BnF Gallica

Traité de droit musulman : précédé du décret du 31 décembre 1859 (2e édition, revue et augmentée) par Ch. Gillotte,... ; [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF Gallica

Gillotte, Charles-Emmanuel-Eugène. Auteur du texte. Traité de droit musulman : précédé du décret du 31 décembre 1859 (2e édition, revue et augmentée) par Ch. Gillotte,... ; accompagné d'une notice inédite sur Sidi-K'helil, par A. Cherbonneau,.... 1860.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisationcommerciale@bnf.fr.

35619

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

TRAITÉ

DE

DROIT MUSULMAN

F.

Constantine. — Typographie ALESSI et ARNOLET.

C.

TRAITÉ

DE

DROIT MUSULMAN

PRÉCÉDÉ

DU DÉCRET DU 31 DÉCEMBRE 1859

PAR

Cil. GILLOTTE

Avocat-Défenseur

ACCOMPAGNÉ D'UNE NOTICE INÉDITE SUR SIDI-K'HELIL

PAR A. CHERBONNEAU

Professeur d'Arabe à la Chaire de Constantine

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE
IMPR

DEUXIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

DÉPÔT LÉGAL
CONSTANTINE
N° 17.
1860.

CONSTANTINE

ALESSI ET ARNOLET, LIBRAIRES-ÉDITEURS

Successeurs de BASTIDE et AMAVET

ALGER

BASTIDE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

Place du Gouvernement

PARIS

CHALLAMEL, AINÉ, ÉDITEUR

30, rue des Boulangers

1860

A Monsieur Le Goazre de Toulgoët,

Préfet du Département de Constantine.

Monsieur le Préfet,

Veuillez me permettre de vous adresser l'hommage de mon livre.

En faisant cette publication, je ne succombe pas au désir de donner une vaine satisfaction à un amour-propre exagéré.

Humble ouvrier, j'essaie de concourir, dans la limite de mes forces, au grand œuvre du rapprochement des deux races.

Le temps et d'utiles efforts les réuniront un jour!..

J'ai la conscience de mon infériorité, et cependant j'ose écrire.

Si mauvais, si incomplet que soit un ouvrage, il me semble qu'il est toujours possible d'y trouver quelque chose d'utile; puissent ceux qui ouvriront ce petit volume y puiser au moins le désir de faire mieux.

Je prends la liberté de vous dedier ces pages parce que je sais avec quelle sollicitude vous accueillez tout ce qui peut servir les intérêts de la colonisation et encore parce qu'à la tête de l'administration vous personnifiez à mes yeux les forces vives du département.

Ce qui, dans ce pays, nous a manqué depuis la conquête, c'est l'unité de vue, de moyens, de but. Chaque individu marche isolément. Chaque administration forme un camp à part et travaille dans son intérêt particulier.

Il ne doit pas en être ainsi !

Investi de la confiance du Chef de l'État, secondant les vues d'un Ministre dévoué aux intérêts de l'Algérie, vous êtes le centre autour duquel doivent se manifester tous les efforts.

A vous de les combiner et de leur imprimer une direction profitable à notre pays d'adoption.

Je suis avec le plus profond respect,

Monsieur le Préfet,

Votre très humble serviteur,

CH. GILLOTTE,

Syndic de la corporation des Défenseurs,
Adjoint au Maire de Constantine.

AVANT-PROPOS

Lorsque je me décidai à publier la première édition de mon *Traité de Droit musulman,* je fis imprimer en tête du volume les lignes que voici :

« Ce traité n'était point destiné à la publicité. Dans mes rapports fréquents avec les indigènes, j'avais souvent examiné des questions intéressantes, et, chaque fois, j'avais consigné mes observations.

« L'idée me vint de réunir en un volume, et pour moi seul, les principes du droit musulman. Je mis à contribution l'excellente traduction de Sidi K'helil, par M. Perron, le *Tableau de l'empire ottoman,* par d'Hosson. Je taillai en plein drap (qu'on me passe l'expression) dans ces deux auteurs; je glanai de çi, de là, et, guidé par un homme aussi

éclairé qu'intelligent, Sidi Mohammed Largucch, cadi de Bône, je réalisai ma pensée.

« Quelques personnes qui avaient vu mon petit recueil m'engagèrent à le publier; elles me déterminèrent en m'affirmant qu'il pouvait être utile.

« Ce n'est point une œuvre originale que j'offre au public, c'est une compilation.

« Ceci bien expliqué; il me reste à dire pourquoi je n'ai point fait ressortir les différences qui existent entre le rite maleki et le rite hanefi.

« Le droit musulman est tout entier dans le Coran. L'interprétation des articles qui composent ce remarquable monument a donné lieu à deux jurisprudences bien distinctes :

« Celle de Azam-bou-Hanifa,

« Celle de Malek.

« J'ai pensé qu'avant d'étudier la jurisprudence il était bon de connaître parfaitement la loi.

« Le traité du droit musulman n'est que la première partie d'un travail qui sera incessamment publié.

« Il comprend le texte du Coran, les commentaires des auteurs plus haut nommés et l'indication des articles de notre Code qui ont quelque analogie avec les passages cités.

« Sans prétentions, n'ayant d'autre ambition que celle de rendre service à ceux qui, habitant l'Algé-

rie, désirent s'initier aux lois musulmanes, je m'estimerais parfaitement heureux si je trouvais chez mes lecteurs un peu de bienveillance.

« Bône, le 1er juin 1854. »

J'étais alors bien loin de m'attendre au succès qui devait couronner mes efforts et mon travail. Les encouragements me sont arrivés de toutes parts et la bienveillance, à laquelle je faisais appel, ne m'a pas fait défaut.

Pendant toute la période qui a séparé 1854 de 1860, j'ai continué de recueillir des notes ; j'ai indiqué la jurisprudence admise par la Cour d'Alger, alors qu'elle était appelée à vider les appels et j'ai complété, autant qu'il dépendait de moi, mon premier travail.

Le moment de publier une seconde édition me semble opportun. Le décret du 31 décembre 1859, devenant applicable, les magistrats français seront appelés souvent à résoudre des questions de droit musulman et mon travail aura pour effet, je l'espère du moins, de faciliter leurs recherches et de les guider dans leurs appréciations.

Avant d'analyser sommairement le décret dû à la sollicitude de M. le comte de Chasseloup-Laubat, je vais, en quelques mots, indiquer les diverses phases

suivies par l'administration de la justice musulmane en Algérie.

L'arrêté du Gouvernement, en date du 7 septembre 1830, avait institué un tribunal spécial composé de magistrats français, auxquels étaient adjoints des juges musulmans et israélites, lorsque des indigènes musulmans et israélites étaient en cause; mais l'arrêté du 24 octobre, rendu quelques jours après, décida que toutes les causes entre musulmans, tant au civil qu'au criminel, seraient portées par devant le cadi maure pour y être jugées par lui, souverainement et sans appel, d'après les règles et suivant les formes instituées dans le pays. Dans les cas où le cadi maure était dans l'usage de se faire assister des muphtis ou du cadi turc, celui-ci ne devait avoir que voix consultative, le droit de décider étant exclusivement réservé au cadi maure.

Les causes entre les musulmans et les israélites, tant au civil qu'au criminel, devaient être portées devant le cadi maure, qui devait prononcer en première instance, sauf appel devant la cour de justice; cet appel devait, à peine de déchéance, être interjeté dans les trois jours de la décision intervenue; il devait être porté devant une cour de justice composée d'un membre du comité du Gouvernement, président, et de deux juges français.

Un autre arrêté du Gouvernement, du 16 août 1852,

disposa que les jugements correctionnels et criminels des cadis seraient soumis à appel, les premiers devant la cour de justice, les seconds devant le conseil d'administration. Les affaires criminelles et correctionnelles entre musulmans et israélites devaient, à l'avenir, être jugées directement par les tribunaux français.

L'ordonnance royale du 10 août 1834, maintint la compétence et les attributions des tribunaux musulmans, en obligeant les cadis à transcrire en double minute leurs jugements sur un registre spécial, dont le dépôt devait être, tous les trois mois, effectué sans frais, au greffe du tribunal supérieur.

L'ordonnance royale des 28 février et 27 avril 1841, conserva les tribunaux musulmans, sous les modifications suivantes : la juridiction criminelle des cadis fut supprimée ; — la juridiction civile maintenue à charge d'appel ; — l'appel fait dans les limites, les délais et les formes prescrites à l'égard des jugements rendus par les tribunaux français, dut être porté devant la Cour Royale ; — l'ancienne juridiction fut conservée en dehors des territoires soumis aux tribunaux ordinaires français.

En abrogeant toutes les ordonnances, arrêtés ou réglements antérieurs, sur l'organisation du service judiciaire en Algérie, l'ordonnance royale du 26 septembre 1842, reproduisit presque tex-

tuellement les dispositions de l'ordonnance de 1841.

L'article 22 de l'ordonnance royale des 16 avril et 12 mai 1843, indique le mode à suivre pour arriver à l'exécution des jugements rendus par les cadis. Cet article dispose :

« Lorsque l'exécution d'un jugement rendu par le cadi, en matière civile ou commerciale, ne pourra être obtenu à l'aide des voies autorisées par la loi musulmane, la partie en faveur de laquelle ce jugement aura été rendu, pourra se pourvoir devant le président du tribunal civil de première instance du ressort, à l'effet de le faire rendre exécutoire selon la loi française. En ce cas, le président rendra, s'il y a lieu, une ordonnance d'*exequatur*, comme en matière de jugement arbitral, la partie adverse préalablement entendue ou dûment citée à comparaître devant lui. Au moyen de cet *exequatur*, il pourra être procédé à l'exécution du jugement, suivant la loi française.

« La partie à qui l'*exequatur* sera refusé pourra se pourvoir contre cette décision, comme dans le cas d'opposition prévu par l'article 1028 du code de procédure civile. »

Sous le prétexte que les affaires civiles des musulmans sont, en raison de leur nature toute exceptionnelle, étroitement liées à la politique, l'arrêté du Gouverneur, en date des 1er-11 mai 1848, charge le chef du service de l'administration civile indigène

d'exercer, sous les ordres du procureur-général, la surveillance des tribunaux musulmans.

Nous avons vu plus haut que les appels des jugements rendus par le cadi devaient être portés devant la Cour.

Un arrêté du gouverneur, pris les 29 juillet et 3 août 1848, semblait vouloir déroger à cette disposition législative. Dans le but de donner une nouvelle et plus simple organisation aux tribunaux musulmans dans les territoires civils, il indiquait, dans ses trois premiers articles, la composition des m'hakma des cadis ; puis, au titre 2, il fixait la composition des medjelès d'Alger et de Constantine, qui semblaient devoir être des tribunaux supérieurs, chargés de réviser les jugements des cadis.

Jusqu'alors le medjelès n'avait point été considéré comme un deuxième degré de juridiction, pouvant connaître des jugements rendus par les cadis. C'était une assemblée de savants appelés à donner leur avis sur les points douteux de fait et de droit, et non pas un tribunal dont l'avis rédigé, pouvait être considéré comme mandement de justice.

Cependant, quelques indigènes crurent devoir déférer les appels des jugements de cadi à l'assemblée, dont l'arrêté du 29 juillet 1848 avait paru consacrer l'existence et l'autorité.

Mais la jurisprudence de la Cour d'appel protesta

contre cette tendance, en déclarant que l'arrêté était nul et sans effet, comme abrogé de droit, et qu'il y avait lieu d'appliquer les dispositions du § 3 de l'article 5 de l'ordonnance du 26 septembre 1842.

De 1848 à 1854, le gouvernement n'apporta aucune modification sensible au service de la justice; seulement, les corporations indigènes furent réorganisées en 1850 et des attributions judiciaires furent accordées aux amins.

On le voit, depuis la conquête, le gouvernement français, par de sages mesures, avait préparé insensiblement les indigènes à accepter les bienfaits de notre organisation judiciaire.

Frappés de l'équité de nos décisions, de l'intégrité de nos magistrats, les musulmans étaient entièrement disposés à se soumettre à l'unité de juridiction, lorsque le décret impérial des 1er-30 décembre 1854 parut. Ce décret consacre l'indépendance, en matière civile, de la justice musulmane vis-à-vis de la justice française.

« En soumettant à l'appel devant nos tribunaux, disait le rapporteur, les jugements en matière civile rendus par les cadis, l'ordonnance de 1841 a dépassé le but.

« Étrangers à la langue, aux mœurs, à la législation arabes, notre surveillance sur la magistrature indigène était à peu près illusoire..... Les ordon-

nances de 1841 et de 1842, avaient voulu tenter un rapprochement entre deux législations qui se heurtent à chaque pas, en érigeant la Cour d'Alger en une sorte de medjelès supérieur, révisant, au point de vue d'un droit différent du nôtre, les sentences des tribunaux indigènes. Les conséquences de cette mesure ont été en opposition avec le but qu'on s'était proposé ; les inconvénients sont nés du croisement des juridictions ; en les séparant, les difficultés seront aplanies et le progrès deviendra plus facile. »

En écrivant ces lignes, le rapporteur commettait des erreurs qui devaient avoir de graves conséquences.

Non seulement on perdait le fruit de l'expérience acquise, mais on préparait de nombreuses et très-sérieuses difficultés.

En laissant les juges musulmans seuls et uniques maîtres de la fortune des justiciables, en supprimant le recours à la justice française, on ouvrait la voie à des abus sans nombre.

Sans respect pour la chose jugée, ne relevant que de leur intérêt particulier ou de leurs caprices, les magistrats indigènes, dont le recrutement était difficile, s'inquiétaient d'autant moins de donner une légitime satisfaction aux intérêts qui leur étaient confiés, que leurs décisions étaient à l'abri de toute réformation.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

« L'expérience ne tarda pas à démontrer les dangers d'une justice ainsi organisée et placée complétement en dehors de notre système d'activité. »

Dans un *Essai sur l'administration de la Justice en Algérie* (1), nous disions qu'il était urgent, indispensable même, de rapporter le décret des 1-30 octobre 1854, et de supprimer les tribunaux musulmans, ou tout au moins de les soumettre à un contrôle.

En effet, « protégés par leur omnipotence, les décisions des tribunaux musulmans avaient donné naissance aux réclamations les plus vives.

« Plus d'une fois les indigènes, dans l'impuissance où ils étaient de s'adresser à nos magistrats pour obtenir la réformation de leurs jugements, avaient fait retentir les cours d'assises de leurs plaintes contre la corruption de leurs juges. Des arrêts avaient dû en flétrir quelques-uns, et si, dans quelques occasions, on n'avait pas sévi autrement que par la destitution, c'est que, sans profit pour les justiciables, on aurait déconsidéré une institution à laquelle les Arabes étaient encore forcés d'avoir recours. »

Déterminé par ces pressantes considérations, M. le comte de Chasseloup Laubat, qui a déjà tant fait

(1) *De l'Administration de la Justice en Algérie.* — Constantine, Bastide et Amavet, 1 vol. in-12. 1858.

pour l'Algérie, se décida à présenter un projet de décret qui consacrait trois grandes mesures :

« 1° La faculté pour les musulmans de contracter sous l'empire de la loi française;

« 2° La surveillance de la justice indigène par notre magistrature et le droit d'appel devant nos tribunaux;

« 3° Enfin, une procédure des plus promptes et des moins coûteuses. »

C'était revenir au système adopté de 1842 à 1854; c'était, en condamnant les mesures prises à cette dernière époque, faire un pas rétrograde nécessaire pour rentrer dans la voie du progrès un moment abandonnée.

Tous nos efforts doivent tendre à une fusion, à un mélange intime et parfait de tous les intérêts.

La justice telle que nous l'exerçons est le produit de la civilisation et la meilleure expression de nos conquêtes sur les siècles qui précèdent.

La justice doit être la force commune organisée pour faire obstacle à l'injustice; comme l'ordre, elle a commencé par la force.

Nous sommes les plus forts; dès-lors, nous ne devons pas hésiter à imposer les bienfaits de nos institutions à ceux que nous avons vaincus et que nous devons protéger contre eux-mêmes.

Il ne faut pas croire que les idées de notre droit

seront difficiles à populariser chez les musulmans.

Les lois romaines représentent la source commune où les peuples ont puisé leurs inspirations. — Le droit musulman et le droit français en ont gardé l'ineffaçable empreinte et, à part les questions relatives à l'état des personnes et à de rares exceptions près, les mêmes règles sont observées.

Rassurés par la sagesse de ceux qui président aux destinées de l'Algérie, nous attendons avec confiance le moment ou s'appuyant sur la justice, le Gouvernement fera disparaître à tout jamais la barrière qui sépare la société arabe de la nôtre.

DÉCRET IMPÉRIAL DU 31 DÉCEMBRE 1859

NAPOLÉON,

Par la grâce de Dieu et la volonté nationale, Empereur des Français,

A tous présents et à venir, salut :

Vu les décrets des 1er octobre 1854 et 29 juillet 1858;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'Algérie et des Colonies;

Sur le rapport de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies, et de notre garde des sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la Justice,

Avons décrété et décrétons ce qui suit :

LIVRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX MUSULMANS.

Dispositions préliminaires.

ART. 1er. — La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et

commerciales entre indigènes musulmans ainsi que les questions d'État.

Toutefois la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française, entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français.

ART. 2. — Les parties peuvent également, d'un commun accord, porter leurs contestations devant le Tribunal français de leur circonscription, qui statue alors selon les règles et les formes déterminées par le présent décret.

ART. 3. — La poursuite, la répression des crimes, délits et contraventions prévus et punis par le Code pénal français, ainsi que par les lois, ordonnances, décrets autres que le décret du 3 septembre 1850 sur les amins et par les arrêtés locaux, appartiennent aux tribunaux français.

ART. 4. — La justice entre les musulmans de l'Algérie est administrée au nom de l'Empereur, par les cadis, par les tribunaux de première instance français et par la Cour impériale d'Alger, suivant les règles établies par le présent décret.

ART. 5. — Le territoire de l'Algérie, pour l'administration de la justice musulmane, est divisé en circonscriptions judiciaires ressortissant aux tribunaux de première instance.

Ces circonscriptions et le tribunal auquel elles se

rattachent sont déterminées par arrêtés de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies.

ART. 6. — Sous quelque prétexte que ce soit, même celui du silence ou de l'obscurité de la loi, les tribunaux ne peuvent, sous peine de déni de justice, refuser de statuer sur la demande des parties.

ART. 7. — La surveillance des Tribunaux indigènes appartient, sous l'autorité de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies : en territoire civil, au premier président de la Cour impériale et au procureur général, dans la limite de leurs attributions respectives, et en territoire militaire, à ces magistrats et au général commandant la division, qui se concertent à cet effet.

ART. 8. — Les membres des Tribunaux musulmans ne peuvent être traduits en justice pour actes relatifs à leurs fonctions, qu'après autorisation de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies.

En cas d'autorisation, ils seront traduits, sans distinction de territoire : en matière correctionnelle, devant la Cour impériale d'Alger ; en matière criminelle, devant la Cour d'assises compétente.

ART. 9. — Un règlement spécial de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies détermine les conditions et le mode

selon lesquels sont rémunérés ou rétribués les membres des Tribunaux indigènes ainsi que les agents qui y sont attachés.

TITRE PREMIER.

Des cadis et de leurs mahakmas.

ART. 10. — Il y a par circonscription judiciaire un cadi maleki, et, lorsque le chiffre de la population hanefi le rend nécessaire, un cadi hanefi.

ART. 11. — Le personnel de chaque mahakma de cadi est fixé, selon les besoins du service, par arrêté de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies. Il se compose du cadi et de deux adels au moins, dont l'un remplit les fonctions de naïb ou suppléant, en cas d'empêchement du cadi, et dont l'autre remplit les fonctions de greffier.

ART. 12. — Les cadis et les adels sont nommés, suspendus ou révoqués par arrêté de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies. Ils ne peuvent entrer en fonctions qu'après avoir prêté le serment suivant :

« En présence de Dieu et des hommes, je jure et promets, en mon âme et conscience, de rester fidèle à l'Empereur, de bien et religieusement remplir mes fonctions, et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. »

Les cadis de l'arrondissement d'Alger prêtent serment devant la Cour impériale, les autres devant le tribunal de première instance duquel ils relèvent.

ART. 13. — En cas de décès, d'absence ou d'empêchement des adels ou de l'un d'eux, le cadi se fait assister de témoins par lui requis.

S'il y a lieu au remplacement provisoire d'un des adels, le cadi y pourvoit par la désignation d'un thaleb.

ART. 14. — Il est attaché à chaque mahakma de cadi, selon les besoins du service, un ou deux aouns ou huissiers, qui sont nommés, suspendus ou révoqués, en territoire civil, par le procureur général, et en territoire militaire, par le général commandant la division, le procureur général consulté.

ART. 15. — Des oukils peuvent seuls représenter les parties ou défendre leurs intérêts devant les cadis lorsque les parties ne se défendent pas elles-mêmes ou refusent de comparaître sur sommation dûment justifiée.

Les oukils sont nommés, révoqués ou suspendus par notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies, qui en fixe le nombre près de chaque tribunal et règle tout ce qui concerne leur discipline.

ART. 16. — La suspension entraînera, pendant sa

durée, la privation du traitement et des honoraires, qui sont dévolus au cadi ou à l'adel remplaçant.

LIVRE II.

DE LA COMPÉTENCE.

TITRE PREMIER.

De la compétence des cadis

ART. 17. — Sauf les exceptions résultant des articles 1 et 2, les cadis connaissent en premier ressort de toutes les affaires civiles et commerciales entre indigènes musulmans, ainsi que des questions d'État.

ART. 18. — Ils connaissent en dernier ressort des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 200 fr. de principal, et des actions immobilières jusqu'à 20 fr. de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail.

ART. 19. — Dans les trois jours du jugement, les parties peuvent réclamer que l'affaire soit examinée de nouveau en assemblée de medjelès, constituée d'après les usages musulmans.

ART. 20. — Les contestations judiciaires entre indigènes musulmans de rite différent peuvent être portées soit devant le cadi maleki, soit devant le cadi hanefi, s'il existe un magistrat de chaque rite

dans la circonscription judiciaire de la résidence des parties.

En cas de désaccord, le choix du cadi appartient au demandeur.

TITRE II.

De la compétence des tribunaux de première instance et de la Cour impériale.

ART. 21. — Les appels de jugements rendus en premier ressort par les cadis sont portés devant les tribunaux de première instance ou devant la Cour impériale, conformément aux règles qui suivent.

Art. 22. — Les tribunaux de première instance connaissent des jugements rendus en premier ressort par les cadis. Le taux de leur compétence est fixé, pour les actions personnelles et mobilières, à 1,500 fr., et pour les actions immobilières, à 150 fr. de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail.

L'appel est porté devant le tribunal de première instance au ressort duquel se rattache la circonscription judiciaire du cadi qui a rendu le jugement.

ART. 23. — La Cour impériale connaît en appel de toutes les questions d'État et des litiges dont la valeur excède la compétence des tribunaux de première instance, telle qu'elle est déterminée ci-dessus.

ART. 24. — Les tribunaux de première instance

et la Cour sont assistés, pour le jugement des appels entre musulmans, de deux assesseurs musulmans ayant voix consultative.

LIVRE III.

DE LA PROCÉDURE.

TITRE PREMIER.

Des ajournements, des débats, de la tenue et de la police des audiences devant les cadis.

ART. 25. — Les dispositions de la loi musulmane et les usages locaux concernant le mode d'introduction de la demande, la comparution des parties, leur représentation par des oukils, la procédure et les débats, la tenue et la police des audiences, continuent à recevoir leur exécution, sauf les modifications apportées par le présent décret.

ART. 26. — Les cadis siégent aux lieux, jours et heures fixés par un réglement émané des autorités qui ont la surveillance de la justice indigène.

ART. 27. — Les séances sont publiques à peine de nullité; néanmoins, si cette publicité paraît dangereuse pour l'ordre et pour les mœurs, le cadi ordonne que les débats aient lieu à huis clos. Dans tous les cas, le jugement est prononcé publiquement.

TITRE II.

Des Jugements.

ART. 28. — Les jugements rendus par les cadis sont inscrits en entier sur un registre à ce destiné, revêtus du cachet du cadi et signés par ce magistrat et les adels.

Indépendamment de la formule arabe qui peut être insérée selon les usages, tout jugement contient : 1° les noms, qualités et domiciles des parties; 2° le point de fait; 3° les dires des parties; 4° les motifs et le dispositif; 5° la date à laquelle il a été rendu.

ART. 29. — Les jugements n'entraînent aucuns frais pour les parties lorsque celles-ci se présentent et se retirent sans réclamer expédition du jugement rendu.

Expédition doit en être délivrée sur la demande des parties, à charge par elles de payer les droits qui seront fixés par arrêté ministériel.

Elle indique, en outre des mentions prescrites par l'article précédent, si le jugement a été rendu en présence des parties elles-mêmes, ou si l'une d'elles était représentée par un oukil chargé de sa procuration ou nommé d'office.

L'expédition de tout jugement est signée par le cadi et l'un de ses adels et revêtue du cachet du cadi.

TITRE III.

De l'appel.

ART. 30. — Le délai pour interjeter appel devant les tribunaux de première instance et devant la Cour impériale est de trente jours à partir du jour où le jugement a été rendu par le cadi.

ART. 31. — Avant d'interjeter appel, les musulmans peuvent, dans les trois jours qui suivent le jugement, invoquer le bénéfice de l'article 19. L'adel constate cette réclamation.

La décision définitive doit intervenir dans les quinze jours, et, dans ce cas, le délai d'appel court du jour où elle a été rendue.

Il est toujours fait mention, en marge du premier jugement, de l'avis motivé du medjelès.

ART. 32. — Les seules formes à suivre pour l'appel consistent dans une déclaration faite devant l'adel du cadi, lequel est tenu de l'enregistrer sur un registre *ad hoc*. Récépissé de la déclaration est immédiatement délivré à l'appelant, et l'adel en donne avis à la partie adverse.

L'adel est encore tenu, dans les quarante-huit heures, d'adresser au ministère public copie de la déclaration et du jugement.

ART. 33. — Le ministère public, dans les vingt-

quatre heures, fait inscrire au greffe du tribunal ou de la Cour ladite déclaration, et prévient les parties qu'elles aient, dans le plus bref délai, à fournir leurs moyens d'appel et de défense.

ART. 34. — Dans la quinzaine, à partir du jour de l'avertissement donné par le ministère public, le président du tribunal ou de la Cour, commet un juge ou un conseiller pour faire rapport de l'affaire.

Le magistrat rapporteur est autorisé à recevoir l'appel incident de l'intimé, à entendre les parties ou leurs mandataires, s'ils se présentent, et à les appeler, s'il y a lieu.

ART. 35. — L'affaire doit venir à bref délai, et le ministère public, qui est toujours entendu, donne avis du jour de l'audience aux parties intéressées.

Le ministère des défenseurs n'est point obligatoire. Les parties peuvent comparaître en personne, ou être appelées par le tribunal ou la Cour.

Dans le cas où l'une d'elles ne se présenterait pas, il est passé outre, et l'arrêt ou le jugement sont définitifs.

ART. 36. — En cas d'appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé et que l'affaire soit en état de recevoir une décision définitive, le tribunal ou la Cour peut statuer sur le fond définitivement par un seul et même jugement, ou renvoyer l'affaire devant un autre cadi.

Il en est de même lorsque le tribunal ou la Cour infirment pour vice de forme ou toute autre cause des jugements définitifs.

ART. 37. — Les jugements en dernier ressort des cadis et les jugements et arrêts rendus sur l'appel ne peuvent être attaqués devant aucune autre juridiction, et ne sont pas susceptibles du recours en cassation.

TITRE IV.

De l'exécution des jugements.

ART. 38. — Les jugements définitifs émanés des cadis, et les jugements et arrêts rendus sur appel, s'exécutent selon les voies actuellement en vigueur, en tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent décret.

ART. 39. — Les expéditions de tout jugement émané des tribunaux indigènes doivent être revêtues de la formule suivante :

« N... *(le nom de l'Empereur)*, par la grâce de Dieu et la volonté nationale, Empereur des Français,

« A tous présents et à venir, salut. »

(Copier le jugement avec les mentions indiquées en l'article ci-dessus.)

« Mandons et ordonnons à tous fonctionnaires et

agents de l'autorité publique de faire exécuter ou d'exécuter le présent jugement.

« En foi de quoi le présent jugement a été signé par *(signature du cadi et de son bach-adel. — Apposition du cachet.)* »

LIVRE IV.

DE L'ADMINISTRATION JUDICIAIRE.

TITRE PREMIER.

Des successions.

ART. 40. — Les cadis procèdent :

1° A la liquidation et au partage de toutes les successions musulmanes, selon le rite du défunt et les usages établis;

2° Sous la surveillance de l'administration des domaines, à la liquidation et au partage des successions musulmanes auxquelles sont intéressés le beït-el-mal ou des absents.

Ils consignent sur des registres séparés les opérations auxquelles donnent lieu ces deux espèces de succession.

ART. 41. — En cas de contestation, il est statué par les cadis et les tribunaux d'appel, conformément aux règles de compétence et de procédure fixées par le présent décret.

TITRE II.

Des dépôts.

ART. 42. — Les dépôts de toute nature, faits entre les mains des cadis, sont inscrits par eux sur un registre spécial et versés à l'administration du beït-el-mal, qui en donnera récépissé.

ART. 43. — La valeur, la nature des dépôts qui peuvent être opérés entre les mains des cadis, le mode de versement au beït-el-mal, le mode de restitution ainsi que la responsabilité des cadis et des agents du beït-el-mal sont déterminés et régis par arrêté ministériel.

