout la question affirmativement, pourvu que le juge ait connu les faits depuis sa nomination. Il va de soi que la controverse n'a pas trait aux faits qui se sont produits à l'audience, et qui n'ont plus besoin d'être prouvés de l'avis de tous les juristes.

la déclaration faite devant le qâdhî par une personne, que telle autre personne a contre elle un droit (haqq), soit que ce droit repose sur une simple prétention, prenant, par conséquent, sa source dans le droit civil, soit qu'il ait pour base une lésion ou une offense, un méfait quelconque susceptible de motiver une action pénale.

L'aveu n'est valable que s'il émane d'un individu majeur, sain d'esprit, agissant de son libre consentement (ikhtiyâr) (1). Il n'a d'effet que contre son auteur (moqîrr) (2); mais il peut profiter à une ou plusieurs personnes pourvu qu'elles soient nettement indiquées. L'aveu doit avoir pour objet une chose déterminée, quand même l'importance de cette chose ne serait pas encore fixée. Ainsi l'on peut avouer, devant le qâdhî, avoir commis un acte injuste, et se reconnaître, par là même, passible d'une indemnité, bien que l'on ignore le nombre de pièces d'or ou d'argent auquel s'élèvera cette indemnité. Mais l'on ne serait pas reçu à déclarer, en termes généraux, que l'on doit, à telle personne, des pièces d'or ou d'argent; il est nécessaire d'en préciser le nombre, ou de faire connaître les circonstances, la cause de la dette de manière à permettre de déterminer ce nombre au moins d'une manière approximative.

L'aveu doit être motivé et accompagné d'indications suffisamment catégoriques pour que l'on ne coure pas le risque de reconnaître à autrui, contre soi-même, des droits sans fondement, ou que l'on ne s'expose pas, sans raison et à la légère, à une pénalité.

La reconnaissance du droit d'autrui peut, d'ailleurs, être affectée d'une condition, ou entourée des restrictions que l'auteur juge convenables.

En matière civile, l'aveu est divisible et ne peut être rétracté (3), pas plus d'ailleurs que la reconnaissance d'un méfait dont la peine est susceptible d'être remise par la partie lésée. Quant aux autres méfaits, l'aveu peut toujours être rétracté sans qu'il soit nécessaire d'indiquer de motifs (4).

(1) En matière de droit relatif aux biens, l'auteur de l'aveu doit en outre avoir la capacité de disposer (itlâq at-taçarrof) de l'objet de l'aveu.

(2) On appelle monkîr celui qui conteste la prétention qu'un tiers élève contre lui, ou qui nie avoir commis le fait qui lui est imputé. La dénégation est appelée inkâr.

(3) La rétractation de l'aveu s'appelle rodjou.

(4) C'est ce que les Arabes expriment en disant que l'on ne peut rétracter l'iqrâr quand il s'agit du droit des hommes (haqq al-adami), tandis qu'on peut le révoquer lorsqu'il s'agit du droit de Dieu (haqq Allâh).

II. — PREUVE TESTIMONIALE (1). — Trois conditions s'imposent pour qu'un témoignage (chahâdah) fasse foi en justice : il faut que le témoin ait perçu le fait dont il rend témoignage ; qu'il en ait conservé le souvenir ; qu'il soit en état de faire une déposition claire et précise.

Abou Hanifah attache au mot « percevoir » le sens de « voir » et, par suite, il refuse catégoriquement aux aveugles la capacité de fournir un témoignage. Suivant Châfi'i, il faut et il suffit que les témoins (châhid) aient eu personnellement connaissance du fait auquel se réfère leur déclaration, ce qui, en général, n'est nullement impossible pour un aveugle.

Ne fait pas preuve la déclaration de celui qui, d'après les dires d'une autre personne, rapporte un fait perçu par cette autre personne, ou, du moins, elle emporte seulement la preuve que tel individu a raconté le fait au déclarant. Il n'en résulte pas que le premier récit fût véridique. Au reste, le fait que telle personne a constaté tel événement par sa déposition, est susceptible d'être prouvé en justice par le témoignage, comme tout autre fait.

Il est, d'ailleurs, des faits dont la perception réelle et directe est généralement impossible, par exemple, la naissance d'un enfant ou les rapprochements sexuels ; en pareil cas, l'on admet, au besoin, des témoignages basés soit sur de simples indices, soit sur la rumeur publique.

Ne peuvent être entendues comme témoins les personnes qui ne jouissent pas du discernement ou d'un crédit suffisant ; car elles n'offrent pas assez de garanties pour que le qâdhî puisse asseoir sa conviction et rendre son jugement d'après leur témoignage. Il faut ranger dans cette catégorie les mineurs, les insensés, les esclaves, les infidèles (2), les hérétiques, les libres penseurs, les calomniateurs (3) et, en général, les gens d'inconduite notoire (fâsiq), voire ceux dont le genre de vie est incompatible avec un caractère sérieux ou avec les usages reçus de la société.

Nul ne peut figurer, comme témoin, dans une affaire où il a, directement ou indirectement, un intérêt tel qu'en se déclarant dans l'un ou l'autre sens, il en retirerait un avantage ou éviterait un préjudice, une poursuite.

(1) L'obligation de témoigner, à toute réquisition, en faveur de la vérité, repose sur Coran, II, 282, 283 ; IV, 134 ; V, 41.

(2) Abou Hanifah admet que les dsimmi témoignent dans les affaires entre dsimmi. Châfi'i les exclut complètement.

(3) Coran, XXIV, 4.

Cesse d'être digne de foi, celui qui nourrit une grande affection ou professe une violente inimitié personnelle à l'égard de l'une des parties, ou se trouve dans sa dépendance. L'on rejette, en conséquence, le témoignage des ascendants et descendants, des propriétaires d'esclaves, des locataires de services, des mercenaires, des affranchis et des associés, respectivement en faveur de leurs descendants et ascendants, de leurs esclaves, mercenaires, locataires de service, patrons et associés. En revanche, ces mêmes personnes peuvent déposer contre les individus pour lesquels la loi suppose qu'elles sont portées et, par le même motif, on peut déposer en faveur mais non au préjudice de son ennemi personnel.

Le témoignage des ascendants et des descendants est, en outre, accepté en matière d'héritage et de partage de successions, et aussi, selon quelques auteurs, pour établir l'état des personnes et la parenté. La raison en est que, en pareille matière, il est rare que l'on puisse recourir à d'autres moyens de preuve. Abou Hanifah rejette encore le témoignage entre époux. Châfi'i l'admet, au contraire, par le motif qu'il n'existe entre les époux nulle communauté de patrimoine.

Le méfait de zinâ ne peut être prouvé que par quatre témoins mâles (1), tandis que deux suffisent pour tout autre méfait.

Dans les contestations relatives au droit civil, public ou rituel, la preuve est faite selon Abou Hanifah par deux témoins mâles, ou par un homme et deux femmes (2). Châfi'i n'autorise le témoignage des femmes que dans les questions touchant au droit relatif aux biens; il admet en outre que, dans les affaires de cette nature, le témoignage d'un homme, joint au serment du demandeur, fournit une preuve complète.

Les faits qui ne sont pas, d'ordinaire, constatés par un homme, par exemple, la naissance d'un enfant, peuvent être prouvés, d'après Abou Hanifah, par une femme, et selon Châfi'i, par quatre femmes.

L'on ne connaît, qu'une seule circonstance où le témoignage d'un seul homme, ou même, suivant Abou Hanifah, d'une seule femme soit suffisant: c'est l'apparition de la nouvelle lune du mois de Ramadhân. Du moment où une personne digne de foi déclare l'avoir vue, la preuve est considérée comme faite, et l'obligation du jeûne commence. Abou

(1) Coran, iv, 19.

(2) Coran, ii, 282.

Hanifah n'exige même pas, dans ce cas, que le témoin soit libre.

Avant de recevoir les déclarations des témoins, le qâdhî rappelle à ceux-ci l'importance de l'acte qu'ils vont accomplir. Les dépositions commencent par le mot « achhado » (j'atteste), et n'établissent la preuve que si elles concordent entre elles au point de vue du temps, du lieu et des circonstances. Toutefois, une concordance absolue n'est pas exigée par la loi, par ce qu'ordinairement elle ne peut être obtenue (1).

Les témoins peuvent, jusqu'au jugement, rétracter leur déclaration. Mais, s'il est ensuite établi qu'ils sont coupables de faux témoignage, ils doivent, outre la réparation du préjudice causé, s'il y échet, subir la peine du ta'zir (2). Abou Hanifah avait émis l'avis qu'il convenait d'exposer le faux témoin sur le marché ou dans le bazar, et de faire publier son crime par un appariteur. Mais ses disciples, comme Châfi'i, du reste, préfèrent la flagellation suivie de prison.

Si, par suite de la déposition du faux témoin, l'accusé a encouru la peine de mort ou la perte d'un membre, il y a lieu d'appliquer le talion.

Quand le défendeur estime que le demandeur produit un témoin incapable ou un faux témoin, il doit en faire la déclaration sur-le-champ, et fournir, s'il en est requis, la preuve de son accusation. Le qâdhî, sur sa demande, lui accorde, suivant les circonstances, un délai convenable à cet effet. Si la preuve n'est pas rapportée, le témoin est admis. Néanmoins, le qâdhî peut relever, d'office, l'incapacité du témoin.

III. — SERMENT JUDICIAIRE. — Le serment judiciaire (yamîn, half), consiste à affirmer une chose en invoquant le nom d'Allâh (3). Le serment doit être prêté devant le qâdhî et sur son ordre, en audience. Il n'est permis d'y recourir qu'à défaut de tout autre moyen de preuve, et seulement pour

(1) Si le procès porte sur une question de parenté ou de succession, le qâdhî demandera aux témoins, non seulement les noms des auteurs de la personne en cause, mais aussi ceux des quatre grands parents, afin de bien constater l'identité et l'état.

(2) Coran, II, 177; IV, 134; XXV, 72; LXX, 33.

(3) Le serment est sacré, et le faux serment (hinh) est un péché grave. Mais lorsqu'on fait, sous serment, une fausse déclaration par erreur et de bonne foi, l'on n'encourt aucune responsabilité. Coran, II, 225; III, 71; XVI, 93, 94, 96; XXXVIII, 43. Il a été question plus haut de la kaffârah due en cas de parjure.

corroborer une présomption existant au profit de la partie (1). Pour que le serment soit valable, il faut que celui qui le prête soit majeur et en pleine possession de ses facultés intellectuelles, et qu'il ne soit pas sous le coup de la violence ou du dol.

Le qâdhi peut, s'il le juge à propos, aggraver le serment en prescrivant à celui qui le fait, non seulement d'invoquer le nom de Dieu, mais d'ajouter en outre un ou plusieurs des attributs (çifâh) d'Allâh. De même, on considère comme plus solennel le serment prêté dans une mosquée ou dans tout autre lieu réputé sacré, ou bien en public, ou encore celui qui est répété plusieurs fois (jusqu'à cinquante fois au maximum) (2).

Les Juifs doivent jurer « par le Dieu qui a révélé à Mousâ (Moïse) la Tawrah », c'est-à-dire le Pentateuque, et les Chrétiens « par le Dieu qui a révélé à 'Isâ l'Indjil », c'est-à-dire l'Évangile (3).

La peine pour le faux serment est la même que pour le faux témoignage.

DIRECTION DES DÉBATS. — Voici de quelle manière les débats sont conduits :

Celui qui intente le procès (4), soit comme demandeur en matière civile, soit comme accusateur en matière criminelle, doit tout d'abord formuler sa demande devant le qâdhi, en présence du défendeur qui, appelé à cet effet, est obligé de comparaître.

(1) Les cas où existe la présomption sont énumérés par les juristes avec la plus grande minutie, et diffèrent dans chaque rite. Tous sont soumis aux règles générales que nous indiquons dans la suite du présent chapitre.

(2) On ne recourt au maximum que dans l'hypothèse d'une accusation d'homicide, lorsque des présomptions graves existent contre l'accusé, sans que le plaignant soit en mesure de fournir la preuve légale. En cas d'anathème (li'ân) le serment se répète cinq fois, et doit être prêté à la mosquée, en présence du public.

(3) Jurer par d'autres personnes ou sur d'autres choses que celles indiquées au texte, serait faire un acte nul en droit, bien que, dans le Coran même, on trouve des formules de serments prêtés sur des objets non vivants. Coran, LI, 1 ; LII, 1 ; LIII, 1 ; LXVIII, 1 ; LXXIV, 35 à 37.

(4) Il porte le nom de modda'i ; le défendeur ou l'accusé, celui de modda'â alaih. Pour plus de simplicité, l'on n'emploiera, dans la suite que les termes de demande, demandeur ; défense, défendeur, que l'on devra, néanmoins, entendre comme signifiant aussi : accusation, accusateur ; accusé.

Le qâdhî interpelle le défendeur sur le point de savoir s'il reconnaît le bien fondé de la demande. La réponse est-elle affirmative, c'est un iqrâr, et les fins de la demande sont adjugées. Le défendeur conteste-t-il, le demandeur doit produire ses témoins, et, en règle générale, les produire séance tenante. Si les témoins se trouvent dans la ville (1), bien que non présents à l'audience, le qâdhî peut accorder au demandeur, pour les faire comparaître, un délai maximum de trois jours, et le défendeur doit fournir caution (kafâlah) pour garantir sa comparution au jour convenable.

Lorsque le demandeur, en matière civile ou en cas de djinâyât, ne se trouve pas en mesure d'administrer la preuve testimoniale voulue par la loi, il peut encore exiger que le défendeur fasse serment de ne rien devoir. Le serment est-il prêté, la demande est rejetée; est-il refusé, la demande est admise, d'après Abou Hanîfah, sans condition aucune; mais, selon Châfi'i, à condition que le demandeur ait suppléé, par son propre serment, à l'insuffisance de la preuve.

Dans les autres affaires pénales, le serment n'est pas déféré au défendeur. Si la preuve n'est pas fournie, et que le défendeur nie, il est acquitté. C'est seulement sous l'inculpation de vol que le défendeur, à défaut de preuve pertinente, doit affirmer par serment, en la forme ordinaire, qu'il n'est pas coupable. S'il refuse le serment, il est tenu de restituer l'objet volé ou sa valeur, mais il n'encourt pas la pénalité (hadd). De même, l'individu contre lequel est portée une accusation de djinayâh, non fondée sur la preuve testimoniale complète (2), est passible de la diyah, mais non du qiçâç.

La demande doit être précise et déterminée. Les choses

(1) Quand les témoins habitent hors de la ville, mais dans le ressort du qâdhî, il peut leur être accordé un délai arbitré d'après les circonstances, et dont la durée est laissée à la libre appréciation du qâdhî. S'il y a lieu d'entendre des témoins domiciliés dans le ressort d'un autre qâdhî, c'est le cas de recourir à la commission rogatoire. V. *suprà*, p. 211, note 2.

(2) En cas d'homicide, la loi reconnaît aussi des présomptions comme commencement de preuve. Il y a, par exemple, présomption de culpabilité si l'homicide est seulement constaté par des témoins récusables ou par un nombre de témoins insuffisant, si une troupe d'hommes s'est enfuie en laissant un cadavre gisant par terre ou si la victime a été trouvée dans le camp ou dans le village de ses ennemis. Dans tous ces cas, il y a lieu de déférer le serment cinquante fois répété à l'accusateur. Abou Hanîfah va plus loin encore et admet, sans autre indice ou preuve, la responsabilité de l'habitant d'une maison et des habitants d'une rue ou d'un quartier où l'on a trouvé la victime d'un homicide dont l'auteur est inconnu.

mobilières qui font l'objet d'une revendication doivent, s'il est possible, être apportées devant le qâdhî, afin de figurer matériellement au procès, et, s'il y a impossibilité de les produire, être exactement décrites. Pour une créance (dain), on indique le chiffre précis; et quant aux immeubles, on en fournit la description fidèle en spécifiant la situation, les limites et l'étendue. Le qâdhî a d'ailleurs le droit de se transporter sur le lieu du litige.

Une demande qui n'a été prouvée que partiellement est admise quant à la partie pour laquelle la preuve a été faite, et rejetée pour le surplus. Si la preuve excède les limites de la demande, l'on adjuge ce qui est demandé, et non tout ce qui est prouvé.

Après que le demandeur a fait la preuve de ses allégations, le défendeur, au lieu de s'en tenir à une simple dénégation, est en droit d'administrer la preuve contraire et d'invoquer, à l'encontre des faits allégués par son adversaire, des faits différents. Il est alors soumis aux règles qui viennent d'être exposées au sujet du demandeur, conformément à l'adage : *reus excipiendo fit actor*.

Enfin, le qâdhî ne doit jamais perdre de vue, au cours des débats, que toute personne qui invoque un fait se trouve, en cas de dénégation de la part de l'adversaire, tenue d'en rapporter la preuve; que la preuve négative ne doit jamais être exigée *à priori*; que toute situation juridique, à moins qu'elle ne dût prendre fin par l'expiration d'un délai déterminé, est réputée subsister; que toute personne est présumée avoir agi de bonne foi; que l'état normal de l'homme est la liberté, à tous les points de vue; que tout contrat est supposé valable; que toute chose est présumée appartenir au détenteur en pleine et libre propriété.

Quand le demandeur et le défendeur affirment simultanément leur droit sur un objet déterminé, la demande, d'après Châfi'i, doit être repoussée, et l'objet demeure à celui qui en était détenteur, puisque la possession fournit, par elle-même, une présomption légale de propriété. Abou Hanîfah veut, en pareil cas, que l'objet litigieux soit partagé et, si cela ne se peut, qu'on le déclare propriété commune des deux parties.

Le défendeur, s'il se trouve dans l'impossibilité de comparaitre devant le qâdhî (1), peut se faire représenter par un

(1) La personne présente à l'audience ou dans la ville est dite hâdhîr; celle qui est hors de ce lieu, mais dont la résidence n'est pas inconnue, est ghâïb. On a déjà expliqué la différence entre les termes de ghâïb et de mafqoud.

mandataire ; de même, le demandeur peut faire présenter sa demande par un fondé de pouvoir. Mais lorsque le défendeur ne comparait pas, ni personne pour lui, la demande, s'il est défaillant sans motif, est admise, et il est condamné par défaut. Cependant, s'il a choisi, au cours du procès, une nouvelle résidence, il est facultatif pour le qâdhi de le faire interroger par le qâdhi du nouveau domicile ou de le faire amener à son propre prétoire, si ce domicile se trouve dans son ressort ou dans le voisinage. Le qâdhi doit d'ailleurs tenir compte des circonstances qui seraient de nature à excuser le défendeur de ne pas comparaître, bien que présent à la résidence du qâdhi.

Lorsqu'au contraire l'une des parties est absente (mafquod), le qâdhi doit nommer un curateur pour gérer son patrimoine et agir, au surplus, comme il a été dit plus haut.

CHAPITRE TROISIÈME

DE LA GUERRE

SECTION I

GUERRE CONTRE LES INFIDÈLES (DJIHÂD) (1)

Suivant le concept mahométan, la terre est divisée en deux fractions hostiles, toujours en lutte l'une contre l'autre : le territoire des croyants, dâr al-islâm, et le territoire des infidèles, dâr al-harb, ou pays de la lutte. Le premier embrasse tout le monde musulman; il a pour chef Allâh qui gouverne par son vicaire, l'imâm.

Par extension, l'on y comprend les territoires qui, habités par des infidèles, sont cependant tributaires de l'État musulman, et qu'on appelle pays pacifié, dâr aḡ-ḡolh.

Tout ce qui se trouve en dehors du dâr al-islâm et du dâr aḡ-ḡolh est dâr al-harb. Le droit mahométan n'y est pas en vigueur, et l'une des choses que le souverain doit avoir à cœur avant tout, c'est de faire le djihâd pour soumettre ce pays, et, par là, étendre le champ de l'islâm (2).

Cette guerre est un devoir pour l'État musulman, mais non pour les croyants individuellement (3), bien que tout Musulman soit tenu, dans la mesure de ses moyens, de venir en aide à l'État pour lui faciliter l'accomplissement de ce devoir.

(1) Cette guerre est aussi appelée « dans la voie de Dieu » (fi sabil Allâh). Dans les langues européennes, la guerre dont il s'agit dans la présente section est généralement appelée guerre « sainte ».

(2) Coran, II, 186 à 191; 212 à 215; 245; IV, 76, 78, 86, 91, 93; V, 39; VIII, 40, 48, 62; IX, 4 à 14, 20, 29, 74; XVI, 111; XXII, 77; XLVII, 4, 5, 22; XLVIII, 16; LVIII, 6; LXVI, 9. Le principe contraire est cependant reconnu par le Coran, II, 257; V, 53.

(3) Coran, IX, 123.

En conséquence, nul ne peut engager la guerre sainte sans l'autorisation préalable du prince, seul juge des véritables intérêts de l'État; l'autorisation n'est superflue que dans l'hypothèse où les habitants des provinces frontières ont à se défendre contre l'agression des infidèles voisins (1).

Il suit encore de là que, malgré la recommandation générale faite aux croyants de séjourner le moins possible chez les infidèles (2), il n'est pas interdit à chaque Musulman, pris individuellement, de se rendre temporairement dans le dâr al-harb, pour y faire le commerce ou pour quelque autre motif analogue, et que, par contre, les infidèles, munis d'un sauf-conduit, c'est-à-dire les mostâmin, peuvent, dans la même mesure, séjourner dans le pays de l'imâm. Est seulement prohibé le commerce qui aurait pour résultat de procurer aux infidèles des armes et autre contrebande de guerre.

Le devoir de participer à la guerre sainte, en cas de réquisition, incombe seulement aux Musulmans majeurs et libres (3). En sont affranchis : les femmes, les enfants, les malades, les insensés, les infirmes et ceux qui n'ont pas les moyens d'entretenir leur famille pendant leur absence ou de payer leurs dettes (4).

Mais en cas d'agression de la part des infidèles, ou quand les combattants font défaut, les dispenses ou exemptions sont sans effet. Chacun doit prendre part à la défense. Il est même permis alors d'accepter dans l'armée des troupes infidèles (5), et les engagements pris envers ces troupes sont inviolables. L'emploi de guides infidèles en pays ennemi est toujours autorisé.

Les accidents survenus et les blessures reçues dans la guerre sainte sont comptés aux fidèles comme mérites particuliers (6). Ceux qui y trouvent la mort sont considérés comme martyrs (chahid) dans la cause de l'Islâm, et sont appelés immédiatement aux jouissances du Paradis (7). Tel est le motif pour lequel leurs corps ne sont pas lavés, mais

(1) Coran, ix, 124; xxii, 40.

(2) Coran, iii, 27, 114 à 116; iv, 91; v, 56, 62, 63, 83; xxiii, 96; lx, 1, 2, 7 à 9, 13. Les liens de parenté même ont moins de force entre croyants et infidèles. Coran, ix, 23, 114; xi, 47, 48; lx, 3, 4.

(3) Coran, ix, 39 à 41, 45, 82 à 84, 87 à 89, 94 à 97; xlvii, 23; xlix, 15.

(4) Coran, iv, 100; ix, 92, 93; xlviii, 17.

(5) Ce qui est défendu en toute autre occurrence. Coran, iv, 143.

(6) Coran, ix, 122; xlvii, 5; lvii, 10; lx, 4.

(7) Coran, ii, 149, 215; iii, 163 à 165, 194; ix, 52, 89, 90, 112; xlii, 7.

sont mis au tombeau dans l'état où ils sont tombés. Les Châff'ites ne prient même pas sur leur tombe. Prendre part à la guerre navale contre les infidèles est une œuvre plus méritoire encore, s'il est possible, que de servir dans l'armée de terre.

On distingue deux catégories de combattants : ceux qui forment l'armée permanente, c'est-à-dire les soldats de carrière (mortaziqah), et les volontaires (motatawwiyah). Chacune de ces catégories doit former des corps distincts, commandés par des chefs différents. L'entretien de l'armée permanente est soldé au moyen de fonds prélevés sur les revenus de l'État, mais différents de ceux que l'on affecte aux dépenses des volontaires. Les soldats réguliers sont entretenus au moyen du fay, c'est-à-dire de tout l'argent prélevé sur les infidèles en temps de paix, comme les tributs et les impôts qu'ils doivent payer. On subvient, au contraire, comme nous l'avons déjà vu, aux dépenses des volontaires par une portion déterminée de la zakâh.

Dans la guerre sainte, le chef (amîr) est le souverain lui-même, ou le gouverneur de l'une des provinces frontières, ou encore une personne spécialement désignée à cet effet. Ce chef peut être investi d'un pouvoir limité ou illimité. Dans le premier cas, son action se borne à l'administration proprement dite de l'armée, et au commandement dans les combats. Dans le second cas, il lui appartient, en outre, de faire la répartition du butin (ghanîmah) pris dans le combat, de conclure les traités ('aqd ads-dsimmah) avec les infidèles qui consentent à se soumettre, ou de leur accorder une suspension d'armes (hodnah).

La guerre sainte doit être portée contre tous les infidèles (kâfir) peuplant un pays infidèle (dâr al-harb).

Lorsqu'une nation infidèle n'a pas encore eu connaissance de l'Islâm, il convient de la mettre tout d'abord à même de s'instruire de la religion (1). On lui fait ensuite une sommation (da'wah) d'avoir à revenir sur ses erreurs et d'embrasser la vraie foi, ou bien, si elle résiste, de reconnaître la suprématie des Musulmans et de conserver sa religion (2) en payant une capitation (djizyah).

(1) Coran, II, 19; XVI, 126; XVII, 16; XXVI, 208, 209; XXVIII, 59. Selon la majorité des juristes tous les peuples de la terre sont de nos jours suffisamment instruits de l'existence de l'Islâm.

(2) La liberté de conserver leur religion n'appartient qu'aux kâfir kitâbi ou infidèles qui ont un livre, c'est-à-dire une révélation, et qu'on appelle aussi infidèles ayant un din samâwi ou religion révélée. Ce sont les Juifs

Les Châfî'tes attachent même à cette sommation une telle importance, qu'ils rendent responsable de la diyah des ennemis tués (1), le chef qui ne l'aurait point accomplie avant d'entreprendre la guerre sainte. Les Hanafî'tes, tout en considérant la sommation comme désirable, ne la croient pas obligatoire.

De nombreuses prescriptions déterminent la manière dont le chef de l'armée doit remplir sa tâche, surtout au point de vue moral. Ainsi, il lui est recommandé d'être prudent; de ne point risquer la bataille sans s'être assuré que les chances sont pour lui. Durant l'action, il doit à ses troupes l'exemple de la bravoure, l'appui de ses conseils et de son bras, ne négligeant aucun moyen de surexciter la valeur des hommes. Il lui est même permis, pour atteindre ce but, de répandre de fausses nouvelles concernant les ennemis. Il doit apaiser les querelles qui surgissent au sein de l'armée (2), punir les méfaits, maintenir la discipline et particulièrement, si l'armée occupe des campements fixes, empêcher les hommes de se livrer à des occupations susceptibles de leur faire oublier la guerre, comme l'agriculture ou le commerce.

Le premier devoir des subordonnés est d'obéir (3) aux ordres qui leur sont donnés, et surtout de ne rien divertir du butin (ghanîmah), car leurs actions doivent avoir pour mobile le zèle de la religion et non l'âpreté au gain. Ils doivent com-

(Yahoudî), les Chrétiens (Naçârî ou Naçrânî) et les Sabéens (Çâbî). En effet, les Juifs suivent la révélation du prophète Mousâ; les Chrétiens, celle du prophète 'Isâ, et les Sabéens celle du prophète Nouh. Selon Châfî'i, les Juifs, Chrétiens ou Sabéens, qui n'ont embrassé leurs religions respectives qu'après la révélation du Coran, ne sauraient invoquer cette disposition favorable de la loi. S'il s'agit de Juifs, Chrétiens ou Sabéens qui ont été Musulmans, c'est-à-dire s'il s'agit d'apostats, non seulement Châfî'i, mais encore Abou Hanîfah leur interdisent absolument le contrat de soumission ('aqd ads-dsimmah). Les Mages ou adorateurs du feu (Madjousî) sont, au point de vue de la capitation, assimilés aux Juifs, Chrétiens et Sabéens, bien que leur religion ne soit pas révélée, et que les Musulmans ne puissent ni se marier avec les femmes de cette secte, ni manger la viande des bêtes tuées par des Mages.

Sur la diyah des kâfir kitâbi et des Mages, V. ci-dessus. Conf. sur les Sabéens, Chwolsohn, *Die Sabiër und der Sabismus*, Saint-Petersbourg, 1856. Les païens proprement dits ou mochrîk, ce qui signifie : ceux qui à Dieu ajoutent d'autres dieux, restent toujours kâfir harbî, c'est-à-dire des infidèles à combattre. Coran, II, 59; V, 73; IX, 28, 30; XXII, 17; XXIX, 45.

(1) Coran, III, 19; XVII, 208, 209; XXVIII, 59.

(2) Coran, XLIX, 9.

(3) Coran, IX, 48.

battre les ennemis (1) sans acception de personnes, c'est-à-dire que si, contre toute attente, ils ont, parmi les infidèles, des amis ou des parents, ils ne doivent pas les épargner plus que les autres, mais leur appliquer, comme aux autres, les règles de la guerre. Cependant, un Musulman ne peut ni attaquer, ni combattre personnellement les infidèles qui sont ses proches parents, à moins qu'il n'ait à défendre sa propre personne ou à venger une provocation résultant d'une insulte à Allâh ou à son Prophète.

Dans les premières guerres entreprises par les Musulmans, chaque croyant devait combattre dix infidèles. Plus tard, Allâh permit la réduction de ce nombre à deux (2). Aujourd'hui, la plupart des Hanafites ne considèrent même plus cette dernière prescription comme obligatoire.