TITRE III.

Des actes publics.

ART. 44. — Les actes publics entre musulmans sont reçus, suivant le choix des parties, par les cadis ou par les notaires.

Les actes reçus par les cadis sont transcrits en entier sur un registre à ce destiné, et signés par le cadi et les adels.

ART. 45. — Toute partie peut requérir expédition des actes qui la concernent. Les expéditions d'actes sont signées par le cadi et par l'un des adels, et doivent être en outre revêtues du cachet du cadi.

ART. 46. — Lorsque les cadis sont appelés à certifier la copie des actes qui leur sont présentés, mention de ce certificat est faite tant sur l'acte lui-même que sur un registre spécial.

ART. 47. — Les actes reçus par les cadis et les copies ou expéditions délivrées par eux sont payés par les parties, conformément au tarif arrêté par notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies. Ce tarif demeure exposé à l'entrée du local dans lequel les cadis tiennent leurs audiences.

ART. 48. — Le produit des actes appartient au cadi et aux adels; il est réparti entre eux dans les proportions déterminées par le tarif mentionné en l'article précédent.

ART. 49. — Le montant des droits payés par les parties doit être inscrit en toutes lettres au bas de chaque acte, expédition ou copie d'acte, sous peine, pour l'adel copiste, d'une amende de cinq francs par contravention.

Cette amende est prononcée par le tribunal duquel relève la circonscription judiciaire de l'adel contrevenant.

ART. 50. — Tout agent de la justice musulmane qui reçoit ou exige d'autres rétributions que celles portées dans le tarif, peut être suspendu ou révoqué, sans préjudice des poursuites qui peuvent être

dirigées contre lui, conformément aux dispositions du Code pénal.

TITRE IV.

De la forme des registres à tenir par les cadis.

ART. 51. — Les jugements, actes et dépôts sont inscrits sur chacun des registres qui leur sont destinés par ordre de date, sans blancs, surcharges, ni interlignes.

Les ratures et les renvois sont approuvés et signés par le cadi et par les adels.

ART. 52. — Les registres sont cotés et parafés par le procureur général ou par tout magistrat ou fonctionnaire délégué à cet effet.

ART. 53. — Les registres sont fournis par l'État et établis sur des modèles uniformes pour toutes les circonscriptions. Ils doivent être représentés aux autorités qui ont la surveillance de la justice indigène toutes les fois que ces autorités jugent convenable de les réclamer.

TITRE V.

Du timbre et de l'enregistrement.

ART. 54. — Tous les registres dont la tenue est prescrite par le présent décret sont affranchis du droit et de la formalité du timbre.

ART. 55. — Aucun extrait, copie ou expédition d'actes ou de jugements ne peut être délivré aux parties que sur papier timbré, conformément à l'article 12 de la loi du 13 brumaire an VII, sous peine de l'amende prononcée contre le fonctionnaire public par l'article 26 de la même loi.

Toutefois, ces copies, extraits ou expéditions peuvent être délivrés par les cadis sur papier d'une dimension inférieure à celle du papier dit *papier moyen* ou *d'expédition*.

ART. 56. — En territoire civil, les expéditions des jugements et actes qui emportent transmission de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, les baux à ferme, à loyer ou à rente, les sous-baux, cessions ou subrogations de baux et les engagements de biens de même nature, sont soumis à l'enregistrement dans les trois mois de leur date.

Pour tous autres actes, l'enregistrement n'est de rigueur que lorsqu'il en est fait usage, soit par acte public, soit en justice ou devant toute autre autorité constituée.

ART. 57. — Les jugements et actes autres que ceux mentionnés dans les articles précédents ne sont soumis au timbre et à l'enregistrement que dans les cas prévus par les lois, ordonnances, décrets et arrêtés réglant la matière en Algérie.

TITRE VI.

Dispositions générales.

ART. 58. — Le montant des amendes prononcées en vertu des dispositions du présent décret est versé dans la caisse du receveur de l'enregistrement, ou dans celle des contributions diverses, suivant le territoire.

ART. 59. — Le présent décret ne s'applique point à la Kabylie et à la région en dehors du Tell, qui demeurent régies, l'une, par ses coutumes actuelles, l'autre par la juridiction des cadis telle qu'elle existait avant le décret du 1er octobre 1854.

ART. 60. — Le présent décret, ainsi que tout arrêté pris pour son exécution, sera traduit en arabe; une expédition en sera remise, au moment de leur nomination, à chaque cadi et à chacun des adels du cadi.

La traduction arabe du présent décret ne sera valable qu'après approbation de notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies, et elle devra être publiée dans la même forme que le décret.

ART. 61. — Le décret du 1er octobre 1854 est rapporté. Toutes autres dispositions des décrets, ordonnances et arrêtés sur l'organisation de la jus-

tice indigène cessent d'avoir leur effet en ce qu'elles ont de contraire au présent décret.

ART. 62. — Notre ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies et notre garde des sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la justice, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret.

Fait au palais des Tuileries, le 31 décembre 1859.

NAPOLÉON.

Par l'Empereur :

Le ministre secrétaire d'État au département de l'Algérie et des Colonies,

C^te P. DE CHASSELOUP-LAUBAT

Le garde des sceaux ministre secrétaire d'État au département de la Justice,

DELANGLE.

RÉSUMÉ.

Les cadis connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre indigènes musulmans, ainsi que des questions d'État.

Ils connaissent en *dernier ressort* des actions personnelles et mobilières jusqu'à 20 fr. de revenus.

Dans les trois jours qui suivent le jugement rendu en *premier ressort*, les parties peuvent réclamer le renvoi de la cause devant le medjelès, tribunal consultatif, qui dans la quinzaine fournit son avis sur la décision prise. L'appel doit être interjeté dans les trente jours qui suivent le jugement, si les parties n'ont pas requis leur renvoi devant le medjelès, et dans le cas contraire, dans les trente jours qui suivent l'avis fourni.

L'appel est porté, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la Cour.

Le taux de la compétence des tribunaux civils est fixé, pour les actions personnelles et mobilières, à 1,500 francs, et pour les actions immobilières à

150 francs de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail.

La Cour Impériale connaît en appel, de toutes les questions d'État et des litiges dont la valeur excède la compétence des tribunaux de première instance, telle qu'elle vient d'être déterminée.

Les seules formes à suivre, consistent dans une déclaration faite devant l'adel du cadi, qui l'enregistre, donne récépissé, et est tenu, dans les quarante-huit heures, d'en donner copie au ministère public et d'en donner avis à la partie adverse.

Le magistrat du parquet invite les parties à lui faire connaître leurs moyens de soutien. Le président du tribunal saisi nomme un juge rapporteur, et l'affaire vient à bref délai.

Les parties comparaissent en personne; elles peuvent se faire assister d'un défenseur dont le ministère n'est pas obligatoire; — le juge fait son rapport; — le magistrat du parquet donne ses conclusions et l'arrêt intervient.

La rédaction de l'acte d'appel doit être l'objet d'une attention toute particulière.

Le délai pour interjeter appel étant de trente jours, il pourrait arriver que la juridiction saisie par suite d'une rédaction vicieuse, se déclarât incompétente; les délais se trouvant expirés, malgré

l'intention manifestée de se pourvoir, la partie se trouverait victime d'une déchéance.

Le décret dont nous venons de donner le texte, en préparant les musulmans à se soumettre à l'empire absolu de nos lois, sera une mesure transitoire d'une utilité incontestable.

NOTICE

SUR LA VIE DE SIDI KHELIL

Les renseignements les plus exacts que l'on puisse donner sur l'auteur du *Mokhtasar*, proviennent de deux manuscrits inédits : 1° Le *Tekmilet ed-dibadj*, d'Ahmed-Baba, le Tombouctien ; 2° le *Tauchih ed-dibadj*, d'El-Karafi, l'Égyptien. Il s'appelait Khelil-ben-Ishak-ben-Mouça-ben-Choaïb. Quelques biographes lui attribuent le surnom d'*El-djoundi* (1), parce qu'il s'était enrôlé tout jeune dans la milice d'El-Mansoura (2) et qu'il porta l'uniforme pendant toute sa vie. Khelil avait été élevé dans les principes de la règle hanéfite : mais les relations de son père avec le cheïkh El-menouf l'amenèrent à étudier le code malékite sous cet illustre maître et, plus tard, à changer de secte.

(1) Le militaire.

(2) Petite ville située sur le Nil.

Doué d'une intelligence peu commune, il joignait à une grande pénétration d'esprit la sûreté du jugement. L'amour de l'étude l'aidait à vaincre le sommeil, et plus d'une fois l'aurore le surprit les yeux attachés sur ses livres. C'est ainsi qu'il acquit cette vaste érudition qui devait lui servir à élucider quelques-uns des ouvrages de droit suivis jusqu'alors dans les écoles.

Il a écrit un commentaire d'Ibn-el-Hadjeb, qui n'a pas moins de six volumes, et pour la composition duquel il s'honore d'avoir fait plusieurs emprunts au docteur Abd-esselam. On a de lui une explication du *Tehdib,* qui s'arrête au chapitre du pélerinage (1); des éclaircissements sur le livre d'Ibn-el-Hadjeb, intitulé *El-Feraïdh,* « les pratiques d'obligation divine; » — des remarques sur la *Khoulaça;* — une glose sur la *Moudawava* de Sahnoun; — une notice littéraire sur son professeur Abdallah-ben-Menoufi; — et le *Menâcek* ou rituel du pélerin.

Mais son œuvre principale est le *Mokhtasar,* dont M. Perron, directeur du lycée arabe d'Alger, a donné une paraphrase qui vaut mieux qu'une traduction pour les gens du monde. Khelil eut le talent de condenser en un volume de deux cents pages tous les articles de la loi qui régit actuellement les habitants

(1) Ce livre est connu sous le nom de *Tebéttn*

de l'Afrique, depuis la Méditerranée jusqu'à Tombouctou. En voyant le texte imprimé (1) du *Mokhtasar*, on ne pourrait comprendre tout ce qu'il a fallu de patience et de sagacité pour débrouiller le mélange confus de lois positives, de coutumes, de décisions des docteurs et des opinions si contradictoires des praticiens musulmans, qui constituait, avant lui, le code malékite. Il avait à approfondir des manuscrits aussi obscurs que diffus ; mais, la matière s'assouplissant sous sa plume magistrale, il élabora, suivant l'expression d'El-Karafi, un Précis qui est un chef-d'œuvre de clarté et de concision : « *oua haçara el-meçaïla el-Ketirata fi'l-i'barat el-ouadjizat el-iaciirat.* » Il y a un autre mérite dans ce livre : il contient un choix sévère de décisions faisant loi ; c'est aussi ce qui a contribué à la vogue dont il jouit depuis six cents ans, en Égypte, dans la Tunisie, l'Algérie et le Maroc.

Cependant, aucun ouvrage n'a autant exercé la sagacité des savants. La meilleure preuve qu'on puisse en donner, nous est fournie par un passage du *Tekmilet ed-dibadj*, que je traduis littéralement : « Le précis de jurisprudence composé par Sidi-Khelil, a fait naître plus de soixante commentaires : « *ouadaa el-naçou*

(1) Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite, par Sidi Khelil, publié sous la direction de M. Reinaud, de l'Institut ; Paris, imprimerie impériale, 1858.

ala mokhtasari sidi Khelilin aktara min sittina ma beina chorahin ouа. hachiatin. » Moi-même, dit Ahmed-Baba, j'ai osé m'avancer parmi les concurrents et décocher aussi ma flèche. J'ai écrémé plus de dix commentaires dans le but d'augmenter la concision de certains articles, de déterminer le sens de plusieurs expressions et d'indiquer les sources où le maître avait puisé. Je me trouvais en droit de dire que, si mon travail était achevé, il pourrait dispenser les étudiants de recourir à d'autres livres. J'en ai soumis un volume au cheïkh Ibrahim-Ech-Chaoui, qui était alors le juriste le plus instruit de Merrakèche, et il en fut tellement satisfait qu'il ne dédaigna pas de l'adopter dans son cours et d'en faire l'éloge devant ses collègues. J'ai rédigé, en outre, des observations sur quelques points obscurs du *Mokhtasar*, sans parler d'une glose que je viens de commencer et qui ne laissera pas de rendre service, si Dieu me permet de la compléter. »

Un auteur hanbalite, Mohammed El-Fâredhi, a célébré le *Mokhtasar* dans des vers, dont voici le sens :

« O vous qui recherchez la science du droit, prenez le précis de Khelil : vous y puiserez la vie.

« Il faudrait désespérer de la société, si elle n'était vivifiée par l'imam Khelil-ben-Ishak. »

Le docteur Aboul-Heussein El-Chehéloui répétait sans cesse à ses élèves : « Mon ami, c'est celui qui

aime Khelil « *fakhelil nefsi men iouaddi Khelilan.* »

El-Karafi va plus loin. Il dit dans le *Tauchih ed-dibadj* :

« Il n'y a pas de livre plus populaire que le Précis. Ainsi s'accomplit le vœu de l'auteur, qui priait le Tout-Puissant de faire réussir tous ceux qui le copieraient, le liraient ou en étudieraient une partie. Moi-même, je l'ai écrit de ma main, je l'ai lu plusieurs fois d'un bout à l'autre et j'en ai fait l'occupation essentielle de ma vie « *oua akhattou-hou oudhifata e'umri* ». Dieu m'en a récompensé en m'accordant les faveurs si bien méritées par l'*ami* et l'*affectionné* (1). »

Mais Lakkani fut son partisan le plus sincère, et son admiration tournait pour ainsi dire au fanatisme. Lorsque dans une discussion juridique, on lui objectait l'opinion d'un docteur quelconque, il répondait simplement : « Nous sommes Khelil*iens* : les erreurs du maître sont nos erreurs. »

Sidi-Khelil, c'est ainsi qu'on l'appelle généralement, n'eut que trois professeurs. Il apprit l'arabe et la doctrine musulmane auprès de Rachidi et d'Abd-Elhadi. Celui qui l'initia dans la connaissance du droit fut El-Menoufi, auquel il devait succéder

(1) Le rapprochement des adjectifs *Sadik* et *Khelil*, qui sont synonimes et signifient *ami*, donne lieu à un de ces jeux de mots si usités dans la littérature arabe.

avant de professer lui-même dans la *Cheïkhounïa*, qui était la première medrâsa du Caire. Plusieurs docteurs éminents se formèrent à ses leçons. Aimant peu le monde, il vivait retiré dans une cellule. Les contemporains s'accordent à dire qu'il resta vingt ans dans la capitale de l'Egypte, sans voir le Nil : « *akâma a'cherina sanatin lam iara el-Nila bi-Misra.* » Il partageait son temps entre la prière et l'étude. Mais la piété était chez lui le mobile de toutes les vertus. Il poussait la reconnaissance jusqu'au dévouement. Un jour qu'il passait devant la maison d'El-Menoufi, il apprit que le cheikh se trouvait dans le plus grand embarras, par suite des désordres survenus dans le conduit des latrines, et qu'il cherchait partout des ouvriers pour le déboucher. Me voilà, s'écria Khelil ; c'est à moi qu'appartient cette besogne, personne ne la fera avec plus de cœur. En parlant ainsi, il jeta à terre son uniforme de soldat et descendit dans la fosse. Il commençait à peine le nettoyage, que son professeur parut au milieu des curieux qui l'entouraient. Quel est cet homme, demanda-t-il avec surprise. C'est Khelil, répondirent toutes les voix. El-Menoufi se confondit en remerciments ; il loua le zèle extraordinaire d'un disciple qu'il regardait comme son ami, et appela sur lui les faveurs du ciel.

On dit que Sidi Khelil possédait l'art de la divi-

nation, et voici l'anecdote que répètent à ce sujet ses nombreux biographes. Un jour, il s'arrêta devant la boutique d'un rôtissour qui mettait en vente de la viande de bêtes mortes de maladie. S'étant aperçu de la fraude, il lui adressa des reproches si violents, que le malheureux fit un acte de contrition et jura devant lui de renoncer à son honteux commerce « *oua taba ala iedeiihi.* »

/Outre sa solde de militaire, l'auteur du code malékite recevait plusieurs traitements en qualité de professeur et d'imam. Il mourut en 776 (de J.-C. 1374-1375) ; mais la date de sa naiss. nce n'est indiquée dans aucune notice. Il fit le pélerinage et visita le tombeau du Prophète des arabes. S'il faut en croire le cheikh Et-Tenaci, Sidi-Khelil aurait pris part, vers la fin de sa vie, à l'expédition qui avait pour but de chasser l'ennemi des murs d'Alexandrie. C'est un fait dont nous devons la connaissance à Ahmed-Baba, qui l'a recueilli comme une singularité formant contraste avec cette existence toute remplie de silence et de méditation./

La liste des commentateurs qui ont travaillé sur le texte du *Mokhtasar* est fort longue. Je me bornerai à citer ceux dont les ouvrages figurent dans les bibliothèques de Constantine. Voici leurs noms : Abd-el-Baki ; — El-Kharchi ; — Ech-Chebrakhiti ; — Ibn-Merzoug ; — Zerrouk, le soufi ; — Bahram-ed-Damiri ;

— El-Rariâni ; — Abdelaziz-el-Lemtaï ; — El-Mrili ; — Mohammed-Barirou ; — Ahmed-ben-Mohammed-Akit, — et Ahmed-Baba. Ces trois derniers appartiennent à la race noire.

J'ai dit que le code de Sidi-Khelil avait pris place sur le programme des études, dans les universités de l'Afrique centrale et qu'il servait de guide aux magistrats de cette contrée ; mais il est à remarquer qu'il n'y fut introduit que 130 ans après la mort de l'auteur. Voici ce qu'on lit à ce sujet dans le *Recueil biographique* d'Ahmed-Baba : « C'est au cadi Mahmoud que revient l'honneur d'avoir inauguré dans le Soudan la lecture du *Précis* (1). Il sut éclaircir le style presque énigmatique (*noué*) de ce livre, par des observations improvisées, qui ont été recueillies en deux volumes par un de ses élèves. Vers l'année 915 (de J.-C. 1509) Mahmoud fit le pélerinage. »

On peut supposer qu'à son retour de l'Orient il rapporta le livre en question, et que ce n'est qu'à cette époque qu'il en commença l'explication dans la capitale de la Nigritie.

AUG. CHERBONNEAU.

(1) Mahmoud-ben-Mohammed-Akit, de la tribu berbère des Sanhadjas, naquit à Tombouctou en 868 (de J.-C. 1463). En 904, lorsqu'il fut promu aux fonctions de cadi, il réforma la justice en faisant disparaître la corruption qui environnait les tribunaux. Il vécut 87 ans et professa le droit pendant une cinquantaine d'années.

TRAITÉ

DE

DROIT MUSULMAN

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.



TITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ

(Moulk amer en-nefs).

Chez les musulmans, les personnes se divisent en deux classes : les personnes libres et les esclaves.

Dans la dépendance absolue de leurs patrons, les esclaves sont privés de toute liberté civile.

Le 27 avril 1848, le Gouvernement provisoire, appliquant le principe suivant : — « Le sol de la

France affranchit l'esclave qui le touche, » — décréta l'abolition de l'esclavage en Algérie.

Notre travail étant destiné aux habitants des colonies françaises du nord de l'Afrique, le décret que nous venons de citer nous dispense d'examiner toutes les questions qui se rattachent à la division des personnes.

Tout musulman en état de majorité et de bon sens peut jouir des droits attachés à sa qualité, suivant les prescriptions de la loi. Le temps de la majorité est indiqué par les signes de la puberté. Toutefois l'homme avant douze ans, la femme avant dix ans accomplis, ne peuvent être réputés majeurs.

L'homme et la femme doivent déclarer, sous la foi du serment, qu'ils sont en état de puberté et, au besoin, ils peuvent être contraints de montrer les signes qui indiquent cet état dans l'un et l'autre sexe; à défaut de cette preuve, la majorité est fixée pour les hommes à dix-huit ans et pour les femmes à quinze ans.

Certains dissidents, et notamment l'Imam Abou-Hanifa, fixent la majorité des hommes à dix-huit ans et la majorité des femmes à dix-sept ans.

L'état de majorité ne confère pas nécessairement la libre administration et ne confère pas tous les droits qui, en France, y sont attachés.

Le jeune garçon majeur est tenu de toutes les

obligations religieuses, mais il ne peut disposer de sa fortune qu'autant que la notoriété publique lui attribue une capacité suffisante.

Une mauvaise direction imprimée aux affaires met le père ou le cadi dans la nécessité de prononcer d'office une sorte d'interdiction momentanée, qui a pour effet de placer le majeur dans un état de minorité essentiellement provisoire.

La jeune fille majeure ne prend pas la direction de sa fortune. Son père reste administrateur jusqu'au moment où le mariage vient modifier sa situation; à cet instant, une présomption de capacité saisit la jeune épouse, mais cette présomption ne se convertit en certitude qu'après un temps d'épreuve fixé de une à trois années.

Ce délai passé, la femme reconnue capable devient maîtresse de ses biens; elle les possède, elle en jouit comme elle le juge convenable; elle ne peut toutefois les aliéner que jusqu'à concurrence du tiers de leur valeur. Si ses dépenses excédaient cette proportion, le mari aurait le droit de faire prononcer la nullité de toutes les dispositions prises, même relativement à la quotité du tiers disponible.

TITRE II.

DES ABSENTS.

(El-mefkoudin).

Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de sa résidence et que, depuis un certain temps, on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le cadi, afin que l'absence soit constatée (art. 115 du Code Napoléon). La disparition d'un individu dont on ignore l'existence le fait considérer comme vivant, sous certains rapports, et, sous d'autres, comme décédé.

1° *Le fait considérer comme vivant.* —Son tuteur naturel prend l'administration de ses biens, à défaut de tuteur, son fondé de pouvoirs le représente; enfin, à défaut de l'une ou de l'autre de ces personnes, la gestion est confiée à un curateur *ad hoc* nommé par le cadi.

Les tuteurs, mandataires ou curateurs sont considérés comme des dépositaires et restent comptables envers l'absent en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles (art 125 du Code Napoléon). Administrateurs seulement, ils ne peuvent aliéner les propriétés de l'absent et il ne leur est permis de

vendre que les objets sujets à dépérissement; ils sont tenus de pourvoir à la subsistance de sa famille (1) et même de ceux de ses proches (de la ligne directe, ascendante ou descendante) qui seraient dans l'indigence.

Les collatéraux n'ont aucun droit à la bienfaisance d'un parent absent. Les tuteurs, mandataires ou curateurs ne peuvent recevoir les créances ou payer les dettes sans autorisation de justice.

2° *Le fait considérer comme mort.* — On ne peut recueillir pour lui aucune succession. Ses droits restent en suspens jusqu'à l'époque de son retour ou jusqu'à ce qu'on ait acquis la certitude de sa mort.

Si l'absence a continué pendant soixante-dix ans (les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point; Sidi K'helil dit 70 ans, d'autres commentateurs varient de 70 à 120 ans), les intéressés s'adresseront au cadi, qui, dans un acte judiciaire, constatera le fait. Armés de cet acte, les héritiers procéderont dans les formes prescrites au partage des biens.

La femme de l'absent ne pourra se remarier qu'après avoir accompli un temps de retraite.

La famille de l'absent peut, en fournissant à la femme de celle-ci tout ce qui est nécessaire aux be-

(1) Par famille nous entendons ici la femme et les enfants.

soins de son existence, s'opposer pendant quatre ans à l'accomplissement d'une nouvelle union.

L'autorisation du cadi est toujours indispensable pour valider le mariage de la femme d'un absent.

On distingue : Si le mari est *raïb* (absent avec résidence connue) ou s'il est *mefkoud* (absent sans résidence connue).

S'il est *raïb*, le cadi impose le serment à la femme et lui fait affirmer que son mari l'a laissée sans ressources, et après le serment prêté, le magistrat écrit à l'absent, l'invite à fournir la somme qu'il stipule; en cas de silence ou de refus, il donne l'autorisation sollicitée.

Si le mari est *mefkoud*, le serment porte sur le point de savoir si la femme connaît ou non le lieu de sa résidence; en cas de réponse négative, l'autorisation est donnée; mais, en toute hypothèse, le mariage ne peut avoir lieu que quatre mois et dix jours après la séparation des époux.

TITRE III.

DU MARIAGE.

(Nikah').

« N'épousez que deux, trois ou quatre femmes. Choisissez celles qui vous auront plu. Si vous ne

pouvez les maintenir avec équité, n'en prenez qu'une, ou bornez-vous à vos esclaves. Cette conduite sage vous facilitera les moyens d'être justes et de doter vos femmes. Donnez-leur la dot dont vous serez convenus. Si la générosité les portait à vous la remettre, employez-la à vous procurer les commodités de la vie.

« N'épousez pas les femmes qui ont été les épouses de vos pères : c'est un crime, c'est le chemin de la perdition ; mais si le mal est fait, gardez-les. Il ne vous est pas permis d'épouser vos mères, vos filles, vos sœurs, vos tantes, vos nièces, vos nourrices, vos sœurs de lait, vos grand'mères, les filles de vos femmes dont vous avez la garde, à moins que vous n'ayez pas habité avec leur mère. Vous n'épouserez point vos belles-mères, ni belles-sœurs. Si le crime est commis, Dieu est indulgent et miséricordieux.

« Il vous est défendu d'épouser des femmes mariées libres, à moins que le sort des armes ne les ait fait tomber entre vos mains. Telles sont les lois du Seigneur, tout le reste vous est permis.

« ....Donnez à celles dont vous avez joui la dot promise, suivant la loi ; cet engagement accompli, tous les accords que vous ferez ensemble seront licites.

« Un homme débauché ne pourra épouser qu'une

femme de son espèce, ou une idolâtre. Une fille débauchée ne se mariera qu'à un impudique; ces alliances sont interdites aux fidèles. Les femmes que vous laisserez en mourant attendront quatre mois et dix jours; ce terme expiré, vous ne serez point responsables de ce qu'elles feront légitimement. — Dieu voit vos œuvres. Ne serrez les liens du mariage que quand le temps prescrit sera accompli....

« ....Les femmes doivent être obéissantes et taire les secrets de leurs époux, puisque le ciel les a confiés à leur garde. Les maris qui ont à souffrir de leur désobéissance peuvent les punir, les laisser seules dans leur lit et même les frapper....

« ....Si vous craignez la dissension entre le mari et la femme, appelez un juge de chaque côté, et s'ils consentent à vivre en bonne intelligence, Dieu fera régner la paix au milieu d'eux, parce que rien n'échappe à sa connaissance.

« ....Ceux qui jurent de ne plus vivre avec leurs femmes, et qui se repentent de leur serment, ne pourront avoir commerce avec elles avant d'avoir donné la liberté à un captif; c'est un précepte de Dieu, il connaît toutes vos actions.... Celui qui ne trouvera point de captif à racheter jeûnera deux mois de suite, et s'il ne peut supporter ce jeûne, il nourrira soixante pauvres.

« ....Ceux qui jugeront n'avoir point de com-

mierce avec leurs femmes auront un délai de quatre mois. Si, pendant ce temps, ils reviennent à elles, le Seigneur est indulgent et miséricordieux. Si le divorce est fermement résolu, Dieu sait et entend tout...

« ....Vous ne pourrez, malgré vos efforts, avoir un amour égal pour vos femmes, mais vous ne ferez jamais pencher la balance d'aucun côté, et vous les laisserez en suspens.....

« ....Que ceux que l'indigence éloigne du mariage vivent dans la continence jusqu'à ce que le ciel leur ait donné des richesses.....

« ....Vous pouvez épouser les filles libres des infidèles et des juifs, pourvu que vous les dotiez; mais il vous est défendu de vivre avec elles dans la débauche, et de les avoir pour courtisanes....

« ....O prophète! prescris à tes épouses, à tes filles et aux femmes des croyants d'abaisser un voile sur leur visage, il sera la marque de leur vertu et un frein contre les discours du public.

« Vos épouses peuvent se découvrir devant leur père, leurs enfants, leurs neveux, leurs femmes, leurs esclaves; les femmes âgées pourront quitter leur voile, pourvu qu'elles n'affectent pas de se montrer....

« Purifiez-vous après vous être approché de vos épouses. » (Extraits du *Coran*, traduction de SAVARY).

Tels sont les principaux passages du Coran relatifs au mariage; il nous reste à les développer : c'est ce que nous allons faire avec l'aide des commentateurs.

SECTION PREMIÈRE.

Des conditions relatives à la validité du mariage.

(Cherout en-nikah').

Le mariage, dit Mouradgeah-d'Hosson, est d'obligation canonique ou d'obligation imitative : d'obligation canonique, pour ceux chez qui les sens dominent avec empire, ou qui ont assez de bien pour entretenir une famille; d'obligation imitative, pour ceux dont les besoins physiques sont moins impérieux ou dont la fortune est modeste.

Toute personne majeure et saine d'esprit, de l'un ou de l'autre sexe, est libre de disposer elle-même de sa main.

Un croyant peut avoir jusqu'à quatre femmes légitimes.

Cinq conditions sont nécessaires pour la légitimité du mariage, ce sont :

1° L'état de majorité et de bon sens;

2° L'intention des conjoints de remplir le but du mariage;

3° Le consentement des parties;

4° La cérémonie dans les formes prescrites;
5° La volonté d'accomplir les devoirs mutuels.
Nous allons examiner isolément chacune de ces conditions dans l'ordre que nous venons d'indiquer.

Il faut aux conjoints :

....1° L'état de majorité et de bon sens (nous avons dit, page 2, à quel âge on pouvait être majeur ou réputé tel);

....2° L'intention de remplir le but du mariage,

....Qui est la propagation de l'espèce humaine;

....3° Le consentement des parties.