A l'exemple des armées commandées par le Prophète et ses amis, il est permis aux soldats de se distinguer par des signes particuliers, par exemple en montant un cheval blanc. Un guerrier connu pour sa valeur peut, d'après Châfi'i, provoquer en combat singulier un adversaire choisi dans l'armée ennemie. Les combattants sont alors tenus de respecter les conventions qu'ils ont verbalement arrêtées. Mais le commandant en chef ne peut jamais s'exposer en combat singulier. Abou Hanifah défend en général la provocation d'un ennemi à un combat singulier.

Il est permis de tuer les guerriers infidèles soit pendant la bataille, soit lorsqu'ils sont en fuite (3). Mais il est interdit de leur infliger, sans nécessité, de mauvais traitements. Les femmes, les enfants, les vieillards et, d'après quelques-uns, les moines ne peuvent, s'ils confessent une religion révélée, être mis à mort que dans le cas où ils auraient pris au combat une part active. Ils sont faits prisonniers de guerre et réduits en esclavage. Cependant, Châfi'i permet de tuer les malades et les vieillards du sexe masculin. Suivant lui, s'il s'agit de païens proprement dits, l'on doit mettre à mort femmes, enfants, malades et vieillards, tandis que, dans la même hypothèse, Abou Hanifah prescrit d'épargner les femmes et les enfants.

Quant aux prisonniers de guerre mâles et capables de porter les armes, il est facultatif (4) pour l'imâm, qui se dirige

(1) Coran, II, 247 ; III, 149 ; VIII, 15, 16, 47 ; XXXIII, 16.

(2) Coran, VIII, 66, 67.

(3) Coran, IV, 105.

(4) Coran, XLVII, 5.

alors d'après l'intérêt de l'État musulman, de les faire mourir, de leur rendre la liberté (1), de les réduire en esclavage, de les échanger contre une rançon (fidâ) ou contre des captifs musulmans. Toutefois, les prisonniers de guerre qui embrassent l'Islâm ne peuvent être mis à mort (2).

Les infidèles qui ont péri dans le combat doivent recevoir la sépulture, mais non selon le rite musulman; il ne leur est point rendu d'honneurs et, naturellement, l'on ne prie pas pour eux (3).

L'infidèle qui se convertit après le commencement des hostilités, mais avant de tomber aux mains des Musulmans, conserve ses biens, sa vie et sa famille (4), lors même que sa conversion n'aurait eu lieu qu'à la dernière extrémité et ne pourrait, par conséquent, être réputée purement volontaire (5). Cependant, d'après Abou Hanifah, ses immeubles font retour à l'État, et le souverain doit en disposer comme des immeubles du pays conquis.

L'infidèle qui passe aux Musulmans pour demander assistance contre un de ses coreligionnaires (6), ou qui obtient d'un guerrier musulman l'amân ou sauf-conduit pour sa personne et pour ses biens (7), ne peut être mis à mort. Si celui qui a promis la sauvegarde n'en avait pas le droit, l'on accorde à l'infidèle un délai pour retourner vers les siens, après lui avoir signifié l'inefficacité de l'amân.

Il est permis d'user de toutes sortes d'armes et instruments de siège, de recourir à des ruses de guerre, et même, si cela doit hâter la soumission de l'ennemi, de ruiner ses villes et villages, de détruire ses plantations, de couper ses conduites d'eau. Le Prophète lui-même a eu recours à ces divers expédients, dans ses guerres contre les Arabes païens (8).

Les gens de guerre ont le droit, en pays infidèle, d'exiger la nourriture pour eux et leurs bêtes de selle ou de trait. Ce qui

(1) Abou Hanifah défend de mettre en liberté, sans un équivalent, les prisonniers de guerre.

(2) Coran, viii, 71.

(3) Coran, ix, 85.

(4) C'est-à-dire ses femmes et ses enfants mineurs. Les enfants majeurs ne bénéficient pas de la conversion du père.

(5) Coran, ii, 188, 189; viii, 39; ix, 5, p. 11.

(6) Coran, iv, 92.

(7) Coran, ix, 6.

(8) Coran, ix, 2, 5; Lix, 5. Le précepte qui interdit toute guerre offensive pendant les mois sacrés (V. p. 185, n° 5, note 4) a été abrogé plus tard. Conf. Coran, ii, 190, 214; ix, 36.

leur est fourni à ce titre n'est pas imputé sur leur part lors de la répartition du butin (ghanimah). Mais s'ils outrepassent ce droit et enlèvent aux habitants, *propria auctoritate*, quelque objet qu'ils négligent de verser à la masse entre les mains du chef, ils en doivent compte lors de la répartition définitive. Lorsqu'une femme fait partie du butin, nul ne peut avoir avec elle de rapports sexuels avant qu'elle ne lui soit échue comme esclave.

Le territoire soumis par les armes revient, d'après Abou Hanifah, entièrement à l'État musulman comme bien domanial. L'imâm peut le partager entre les combattants, ou en faire un waqf en faveur de l'État. Dans ce dernier cas, le territoire est assujetti au kharâdj. Châfi'i estime que le territoire conquis fait partie du butin, comme les biens meubles, et doit être partagé conformément aux prescriptions qui vont suivre.

Toute personne qui tue un ennemi a droit, selon Châfi'i, à son équipement (salab); mais l'exacte signification de cette expression est fort incertaine. Tous les autres biens meubles de l'ennemi constituent le butin (ghanimah) et doivent être livrés au chef de l'armée. Le partage a lieu, selon Abou Hanifah, quand l'armée est de retour dans ses foyers; Châfi'i permet, au contraire, de l'opérer immédiatement après la bataille. Les quatre cinquièmes du butin sont attribués à ceux qui ont pris part au combat; un cavalier, lors même qu'il aurait perdu son cheval ou son chameau, reçoit trois fois autant qu'un fantassin. Ceux qui ne rentrent pas dans la catégorie des combattants reconnus par la loi, c'est-à-dire qui ne sont pas majeurs, libres, sains d'esprit et Musulmans, ne reçoivent pas une part déterminée du butin, mais seulement, sur les fonds du trésor, une gratification (tanfil) proportionnée aux services rendus. Le dernier cinquième est réparti, selon Châfi'i, entre le trésor, les Banou-Hâchim et les Banou-l-Mottalib, c'est-à-dire les descendants des membres de la famille du Prophète, les orphelins, les pauvres et les voyageurs (1). Châfi'i partage de la même façon le cinquième du fay, dont les quatre autres cinquièmes doivent être affectés, d'après lui, à l'entretien de l'armée permanente. Abou Hanifah, au contraire, partage le cinquième du butin entre les orphelins, les pauvres et les voyageurs, tandis qu'il fait verser le fay en son entier dans le trésor, à la charge de payer

(1) Coran, VIII, 42; LIX, 7. Les dispositions du Coran, LIX, 6 et 8, n'ont plus, de nos jours, aucun intérêt pratique.

l'armée permanente et de subvenir aux autres frais du gouvernement.

S'il se trouve, dans le butin, des objets interdits aux Musulmans, ou non susceptibles d'être utilisés par eux, tels que des pourceaux, des instruments de musique, des jeux de dés, des bibles, ces objets sont exclus du partage. On commence même par les anéantir ou les mettre hors d'usage.

Il est loisible, lorsqu'une capitulation (çolh) est accordée à l'ennemi, de déroger aux dispositions prescrites au sujet du butin et des prisonniers de guerre, si tel est l'intérêt bien entendu des Musulmans. On peut aller jusqu'à reconnaître au peuple ennemi la propriété du sol et, dans une certaine mesure, une administration autonome contre paiement d'un tribut fixe qui porte, il est vrai, le nom de kharâdj, mais qui cesse d'être perçu en cas de conversion à l'Islâm, et qui est, en conséquence, attaché aux personnes et non au sol. Toutefois, ces faveurs ne sauraient être accordées qu'à des infidèles admis par la loi au bénéfice du contrat de soumission. Nous venons de voir que les pays soumis de la sorte, mais conservant une certaine autonomie, sont appelés dar aç-çolh.

Le butin devient, par le partage, la propriété de celui auquel il est échu.

Il y a divergence d'opinions sur le point de savoir si le butin fait par les infidèles sur les Musulmans demeure ou non la légitime propriété de ces derniers. Abou Hanifah admet que les objets enlevés par l'ennemi ne cessent pas d'appartenir à l'ancien possesseur mahométan, de sorte que si l'on vient à les recouvrer, ils ne sont pas considérés comme butin, mais restitués aux ayants droit. Chaf'i pense, au contraire, que la propriété de ces objets passe aux infidèles, et qu'ils font partie du butin en cas de reprise, à moins qu'ils n'aient été récupérés antérieurement au partage entre les combattants de l'armée infidèle. Les infidèles ne peuvent d'ailleurs légalement réduire en servitude un Musulman libre, quand même il s'agirait d'un prisonnier de guerre, de sorte que le captif repris par ses coreligionnaires, ou qui réussit à s'évader, est toujours, *jure postlîminii*, considéré comme un homme libre.

La guerre sainte entreprise contre un peuple cesse de plein droit du jour où ce peuple accepte l'Islâm. Prenant, par ce fait, la même situation que ses adversaires, il se trouve soumis aux mêmes obligations que ceux-ci. Le pays habité par ce peuple reste sa propriété. Il devient dâr al-Islâm.

Si, au contraire, s'obstinant dans son infidélité, une nation est vaincue par les Musulmans, elle est, dans son entier,

soumise aux règles indiquées ci-dessus, comme applicables aux guerriers individuellement (1).

Comme on l'a déjà dit, si le peuple infidèle a une religion révélée, le souverain peut conclure avec lui, même avant de l'avoir vaincu, un contrat de soumission ('*aqd ads-dsimmah*). Par ce contrat, l'on stipule sécurité pour les personnes et les biens des adhérents qui font désormais partie de l'État mahométan (2). Il peut arriver, soit que les infidèles demeurent dans une partie séparée de l'empire gardant, jusqu'à un certain point, leur autonomie (3), soit qu'ils deviennent sujets immédiats du souverain musulman. Dans l'un et l'autre cas, les infidèles soumis, appelés *dsimmi* (4), peuvent conserver leur religion; leur sort est, en réalité, très supportable et diffère, en tout cas, considérablement et à leur avantage, de la condition des infidèles et même des non-orthodoxes soumis, sous la domination des Chrétiens du moyen âge à tant de vexations et d'extorsions (5). Le souverain a, en outre, le droit de déroger dans le contrat de soumission aux clauses normales, dont nous allons maintenant donner un aperçu.

Dans les villes, les *dsimmi* sont, autant que possible, groupés dans des quartiers distincts, sous l'autorité de leurs propres chefs; les transactions qu'ils concluent entre eux sont régies par leurs lois et usages nationaux; il en est de même de leur statut personnel, et ils ne sont soumis à la loi de l'Islâm qu'au point de vue du droit pénal et des transactions avec les Musulmans.

Il leur est interdit d'épouser des femmes croyantes ou de posséder des esclaves croyants. Leur habillement doit se distinguer par une sorte de ceinture (*zonnâr*) et une bande d'étoffe (*ghiyâr*) de couleur déterminée, attachée sur leurs vêtements. Il ne leur est pas permis d'aller à cheval, mais seulement à âne ou à mulet; ils ne peuvent prendre la place d'honneur dans une réunion; lorsqu'ils rencontrent un Musulman, ils ne doivent pas le saluer les premiers, mais s'écarter respectueusement de son chemin; leurs maisons

(1) Coran, XLVII, 4, 5.

(2) Coran, VIII, 63; IX, 29.

(3) V. *suprà*, p. 230.

(4) En arabe moderne, on les appelle souvent *ra'iyah*, mot dont le sens propre est « sujet » en général.

(5) Sur la situation juridique des *dsimmi*, V. la fatwâ publiée par Belin dans le *Journal asiatique*, 4^e série, t. XVIII et XIX, ann. 1851 et 1852, p. 417 et suiv., 97 et suiv.; et aussi Von Kremer, *Culturgeschichte*, t. II, p. 162 et suiv.

ne peuvent faire saillie sur celles des Musulmans, et ils sont astreints à accorder l'hospitalité aux Musulmans qui passent par leur quartier, leur ville ou leur pays.

Il leur est également interdit de faire en public quoi que ce soit qui puisse scandaliser les conquérants, comme de boire du vin, de sonner la cloche (nâqous) ou de lire la Bible à haute voix. Ils peuvent conserver les anciennes églises ou synagogues, mais non en édifier de nouvelles.

La capitation (djizyah) des dsimmî est due par chaque individu mâle, majeur, libre et en possession de ses facultés intellectuelles (1). Abou Hanifah en affranchit totalement les indigents.

Pour l'assiette de la capitation, la population est divisée en trois classes, comprenant, la première, les riches; la seconde, les fortunes moyennes; la troisième, les pauvres. Ces classes sont taxées respectivement à raison de 4, 2 et 1 dinâr par année lunaire et par contribuable (2).

Les infidèles d'un pays non encore soumis qui se trouvent temporairement dans l'État musulman, en vertu d'un sauf-conduit (amân), doivent payer la capitation, après un an et un jour de résidence.

La conversion à l'Islâm d'un dsimmî le libère de toutes les obligations indiquées ci-dessus. Elle emporte même à son profit, suivant Abou Hanifah, remise des termes arriérés de la capitation.

Enfin, comme nous venons de le voir, les terres des infidèles soumis deviennent une fondation en faveur de l'État; mais elles sont laissées aux occupants qui les détiennent en qualité de possesseurs héréditaires, moyennant le paiement de la contribution foncière ou kharâdj, comme charge perpétuelle.

Les revenus de la djizyah, aussi bien que ceux du kharâdj, sont, en vertu d'une fiction juridique, encore comptés comme butin (ghanîmah), pendant l'année qui suit la soumission. Ce délai expiré, les deux sources de revenus tombent dans le fay.

Si la masse des dsimmî ne se soumet pas aux conditions du vainqueur, il y a lieu de prendre contre eux des dispositions plus rigoureuses; et, en cas de résistance, de leur faire de nouveau la guerre (3).

Un prince musulman ne peut signer, avec un peuple infidèle, une paix définitive qui n'aurait point pour base la sou-

(1) Les moines et les ermites ne doivent pas la capitation.

(2) Châfi'i permet, dans certains cas, d'exiger des riches plus de quatre dinâr.

(3) Coran, viii, 58 à 60, 64.

mission de l'ennemi (1). Mais si l'impossibilité de subjuguier ce peuple est manifeste, l'on peut conclure avec lui une suspension d'armes (hodnah) aussi courte que possible, mais dont la durée ne peut, en aucun cas, excéder dix ans. L'imâm n'a pas le droit de rompre l'armistice pendant le délai convenu, quand même il le jugerait utile à l'intérêt de la bonne cause. Mais si les infidèles rouvrent les hostilités de leur propre mouvement, ou s'ils n'exécutent pas leurs engagements, la convention tombe de plein droit et les croyants peuvent recommencer la guerre (2).

Les juristes classiques n'ont pas prévu le cas où la victoire des infidèles serait assez certaine pour qu'ils puissent imposer la paix aux Musulmans, et encore moins la manière dont les Croyants devraient se comporter si leur pays était réellement conquis (3). Seuls, quelques écrivains modernes ont touché cette question, et ils le font d'un mot en disant que si les Mahométans, sous la domination des infidèles, n'ont pas toute liberté de pratiquer leur religion; il leur faut émigrer en masse (4). Il est désirable qu'ils émigrent lors même qu'il ne serait apporté aucune entrave à l'exercice de leur religion (5). En tout cas, si un prince croyant vient à porter la guerre dans le pays ainsi soumis, les résidents musulmans doivent prendre parti pour ce libérateur et soutenir la bonne cause par tous les moyens (6).

Il est à peine besoin de dire que de nos jours ces principes trouvent rarement une application (7). D'abord, il n'existe plus d'imâm, au sens propre du mot, ce qui rend caduques bon nombre de règles exposées par les juristes. Puis, de tous les

(1) Coran, ix, 7, 8.

(2) Coran, ix, 4, 12 à 14.

(3) V. sur cette question, W. W. Hunter : *Our Indian Muselmans*, Londres, 1872; N. B. E. Baillie : *Journ. of the Roy. As. soc.*, ann. 1871, p. 401 et suiv.

(4) Coran, xvi, 43, 111; xxii, 57; xxv, 54.

(5) Le pays conquis par les infidèles sur les Musulmans reste néanmoins dâr al-Islâm, tant que les dernières traces de la religion du Prophète n'en ont pas disparu. Conf. les Fatwâ des Mostî de la Mecque dans l'ouvrage précité de Hunter, append. 1.

(6) Coran, viii, 73 à 76.

(7) Mais de tels préceptes peuvent servir d'enseignement aux puissances qui comptent, dans leurs possessions, des sujets musulmans. L'on y puise la certitude que les tribus mahométanes ne sont jamais moralement soumises et qu'aux jours difficiles d'une guerre avec l'étranger, l'insurrection serait par elles considérée comme un devoir. (N. de T.)

États mahométans, nul n'est en mesure de se poser en conquérant en face des puissances européennes. Les croyants, il est vrai, couvrent parfois du nom pompeux de guerre sainte les razzias qu'ils exécutent chez les peuplades sauvages du centre de l'Afrique et de l'extrême Orient, et autrefois ils en faisaient de même de leurs pirateries dans la Méditerranée. Mais il serait superflu d'insister pour démontrer que ces incursions n'ont, en réalité, rien de commun avec la guerre sainte. Il n'est pas rare non plus que, dans leurs luttes contre les puissances chrétiennes, les princes mahométans cherchent à réveiller l'ardeur belliqueuse de leurs hommes en faisant sonner le mot de djihâd. Mais ces guerres n'ont, de nos jours, que bien rarement ou plutôt n'ont jamais pour but la propagande religieuse. Elles sont d'ordinaire le châtement que s'attirent les princes mahométans par leur détestable administration, et par le défaut de sécurité qui en résulte pour leurs voisins.

SECTION II

DES GUERRES POUR LE MAINTIEN DE LA TRANQUILLITÉ INTÉRIEURE

(HOROUB AL-MAÇĀLIH)

Indépendamment des guerres contre l'ennemi du dehors, c'est-à-dire contre les infidèles, le droit mahométan reconnaît encore celles qui ont pour objet le maintien de la tranquillité intérieure (horoub al-maçālih).

La guerre entre deux pays musulmans autonomes est entièrement passée sous silence par la loi. Théoriquement, la masse entière des croyants est unie sous la domination d'un seul imâm; la guerre que tenterait contre cet imâm l'un des chefs secondaires ne serait autre chose qu'une rébellion, et les différends qui naîtraient entre ces chefs devraient être soumis à la décision de l'imâm. Parfois, cependant, au cours des siècles, les événements ont eu raison de la doctrine; deux pays musulmans, en fait complètement indépendants l'un de l'autre, sont entrés en lutte. Dans ces conflits, en général, ont été appliquées les règles de la guerre contre les rebelles.

Il ne faut pas perdre de vue qu'en pareille occurrence, si c'est toujours, pour le peuple, une obligation d'assister le prince, cette obligation ne se double plus, comme pour les guerres dont il a été question à la précédente section, d'un devoir religieux écrit dans la loi, et que la participation à la lutte n'est même plus un acte méritoire. Au surplus, l'on n'y appelle pas les deux catégories de combattants, dont nous parlions tout à l'heure; l'armée permanente touchant la solde, c'est-à-dire les soldats inscrits sur les rôles, seuls, y prennent part.

On distingue trois sortes de guerres intérieures :

- 1° La guerre contre les apostats (mortadd);
- 2° La guerre contre les rebelles (bâghî);
- 3° La guerre contre les bandes de brigands (qâti at-tariq).

En traitant du droit pénal, on a déjà expliqué ce qu'il faut entendre par apostats, rebelles, bandes de brigands, et les mesures à prendre contre les personnes qui se rendent

individuellement coupables de l'un de ces méfaits. On ne s'occupera donc ici que de l'hypothèse où l'apostasie, la rébellion ou le brigandage ont pris une telle extension que la police ordinaire de l'empire ne suffit plus à les réprimer, et que l'on se trouve dans la nécessité d'entreprendre une véritable expédition armée.

1° APOSTATS. — Si des Musulmans, en masse, viennent à renier l'Islâm, la contrée qu'ils occupent prend par là même le caractère de *dâr al-harb*, et il devient nécessaire de la faire rentrer sous l'autorité de l'imâm. Cependant, l'on doit commencer par exhorter les apostats à renoncer à leurs erreurs, et leur donner un délai pour se convertir. S'ils ne répondent pas à l'invitation, ou si la réponse est négative, la guerre commence, et elle est, en thèse générale, conduite de la même manière que la guerre contre les infidèles. Relevons pourtant les exceptions que voici :

a) Quelle que soit la religion qu'aient embrassée les apostats, révélée ou non, ils ne peuvent être réduits à l'état de *dsimmî*, et l'on ne peut conclure avec eux aucune suspension d'armes.

b) Selon *Châfi'*, ils ne devraient jamais être faits prisonniers de guerre ; tous seraient, y compris les femmes et les enfants, passés au fil de l'épée. Mais *Abou Hanîfah* permet de les faire prisonniers et de les réduire en esclavage.

c) Les prises faites sur eux ne sont pas du butin, mais reviennent au trésor, de même que le patrimoine de l'individu qui apostasie.

d) Les enfants nés des apostats avant leur méfait ne sont pas réduits en esclavage ; ils sont et restent musulmans, à moins, bien entendu, qu'ayant atteint l'âge de discernement, ils n'aient participé à l'apostasie.

Tous les actes, nominations, etc., émanant des chefs ou administrateurs des apostats, sont nuls et non avenues.

2° REBELLES. — Il est prescrit, en second lieu, de prendre les armes contre les Musulmans qui, sans embrasser une nouvelle religion, refusent en masse de reconnaître l'autorité de l'imâm ; contre ceux qui adhèrent à des doctrines hérétiques, notamment des chefs ou lèvent des impôts de leur propre autorité.

C'est un devoir de dompter ces rebelles (1) ; mais il convient

(1) Coran, XLIX, 9.

auparavant, non seulement de leur adresser les exhortations d'usage, mais d'étudier leurs griefs et d'y faire droit, si ces griefs sont reconnus fondés.

Du reste, dans la guerre contre les rebelles, le prince est lié par des prescriptions très étroites qui tirent leur raison d'être de la qualité même des rebelles; ceux-ci, en effet, ne cessent pas de faire partie des croyants, et la guerre ne peut avoir d'autre but que de les ramener au sein de la communauté musulmane. Citons, entre autres prohibitions, celle de tuer les rebelles, si ce n'est durant le combat. Dès qu'ils ont été mis en fuite ou seulement hors de combat, il n'est plus permis que de les faire prisonniers. Leurs propriétés ne sont pas confisquées à titre de butin, leurs femmes et leurs enfants ne sont pas réduits en esclavage.

Nul infidèle ne peut être employé dans la lutte contre les rebelles; les armes qui leur sont enlevées ne peuvent être mises en usage contre eux, et leur territoire ne peut être ravagé. Toutefois, les Hanafites n'appliquent pas ces principes aussi sévèrement que les Châfi'ites.

Comme la guerre contre les apostats, la lutte contre les rebelles ne peut se terminer par une suspension d'armes (hodnah).

De ce que les rebelles sont demeurés Musulmans, il s'ensuit qu'ils ne peuvent jamais être réduits à l'état de dsimmi. Pour la même raison, Châfi'i veut que leurs cadavres soient lavés et inhumés selon le rite mahométan; que les prières accoutumées soient accomplies auprès de leurs restes. Mais Abou Hanifah professe l'opinion opposée.

Après leur soumission, les rebelles doivent la réparation du préjudice causé par leur rébellion, tant à l'État qu'aux particuliers. Cependant, les contributions par eux recouvrées ne peuvent être exigées une seconde fois.

3° BRIGANDS. — Les juristes mentionnent, en dernier lieu, la guerre contre les bandes de brigands (1). Elle est conduite dans des conditions à peu près identiques à celles de la guerre contre les apostats. Les brigands qui tombent vivants entre les mains de l'imâm, sont jugés et punis dans les formes ordinaires. L'imâm a, en outre, la faculté de conférer au commandant en chef de l'expédition, les pouvoirs judiciaires suffisants pour statuer sur le cas des brigands qui sont faits prisonniers.

(1) Coran, v, 37, 38.

CHAPITRE QUATRIÈME

DES FONCTIONNAIRES ET DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

WAZIR. — Le plus haut fonctionnaire de l'État mahométan, celui qui vient immédiatement après le prince, est le wazir (1). Au sens strict, ce fonctionnaire ne doit être que l'auxiliaire du prince, l'intermédiaire qui transmet ses ordres aux inférieurs. Mais il n'est pas rare de trouver, dans l'histoire de l'Islâm, des wazir administrant effectivement l'État selon leurs propres vues, tandis que le prince ne conservait qu'une puissance nominale. Les juristes distinguent, en conséquence, les wazir investis de pouvoirs généraux, et les wazir investis de pouvoirs limités.

Les premiers administrent les affaires selon leurs propres vues; à leur dignité s'attache une délégation complète de l'exercice de la souveraineté, sous la seule condition que le wazir rendra compte au souverain des mesures par lui prises. Cependant, ce wazir ne peut désigner un successeur au trône, ni abdiquer la souveraineté au nom du prince, ni destituer les fonctionnaires nommés par celui-ci, tandis que le souverain conserve toujours le droit de destitution à l'égard des agents nommés par le wazir. Il n'est pas nécessaire que le wazir en question appartienne à la tribu arabe de Qoraich. Mais à part ce point, il lui faut satisfaire à toutes les conditions exigées du souverain. Il doit, de plus, être expert dans l'art de la guerre et dans la science des finances.

La délégation d'une dignité aussi élevée ne peut être qu'un fait exceptionnel. Il est donc indispensable qu'elle ait lieu en termes exprès (çarih).

Quoi qu'il en soit, c'est sous la seconde forme que se présente le plus souvent, dans l'histoire, le wazirat. En

(1) Coran, xx, 30 à 32. V. au sujet du wazirat, le traité de M. Enger dans la *Zeitschr. der D. Morgent. Gesellschaft*, vol. XIII, p. 239.

général, le wazir désigné ne peut agir de sa propre initiative; il n'est que le premier serviteur politique du prince, un intermédiaire chargé de transmettre ses ordres et d'en assurer l'exécution.

Les conditions exigées pour cet emploi ne sont pas aussi rigoureuses que pour celui dont nous avons parlé en premier lieu. Spécialement, les esclaves et les dsimmi peuvent y être appelés. Le motif de cette disposition est qu'ils empruntent au prince toute leur autorité; ils sont comme un canal par lequel descend jusqu'au peuple l'administration supérieure. Ils n'exercent pas l'autorité de leur propre chef, mais seulement selon les ordres du souverain.

Il est, néanmoins, désirable que le wazir à pouvoirs limités soit de conduite irréprochable, et possède les facultés nécessaires pour remplir ses fonctions.

L'imâm peut avoir en même temps plusieurs wazir à pouvoirs limités; ou bien un wazir à pouvoirs généraux, avec un wazir à pouvoirs limités. Il ne saurait, bien entendu, désigner simultanément deux wazir à pouvoirs généraux; si l'on a cru pouvoir en citer quelques exemples, c'est par suite d'une confusion: il s'agissait, en réalité, de wazir dont l'autorité était limitée soit à une partie de l'empire, soit à une branche de l'administration.

En cas de révocation du wazir à pouvoirs généraux, tous les fonctionnaires par lui nommés sont au même instant révoqués *ipso jure*. Les agents nommés par un wazir à pouvoirs limités conservent, au contraire, leur emploi même après la révocation de celui-ci, parce que, théoriquement, ils tiennent leur autorité non du wazir, mais du souverain, le wazir n'étant que l'intermédiaire par lequel le souverain fait connaître sa volonté.

AMIR. — Au second degré se placent les fonctionnaires qui exercent le pouvoir, au nom de l'imâm, dans les différentes parties de l'empire. Le nom le plus généralement employé pour les désigner est celui d'amir ou commandeur. On rencontre aussi quelquefois celui de wâlî (1), et par exception seulement celui de hâkim. Enfin, l'on appelle dâ'i le gouverneur d'une province frontière. Ce titre signifie littéralement:

(1) Qu'il ne faut pas confondre avec wali, tuteur. Les noms ordinaires de la province, c'est-à-dire d'une portion de l'empire, sont en arabe: imârah ou wilâyah. On trouve aussi ceux de: 'aml, iqlîm, balad. Imârah signifie aussi quelquefois district, c'est-à-dire subdivision de province.

celui qui est chargé de faire aux infidèles la sommation (da'wah) de se convertir.

Les administrateurs des provinces forment deux catégories : ceux dont la nomination dépend directement et uniquement du souverain ; et ceux qui administrent en vertu d'un droit propre, indépendant. On distingue aussi les amir pourvus d'une autorité générale, et ceux dont les attributions se restreignent à telle ou telle branche d'administration. Les amir de la seconde catégorie, c'est-à-dire qui exercent l'autorité en vertu d'un droit propre, ont toujours un pouvoir général. Ceux que le souverain nomme volontairement peuvent recevoir des pouvoirs limités ou généraux.

L'amir investi de pouvoirs généraux remplit, dans sa province, toutes les fonctions qui, dans la capitale, sont exercées par le prince ; seulement, sa sphère d'action est plus restreinte. Ses attributions s'étendent, par conséquent, à la justice, à la guerre, aux finances.

Au point de vue religieux, il existe entre lui et le souverain une différence : c'est que son nom n'est pas prononcé dans la khotbah ou sermon du vendredi. Mais il doit, par contre, comme le prince lui-même, présider au culte public.

En ce qui concerne les affaires de guerre, il faut noter qu'il ne lui appartient pas de changer, de sa propre autorité, la solde des troupes : une modification de cette nature ne pourrait être faite qu'après autorisation du souverain. Si quelque circonstance imprévue ne permettait pas de solliciter d'avance cette autorisation, l'amir prendrait l'initiative de la mesure, mais il aurait à la faire ratifier ultérieurement.