Le consentement de l'homme est indispensable; quant à la femme, il y a une distinction à établir suivant qu'elle est encore ou qu'elle n'est plus vierge. Le silence de la vierge est considéré comme un consentement; la fille déflorée doit au contraire formuler son acquiescement.

Le mariage peut être consenti par un oukil ou procureur fondé; il est conclu par un ouali ou représentant ayant droit et pouvoir de contracter pour la femme. En parlant du mariage le commentateur El Karchi définit ainsi le ouali : « par » Ouali, on entend celui qui a droit et pouvoir de » contracter le mariage, fut-il revêtu de ce droit » et de ce pouvoir par un autre ouali et d'après le » consentement de celui qui est représenté par » lui. »

Le consentement donné par le chef de famille, frère de la mineure, suffit pour valider le mariage, car il tient de sa qualité le droit et le pouvoir de veiller à tout ce qui touche à la conservation et au maintien de la famille (arrêt d'Alger, 13 février 1852).

Si la fille est sans parent, le cadi est son ouali. La veuve ou la femme divorcée peut désigner elle-même son ouali, elle n'est pas tenue de le choisir parmi ses plus proches parents.

4° Il faut encore que la cérémonie soit faite dans les formes prescrites....

.... Le mariage est célébré le plus souvent dans la maison du futur, en présence de deux témoins.

Si le mariage a eu lieu sans que cette condition ait été remplie, il peut être annulé; cependant, si on l'a célébré publiquement, les époux ne seront passibles d'aucune peine; bien que le consentement réciproque suffise pour la consommation du mariage, il est d'usage d'aller devant le cadi.

Le mari se rend seul devant ce magistrat, qui constate sa déclaration sur un registre tenu à cet effet. Après cette démarche, l'époux fait le *don nuptial.*

On entend par don nuptial le cadeau dont le mari gratifie sa femme. Le cadeau varie suivant l'état de fortune et la générosité du mari. Les pa-

rents de la future ont un double motif pour obtenir une constitution dotale considérable; d'abord, parce qu'en cas de décès du mari, la part de la femme est plus forte; ensuite, parce qu'ils espèrent que l'importance du don à solder empêchera l'époux d'user du droit de répudiation. La femme ne reçoit de ses parents qu'un trousseau, dont la richesse varie suivant la fortune de sa famille.

Lorsque le prophète épousa *Saphya*, son esclave affranchie, il décida que le seul cas dans lequel l'époux pourrait se dispenser de faire le don nuptial était celui d'union avec son esclave affranchie. La raison de cette exception est que le don de la liberté est le plus précieux des présents; nous reviendrons sur cette question du don nuptial.

Après l'acceptation du don, les noces commencent : elles durent plusieurs jours. Chacune des familles les célèbre à part. Les hommes sont séparés des femmes. Celles-ci accompagnent la mariée au bain et président à sa toilette; le quatrième jour, on conduit, en grande pompe, la mariée dans la maison de son époux.

Toujours couverte de voiles épais, la mariée est introduite par une matrone *(machta)* dans la chambre nuptiale. Sur un signe de l'époux elle prend place à ses côtés.

Après quelques instants, la machta enlève les voiles.

Ce moment est sans contredit le plus pénible pour l'époux. Il ne connait pas encore le visage de celle qui va désormais rester sa compagne, et il doit cependant, au moment où le voile tombe à côté de lui, rester fixe et immobile; un regard rapide, voilà tout; un regard prolongé serait une marque de curiosité, bien légitime assurément, mais d'un funeste présage, disent les musulmans.

Les deux époux restent ainsi côte à côte, n'osant se regarder.... Lorsque la machta s'est retirée, ils sont libres de s'admirer; à partir de ce moment ils entrent dans la vie commune.

Le lendemain, après un festin, les deux familles rentrent dans le calme habituel.

....5° Il faut aux époux la volonté d'accomplir leurs devoirs mutuels....

La femme doit soumission absolue aux ordres de son mari; elle n'a point à les discuter, elle doit obéir!! Toutefois le mari ne peut la contraindre à changer le lieu de sa résidence, ou à l'accompagner dans un voyage de plus de trois journées.

La femme qui n'a pas atteint sa onzième année ou qui n'est pas bien formée peut refuser d'accéder aux désirs de son mari.

Les droits du mari sur sa femme ne sont relatifs qu'aux avantages ou aux jouissances qui résultent de son union avec elle.

Il y a donc une grande distinction à établir entre la puissance du mari sur sa femme et la puissance du patron sur son esclave : l'une n'est que fictive, l'autre est réelle.

Le mari doit traiter également toutes ses femmes ; cette égalité de soins doit tout comprendre.

La femme esclave ne peut exiger de son époux que la moitié de ce qu'il accorde à sa femme libre. Pour octroyer une faveur exceptionnelle à l'une de ses femmes, l'époux est obligé de solliciter le consentement de ses autres épouses (1).

Durant la maladie même, l'époux doit partager ses nuits entre ses différentes femmes.

Le représentant ou tuteur du mari aliéné doit successivement conduire celui-ci à chacune d'elles.

L'aliénation mentale de la femme n'excuse pas le mari qui la néglige. Pendant la maladie de l'une de ses femmes, le mari devra passer chez elle et auprès d'elle les nuits auxquelles elle a droit.

La journée qui suit la nuit passée auprès de l'une des femmes appartient à cette femme.

Le devoir de partager ses nuits n'impose point

(1) Seïda ayant été épousée pour la seconde fois par le prophète, qui l'avait répudiée, Aïscha, l'épouse favorite, obtint d'elle la cession de ses droits au lit de leur commun époux.

D'Hosson.

à l'époux l'obligation de partager également ses faveurs maritales.

Un bon musulman ne doit point, après avoir passé une partie de la nuit chez une de ses femmes, se rendre auprès d'une autre pour y rester jusqu'au matin.

Quand un fidèle épouse une vierge, il doit passer avec elle sept nuits consécutives. Lorsque la femme n'est plus vierge, l'époux ne lui doit que trois nuits.

La femme peut toujours, avec le consentement de son mari, céder son tour à une de ses co-épouses.

L'homme doit dépenser, pour chacune de ses femmes, une somme en rapport avec son état, son rang et ses facultés.

Un logement particulier doit être assigné à chacune d'elles; deux ou plusieurs épouses peuvent habiter la même maison, pourvu qu'elles aient des appartements distincts; peu importe du reste que les dépendances soient communes.

Toutes les fois que la femme a des sujets de plaintes contre son mari, elle peut l'inviter à se rendre chez le cadi; le magistrat écoute les réclamations de l'épouse, les explications du mari, et peut contraindre celui-ci, même par la voie de l'emprisonnement, à donner satisfaction aux demandes légitimes.

Si, pendant une absence du mari, la femme manque des ressources nécessaires pour assurer son existence, elle doit s'adresser au cadi, qui l'autorise à faire des emprunts, des achats à crédit, des ventes de meubles, jusqu'à concurrence des sommes indispensables; l'autorisation ne lui est accordée qu'autant qu'elle affirme, sous serment, avoir des besoins réels et lorsqu'elle fournit caution pour la restitution de la somme, en cas de protestations de la part de son mari.

Si, pendant la durée de l'absence, le mari vient à mourir, la femme qui ne s'est point fait autoriser n'a pas le droit de réclamer à la succession le montant des sommes que le mari aurait dû lui laisser pour pourvoir à ses besoins pendant la durée de son absence.

Il n'est qu'un seul cas où la femme peut réclamer ce qui lui est dû par la succession pour l'entretien durant l'absence, c'est celui où elle serait débitrice de ladite succession; auquel cas une compensation légale s'opère entre le montant de la somme à elle due et le montant de la somme dont elle est débitrice envers les héritiers.

Le mariage est prohibé en ligne directe entre tous les ascendants, descendants et alliés dans la même ligne, c'est-à-dire entre parents au degré de père, mère, d'aïeul, de fille (quand même le mariage

avec la fille ne serait pas encore consommé), de bru, de belle-mère ou femme du père, de belle-fille (à moins que la mère de celle-ci ne fût morte ou n'eût été répudiée avant la consommation du mariage).

Le mariage est prohibé entre parents indirects ou incomplets, c'est-à-dire entre le mari et les proches parentes de la femme à laquelle il est encore uni par le lien du mariage: telles que ses sœurs ou toutes autres de ses parentes à la même proximité que celle qui emporte prohibition de mariage entre l'homme et la femme.

Un musulman ne peut épouser la femme dont il a sucé le lait.

Par la succion du lait, il s'opère entre le musulman et sa nourrice et tous les parents en ligne directe ascendante, descendante et les alliés de celle-ci, une parenté qui empêche le mariage."

Le lait d'une femme qui aurait jailli dans les narines d'un enfant, ou qui lui aurait servi de nourriture ou même de remède, opère également cette parenté.

Il y a prohibition de mariage entre un musulman et la descendance directe de la femme avec laquelle il aurait eu l'intention de contracter, s'il s'est permis envers celle-ci un baiser sur la bouche, un attouchement, même un regard voluptueux; à plus forte raison s'il a eu avec elle des relations sexuelles.

Les baisers, attouchements et désirs impurs dont une jeune fille de moins de neuf ans aurait été l'objet n'opèrent pas de parenté, partant n'entraînent pas prohibition de mariage avec ses parents.

Un musulman ne peut épouser :

1° Son esclave avant de l'avoir affranchie; car la double qualité d'époux et de maître ne peut résider en lui ;

2° Les femmes païennes (les juives et les chrétiennes ne sont pas comprises dans cette prohibition) ;

3° La femme veuve ou répudiée qui est encore dans l'*iddet* (1);

4° L'esclave étrangère;

Ce serait, disent les commentateurs, avilir une femme libre que de lui donner pour compagne une esclave que l'on épouserait après elle.

5° Une femme enceinte, à moins que la grossesse ne soit le fait de celui qui la demande;

6° Enfin une femme déjà mariée ou fiancée.

Est nul :

1° Le mariage de l'homme qui prend une cinquième femme ;

2° Le mariage d'un mahométan avec une infidèle.

(1) L'*iddet* est un temps de retraite légale, soit après la mort du mari, soit après la répudiation ; nous consacrons un chapitre à l'iddet.

Il est trois sortes de personnes qui peuvent imposer le mariage : le patron, le père et le tuteur.

Dans tous les cas, le maître peut imposer le mariage à son esclave ; l'esclave ne peut refuser, à moins qu'il ne s'agisse d'un mariage avec un individu fou, malade, impotent ou incomplet. Toutefois, lorsque la propriété de l'esclave n'est pas entière, c'est-à-dire lorsque l'esclave appartient par indivis à plusieurs maîtres, le consentement de chacun d'eux est nécessaire pour la validité du mariage.

Le père a un pouvoir moins absolu ; mais il peut imposer le mariage :

....A sa fille encore vierge, à moins qu'il ne s'agisse de l'unir à un fou, à un impuissant ou à un être difforme.

....A sa fille jeune encore mais défloréc, soit par le rapprochement volontaire des sexes, soit par accident, soit par violence.

....A sa fille atteinte de folie.

Le tuteur testamentaire a les mêmes droits que le père dans les circonstances plus haut énoncées.

SECTION II.

De la puissance maritale.

(Asmet ez-zoudj ala ez-zoudja)

Le mari doit employer tous les moyens de douceur pour ramener sa femme à l'accomplissement

de ses devoirs. En cas de résistance prolongée, il peut l'exclure provisoirement du lit conjugal et lui refuser ses faveurs.... au besoin, il est autorisé à la battre!...

La femme qui a des sujets de plainte contre son mari, doit le faire mander par le cadi; après les observations de circonstance, le magistrat est libre de faire administrer la bastonnade à l'une ou à l'autre des parties.

En cas de doute sur la vérité des allégations respectives, le cadi nomme des arbitres faisant fonctions de garnisaires;—il choisit de préférence des parents, à défaut de parents il désigne des voisins.—Il faut que les arbitres soient d'une sincérité et d'une probité notoirement connues.

Pendant la durée de l'arbitrage d'observation, les arbitres ne doivent pas perdre de vue les époux.

Après un certain temps, ils prononcent une sentence que les époux sont tenus de respecter sans qu'il soit besoin de recourir au cadi pour la faire homologuer.

SECTION III.

De la dot ou don nuptial.

(Mah'r. — Sedak).

En partant du principe (admis par le musulman) que le mariage n'est qu'un contrat de vente, le don

nuptial (*mah'r*) est le prix du marché dont la femme est l'objet. Le prix peut être stipulé payable en numéraire ou en objets de toute nature, pourvu qu'ils ne soient pas impurs et qu'ils puissent être livrés.

Le don nuptial peut être stipulé payable à terme. La répudiation prononcée par le mari entraîne, suivant le rite hanefi, la déchéance du terme et l'oblige à payer de suite la somme promise ou restant dûe. Il suit de là, comme nous l'avons dit plus haut, que les parents ont intérêt à faire élever autant que possible la constitution dotale, pour mettre un frein et un obstacle à la réalisation des caprices de l'époux.

D'après le rite maleki, le mari qui répudie sa femme ne perd pas le bénéfice du terme fixé lors du mariage pour le paiement de la dot.

Le don nuptial est un des éléments essentiels pour que le mariage soit parfait; il peut varier suivant la fortune des contractants, mais il est obligatoire.

Lorsque le don nuptial consiste en objets ou denrées, si ces objets n'ont pas la valeur indiquée, la femme a une action contre son mari pour se faire remettre la différence.

Lorsqu'un objet a été donné à titre de dot par un individu qui n'en était pas propriétaire ou qui était propriétaire d'une partie seulement, la femme a le choix, ou de réclamer la valeur totale de la dot,

ou de garder la partie dont le donateur était propriétaire, en exigeant de lui le paiement de la différence.

Il n'est pas nécessaire de verser l'intégralité du don nuptial contractuel au moment du mariage. Le paiement de la dot peut être renvoyé au moment où le mari se trouvera en position de l'acquitter. Toutefois il est indispensable pour la validité du contrat, qu'un versement partiel ait lieu.

Le mari peut donner à une femme, à titre de dot, la liberté de son père, de son frère ou de son enfant; la femme peut refuser toute entrevue privée avec son mari tant que le don nuptial n'a pas été délivré.

Si le mari qui s'est obligé à fournir une dot dans un délai déterminé ne l'acquitte pas, le cadi peut en fixer un nouveau; mais, dans ce cas, le mari est astreint à fournir caution.

Dans le rite maleki comme dans le rite hanefi, la constitution dotale devient exigible par la mort, la faillite ou la déconfiture du mari.

Bien que propriétaire de la dot, la femme ne peut en disposer, même avec le consentement de son mari, pendant la durée du mariage.

Dans le cas où la femme contracte des dettes pendant la durée du mariage, ses créanciers ne peuvent saisir sa dot ou les objets mobiliers qui en sont la re-

présentation. Le mari peut s'opposer aux poursuites en se fondant sur cette circonstance que la dot a été fournie pour augmenter la somme des jouissances qui résultent pour lui d'un entretien convenable.

Les créanciers du mari ne peuvent pas poursuivre sur la dot de la femme l'exercice de leurs droits, car la propriété de la dot est restée personnelle à celle-ci.

Des principes ainsi posés, résulte la conséquence que la dot est inaliénable.

Les biens du mari sont affectés à la conservation de la dot, et l'augmentation ou la perte sont à son profit ou à sa charge.

De ce qui précède, suit la conséquence que les musulmans ne connaissent pas le régime de la communauté; le régime dotal seul est admis par eux; à quelques différences près, il est soumis aux mêmes règles que le régime dotal en France.

Quoique tous les biens du mari forment la garantie du don nuptial, la femme n'a pas de droit de suite sur les immeubles vendus par son mari.

Il en est de même chez les israélites; c'est ce que nous démontrerons dans un travail qui est en cours de publication.

Par suite des rapports qui existent entre les Européens et les musulmans, on se demande si un créancier personnel à la femme serait admis à faire valider

une saisie-arrêt faite entre les mains du mari comme débiteur, après séparation, du solde du don nuptial, alors que l'engagement aurait été contracté solidairement par le mari et par la femme pendant la durée du mariage.

Nous pensons que les tribunaux devraient se refuser à sanctionner une pareille prétention. Bien que la restitution se compose d'objets mobiliers ou de numéraire, il nous semble qu'elle a un caractère d'inaliénabilité fondée sur cette circonstance que, abandonnée par celui qui avait charge de pourvoir à son existence, la femme doit conserver franche, pour subvenir à ses besoins, la somme restituée. — D'autre part, il faut tenir compte de sa faiblesse et la mettre à l'abri des suggestions intéressées de son mari.

Notre opinion est partagée par le savant El Hadj Hamed Embarek.

Nous aurons encore l'occasion de revenir sur la question du don nuptial, en parlant de la dissolution du mariage.

SECTION IV.

De la dissolution du mariage.

(Ibtal en-nikah'-fokk el-ásma).

Le mariage se dissout :

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par l'option;
3° Par la répudiation;
4° Par le divorce;
5° Par suite d'anathèmes mutuels;
6° Pour cause d'impuissance;
7° Enfin pour cause d'apostasie.

1° *Le mariage est dissout par la mort de l'un des époux.* — La mort naturelle.

2° *Le mariage est dissout par l'option....*

On entend par option le droit de consentir au maintien du mariage ou d'exiger la dissolution. Le droit d'option n'existe que dans les circonstances suivantes :

Lorsque l'un des deux conjoints n'a pas eu, avant de contracter mariage, connaissance des défauts révocatoires de l'autre conjoint;

Lorsque, ayant eu connaissance des défauts de cette nature, le conjoint a protesté contre toute acceptation ou bien n'a eu aucun rapport sexuel avec l'autre conjoint.

En cas de contestations entre époux, soit sur la question de savoir si le conjoint qui désire user de la faculté d'opter a été prévenu des défauts révocatoires, soit sur le fait des rapports voluptueux, le serment est déféré.

Nous renvoyons à M. Perron (*Exploration scien-*

tifique de l'Algérie, t. 2, p. 404), pour le détail des causes matérielles de l'option.

Le mariage étant dissout par l'option, le don nuptial est dû à la femme, s'il y a eu relations sexuelles; dans le cas contraire, elle ne peut rien exiger.

Lorsque la dissolution par option arrive à la suite de la reconnaissance du mari sur la condition (libre ou serve) de la femme avec laquelle il a eu des relations, s'il lui a promis un don contractuel, il n'est pas tenu de le lui remettre; il ne lui fait que le don coutumier.

On entend par don coutumier ou proportionnel, la gratification extra-contractuelle donnée à la femme en raison de ses qualités, de sa beauté, etc....

Comme le don nuptial, le don coutumier est obligatoire.

Le premier est dû au moment où le contrat est formé; le second n'est dû qu'au moment de la cohabitation.

*

3° *Le mariage est dissout par la répudiation....*

Il est écrit dans le Coran :

« Si la dureté et l'aversion du mari faisaient craindre à la femme d'être répudiée, elle doit s'efforcer de le ramener à la douceur; la réconciliation mutuelle est le parti le plus sage.

« Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué. Comptez les jours exactement. Avant ce temps, vous ne pouvez ni les chasser de vos maisons, ni les en laisser sortir, à moins qu'elles n'aient commis un adultère prouvé. Tels sont les préceptes du Seigneur. Lorsque le terme est accompli, vous pouvez les retenir avec humanité ou les renvoyer suivant la loi. Appelez des témoins équitables. Qu'ils assistent à vos engagements. Que le ciel soit pris à témoin de leur sainteté!....

« ....Attendez trois mois avant de répudier les femmes qui désespèrent d'avoir leurs mènstrues. Usez-en de même envers celles qui ne les ont point encore eues. Gardez celles qui sont enceintes jusqu'à ce qu'elles aient mis leur fruit au jour.

« Laissez aux femmes que vous devez répudier un asile dans vos maisons. Ne leur faites aucune violence pour les loger à l'étroit. Accordez à celles qui sont enceintes tous les soins convenables pendant le temps de leur grossesse. Si elles allaitent vos enfants, donnez-leur une récompense réglée entre vous avec équité; s'il se trouve des obstacles, ayez recours à une autre nourrice.

« ....Les femmes répudiées laisseront écouler trois mois avant de se remarier. Elles ne pourront cacher qu'elles sont enceintes, si elles croient en Dieu et au dernier jugement. Il est plus équitable

alors que le mari les reprenne s'il désire une sincère réconciliation....

« ....La répudiation n'aura lieu que deux fois. Les maris garderont leurs femmes avec humanité, ou les renverront avec justice. Ils ne peuvent rien retenir de leur dot, à moins que les deux époux ne craignent de passer les bornes prescrites par le Seigneur. Alors le mari a le droit de se racheter de la rigueur de la loi.

« ....Celui qui répudiera trois fois une femme ne pourra la reprendre qu'après qu'elle aura passé dans la couche d'un autre époux qui l'aura répudiée.

« ....Lorsque vous aurez répudié une femme et que le temps de la renvoyer sera venu, gardez-la avec humanité ou la renvoyez avec bienfaisance. Ne la retenez point par force, de peur d'être prévaricateur.

« ....Lorsque la femme que vous aurez répudiée aura attendu le temps marqué, ne l'empêchez pas de former légitimement un second hymen.

« ....Les mères allaiteront leurs enfants deux ans complets, s'ils veulent téter pendant ce temps. La nourriture et le vêtement regardent l'époux de la femme. Il doit l'entretenir comme il convient, suivant ses facultés. Les parents ne seront pas contraints de faire pour leurs enfants plus qu'ils ne peuvent, ni les tuteurs pour leurs pupilles. Il sera

permis à la mère de sevrer son nourrisson du consentement du mari; ils peuvent aussi appeler une nourrice, pourvu qu'ils lui paient fidèlement ce qu'ils auront promis.

« . . . . Vous ne serez soumis à aucune peine en répudiant une femme avec qui vous n'avez point eu commerce ou à qui vous n'aurez point assigné de dot. Ce que vous donnerez à vos femmes doit répondre à vos facultés; le riche et le pauvre les doteront différemment.

« . . . . Les dédommagements accordés aux femmes répudiées doivent avoir pour règle la justice et la crainte de Dieu. »

La répudiation est un acte réservé au mari, maître de rompre à son gré le lien conjugal.

Sans des motifs graves, un musulman ne peut justifier cet acte aux yeux de la religion et de la loi. « Que Dieu maudisse quiconque répudie sa femme par le seul motif de plaisir. »

Comme pour contracter mariage, il faut pour exercer le droit de répudiation, être majeur et sain d'esprit. Un homme qui a répudié deux fois sa femme ne peut la reprendre qu'autant qu'elle aura été depuis mariée à un autre homme.

La répudiation est simple ou par un, double ou par deux, triple ou par trois.

La répudiation par trois est définitive.

Un seul mot proféré par le mari opère la répudiation de la femme. La répudiation doit avoir lieu pendant que la femme est en état de pureté (c'est-à-dire entre les menstrues et les premiers rapports sexuels), elle ne peut avoir lieu pendant l'iddet ou temps d'attente légale que subirait la femme pour une répudiation précédente et révocable.

Les paroles : *Je te répudie*, ou toutes autres ayant le même sens et indiquant nettement l'intention, suffisent pour opérer la répudiation. Les mots : *Je te répudie par une bonne (ou mauvaise) répudiation*, indiquent la répudiation par un; ceux-ci : *Je te répudie, mets-toi en iddet*, indiquent la répudiation par deux; enfin les mots : *Tu as la bride sur les épaules*, ou tous autres emportant l'idée d'une intention bien arrêtée de rendre une liberté complète, constituent la répudiation par trois ou définitive.

Il est bon de faire remarquer en passant la gradation de ces trois formes de répudiation. La première peut être le résultat d'un mouvement irréfléchi; la seconde implique une réflexion plus grande; la troisième, enfin, exprime une sorte d'abdication définitive, de renonciation entière à tout rapport avec la femme.

La répudiation est imparfaite tant que la femme est dans son iddet, c'est-à-dire se trouve dans le délai de trois mois après l'acte de répudiation. Le

mari peut, durant ce délai, opérer la réunion verbalement ou par action ; verbalement, en disant à la femme : *Je retourne à toi;* par action, en cohabitant avec elle, en lui donnant un baiser, etc....

En cas de répudiation imparfaite, la femme ne cesse pas d'être épouse; cependant toutes communications avec son mari lui sont interdites. L'époux conserve l'obligation de pourvoir aux besoins de sa femme, mais il lui est défendu de porter sur elle un seul regard; de voir ses cheveux, de rester seul avec elle, de lui adresser la parole, et cela jusqu'à ce que la répudiation parfaite ou la réunion définitive ait lieu.

Pour faire cesser les effets de la répudiation incomplète, il suffit au mari de rappeler sa femme en présence de témoins.

La répudiation est parfaite lorsque le mari a laissé écouler l'iddet sans reprendre sa femme; il faut alors, pour que la réunion soit régulière, le consentement de la femme et de nouvelles conventions relativement au don nuptial.

En cas de répudiation, soit parfaite, soit imparfaite, le mari doit faire à sa femme un *don de consolation* proportionné à l'état de sa fortune.

Toutefois, l'obligation n'existe qu'autant que le mariage ne serait pas entaché de nullité.

Nous avons eu souvent l'occasion de parler de

l'iddet de la femme, nous allons donner quelques détails sur la signification et la portée de ce mot.

Le verset 228, chap. II du Coran (traduction de Kasimirski), dispose qu'une femme veuve ou séparée de son mari est obligée de rester en retraite pendant un certain temps avant de pouvoir contracter un nouveau mariage.

Cette retraite se nomme iddet; elle est de trois espèces, chacune caractérisée selon la nature de la séparation entre les époux : 1° celle de la répudiation soit parfaite, soit imparfaite; 2° celle de la séparation juridique; 3° celle de viduité.

La durée de l'iddet est fixée au terme de trois infirmités périodiques, afin qu'avant de contracter un autre mariage la femme puisse s'assurer qu'elle n'est pas enceinte.

Si la séparation a lieu pendant les jours d'impureté, la femme doit voir trois fois ses règles; son iddet cesse le dixième jour de la troisième infirmité périodique.

La femme qui veut être réputée hors de son iddet est obligée d'affirmer sous serment qu'elle a subi les infirmités de son sexe à trois reprises différentes depuis la mort de son mari ou sa répudiation. Si la femme n'éprouve pas les infirmités périodiques dont il est question, soit à cause de

son âge, soit pour toute autre raison, son iddet est de quatre-vingt-dix jours.

Si, après une répudiation imparfaite par un ou par deux, le mari reprend sa femme au milieu de son iddet et la répudie de nouveau, elle est tenue à une nouvelle retraite entière, bien qu'elle n'ait pas eu avec son mari de rapports sexuels.

L'iddet de la veuve est plus long; elle ne peut se marier que quatre mois et dix jours après la mort de son mari. Si, après avoir répudié sa femme, le mari meurt pendant l'iddet, celle-ci doit recommencer une nouvelle retraite, comme il vient d'être dit.

Enfin, si le mari meurt pendant la grossesse de sa femme, l'iddet de viduité commence au moment des couches et se prolonge pendant le temps ci-dessus indiqué.

Pendant son iddet, la femme est tenue aux mêmes obligations que pendant le mariage; elle continue de recevoir, soit du mari, soit de sa succession, les sommes nécessaires pour son entretien. Après la répudiation imparfaite, la femme peut rester dans la maison conjugale; après la répudiation parfaite, elle est tenue d'avoir un domicile à part.

Nous avons omis de dire qu'après la répudiation parfaite, les filles suivent la mère et les fils restent avec le père.

Au titre des successions, nous verrons que la femme conserve pendant l'iddet son droit d'hérédité sur son mari, tandis que le mari ne conserve ses droits d'hérédité sur la femme pendant son iddet que lorsque la répudiation ou la séparation a eu lieu sur la demande de la femme, faite en état de maladie. En cas de grossesse, le temps de l'iddet de la femme esclave se compte comme celui de la femme libre; en cas de séparation, la retraite n'exige que deux époques; enfin, en cas de viduité, elle n'est que de deux mois et cinq jours.

Souvent la répudiation n'est que conditionnelle et soumise à certaines éventualités. Dans ce cas, l'iddet ne commence que lors de la réalisation de la condition ou de l'événement prévu.

La femme veuve ou séparée de son mari est tenue de porter le deuil pendant toute la durée de son iddet.

La femme en deuil doit s'abstenir de toute parure et de tout vêtement de couleur éclatante. L'usage des parfums et du henné lui est interdit, à moins qu'elle n'ait besoin d'en faire usage pour cause d'indisposition réelle.

4° Le mariage est dissout par le divorce.

Le divorce (en arabe, composition, rachat) est

le moyen offert à la femme de se libérer de l'autorité maritale.

Toutes les fois que la répudiation a lieu moyennant un sacrifice à la charge de la femme, elle n'est autre chose qu'un divorce.

Le divorce se fait par acte juridique et ne peut avoir lieu sans le consentement du mari, auquel est réservé le privilége exclusif de le décider et de le prononcer.

Bien que le mari pubère soit soumis encore à la puissance paternelle, il a seul le droit d'accepter le divorce.

A l'exclusion de tous autres, le mari touche le prix du rachat. Le paiement de ce prix peut être fait en numéraire ou en objets, à la convenance du mari; la somme peut être fournie par un tiers.

La femme impubère ou qui n'est pas émancipée ne peut solliciter le divorce.

La femme créancière de son mari ne peut demander le divorce en offrant à son mari un délai pour payer sa dette. Le prêt à intérêt étant défendu par la loi du Prophète, la femme ne peut stipuler une pareille condition, car, dans ce cas, sa liberté représenterait l'intérêt de l'argent prêté à son mari.

Le mari est maître de ne rien accepter et d'accorder le divorce sans que la femme soit tenue de

payer le prix du rachat. En cas de divorce, le mari n'est pas obligé, comme en cas de répudiation, de payer le don nuptial.

A partir du divorce, tout droit à l'entretien et à la nourriture cesse pour la femme.

Le père d'une fille mineure peut demander le divorce, à charge par lui de payer le prix convenu. Si, après avoir donné son consentement aux propositions du père de sa femme, le mari reçoit un objet quelconque appartenant à celle-ci, le divorce devient une simple répudiation qui astreint le mari au paiement du don nuptial.

5° *Le mariage est dissout par suite d'anathèmes mutuels.*

Ce mode de dissolution n'existe qu'en faveur des musulmans libres, sains d'esprit, majeurs et habiles à porter témoignage en justice.

Lorsque le mari accuse la femme d'adultère, celle-ci a le droit d'introduire contre lui une action, afin de le forcer à soutenir ou à nier ses allégations; s'il persiste, il affirme par serment le bien fondé de ses accusations, en disant à quatre reprises différentes (1) : « J'atteste Dieu de la vérité de mon

(1) « Ceux qui accuseront leurs femmes et qui n'auront pas d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes, jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité, et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu s'ils ont menti. » —

(Versets 6 et 7 du chap. 22 du Coran.)

accusation d'adultère; » la cinquième fois il ajoutera : « Que la malédiction de Dieu soit sur celui qui accuse injustement cette femme. » Après ce serment, la femme avoue son crime ou le nie; si elle l'avoue, elle subit la peine de l'adultère (1); si elle le nie, elle prête serment en ces termes : « L'accusation portée contre moi par cet homme est fausse, j'en atteste Dieu. » Après avoir prononcé cette formule quatre fois, elle recommence et ajoute : « Que le courroux de Dieu éclate sur moi si je ne dis pas la vérité. » Le magistrat constate alors le double anathème par un acte juridique, et déclare le mariage dissout.

Le mari ne peut reprendre sa femme sans rétracter formellement son accusation; il est alors soumis à la peine afflictive que la loi décerne contre une personne qui en a insulté une autre.

Lorsque le mari désavoue un enfant qu'il prétend être le fruit de l'adultère ou de l'inceste, les formules sont les mêmes et les conséquences sont identiques.

En cas de désaveu de paternité, le mari doit

(1) « Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les visite ou que Dieu leur envoie un moyen de salut. »

(Coran, chap. 4, verset 19.)

prouver qu'il n'a pas cohabité avec sa femme depuis une époque antérieure à la conception de l'enfant.

Si le mari, absent depuis plusieurs années, trouve en rentrant dans le domicile conjugal des enfants, il a le droit de les désavouer et de prononcer contre sa femme l'anathème qui entraîne la dissolution du mariage.

L'anathème, à moins de rétractation formelle et de soumission aux peines du parjure, entraîne la prohibition perpétuelle d'un nouveau mariage entre les deux époux. L'époux qui a subi une peine pour une fausse accusation portée par lui ne peut plus lancer l'anathème et provoquer ainsi la dissolution de son mariage, car le caractère d'infamie qu'imprime toute peine afflictive fait perdre le droit de témoigner en justice.

6° *Le mariage est dissout pour cause d'impuissance.*

Si le mari n'est pas en état de remplir le devoir conjugal avec une femme vierge, la femme a le droit de demander la séparation. Si le mari proteste contre l'accusation, on lui défère le serment, et le magistrat charge une matrone d'examiner la femme. Le rapport de cette matrone entraîne, s'il est conforme aux déclarations de l'épouse, la séparation, quand même le mari se refuserait à prêter le serment.

Dans le cas où son mari avoue son impuissance, le magistrat lui accorde un délai pour s'assurer si son infirmité est curable ou non.

La femme esclave ne peut solliciter la séparation pour cause d'impuissance que par l'intermédiaire de son patron.

En cas de séparation pour cause d'impuissance du mari, le don nuptial et le don de consolation (c'est-à-dire le double du don nuptial) sont dus à la femme.

7° *Le mariage est dissout par l'apostasie de l'un des conjoints.*

« Si les deux époux, dit Mouradgeah-d'Hosson, agissant de concert, apostasient, puis abjurent ensemble leur erreur, leur conversion simultanée à la foi musulmane rétablit entre eux le lien du mariage. »

SECTION V.

De la paternité et de la filiation.

(El-ouboua *ou* El-bounoua).

Ce titre se divisera en plusieurs parties : la première comprendra la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage; la deuxième partie comprendra les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants; enfin, la troisième in-

diquera les devoirs des enfants envers leurs père et mère.

§ 1er.

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; d'après la loi française, celui-ci peut désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le sept cent vingtième jour jusqu'au cent quatre-vingtième avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelqu'accident, dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme (art. 312 du Code Napoléon.)

En droit musulman, le mari ne peut désavouer l'enfant de sa femme qu'autant qu'un délai de quatre ans suivant les uns, de cinq ans suivant les autres, se serait écoulé depuis une absence ou une impossibilité de cohabitation régulièrement constatées.

Cette disposition est applicable même au cas où la femme divorcée-répudiée, qui n'aurait pas contracté un second mariage, deviendrait mère.

Pour désavouer l'enfant, le mari est soumis aux formalités indiquées au paragraphe relatif à la dissolution du mariage pour cause d'anathèmes mutuels.

Certains jurisconsultes musulmans, notamment l'imam Malek, pensent et disent que le terme de la gestation peut s'étendre à cinq et même à sept années.

L'enfant qui nait dans le sixième mois est réputé légitime; il en est de même de l'enfant dont une femme accoucherait avant le terme complet de deux ans, à compter du jour de sa viduité ou de sa répudiation, si pendant tout ce temps elle n'a pas eu ses menstrues et si elle n'a pas déclaré formellement qu'elle était hors de son iddet.

Lorsqu'une veuve a déclaré qu'elle n'était pas enceinte, l'enfant dont elle est accouchée ne peut être attribué au défunt que s'il est né avant l'expiration du onzième mois, à compter du décès de l'époux.

Le mari peut, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant; il peut encore le désavouer en cas d'adultère (contrairement aux dispositions de l'art. 313 du Code Napoléon). Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il doit le faire dans les sept jours de la naissance de l'enfant, s'il se trouve sur les lieux; dans les sept jours depuis son retour ou après qu'il a eu connaissance de la naissance, s'il était absent ou si on la lui avait dissimulée (art. 316 du Code Napoléon).

Le mari qui d'avance s'est occupé de préparatifs pour l'enfant ou pour les couches de la femme est déchu du droit de désavouer.

Le désaveu admis, l'enfant est réputé bâtard.

La filiation des enfants légitimés se prouve par

la notoriété et par des témoignages qui constatent que le père n'a point désavoué.

§ 2.

Les soins de l'éducation physique (houdana) sont laissés au père; l'éducation morale (et-tadib) regarde la mère. Tant que les enfants sont mineurs, le père peut en disposer à son gré; il peut les marier contre leur volonté. Lorsqu'ils sont majeurs, le père ne peut les marier qu'avec leur consentement. De même qu'il est maître de la personne de ses enfants mineurs, le père est administrateur de leurs biens; il ne peut les employer à l'acquittement de ses dettes personnelles (art. 384 du Code Napoléon). La mère libre seule, a le droit de garder, nourrir, entretenir et élever son enfant mâle ou femelle.

Les parents de la femme morte succèdent à ce droit, à l'exclusion du père. En cas d'extinction de la ligne maternelle, ce droit passe au père, et, après lui, aux parents de sa ligne.

L'enfant doit être élevé au domicile paternel et ne peut être emmené hors du lieu de sa naissance sans le consentement de son père.

La femme répudiée conserve le droit d'élever ses filles et de garder ses fils jusqu'à leur majorité. Le nouveau mariage de la femme répudiée ne fait

pas rentrer les enfants sous la garde de leur père. Néanmoins, si la mère détournait de leur destination les fonds alloués en vue des besoins réels des enfants, l'époux ferait prononcer la déchéance des droits de houdana (éducation physique) et reprendrait ses enfants sans distinction de sexe. Il va sans dire qu'en toute hypothèse le père conserve un droit de haute surveillance sur ses enfants. Le magistrat est toujours juge souverain appréciateur des plaintes qui pourraient être formulées par l'un des époux contre l'autre, au sujet des enfants communs.

Si le père quitte définitivement la résidence occupée par la femme même répudiée, il a le droit d'emmener ses enfants avec lui.

La femme musulmane est libre de ne pas nourrir son enfant de son propre lait; toutefois, c'est une obligation sacrée pour elle lorsqu'elle ne veut ou ne peut prendre une nourrice, ou lorsque l'enfant éprouve de la répugnance pour un sein étranger.

§ 3.

L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses parents (art. 371 du Code Napoléon).

En cas d'éloignement, le fils doit visiter ses père et mère une fois au moins tous les sept ans.

L'enfant doit des aliments à ses père et mère et à ses autres parents, en ligne directe ascendante

et descendants qui se trouvent dans le besoin (art. 205 du Code Napoléon).

En cas d'absence, les parents indigents peuvent se faire autoriser par le juge à emprunter des fonds pour le compte de l'absent. Le père de celui-ci a même le droit de faire vendre ses meubles.

Les aliments ne sont dus et accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit (art. 208 du Code Napoléon).

SECTION VI.

Des Tuteurs.

(El-mokaddem).

Le tuteur a sur son pupille l'autorité du père. Suivant le rite hanefi, le tuteur peut épouser sa pupille mineure; dans ce cas, la pupille devenue majeure peut, si le mariage n'a point été consommé, en demander la rupture. Si la femme réclame contre l'union contractée, non par le père ou la mère, mais par le tuteur naturel, elle doit affirmer, par serment, qu'au moment où elle a éprouvé sa première incommodité périodique, elle a protesté contre le mariage imposé par le tuteur.

D'après le rite maleki, le tuteur ne peut, en aucun cas, épouser sa pupille mineure.

La femme ne peut être investie d'aucune tutelle; mais son état d'infériorité n'est point tel que, dans le silence et l'oubli de tous, elle ne puisse défendre utilement ceux qui sont sous sa garde et qui, selon l'expression de la loi, ne sauraient se défendre eux-mêmes en raison de la faiblesse de leur âge. La Cour d'Alger l'a décidé ainsi le 26 janvier 1853, dans l'affaire Ahmed ben Ali Kodja contre Cappé.

Le père d'enfants mineurs peut conférer à un tiers les fonctions d'ouassi ou d'oukil. La tutelle ainsi conférée est la plus respectable aux yeux des musulmans, parce qu'elle émane directement de la volonté et de la confiance du père de famille; elle ne peut être révoquée que dans des cas excessivement graves, comme l'inimitié du tuteur pour son pupille.

L'ouassi a la gestion générale et entière des biens des enfants du défunt; il exerce sur eux la puissance paternelle. Il remplace de droit le père de famille, quant à la surveillance des filles mineures, jusqu'à leur mariage inclusivement, et ses droits ne peuvent être modifiés ni annihilés par ce fait que la mère de la pupille aurait chargé avant de mourir une autre parente des soins à donner à l'enfance et à la jeunesse de sa fille (arrêt d'Alger, 28 février 1853).

Le cadi est le tuteur légal de tous les mineurs.

Sa puissance ne s'exerce qu'en l'absence du tuteur nommé.

La tutelle du cadi ne peut se prolonger au-delà de la majorité du pupille orphelin, à moins que sa conduite ne révèle l'incapacité (Alger, 10 octobre 1854. Kaddour ben Makfoudj contre le cadi Hanefi).

Tout musulman, parent ou non parent d'un mineur, peut intenter une action contre les stipulations d'un acte qui porte préjudice audit mineur, sans même que des pouvoirs judiciaires spéciaux lui aient été conférés à cet effet (Alger, 22 octobre 1849).

Le majeur qui est en état habituel d'imbécilité, de démence ou de fureur, reste sous l'autorité paternelle.

Le tuteur ne peut refuser l'émancipation à celui qui, devenu majeur, ne révèle pas, par des mœurs excentriques et une conduite extravagante, une sorte d'incapacité.

Afin d'éviter la confusion entre les différentes expressions employées à l'occasion de la tutelle, nous les expliquons :

L'oukil est le mandataire du père vivant ;

L'ouali est le mandataire chargé spécialement de formuler le consentement au mariage ;

L'ouassi est l'exécuteur testamentaire du père décédé ;

Le mokaddem est le tuteur de l'orphelin mineur.

SECTION VI.

De l'adoption.

(El-Is libak).

L'homme et la femme peuvent adopter des enfants de l'un et de l'autre sexe. Pour que l'adoption soit possible, il faut que la naissance de l'adopté soit inconnue, que les adoptants aient l'un et l'autre l'âge nécessaire pour admettre, d'une manière naturelle, cette adoption filiale, enfin, que l'adopté consente, s'il est en âge de raison.

L'adoption impose aux père et mère adoptifs les devoirs paternels et maternels, et confère à l'adopté les droits des enfants.

Si, à la mort de l'adoptant, la mère de l'adopté prétend avoir été l'épouse du décédé, sa simple déclaration suffit pour lui donner droit à la légitimité ordinaire des veuves.

On peut avec le consentement d'un individu l'adopter *pour père*. L'adoptant, en ce cas, se soumet vis-à-vis de l'adopté aux devoirs qui incombent à l'enfant.

La loi admet même l'adoption collatérale à titre de frère, d'oncle, de cousin ou de neveu; mais, dans ce cas, l'adopté ne peut exercer de droits sur la succession de l'adoptant qu'à défaut d'héritiers naturels et légitimes.

La loi autorise encore l'adoption patronale, qui consiste à se reconnaître l'esclave affranchi de la personne qu'on adopte pour son patron et qui lui donne droit à la succession de l'adoptant.

Cet acte, pour être valide, doit réunir les six conditions suivantes :

Il faut ; 1° que la naissance de l'adoptant soit inconnue; 2° qu'il n'ait aucun héritier; 3° qu'il ne soit pas Arabe; 4° que les deux parties consentent; 5° que l'adopté soit majeur et sain d'esprit; s'il est mineur, Il faut le consentement de son père; 6° enfin qu'il assume la responsabilité civile qui incombe à tout patron.

TITRE IV.

DE L'INTERDICTION.

(Et-tahdjir).

L'interdiction est un fait légal et civil qui entraîne défense temporelle ou perpétuelle de continuer l'exercice de certains droits.

Suivant le rite maleki, les mineurs, les vieillards imbéciles, les insensés, les esclaves, les prodigues et les banqueroutiers sont ou peuvent être interdits.

Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent.

Si l'interdiction est nécessitée par un état cons-

taté d'aliénation mentale, les parents directs peuvent la prononcer sans l'intervention du cadi.

Les interdits ne peuvent contracter, à moins qu'ils n'y soient expressément autorisés; les esclaves doivent êtres assistés de leurs patrons, les mineurs et les vieillards de leurs tuteurs légitimes, et les autres d'un curateur désigné par le cadi.

Le curateur ne peut homologuer que les actes qui, d'après une saine appréciation, ne présentent rien de préjudiciable aux intérêts du pupille.

Un arrêt d'Alger, en date du 10 janvier 1854, a décidé que l'incapacité de l'interdit est absolue, et la décision qui la constate doit avoir un effet rétroactif quand les causes de cette décision avaient une existence antérieure. — En conséquence, le bail consenti par l'interdit avant le jugement qui prononce l'interdiction et lui nomme un tuteur, doit être annulé lorsqu'il est constant que l'incapacité existait déjà : qu'il résulte des circonstances et notamment de la vileté du prix stipulé, que le preneur ne l'ignorait pas, et que les sommes payées par celui-ci, loin de tourner à l'avantage du bailleur, n'ont servi qu'à aider ses désordres.

Tous les actes faits par des interdits sont nuls, à moins qu'il ne dût résulter de ces actes un avantage évident pour eux.

Les interdits ne peuvent servir de témoins ou ester en justice; le mineur et le vieillard tombé en enfance

ne peuvent répudier leurs femmes ou affranchir leurs esclaves, même avec le consentement de leurs tuteurs. Le mineur, l'esclave et le banqueroutier sont en état d'interdiction légale. L'état d'interdiction des vieillards, des insensés et des prodigues doit être déclaré.

La loi musulmane n'impose pas l'accomplissement de formalités analogues à celles prescrites par l'art. 501 du Code Napoléon. En Algérie, l'inobservance de ces formalités ne peut donner naissance à une fin de non-recevoir contre les demandes de l'interdit tendant à obtenir la nullité des aliénations par lui consenties depuis son interdiction (Alger, 7 février 1843).

Aucune disposition législative n'a imposé, en Algérie, l'obligation d'afficher chez les notaires français l'extrait des jugements portant interdiction des musulmans (Alger, 11 octobre 1842).

L'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire ne peut être prononcée pour cause de prodigalité, d'après le rite hanefi.

Cette affirmation est corroborée par un arrêt rendu le 25 août 1856 par le medjelès de Constantine, dans l'affaire de la dame Zeihra bent Ibrahim Naaman Bey.

LIVRE II.

DES BIENS.

(El-amoual).

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS ET DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

Tous les biens sont meubles ou immeubles (art. 516 du Code Napoléon).

Sont meubles par leur nature : les corps qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (art. 528 du Code Napoléon).

Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers (art. 529 du Code Napoléon).

Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications apportées par la loi.

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières (art. 537 du Code Napoléon).

Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les hâvres, les rades et généralement toutes les portions du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public (art. 538 du Code Napoléon).

Tous les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public et sont régis par le beït-el-mal (art. 539 du Code Napoléon).

Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public (art. 540 du Code Napoléon).

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

(El-melk).

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on

n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (art. 544 du Code Napoléon).

Le Souverain a un droit absolu de confiscation sur les biens de ses sujets.

La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement (art. 546 du Code Napoléon).

Le Prophète dit au verset 27, chapitre II (traduction du Coran par Kasimirski) : « C'est Dieu qui a créé pour vous tout ce qui est sur la terre... » Plus loin : « Celui qui vivifie une terre morte en devient propriétaire. »

En vertu de ce texte, la loi reconnaît à tout homme le droit de s'emparer de toutes les choses, meubles et immeubles, vacantes et sans maître, *nullius in bonis*.

Ce droit est le droit du premier occupant.

L'abandon de la chose au premier occupant est nommé *ibah'a*. *Moubah* est le participe passif de ce verbe.

Ibah'a est donc ici une sorte de main-levée du respect dû à la propriété de tel bien : main-levée résultant de l'abandon qu'en a fait le propriétaire, soit à telle personne ou classe déterminée, ce qui n'est qu'une espèce de donation, soit au premier

occupant, quel qu'il soit et sans aucune désignation.

Parmi les choses moubah on distingue trois classes :

Celles qui n'ont jamais été la propriété de l'homme; celles qui, après l'avoir été, ont cessé ou peuvent avoir cessé de l'être pour revenir moubah; enfin, par exception fondée sur le texte formel de plusieurs versets du Coran, on doit ranger parmi les choses moubah les biens et même les personnes des infidèles *h'arbi*.

Sont moubah, tous les animaux qui n'ont pas encore perdu leur liberté originelle, quadrupèdes, oiseaux, reptiles, etc.

L'herbe poussée naturellement, sans les soins de personne et même dans le terrain d'autrui, ne peut être disputée à celui qui s'en sera emparé le premier; qu'elle soit encore à l'état d'herbe ou passée à l'état de fourrage, elle devient propriété de celui qui l'a coupée, recueillie, quand même elle serait la propriété d'autrui; cette dernière règle est également applicable à l'eau.

Comme tout propriétaire peut disposer de son bien, il paraît évident que s'il y a renoncé de manière que, aux yeux de la loi, la chose soit *pro derelicto habita*, elle sera moubah.

Mais la loi de l'islamisme reconnaît une autre renonciation, celle où les choses sont *pro derelicto*

habitæ, sans que cependant, aux yeux de la loi, elles redeviennent moubah, c'est la renonciation en faveur des pauvres, des voyageurs, des orphelins, des hôpitaux, écoles, fontaines publiques, mosquées, etc. (Du Caurroy, *Journal asiatique*, mois de juillet 1848).

Cette renonciation rend le bien habous ou wackf (1).

Le habous est donc (en prenant le mot habous pour exprimer, soit l'action d'immobiliser, soit la chose immobilisée) l'affectation d'un bien mobilier ou immobilier à un usage pieux ou d'utilité publique.

Le habous est légal ou conventionnel.

Le habous légal est celui qui frappe tout territoire conquis par les armes musulmanes. Le sol de ce terrain est immobilisé au profit de la communauté mahométane et rendu inaliénable. Le souverain le concède moyennant une redevance annuelle; cette concession est révocable en cas de non paiement pendant plus de trois ans.

Le habous conventionnel est celui que le propriétaire définitif, et sans restriction, d'un immeuble, institue de son plein gré.

(1) M. Devoulx, conservateur des archives arabes de la direction du Domaine, à Alger, dans des articles publiés en 1853, a exposé les principes dont nous donnons ici l'extrait.

L'effet du habous est d'immobiliser la propriété entre les mains du fondateur et de sa descendance, si la fondation est conditionnelle, ou entre les mains de la corporation donataire, si la fondation est suivie d'un délaissement immédiat. Dans le cas où la fondation est considérable, l'objet immobilisé ne reçoit réellement son affectation pieuse que le jour où il fait retour à sa destination définitive par suite de l'extinction de la race appelée à le recueillir; jusque-là, il ne profite qu'aux personnes que le fondateur a désignées pour lui succéder dans la jouissance des revenus avant le retour à une corporation.

Il existe en Algérie une quantité considérable de fondations de habous, et presque toutes sont conditionnelles. M. Devoulx (1) pense que la principale cause de cet empressement d'immobiliser était le désir de se soustraire à la rigueur des lois sur les successions.

« En effet, dit-il, l'exécution du partage ordonné par le Coran laisse souvent disponible une certaine quotité de l'héritage. L'emploi de cette portion donne lieu à l'une des principales divergences qui existent entre le rite maleki et le rite hanefi. L'imam

(1) Voir les excellents articles publiés par la *Revue de la Jurisprudence algérienne*, mois de février, mars et avril 1855.

Malek attribue cette portion au trésor de l'État (beït-el-mal), et l'imam Abou-Hanifa ordonne de la distribuer aux ayant-droit, au prorata de la part que leur assigne la loi. »

D'après le rite hanefi, le constituant habous a le droit de réserver la jouissance pour lui-même, sa postérité ou quelques-uns de ses parents, dans un ordre déterminé. (De Ponton d'Amécourt, *Opinion sur l'inaliénabilité des biens habous.* Nancy, 1842.)

D'après Ali Yousef Yacoub, celui qui a constitué valablement un habous, ne peut plus, par la suite, le faire annuler.

La constitution de habous peut faire naître, en Algérie, une question intéressante. L'article 17 de la loi des 16 juin-15 juillet 1851, dispose qu'aucun acte translatif de la propriété d'un immeuble appartenant à un musulman, au profit d'une autre personne qu'un musulman, ne pourra être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane. Le bénéficiaire du habous, c'est-à-dire l'usufruitier, vend à un Européen l'immeuble grevé ; les frères et sœurs se présentent et disent : « L'immeuble vendu a été recueilli dans la succession de l'auteur commun. Le vendeur en jouit, il est vrai, mais c'est comme représentant de celui qui a constitué l'habous. Au moment de la vente, l'immeuble cesse d'être habous et devient melk ; la

charge disparaît; l'immeuble devient la propriété commune indivise, et celui qui vend n'a droit qu'à une quote-part sur le prix de vente »

Le muphti hanafite d'Alexandrie, Si Mohamed ben Mahmoud, auquel nous avons soumis cette question, nous a transmis une consultation de laquelle il résulte, qu'à partir de la conquête, tous les biens habous sont devenus melks, aliénables; mais, ajoute-t-il, aucune autre personne que celle qui avait la jouissance de l'habous, n'a droit à tout ou partie du fonds aliéné. — D'après ce jurisconsulte, les cohéritiers et ceux qui auraient dû avoir la jouissance de l'usufruit à une époque déterminée n'ont aucune action en partage du prix! Voici la raison que donne Si Mohamed ben Mahmoud, nous la livrons à nos lecteurs sans commentaires :

« Le constituant faisait un legs à Dieu, en pensant au séjour de ses enfants, sur une terre islamique. Le pays étant conquis, le règne de l'islamisme est passé et le but du donateur n'est point atteint; il s'ensuit que la disposition devient caduque! ».

Il nous semble qu'avec ce raisonnement nous arriverions à une conclusion diamétralement opposée à celle déduite par Si Mohamed ben Mahmoud; car si la disposition devient caduque, le bien dégrevé revient aux héritiers au prorata de leurs droits. Il ne faut pas perdre de vue que le principe fondamental

de la loi des successions est la prohibition de l'exhérédation. Or, avec le raisonnement du muphti d'Alexandrie, on arrive droit à la consécration de l'exhérédation de certains, en faveur d'un seul.

Nous devons reconnaître que la Cour d'Alger, admettant le principe développé par le muphti d'Alexandrie, a décidé, par arrêt du 31 décembre 1845 (Hadj Hassen ben Hamdan contre Salomon Cohen Salah), que l'héritier musulman est sans droits ni titres pour attaquer l'aliénation, consentie par son auteur, d'un immeuble grevé d'habous.

Nous expliquons cet arrêt par ces considérations, que les droits de l'héritier comme appelé s'éteignent par le fait de son auteur, le prix de la chose vendue [illegible] partie de la succession future, et ses droits, quoiqu'en germe, ne naissent que lors de l'ouverture de cette succession.

Abou Abdallaï Mohamed Abou Abdallah El-Temertachi, de Gaza, dans son ouvrage intitulé *Tenouen el-Abssor*, déclare que le habous n'est valable qu'autant qu'il a été revêtu d'une formule exécutoire rendue par le cadi du temps et du lieu où l'acte constitutif a été fait..... Il est dit dans l'ouvrage Dor El-Moktar : « Un habous se trouve annulé s'il est dépourvu de l'enregistrement de son jugement exécutoire (traduction littérale). » Quelques jurisconsultes, fondant leur opinion sur les principes

exposés dans l'ouvrage connu sous le titre d'*El-Conia*, pensent que, si le cadi déclarait l'habous obligatoire après la mort du constituant, cette décision devrait être invalidée par la raison que l'habous, nul comme incomplet, n'existant pas jusqu'au moment du décès du constituant, la propriété a passé melk aux héritiers.

Voici comment doit procéder, à peine de nullité, le constituant : il se présente devant le cadi, et, lui soumettant son acte, il manifeste l'intention de l'annuler; le cadi mande les bénéficiaires du habous; un débat fictif s'engage; le magistrat prononce la validité de la disposition et ordonne son exécution.

Le bien est melk ou habous. Nous venons de dire ce qu'on entend par biens grevés d'habous. Le bien melk est celui dont la nue-propriété et la jouissance gîsent dans les mêmes mains.

« Lorsqu'un terrain est la propriété d'un musulman, il ne peut devenir *méouat* (ou mort, vague, terre vaine), ni par conséquent moubah, quand même il se serait écoulé des siècles.

« Celui qui vivifie un terrain méouat en a la propriété civile, pourvu qu'il en ait la permission; sinon, non. » Telle est la doctrine de Bou-Hanifa.

Malek, lui, décide qu'il n'a pas besoin de permission qu'autant que la terre méouat est voisine d'un lieu habité, et alors il faut la permission des habitants

voisins. (Du Caurroy, *Journal asiatique*, mois de juillet 1848.)

Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croit des animaux appartiennent au propriétaire par droit d'accession.

La possession fait les fruits siens, lorsque personne ne les réclame.

La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos (art. 552 du Code Napoléon).

Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir si le contraire n'est pas prouvé, sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment (art. 553 du Code Napoléon).

Les attérissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière profitent au propriétaire riverain.

Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une des rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le

riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu (art. 557 du Code Napoléon).

TITRE III.

DES SERVITUDES.

(Hokouk el-moudjaoura, el-Hokouk el-mouchlaraka).

La vie intérieure d'un musulman doit être à l'abri de toute curiosité, de toute indiscrétion; aussi, dans chaque ville, l'autorité supérieure fixe, d'après la disposition du sol, l'élévation des habitations.

Les ruisseaux, les fontaines, les puits, les bassins qui sont des propriétés particulières doivent, au besoin, être mis à l'usage du public, surtout lorsqu'il y a disette d'eau dans la localité ou dans les environs.

Le khalifa Omar a décidé qu'en cas de refus de la part du propriétaire, on pouvait, en temps de sécheresse, le contraindre, même *manu militari*, à laisser puiser à la source.

Le propriétaire d'une source n'est tenu de fournir de l'eau qu'autant qu'il en a à sa disposition plus qu'il ne lui en faut pour suffire aux besoins de sa famille pendant un jour.

Le voisinage ou la longue jouissance d'une eau quelconque donne le droit exclusif d'en faire usage

Ce droit devient héréditaire dans la famille du possesseur, sans qu'il ait pourtant celui d'en disposer ou de l'affermer.

Le cheick Ben Leb, dans son ouvrage intitulé *El-Maïar*, est d'avis que la jouissance, quelle qu'en soit la durée, n'attribue pas au possesseur de droit exclusif.

Tous les dégâts causés par le cours *naturel* de l'eau d'un voisin ne donnent pas le droit de réclamer une indemnité. Nous disons le cours naturel, car si les dégâts étaient causés par la faute ou l'imprudence du voisin, ce dernier devrait réparation du préjudice causé par son fait.