L'amir dont les pouvoirs sont généraux doit réunir les conditions requises du wazir à pouvoirs généraux. Il demeure toujours responsable envers celui qui l'a nommé et, comme le prince lui-même, il a le droit de se faire représenter par un délégué (nâib).

Les amir dont nous venons de parler sont, en réalité, des princes indépendants, mais reconnaissant la suprématie du souverain (imâm). L'émirat illimité fut, au moyen âge, la transition au sultanat, c'est-à-dire au partage du monde musulman en plusieurs États autonomes (1).

Les amir à compétence limitée n'ont pas la direction des affaires de guerre et de finances. Leur rôle consiste uniquement à administrer leurs subordonnés, et à faire, au besoin, la guerre sainte ou les autres guerres. D'après Abou Hanifah,

(1) V. à ce sujet, surtout l'ouvrage précité de Von Kremer : *Geschichte der Herschenden Ideen des Islams*, p. 424 et suiv.

ils devraient présider au culte public. Selon Châfi'i, au contraire, c'est là le devoir du qâdhi nommé par l'imâm. Les conditions requises pour l'émirat limité, sont les mêmes que pour le wazirat limité; mais il faut être, en outre, Mustulman et libre.

En ce qui regarde les amir qui exercent leurs fonctions en vertu d'un droit propre, ce sont les conquérants des pays habités par les infidèles non soumis. Or, quand un général, en guerroyant contre les infidèles, a fait la conquête d'un pays, l'imâm est tenu de lui en attribuer le gouvernement quand même il ne satisferait pas aux conditions requises pour l'amir nommé librement.

Il est vraisemblable que cette disposition n'a eu d'autre but que d'exciter les gouverneurs de provinces frontières à déployer plus d'ardeur dans la lutte contre les infidèles.

ÇAHIB AL-MATHÂLIM. — Le çâhib al-mathâlim est un agent chargé de surveiller les actes des autres fonctionnaires. Il a le devoir de prévenir les extorsions, les jugements iniques, etc. C'est à lui que doivent être adressées les plaintes relatives aux faits de ce genre. Tantôt un agent spécial reçoit cette mission, tantôt elle est confiée à une personne déjà investie d'une autre fonction, par exemple au wazir ou au gouverneur d'une province. Il n'est même pas sans exemple que le souverain se soit réservé ce service.

Si le çâhib al-mathâlim n'a pas d'autres attributions, il doit tenir chaque jour audience pour recevoir les plaintes. Au cas contraire, il n'est pas astreint à cette obligation: il suffit qu'il fixe un ou plusieurs jours par semaine pour ses audiences.

Il va de soi que l'on ne peut porter devant lui les affaires juridiques ordinaires, puisque le qâdhi est institué pour en connaître, mais seulement les affaires au sujet desquelles on ne peut obtenir justice par les voies habituelles, ou les causes dans lesquelles un qâdhi s'est laissé corrompre ou s'est rendu coupable de quelque pratique répréhensible.

NAQIB. — Les familles nobles ont des chefs particuliers chargés de veiller à ce que leurs membres ne fassent point à l'honorabilité, et de régler les différends qui s'élèvent entre eux sur des questions de peu d'importance. Ils tiennent les registres de famille. Le Prophète a laissé subsister une grande incertitude au sujet de la prééminence résultant

de la naissance (1). On peut toutefois admettre que l'islâm, en général, n'a reconnu d'autre noblesse que celle des descendants de Hasan et de Hosain, petits-fils du Prophète. Ces descendants portent le titre de charif ou de sayyid, selon que leur origine se rattache à Hasan ou à Hosain. Ils jouissent de quelques privilèges sociaux; mais le grand nombre de personnes qui, à tort ou à raison, se parent de ces titres, a singulièrement atténué le prestige de leur noblesse.

MOHTASIB. — Le mohtasib est le fonctionnaire chargé de la police proprement dite (hisbah). Au dire des juristes arabes, il a pour attributions de conseiller le bien, de détourner du mal (2). Il est désirable de choisir pour ce poste un individu majeur, libre, de bonne réputation, et d'un caractère énergique. Il doit avoir sous ses ordres un nombre suffisant de sergents de ville. Il veille à la propreté des chemins et des maisons; surveille la construction et la démolition des habitations, l'exercice public du culte, etc.; il vérifie les poids et les mesures et, en général, il fait tout ce qui est nécessaire pour maintenir l'ordre public. S'il reconnaît quelque contravention, il fait sur-le-champ administrer au coupable la correction qu'il juge nécessaire, et qui consiste ordinairement en une flagellation (3). En dehors des flagrants délits, la police judiciaire ne rentre pas dans ses attributions.

ÇAHIB ACH-CHORTAH; ÇAHIB AL-BARÎD. — Mentionnons encore, comme fonctionnaires publics importants, le çahib ach-chortah qui était, à l'origine, commandant en chef des gardes du corps sous les califes, mais qui devint bientôt une sorte de commissaire de police spécial à la capitale, et que l'on chargeait d'exécuter les ordres du prince, particulièrement les sentences de mort; et enfin le çahib al-barîd, ou maître des postes, mais dont les attributions n'étaient pas restreintes

(1) Dozy : *Histoire des Musulmans d'Espagne*; Leyde, 1861, vol. 1, p. 39 et suiv.

(2) Coran, III, 100.

(3) Lane, *loc. cit.*, parle d'un mohtasib qui avait coutume de punir les contrevenants de l'ablation du lobe de l'oreille. A titre de preuve saisissante du degré de civilisation auquel étaient parvenus les États musulmans au moyen âge, il faut noter que déjà les juristes de cette époque mentionnent des prescriptions de police contre ceux qui maltraitent les animaux. Le mohtasib est aussi chargé de veiller à ce que les esclaves soient bien traités par leurs maîtres.

à la direction de la poste. Il avait, en effet, pour mission principale, de renseigner le souverain sur tout ce qui se passait dans l'empire. Afin d'être sans cesse informé, il entretenait partout des espions. C'était donc en réalité un agent de contrôle.

AUTRES AGENTS. — Nous avons donné plus haut sur les attributions des autres fonctionnaires (1), des détails suffisants pour n'avoir pas besoin d'y revenir à cette place.

DÎWÂN. — Pour faciliter au prince l'administration de l'empire, on tient des registres d'état ou dîwân, où sont mentionnés tous les droits et les obligations de l'État. Ils ont été institués par le calife 'Omar, à l'instar de ceux qui existaient depuis longtemps déjà dans le royaume de Perse. — C'est pour ce motif que leur titre est emprunté au Persan et que en 'Irâq, les registres eux-mêmes, jusqu'à l'année 81 de l'Hégire ont été rédigés en langue persane. En Syrie, au contraire, jusqu'à la même époque ils furent écrits en grec (2).

Ces registres diffèrent naturellement, en nombre et en consistance, selon les époques et selon les pays. Les quatre suivants sont spécialement prescrits :

1° Le dîwân des affaires de guerre. Il renferme les noms des soldats de l'armée permanente et des gardes du corps, distingués par tribus, familles et générations, avec l'indication de la durée de leurs services. On y mentionne également le montant de la solde qui doit être fixé annuellement et qui, d'après Châfi'i, ne peut excéder ce qui est absolument nécessaire pour l'entretien de l'homme, tandis qu'Abou Hanîfah permet d'augmenter indéfiniment la solde, dans la mesure où la dépense peut être supportée par le trésor (bait al-mâl). Le même registre contient en outre le rôle des officiers, la nomenclature des places de garnison, etc.

2° Le dîwân des affaires intérieures. Il comprend tout ce que nous appellerions la statistique de l'État, par exemple, noms, limites, étendue, situation juridique, classification des provinces; situation juridique des immeubles qui s'y trouvent englobés, par exemple leur caractère de terrains dimables

(1) Qâdhi, ecclésiastiques, directeurs des pèlerinages, 'amil, etc.

(2) Les fonctionnaires chargés de la tenue des registres sont presque toujours compris sous le nom générique de kâtib ou greffiers. Le mot dîwân désigne également le bureau où sont tenus et conservés les registres.

ou tributaires; noms des propriétaires, etc. On y mentionne également le produit des impôts dans chaque contrée, la population par race et par culte, les mines et autres ressources, ainsi que les frontières des contrées.

3° Le *diwân* des fonctionnaires. Il contient les noms de tous les agents de l'État, les fonctions afférentes à chaque emploi, la date de la nomination (*taqlîd*) et celle de la cessation des fonctions (*'azl*), la liste des postulants, et les traitements. Si le traitement n'a pas été fixé dans l'acte de nomination, le fonctionnaire, d'après *Châfi'i*, n'a droit à aucune rémunération; suivant *Abou Hanîfah*, il doit être rétribué proportionnellement aux services par lui rendus. Quoi qu'il en soit, peu de fonctionnaires sont rétribués directement et en argent comptant. Le plus souvent, les émoluments, soit pour les services militaires, soit pour les services civils, consistent dans l'allocation de quelques revenus de l'État. Cette allocation s'appelle *iqtâ'* (1). Elle a pour objet l'abandon à un fonctionnaire des revenus que l'État perçoit, par exemple, dans telle province. Souvent alors, le fonctionnaire aura la charge de recouvrer lui-même ces revenus, à condition d'en employer une partie à rétribuer ses subordonnés. Toutes les ressources de l'État, à l'exception de la *zakâh*, peuvent être ainsi temporairement concédées.

4° Le *dîwân* des finances. Il fait ressortir les produits présumés et les rentrées réelles de chaque contribution, *djizyah*, *kharâdj*, *zakâh*, droits d'entrée, etc.; ainsi que le produit du butin, la rançon des prisonniers de guerre, les tributs payés par les peuples avec lesquels a été conclu un contrat de soumission, etc. (2). Les collecteurs (*'âmil*, *âkhids*)

(1) Le mot *iqtâ'* a déjà été employé précédemment dans le sens d'abandon ou de concession de propriété (*iqtâ' at-tamlîk*). Ici, au contraire, il s'agit d'un abandon ou concession de jouissance (*iqtâ' al-istighlâl*). L'armée même, dans les temps modernes surtout, fut souvent entretenue au moyen de semblables concessions faites aux chefs. C'est ainsi que prit naissance, en Orient, un régime féodal analogue à celui de l'Europe Occidentale, et au sujet duquel on peut consulter *Defrémery, Journal Asiatique*, année 1853, livr. avril et mai, p. 429 et suiv., et *Belin, eod. loc.*, année 1870, mars et avril, p. 187 et suiv.

(2) Comme nous venons de le voir, l'affectation de la plupart des impôts a été déterminée par les anciens juristes. C'est une espèce de budget à perpétuité. Il en résulte que les États musulmans sont, par la nature de leur organisation financière, forcés de subvenir aux nouveaux besoins du trésor, par la conquête et le pillage. Mais cette façon de s'enrichir est, de

de contributions versent au bureau où l'on tient ce registre, le montant de leurs recouvrements; ils y rendent compte également de leur gestion.

Le fonctionnement des États musulmans comporte, aux temps modernes, un grand nombre d'autres fonctionnaires. Ce n'est pas ici le lieu de détailler leurs attributions. La Turquie et les États qui en dépendent substituent, en outre, la plupart du temps, les titres turcs aux titres arabes. Les *diwân*, en particulier, y ont été récemment réformés et modelés sur les bureaux des ministères européens, bien que le nom primitif ait été conservé.

Quant à l'administration des communes, le droit mahométan n'en parle pas, et l'on a toujours constaté, dans les États musulmans, beaucoup d'autonomie municipale et de décentralisation. Dans les grandes villes, le pouvoir central est généralement représenté par un gouverneur ou un sous-gouverneur, dont les ordres sont obéis même dans les questions d'intérêt purement local. Mais en dehors de ce gouverneur, on peut dire que chaque ville et chaque bourg et, jusqu'à un certain point, chaque quartier et chaque corporation a toujours conservé le droit de s'administrer soi-même, conformément à ses anciens usages.

On donne le plus souvent au chef d'une ville, etc., le nom de *chaikh* (littéralement: ancien); mais souvent aussi d'autres titres, par exemple, celui de *modir* (1).

nos jours, devenue impraticable, et c'est là l'une des causes de leurs embarras financiers.

(1) Dans quelques pays le titre de *modir* est employé pour désigner le chef de district.

INDEX ALPHABÉTIQUE

DES

MOTS ARABES CITÉS DANS LE TRAITÉ (1)

-
- أَبَقَ *âbiq* 85, 167.
أَحَادَ *âhâd* 8.
أَخَذَ *âkhids* 244.
آخِرَةَ *âkhirah* 43.
آيَةَ *âyah* 4.
آيَةَ الْكُرْسِيِّ *âyat al-korsi* 34.
آيَةَ الْمَبَاهِلَةِ *âyat al-mobâhah-
lah* 199.
إِبْرًا *ibrâ* 107.
ابْنِ السَّبِيلِ *ibn as-sabil* 50.
أَثْمَانَ *athmân* 45.
إِجَارَةَ *idjârah* 84, 91.
إِجْتِهَادَ *idjtihâd* 4, 9, 11, 200,
206.
أَجْرَةَ *odjrah* 91.
أَجَلَ *adjal* 72, 81, 95, 138.
إِجْمَاعَ *idjmâ'* 8, 10, 15.
أَجْنَبِيَّ *adjnabi* 107.
أَجِيرَ *adjir* 91.
إِحْتِكَارَ *ihtikâr* 89.
أَحْرَامَ *ihrâm* 24, 63, 64, 145,
151.
أَحْكَامَ *ahkâm* pl. de حَكْمَ
hokm 21.
إِحْلَالَ *ihlâl* 66.
إِحْيَا *ihyâ* 112, 121.
إِخْتِيَارَ *ikhtiyâr* 76, 80, 215.

(1) Les numéros renvoient aux pages.

- لا خلاص al-ikhlâç 32.
اذان adsân 30, 160.
اذن idsn 168.
ارش arch 73, 89, 112, 149.
اركان arkân pl. de ركن rokn
16, 76, 108.
ازار izâr 63.
استبرا istibrâ 157.
استصناع istiçnâ' 93.
استنججا istindjâ 26.
استهلال istihlâl 43, 137.
استيلاد istilâd 172.
اسلام islâm 16.
اسم ism 160.
اسناد isnâd 7.
اصحاب açhâb pl. de صاحب
çâhib 6.
اصحاب الحديث açhâb al-
hadîth 14.
اصحاب الراي açhâb ar-râi
13.
اصحاب الفرائض açhâb al-
farâid 132.
اصل açl 10.
اصول oçoul pl. de اصل açl 10.
- أصيل açıl 101.
اطفال atfâl pl. de طفل tiff
162.
اطلاق التصرف illâq at-ta-
çarrof 77, 169, 209, 215.
اعتدال i'tidâl 33.
اعتكاف i'tikâf 55, 56.
اعظمي a'thamî 13.
افاضة ifâdhah 65.
افتراش iftirâçh 34.
اقالة iqâlah 83.
اقامة iqâmah 30, 38, 160.
اقرار iqrâr 75, 190, 214, 220.
اقضية aqdhiyah 17.
اقطاع iqtâ' 122, 244.
اقطاع التملك iqtâ' at-tamlîk
244.
اقطاع الاستغلال iqtâ' al-is-
tighlâl 244.
اقليم iqlim 239.
لا كدرية al-akdarîyah 135.
اكراه ikrâh 81.
امارة imârah 239.