Personne ne doit détourner et amener dans son terrain le cours d'une eau vive appartenant à son voisin. Lorsqu'il s'agit de partager une masse d'eau entre plusieurs propriétaires, leurs parts doivent être en raison de l'étendue de leurs terres. Mais si l'eau n'est destinée qu'à l'usage personnel, elle doit être également répartie.

Lorsqu'un ruisseau commun ne fournit pas de l'eau en quantité suffisante, les voisins doivent s'entendre pour en faire usage à tour de rôle.

Dans ce cas, le propriétaire du terrain inférieur doit en jouir le premier et les autres successivement en remontant vers la source.

Aucun des voisins n'a le droit d'établir sur un

cours d'eau des moulins ou des ponts, à moins qu'il n'ait obtenu le consentement des autres intéressés.

Toutes les dépenses relatives à des eaux particulières sont faites par les propriétaires. Lorsqu'il s'agit d'une eau commune, la réparation partielle est à la charge du propriétaire qui reconnaît cette réparation utile à son intérêt.

Certains imams, et notamment Malek, décident, dans ce dernier cas, que les réparations doivent être à la charge de tous les propriétaires.

Si deux personnes possèdent, l'une le rez-de-chaussée et l'autre les étages supérieurs d'une maison, le propriétaire de la partie inférieure est obligé de faire toutes les réparations nécessaires pour assurer la jouissance paisible des propriétaires des étages supérieurs. — En cas de refus de la part de l'obligé, le cadi ordonne la vente sous condition de réparation ou de reconstruction.

Le propriétaire du fonds supérieur est tenu de l'entretien des plafonds dans leur partie intérieure; il doit tenir libres les fosses, voies et conduites par où le propriétaire du haut jette les immondices et les eaux ménagères.

Toutefois, si le conduit part du haut, l'entretien est à frais communs entre les deux propriétaires.

Le propriétaire du fonds supérieur ne peut ex-

hausser la propriété sans le consentement formel du propriétaire de la partie inférieure.

Si le mur est mitoyen, chaque propriétaire a le droit d'en demander le partage; mais si le partage ne peut s'opérer en raison de ce que, par exemple, des poutres de construction portent et reposent sur ou dans ce mur, et cela des deux côtés, le mur est mis à l'enchère entre les deux propriétaires et est adjugé au plus offrant enchérisseur.

Nul ne peut ouvrir de jours droits ou obliques sur la propriété de son voisin.

Chacun doit cependant faire en sorte d'être agréable à son voisin. Le Prophète, qui déclare que le voisinage existe jusqu'à la quarantième maison à l'entour de celle de l'individu qui se plaint ou qui agit, a dit : « Usez de bienveillance envers votre voisin; tirez le voile sur lui; évitez de lui faire du mal; ne le voyez que d'un œil de bonté, si vous lui apercevez des défauts, cachez-les; si vous le voyez vous faire du mal, pardonnez-le lui; si vous le voyez vous faire du bien, publiez votre reconnaissance. »

La religion fait un devoir au musulman de laisser, à titre de complaisance, le voisin appuyer dans ou sur son mur une pièce de bois, de le laisser prendre de l'eau; en un mot, de lui permettre de faire tout ce qui ne cause pas un préjudice réel.

Les devoirs de voisinage doivent être en rapport

direct avec les liens d'affection où de parenté qui tent entre les voisins.

L'autorisation donnée par un propriétaire à son voisin de construire sur une partie de propriété qui n'est pas commune, lui laisse le droit de contraindre, quand il le juge convenable, le constructeur a détruire ses ouvrages. Il doit seulement lui rembourser le montant de ses avances, à moins que la construction n'ait été faite pour un temps déterminé, auquel cas l'expiration du délai emporte de droit obligation de démolir.

Ainsi le décident plusieurs passages du Moudaouéneh! Selon El-T'artouchi, il est interdit aux Musulmans d'élever leurs demeures de manière à ce qu'elles dominent ou dépassent celles de leurs voisins, mais Sidi K'helil déclare, au contraire, qu'on ne peut empêcher légalement d'élever une construction à une hauteur plus grande que la demeure du voisin, quand même de la nouvelle construction on dominerait ou découvrirait l'intérieur de la maison voisine (1).

(1) *Exploration scientifique de l'Algérie*, traduction de Sidi Khelil par le docteur Perron.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

Dispositions générales.

La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations (art. 711 du Code Napoléon).

La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription (art. 712 du Code Napoléon).

Les biens qui n'ont pas de maîtres appartiennent à l'État (art. 713 du Code Napoléon).

« La propriété d'un trésor découvert dans un fonds appartient, dit Chems-el-Eïmeh, au plus ancien propriétaire connu depuis la conquête des musulmans. » Abou-Leïs veut, au contraire, qu'il soit remis au beït-el-mal.

Les choses trouvées doivent être remises à leurs propriétaires. Dans le cas où, après de nombreuses

publications, les propriétaires seraient restés inconnus, elles doivent être déposées au beït-el-mal.

Un individu achète un poisson; après l'avoir ouvert, il trouve dans son corps une perle; cet objet est classé parmi les objets trouvés, partant il doit être remis, si le propriétaire est resté inconnu, au beït-el-mal.

Sidi K'helil pense que « si la perle est percée, elle doit être remise aux vendeurs successifs, jusqu'à ce que l'un d'eux se déclare propriétaire. Si le premier vendeur, auquel la perle est revenue par les remises successives, déclare qu'elle ne lui appartient pas, elle doit être versée dans les caisses de l'État. »

Tout individu qui revendique un objet trouvé en mains étrangères doit, après avoir fourni la preuve de sa propriété, affirmer sous serment qu'il n'a pas aliéné ses droits de propriété.

Nous avons dit que la propriété des biens s'acquerrait par succession.... Il y a lieu toutefois de faire la distinction suivante : ou les biens ont été acquis à titre onéreux par l'auteur, ou bien ils ont été l'objet d'une concession faite à son profit par le souverain. Dans le premier cas, il n'est pas douteux que les droits de propriété, dans leur exercice le plus étendu, ne passent aux héritiers. Dans le second cas, il n'en est pas de même.

Les musulmans appellent terre anoua celle dont on s'est rendu maître par la violence et la force des armes, et terre de dahira la terre anoua qui a été l'objet d'un titre de concession.

Il est de principe que l'imam (1) peut toujours concéder la partie *mamour* (2) de la terre anoua, mais il la concède en usufruit seulement, se conformant à la maxime du cheick K'helil ; « Et il ne concède pas en toute propriété le *mamour* de l'*anoua*, mais en usufruit. »

« Et cela est ainsi parce que le simple fait de la conquête de ces terres les rend *ouakf* (habous), et, par conséquent, leur *kharadj* (impôt) appartient au peuple musulman. — Cette création de ouakf s'effectue par la déclaration de l'imam.

« Cette doctrine est celle d'Ebn Rochd et s'accorde avec la doctrine de Malek. Elle est admise et reconnue ; elle est conforme à la vérité ; c'est la règle d'après laquelle on se dirige dans la pratique. El-Laklimi a énoncé une doctrine contraire à celle-ci, mais son opinion n'a aucune valeur, par la raison qu'elle est fausse. Telle est aussi la déclaration du commentateur du *Mogharega*, ouvrage

(1) L'imam, en matière juridique, est considéré tout à la fois comme chef de l'islam et sultan, comme souverain spirituel et temporel (Mencrville).

(2) Susceptible de culture.

composé par Sidi Abd-er-Rahman-el-Adjadji; regardez-y comme nous l'avons fait; lisez-le en entier, ô vous qui interrogez! cette lecture comblera vos désirs à ce sujet. Considérez aussi les règles qui s'appliquent aux fondations pour le bien public, vous y trouverez la réponse qu'il faut donner aux personnes qui vous interrogeront sur cette matière. »

« De plus, les commentateurs des textes de la loi, savoir : le Sidi Mohamed El-Karchi; le Sid Es-Soudani, le cheick El-Tata, le cheick Ibrahim, El-Aïchi et d'autres, s'accordent avec Abou Ed-Dia (Sidi K'helil). — Voyez aussi l'ouvrage intitulé *El-Moghareça*, où il est dit : « *Et non pas le contraire de cela;* » et où il est dit aussi : « *Et à lui appartient le droit de la transporter,* » c'est-à-dire, à l'imam appartient le droit de transporter la terre d'anoua, après l'avoir donnée en usufruit. Il la transporte en l'ôtant de celui-ci et la donnant ensuite à celui-là, car la terre de l'Algérie est anoua, et le Maghreb central (l'Algérie) s'y trouve inclus, ainsi que le *Zab*, le *Sous-el-Adna* et le *Sous-el-Aksa.* »

« Ebn Abd-es-Selam a dit : « Quiconque a mangé du produit de la terre du Maghreb sans en avoir acquitté le droit du sultan, a mangé une chose défendue. »

« Voyez aussi les questions renfermées dans le *Madjmouâ*, ô vous qui faites des recherches! vous y trouverez de quoi vous satisfaire. »

« La preuve que la terre d'anoua est accordée en usufruit seulement et avec l'autorisation de l'imam, se trouve dans le fait suivant : Abou R'rabia El-Mazoughi vit mourir son père et ensuite son grand-père paternel. Ses oncles paternels s'en allèrent alors, le titre en main (dahira) afin de le faire renouveler chez le sultan. Ebn Abd-es-Selam lui dit : Vas, et écris ton nom avec leurs noms. Abou R'rabia répondit : Je n'en possède rien, car mon père mourut avant mon grand-père. Ebn Abd-es-Selam lui dit alors : Ton grand-père n'en a eu rien, si ce n'est ce que l'imam lui a donné, et il est permis à l'imam de prendre de celui-ci pour donner à celui-là; et quant a elle, (c'est-à-dire la terre d'anoua), l'achat et la vente n'en sont pas permis; on ne peut pas la donner en gage, et pour elle le droit de chefaâ n'existe pas; et quand le concessionnaire meurt, l'usufruit passe, avec l'autorisation de l'imam, à l'héritier ou à un autre. La terre de dahira n'est pas soumise à la possession absolue, mais seulement à l'usufruit, de sorte que la vente et le partage en sont également défendus. »

(Consultation d'un jurisconsulte indigène de la province d'Oran, annexée à la circulaire du général

Charon, gouverneur-général de l'Algérie, nº 4, 15-22 juin 1849.)

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS.

(Et-Terâik).

SECTION PREMIÈRE.

Des qualités requises pour succéder.

« Il est écrit qu'en mourant vous laisserez vos biens par testament à vos enfants et à vos proches, avec l'équité que doivent avoir ceux qui craignent le Seigneur.

« Celui qui changera la disposition du testateur, après l'avoir entendue, sera coupable d'un crime.

« Celui qui, craignant une erreur ou une injustice de la part du testateur, aura réglé les droits des héritiers avec justice, ne sera point coupable. Dieu est clément et miséricordieux.

« Lorsqu'on sera rassemblé pour partager l'héritage, que l'on ait soin d'entretenir les parents pauvres et les orphelins, et de les consoler par des paroles d'humanité.

« . . . . Dieu vous commande, dans le partage de vos biens entre vos enfants, de donner aux mâles

une portion double de celle des filles. S'il n'y a que des filles et qu'elles soient plus de deux, elles auront les deux tiers de la succession; s'il n'y en a qu'une, elle en recevra la moitié. Si le défunt n'a laissé qu'un fils, ses parents prendront un sixième. Si le défunt n'a point laissé d'enfants et que ses parents soient héritiers, l'épouse aura un tiers de la succession, et un sixième seulement s'il a des frères, après que l'on aura acquitté les legs et les dettes du testateur.

« ....Vous ne savez qui de vos pères ou de vos enfants vous sont plus utiles.

« ....La moitié des biens d'une femme morte sans postérité appartient au mari, et le quart si elle a des enfants, les legs et les dettes prélevés....

« Si l'héritier constitué d'un parent éloigné a un frère ou une sœur, il leur doit un sixième de la succession. Ils recevront un tiers s'ils sont plusieurs, après l'accomplissement légitime des legs et des dettes.

« ....La sœur d'un homme mort sans enfant aura la moitié de son héritage. Le frère héritera de la sœur morte sans enfant. Si le défunt a deux sœurs, elles partageront les deux tiers de la succession. S'il a laissé des frères et des sœurs, les mâles auront le double de ce qu'on donnera aux filles....

« ....Ceux qui laisseront des épouses en mourant, leur assigneront un legs, comme l'entretien pendant une année, et un asile dans leur maison.

Si elles sortent d'elles-même, les héritiers ne seront point responsables de ce qu'elles feront avec décence....

« ....O croyants! lorsqu'au lit de la mort vous ferez votre testament, appelez pour témoins deux hommes équitables d'entre vous. Si quelqu'accident mortel vous surprenait en voyage, vous pouvez vous servir d'étrangers. Vous les tiendrez sous votre garde, et, après avoir fait la prière, si vous doutez de leur foi, vous leur ferez prêter ce serment devant Dieu : Nous ne recevrons point d'argent pour témoigner, pas même d'un parent; nous ne cacherons point notre témoignage, car nous serions criminels.

« ....S'il était évident que les deux témoins eussent prévariqué, on en choisirait deux autres parmi les parents du testateur. Ils jureront, à la face du ciel, que leur témoignage est véritable, et que, s'ils sont parjures, il seront au nombre des réprouvés.

« Ils prêteront témoignage en présence des premiers témoins, afin qu'ils puissent craindre d'être contredits. » (Extraits du Coran, traduction de Savary.)

Tout musulman a le droit de transmettre sa succession à ses héritiers.

Tout homme a le droit d'hériter de ses proches, à moins d'empêchement légal, tel que l'état de servitude, le meurtre, la différence de religion et de pays.

Les bâtards et les enfants méconnus par le mari à la suite des formalités du double anathème, sont exclus de tout droit d'hérédité. Ils ne peuvent hériter que de leur mère; de même que leur mère a seule droit à leur succession, droit qu'elle transmet en mourant au moment de l'ouverture de la succession.

La règle *qui in utero est, pro jam nato habetur* (l. 233, ff. *de verb. signific.*), est observée par les musulmans.

Lorsque, à la mort du mari, une des femmes se trouve enceinte, on doit prélever provisoirement, sur la succession de l'époux, la part d'un enfant mâle.

Plusieurs commentateurs, au nombre desquels se trouve l'imam Ebn-Yousef, prétendent qu'il faut garder une double part, vu la possibilité de la naissance de deux jumeaux.

L'enfant est réputé né-vivant lorsqu'il meurt ayant plus de la moitié du corps hors du sein de sa mère.

Les successions sont transmises par la force de la loi et par la volonté de l'homme.

La mort presque simultanée de plusieurs individus d'une même famille ne saurait faire tort aux droits de ceux d'entre eux qui n'auraient survécu aux autres que de quelques instants.

Mais si plusieurs personnes périssent dans un même événement, comme il est impossible de fixer laquelle de ces personnes a succédé aux autres, la succession de chacune d'elles doit être dévolue á ses plus proches parents.

La représentation n'est pas même admise en ligne directe; les descendants d'un enfant prédécédé ne peuvent plus concourir avec les autres enfants du défunt et n'héritent qu'à leur défaut.

Comme correctif de cette prohibition, la loi accorde à tout musulman le droit de disposer par legs du tiers de sa fortune.

Le droit de déshériter n'existe pas chez les mahométans.

Lorsqu'un chef de famille meurt, le juge fait apposer les scellés sur la maison; si les héritiers s'entendent amiablement, ils requièrent la levée des scellés, qui est faite moyennant une redevance; s'ils ne peuvent s'entendre, le partage se fait en justice.

Le grand principe des successions musulmanes est celui-ci :

Les hommes prennent sur les biens melks une part double de celle des femmes. Les biens ouakfs sont les seuls qui admettent l'égalité de partage entre les deux sexes; mais ils ne passent qu'aux enfants du défunt.

Celui qui n'a ni héritier naturel, ni patron, est maître de disposer de son bien en faveur de qui bon lui semble, soit en le reconnaissant fictivement pour son patron, soit en l'adoptant pour son enfant ou son proche parent, soit enfin en le nommant son légataire universel; à défaut de dispositions formelles, la succession est acquise à l'État.

« Les héritiers, dit Mouradgeah-d'Hosson, se divisent en dix classes : la première classe comprend les héritiers légitimaires; les suivantes s'occupent des héritiers universels ou à titre universel. »

Nous allons examiner ces différentes classes avec l'auteur que nous venons de citer.

1re Classe. — *Héritiers légitimaires.* — Lorsqu'il y a une postérité mâle, fils, petit-fils, arrière-petit-fils, etc., de la ligne masculine, les héritiers légitimaires sont :

1° Le père, qui a pour légitime un sixième de la succession; à son défaut, il est représenté par l'aïeul ou le bisaïeul de sa ligne;

2° La mère, qui a pour légitime un sixième; à

défaut de la mère, ses droits se transmettent à l'aïeul ou à la bisaïeule;

3° Le conjoint survivant; le mari prend un quart, la femme un huitième; s'il y a plusieurs femmes, ce huitième est partagé entre elles.

Si le défunt ne laisse que des filles ou petites-filles, elles ont droit dans les proportions suivantes:

La fille seule prend moitié; plusieurs filles prennent et se partagent les deux tiers.

A défaut de filles, les petites-filles partagent dans les mêmes proportions.

Si le défunt ne laisse qu'une fille, les filles des filles prédécédées ont droit à un sixième, quel que soit leur nombre.

Si le défunt laisse plus d'une fille, les petites-filles perdent tous leurs droits.

La légitime du conjoint survivant est augmentée lorsque le défunt n'a laissé aucune postérité, soit mâle, soit femelle; dans ce cas, elle est portée à la moitié pour le mari et au quart pour la femme.

Dans ce cas encore, la mère a droit à un tiers s'il n'existe qu'un frère ou une sœur, soit germain, soit consanguin, soit utérin.

Lorsque le défunt ne laisse ni descendants d'aucun sexe, ni ascendants de la ligne masculine, la loi admet encore, dans cette classe d'héritiers légitimaires, les collatéraux suivants:

Le frère utérin (ou la sœur utérine) prend un sixième; s'ils sont deux ou plusieurs, ils prennent un tiers, à partager par tête. (Cela a même lieu lorsqu'il y a un frère et une sœur utérins.)

A défaut aussi de frères germains, on admet encore dans la même classe la sœur germaine, qui prend la moitié; s'il y en a plusieurs, elles prennent et partagent par tête les deux tiers.

Enfin, à défaut de sœurs germaines ou de frères consanguins, on y admet encore la sœur consanguine, qui prend la moitié; s'il y en a deux ou plusieurs, elles prennent et partagent par tête les deux tiers.

Dans le cas où il n'y aurait qu'une sœur germaine, la sœur consanguine prendrait un sixième; mais s'il y en avait deux ou plusieurs, cette dernière serait exclue de l'hérédité.

2me Classe. — *Héritiers universels.* — Tous les héritiers naturels en ligne masculine sont compris dans cette classe. Ils se divisent en une infinité de branches, dont les plus proches excluent absolument les autres, dans l'ordre suivant :

Les héritiers universels sont :

Les descendants mâles, tels que les fils, petits-fils;

à défaut du fils, arrières-petits-fils;

Les ascendants mâles, tels que père, aïeul, bisaïeul;

Les collatéraux directs, frères germains, leurs enfants; — frères consanguins, leurs enfants;

Les collatéraux indirects, oncles germains et consanguins, leurs enfants; — oncles germains et consanguins du père, leurs enfants; — oncles germains et consanguins de l'aïeul, leurs enfants.

Les filles, les petites-filles en ligne masculine, les sœurs germaines et les sœurs consanguines, outre le droit qu'elles ont de participer avec leurs frères à la qualité d'héritiers universels, jouissent encore de celui de recueillir, à elles seules, le reste de la succession, lorsqu'il n'existe aucun héritier mâle de cette deuxième classe; avec cette différence cependant que, en cas de coexistence de filles ou de petites-filles avec des sœurs germaines ou consanguines, celles-là s'en tiennent à leur légitime, qui consiste dans la moitié ou les deux tiers de la succession, suivant leur nombre; et, après avoir prélevé cette part et celle des autres héritiers légitimaires, le reste est dévolu aux sœurs, à titre d'héritières universelles.

Les enfants ne sont pas considérés comme héritiers purs et simples, et ne sont tenus des dettes et charges de la succession paternelle que jusqu'à concurrence des forces héréditaires et au prorata de leur émolument; par suite, le paiement d'une partie de la dette ne peut constituer l'héritier débiteur de

la totalité, puisqu'en l'absence d'une reconnaissance formelle de sa part, il doit être considéré comme ayant payé en sa qualité d'héritier, et pour le montant de sa quote-part. (Alger, 6 décembre 1845, Aaron ben Youda-Mouti contre Ahmoû ben Ahmed.)

3me Classe. — Est rangé dans cette classe le patron effectif du mort supposé affranchi absolu.

4me Classe. — A défaut du patron effectif, les droits d'hérédité sur l'esclave à qui il avait accordé un affranchissement absolu, se transmettent aux plus proches de ses héritiers mâles et universels, dans l'ordre indiqué à la deuxième classe ci-dessus; ici les héritiers légitimaires n'ayant aucun droit, excepté le père seul qui conserve toujours sa légitime d'un sixième sur le montant net de la succession de l'affranchi de son fils.

5me Classe. — Sont compris dans cette classe : 1° la mère, et, à son défaut, l'aïeule, la bisaïeule, etc., de l'une ou de l'autre ligne; 2° le frère utérin; 3° la sœur utérine. — D'héritiers légitimaires, ils deviennent tous également héritiers universels.

6me Classe. — Cette classe comprend tous les héritiers du sang de la ligne féminine. Ils sont

divisés en quatre parties et subdivisés en plusieurs branches, dont les plus proches excluent toujours les autres, dans l'ordre suivant :

1° Les petit-fils et les petites-filles et leurs descendants à l'infini ;

2° Le père de la grand'mère paternelle et la mère du grand-père maternel ; après eux leurs ascendants ;

3° Les neveux et nièces, c'est-à-dire les enfants de la sœur, soit germaine, soit consanguine, soit utérine, indistinctement ; leurs enfants, etc. ;

Les nièces par mâle, c'est-à-dire les filles des frères germains, consanguins ou utérins indistinctement et leurs enfants ;

Les neveux utérins, c'est-à-dire les enfants mâles du frère utérin ;

4° Les tantes paternelles germaines, consanguines ou utérines, et leurs enfants dans le même ordre ;

Les oncles maternels et leurs enfants ;

Les tantes maternelles et leurs enfants ;

Les oncles et les tantes paternels utérins et leurs enfants.

7me Classe. — Est rangé dans cette classe le patron adoptif du mort qui, inconnu de lignée et manquant d'héritiers des cinq classes ci-dessus, aurait de son vivant déclaré formellement être l'affranchi de ce patron, en le reconnaissant et l'adop-

tant à ce titre pour son héritier universel; quel que soit au reste le sexe de l'un et de l'autre.

8me Classe. — L'héritier adoptif du mort.

9me Classe. — Fait partie de cette classe le légataire universel à qui le mort, manquant absolument d'héritiers légitimes, aurait légué et laissé tout son bien, droit que l'on peut exercer en faveur de toute personne et même du conjoint survivant.

10me Classe. — Enfin, le fisc ou domaine de l'État, représenté par le beït-el-mal, forme cette classe. L'état ne recueille la succession qu'à défaut d'aucun héritier des neuf classes ci-dessus. (D'Hosson, 5me vol., page 283, tableau synoptique.)

Lorsqu'il n'existe que des héritiers légitimaires, il arrive quelquefois que la somme de leurs portions n'absorbe pas le total de la somme et qu'une certaine quotité reste disponible,

L'emploi de cette portion a donné lieu à l'une des principales divergences entre le rite Maleki et le rite Hanefi. Malek attribue cette portion au trésor de l'État. Abou-Hanifa en ordonne la distribution aux héritiers, au prorata de leurs droits.

Le beït-el-mal ou trésor public, en pays musulman, a quelque analogie avec l'administration des

domaines en France. Le chef du beït-el-mal ou beït-el-madji est nommé par le souverain et a dans ses attributions le soin de tout ce qui concerne les opérations matérielles relatives aux successions; il fait apposer les scellés, dresser l'inventaire, procéder aux ventes; il homologue, etc., etc. (V. Perron, notes.)

Suivant M. Perron, au moment de la conquête le beït-el-mal était chargé de gérer les immeubles appartenant à l'État, de surveiller et entretenir les cimetières, de recevoir les déclarations de décès, de pourvoir aux inhumations, de liquider les successions et de gérer, moyennant rétribution, les héritages appartenant à des individus absents.

Souvent le beït-el-mal joint ses scellés à ceux du juge, sous prétexte qu'il ignore s'il existe des héritiers du défunt, et il se fait payer chèrement la levée de ce séquestre.

Les principes que nous venons d'exposer sur les successions sont généraux. — El-Hadj Embarek, le savant assesseur du Tribunal civil de Constantine, a bien voulu nous indiquer les parts exactes auxquelles ont droit, suivant le rite maleki, les appelés.

Nous devons la traduction de son travail à l'obligeance de M. Sauvaire, interprète judiciaire, qui, en toutes circonstances, nous prête un utile concours.

Le père laisse :

Au fils seul, au fils et à la fille seuls, *tout* (l'homme ayant une part double de celle de la femme) ;

A l'épouse, *un huitième*, le reste au fils et à la fille ou aux açob (héritiers naturels—le mâle ayant toujours une part double) ;

A la fille seule, *la moitié*, le reste aux âaçeb ;

A plusieurs filles, *les deux tiers*, l'autre tiers aux âaçeb ;

A l'épouse seule ou à plusieurs épouses, *un quart* les trois quarts restant aux âaçeb.

Le fils laisse :

Au père seul, *tout ;*

A la mère seule, *un tiers*, les deux tiers restant aux âaçeb ;

Au père, *deux tiers ;* à la mère, *un tiers ;*

A son frère germain seul, *tout ;*

A sa sœur germaine seule, *moitié*, l'autre moitié aux âaçeb ;

Au frère germain, à la sœur germaine seuls : au frère *deux tiers*, à la sœur *un tiers ;*

Au frère consanguin seul, *tout ;*

A la sœur consanguine seule, *moitié*, l'autre moitié aux âaçeb ;

Au frère utérin seul, *un sixième*, les 5/6mes restant aux âaçeb ;

A la sœur utérine seule, *un sixième*, les 5/6mes restant aux âaçeb.

—

Lorsque le défunt a laissé pour toute famille :

Un frère germain,

Un frère consanguin,

Un frère utérin,

le premier prend *cinq sixièmes*, le second n'a *rien* et le troisième a le *sixième* restant.

S'il a laissé :

Une sœur germaine,

Une sœur consanguine,

Une sœur utérine,

la première a *moitié*, la seconde a un *sixième*, la troisième un *sixième*, et le sixième restant passe aux âaçeb.

—

L'aïeul paternel seul a *tout*;

L'aïeule paternelle seule a un *sixième*, les 5/6mes restant aux âaçeb;

L'aïeul maternel seul n'a *rien*;

L'aïeule maternelle seule prend un *sixième*, les 5/6mes restant aux âaçeb;

L'aïeul, l'aïeule paternels seuls en concurrence ont, l'aïeul *cinq sixièmes*, l'aïeule *un sixième*;

L'aïeul, l'aïeule maternels seuls en concurrence ont, l'aïeul *rien*, l'aïeule *un sixième*, le reste revient aux âaçeb.

En résumé : les héritiers légitimaires ou réservataires sont :

1° Le fils, 2° Le fils du fils et sa postérité
3° Le père, 4° L'aïeul et ses ascendants,
5° Le frère germain, 6° Le frère consanguin,
7° Le frère utérin, 8° L'oncle paternel,
9° Le fils du frère, 10° Le fils de l'oncle paternel
11° Le mari, 12° L'esclave affranchi.

—

Les héritiers à réserve sont :

1° La fille, 2° La fille du fils,
3° La mère, 4° L'épouse,
5° La sœur germaine, 6° La sœur consanguine,
7° La sœur utérine, 8° L'aïeule maternelle,
9° L'aïeule paternelle, 10° L'esclave affranchie.

—

La partie indisponible dont la loi défend de disposer à titre gratuit au préjudice des héritiers énoncés ci-dessus, est :

1° Des deux tiers, 2° De la moitié,
3° Du tiers, 4° Du quart,
5° Du sixième, 6° Du huitième.

—

1° Les deux tiers forment la réserve de deux ou plusieurs { filles, sœurs.

2° La moitié constitue la réserve :

De la fille seule,

De la sœur seule (germaine ou consanguine),
De l'époux, si l'épouse ne laisse ni enfants
ni descendance directe.

3° Le tiers est la réserve de la mère du défunt, si celui-ci ne laisse pas de descendants et s'il n'a pas plus d'un frère ou d'une sœur.

Lorsque la mère se trouve en concurrence avec l'époux seul, ou l'épouse et le père ensemble, elle ne prend, à titre de légitime, que le tiers de la quotité restant libre.

Le tiers revient également aux frères et sœurs utérins; ils le partagent entre eux, mais, par exception à la règle principale des successions, l'homme a une part égale à celle de la femme.

4° Le quart forme la légitime : 1° de l'époux sur la succession de sa femme, si celle-ci laisse un enfant ou un enfant de son enfant; 2° de l'épouse ou des épouses, si le mari n'a pas laissé de descendance directe.