- امام imâm 10, 11, 30, 37, 39,
144, 197, 198, 200, 223,
227, 229, 233, 235, 240.
- لامام لاصطام al-imâm al-
a'tham 13.
- امامة imâmah 197.
- امان amân 228, 232.
- امانة amânah 99, 107.
- امّ ولد omm walad 82, 99,
137, 141, 147, 157, 168,
172, 183, 185, 189, 193.
- امير amir 204, 207, 225, 239,
240.
- امير المؤمنين amir al-mômi-
nin 197.
- امين amin 32.
- انجيل indjil 219.
- انصار ançâr pl. de ناصر nâ-
çir 6.
- انكار inkâr 215.
- ان سفلى in safal 133.
- ان علا in 'alâ 133.
- ان تنحى in tanahhâ 133.
- اهل الخبيرة ahl al-khibrah
211.
- اهل السنة ahl as-sonnah
198.
- اهل السنة والجماعة ahl as-
sonnah wal-djamâ'ah
15, 198.
- اهل الفرض ahl al-fardh 132,
133.
- اهل القياس ahl al-qiyâs 13.
- اوقات awqât pl. de وقت
waqt 30.
- اولاد awlâd pl. de ولد walad
159.
- ايجاب idjâb 76, 85.
- ايلا ilâ 152.
- ايام البيض ayyâm al-bidh
52, 55.
- ايام الشريق ayyâm at-
tachriq 55, 66.
- ايمان imân 16, 203.

ب

- باب bâb 125.
- باب السلم bâb as-salam 59.
- باطل bâtil 76, 85, 207.
- باطن bâtin 45, 123.

باغي bâghī 194, 235.
بالغ bâligh 35, 36, 164.
بائع bâi' 85.
بانن bâin 155.
بحر bahr 123.
بدنة badanah 63.
بغى baghī 193.
بكر bikr 146.

بلد balad 239.
بنت لبون bint laboun 46.
بنت مخاص bint makhâdh 46
بواب bawwâb 39, 211.
بيت المال bait al-mâl 133,
175, 208, 212, 243.
بئر bir 124.
بيع bai' 80, 84, 106.
بينة bayyinah 214.

ت

تابع tâbi' 6.
تابع taba' 108.
تبيع tabi' 13, 46.
تدبير tadbîr 172, 173.
ترتيب tartîb 25, 35.
ترجمان tardjomân 211.
تركة tarikah 129.
تسبيح tasbîh 53.
تسليم taslîm 85, 112, 114.
تسليمة taslîmah 34.
تسمية tasmiyah 25, 33.
تشهد tachahhod 34, 42.

تصريفة taçriyah 80.
تطوع tataawwo' 55, 60.
تظهير tathîr 23.
تعزير ta'zîr 167, 180, 183, 184,
188, 191, 192, 195,
196, 213, 218.
تعمد ta'ammod 73, 181.
تعوذ ta'awwods 32.
تعريب taghrîb 189.
تفريط tafrit 73.
تفسير tafsîr 5.
تقرير taqrîr 8.
تقليد taqlid 244.

تكبير takbir 33, 65.

تكبيرة لاحرام takbirat al-
ihram 32.

تلبية talbiyah 63, 65.

تلقين talqin 42.

تمليك tamlik 84, 114.

تنفيل tanfil 229.

تهجد tahadjdjod 36.

توبة tawbah 194.

توراة tawrah 219.

توروك tawarrok 34.

تولية tawliyah 89, 207.

تيمم tayammom 26, 177.

ث

ثار thâr 180.

ثمار thimâr 45.

ثمن thaman 85.

ثيب thayyib 146.

ج

جامع djâmi' 37.

جاهلية djâhiliyah 2.

جذعة djadsa'ah 46, 185.

جرائم djarâim pl. de جريمة
djarimah 195.

جرح djarh 180.

جرم djaram 179, 195.

جرب djarib 120.

جريمة djarimah 195.

جزء djoz 4.

جزافا djozâfan 87.

جزية djizyah 225, 232, 244.

جعالة dji'alah 93.

جعل djo'l 93, 168.

جلاب djallâb 166.

جلدة djaladah 189.

جلوس djolous 34.

جماعة djama'ah 8, 10, 15.

جنابة djanâbah 24.

جنايات djinâyât pl. de جنایة
djinâyah 16, 180,
181.

جناية djinâyah 16, 180,
220.

جنب djonob 24.

جنّ djinn 43, 77.

جهاد djihâd 16, 50, 119, 223,
234.

ح

حاجّ hâdj 61.

حاشية hâchiyah pl. حواشي
hawâchî, 17.

حاضر hâdhir 221.

حاكم hâkim 144, 239.

حالا hâlan 86, 95.

حبس hâbs 195, 210.

حجب hâj 132.

حجّ hâdj 16, 57, 60, 61, 67.

حجّ لاسلام hâdj al-islâm
60.

حجّ التطوع hâdj at-tataw-
wo' 60.

حجر hâj 77.

الحجر لاسود al-hâdj al-as-
wad 58.

حجرة hidjrah 59.

حدّ hâd 16, 180, 189, 195,
220.

حداد hidâd 43, 153.

حدث hâdath 24.

حدود hodoud pl. de حدّ
hâd 16, 189, 206.

حديث hâdith 6.

حرّ horr 36.

حرام harâm 21, 189, 191.

حرز hirz 191.

حرم haram 59, 62, 118.

حرمة hormah 163.

حروب المصالح horoub (pl.
de حرب harb)
al-maçâlih 235.

حريم harim 121, 124, 162.

حسبة hisbah 242.

حسن hasan 8.

حضانة hidhânah 160, 162.

حطيم hatim 59.

حق haqq 108, 215.

الله حق haqq Allâh 109, 215.

حق لادمي haqq al-adami
109, 215.

حققة hiqqah 46, 185.

حقق hoqouq pl. de
haqq 108.

حكم hokm pl. ahkâm 21.

حكم hakam 151, 207, 209.

حلف half 74, 214, 218.

الحمارية al-himâriyah 135.

حمى himâ 122.

حنبلي hanbali 10.

حنث hinth 75, 218.

حنفي hanafi 10.

حوالة hawâlah 95, 100.

حيض haidh 24.

حيلة hilah 80.

خ

خارجي khâridji 16.

خاطب khâtib 39.

ختان khitân 161.

خراج kharûdj 88, 119, 120,
229, 230, 232, 244.

خارجي kharâdji 120.

خرصا kharçan 87.

الخرقة al-kharqâ 136.

خسران khosrân 103.

خطا khatâ 182, 183.

خطا محض khatâ mahdh 182.

خطبة khotbah 37, 55, 204, 240.

خطبة khitbah 154.

خطيب khatib 39.

حقق khoff 26.

خفص khafdh 161.

خلع khol' 154, 155, 156.

خلفة khalifah 185.

خليفة khalifah 197, 198, 203.

خليفة الله khalifat Allâh 203.

خليفة رسول الله khalifat ra-soul Allâh 203.

خنثى khonthâ 177.

خيار khyâr 70, 87, 92, 147.

خيار التعيين khyâr at-ta'yin 83.

خيار الرؤية khyâr ar-rôyah 88.

خيار الشرط khyâr ach-chart 87, 92, 95.

خيار العيب khyâr al-'aib 88, 92, 147.

خيار القبول khyâr al-qaboul 80.

خيار المجلس khyâr al-madj-lis 87.

خيانة khyânah 80.

د

دار الاسلام dâr al-islâm 117, 223, 230, 233.

دار الحرب dâr al-harb 117, 223, 224, 225, 236.

دار الصلح dâr aç-çolh 117, 223, 230.

دامي dâ'i 239.

دخول dokhoul 148.

درب darb 125.

درجة daradjah 133, 144.

درويش darwich 40.

درهم dirham 47, 106, 148, 168, 185, 192.

دعا do'â 28.

دموي da'wâ 213.

دعوة da'wah 225, 240.

دفن dafn 42.

دلال dallâl 103.

دم dam 63, 188.

دنيا donyâ 43.

دوسة dawsah 40.

الدولة ad-dawlah 198.

الدولة العالية ad-dawlat al-
'aliyah 198.

دين dain 72, 78, 89, 95, 109,
221.

دين din 16, 203.

دين سماوي din samâwi
225.

دينار dinâr 47, 120, 148, 168,
183, 185, 192, 232.

الدينارية ad-dinâriyah 136.

ديوان diwân 243, 244.

دية diyah 72, 73, 99, 141,
180, 181, 183, 187, 188,
195, 196, 220, 226.

دية مخففة diyah mokhaffa-
fah 182, 185.

دية مغالطة diyah moghalla-
thah 182, 185.

ذ

ذبح dsabh 26.

ذراع dsirâ' 26.

ذرع dsar' 108.

ذكر dsikr 40, 42.

ذمة dsimmah 72, 76, 94.

ذمي dsimmi 50, 79, 122, 141,
145, 183, 207, 216,
231, 232, 236, 237.

ذو الرحم dsou r-rahim 131,
134.

ر

راس المال râs al-mâl 94, 105.

راهن râhin 98.

راي râi 10.

ربا ribâ 84, 89, 96.

رب المال rabb al-mâl 93,
94, 105.

ربح ribh 103.

رجعة radj'ah 155.

رجم radjm 189.

رجوع rodjou' 101, 215.

ردا ridâ 63.

ردّة riddah 193.

رسول rasoul 6, 211.

رضا ridhâ 76, 77, 144.

رضاع radhâ', ou رضاعة ridhâ-
'ah 145.

رطل ratl 23, 48.

رعيّة ra'iyah 204, 231.

رقبة raqabah 50, 109, 166.

ركاز rikâz 48, 112, 114, 115.

ركعة rak'ah 32.

ركن rokn 16, 76, 108.

ركوع rokou' 33.

رماية rimâyah 16, 75.

رهن rahn 98.

روشن rawchan 125.

ز

زروع zorou' 45, 47.

زكاة zakâh 16, 44, 120, 121,
122, 163, 172, 210, 225, 244.

زكاة السنّة zakât as-sonnah
44.

زكاة الفطر zakât al-fitr 49, 50.

زمزم zamzam 59, 66.

زنا zinâ 146, 155, 159, 189,
190, 191, 195, 217.

زئار zonnâr 231.

زوج zawdj 144.

زوجة zawdjah 146.

زيارة ziyârah 67.

س

سارق sâriq 191.

سبحة sobhah 53.

سبق sabaq 16, 75.

سبيل الله sabil Allâh 50, 223.

سجادة sadjdjâdah 26, 31.

سجّل sidjill 210.

سجود sodjoud 33.

سحور sahour 53.

سرقة sariqah 191.

سعي sa'i 64.

سفيه safih 77.

سلام salâm 34, 37.

سلب salab 229.

سلطان soltân 198, 204.

سلف salaf 84, 94.

سلم salam 81, 84, 94.

سنة Sonnah 3, 5, 8, 10,
14, 21, 22.

سنوسي sinousi 41.

سورة sourah 4, 32.

سيد sayyid 242.

ش

شارك chârik 102.

شافعي châfi'i 10.

شاة châh 47.

شاهد châhid 149, 190, 207,
216.

شبه العمدة chibh al-'amd 182.

شبهة chobbah 80.

شرب chorb 126, 191.

شرح charh 7, 17.

شرط charṭ 72, 81, 91, 138.

شرع char' 2, 3.

شركة chirkah 102.

شريعة chari'ah 3, 8.

شريف charif 242.

شريك charik 102, 115, 140.

شفعة chof'ah 113, 115.

الشفق الابيض ach-chafaq al-
abyadh 29.

الشفق الاحمر ach-chafaq al-
ahmar 29.

شهادة chahâdah 16, 17, 25,
34, 149, 214, 216.

شهيد chahid 42, 224.

شي chay 84, 108.

شيخ chaikh 40, 245.

شيخ الاسلام chaikh al-islâm
8.

الشیطان الكبير ach-chaitân
al-kâbir 65.

الشيعة ach-chi'ah 15.

شيعي chi'i 15, 199.

ص

صابي çâbi 145, 226.

صاحب çâhib 6, 13.

صاحب البريد çâhib al-barid
242.

صاحب الشرطة çâhib ach-
chortah 242.

صاحب العمل çâhib al-'amal
93.

صاحب المسائل çâhib al-
masâil 211.

صاحب المظالم çâhib al-ma-
thâlim 206, 241.

صاع çâ' 48, 49, 54.

صبح çobh 29.

صبي çabi 77.

صحة çihah 76.

صحيح çahih 8, 76, 131.

صداق çadâq 147.

صدقة çadaqah 44, 64, 107,
147.

صدقة التطوع çadaqat at-
tatawwu' 44.

صرف çarf 84, 90.

صريح çarih 81, 238.

صفقة çafqah 81.

صفة çifah 86, 219.

صلح çolh 84, 90, 230.

صلح الأبرار çolh al-ibrâ 91.

صلح المعارضة çolh al-mo'-
âwadhah 91.

صلاة çalâh 16, 28.

صلاة التراويح çalât at-tarâ-
wih 36.

صلاة الجماعة çalât al-dja-
mâ'ah 30.

صلاة الجمعة çalât al-djom'ah
36.

صلاة الجنازة çalât al-dju-
nâzah 42.

صليب çalib 83.

صوم çawm, ou صيام çiyâm
16, 52.

صيد çaid 16, 27.

صيغة çighah 81, 149.

ض

ضالّ dhâll 85, 167.

ضامن dhâmin 101.

الضحيّ adh-dhohâ 36.

ضرورة dharourah 207.

ضعيف dha'if 8.

ضمان dhamân 101.

ط

طاعة tâ'ah 163.

طالب tâlib 40.

طبيب tabib 182.

طريق tariq nâfids 125.

طريقة tariqah 40.

طفل tîf 162.

طلاق talâq 151, 155.

طلاق بائن talâq bâin 155.

طلاق رجعي talâq radj'i 155.

طهارة tahûrah 16, 21.

طواف tawâf 23, 24, 25, 64.

طواف القدوم tawâf al-qodoum 64.

طواف الركن tawâf ar-rokn 66.

طواف الوداع tawâf al-widâ' 66.

ظ

ظاهر thâhir 45, 123.

ظهار thihâr 152, 181.

ظهر thohr 29, 37.