5° Le sixième est la réserve légale :

du père,
de la mère,
} si le défunt laisse un enfant ou des descendants; s'il laisse deux frères ou plus, germains, consanguins ou utérins, quoi qu'il ne laisse pas de descendants ;

De la fille du fils, en concurrence avec la fille du défunt ;

De la sœur consanguine en concurrence avec la sœur germaine du défunt;

Du frère utérin s'il est seul;

De l'aïcule si elle est seule;

Si le défunt laisse deux aïeules, elles partagent le sixième.

6° Le huitième constitue la légitime de l'épouse ou des épouses, si le défunt laisse un enfant ou des enfants de celui-ci.

La réserve de l'aïcul paternel est modifiée suivant la réalisation de l'une ou de l'autre des hypothèses que voici :

Si le défunt ne laisse qu'un enfant ou un enfant de son enfant, l'aïcul paternel a droit à un sixième.

Il a le tiers si le défunt laisse sa mère et cinq frères ou sœurs.

Dans le cas où l'épouse laisse son mari, son frère et son aïeul, l'époux prend la moitié, et l'autre moitié est partagée entre l'aïcul et le frère.

L'aïcul maternel n'a droit à aucune réserve.

SECTION II.

Du partage des successions.

D'après les bases ci-dessus établies, le partage est fait par le cadi, en présence des héritiers ou eux dûment représentés (1).

(1) Nous croyons utile d'indiquer ici l'ordre des successions israélites.

Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successeur, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers,

D'après la Mischna, tout-à-fait conforme au Pentateuque, voici l'ordre des successions :

Si quelqu'un meurt sans fils, il transporte son héritage à sa fille,

Les fils et tous ceux qui naissent de lui passent avant la fille; la fille et tous ceux qui naissent de la fille passent avant les frères.

Les frères et tous ceux qui naissent des frères passent avant les oncles; ainsi, quant au droit de succéder, les enfants ont, par représentation, le rang de leur père. Mischna, *Codex, tertius de damnis*, art. 2; Surenhusius, t. 4, p. 100.

Le fils aîné, comme chef de la famille, reçoit deux parts; si les filles héritent, il n'y a pas pour elles de droit d'aînesse, car elles ne sont point chefs de famille.

Dans le cas où les fils excluent les filles de l'héritage, il faut toujours que la partie féminine de la famille soit nourrie.

Si les biens laissés par le père sont très-modiques, les filles ont toujours droit à des aliments (parce que la pauvreté de la femme est toujours une cause de mal), et les fils mendient.

La loi de Moïse ne souffre pas que la volonté du mourant dérange l'ordre établi. Toutes dispositions testamentaires sont nulles; la donation manuelle est le seul moyen d'éluder les règles divines.

Dans la succession, les biens paternels sont soigneusement distingués des biens maternels; tous les fils d'un homme ont droit à l'héritage de leur père, avec double part pour l'aîné.

Les fils de chaque femme ont part aux biens de leur mère après sa mort, sans bénéfice pour l'aînesse, la double part n'étant jamais attribuée qu'au chef de la famille mâle, à celui qui doit la perpétuer.

Rapports. — Entre les frères, l'égalité voulue par la loi s'établit comme dans la loi française par des rapports. Toutes les donations faites par le père pour le mariage d'un de ses enfants doivent être rapportées. Si le nouveau marié a reçu, à l'occasion de la noce,

soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. (Droit de chefaa. Retrait successoral. Article 841 du Code Napoléon.)

Cette faculté de rachat existe non-seulement en

des choses qui se consomment ou qui se détériorent et s'éteignent par l'usage, il n'en doit pas le rapport (art. 852 du Code Napoléon).

A la mort du mari, la veuve prend son douaire, mais elle le perd si son mari lui fait quelque avantage que ce soit dans la succession (Mischna, Surenhusius, t. 1, p. 48).

Si la femme est nommée administratrice provisoire de la succession, titre déféré souvent à sa qualité de mère, les héritiers lui font jurer qu'elle ne fera pas de détournement.

Si un homme meurt en laissant deux femmes, celle qu'il a épousée la première exerce la première ses reprises.

Si les deux femmes sont mortes et si leurs héritiers se présentent, on examine la valeur de la succession; s'il s'y trouve un denier de plus que les deux reprises à faire, toutes deux sont rendues dans leur intégrité; s'il s'y trouve un denier de moins, on ne restitue pas à chaque héritier au prorata de ses droits, on partage entre eux par moitié.

Les biens doivent être estimés dans la maison de justice, sous la surveillance de trois juges, qui ne tiennent compte que des biens présents et non engagés.

La femme a droit au logement, à l'entretien et à la nourriture, tant que, n'ayant pas quitté l'ancien domicile conjugal, elle n'a point encore reçu des héritiers le montant de ses reprises.

Le droit de réclamer ses reprises est imprescriptible pour la femme qui n'a point quitté le domicile de son mari. Ce droit se prescrit par vingt-quatre ans lorsque la femme a quitté l'ancien domicile conjugal.

Quand la veuve meurt, son douaire, suivant l'école d'Hillel, appartient aux héritiers de son mari. Les biens qui lui sont échus depuis la dissolution de son mariage appartiennent aux héritiers de son père. Extrait de Victor HENNEQUIN, *Introduction historique à l'étude de la législation française*, les Juifs, t. II, p. 378 à 430.)

faveur des cohéritiers, mais encore, en cas de vente, en faveur des copropriétaires et même en faveur des propriétaires voisins de l'immeuble vendu.

Toutefois, le droit de chefaâ, ou retrait, doit être exercé dans l'année, à partir du jour où le retrayant a eu connaissance de l'aliénation.

Pour éviter de subir l'action en retrait, les acquéreurs emploient souvent un assez singulier moyen appelé *scurra* (nombril, nœud); voici en quoi il consiste :

L'acquéreur paie le prix convenu et stipule en sus le paiement d'une somme indéterminée; puis, se retirant à l'écart, il met dans son mouchoir un certain nombre de pièces qu'il ne compte pas; après avoir noué fortement ce mouchoir, il le lance dans un endroit inaccessible.

Pour être admis au bénéfice du chefaâ, il faut offrir une somme égale au prix de la vente; or, le retrayant, ignorant la somme déposée dans le mouchoir, se trouve dans l'impossibilité de faire l'offre équivalente.

Presque toujours il offre une somme qu'il suppose représenter exactement le prix de la vente, et soutient devant le cadi que la différence est égale.

Pour sortir d'embarras, le magistrat, qui ne peut vérifier cette assertion, défère le serment à celui qui veut exercer le chefaâ.

Cette jurisprudence est vivement combattue par certains jurisconsultes, qui pensent qu'en aucun cas, alors que l'acquéreur a usé du *seurra*, le droit de chefaâ ne peut être exercé; ils fondent leur opinion sur les raisons suivantes : ou le retrayant a eu connaissance de la somme renfermée dans le seurra, ou il ignore son importance; dans le premier cas, il n'a pu connaître la somme déposée que par ruse, par surprise et moyen condamnable, dès-lors son offre ne peut être admise et l'exercice de l'action en retrait doit lui être refusé; ou bien la somme offerte, fixée approximativement, n'est point égale à la somme renfermée, et son offre est nulle.

En substance, *A la porte*, ou titre du chefaâ, au *Musannif* de Sidi K'helil, commenté par Abd el-Backi, on lit : « Il n'y a lieu à retrait, si le retrayant est resté unè année sans exercer son droit; et ce délai court du jour de la vente, s'il a assisté à l'acte, ou de la connaissance qu'il en a eu s'il n'y a pas assisté. »

Dans le *Moktassar*, ou résumé de la doctrine d'Ebn Malek, Sidi K'helil écrit : « Ne sera point admis au retrait celui qui n'a pas exercé son droit tandis qu'il (l'acquéreur) démolissait ou reconstruisait l'édifice; ni celui qui, ayant assisté au contrat et signé l'acte (de vente, comme témoin) est resté deux mois sans agir, ou pendant une année s'il a assisté à l'acte sans le signer. »

Depuis la conquête de l'Algérie, on a souvent voulu assimiler les biens sujets à retrait à ceux frappés ou grevés d'habous, et appliquer aux premiers les dispositions qui ne concernent que ceux-ci. Il faut remarquer que les biens sujets à retrait ne sont pas inaliénables, qu'ils le sont si peu, qu'ils ne deviennent, au contraire, susceptibles d'être *retrayés* qu'après avoir été vendus, et ne diffèrent des autres propriétés qu'en cela qu'ils peuvent être rachetés dans un temps donné par un des copropriétaires primitifs, semblables en ceci aux biens aliénés à pacte de rachat, ou sous toute autre condition résolutoire; ce n'est donc pas contre ce genre de transaction qu'a été dirigé l'art. 3 de l'ordonnance du 1er octobre 1844. En effet, cet article ne s'applique qu'à ces dispositions rétrogrades, multipliées à l'infini sous le nom de habous ou de substitutions fidei-commissaires, lesquelles, accumulant les biens fonciers dans un petit nombre de familles, ou les rendant main-mortables au profit de nombreux établissements soit religieux, soit municipaux ou politiques, les dérobaient à l'impôt et à une ciculation efficace, c'est-à-dire aux futurs efforts de l'activité européenne. (Alger, 21 décembre 1846. Allel contre Rousseau.)

Dans son ouvrage sur la *Jurisprudence algérienne*, M. le conseiller de Ménerville pose la question sui-

vanto : Le droit de chefaâ peut-il être exercé dans le cas où une portion de l'immeuble a été non point aliénée, mais seulement donnée en location à un étranger?

Le cadi maleki d'Alger, appelé à donner son avis, a fourni une consultation ainsi formulée : « Dans ce cas, les imams malekis ne sont pas d'accord, les uns disent qu'il n'y a point de chefaâ à exercer. Cependant quelques-uns des derniers imams au nombre desquels sont : le docte El Taoudi, dans son interprétation de *Tehla,* lequel livre est celui suivi, et Moudouna, disent que le chefaâ peut être demandé. Le livre du dernier est également suivi, et on doit en mettre les principes à exécution. Toutefois, ledit chefaâ est soumis à cette condition qu'il doit être exercé par quelqu'un qui habitera les lieux, et ce droit doit être pour lui-même et non pour un locataire. Tels sont les dires des sus-nommés et les interprétations de El-Amaliat. »

Suivant le cadi hanefi, le chefaâ n'est applicable, d'après le rite hanefi, que pour les ventes d'immeubles seulement, et jamais dans les locations.

Ceux qui sont admis à exercer le droit de préférence sur tous autres acquéreurs doivent affirmer sous serment qu'ils n'ont jamais renoncé à ce droit en faveur de personne.

Un individu qui prétend à une créance sur une

succession doit, après avoir prouvé ses droits, affirmer sous serment qu'il ne les a aliénés, ni en faveur du défunt, ni en faveur de personne autre et qu'il les a conservés dans toute leur intégralité.

Chaque héritier doit faire rapport à la masse de la succession des objets qu'il a reçus du défunt, afin que le tout soit partagé entre les cohéritiers. Ce rapport a pour but de maintenir entre les héritiers l'égalité du partage.

TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE VIFS ET DES TESTAMENTS.

(El-hâla bin men oudjed. El-ouçaâ.)

SECTION PREMIÈRE.

De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament.

Tout musulman peut disposer de tout ou partie de sa fortune par donation entre vifs ou par testament.

La réunion de trois conditions est nécessaire à la validité des donations entre vifs ; il faut : 1° un objet ; 2° la volonté du donateur ; 3° l'acceptation de la donation par le donataire.

Pour faire une donation entre vifs, il faut être majeur et sain d'esprit; la femme mariée ne peut donner son bien sans l'assistance et l'autorisation de son mari.

Les libéralités par acte entre vifs peuvent comprendre la totalité des biens du disposant.

La donation ne peut être conditionnelle; elle n'admet ni exception, ni condition, ni détermination de temps pour opérer son effet.

Le co-propriétaire d'un objet qui ne peut être partagé est libre d'en faire donation, à charge par lui de rembourser les co-propriétaires de la valeur qui leur appartient sur l'objet commun.

Une donation faite à plusieurs personnes n'est valable qu'autant que la part de chacune de ces personnes est déterminée.

La donation entre vifs est toujours révocable. Il est, cependant, des circonstances qui font évanouir le droit de révocation; ces circonstances sont: 1° la mort du donateur ou du donataire; 2° la disposition de l'objet donné qui ne serait plus au pouvoir du donataire; 3° la perte totale de l'objet donné; 4° le mariage entre le donateur et le donataire (le donateur étant la femme); 5° enfin toute impense ou amélioration de l'objet.

Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, d'une

partie de son bien et qu'il peut révoquer (art. 895 du Code Napoléon).

La quotité dont un musulman peut disposer par testament est du tiers de la succession.

Si le testateur a légué plus du tiers, le legs est caduc pour toute la partie qui excède la part ci-dessus fixée, à moins, toutefois, que les héritiers ne consentent à respecter la volonté du testateur.

Il n'est qu'un seul cas où il soit permis de léguer toute sa fortune : c'est lorsque le testateur n'a aucun parent ou héritier légitime.

Il est néanmoins toujours possible d'éluder les dispositions de la loi qui empêchent un individu de disposer de son bien par testament.

Le testateur n'a qu'à se constituer et reconnaître débiteur de la personne en faveur de laquelle il veut disposer. La qualité de créancier est tellement respectée, que celui qui se présente en cette qualité prélève le montant de sa prétendue créance même avant les héritiers légitimes.

Pour qu'un testament soit valable, il faut :

1° Que le testateur ait eu le droit de tester, c'est-à-dire qu'il ait été majeur, sain d'esprit et de condition libre ;

2° Que le testateur ait eu la propriété de la chose léguée ;

3° Que le légataire ne soit pas le parent ou l'allié

à un degré successible du testateur; la loi veut prévenir la réunion sur une seule tête de la double qualité d'héritier et de légataire;

4° L'existence réelle du légataire au moment du décès du testateur (art. 906 du Code Napoléon);

5° Enfin l'acceptation du légataire, acceptation qui doit être faite aussitôt après la mort du testateur.

Le légataire qui s'est rendu coupable de meurtre ou de tentative de meurtre sur la personne du testateur est déchu de tous droits.

Le légataire ne peut céder son legs à un tiers que du consentement formel du testateur.

Si un homme, après avoir disposé par testament de la quotité disponible au profit d'un individu, vient à disposer de la même manière et du même objet au profit d'une seconde personne, le premier donateur est déchu, et ses droits ne reviennent qu'en cas de prédécès du second donataire.

Nous avons dit plus haut que la quotité dont le testateur pouvait disposer ne pouvait excéder le tiers de la succession. Le testateur doit spécifier clairement la nature et la quotité du legs. Si, au lieu d'employer ces mots : *Je donne à A... tout ce dont la loi me permet de disposer*, il dit simplement : *Je donne à A... une partie de ce que la loi m'autorise à léguer*, le légataire ne peut réclamer plus du sixième

de la succession ; enfin, si le testateur a dit : *Je te laisse une petite portion de ce que la loi m'autorise à te donner,* les héritiers restent maîtres de déterminer eux-mêmes la valeur du legs.

Les droits des légataires priment ceux des héritiers, et si par suite d'un événement, une partie de la succession vient à périr, le légataire prend, non pas le tiers de ce qui reste, mais le tiers calculé sur la valeur entière de la succession avant l'événement.

Lorsque le testateur a légué un objet indivisible, cet objet appartient en entier au légataire.

Si un même objet a été légué à deux personnes, la part du prémourant est acquise à son co-légataire.

Enfin, dans le cas où, sans désigner nominativement ses légataires, le testateur laisse la quotité disponible à une branche, soit de sa famille, soit d'une famille étrangère, l'ordre des successions est suivi, quant au partage, entre les personnes qui composent la branche du légataire.

Les musulmans établissent une singulière distinction entre la donation testamentaire faite par un homme bien portant et celle faite par un homme malade.

Si le testateur était malade au moment de la donation testamentaire, le légataire n'a droit qu'au tiers de l'objet légué.

La preuve testimoniale est toujours admise pour établir, soit la donation entre vifs, soit la donation testamentaire. Les passages du Coran qne nous avons rapportés indiquent les règles à suivre pour établir la preuve de ces sortes de libéralités.

SECTION II.

Des tuteurs ou exécuteurs testamentaires.

(El-moukaddemin. — El-aoucia.)

Le testateur ne peut nommer un tuteur ou un exécuteur testamentaire qu'autant qu'il n'a ni enfant, ni père, ni grand-père, ni héritiers collatéraux dans sa ligne.

L'enfant aîné du défunt est de droit exécuteur et tuteur testamentaire; en cas de minorité de tous les enfants, ce droit revient au père ou au grand-père du défunt; à leur défaut, au plus âgé des héritiers collatéraux de la ligne masculine.

Quels que soient la condition, l'état, le caractère du tuteur testamentaire nommé par le défunt, la désignation faite par ce dernier emporte, pour la personne qui en a été l'objet, le droit d'accepter ou de refuser les fonctions qui lui ont été déférées.

Le tuteur ne peut, sous aucun prétexte, refuser après avoir accepté, à moins que ce ne soit du vivant du testateur.

Il peut au contraire, tant que son refus n'a pas été constaté dans un acte, accepter après avoir refusé.

La preuve de la nomination du tuteur ou exécuteur testamentaire se fait par témoins.

Les enfants du défunt peuvent être entendus et acceptés.

Ce cas est le seul où la déposition d'enfants en faveur de leur père soit recevable en justice.

Les tuteurs testamentaires doivent veiller à l'exécution des dernières volontés du défunt, et ils ne peuvent procéder à l'inventaire et au partage qu'en présence de tous les héritiers majeurs.

Le tuteur datif peut en mourant désigner celui qui le remplacera dans l'exécution du mandat qui lui avait été confié, à moins que le défunt n'ait prévu le cas et n'ait désigné lui-même son successeur.

Le tuteur testamentaire n'est jamais responsable des pertes survenues à l'héritage qui lui a été confié, à moins qu'il ne soit prouvé que la perte a été causée par sa faute ou par sa négligence.

Si le testateur n'a pas nommé d'exécuteur testamentaire, le juge doit y pourvoir en vertu de sa tutelle publique.

Le cadi est toujours le contrôleur légal des actes du tuteur datif; dans le cas où il y aurait deux tuteurs ou exécuteurs testamentaires, leur concours

est nécessaire pour la validité des actes de tutelle.

Les frais faits pour l'administration de la succession sont à la charge de la masse active.

TITRE III.

DE LA VENTE.

(El-biâ).

SECTION PREMIÈRE.

Des ventes régulières.

(El-biâ es-salem.)

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer.

La vente est conclue lorsque le consentement des contractants (vendeur et acheteur) est exprimé, soit par paroles, soit par gestes.

Si l'un des contractants, après avoir dit je te vendrai ou je t'achèterai cet objet pour tel prix, refuse l'exécution du marché, il doit jurer qu'il n'avait réellement pas l'intention ou de vendre ou d'acheter, mais qu'il parlait en manière de promesse ou sans idée arrêtée.

Pour la validité légale de la vente, il est nécessaire que les contractants jouissent de leur intelligence et de leur raison.

La vente forcée est nulle, à moins qu'elle n'ait eu lieu par autorité de justice ou de souverain.

Est valable la vente justifiée par un acte du cadi, dans lequel il est dit que cette vente a été consentie par un mandataire « en vertu d'une procuration « dont ont pris connaissance les témoins du pré- « sent. » Ces témoins n'étant autres que les adels du cadi, appelés par la loi musulmane à le suppléer dans le cas où il ne procède pas lui-même, le caractère de ces fonctionnaires et surtout celui du cadi qu'ils assistent, ne permet pas de prétendre que la procuration n'existait pas. (Alger, 19 novembre 1845.)

La vente de bâtisses ou constructions, d'arbres, etc., entraîne pour l'acheteur l'acquisition de la partie du sol qui se trouve couverte.

Tout propriétaire voisin de l'immeuble vendu a droit d'exercer le retrait (chefaâ) en payant au vendeur une somme égale à celle qui lui est offerte par l'acquéreur; l'exercice du droit de retrait annule la première vente.

Une vente est légale lorsqu'elle est conforme aux principes de l'équité et aux dispositions de la loi qui exige quatre conditions principales, savoir :

1° Un pacte clair entre les parties;

2° la légalité de la marchandise, qui doit être par sa nature une chose appréciable aux yeux de l'islamisme;

3° Le droit de propriété chez le vendeur ;

4° La cession absolue et perpétuelle de ce droit en faveur de l'acheteur.

La vente à forfait ou en bloc est permise à certaines conditions. Il faut que la chose à vendre soit vue ou ait été vue ; que l'on ne puisse que difficilement compter les objets et que l'on ne puisse pas attacher isolément un prix à chacun d'eux, à moins que le prix de chacun ne représente qu'une faible valeur (comme s'il s'agissait de noix, de grenades, de pastèques) ; qu'il ne soit pas possible d'apprécier facilement le nombre, la mesure ou le poids ; que les deux contractants ignorent la quantité exacte du prix de la chose à vendre ; que le sol sur lequel la marchandise est déposée soit de surface plane et égale.

Nous renvoyons pour toutes les difficultés qui surgiraient à l'occasion d'une vente en bloc, au remarquable ouvrage de M. Perron, tome III, page 188.

La vente de tout effet mobilier n'est censée consommée qu'au moment de la tradition.

L'acheteur doit payer le prix de la marchandise avant qu'elle lui soit délivrée. Si la vente a lieu par échange, la délivrance mutuelle des choses doit s'effectuer au même instant.

Les ventes à crédit demandent la fixation d'un

terme quelconque, sauf au vendeur à assurer sa créance par un nantissement.

Le terme convenu entre les parties pour le paiement ne se compte que du jour de la délivrance de la chose vendue.

A moins de stipulations contraires, l'acheteur est maître d'effectuer le paiement en telles monnaies que bon lui semblera, pourvu qu'elles aient cours.

Le co-propriétaire d'une chose indivise est libre de disposer de sa part.

Enfin, tout ce qu'un musulman peut légalement posséder et tout ce dont il peut faire usage peut être vendu.

SECTION II.

Des ventes illégales.

(El-biâ rir salem.)

D'Ohsson dit que les principales circonstances qui caractérisent l'illégalité d'un acte de vente sont : l'ignorance du temps où il a lieu, l'incertitude de la qualité ou de la quantité de la chose vendue, et un engagement contracté sous une condition accessoire qui serait à l'avantage particulier, soit du vendeur, soit de l'acheteur ou même de l'objet dont il traite, comme l'offre d'un présent ou d'une somme quelconque faite à l'une des parties, ou une pro-

messe de l'acheteur relative à l'objet acquis ; par exemple, si c'était un esclave, de lui accorder la liberté ; si c'était un immeuble, de le faire habous, etc.

Est illégale, la vente d'une partie d'un animal avant qu'il ne soit dépouillé de sa peau, fût-il égorgé, car alors on ignore l'état et la qualité de la viande ; — la vente du blé pendant par racine (est permise la vente du froment encore enfermé dans l'épi mur ou mêlé à la paille après le dépiquage, pourvu que la vente se fasse à tant la mesure, car on peut apprécier à la vue la qualité du grain) ; la vente d'enfants ou d'animaux à naître, car leur naissance est incertaine ; — la vente du produit annuel, et par conséquent incertain, d'une terre ; — la vente à fonds perdu est aussi illégale ; — toute vente d'un objet dont on laisserait l'appréciation à l'arbitrage de gens experts ; — la vente d'une créance pour une dette ; ainsi, par exemple, un individu créancier d'une somme payable à une époque déterminée vend sa créance à son débiteur pour une somme plus forte, mais avec une échéance plus éloignée ; cette opération est défendue comme étant une forme usuraire.

Une vente est illégale lorsqu'elle s'opère par échange au hasard, c'est-à-dire lorsque les valeurs ne sont pas présentes et disponibles de part et d'autre.

Si l'époque du paiement du prix n'est pas clairement exprimée et fixée, la vente est pareillement illégale.

L'illégalité d'une vente donne aux deux parties le droit de la résilier, à moins que la chose ait été livrée et le prix payé; dans ce cas, la résolution doit être prononcée judiciairement.

La responsabilité de la chose vendue ne passe à la charge de l'acquéreur, en cas d'illégalité de la vente, que quand l'acquéreur a reçu la chose et l'a gardée par devers lui, soit que le prix de cette chose n'ait pas encore été livré, soit que l'achat ait été payé comptant.

En cas de résiliation, la restitution du prix doit précéder celle de la marchandise, et, si elle n'existe plus entre les mains de l'acheteur, il est tenu d'en rendre l'équivalent, mêmes genre, qualité et quantité, ou d'en payer, non le prix convenu, mais le prix courant au jour où elle lui fut livrée.

Si l'acquéreur a tiré un bénéfice de l'objet acquis, il est obligé, en cas de résolution, de remettre ce bénéfice aux pauvres.

SECTION III.

Des ventes nulles.

(El-biâ el-facek'h.)

Est nulle la vente des objets qui n'ont pas de valeur aux yeux des musulmans, comme un chien de chasse

(le prophète a défendu de mettre un prix quelconque à un chien), le vin, les cochons, le sang, les corps sans vie d'hommes et de bestiaux, un Coran ou une partie de ce livre précieux, car c'est abandonner à l'outrage la sainteté de l'islamisme ; les livres de science islamique, tels que le *Recueil des Traditions* et *Maximes* rapportées au prophète.

La vente de toute personne de condition libre est également nulle ; toutefois, cette règle souffre quelques exceptions : lorsque la personne vendue est un infidèle (1) encore jeune, la vente est permise, parce que l'acheteur peut avoir l'espoir de l'amener à la foi musulmane ; mais, si la personne vendue est trop âgée et si on n'a plus l'espoir de la convertir, la vente n'est permise qu'autant qu'elle est faite au profit d'un co-réligionnaire de l'individu vendu.

Une personne païenne peut toujours être l'objet d'une vente, car on peut toujours la convertir.

La vente de bois à un infidèle qui voudrait en fabriquer des croix ; la vente du raisin, si on sait que l'infidèle en veut extraire du vin ; la vente du cuivre, si on pense que l'infidèle le fondra pour en faire des cloches, est nulle.

Est nulle la vente de tout immeuble habous, quelle que soit sa destination, parce que toute constitution

(1) Les musulmans appellent infidèles les chrétiens et les juifs.

d'habous emporte l'idée d'une donation sacrée et définitive.

Seraient également nulles la vente — du lait de toute femme, soit libre, soit esclave ; — de cheveux humains, car vendre le lait ou les cheveux des femmes c'est avilir la majesté de l'homme ; — la vente d'excréments (Malek considérant le fumier comme objet impur en interdit la vente ; Bou-Hanifa au contraire l'autorise) ; — la vente d'un droit qui aurait l'air pour objet : ainsi, le propriétaire d'un étage supérieur qui devrait être reconstruit ne peut vendre son droit après la démolition ; il est obligé de reconstruire, autrement la cession aurait l'air pour objet et conséquemment serait nulle.

SECTION IV.

Des ventes à l'option.

(El-biâ bel-khiar.(

La vente peut être conditionnelle en ce sens que le vendeur ou l'acquéreur peut se réserver la faculté d'opter dans un délai déterminé ; la faculté d'opter est le droit de ne la déclarer parfaite et définitive qu'après un certain temps.

La durée du droit d'option doit être prévue et indiquée.

Pour la vente d'un immeuble, elle ne peut excé-

der trente-six jours. Pendant ce délai, l'acquéreur ne peut habiter la maison ou cultiver les terres, ne fût-ce même qu'à titre d'essai.

La durée du droit d'option est de huit à dix jours pour la vente d'un esclave. Pendant le temps laissé pour l'exercice du droit, l'acquéreur peut appliquer l'esclave aux services domestiques, afin de l'éprouver et de l'apprécier, sans que le vendeur ait rien à lui réclamer à titre d'indemnité.

Pour la vente d'animaux domestiques qui ne peuvent servir comme montures, la durée du droit d'option est de trois jours; elle n'est que d'un jour pour les ventes d'animaux qui servent de monture.

Si l'acquéreur convenait, dans ce dernier cas, de s'assurer de l'appétit des animaux, la durée du droit d'option serait de trois jours.

Ce dernier délai peut être accordé lorsqu'il s'agit d'achat de vêtements ou de toute espèce d'effets à usage domestique.

Dans la vente définitivement conclue et suivie d'une condition d'option, les dégradations qui surviennent à la chose vendue sont à la charge de l'acheteur qui a payé son prix, car alors il est devenu propriétaire.

Nous renvoyons pour l'examen des circonstances qui frappent de nullité la vente et des circonstances qui déplacent l'exercice de ce droit, au *Précis de Jurisprudence musulmane*, de Perron, v. III, p. 281 à 290.

La chose vendue ne cesse point d'être la propriété du vendeur pendant le temps adopté à l'option. Les produits ou revenus des immeubles vendus à l'option restent au propriétaire vendeur qui est chargé de l'entretien de la chose.

La responsabilité de la chose vendue à l'option reste à la charge du vendeur lorsque l'acquéreur a reçu cette chose mais déclare ne plus l'avoir.

Lorsque le droit d'opter est laissé au vendeur, l'acquéreur qui a perdu ou qui a vu périr la chose qu'il avait entre les mains, doit payer la valeur estimative de la chose au jour où elle lui a été délivrée, à moins qu'il n'affirme, sous serment, qu'il n'a point été la cause de la perte; alors il n'est responsable que du prix convenu.

Si le vendeur qui n'a pas droit d'option, mais qui l'a laissé à l'acheteur, emporte la marchandise, il doit payer le prix convenu pour la vente.