ع

- عادة 'ûdah 2.
عارية 'âriyah 105.
عاقل 'âqil 35, 37.
عائلة 'âqilah pl. عائلات 'âqilât 186.
عالم 'âlim 8.
عامل 'âmil 45, 49, 93, 105, 210, 244.
عبادة 'ibâdah 16, 21.
عبد 'abd 78, 160, 166.
عتق 'itq 17, 157, 171.
عدّ 'add 108.
عدل 'adl 45, 144, 206.
عدّة 'iddah 153, 156, 157, 176.
عدّة الطلاق 'iddat at-talâq 151, 155.
عرايا 'arâyâ pl. de عريّة 'ariyah 96.
عروس 'oros pl. de عروس 'arous 150.
عرف 'orf 2.
عروس 'arous 149.
عروض التجارة 'oroudh at-tijârah 45, 47, 48.
عزل 'azl 139, 244.
عشا 'ichâ 29, 36.
عشر 'ochr 48.
عشري 'ochri 48, 118, 121.
عصبات 'açabât pl. de عصبه 'açabah 133, 134, 144, 163.
عصبه بغيره 'açabah bighairoh 134.
عصبه بنفسه 'açabah binafsoh 134.
عصبه مع غيره 'açabah ma'aghairoh 134.
عصر 'açr 29, 37.
عقار 'aqâr 108, 127.
عقد 'aqd 76, 203.
عقد بالمعاوضة 'aqd bil-mo'ûwadhah 83.
عقد الذمّة 'aqd ads-dsimmah` 225, 231.

عقوبة 'aqoubah 180.

حقيقة 'aqiqah 161.

علم الحديث 'ilm al-hadith
7.

علم الفرائض 'ilm al-farâ'idh
16, 129.

علم الفقه 'ilm al-fiqh 16.

علم الكلام 'ilm al-kalâm 16.

علماء 'olamâ pl. de عالم 'âlim
8.

عمد 'amd 181, 183.

عمد الخطأ 'amd al-khatâ
182.

عيد محض 'amd mahdh 182.

عمرة 'omrah 67.

عمري 'omrâ 107, 109.

عمل 'amal 93.

عمل 'aml 239.

عهد 'ohd 76.

عورة 'awrah pl. عورات
'awrât 31.

عوض 'iwadh 84, 111, 147, 154.

عول 'awl 133.

عيب 'aib 88.

العيد الصغير al-'id aḡ-ḡaḡhir
54.

عيد الفطر 'id al-fiṭr 24, 41,
42, 54.

عيد القربان 'id al-qorbân 24,
41, 42, 66.

العيد الكبير al-'id al-kabir
66.

عين 'ain 23, 80, 86, 89, 98,
109, 124, 127.

عين مستأجرة 'ain mostâdja-
rah عين مكتناة 'ain
moktarâh 91.

غ

غارم ghârim 50.

غاصب ghâḡib 111.

غائب ghâib 176, 202, 221.

غرام gharâm 195.

غرر gharar 81, 82, 85, 94, 138.

غرة ghorrah 188.

غريم gharim 50.
غسل ghosl 23, 24, 42, 62.
غصب ghaçb 111, 192.
غلطة ghaltah 80.

غنيمته ghanimah 225,
226, 229, 232.
غول ghoul 43.
غيار ghyâr 231.

ف

الفاتحة al-fâtihah 32.
فاسد fâsid 76, 131.
فاسق fâsiq 144, 149, 164, 216.
فتوي fatwâ 3, 8.
فدا fidâ 185, 228.
فديته fidyah 54, 64.
فرار firâr 89.
فرائض farâidh pl. de فريضة
faridhah 130.
فردوس firdaws 29.
فرض fardh 22, 34, 130.
فرض على العين fardh 'alâ al-
'ain 21.
فرض على الكفاية fardh 'alâ
al-kifâyah 21.
فرع far' 11.
فرقة forqah 154.

فرمان firmân 204.
فروض foroudh pl. de فرض
fardh 130.
فروع forou' pl. de فرع far'
11.
فريضة furidhah 130.
فسخ faskh 154, 155, 156.
فضولي fodhouli, 85.
فطرة fitrah 49.
فطور fatour 53.
فعل fi'l 8.
فقه fiqh 10.
فقهها foqahâ pl. de فقيه faqih
8.
فقير faqir 49.
فقيه faqih 8, 40.
في fay 225, 229, 232.

ق

قاتل qâtîl 186.

قاسم qâsim 139, 140, 211.

قاضي qâdhî 11, 65, 139, 144,
164, 204, 205, 241.

قاضي القضاة qâdhî al-qodhâh
13.

قاطع الطريق qâti' at-tariq
192, 235.

قانون qânoun 8, 212.

قبض qabdh 85, 86, 88, 106,
112, 113, 150.

قبلة qiblah 31.

قبول qaboul 76, 85.

قتل qatl 180.

قدر qadr 86.

قدرة التسليم qodrat at-taslim
85.

قذو qadsf 189, 190.

قراءة qirââh 32.

قرء qorö 156, 157.

قرآن qorân 3, 10.

قراض qirâdh 105.

قرض qardh 84, 96.

قرو qorou pl. de قرء qorö
156.

قسمة qismah 140.

قصاص qiçâç 72, 73, 99, 180,
181, 187, 188, 195, 220.

قضا qadhâ 211.

قطع الطريق qat' at-tariq 192.

قعود qo'oud 34.

قفيز qafiz 120.

قلة qollah 23.

قناة qanâh 124.

قود qawad 180.

قول qawl 8.

قياس qiyâs 10, 13, 14.

قيام qiyâm 32.

قيمة qimah 108.

قيمي qîmi 108.

قيّم qayyim 78, 164.

ك

كاتب kâtib 208, 211, 243.

كافر kâfir 42, 79, 140, 225.

كافر حربي kâfir harbi 145,
183, 207, 226.

كافر كتابي kâfir kitâbi 225,
226.

كاهن kâhin 160.

الكتاب al-kitâb 3.

كتاب حكيم kitûb hokmi
211.

كتابة kitâbah 171, 172.

كسوة kiswah 58.

كعبة ka'bah 31, 57, 58, 64.

كفالة kafâlah 101, 102, 220.

كفر kofr 140, 145.

كفارة kaffûrah 54, 55, 63,
74, 75, 152, 181, 183, 218.

كفن kafan 42.

كفوف kofö 146.

كفيل kafil 101.

كناية kinâyah 81.

كنية konyah 160.

كنيسة kanisah 128.

الكهف al-kahf 37.

الكوثر al-kawthar 34.

كيفية kaifiyah 86.

كيل kail 108.

ل

لبيك labbaika 63.

لعان li'ân 155, 156, 159, 190,
219.

لقب laqab 160.

لقطة loqatah 112, 114, 115.

لقيط laqit 174.

لواط liwât 190.

ليلة البراءة lailat al-barâah
41.

ليلة القدر *lailat al-qadr* 42.
ليلة الهراج *lailat al-mi'râdj*
41.

ليلة النصف من الشعبان *lailat*
an-niçf min ach-
cha'bân 41.

م

مأذنة *mâdsanah* 30.
مأذون *mâdsoun* 79, 168.
مال *mâl* 108.
مال ربوي *mâl ribawi* 96.
مال قيمى *mâl qimî* 86, 108,
112.
مال مثلي *mâl mithli* 86, 108,
112.
مالك *mâlik* 10, 85, 111.
مالكي *mâliki* 10.
مباح *mohâh* 21.
مبذر *mobadsdir* 77.
مبلغ *moballigh* 39.
مطوّعة *motatawwi'ah* 225.
متعاقد *mota'àqid* 76.
متعة *mo'tah* 148, 149.
متغيّر *motaghayyar* 23.
متنجّس *motanadjjis* 23.

متواتر *motawâtir* 8.
مثقال *mithqâl* 47.
مثلي *mithli* 108.
مجتهد *modjtahid* 9.
مجلس *madjlis* 87
مجنون *madjnoun* 77.
مجوسى *madjousi* 226.
محاظّة *mohâttah* 89.
محال عليه *mohâl 'alah* 100.
محبوس *mahbous* 212.
محتال *mohtâl* 100.
محتسب *mohtasib* 209, 242.
مهجور *mahdjour* 77.
محدث *mohdith* 25.
محراب *mihràb* 31, 38.
محصن *mohçan* 190.
محصر *mahdhar* 210.
محلّل *mohallil* 155.

- محبل mahmal 62.
محيل mohil 100.
مخابرة mokhâbarah 93.
مخاطرة mokhâtarah 89.
مدّ modd 54.
مدبر modabbar 141, 173,
183, 185, 193, 206.
مدعي modda'i 219.
مدعي عليه modda'û 'alaih
219.
مدير modîr 245.
مذروع madsrou' 108.
مذهب madshab 10, 212.
مراجعة morâbahah 89.
مرتدّ mortadd 141, 193, 235.
مرتزقة mortaziqah 225.
مرتين mortalin 98.
مرید morid 40.
مريض maridh 79.
مزارعة mozâra'ah 93.
مسافر mosâfir 50.
مزكي mozakki 211.
مساقاة mosâqâh 93.
مسائل masâil pl. de مسألة
masûlah 11.
مستاجر mostâdjir 91.
مستامن mostâmin 224.
مستعير mosta'ir 105.
مستقرض mostaqridh 96.
مسجد masjid 24, 30, 37.
مسجد جامع masjid djâmi'
37.
المسجد الحرام al-masjid al-
harâm 59.
مسكين miskîn 49.
مسلم إليه moslam ilaih 94.
مسلم فيه moslam fih 95.
مستنة mosinnah 46.
مشاع mochâ' 115.
مشتري mochtari 85.
مشرک mochrik 26, 141, 226.
المشركة al-mocharrakah
135.
مشهور machhour 8.
مضاهرة moçâharah 145.
مضاربة modhârabah 105.
مضرة madharrah 73.
مضمون به madhmoun boh
101.
مضمون عنه madhmoun 'anoh
101.

له مضمون madhmoun loh
101.
مطلق mollaq 168.
مطوّف molawwif 62.
معار mo'âr 105.
معاملات mo'âmalât pl. de
معاملة mo'âma-
lah 16, 69.
معتوق ma'touq 171, 206.
معجن ma'djan 58.
معدن ma'din 122.
معدود ma'doud 108.
معقود عليه ma'qoud 'alaih 76,
82.
معير mo'ir 105.
مغرب maghrib 13, 29.
مغصوب maghçoub 111.
مفتي mofti 8.
مفقود mafqoud 176, 202, 221,
222.
مفلس moftis 50, 78, 81.
مقارضة moqâradhah 105.
مقاسمة moqâsamah 120.
مقام maqâm 59.
مقام إبراهيم maqâm Ibrâhîm
59, 64.
مقام جبرائيل maqâm Djabrâîl
59.

مقايضة moqâyadhah 84, 90.
مقترض moqlaridh 96.
مقترّر moqirr 215.
مقروض moqridh 96.
مكاتب mokâtab 50, 79, 82,
141, 171, 172, 183,
185, 206, 212.
مكاتبه mokâtabah 171, 172.
مكروه makrouh 21, 76.
مكفول به makfoul boh 101.
مكفول عنه makfoul 'anoh 101.
مكفول له makfoul loh 101.
مكيل makil 108.
ملازمة molâzamah 210.
ملتقط moltaqit 174.
ملاك milk 92, 111, 112, 120,
127.
مملوك mamlouk 78, 166.
مديّيز momayyiz 77.
منارة manârah 30.
منبر minbar 37, 59.
مندوب mandoub 21.
منفعة manfa'ah 82, 91, 105.
منقول manqoul 108, 127.
منكر monkir 215.

مهاجرون mohâdjiroun 6.	موقوف mawqouf 82, 202.
مهدي mahdi 16, 200.	موكل mowakkil 103.
مهر mahr 147, 148, 149.	مولد mawlid 41.
مهر مسمي mahr mosammâ 147.	مولد الحسين mawlid al-ha- sanain 41.
مهر المثل mahr al-mithl 147.	مولد النبي mawlid an-nabi 41.
موات mawât 112, 121.	مولف moallaf 50.
مواشي mawâchi 45.	مولي mawlâ 170.
مواضعة mowâdha'ah 89.	موهوب mawhoub 106.
مؤجر môdjir 91.	موهوب له mawhoub loh 106.
مودع mouda' 107.	ميتة maitah 22.
مودع moudi' 107.	میزاب الرحمة mizâb ar-rah- mah 59.
موتن moadsdsin 30, 37, 39.	میزاة mîdhââh 26.
موزون mawzoun 108.	مقات miqât 62.
موصي mouçi 138.	
موصى به mouçâ boh 138.	
موصى له mouçâ loh 138.	

ن

ناعر nâçir 6.	نائب nâïb 211, 212, 240.
ناظر nâthir 128, 165.	نبي nabî 6.
نافل nâfil, — نافلة nâflah 36, 55.	نجس nadjis 22, 23, 82.
ناقوس nâqous 232.	نذر nadsr 16, 55, 74.

نسبة nisbah 133, 145, 160.

نسخه naskh 4.

نشوز nochouz 150.

نصّ naçç 8.

نصاب niçâb 46, 47, 48, 49,
163.

نصاري naçârî 226.

نصراني naçrânî 83, 141,
145, 226.

نفاس nifûs 24.

نفقة nafaqah 74, 150, 153,
162, 163, 167, 176.

نقشبندی naqçhibandî 41.

نقيب naqîb 241.

نكاح nikâh 16, 81, 84, 97,
143.

نهر nahr 123.

نيّة niyah 24, 25, 32, 34, 49,
53, 63.

8

هبته hibah 106.

هجرة hidjrah 6.

هدنة hodnah 225, 233, 237.

هدي hadî 66.

هدية hadiyah 107.

و

واجب wâdjib 21.

وارث wârith 130, 138, 139,
181, 188.

واقف wâqif 127.

والد wâlid 163.

والي wâlî 239.

واهب wâhib 106.

وتر witr 34, 35.

وداعة widâ'ah 107.

وديعة wadi'ah 107.

وزن wazn 108.

وزير wazîr 204, 207, 238,
239.

وسق wasq 47, 48, 96.

وصي waçi 138, 139, 140, 164.

وصية waçiyah 76, 79, 137,
209.

وضوء wodhou 23, 24, 25.	وكيل معين wakil mo'ayyan 104.
وظيفة wathifah 120.	ولا walâ 137, 170.
وقت waqt 30.	ولاية walâyah 163.
وقف waqf 39, 81, 109, 110, 120, 127, 138, 209, 229.	ولاية wilâyah 85, 239.
الوقوف بعرفات al-woqouf bi-'arafât 65.	ولد walad 159.
وكالة wikâlah 103.	ولي wali 77, 85, 144, 146, 158, 164, 165, 209.
وكيل wakil 61, 85, 103.	وليمة walimah 149.
وكيل مطلق wakil mollaq 104.	وقابي wahhâbî 16.

ي

يتيم yatim 212.	يوم التروية yawm at-tar-wiyah 65.
يد yad 111.	يوم عاشورا yawm 'âchourâ 41.
يمين yamin 16, 74, 214, 218.	يوم القيامة yawm al-qiyâmah 36.
يهودي yahoudî 141, 145, 226.	يوم النحر yawm an-nahr 66.
يوم الاضحى yawm al-adhhâ 66.	

ADDENDA ET ERRATA

Page 17, ligne 7, au lieu de Fath al-Qarib, lisez : Fath al-Qarib.

Page 20, à la liste des auteurs cités, ajouter : Eugène Clavel : *Du statut personnel et des successions d'après les différents rites et plus particulièrement d'après le rite hanafite*. 2 vol. in-8°, Paris, Larose, 1895.

Van den Berg : Fath al-Qarib (la révélation de l'omniprésent) ; commentaire sur le précis de jurisprudence musulmane d'Abou Chodjâ', par Ibn Qâsim al-Ghazzî ; texte arabe et traduction française. 1 vol. in-8°, Leyde, Brill, 1895.

Page 23, ligne 10, au lieu de tathîr, lisez : tathîr.

Page 24, note 7, au lieu de reliieuse, lisez : religieuse.

Page 26, ligne 29, au lieu de choff, lisez : khoff.

— ligne 37, au lieu de dsabh, lisez : dsabh.

Page 30, note 5, au lieu de çalât al-djumâ'ah, lisez : çalât al-djamâ'ah.

Page 36, ligne 25, au lieu de çalât al-djom'ah, lisez : çalât al-djom'ah.

Page 38, note 3, au lieu de Califes' Abbâsides, lisez : Califes 'Abbâsides.

Page 39, ligne 21, au lieu de chatîb (ou châtîb), lisez : khatîb (ou khâtîb).

Page 40, ligne 2, au lieu de cût-elle a une tendance, lisez : cût-elle une tendance.

Page 41, ligne 17, au lieu de mawlid-an-nabi, lisez : mawlid an-nabi.

— ligne 19, au lieu de mawlid ou jour, etc., lisez : mawlid al-Hasanain ou jour, etc.

Page 47, note 2, ligne 3, au lieu de Châfi'ites, lisez : Châfi'ites.

Page 53, note 1, au lieu de Pour les enfants. le jeûne, etc., lisez : Pour les enfants, le jeûne.

Page 65, ligne 12, au lieu de Qâdhi, lisez : Qâdhi.

Page 67, ligne 22, au lieu de Hadjâr, lisez : Hadjar.

Page 74, ligne 24, au lieu de hilf, lisez : half.

Page 76, note 1, au lieu de idjâb, lisez : idjâb.

Page 101, ligne 22, au lieu de kâfil, lisez : kafil.

Pages 109, ligne 15 ; 215, note 4, et 253, ligne 11, au lieu de haqq al-adami, lisez : haqq al-âdami.

Page 120, ligne 23, au lieu de : que la terre soit cadastrée, lisez : que les propriétés soient recensées.

Page 126, ligne 3, au lieu de (chirb), lisez : (chorb).

Page 154, ligne 2, au lieu de khitbah, lisez : khitbah.

Page 160, ligne 27, au lieu de **Mohammed... Ahmed**, lisez : **Mohammad... Ahmad**.

Page 168, ligne 25, au lieu de **motlaq**, lisez : **motlaq**.

Page 182, note 2, au lieu de **'amd al-khatâ et de khatâ mahd**, lisez : **'amd al-khatâ et khatâ mahdh**.

Page 194, ligne 16, l'alinéa commençant par les mots : **L'outrage envers Allâh**, et finissant par le mot (**tawbah**), doit être placé à la fin de l'apostasie, avant le titre : **RÉBELLION**.

Page 198, ligne 34 et page 199, ligne 38, au lieu de **imâmah**, lisez : **imâmat**.

Page 207, ligne 26, au lieu de **Abou Hanifah**, lisez : **Abou Hanifah**.

Page 210, ligne 18, au lieu de **qâdhi**, lisez : **qâdhi**.

Page 215, note 3, au lieu de **rodjou**, lisez : **rodjou'**.

Page 220, ligne 27, au lieu de **djinayâh**, lisez : **djinâyah**.

— note 2, au lieu de **Abou Hanifah** va plus loin encore et **admct**, sans autre indice, etc., lisez : **Abou Hanifah** va plus loin encore et **admct**, en ce qui concerne la **diyah**, sans autre indice, etc.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
PRÉFACE.	V
INTRODUCTION	1
I. — Le Coran	3
II. — La Sonnah	5
III. — Les décisions (fatwâ).	8
PREMIÈRE PARTIE. — Droit religieux ('ibâdah).	
CHAP. I. — DE LA PURIFICATION (TAHĀRAH).	21
CHAP. II. — DE LA PRIÈRE (ṢALĀH).	28
CHAP. III. — DES PRÉLÈVEMENTS (ZAKĀH).	41
1° Bétail.	45
2° Métaux précieux.	47
3° Fruits de la terre.	47
4° Fruits des arbres.	48
5° Marchandises.	48
CHAP. IV. — DU JEÛNE (ṢIYĀM).	52
CHAP. V. — DU PÈLERINAGE (HĀDĪJ).	57
DEUXIÈME PARTIE. — Des actes judiciaires (mo'âmalât).	
CHAP. I. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.	69

	ES
CIIAP. II. — DES OBLIGATIONS.	72
SECTION PREMIÈRE. — <i>Des obligations en général.</i>	72
I. — Obligations légales ou indépendantes de la volonté des parties.	73
II. — Obligations résultant d'un engagement unilatéral.	74
III. — Obligations résultant d'un engagement bilatéral.	75
§ 1. — Contractants.	77
1 ^o Mineur.	77
2 ^o Aliéné, insensé, prodigue.	77
3 ^o Insolvable.	78
4 ^o Esclave.	78
5 ^o Malade.	79
6 ^o Infidèles.	79
7 ^o Ivresse.	79
§ 2. — Consentement.	80
1 ^o Fraude ou dol.	80
2 ^o Erreur.	80
3 ^o Violence.	81
4 ^o Forme des contrats.	81
5 ^o Conditions.	81
§ 3. — Objet.	82
SECTION DEUXIÈME. — <i>De la convention de donner une chose contre un équivalent (bai).</i>	84
Vente.	85
Option.	87
1 ^o Khiyâr 'al-madjlis.	87
2 ^o Khiyâr ach-chart.	87
3 ^o Khiyâr ar-rôyah.	88
4 ^o Khiyâr al-'aib.	88
Échange.	90
Change de métaux.	90
Transaction.	90
Louage.	91
1 ^o Marché à prix fait.	93
2 ^o Bail à portion de fruits.	93
3 ^o Mozàra'ah.	93
Salam.	94
Prêt de consommation.	96
Mariage (renvoi).	97
SECTION TROISIÈME. — <i>Des autres conventions.</i>	98
Nantissement.	98
Délégation.	100
Cautionnement.	101
Société.	102

	PAGES
Mandat.	103
Prêt à usage.	105
Société en commandite.	105
Donation.	106
Dépôt.	107
CHAP. III. — DES CHOSSES ET DES DROITS RÉELS.	408
SECTION PREMIÈRE. — Des choses et des droits réels en général.	408
SECTION DEUXIÈME. — Possession et propriété.	411
Possession (yad).	411
Propriété (milk).	412
Trésor (rikâz ou loqatah).	414
Droit de retrait (chofâh).	415
SECTION TROISIÈME. — De la propriété du sol et du droit d'irrigation en particulier.	417
I. — Terre sainte.	418
II. — Terrains soumis à un droit héréditaire de possession ou d'usage	419
III. — Terrains dont les occupants ont la propriété.	420
Plantations.	422
Mines.	423
Irrigation.	423
Sources et puits.	424
SECTION QUATRIÈME. — Des droits et obligations entre propriétaires d'héritages voisins	425
SECTION CINQUIÈME. — Waqf.	427
CHAP. IV. — DROIT SUCCESSORAL ('ILM AL-FARÂIDH).	429
Dettes de la masse.	430
Legs.	430
Héritiers à réserve (ahl al-fardh).	430
Exclusions.	432
Réduction proportionnelle.	432
'Açâbât.	433
Cas irréguliers.	435
1 ^o al-Akdariyah.	435
2 ^o al-Himâriyah	435
3 ^o al-Kharqâ.	436
4 ^o ad-Dinâriyah.	436
Conditions requises pour hériter.	437
Succession des personnes soumises au patronat.	437
Testaments.	437
Exécuteurs.	439
Partage.	440
Incapacité.	440

	PAGES
TROISIÈME PARTIE. — Droit personnel et familial.	
CHAP. I. — DU MARIAGE (NIKĀH).	143
Formalités du mariage.	149
Droits et devoirs respectifs des époux.	150
Conséquences du mariage quant aux biens des époux.	152
Dissolution du mariage.	153
Différentes espèces de séparations entre vifs.	154
1° Khol'.	154
2° Faskh.	154
3° Talâq.	155
4° Lî'ân	155
'Iddah en cas de séparation entre vifs.	156
Mariage des esclaves.	157
'Iddah et istibrâ.	157
CHAP. II. — DES CONSÉQUENCES DU MARIAGE RELATIVEMENT AUX ENFANTS.	159
Enfants légitimes et enfants illégitimes.	159
Éducation des enfants.	160
A qui incombent l'entretien et l'éducation des enfants.	162
Devoirs des enfants envers leurs parents. Entretien.	165
Devoirs moraux.	163
Tutelle et minorité.	163
CHAP. III. — DE L'ESCLAVAGE.	166
SECTION PREMIÈRE. — <i>Condition des esclaves.</i>	166
SECTION DEUXIÈME. — <i>Affranchissement.</i>	169
SECTION TROISIÈME. — <i>Des différentes sortes d'affranchissement.</i>	171
§ 1 ^{er} . — <i>Affranchissement entre vifs</i>	171
§ 2 ^e . — <i>Affranchissement à la mort du maître.</i>	172
CHAP. IV. — DE QUELQUES PERSONNES QUI SE TROUVENT DANS UNE SITUATION JURIDIQUE PARTICULIÈRE.	174
SECTION PREMIÈRE. — <i>Enfants trouvés.</i>	174
SECTION DEUXIÈME. — <i>Absents.</i>	176
SECTION TROISIÈME. — <i>Hermaphrodites.</i>	177
QUATRIÈME PARTIE. — Droit pénal.	
CHAP. I. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT PÉNAL.	179
CHAP. II. — DJINĀYĀT, DÉLITS CONTRE LESQUELS EST PORTÉE LA PEINE DU TALION (QIṬĀṬ).	181
SECTION PREMIÈRE. — <i>De l'homicide</i>	181
SECTION DEUXIÈME. — <i>Des blessures</i>	187

	PAGES
CHAP. III. — CRIMES POUR LESQUELS EST PRONONCÉE UNE PEINE AFFLIC- TIVE ET DÉFINIE (HADD)	189
I. — Fornication (zinâ)	189
II. — Acte de boire du vin, etc. (chorb)	191
III. — Vol (sariqah)	191
IV. — Brigandage (qat' at-tariq)	192
V. — Désobéissance à la loi et violation de l'ordre public . . .	193
Apostasie	193
Rébellion	194
CHAP. IV. — DE LA CORRECTION ARBITRAIRE (TA'ZIR)	195

CINQUIÈME PARTIE. — Droit public.

CHAP. I. — DE LA SOUVERAINETÉ (IMĀMAH)	197
Qualités exigées de l'imâm	200
Succession au trône	201
Obligations de l'imâm	203
CHAP. II. — DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE	205
SECTION PREMIÈRE. — <i>Fonctions du qādhi</i>	205
Choix et nomination du qādhi	206
Attributions du qādhi	208
SECTION DEUXIÈME. — <i>Procédure devant le qādhi</i>	213
I. — Aveu	214
II. — Preuve testimoniale	216
III. — Serment judiciaire	218
Direction des débats	219
CHAP. III. — DE LA GUERRE	223
SECTION PREMIÈRE. — <i>Guerre contre les infidèles (djihād)</i>	223
SECTION DEUXIÈME. — <i>Des guerres pour le maintien de la tran-</i> <i>quillité intérieure (horoub al-maḥāliḥ)</i>	235
1 ^o Apostats	236
2 ^o Rebelles	236
3 ^o Brigands	237
CHAP. IV. — DES FONCTIONNAIRES ET DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES .	238
Wazir	238
Amir	239
Çāhib al-mathālim	241
Naqib	241
Mohtasib	242
Çāhib ach-chortah ; Çāhib al-barid	242
Autres agents	243

	PAGES
Diwân.	243
— des affaires de guerre.	243
— des affaires intérieures.	243
— des fonctionnaires.	244
— des finances.	244
INDEX DES TERMES ARABES	247
ADDENDA ET ERRATA.	271
TABLEAU DES PARTS HÉRÉDITAIRES D'APRÈS ABOU HANĪFAH ET CHĀFI'Ī.	279



Ex. 8. 7. 11.

2
PRINCIPES
DU
4
DROIT MUSULMAN

SELON LES RITES
D'ABOU HANÍFAH ET DE CHÁFI'Í

PAR
/
L. W. C. VAN DEN BERG

TRADUIT DU HOLLANDAIS AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR
R. DE FRANCE DE TERSANT
CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES
AVEC LA COLLABORATION DE
M. DAMIENS
RECEVEUR DE L'ENREGISTREMENT

ALGER
TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN
IMPRIMEUR-LIBRAIRE-ÉDITEUR
4, PLACE DU GOUVERNEMENT, 4

1896

EN VENTE CHEZ
MARTINUS NIJHOFF
LIBRAIRE A LA HAYE

Tous droits de traduction et de reproduction réservés.



NOUVELLE BIBLIOTHÈQUE ALGÉRIENNE

LIBRAIRIE ADOLPHE JOURDAN

Imprimeur-Libraire de l'Académie

**4, PLACE DU GOUVERNEMENT, 4
ALGER**

ESSAI

DE

DICTIONNAIRE FRANÇAIS-HAOUSSA et HAOUSSA-FRANÇAIS

PRÉCÉDÉ D'UN

ESSAI DE GRAMMAIRE DE LA LANGUE HAOUSSA

ACCOMPAGNÉ D'UNE CARTE DE L'AFRIQUE SEPTENTRIONALE

PAR

Le Capitaine LE ROUX

ANCIEN CHEF DU BUREAU ARABE DE BOU-SAADA

1 volume in-4°, cartonné percaline..... **15 fr.**

MARABOUTS & KHOUAN

Étude sur l'Islam en Algérie

PAR

LOUIS RINN

ANCIEN CHEF DU SERVICE CENTRAL DES AFFAIRES INDIGÈNES

CONSEILLER DE GOUVERNEMENT

1 fort volume in-8°, avec une carte de l'Algérie..... **15 fr.**

HISTOIRE

DE

L'INSURRECTION DE 1871 EN ALGÉRIE

PAR LE MÊME

1 fort volume in-8°, avec deux cartes..... **15 fr.**

MOËURS, COUTUMES

ET INSTITUTIONS

DES

INDIGÈNES DE L'ALGÉRIE

PAR

Le Lieutenant-Colonel VILLOT

1 beau volume grand in-18..... **3 fr. 50**

LETTRES FAMILIÈRES SUR L'ALGÉRIE

PAR

LE COLONEL PEIN

avec un portrait et une biographie de l'auteur

par le Commandant H. BISSUEL

DEUXIÈME ÉDITION

1 volume in-18..... **3 fr. 50**

ALGER. — TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN.

5551

3

0

5551
3

**This book is a preservation photocopy.
It was produced on Hammermill Laser Print natural white,
a 60# book weight acid-free archival paper
which meets the requirements of
ANSI/NISO Z39.48-1992 (permanence of paper)**

**Preservation photocopying and binding
by
Acme Bookbinding
Charlestown, Massachusetts**

**☐
1997**



LIBRARY

Digitized by Google