Si le vendeur qui a conservé le droit d'option a causé exprès un dommage à la chose vendue, la vente est dissoute.

Si le droit d'option est dévolu à l'acheteur et si le vendeur est la cause involontaire du dommage subi par la chose pendant le délai accordé pour l'option, dommage qui, d'ailleurs, n'a pas amené la destruction de la chose, l'acheteur a la libre faculté de rompre la vente, purement et simplement, ou de la

maintenir, en payant, dans ce dernier cas, le prix sans aucune déduction pour la dépréciation subie par l'objet vendu.

Le vendeur n'est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue, lorsqu'il ignore ces défauts, qu'autant que l'acquéreur s'est réservé la faculté de lui rendre la chose achetée ou de renoncer à l'acquisition, si cette chose, avant que l'acquéreur en soit devenu responsable, ne remplit pas les conditions énoncées lors du contrat.

Le vendeur qui connaît les défauts de la chose qu'il vend doit les spécifier à l'acquéreur.

Le droit de rédhibition ne peut s'exercer à propos d'un objet vendu par autorité de justice ou par un héritier, à moins qu'il ne soit établi que le juge ou l'héritier ait eu connaissance des défauts.

L'acquéreur qui s'est servi de la chose et qui a modifié son état, n'a plus le droit de rédhibition; il n'a qu'une action en dommages-intérêts pour se couvrir de la perte qu'il éprouve.

Toutes actions relatives à l'exercice du droit de rédhibition sont soumises au juge, qui défère le serment, suivant les circonstances, soit au vendeur, soit à l'acheteur.

Les produits donnés par la chose en dehors de toute mise en œuvre, tels que le lait, la laine des animaux ou même par la mise en œuvre, mais avant

que le vice rédhibitoire ait été reconnu, sont la propriété de l'acquéreur.

SECTION V.

De la délivrance.

(Et-'eslim fel mebiâ)

Le vendeur est garant, jusqu'à la prise de possession de l'acheteur, pour les marchandises qui ne se livrent pas immédiatement et qui se vendent à la mesure ou au poids, ou au nombre; à moins de stipulations contraires, les frais de délivrance sont à la charge du vendeur.

Lorsqu'un vendeur se trouve dans l'impossibilité de livrer la chose vendue, il y a lieu de distinguer si la vente a eu pour objet une partie de denrées qui se paient les unes par les autres, telles que le grain, le lin, le safran; l'acquéreur n'a la faculté de résilier le marché qu'autant que le vendeur ne lui livre pas les denrées de même qualité, poids et quantité. Si, au contraire, la vente a eu pour objet une chose qui n'ait pas son équivalent identique, l'acheteur peut refuser de prendre livraison et demander résiliation du contrat.

Contrairement aux dispositions de l'art. 1622 du Code Napoléon, qui n'accorde qu'un délai d'un an pour l'exercice de l'action en réduction du prix de

vente pour défaut de contenance, la loi musulmane autorise l'acquéreur à formuler sa demande, quelque soit la date du contrat. (Alger, 15 mars 1842.)

SECTION VI.

De la résiliation volontaire.

(Feskh el-biâ louâan.)

Nous avons dit plus haut que la vente n'était parfaite qu'après la réalisation de certaines conditions, notamment du paiement du prix.

Lorsqu'il s'agit de vente de denrées alimentaires, l'acheteur peut, avant la prise de possession, rendre la chose au vendeur et pour le prix même d'achat.

Le prix doit lui être rendu sur-le-champ ; il n'est laissé au vendeur que le temps nécessaire pour aller chercher les fonds et les rapporter.

Les contestations relatives à la nature de la chose vendue, à la nature du paiement, au prix convenu, à la quantité de la chose, à l'échéance et à la garantie du paiement, sont soumises au magistrat qui défère le serment au vendeur d'abord, suivant l'ordre du prophète, qui dit au Coran : « La parole à écouter est celle du vendeur, » à l'acheteur ensuite.

Quant à la formule à exiger du serment des deux contractants, elle doit d'abord nier l'assertion de la partie adverse et ensuite certifier l'assertion de celui

à qui est déféré le serment. Exemple : A prétend avoir vendu à B pour deux douros ; B prétend que la vente a été consentie moyennant un douro et demi. A devra dire : « Je jure que je n'ai pas vendu pour un douro et demi, mais bien pour deux douros. » B, appelé à jurer, devra formuler ainsi son serment : « Je jure que je n'ai point acheté pour deux douros, mais bien pour un douro et demi. »

Tout ce qui précède, a été extrait de l'ouvrage de M. Perron ; nous renvoyons à ce savant auteur pour toutes les questions de détail que notre modeste cadre ne nous a pas permis d'examiner ici.

SECTION VII.

De la licitation.

(El-blâ fed-delala. — Blâ Ech-chiâ cherâan.)

Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte, ou si dans un partage, fait de gré à gré, de biens communs il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, la vente se fait devant le magistrat et le prix est partagé entre les copropriétaires (art. 1686 du Code Napoléon).

La demande d'un seul des copropriétaires suffit pour que l'on procède au partage d'un bien commun,

supposé qu'il soit avantageux pour tous ou du moins pour la société.

Les formalités à observer pour la licitation sont communes au partage des successions (art. 1686 du Code Napoléon).

TITRE IV.

DU TRANSPORT DES CRÉANCES.

(Nekel ed-dioun.)

Trois conditions sont nécessaires pour rendre valable le transport d'une créance : 1° le consentement des parties dont l'une veut transmettre la propriété du droit ou de la créance, et l'autre l'acquérir ; 2° une chose, objet de la convention ; 3° un prix qui doit consister dans la somme que promet le cessionnaire comme l'équivalent du droit dont il devient titulaire.

La réunion de ces trois conditions rend le transport définitif, et le cessionnaire n'a plus aucun recours contre le cédant.

Lorsque le transport d'un objet se fait en termes vagues et généraux, le cédant peut, au besoin, réclamer ses droits contre le débiteur ; mais il les perd entièrement si l'acte énonce d'une manière précise la nature de l'objet cédé, quels que soient les événements à l'égard du cessionnaire.

TITRE V.

DE L'ÉCHANGE.

(El-mââouda.)

L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre (art. 1702 du Code Napoléon).

L'échange s'opère par le consentement des parties de même que la vente.

Pour que l'échange soit valable, il est de toute nécessité que les objets échangés soient d'égale valeur.

L'échange des matières d'or ou d'argent n'est permis qu'autant que la pesée, d'or pour or, d'argent pour argent, monnayé ou non monnayé, est équivalente.

Il est défendu d'échanger une pièce de monnaie ayant un titre plus pur mais un poids moindre, ou ayant une valeur courante plus sûre mais un poids plus faible, contre une pièce en numéraire d'un titre moins pur mais d'un poids exact, ou d'une valeur courante moins sûre mais d'un poids juste.

Les règles suivies pour l'échange tendent toutes à éviter le trafic usuraire.

TITRE VI.

DU CONTRAT DE LOUAGE.

(Aked el-Istikbedam. — Aked el-kera. — Aked el-adjer)

Dispositions générales.

Il y a deux sortes de contrat de louage : celui des choses et celui d'ouvrage (art. 1708 du Code Napoléon).

Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant une certaine part que celle-ci s'oblige de lui représenter (art. 1709 du Code Napoléon).

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu (art. 1710 du Code Napoléon).

Ces deux espèces de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières.

On appelle bail à loyer, le louage des maisons; bail à ferme, celui des héritages ruraux; enfin, loyer ou louage, le louage du travail (art. 1711 du Code Napoléon).

SECTION PREMIÈRE.

Louage des choses.

§ 1^er^. — Baux à ferme (Adjer el-aradi).

Pour qu'un bail à ferme soit valide, il faut que le bailleur prête sa terre et que le preneur la cultive avec ses bœufs et ses semences; ce n'est que dans des cas extrêmement rares que le propriétaire peut fournir aussi les semences et même les bœufs.

Il faut encore que la terre soit susceptible de culture et que le contrat détermine, avec soin et précision, le terme du bail, l'espèce et la quantité des semences, ainsi que les parts respectives du bailleur et du preneur dans les bénéfices de la culture.

Le terme ou la durée du bail est stipulé au gré du propriétaire, et, dans le cas où le prix du bail est déclaré payable en argent, les paiements partiels doivent être faits à terme échu.

On retrouve ici encore la défense implicite du prêt à intérêt.

Lorsque, sans autre stipulation, le propriétaire a loué pour une année, il y a lieu de distinguer: lorsque les terres sont arrosées naturellement, l'année prend fin après la récolte; lorsqu'au contraire

les terres reçoivent une irrigation artificielle, l'année se termine à l'expiration du douzième mois.

Si celui qui tient à louage la terre a encore sur pied une récolte à mûrir lors de l'expiration du douzième mois, il conserve la terre jusqu'à maturité complète, puis il recueille.

Lorsque le bail a été consenti moyennant une part de fruits, les frais ordinaires d'arrosement, de garde et de récolte doivent être ou prélevés sur la masse du produit, ou mis à la charge du fermier. Le propriétaire en est exempt ; mais celui des deux qui aurait fait des dépenses extraordinaires sans le consentement de l'autre ne peut pas exiger qu'il y contribue.

Si, au contraire, l'un des contractants avait fait arbitrairement des opérations nuisibles, l'autre aurait le droit de réclamer une juste indemnité.

On ne doit pas louer une terre sans préciser si le preneur devra y faire des constructions ou des plantations.

On ne loue pas une terre pour une durée considérable, à la condition que le preneur y plantera des arbres, dont le nombre lui est indiqué et qu'à l'expiration de la durée du bail la plantation appartiendra intégralement ou pour partie au propriétaire du sol. L'illégalité d'un pareil engagement est motivée sur l'incertitude des résultats de la plantation.

Lorsque le bail à ferme est pur et simple, le preneur est maître absolu d'exploiter la terre à son gré; il a même la faculté d'y faire des plantations ou d'y élever des bâtiments comme bon lui semble. Mais à l'expiration du bail, il ne peut obliger le propriétaire du terrain à renouveler le contrat, ou à l'indemniser pour ses bâtisses ou ses plantations.

Si, par quelque circonstance, il s'est répandu sur le sol des grains et si ces grains germent et poussent plus tard, leur produit est la propriété du maître du sol, quand même ce propriétaire louerait immédiatement sa terre à un nouveau preneur.

A partir du moment où le preneur a la libre jouissance de la chose louée, il est obligé de payer le prix de louage.

Tant que le locataire ou fermier n'a pas pris possession du terrain, l'action du bailleur, bien qu'en germe, n'existe pas encore.

Une fois que la jouissance a commencé, le preneur ne peut, quelle que soit la nature de son exploitation, réclamer du bailleur aucune indemnité si la terre n'a rien produit.

Dans le cas où une terre est périodiquement inondée, si elle l'a été après l'époque des labours (qu'ils aient été faits ou non), le prix de fermage est obligatoire; si, au contraire, elle l'a été avant et pendant cette époque, de telle sorte que le pre-

neur n'ait pu faire ses travaux, le fermage n'est pas obligatoire.

Si le preneur n'a pu semer par suite d'une circonstance quelconque, il subit la peine de ce fait en payant le prix du louage, à moins toutefois qu'il n'établisse qu'il n'a pas semé parce qu'il n'y avait pas de semences dans la localité.

Toutes les fois que des guerres ou des troubles civils ont empêché de cultiver ou de soigner les cultures, ou les vers, ou les rats, ou le manque d'eau, ou enfin, d'autres accidents provenant du sol ont causé la perte des semailles ou n'en ont laissé qu'une minime partie, le preneur est complétement dispensé de toute obligation de paiement.

Les conventions étant faites et le contrat signé, le preneur n'a plus le droit de s'en dédire : ce droit n'appartient qu'au bailleur, maître du terrain, et alors, si le preneur y a déjà fait quelque travail, la religion, mais non la loi, prescrit au bailleur de l'en dédommager.

Tout vice ou toute dégradation considérable dans l'immeuble emporte la résiliation du bail, à moins que le propriétaire n'y remédie sur-le-champ. Mais lorsque la résiliation du bail a lieu après l'ensemencement, la récolte ne peut appartenir qu'à celui qui a fourni les semences, moyennant une indemnité qu'il donne à l'autre contractant.

Si c'est le fermier, il lui faut un salaire pour son travail ; si c'est le propriétaire, il a droit d'exiger la rente de la terre ; et supposé qu'il ait prêté ses bœufs au fermier pour les labours, celui-ci lui doit une double rétribution, et il est tenu en outre de donner aux pauvres une partie de ses bénéfices.

§ 2. Baux à loyer (Adjer el-âkar).

Il est permis de louer tout ou partie d'une maison, soit qu'on l'ait vue, soit qu'on ne l'ait pas vue.

Le bail de tout immeuble, maison, boutique, magasin, doit déterminer le terme et le prix du loyer.

Le prix du loyer ne doit être payé qu'à terme échu.

Tout propriétaire peut régler le loyer de sa boutique suivant la nature du travail de son locataire ou en raison de ses bénéfices.

Le locataire, sans cesser d'être responsable vis-à-vis du propriétaire, peut sous-louer moyennant tel prix qu'il juge convenable.

Les réparations sont à la charge du propriétaire de l'immeuble.

Toutefois, les parties peuvent stipuler que les réparations seront à la charge du locataire qui, en tous cas, ne devra les payer que jusqu'à concurrence de

la sommo due, échue à l'époque où elles ont été jugées nécessaires.

Cette stipulation ne serait valable qu'autant que les parties auraient stipulé combien de fois par an elles devront avoir lieu.

Les engagements souscrits par le preneur sont modifiés : lorsqu'en raison des choses tombées ou dégradées dans la maison, quelque soit même leur peu d'étendue ou d'importance, la valeur du loyer doit être moindre; dans ce cas, la réduction est proportionnée au préjudice causé; 2° lorsqu'une chambre est tombée, on procède comme il vient d'être dit plus haut, quant à la réduction; 3° lorsque le propriétaire vient habiter la maison louée, le locataire ne paye le loyer que de la partie qu'il occupe; 4° lorsque, dans une maison à deux étages, le propriétaire n'a pas mis ces deux étages en communication et a empêché le locataire de jouir du second, la réduction se fait de la manière indiquée plus haut.

Après l'expiration du terme convenu, chacune des parties a la liberté de demander la résiliation du bail; mais si elles laissent écouler ce terme, ne fût-ce que d'une heure, elles perdent leurs droits respectifs et le bail est censé renouvelé aux mêmes conditions.

Il n'est pas licite de louer une maison pour une durée de plus de trente ans.

Dans les contestations en matière de louage, lorsque chacun des deux individus apporte une preuve, on juge en faveur de celui qui apporte la plus forte.

Si les deux preuves sont équipollentes, elles tombent et se neutralisent mutuellement.

Lorsque le preneur, pas plus que le bailleur, n'apporte des preuves, il faut distinguer si le preneur est entré en jouissance ou si, au contraire, il n'a point encore habité la maison ou mis la terre en culture.

Dans le premier cas, on a recours au serment contradictoire, en exigeant d'abord celui du propriétaire.

Dans le second cas, une déclaration vraisemblable du preneur suffit pour faire succomber le bailleur.

Celui qui a pris une chose à louage est considéré comme homme de confiance et n'a pas de garantie à sa charge lorsqu'il déclare que la chose s'est perdue ou a péri.

S'il y a lieu de soupçonner la sincérité de la déclaration, on exige le serment et, de plus, on fait déclarer au locataire ou fermier, sous la foi du serment, qu'il n'est nullement coupable de négligence ou d'inattention.

Lorsque la chose a péri entièrement, le bail est résilié de plein droit.

§3. Louage d'objets mobiliers ou d'animaux. (Kera el-mehamel ou ed-douab.)

Il est licite de louer des objets mobiliers destinés à l'usage et des animaux destinés au travail.

Si la location d'un animal, d'une barque, a eu pour but le transport de l'eau, du bois, des marchandises, le prix peut être stipulé payable soit en argent, soit en partie déterminée de l'objet transporté.

Le louage d'un animal, d'un navire, d'une barque, afin d'aller dans un endroit déterminé, moyennant un prix arrêté, est licite, pourvu que le preneur s'engage, dans le cas où il n'aurait pas besoin d'aller jusqu'à la localité indiquée, à compter le prix du louage en proportion relative à la somme convenue pour le trajet entier; mais il faut alors que rien ne soit payé à l'avance, car l'affaire présenterait la possibilité simultanée d'un prêt et d'un paiement, ce qui est prohibé par la loi; il serait également prohibé de convenir de tel prix pour aller jusqu'à telle localité et d'un surplus proportionnel pour le cas où le preneur dépasserait la localité indiquée, car alors il y aurait incertitude d'espace et de résultat.

On peut louer un animal pour plus d'une année; lorsque la location est faite en vue d'un voyage, elle ne doit avoir lieu que par mois.

Dans toutes les locations, l'âge, la solidité, la force,

la durée probable de la chose, c'est-à-dire la possibilité d'existence sans dégradation notable, doivent être appréciés.

La réserve d'un animal pour le monter ne peut se prolonger au-delà de trois jours, jamais une semaine ; un terme moyen serait blâmable devant la loi.

On peut licitement louer des vases ou ustensiles, qui même ne pourraient plus se reconnaître facilement dans leur individualité, parce que l'emploi qu'on en fait modifie leur aspect, soit par l'effet du feu, soit autrement (tels sont les plats, les marmites, les cribles, les tamis, etc.).

S'il s'agit de la location de bêtes de somme, les parties doivent convenir du genre des effets à transporter, de leur poids et de la longueur de la course.

S'agit-il de bêtes de monture, il faut également désigner la course et les personnes qui doivent s'en servir ; s'agit-il d'objets mobiliers, on n'en est pas moins obligé d'indiquer la personne qui en fera usage et l'emploi auquel on les destine.

Il est répréhensible — de louer des bijoux d'or et d'argent, — de louer un objet qu'on a pris soi-même à location ; si le sous-louage a eu lieu et si l'animal a péri, c'est sur le premier locataire que pèse la responsabilité.

Il en serait de même quant au louage d'un vêtement, de livres, etc.

Dans tous les cas, lorsque le locataire manque à sa parole ou aux conditions arrêtées, il est responsable des événements.

SECTION II.

Louage d'ouvrage et d'industrie.

(El-adjir.)

Le louage d'ouvrage et d'industrie a pour but la jouissance des services à retirer des êtres intelligents.

Il ne faut pas que, sous forme de louage, une autre opération soit conclue, et le louage ne doit comporter aucune chance de frustration.

Ainsi, par exemple, l'opération par laquelle un individu achèterait des cuirs à condition que le vendeur en confectionnerait une partie en souliers pour l'acheteur serait illicite, parce que le louage se trouverait mêlé à une vente.

Le salaire doit être déterminé et fixé. Tout louage dans lequel le salaire serait incertain serait nul.

L'artisan doit être payé à la fin de son travail, l'ouvrier à la fin de la journée et le domestique à la fin du mois ou de l'année, à moins qu'il n'ait été fait des conditions particulières.

Toute personne engagée au service d'une autre personne a droit à un salaire proportionné à ses tra-

vaux, à ses peines, à ses soins et à la perte de son temps ; il en est de même de tout individu qui en sert un autre ou qui emploie pour lui son art, son talent ou son bien.

Il est répréhensible — d'exiger un salaire pour enseigner le droit musulman, pour interpréter le Coran. (« Dis-leur : Je ne vous demande point de salaire pour le Coran. » Coran, traduction de Kasimirski, chapitre 6, verset 90), pour enseigner la langue arabe, etc. ; — d'apprendre, sous condition d'un salaire, à battre du tambour de basque ou à jouer de la mandoline pour les noces, à pleurer aux obsèques, etc ; — de louer un objet pour le service d'un infidèle.

Relativement à l'enseignement, les avis sont contraires : les anciens imams déclarent qu'il n'est pas permis de solliciter une rémunération pour les leçons données ; les docteurs modernes, dirigés par un zèle éclairé et par l'expérience des siècles, ont dérogé à ces dispositions primitives, dans la seule vue de mieux soutenir les sciences divines et de mieux propager les lumières de la doctrine et de la foi.

Tout salaire dû doit être payé sans retard ; le maître qui se refuse à effectuer le paiement, peut être poursuivi et même emprisonné.

Il est permis de louer un individu pour faire subir, d'après les principes du talion, la mort à un

meurtrier reconnu coupable; mais il n'est jamais permis de louer un individu pour en tuer un autre injustement (1).

Il n'est pas permis de louer un esclave pour plus de quinze années, et lorsque la location a une durée aussi longue, le preneur doit payer comptant le montant total du salaire.

On peut louer à la journée, au mois, à l'année, les services ou le travail d'un individu.

L'engagement ou louage est-il illégal et, partant, résolutoire, s'il combine en un seul et même fait les deux choses, c'est-à-dire la question de temps et la question de travail, et si le temps employé ne dépasse pas la valeur du travail opéré? ou bien l'engagement est-il illégal dans tous les cas, c'est-à-dire qu'il y ait eu ou non plus de temps employé qu'il n'en fallait et que n'en représente le travail?

Voici comment M. Perron, qui pose ces questions, les résout, d'après Sidi K'helil :

(1) Chez les musulmans, les représailles sont autorisées; on lit dans le Coran : « O Croyants! la peine du talion est écrite pour le meurtre; un homme libre sera mis à mort pour un homme libre, l'esclave pour un esclave, la femme pour une femme. Celui qui pardonnera au meurtrier de son frère aura droit d'exiger un dédommagement raisonnable, qui lui sera payé avec reconnaissance. Cet adoucissement est une faveur de la miséricorde divine.

Celui qui portera plus loin la vengeance sera la proie des tourments.

« O vous qui avez un cœur, vous trouverez dans la peine du talion et dans la crainte qu'elle inspire, la sûreté de vos jours.

« Le droit est, que le surplus de temps employé doit être payé par appréciation de salaire de convenance.

Le Coran (traduction de Kasimirski) porte au chapitre 11, verset 233 : « . . . Si vous préférez mettre vos enfants en nourrice, il n'y aura aucun mal à cela, pourvu que vous payiez ce que vous avez promis. »

Il est donc licite, d'après ces principes de la loi musulmane, de prendre une nourrice pour allaiter un jeune enfant.

La femme ne peut confier son enfant à une nourrice sans le consentement de son mari.

Dans le cas où le fait aurait eu lieu à l'insu de celui-ci, il a le droit d'annuler les engagements acceptés.

Si, pendant la durée de l'allaitement, la nourrice devient enceinte, la famille de l'enfant a le droit de retirer le nourrisson, en payant à la nourrice une indemnité en rapport avec le temps pendant lequel elle a nourri l'enfant.

Si elle avait été payée par anticipation, elle ne pourrait être contrainte à restituer et les parents subiraient la peine de leur imprudence.

Si deux nourrices ont été prises pour allaiter un seul enfant, la mort de l'une d'elles donne à la survivante le droit de résilier le contrat de louage.

Une nourrice a également le droit de résilier son engagement lorsque le père de l'enfant qu'elle a pris vient à mourir avant qu'elle n'ait reçu de son salaire.

Si, outre les gages, la famille s'oblige à nourrir la nourrice, il y a lieu à résiliation des conventions lorsque celle-ci a un appetit excessif.

Le mari qui autorise sa femme à allaiter un enfant étranger ne peut plus la contraindre de quitter son nourrisson avant le terme stipulé et, par le fait de son autorisation, il s'interdit le droit de copuler avec elle pendant la durée de l'allaitement.

Une nourrice ne peut, sans conventions expresses, prendre à la fois deux nourrissons.

Le pâtre n'est pas tenu de surveiller et garder les jeunes animaux qui naissent dans le troupeau, à moins que l'usage n'ait consacré cette obligation.

Une personne à gages ne peut perdre son salaire que lorsqu'elle trahit les devoirs de son état.

Un artisan est considéré comme homme de confiance et n'est point responsable de l'objet qui lui a été confié, à moins qu'il n'ait péri par sa faute; mais il faut qu'il déclare au besoin, sous la foi du serment, que ce n'est point par sa négligence que la chose s'est perdue ou a péri.

Un ouvrier chargé d'une façon d'ouvrage est tenu de payer une indemnité lorsque, par suite de son

incapacité ou de son ignorance, il a gâté la matière première.

Mais l'artisan ou l'ouvrier n'est responsable que de la chose seule qu'il travaille et pas d'autre; ainsi, par exemple, un livre est donné à copier; si l'ouvrier gâte l'original, il ne doit aucune indemnité.

Le médecin ou le barbier qui, dans une opération se trompe, est soumis à la peine du talion, œil pour œil, dent pour dent, membre pour membre; de plus, il doit payer une amende expiatoire.

S'il affirme sous serment que l'opération était nécessaire et s'il le démontre, sa déclaration doit être acceptée et il n'est tenu à aucune indemnité.

Quant aux domestiques employés au service intérieur de la maison, ils ne sont pas responsables des dégâts qu'ils font en servant. Enfin, dans tous les marchés à prix fait, les accidents sont à la charge de l'entrepreneur.

TITRE VII.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

(Akodech-Cherika.)

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (art. 1832 du Code Napoléon).

Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent ou d'autres biens, ou son industrie (art. 1833 du Code Napoléon).

Tous les associés sont solidaires, et chacun d'eux est considéré comme le mandataire et le garant des autres pour tous les objets relatifs à la société.

L'associé qui possède des fonds ou des biens autres que ceux mis en société est toujours maître de les employer dans un commerce particulier ou de les mettre dans une autre société.

Le pacte de société ne peut intervenir qu'entre gens de la même religion, du même état, de la même condition.

Il y a quatre sortes de sociétés : dans la première, les associés mettent en commun leurs biens meubles; dans la seconde, leurs capitaux; dans la troisième, leur industrie, et dans la quatrième, leur crédit.

Dans la première espèce, lors de la création de la société, les associés doivent former un état exact des effets mis en commun, déterminer la quote-part de chacun d'eux et prendre l'engagement de ne rien entreprendre sans le consentement de tous.

Dans la seconde espèce, si les associés ont ap-

porté une somme égale, ils jouissent des mêmes prérogatives et des mêmes droits.

S'ils ont apporté des sommes inégales, ils doivent fixer les attributions et la part de chacun.

Dans la troisième espèce, les artisans qui s'associent sont libres de déterminer, comme ils l'entendent, les règles de leur contrat.

Enfin, dans les sociétés fondées sur le crédit des associés, le travail et les droits de chacun se déterminent d'après l'importance de leur crédit respectif.

Si les fonds ont été réunis à titre de k'irad (k'irad, société en participation), l'action des bailleurs se prescrit par dix ans; — l'amin el-k'irad, soit la personne qui a reçu les fonds pour les faire valoir, à laquelle un compte vient à être demandé par le prêteur, n'est pas obligé de prouver que les fonds ont péri dans des opérations malheureuses; il lui suffit d'alléguer ce fait pour que son affirmation soit crue en justice jusqu'à preuve contraire, et cela, soit qu'il existe un titre authentique du k'irad, soit qu'il n'en existe pas.

Telle est la loi des deux sectes. — La même foi est due, au moins dans le rite maleki, au dire de l'héritier qui fait une telle allégation, et cela parce qu'il est aux lieu et place de son auteur et qu'à ce titre il mérite la même confiance.

Par suite, c'est au bailleur du fonds social qui

en poursuit le recouvrement contre son mandataire a apporter la preuve de la fausseté de l'allégation de l'héritier. (Alger, 7 février 1849, Hassein-ben-el-Zarouk, contre Mouni et autres.)

Le comptable d'une somme confiée à titre de k'irad ne peut être tenu de la rendre quand elle a péri sans sa faute et par force majeure. Il est de l'essence de ce contrat, que celui auquel la somme a été confiée jouisse de la liberté la plus absolue dans le choix des marchandises à acheter ou des opérations à faire; la vente à crédit, par exemple, lui est permise. (Alger, 14 mars 1849, mêmes parties.)

La preuve testimoniale est toujours admise dans les contestations entre associés.

La société finit par l'expiration du terme ou par la mort de l'un des associés.

TITRE VIII.

DU PRÊT.

(El-kard.)

« O croyants! ne multipliez pas vos richesses par l'usure.

« Ceux qui exercent l'usure ne sortiront de leurs tombeaux que comme des malheureux agités par le démon, parce qu'ils ont dit qu'il n'y a point de dif-

férence entre la vente et l'usure. Dieu aurait-il permis l'une et défendu l'autre? Celui à qui parviendra cet avertissement du Seigneur et qui renoncera au mal recevra le pardon du passé, et le ciel sera témoin de son action. Celui qui retournera au crime sera la proie d'un feu éternel.

« Dieu détourne sa bénédiction de l'usure et la verse sur l'aumône. Il hait l'infidèle et l'impie.

« O croyants ! craignez le Seigneur et, si vous êtes fidèles, réparez l'usure que vous avez exercée; si vous refusez d'obéir, attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son apôtre. Si vous obéissez à sa voix, vous retrouverez vos richesses. Ne soyez point injustes et on ne le sera point envers vous.

« L'usure par laquelle l'homme veut augmenter ses richesses ne produira rien auprès de Dieu. L'aumône que vous faites dans l'espoir de mériter sa présence multipliera au centuple. » (Coran; traduction de Savary.)

D'après les principes ci-dessus reproduits, le prêt chez les musulmans est un contrat essentiellement gratuit.

« Il y a trois choses, dit le prophète, que l'on ne doit faire qu'en vue de Dieu et pour Dieu : prêter, garantir et exercer les hautes fonctions. »

Prêter, c'est livrer une chose ou valeur possédée

par possession privative en échange d'un équivalent parfaitement exact, à une époque plus ou moins éloignée et dans le but unique d'être utile à l'emprunteur seul. Si, en prêtant, le but est d'être utile à tout autre qu'à l'emprunteur, le prêt est illicite et nul.

La gratuité est tellement nécessaire dans le prêt qu'il est même défendu de laisser à un boulanger une quantité de farine, à condition que l'on prendra chaque jour tant de pain, et encore de vendre cette farine à condition qu'on recevra tant de pain, car c'est, dit Sidi-K'helil, faire entrer une nourriture dans le prix d'une nourriture.

Il est permis de prêter les effets, les animaux, les grains, etc.; mais non une esclave dans le but de procurer à l'emprunteur les plaisirs sexuels; ou les terres, ou les arbres, ou les terres métallifères, ou les minerais, ou les pierreries de haut prix.

Le prêt d'une chose donne à l'emprunteur le droit d'en faire usage jusqu'au terme où il doit la restituer; si c'est de l'argent ou des comestibles, il doit en rendre la même quantité et qualité.

Tous les accidents, à moins qu'ils ne soient arrivés par la faute de l'emprunteur, sont à la charge du prêteur.

L'emprunteur, s'il n'y est autorisé formellement par le prêteur, ne peut, sous aucun prétexte, re-

mettre, à quelque titre que ce soit, l'objet qui lui a été confié à titre de prêt.

Il est interdit au débiteur de faire aucun présent ou cadeau à son prêteur, et il est pareillement interdit à celui-ci de recevoir de l'emprunteur aucun présent ou cadeau ; il en est de même pour tout débiteur et tout créancier quel que soit le genre de dette, à moins que les individus n'aient déjà depuis longtemps, et avant qu'ils fussent l'un envers l'autre créancier et débiteur, échangé des présents, ou encore à moins qu'il ne survienne après l'acceptation du prêt quelque circonstance dans laquelle l'un ou l'autre individu est tenu de faire un présent, par exemple, en cas de mariage.

Le prêt étant un acte volontaire et désintéressé, le prêteur a le droit d'exiger la restitution de son bien quand bon lui semble.

A moins que le prêt ne consiste en numéraire, le prêteur n'est point obligé de recevoir la chose dans un lieu autre que celui qui a été indiqué ponr le remboursement.

Tous les frais que peut entraîner la restitution d'un objet prêté doivent être à la charge de l'emprunteur, à cause de l'avantage qu'il a retiré du prêt.

Jusqu'à ce que la restitution ait été faite et acceptée, l'emprunteur est responsable de la chose prêtée vis-à-vis du prêteur.

Le mineur, pas plus que l'esclave, n'est responsable du prêt qui lui a été consenti; l'objet prêté est considéré comme un dépôt fait entre ses mains.

En cas de contestations sur la durée du prêt, la parole du prêteur fait autorité.

TITRE IX.

DE LA COMPENSATION.

(El-mouḳaça.)

Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il peut s'opérer une compensation qui éteint les deux dettes de la manière et dans les cas ci-après exprimés (art. 1289 du Code Napoléon).

Si l'accord n'est pas direct et accompli entre les deux individus, créancier et débiteur, le fait de compensation n'existe pas.

La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides (art. 1291 du Code Napoléon).

La compensation est permise pour deux dettes dont la valeur est en numéraire, quelle que soit l'origine de ces deux dettes et lorsque les valeurs dues sont égales, de même espèce et de même cours.

Il est indifférent que les deux dettes soient échues ou qu'une seule des deux le soit, ou que ni l'une ni l'autre ne se trouve encore à terme.

La compensation est permise lorsque les valeurs numéraires dues sont de qualités différentes, bien qu'elles soient de même espèce ou d'espèces différentes; mais alors il faut que les deux dettes soient échues.

Si les deux dettes consistent en denrées alimentaires données en prêt, l'acquittement réciproque est permis, pourvu que les quantités soient égales et que les choses prêtées soient identiques.

Si les choses dues pour chacune des créances diffèrent de poids ou de nombre, ou bien proviennent de ventes, l'acquittement réciproque est défendu, quand même les deux dettes seraient échues; l'inhibition s'appuie sur ce que la valeur primitive réelle de l'une des deux ventes, peut ne pas être parfaitement identique et égale à la valeur de l'autre, et alors, il y a possibilité de gain illicite.

La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution (art. 1294 du Code Napoléon).

TITRE X.

DU DÉPOT.

(El-Amana)

Le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (art. 1915 du Code Napoléon).

Le dépôt est un contrat essentiellement gratuit (art. 1917 du Code Napoléon).

Il se forme par le consentement de la personne qui le fait et de celle qui le reçoit (art. 1721 du Code Napoléon).

Le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927 du Code Napoléon).

Ce principe, consacré par la loi française, était admis par la loi romaine : *Non salva fide minorem, quam suis rebus, diligentiam præstabit.*

Le dépositaire est responsable du vol ou du dommage de la chose déposée, s'il peut être attribué à sa faute, à sa négligence ou à l'imprudence qu'il aurait eue de la confier en d'autres mains, à moins qu'il n'y ait été forcé par un événement imprévu, tel qu'un incendie par exemple.

Les mineurs et les esclaves ne sont pas responsables des dépôts qui leur ont été confiés.

Le dépositaire peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse du déposant (art. 1930 du Code Napoléon).

Si le dépositaire se sert des habits, des bestiaux, des esclaves (de ceux-ci autrement que pour la copulation qui, en cas de dépôt, est toujours interdite), ou de choses mobilières qu'il a reçues en dépôt, il est tenu de payer une juste indemnité.

S'agit-il d'espèces monnayées, il est obligé de donner le bénéfice aux pauvres.

Le dépôt doit être restitué à la personne qui l'a fait ou à ses ayant-droit seulement.

TITRE XI.

DU MANDAT.

(El-Oukala. — Et-Toukil.)

Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire (art. 1984 du Code Napoléon).

Le mandat est gratuit ou salarié. Dans le dernier cas, il est réglé par les principes du louage.

Le mandat est, ou spécial et pour une ou cer-

taines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant.

Le mandat conçu en termes généraux et contenant pouvoir d'agir discrétionnaire ou à volonté, investit le mandataire du droit de tout faire; et néanmoins, ce même mandataire aura besoin d'une procuration spéciale pour avouer une dette, répudier la femme ou marier la fille du mandant, vendre son esclave ou sa maison d'habitation.

Tout achat, toute vente, tout contrat, enfin tout acte fait par un mandataire légal est valide et obligatoire pour le mandant, si le premier s'est conformé à ses instructions ou si les pouvoirs conçus en termes généraux l'autorisent à procéder entièrement à son gré sur les objets confiés à sa gestion.

Le mandataire spécial est responsable de son fait; le mandataire général échappe à cette responsabilité.

Toutefois il est tenu, dit d'Hosson, d'indemniser son mandant lorsqu'il a traité à des prix qui lui causent une perte de plus de cinq pour cent sur les choses mobilières, de dix pour cent sur les bestiaux et de vingt pour cent sur les immeubles.

Le mandataire spécial répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et lorsque celle dont il a fait choix était

notoirement incapable ou insolvable ; il ne peut transiger sur les droits de son mandant qu'autant que le pouvoir qu'il a reçu en contient l'autorisation spéciale (Alger, 8 février 1847. Tahar Hadj Ali contre Kaddour ben Mustapha).

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (art. 1994 du Code Napoléon).

Celui qui est chargé par procuration de la conduite d'un procès n'est pas autorisé, par le fait de son pouvoir, à recevoir la chose en litige, à moins qu'il n'y ait été formellement autorisé par son mandant.

S'il est chargé de la recette d'une certaine somme, la loi musulmane (contraire en ceci à la loi française) l'autorise à poursuivre en justice le débiteur.

Si deux mandataires ont été nommés pour une même opération, il doivent agir simultanément.

Il est permis de donner mandat pour recueillir un gage ou un nantissement; le mandataire devient alors responsable du gage et ne peut le livrer, soit au créancier, soit au débiteur, sans le concours de tous deux.

Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qu'il lui a donné (art. 1698 du Code Napoléon).

Il doit lui rembourser les avances et frais que

celui-ci a faits pour l'exécution du mandat (art. 1999 du Code Napoléon).

L'aveu fait en justice par le mandataire n'engage ni lui ni son mandant.

Le mandat finit :

Par la révocation du mandataire ; — par la renonciation de celui-ci au mandat ; — enfin par la mort, soit du mandant, soit du mandataire (art. 2003 du Code Napoléon).

La révocation du mandataire ne compte que du jour de la notification à lui faite.

La constitution d'un nouveau mandataire sans révocation du premier, n'entraîne pas le retrait des pouvoirs de celui-ci ; elle impose à tous deux l'obligation d'agir ensemble.

TITRE XII.

DU CAUTIONNEMENT.

(Ed-Demana.)

Le cautionnement est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes répondent de la sûreté d'une dette et s'obligent à l'acquitter si le débiteur n'y satisfait.

Il est une autre sorte de cautionnement dont nous n'avons pas à nous occuper, c'est le cautionnement personnel, c'est-à-dire l'engagement pris par un tiers

de présenter, toutes les fois qu'il en sera requis, la personne pour laquelle il répond.

Le cautionnement doit toujours être gratuit.

Le cautionnement, qui est, dit la loi musulmane, un des actes d'humanité les plus louables que l'homme puisse exercer envers son prochain, oblige celui qui se rend caution, à satisfaire le créancier si le débiteur ne le satisfait pas lui-même.

Le créancier est maître de diriger ses poursuites contre la caution ou contre le débiteur et même contre tous les deux à la fois.

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses; il peut être donné pour partie de la dette seulement (art. 2013 du Code Napoléon).

Si deux personnes ont cautionné ensemble une même dette, le créancier peut renoncer à ses droits vis-à-vis de l'une des cautions, sans perdre son recours contre l'autre.

Dans tous les cas, le créancier est libre de poursuivre indistinctement l'une ou l'autre des cautions.

Tous les bénéfices accordés par le créancier au débiteur principal profitent à la caution; les bénéfices accordés à la caution ne profitent pas au débiteur.

Si la caution dégage sa garantie vis-à-vis du créancier, elle n'a aucune action contre le débiteur

principal pour obtenir la restitution des sommes par elle déboursées dans ce but.

Si, pour dégager sa garantie, la caution emprunte au nom et pour le compte du débiteur une somme destinée à rembourser, elle est personnellement responsable du remboursement du prêt.

La caution ne peut exercer de recours contre le débiteur qu'après avoir satisfait à ses propres engagements; elle est, après paiement, subrogée à tous les droits du créancier et peut exercer contre le débiteur toutes les poursuites qui ont été exercées contre elle.

TITRE XIII.

NANTISSEMENT. — GAGES. — HYPOTHÈQUES.

(Er-Reben.)

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose a son créancier pour sûreté de la dette (art. 2071 du Code Napoléon).

Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage.

Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse (art. 2072 du Code Napoléon).

La loi permet d'abandonner comme gage un objet dont la remise ou tradition n'est pas sans incerti-

tude, par la raison que celui qui accepte un gage peut également prêter sans exiger de sûreté.

Pour que le nantissement soit valable, il faut que le débiteur ait la propriété absolue de la chose qui en est l'objet et qu'il puisse en disposer.

Ceci semble venir en contradiction avec ce qui a été dit plus haut; la contradiction n'existe pas cependant, car, s'il importe peu qu'il y ait incertitude sur l'époque de la remise de l'objet, il est de toute nécessité que la propriété repose sur la tête de celui qui fournit le gage.

Toutes les choses qui peuvent être vendues peuvent être données en gage. Des termes de cette proposition résulte la preuve que, pour constituer valablement le nantissement ou l'hypothèque, il faut se dessaisir tant des meubles que des immeubles engagés.

Tant que le gage n'a pas été livré, celui qui l'a proposé est libre de retirer son offre.

Il faut que le gage soit tel, que la vente en puisse être légale en ce sens qu'il ne soit pas une chose impure; qu'il soit une chose d'utilité ou d'usage; qu'il soit possible de le livrer; qu'il soit connu; enfin, qu'il ne soit pas défendu.

Le gage doit équivaloir à peu près au montant de la dette, et s'il périt par la faute du créancier, la perte en est pour lui jusqu'à concurrence de sa créance.

Le gage est valablement donné par l'*ouali* ou tuteur naturel, testamentaire ou autre, lorsque ce tuteur agit dans l'intérêt et au nom de son pupille.

S'il y a deux tuteurs, l'un d'eux ne peut seul et sans l'assentiment de l'autre rien engager au nom de l'orphelin; s'ils sont en désaccord, ils doivent en référer au magistrat, qui juge de l'opportunité de la mise en gage projetée.

La loi musulmane permet de donner en gage une fraction de chose; mais, alors, la chose toute entière doit être remise à la disposition du prêteur.

Si l'emprunteur n'est propriétaire que du tiers, que du quart de la chose, et s'il ne peut disposer de la différence de sa portion au tout, le gage n'est point valable.

Un débiteur peut donner à deux de ses créanciers un gage équivalent à leurs créances, et deux débiteurs peuvent engager à un créancier commun un bien également commun.

Mais, dans le premier cas, le débiteur qui aurait déjà payé l'un de ses créanciers ne saurait rien réclamer de son gage, à moins qu'il n'ait pleinement satisfait l'autre. Le créancier commun de deux débiteurs a pareillement le droit de garder le gage commun jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé de l'un et de l'autre.

Le surplus de valeur d'un gage qui, par exemple,

vaut cent pièces et a été engagé pour garantie d'une somme de cinquante pièces peut être assigné comme sûreté d'une autre dette à un second créancier, mais à la condition que le premier créancier dépositaire connaîtra et approuvera ce second engagement.

Si un créancier, dont la créance déjà ancienne est garantie ou non par un gage, fait un prêt nouveau au même débiteur et en exige un gage qui le nantisse pour la dette ancienne et pour le prêt actuel, la mise en gage est nulle par rapport à l'ancienne dette, car alors il y a un prêt avec intérêt ou prêt usuraire.

Si celui qui a mis en gage a repris par violence ou usurpation le gage donné, le créancier peut le revendiquer partout.

Si celui qui a donné un esclave à l'état de gage le reprend et l'affranchit, le montant du prêt devient sur le champ exigible.

Les frais nécessaires à la garde ou à la conservation d'un gage ou d'une antichrèse sont à la charge du créancier ; mais s'il s'agit d'esclaves ou de bestiaux, le débiteur est tenu de leur entretien.

Lorsqu'il s'agit d'un terrain cultivé, soit jardin, verger, potager ou vignoble, l'entretien est également aux frais du débiteur, parce que les produits sont pour son compte ; mais, dans tous les cas où il serait question de frais extraordinaires, ils doivent être partagés entre le débiteur et le créancier, ce

qui exige d'avance le consentement et le concours des deux parties.

Il n'est permis au créancier de stipuler qu'il fera gratuitement usage de la chose livrée en gage que dans le cas où la durée de l'emploi de cette chose a été déterminée.

Si la chose engagée est du nombre de celles qui disparaissent et peuvent être facilement cachées, le créancier est responsable en cas de disparition ou de perte.

Si le débiteur, après avoir donné un gage, vient à le vendre, il y a lieu de distinguer : 1° si le prix de vente est égal ou supérieur à la dette ; 2° si le prix de vente est inférieur.

Dans le premier cas, le créancier n'a rien à dire ; il prend le prix jusqu'à concurrence de sa créance ; dans le deuxième cas, il est libre d'invalider la vente ou de prendre le prix en provenant, sous réserve de répéter la différence vis-à-vis le débiteur.

Un créancier hypothécaire qui n'est pas satisfait au terme convenu peut poursuivre en justice son débiteur et même exiger son emprisonnement; il a le droit de garder la totalité du gage jusqu'à l'entier paiement de sa créance, quand même il aurait reçu des à-comptes.

Toutefois, il ne peut se dessaisir du gage, soit en le vendant, soit de toute autre manière, que lorsque

le débiteur, en contractant sa dette, lui a concédé le droit de le vendre.

Si au terme convenu le débiteur est dans l'impossibilité d'acquittér la dette et s'il n'y a pas de chances d'obtenir le paiement d'une autre manière, le créancier doit s'adresser au cadi, afin d'obtenir l'autorisation de vendre judiciairement. Après avoir entendu contradictoirement les deux parties, le magistrat décide s'il y a lieu ou non de vendre.

En cas d'absence du débiteur, le créancier procède de la même manière.

En cas de mort ou de faillite du débiteur, la créance hypothécaire est considérée comme privilégiée.

En cas de contestations sur la valeur des conventions, sur le montant de la dette, sur la question de savoir si l'objet a été remis, soit à titre de dépôt, soit à titre de gage, le mode de procéder est celui usité en toutes matières : les parties se rendent chez le cadi qui, après les avoir entendues contradictoirement, leur défère le serment. La parole de celui qui nie que la chose a été donnée à titre de gage fait autorité ; celui qui soutient la réalité du gage doit apporter les preuves de ce qu'il allègue.

TITRE XIV.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS.

(Beinet-el-Ilitzam.)

La preuve testimoniale est admise en toutes matières et en tout état de cause.

Les musulmans se fondent sur les passages suivants du livre :..... « Appelez deux témoins choisis parmi vous ; si vous ne trouvez pas deux hommes, appelez en un seul, et deux femmes parmi les personnes habiles à témoigner, afin que, si l'une oublie, l'autre puisse rappeler le fait. Les témoins ne doivent pas refuser de faire leurs dépositions toutes les fois qu'ils en seront requis... ..... Appelez des témoins dans vos transactions et ne faites violence ni à l'écrivain, ni au témoin ; si vous le faites vous commettez un crime (Coran, traduction de Kasimirski, chap. 11, verset 282). »

Dans toute action judiciaire, c'est au demandeur à prouver ses droits; il doit énoncer dans sa demande la nature de l'objet réclamé, ses droits ou ses titres sur cet objet et son désir d'obtenir justice.

Après l'exposé de la demande, le cadi interroge le défendeur; si ce dernier reconnaît juste la réclamation, le magistrat adjuge au demandeur ses

conclusions; s'il conteste, les témoins du demandeur sont entendus.

Si le demandeur n'a point de témoins à faire entendre, il peut déférer le serment au défendeur; celui-ci ne peut référer le serment à son adversaire, quand même il en ferait dépendre le sort de sa cause.

Le serment prêté ou refusé détermine le jugement.

Si, après un serment prêté, le demandeur trouve des témoins connaissant les faits articulés et déniés par son adversaire, il peut, s'il le juge convenable, le traduire de nouveau devant le cadi.

Le défendeur peut aussi produire des témoins pour soutenir son affirmation.

Ainsi, par exemple, lorsque ayant entre les mains l'objet réclamé, le défendeur soutient l'avoir reçu d'une personne tierce à titre de dépôt, de gage, etc., il peut produire des témoins pour soutenir ses allégations.

Lorsque la preuve testimoniale est offerte par les deux adversaires et lorsque la cause permet de les considérer tous deux comme demandeurs et défendeurs en même temps, le juge autorise celui des deux dont les prétentions lui paraissent les moins admissibles à faire la preuve.

Le prophète a dit : « Rendez témoignage à la vé-

rité; mais seulement alors que le fait est à vos yeux aussi clair que le soleil. »

Pour attester un fait ou une parole, il faut donc, d'après ces prescriptions, l'avoir vu ou entendue.

La déposition doit être faite, à peine de nullité, en présence du juge et de la partie adverse.

Le principe *testis unus, testis nullus* est en pleine vigueur chez les musulmans.

Pour qu'une preuve soit complète, il faut que le fait soit établi par le témoignage de deux hommes ou d'un homme et de deux femmes.

Les témoins affirment mais ne prêtent pas serment.

Il faut que leurs témoignages soient unanimes et conformes les uns aux autres.

Pour être habile à déposer en justice, il faut être majeur, musulman, de condition libre et reconnu pour une homme probe, vertueux et instruit.

Sont inhabiles à être témoins, les aveugles, les condamnés à des peines afflictives, les hommes vicieux, les blasphémateurs, les collecteurs de deniers publics, les individus qui exercent un métier proscrit par l'islamisme, les parents en ligne directe ascendante et descendante, enfin les infidèles.

Un témoin qui se trouve, soit pour cause de maladie, soit pour cause d'absence, dans l'impossibilité de venir témoigner, peut charger une personne qui jouit des qualités requises de faire sa déposition en son

nom; dans ce cas, il doit expliquer clairement et nettement les faits à son suppléant.

TITRE XV.

DU SERMENT.

(El-Imin.)

Chez les musulmans le serment est de deux sortes : il consacre l'obligation de faire ou de ne pas faire, ou bien il est l'affirmation de l'existence ou de la non existence d'un fait.

Le serment n'engage la conscience et n'a le caractère obligatoire que lorsqu'on prend à témoin ou le nom de Dieu ou un des attributs de sa divinité. Par exemple, lorsqu'on dit : par Dieu ! par la bénédiction de Dieu ! par le fort ! par la sainte écriture !

Si, avant d'énoncer le fait, le musulman prononce la formule du serment, en la faisant précéder de ces mots : par Dieu ! il est libre de déclarer qu'il n'a pas entendu, au sujet du fait lui-même, invoquer le nom de Dieu, qu'il n'a entendu prononcer qu'une simple exclamation.

Si, au contraire, le fait a été énoncé d'abord et si, en suivant, le nom de Dieu a été invoqué, le serment est complet et obligatoire.

Il est simple ou grave.

Le serment simple est celui qui est exigé d'une personne dont la vertu et la probité sont hors de doute.

Le serment simple fait seulement mention du nom de Dieu.

Le serment grave est exigé de toute personne ne réunissant pas toutes les garanties de moralité désirables. En voici la formule :

« Je jure par Dieu, par ce Dieu unique, qui voit tout, qui sait tout, qui entend tout, par ce Dieu clément et miséricordieux, à qui rien n'échappe que... »

Ce serment est prononcé publiquement, la main droite placé sur le Coran, ou sur le Boukharï.

Sidi K'helil consacre plusieurs chapitres au serment, à ses formules et à sa force obligatoire.

La loi musulmane indique à celui qui est appelé à prêter serment, tant de moyens d'en éluder la force, qu'il nous semble indispensable de déléguer en Algérie, à un des assesseurs indigènes, le soin de recevoir le serment déçisoire déféré à ses co-réligionnaires, suivant les prescriptions rigoureuses de la loi.

TITRE XVI.

DE LA PRESCRIPTION.

(Inkida-el-Modda).

La prescription est un moyen d'acquérir et de se

libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi (art. 2219 du Code Napoléon).

Les créanciers, les cautions ou toutes autres personnes ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce (art. 2225 du Code Napoléon).

Pour pouvoir prescrire, il faut avoir la possession continue et non interrompue pendant un certain temps.

Les droits de beït-el-mal sur les biens objets de dispositions pieuses et consacrées aux corporations religieuses, sont imprescriptibles; d'après la loi musulmane, les usurpations que pouvaient commettre sur ces biens les beys et autres gouverneurs de province, ne leur attribuaient aucuns droits qu'ils pussent valablement transmettre, et le beït-el-mal peut toujours revendiquer la propriété usurpée par lui, lorsque la force majeure a cessé (arrêt d'Alger, 14 avril 1854).

Cependant, d'après un fetfoua rendu par le muphti Amadi-ebns-Saoud-Effendi, sous le règne de Suleiman 1^er^, la propriété des biens qui ont fait partie des dotations pieuses (habous), se prescrit par trente-six ans.

Nous voici arrivé à la fin de notre tâche. En terminant ce travail, nous dirons encore : nous n'avons pas l'intention de livrer à la publicité une œuvre originale.

Notre traité est composé presque entièrement d'extraits de la traduction de Sidi-K'helil, par M. Perron, et du *Tableau de l'Empire ottoman*, par d'Hosson.

En indiquant les sources où nous avons puisé les renseignements qui précèdent, nous invitons ceux qui voudraient acquérir une connaissance approfondie du droit musulman, à y recourir avec confiance.

L'étude des auteurs que nous venons de citer est aride peut-être, mais elle est nécessaire.

Nous avons eu pour but l'utilité qui peut résulter, pour les hommes pratiques, de la réunion dans un petit volume des principes d'un droit trop peu connu.

Puissions-nous avoir réussi !...

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

AVANT-PROPOS IX

DÉCRET IMPÉRIAL DU 31 DÉCEMBRE 1859 . . XXI
Actes publics XXXIV
Appel XXX
Compétence des cadis. XXVI
Compétence des tribunaux de 1re instance et de la Cour impériale. XXVII
Dépôts XXXIV
Dispositions générales. XXXVIII
Enregistrement. XXXVI
Exécution des jugements. XXII
Jugements XXIX
Procédure devant les cadis. XXVIII
Id. devant les tribunaux XXX
Registres à tenir (forme des). XXXVI
Timbre XXXVI

RÉSUMÉ XLI

NOTICE SUR SIDI K'HELIL. XLV

TRAITÉ DU DROIT MUSULMAN.

Absence. — Présomption, page 4. — Déclaration d'absence, 5. — Des effets de l'absence, 4. — Pouvoirs de la femme en cas d'absence du mari, 5 et 17. — Partages dans lesquels les absents sont intéressés, 5.

Accession (droit d'), 55, 57, 62, 63.
Adoption, 48; — collatérale, 48; — patronale, 49.
Anoua (terre d'), 71.
Bail. — V. LOUAGE.
Biens (de la distinction des), 53.—Vacants, 53 et suiv. — Droit des propriétaires de biens, 63.
Caution (droit de celui qui s'est porté), 144.
Cautionnement, 149.
Chefaû (droit de), 93.
Compensation (de la), 143.
Concession, 71.
Créances (transport de), 119.
Délivrance. — V. VENTE.
Dépôt (du), 145.
Désaveu. — V. MARIAGE.
Divorce, id.
Donations en général, 98; — entre vifs, 98 et suiv.— testamentaires. — V. TESTAMENTS.
Echange (du Contrat d'), 120.
Epaves, 69.
Filiation (de la), 40 et suiv. — Des devoirs des enfants, 44.
Gage (du), 151.
Habous (définition du), 57. — Habous légal, 57; — conventionnel, ibid.
Héritiers. — V. SUCCESSIONS.
Hypothèques, 151.
Iddet. — V. MARIAGE.
Impuissance. Id.
Interdiction (de l'), 49.
K'irad (contrat de). — V. SOCIÉTÉ.
Légataire. — V. TESTAMENT.
Licitation. — V. VENTE.
Louage. — Du louage en général, 121. — Louage des

choses, 122. — Baux à ferme, 122. — Baux à loyers, 120. — Louage d'objets mobiliers, 120. — Louage d'ouvrage et d'industrie, 131.

Majorité (de la), 1.

Mandat (du), 140 et suiv. — Des obligations du mandataire, ibid. — Des obligations du mandant, 148.

Mariage. — Conditions requises, 10. — Consentement, 11. — Célébration, 12. — Don nuptial, 13 et suiv. et 21 et suiv. — Devoirs des époux, 14 et suiv. — Prohibition, 18 et suiv. — Nullité, 18. — Qui peut imposer le mariage, 20 et 21. — Dissolution, 25 et suiv. — Option, 26. — Répudiation, 27 et suiv. — Anathèmes, 37 et suiv. — Désaveu de paternité, 38 et 42. — Divorce, 35. — Iddet de la femme mariée, 31, 33. — De la veuve, 33.

Melk (définition du bien), 62.

Mitoyenneté (de la), 66, 67.

Nantissement (du), 151.

Nourrice. — V. Louage, 134.

Obligations (preuve des), 157.

Ouali, 49.

Oussi, 46.

Oukil, 11, 47.

Option (du droit d') — V. Mariage.

Paternité (de la), 40. — Droits et devoirs des père et mère, 41.

Personnes (division des), 1.

Prescription (de la), 161.

Prêt (du), 139. — Des droits du prêteur, 141.

Preuve. — Des obligations, 157, 158.

Propriété, 54. — Comment s'acquiert la propriété, 69 et suiv.

Rapport. — V. Successions.

Répudiation, — V. Mariage.

Héritation. — V. VENTE.
Retrait successoral (du), 94 et suiv.
Retrait vicinal (du), id.
Serment (du), 38 et suiv., 160 et suiv.
Servitudes. — Dérivant de la situation des lieux, 64. — Sources, 65. — Vues, 67. — Voisinage, 67. — Dépenses d'entretien, 66.
Société (contrat de), 136. — Des différentes espèces de société, 137. — Droit des associés, 137 et suiv. — K'irad, 137.
Sources. — V. SERVITUDES.
Successions (des). — Qualités requises pour succéder, 77. — Héritiers légitimaires, 79 et suiv. — Héritiers universels, 81 et suiv. — Du partage des successions musulmanes, 91; — israélites, 92 (*v. la note*). — Rapports, 98.
Talion (peine du), 133, *voir la note*.
Témoins.—Qualités requises, 157.—Reproches, ibid.
Testament, 99. — Quotité disponible, 88, 89, 101. — Formes, 101. — Conditions requises pour la validité d'un testament, 100. — Droits des légataires, 102. — Testament fait en état de maladie, 102. — Tuteurs et exécuteurs testamentaires, 103;—leurs devoirs, 104. — Frais d'administration, 105.
Transport de créances, 119 et suiv.
Trésor (découverte d'un), 69.
Tuteurs (des), 45.
Vente (définition de la), 105;—Ventes régulières, 105; — illégales, 108; — nulles, 110; —à l'option, 112. — Délivrance, 116. — Résiliation volontaire, 117. — Licitation, 118.
Vues. — V. SERVITUDES.

Constantine. — Typ. Alessi et Arnolet, successeurs de Marle et Arnolet.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE