

G.-H. BOUSQUET

Professeur de Sociologie Nord-Africaine et de Droit Musulman comparé
à la Faculté de Droit d'Alger

Du Droit Musulman
et de son
application effective
dans le monde

Bibliothèque Maison de l'Orient



164666

IMPRIMERIE NORD-AFRICAINE

(S. CRESCENZO)

8. RUE DROUILLET

ALGER

1949

LIBRAIRIE ORIENTALE ET AMERICAINE

Max BESSON, Successeur

198, Boulevard de la Liberté, ALGER

DU MÊME AUTEUR :

- LES SUCCESSIONS AGNATIQUES MITIGÉES, étude comparée des régimes successoraux musulman et germanique, en collaboration avec F. PELTIER (Geuthner, édit.).
- PRECIS DE DROIT MUSULMAN (Mâlékite et Algérien). (La Maison des Livres, Alger, édit.). 2^e éd. considérablement augmentée.
- LE DROIT MUSULMAN PAR LES TEXTES (Précis de Droit musulman), tome II. (La Maison des Livres, Alger, édit.) (2^e édit. augmentée.)
- INTRODUCTION A L'ETUDE DE L'ISLAM INDONESIEN (Extrait de la *Revue des Etudes islamiques*, 1938).
- LA POLITIQUE MUSULMANE ET COLONIALE DES PAYS-BAS (P. Hartmann, édit. - Traductions anglaise et japonaise.)
- L'ISLAM MAGHREBIN (Introduction à l'étude générale de l'Islâm). 3^{me} édition, sous presse. (La Maison des Livres, éd., Alger.)
- LES GRANDES PRATIQUES RITUELLES DE L'ISLAM. (Presses Universitaires, éditeurs.) Sous presse.

TRADUCTIONS :

- LE LIVRE DES SUCCESSIONS DU « ÇAHIH » D'EL-BOKHARY, traduction et commentaires, en collaboration avec K. TAKARLI. (*Revue algérienne de Législation et Jurisprudence*, 1933.)
- LE MOKHTAÇAR D'ABOU CHODJ^eA. (Extrait de la *Revue algérienne de Législation et de Jurisprudence*, 1935.)
- RECUEIL DE LA LOI MUSULMANE DE ZAID BEN ^eALI (Le plus ancien recueil de droit musulman retrouvé jusqu'ici). Législation civile, traduite avec introduction et notes en collaboration avec J. BERQUE. (La Maison des Livres, Alger, édit.)
- COUTUMES, INSTITUTIONS, CROYANCES DES INDIGENES D'ALGERIE, par J. DESPARMET. Traduit de l'arabe maghrébin, en collaboration avec H. PÉRÈS. (Typo-Litho, édit., Alger. (Tome 1, 2^e édit.)
- LES 40 H'ADITHS D'EN-NAWAWI. (La Maison des Livres, Alger, édit.)
- LE TANBIH D'ECH-CHIRAZI. Tome 1 : *Le Rituel*. (Sous presse.)
-

Avertissement

C'est sans enthousiasme que je publie mes notes de cours, qui ont tous les défauts de ce genre de publication, doublement aggravées, dans mon cas, par le délai très bref qui m'a été assigné par l'Institut Supérieur d'Etudes Islamiques, pour en fournir un manuscrit de dimensions fixées à l'avance.

En conséquence, et autant je recevrai, avec modestie et reconnaissance, les corrections que les personnes compétentes voudront bien me signaler, autant je me désintéresse de l'opinion qu'elles pourraient émettre, touchant la valeur des pages qui suivent, en elles-mêmes.

Si, en définitive, j'ai tout de même fourni à l'Institut cette contribution écrite, c'est d'abord parce qu'elle constitue pour ses étudiants et pour les miens, un instrument de travail qui, si imparfait soit-il, est préférable à l'absence de cours écrit; si, même, j'ai consenti à mettre ces notes à la disposition d'un public plus large, c'est parce qu'à ma connaissance, il n'existe aucune publication similaire dans aucune langue. L'étude que je fais des institutions juridiques concrètes des pays musulmans, est insuffisante à tous égards, dans la forme comme dans le fond. Mais, en attendant un tableau de Maître, le grossier croquis que j'en esquisse peut être utile, en attirant l'attention sur un phénomène social d'ensemble très important pour juger de l'Islâm contemporain.

Voilà uniquement ce que le lecteur devra avoir à l'esprit, s'il veut juger équitablement ce travail.

G.-H. B.

Kinâs el-Wa'ïla.

9 décembre 1948.

7 Safar 1368.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES. — Les leçons que je vais professer devant vous, forment une partie de mon cours des Institutions comparées de l'Islâm, qui comprend une introduction et deux parties.

a) Dans l'introduction, j'étudie la formation de cette branche, si importante, des institutions, à la fois juridiques et religieuses de l'Islâm que constitue le *fiqh*. L'examen de cette question nous mène aux conclusions suivantes :

Les institutions musulmanes théoriques sont, en principe, figées, depuis le moment où la porte de l'effort est fermée, c'est-à-dire au bout de trois siècles, théoriquement (en fait, bien avant) ; les Docteurs de l'Islâm ont à ce moment donné l'interprétation infaillible des textes sacrés, et exposé le mécanisme idéal de la Communauté musulmane, les règles qui doivent régir le fidèle et l'Etat musulman, conformément aux ordres d'Allâh, interprétés par les *fouqahâ*.

Cet ensemble n'a donc plus varié depuis le début de notre x^m siècle, et est incapable de varier : en théorie donc, le rituel, le droit privé et public, la morale, les bons usages, sont fixés à jamais. Il en est ainsi parce qu'il n'existe aucune autorité en Islâm pour décider le contraire : il n'y a pas une autorité religieuse ayant le pouvoir législatif.

Cependant, toute la vie sociale n'est qu'évolution. Il convient donc de se demander comment celle-ci a réagi devant ces exigences théoriques d'immobilité définitive.

b) Une réponse partielle à cette question nous est donnée dans la première partie du cours, relative aux institutions religieuses. Nous y voyons alors que :

1° Dans les pays musulmans, il est resté, dans la masse du peuple, beaucoup d'usages religieux pré-islamiques, contraires

à la religion de Moh'ammed, et qui n'ont pas été éliminés (sorcellerie, cultes agraires ou naturistes, etc...); ils constituent, en termes théologiques, des *bid'as* (des innovations, par rapport à la Loi).

2° Par contre, la Communauté musulmane a fini par reconnaître comme orthodoxes des pratiques rituelles qui, au début, paraissaient contraires à l'esprit de l'Islâm et ne sont, en tout cas, pas comprises dans les institutions traditionnelles du *fiqh*. Ce sont : tout ce qui se rattache au culte des Saints, le rituel au sein des confréries mystiques, les fêtes non-canoniques d'Achoûra et du Mawlid, même le pèlerinage à Médine, etc...

En d'autres termes, il est parfaitement établi que la Loi musulmane relative aux *'ibadâtes* n'a : ni pu écraser entièrement les cultes anté-islamiques, ni s'opposer complètement à l'absorption de rites nouveaux au sein de l'orthodoxie même.

Dans cette partie du cours, nous poursuivront un examen semblable, en ce qui concerne les institutions juridiques proprement dites, et je puis vous dire tout de suite que nous ferons en cette matière des constatations exactement semblables à celles qui viennent d'être faites pour le rituel : d'une part, persistance de la coutume; d'autre part, évolution bien au delà du *char'*.

2. ETENDUE D'APPLICATION RÉELLE DU *Fiqh*. — Dans le domaine des *'ibadâtes*, les rapports entre les règles théoriques et le rituel de fait, ont toujours été plus étroits qu'en ce qui concerne le droit proprement dit : sauf, sans doute, la *zekâa*, les grandes institutions culturelles ont toujours été, plus ou moins, suivies par les fidèles.

Au contraire, s'agissant du droit, il n'en est pas ainsi. Sans doute, on va le voir, la différence est considérable entre théorie et pratique à l'époque contemporaine, comme cela ressort du tableau que je vais dresser devant vous (et qui, d'ailleurs, retrace presque partout l'état de choses à la veille de la guerre de 1939). Mais, ici, je fais allusion à autre chose.

En principe, un pays musulman devrait, en vertu des termes du *fiqh*, n'avoir qu'un seul tribunal, celui du *qâdhî*, à compétence universelle. Or, ce principe théorique n'a jamais été en vigueur dans les pays musulmans; nous y apercevons, au contraire, une sorte de division du travail. On a réservé à la justice du *char'*, les matières qui, dans la conscience de la communauté, ont été jugées plus particulièrement d'ordre religieux; le reste est de la compétence d'un autre tribunal.

Ces matières sont : avant tout, le statut personnel et, plus spécialement, ce qui a trait au mariage; d'autre part, le statut successoral, ainsi que le régime des fondations pieuses (*waqf*, *h'obous*), le testament; parfois, les donations, ou même le statut réel immobilier.

Par contre, ce qui concerne les obligations, le droit commercial, le droit pénal, échappe à la compétence normale du juge religieux; aussi l'influence du *fiqh* ne s'y fait que guère, ou peu, sentir. A l'époque classique, le tribunal compétent est celui des autorités administratives, car il n'y a aucune séparation des pouvoirs en Islâm. La justice est rendue selon les us et coutumes, et, s'il y a lieu, selon les règlements édictés par le souverain (*qanoûns*).

Cela était le cas, à l'époque classique, dans les régions musulmanes qui appliquaient le droit musulman; mais beaucoup conservaient et ont conservé leurs coutumes.

Il est, d'autre part, essentiel de comprendre qu'étudier des textes du *fiqh* ou de droit moderne, ou la jurisprudence, ne suffit pas pour comprendre la réalité juridique et sociale vivante; comme je vais vous l'expliquer par quelques exemples empruntés à l'Afrique du Nord française :

Là où un texte de droit musulman ou de droit français est censé intervenir, il ne faut pas s'imaginer qu'il nous fournit une image nette de la réalité sociale. Il y a à cela trois raisons principales :

1° Le texte peut nous laisser un choix, et nous ne savons pas, *a priori*, le choix qui est fait dans la réalité. Ainsi, d'après notre code civil, il existe plusieurs régimes matrimoniaux; il faudrait savoir quels régimes matrimoniaux les époux adoptent de préférence. De même, en droit musulman, on peut citer l'exemple des diverses sortes de répudiations. Fonctionnent-elles en fait? Comment fonctionnent-elles? Sous quelles formes? Là-dessus, les textes ne nous renseignent pas.

2° Il peut exister des usages contraires aux textes. Ainsi, chez nous, il se pratique beaucoup de choses qui n'existent pas dans les textes. C'est fréquent, aussi, quand il s'agit d'usages musulmans : dans certains pays musulmans, l'adoption existe; or, cette institution n'est pas admise en droit musulman.

3° Il se peut que, bien qu'un texte existe qui semble impératif, il y ait persistance de l'ancien état de choses. Ainsi, M. le P^r RODIÈRE enseignait à son cours de droit comparé que, dans

certaines régions de France (les Pyrénées), des coutumes successorales se perpétuent, qui sont contraires au code civil. Les exemples fourmillent pour les populations musulmanes de l'Afrique du Nord !

a) Il peut y avoir persistance d'institutions à la fois coutumières et musulmanes, malgré les injonctions de la loi française. Ainsi, en matière pénale, la diya (prix du sang) existe encore en Algérie. Chez nous, du reste, en France, le duel, interdit par le code pénal, s'est bien maintenu jusqu'à ces derniers temps dans les mœurs.

b) Il peut y avoir persistance des coutumes berbères, bien que la loi musulmane soit expressément déclarée applicable par nous. Exemple : dans l'Aurès, qui a été islamisé par nous, les coutumes ont subsisté en partie, et de même en Petite-Kabylie occidentale qui, en réalité, n'est pas un pays de droit musulman, malgré les textes. Nous verrons d'autres exemples de la chose. Citons ici : existence du mariage mechrouth dans la région de Gouraya, et inexistence du droit de garde de l'enfant (hadhana) chez les Kroumirs de la Tunisie, etc...

c) Il peut y avoir persistance de la coutume, bien que la loi française soit déclarée applicable. Exemple : inefficacité en Kabylie de certaines réformes que l'on a prétendu y apporter. Un exemple frappant est celui de la Petite-Kabylie, où c'est le droit musulman qui est applicable, et le juge de paix qui doit juger. Les anciennes djemaas judiciaires kabyles ont perdu toute existence légale; elles continuent pourtant à subsister de façon clandestine, et connaissent en premier ressort de la majorité des affaires civiles. Le juge de paix joue seulement le rôle de juridiction d'appel au second degré, le premier appel étant porté devant le cheikh.

d) Il peut y avoir persistance du droit musulman, malgré l'existence de la loi française. Exemple : malgré l'obligation de faire intervenir le cadî dans la conclusion du mariage, beaucoup de mariages se concluent encore sans intervention du cadî. De même, dans la région de Tlemçen, les Juifs ont conservé, dans certaines familles, des habitudes de polygamie interdites par notre code civil, et, du point de vue religieux, leur mariage est alors contracté au Maroc.

e) Les Kharidjites de Djerba soumettent volontiers leurs différends à leurs notaires, parce que leur rite n'est pas reconnu

officiellement. On voit que ce rite persiste tout de même, malgré l'applicabilité d'un autre rite.

Il est très important de bien se souvenir de ces exemples, pour juger de la valeur sociologique des faits que je vais soumettre à votre examen dans les chapitres suivants.

3. PLAN DU COURS. — La question que l'on a à se poser est la suivante : comment allons-nous classer ces peuples musulmans, dont on doit étudier les institutions juridiques ?

Premier système. — On pourrait étudier les musulmans des divers rites, rite par rite; mais ce système est à rejeter absolument, et cela pour deux raisons : 1° En réalité, les différences légales entre les divers rites sont beaucoup plus petites que celles qui existent entre les institutions positives des peuples musulmans de rites différents ou d'un même rite; ainsi : il n'y a pas une grande différence entre le rite hanéfite et le rite malékite, et pourtant certains Malékites touareg ont le régime du matriarcat, tandis que les hanéfites de Russie sont soumis à un code civil ultra-moderne. - 2° Même pour les musulmans d'un même rite, on observe une différence tout aussi considérable. Exemple : En Egypte et aux Indes néerlandaises, la population est chafé'ite et pourtant l'Egypte est un pays de droit hanéfite (parce que le souverain est hanéfite), tandis que l'on trouve aux Indes néerlandaises des populations avec système matriarcal.

Deuxième système. — Etude des diverses institutions. Par exemple : comment est le mariage dans tous les pays? Comment est le waqf? Ce système ne serait admissible que si l'on étudiait une seule institution ; mais il n'est pas admissible quand on étudie l'ensemble des institutions, parce que l'on retrouverait, pour chaque pays, chaque fois des phénomènes présentant des différences analogues, et l'on ne comprendrait pas pourquoi ; cela nous empêcherait de voir la *cause profonde* qui fait que, dans les divers pays musulmans, il y a des systèmes juridiques différents, et il en serait ainsi parce que, chaque fois, on sortirait de leur cadre social ces institutions étudiées une à une. En effet, comment étudier une même institution, par exemple le mariage dans deux pays, par exemple chez les Touareg et en Russie, dont le cadre social n'est pas le même? Pour étudier une institution, il faut connaître le milieu social où elle apparaît. Donc, on arrive à cette conclusion que la seule façon d'étudier les lois applicables à des musulmans, c'est de les étudier par pays, par gouvernement.

Troisième système. — C'est le système que nous adopterons : classification par pays, car le pays représente un groupe social. Mais, alors, comment allons-nous classer les pays ? Les étudier dans l'ordre alphabétique ou géographique, serait un système détestable. En effet, des pays d'une même aire géographique, par exemple, sont soumis à une évolution sociale différente. Il nous faut donc classer les pays en fonction d'un grand fait social : le *stade d'évolution* auquel les pays se trouvent, et cela plus particulièrement quant à l'évolution juridique de ces peuples musulmans.

Nous arrivons alors au classement suivant (1) : 1° Pays où le système classique n'a pas, pour ainsi dire, été atteint; 2° Pays où il a été plus ou moins modifié; 3° Pays où le droit musulman a été totalement aboli; 4° Pays où prédomine la coutume.

Ce classement est en partie approximatif (sauf pour le 3° groupe). En ce qui concerne les pays des second et troisième groupes, les modifications du système juridique s'expliquent en très grande partie par l'évolution sociale des pays musulmans, dont il faut dire un mot.

4. EVOLUTION DES PEUPLES MUSULMANS. CAUSES ET MANIFESTATIONS DE CETTE ÉVOLUTION. — C'est un sujet très intéressant dont l'étude mériterait d'être l'objet d'un cours de toute une année. Nous nous bornerons à des remarques *très sommaires*. Nous distinguerons les causes politiques et les causes économiques.

a) CAUSES POLITIQUES. — Elles sont naturellement en relation avec les causes économiques.

Première cause : les *conquêtes européennes* des pays musulmans. — La conquête des pays musulmans par des nations européennes remonte assez loin. Dès le xvii^m siècle, la Hollande s'établit aux îles de la Sonde. Au xviii^m siècle, la Russie commença à s'emparer de territoires musulmans, et ce mouvement dura jusqu'au xix^m siècle. Au xviii^m siècle, l'Angleterre s'établit aux Indes, et enfin, depuis 1830, la France s'est étendue en Afrique du Nord et dans les régions habitées en partie par des musulmans, comme par exemple en A.O.F.

(1) Nous n'étudierons pas tous les pays musulmans. Les principales omissions portent : 1° sur l'Islâm noir, où, dans beaucoup de régions, les coutumes semblent avoir persisté; 2° sur l'Islâm en Chine, où nous supposons que les croyants musulmans sont soumis au même statut juridique que les autres Chinois, car il y aurait, à notre connaissance, un code civil en Chine; 3° la Péninsule malaise, où le statut musulman est reconnu.

Par ces conquêtes, les peuples musulmans sont entrés en contact avec les civilisations européennes. Cependant, cette influence sociale n'a commencé à se faire sentir que beaucoup plus tard, et, à cet égard, il est un fait qui a remué l'Islâm : c'est la conquête de l'Égypte par Bonaparte. C'est en effet à partir de cette conquête que l'on peut marquer les tout premiers débuts des rénovations musulmanes.

Deuxième cause. — A côté de ces conquêtes politiques qui firent connaître aux musulmans la civilisation européenne, il faut noter l'affaiblissement de l'Europe vis-à-vis du reste du monde, et ce à partir du xx^m siècle.

Un fait pour les musulmans des Indes anglaises et néerlandaises, qui représentent plus de la moitié de l'Islâm, a eu une importance énorme : c'est la guerre russo-japonaise de 1904-05. Cette guerre a été, pour ces musulmans, la révélation que l'Europe n'était pas invincible.

Cet affaiblissement de l'Europe est allé en s'accroissant, à la suite des guerres de 1914 et 1939, car ces guerres ont fait se dresser les pays européens, les uns contre les autres, et leur hégémonie s'est trouvée affaiblie, ce qui a encouragé le développement dans les pays musulmans d'un sentiment nationaliste très fort. Cependant, l'Islâm s'est effondré en Turquie, au point de vue politique.

Troisième cause. — Il faut citer en même temps, comme cause politique de l'évolution des musulmans, la renaissance de la puissance wahabite. Ces Wahabites, qui représentaient la réaction contre l'Islâm classique, sont venus après 1914-18, jouer un rôle important dans le monde musulman, puisqu'aujourd'hui, les villes saintes de l'Islâm sont entre leurs mains.

b) CAUSES ÉCONOMIQUES. — Cette influence européenne a eu des conséquences dans le domaine économique, en ce qu'elle a mis en contact, avec les modes de vie économique moderne (et plus particulièrement avec le capitalisme, qui suppose des contacts et des échanges multipliés avec l'extérieur), ces populations musulmanes qui vivaient non seulement d'une vie sociale et juridique tout à fait figée, mais encore d'une vie économique fermée; aussi, dans beaucoup de pays musulmans, la vie économique avec tout ce que cette vie impliquait de vie sociale, familiale et patriarcale, s'est trouvée bien souvent modifiée du tout au tout. Il y a eu un bouleversement complet au point de vue économique : les distances ont été rapprochées, on n'a plus

consommé, au sein d'une même famille, la production familiale; les modes d'entreprise se sont modifiés, et, là encore, les idées européennes ont pénétré par le moyen de l'action économique, et la vieille vie familiale en a été profondément affectée.

c) CONSÉQUENCES DE CETTE ÉVOLUTION.

1° *Conséquences politiques.* — C'est, en Russie, le mouvement bolchevik, avec ses répercussions sur les musulmans. C'est d'abord l'agitation, contre la domination étrangère aux Indes anglaises, aux Indes néerlandaises, en Egypte, etc... encouragée par les Soviets. C'est la constitution aussi, à la suite de ces guerres, de pays musulmans, atteignant un certain degré d'autonomie, puis l'indépendance : l'Arabie, la Syrie, la Palestine, l'Iraq, l'Albanie, le Pakistan, l'Egypte; la Turquie, qui est aujourd'hui un Etat purement laïque.

2° *Conséquences doctrinales.* — Une certaine opposition, mais en fait assez modeste, se dessine contre le vieux système figé du fiqh, de la loi religieuse de l'Islâm.

TITRE PREMIER

Les régions conservatrices ⁽¹⁾

CHAPITRE II

ARABIE ET AFGHANISTAN

5. GÉNÉRALITÉS. L'ARABIE SÉ'OUдите. — Dans ce titre, nous étudions les pays où le droit musulman n'a que peu ou pas du tout évolué, et tout d'abord l'Arabie sé'oudite, qui, depuis un quart de siècle environ, correspond à la plus grande partie de cette péninsule, il est vrai, désertique sur de très vastes espaces. Elle en est aussi la plus importante, puisque Ibn Sé'oud est maître des Lieux-Saints de l'Islâm. Je vous rappelle enfin que ce souverain appartient à l'hérésie wahhabite, bien que ses rapports soient fort bons et corrects avec le reste de l'Islâm. Cette région, qui est grande comme à peu près trois fois la France, est peuplée de quelques millions d'habitants (seulement six).

Succédant à l'anarchie qui existait à l'époque turque (jusqu'en 1916) et à celle du chérif de La Mekke, le régime sé'oudite a procédé à de nombreuses et importantes réformes, en particulier en améliorant beaucoup les conditions du pèlerinage.

Nous ne pouvons étudier ici l'organisation administrative du pays; voyons ce qui concerne le droit. Dans une très large mesure, comme nous le verrons au numéro suivant, l'Arabie sé'oudite a évolué négativement, en donnant au fiqh une exten-

(1) Il est indispensable d'étudier le cours en consultant un atlas de géographie.

sion plus grande qu'avant; c'est d'ailleurs le seul pays dans ce cas, et cela s'explique, puisque le wahhabisme est, avant tout, retour vers la tradition primitive. Cependant, certaines réformes ont été maintenues (par rapport à l'époque turque) ou opérées.

C'est, en particulier, le cas pour l'organisation judiciaire. Si, dans le Nejd, qui est le pays le plus conservateur et la région dominante, on a conservé le principe du qâdhî jugeant seul et sans appel, — du moins semble-t-il, — il n'en va pas de même au Hedjâz, région plus évoluée bien que conquise. Nous y trouvons : *a)* des tribunaux sommaires, à qâdhî unique; *b)* des tribunaux majeurs, composés d'un qâdhî et de deux na'îbs, qui, pour les causes importantes, jugent collégalement; *c)* une commission de vigilance judiciaire, sorte de tribunal de cassation, composé d'un président et de quatre 'ulémas, qui siège à La Mekke; *d)* un tribunal de commerce siégeant à Djedda (institué le 30 juin 1927), composé d'un président et de cinq membres, experts en matière commerciale, et assistés d'un docteur de la Loi; le tribunal juge d'après le code de commerce du 1^{er} juin 1931, très inspiré de l'ancien code turc; le prêt à intérêt y est interdit, mais il est permis de stipuler un prix plus élevé, si le paiement est fait à terme.

Il existe au Hedjâz une administration générale des waqfs; non au Nedjd, où, d'ailleurs, les fondations pieuses sont extraordinairement rares.

On notera que ces réformes-là, comme celle touchant l'organisation judiciaire, ont donc été admises dans le plus conservateur des pays musulmans. La conscience musulmane n'a pas été choquée par cette atteinte à la Loi divine.

6. LE FIQH HANBALITE ET LA PRATIQUE. — Quant au reste, au contraire, il y a eu retour très net en arrière :

a) Seul le droit hanbalite est applicable, même aux musulmans des autres rites, et le droit coutumier bédouin a été, au moins officiellement, aboli.

b) Dans toutes les villes, il a été créé des commissions ayant pour objet « d'ordonner le Bien et de défendre le Mal », selon la vieille expression classique, qui sont dotées de larges pouvoirs de police religieuse : elles veillent à l'application stricte du fiqh hanbalite et des principes du wahhabisme (interdiction de l'alcool, du tabac, de se raser la barbe, de visiter les tombes, de blasphémer, etc...).

c) Rétablissement (9 septembre 1925) de l'impôt rituel de la zekaâ, mais... les autres impôts non-canoniques et hérétiques ont été conservés (sur les moyens de transports, sur les professions, timbre). La principale ressource financière est constituée par la redevance sur les pétroles.

d) Le droit pénal est de nouveau celui du Qorân : la diya, ou prix du sang, est en vigueur. On coupe la main, puis le pied, du voleur, etc...

e) L'Arabie est, ou à peu près, le seul pays où l'esclavage subsiste officiellement, et si le commerce extérieur des esclaves est interdit, le commerce intérieur en est libre. Ils sont d'ailleurs bien traités dans les familles de leurs maîtres (1).

7. L'AFGHANISTAN. — Ce pays, grand comme presque une fois et demie la France, compte de 7 à 8 millions d'habitants sans doute (peut-être 12), en majorité hanéfites, et sans doute 1/3 de chi'ites.

Vers 1920, l'émir Amanoullah Khan, monté sur le trône en 1919, avait commencé une série de réformes. Mais il dut abdiquer en 1929, et ses réformes, en particulier dans le domaine du féminisme, ont été abolies.

Le code familial afghan, de 1921, interdisait les mariages prématurés; le consentement de l'épouse était formellement exigé; les dépenses exagérées pour les mariages étaient défendues, et la dot fixée à un maximum de 30 roupies, etc...

D'après ce que le consul général d'Afghanistan à Delhi m'a déclaré, il semblerait que les waqfs auraient été abolis et confisqués, à charge par le Trésor de pourvoir aux frais du culte. En fait, la situation de la femme serait assez élevée (peu de polygamie et de répudiations, âge du mariage assez élevé, pas d'exhérédation); les réformes légales auraient donc été inutiles. Rien à signaler dans le domaine de la tutelle. En matière de droit criminel, une certaine influence du droit musulman : la diyya est admise par les tribunaux, mais on n'ampute pas le voleur. L'organisation judiciaire a été réformée entièrement. On trouve : 1° des tribunaux de paix, Islahiya; 2° des tribunaux de premier degré, Abtadiya; 3° des cours d'appel, Mourafi; 4° un tribunal de cassation, Tmiiz, avec dix membres. Les autres tribunaux, sauf les Islahiya, ont aussi la pluralité des juges.

Quant au reste, aucune réforme n'est à signaler.

(1) Pour ce numéro et le précédent, voir la *Raccolta di Scritti*, de C.-A. NALLINO, t. I.

CHAPITRE III

Les protectorats de l'Afrique du Nord (notions très sommaires) et la Libye.

Pays divers issus du démembrement de l'empire turc

8. APPLICATION DU DROIT MUSULMAN AU MAROC. — Ce pays est divisé en deux zones, celle d'application du *char^e*, et celle du droit coutumier berbère, comme en Algérie, sauf qu'au Maroc cette zone coutumière est beaucoup plus grande.

Depuis le Protectorat, la justice a été entièrement réorganisée; mais nous n'en traiterons pas à ce cours. On a, bien entendu, conservé la division classique entre justice religieuse et justice civile (tribunal du pacha). Une administration centrale des h'abous a été créée par les Français, également.

Par contre, dans le domaine du droit musulman proprement dit, aucune réforme n'a été opérée dans le fond de ce droit, tel qu'il résulte des textes de *fiqh* et de l'*amal*, ou pratique judiciaire (*amal fâsi*, en particulier) — ou, plus exactement, une seule réforme est à signaler : celle du dahir du 25 mars 1938 sur les tutelles, qui va beaucoup moins loin que les décrets de 1936 en Algérie.

9. LE DROIT MUSULMAN EN TUNISIE. — Les mêmes observations s'appliquent à la Tunisie, sous réserve des observations suivantes : application du droit hanéfite aux musulmans de ce rite, pas de zone coutumière; ordonnance beylicale du 30 octobre 1934 en matière de tutelle; une autre de mai 1941, plutôt platonique, fixe des maxima à la dot et au trousseau. Divers textes ont été promulgués en matière de contrats agricoles, etc...

Au surplus, nous n'avons cité ici ces deux pays que pour mémoire, puisqu'ils sont étudiés dans d'autres cours que celui-ci. On notera combien peu la France a voulu intervenir dans ses protectorats, et combien peu les croyants de ces pays paraissent

éprouver le besoin d'une transformation de leurs institutions juridiques religieuses.

10. LIBYE. GÉNÉRALITÉS. — Le sort de cette région en grande partie désertique, est aujourd'hui pendant; 1.800.000 km², avec moins d'un million d'habitants, 750.000 habitants environ, dont 670.000 indigènes (Juifs, 25.000; les autres, musulmans), fixés le long de la côte surtout, autour de Tripoli et en Cyrénaïque.

L'Italie, qui avait annexé le pays en 1912, a dû le reconquérir après la guerre de 1914-1918. On avait organisé pour les indigènes une « citoyenneté libyque », dont les droits avaient été restreints en fin 1937; seuls, les Juifs avaient, jusque vers 1936, obtenu des naturalisations italiennes, puis ces naturalisations ont été entièrement refusées. Ces Juifs ont leur statut personnel et leurs tribunaux religieux, comme en Tunisie et au Maroc; mais le droit italien leur a été appliqué pour les successions.

Pour les musulmans, statut personnel et successoral soumis aux tribunaux du Char^c. Il y a des tribunaux de première instance et un tribunal supérieur à Tripoli, qui juge en appel, le cadi du tribunal de première instance pouvant déjà réformer la sentence de son naïb. Il y a trois mah'akmas pour les ibâdhites (environ 30.000 à 40.000); quand le tribunal supérieur est saisi d'un appel ibâdhite, il est assisté d'un assesseur de cette secte.

A l'époque turque, seul le rite hanéfite était applicable. Ce sont les Italiens qui ont créé les tribunaux ibâdhites et déclaré, quant au reste, applicable le droit malékite, ce rite étant celui de la population dans son immense majorité.

11. LE RÔLE DES AUTORITÉS ITALIENNES POUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE. — Il est des plus restreints.

Pour que leurs sentences soient applicables, les tribunaux du char^c doivent obtenir le visa du président du tribunal, ou du président de la Cour d'appel pour les jugements des tribunaux supérieurs. Celui-ci n'a à examiner que deux choses: 1° il doit voir si le tribunal musulman était compétent; 2° il doit examiner si la décision n'est pas contraire à l'ordre public. Mais en aucun cas, le fond de l'affaire ne doit être évoqué par lui. Si la sentence contient une disposition contraire à l'ordre public, elle est renvoyée devant le Tribunal, et les raisons de ce renvoi sont indiquées. Mais en fait, ce visa n'est jamais refusé (1).

(1) Il nous a été dit que le visa a été refusé, une fois en dix ans, par le président de la Cour de Tripoli, à l'occasion d'un jugement qui avait admis la théorie de « l'enfant endormi ».

Les Italiens n'ont pas touché au fond du droit musulman. Une administration des h'abous fonctionne.

Les tribunaux italiens appliquent assez couramment le droit musulman, ou les usages locaux, pour un certain nombre de matières : statut foncier (y compris h'abous et chouf'a) et contrats; en particulier, le contrat agricole de mougharasa a eu là-bas, — même entre Italiens, ce qui est curieux, — une énorme importance. Il a été publié plusieurs gros volumes de jurisprudence de la Cour de Tripoli; ils contiennent, en matière musulmane, des décisions parfois intéressantes.

12. NOTICES SUR DIVERSES RÉGIONS ISSUES DU DÉMEMBREMENT DE L'EMPIRE TURC. — Nous donnons ici des renseignements très sommaires sur des régions islamiquement peu importantes et issues du démembrement de la Turquie. Les pays les plus notables sont étudiés dans d'autres titres.

a) ILES DE LA MER EGÉE. — 135.000 habitants, dont 10.000 Turcs hanéfites dans ces îles ex-italiennes; ils avaient un tribunal religieux, avec un « mufti » comme juge unique. Appel, comme en Algérie, devant le tribunal civil (italien); un décret de novembre 1938 avait beaucoup restreint la compétence de tous les tribunaux (orthodoxe, juif, musulman) au profit de la justice civile. Aucune évolution dans le droit religieux musulman. Ces îles sont devenues grecques après la guerre de 1939.

b) CHYPRE. — Annexée par l'Angleterre; 380.000 habitants, environ 60.000 musulmans turcs, soumis au tribunal religieux musulman pour leur statut personnel et successoral.

c) GRÈCE. — Il doit rester environ 200.000 musulmans en Thrace occidentale, qui ont conservé le bénéfice de leur statut religieux tel qu'il existait en Turquie.

d) ROUMANIE. — Environ 300.000 musulmans, surtout en Dobroudja (Turcs et Tziganes). Avant la bolchévisation du pays, il y avait des qâdhîs; appel devant le tribunal roumain.

e) BULGARIE. — Il est probable qu'ici aussi, le droit musulman a dû subir de fortes atteintes par la bolchévisation (voir à Yougo-Slavie). Sur 5.000.000 d'habitants, 800.000 musulman (surtout Turcs dans le Nord, et moins de 100.000 nationaux bulgares, dits Pomaks, et autant de Tziganes), assez arriérés. Tribunaux du mufti, tribunaux d'appel (au moins sur le papier), et tribunal suprême. Les muftis ont décidé, après 1914-1918, que si les époux ont moins de 18 ans (garçons) et 17 ans (filles), il faudrait obtenir une dispense du mufti qui célèbre le mariage. Renseignements remontant à 1939.

TITRE II

Pays où certaines réformes ont été opérées

CHAPITRE IV

LA SYRIE

13. GÉNÉRALITÉS. — Dans son sens *large*, le terme de Syrie s'applique à la région qui faisait partie de l'ancien Empire ottoman et située entre l'Égypte et l'Asie mineure. L'islamisation y est fort ancienne, elle a commencé à l'époque de la conquête arabe, postérieure de quelques années à la mort de Mahomet. Cette région, peuplée seulement de quelques millions d'habitants, est d'une effrayante complexité, en particulier au point de vue religieux. Ils se réclament d'une vingtaine de religions ou de rites différents.

Les plus nombreux sont les musulmans, dont la majorité est sunnite; mais il y a des branches chiites. A signaler parmi celles-ci les Druzes et les Alaouites; ce sont les représentants de sectes religieuses extrêmes et qui sont pratiquement à considérer hors de l'Islâm, s'il faut en croire le R.P. Lammens (*L'Islâm*). Viennent ensuite les chrétiens, catholiques, orthodoxes ou de rites divers (rattachés ou non à Rome), et enfin les Juifs, principalement des émigrés en Palestine depuis la guerre. Au point de vue de la langue, c'est l'arabe qui domine largement; le turc est parlé dans le Nord; beaucoup de Juifs parlent hébreu. Les races sont diverses; en premier lieu, ce sont des Arabes

(nomades ou non) et des Syriens, puis des Juifs, des Turcs, des Circassiens (Tcherkesses), des Kurdes, des Arméniens, etc...

Cette complexité est encore accrue par la division politique de cette région. En effet, dans le sens *étroit*, le terme de Syrie s'applique à l'Etat syrien ex-mandat français (y compris les trois régions plus ou moins autonomes, dites Djebel Druze, de l'Etat des Alaouites et du Sandjak d'Alexandrette, ce dernier réannexé par la Turquie en 1939) et qui n'est qu'une partie de la Syrie dans le sens large. Celle-ci a été divisée, après la Grande Guerre, en : Syrie et Liban, sous mandat français ; Palestine et Transjordanie, sous mandat anglais.

Nous traiterons ici principalement de l'Etat de Syrie, et dirons ensuite quelques mots des autres Etats sous mandat. La raison en est que la Syrie est l'Etat le plus étendu, le plus peuplé et, surtout, celui qui comprend le plus grand nombre et la plus forte proportion de musulmans sunnites.

La Syrie sous mandat français (1) est un Etat dont la population vers 1936 était estimée à 2.400.000 habitants, sur une superficie de 200.000 km² (aujourd'hui, peut-être 3 millions). Cette faible densité de 12 habitants au kilomètre carré s'explique parce qu'elle comprend de vastes régions désertiques, qui s'étendent vers l'Est et lui permettent d'englober sur son territoire jusqu'à des régions dépendant plutôt géographiquement de l'Iraq que de la Syrie. (Voir une carte.) La chose s'explique par des raisons politiques (accords franco-anglais). La capitale est Damas.

Les deux tiers de la population sont des musulmans sunnites (surtout chaféites et hanéfites) ; il y a également des chiïtes : les Alaouites sont principalement dans la région de Lattaquié, et les Druzes autour de Souéida, où ils jouissent d'une certaine autonomie. Les chrétiens de rites divers sont 15 % de la population environ. Les Juifs sont peu nombreux.

Au point de vue constitutionnel, la Syrie est, au moins sur le papier, un Etat démocratique et parlementaire, avec suffrage universel à deux degrés (cent électeurs du premier degré élisent un électeur du second degré). La liberté de conscience et de religion est garantie, et l'égalité des citoyens est proclamée ;

(1) Le mandat a pris fin en 1945. Le moins que l'on puisse dire est que l'œuvre de la France en ce pays n'est pas comparable à son triomphe civilisateur en Afrique du Nord. Quant aux conditions dans lesquelles le mandat a pris fin, seule la fin du mandat anglais en Palestine a été moins glorieux.

néanmoins, le président de la République doit être musulman, et la Syrie est un pays à caractère politique bien musulman dans le fond, sinon dans la forme extérieure.

14. LA LÉGISLATION ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE SYRIENNE. — Les sources de la législation se trouvent dans le droit existant en Turquie en 1918, et modifié depuis, soit par les arrêtés du Haut-Commissaire français pour la Syrie et le Liban, soit par le législateur syrien proprement dit.

Dans l'ensemble, sauf sur un point, il a été peu touché à l'œuvre du législateur ottoman. Pour les obligations et contrats, c'est toujours la Medjellé turque qui est en vigueur. Le code de commerce turc (de 1850, copié sur le code de commerce français, à l'époque) n'a été que peu retouché. Le code pénal et le code d'instruction criminelle turcs (qui avaient fortement subi l'influence française), n'ont été modifiés que sur des points de détail ; de même, ce qui touche la procédure civile.

La seule matière pour laquelle des réformes importantes et profondes ont été réalisées grâce à la puissance tutélaire, est le système foncier. Par une série d'arrêtés applicables d'ailleurs tant en Syrie qu'au Liban, de grandes améliorations ont été réalisées : les opérations cadastrales ont fait de grands progrès ; on a procédé dans certaines régions, au remembrement des terres divisées en trop petites parcelles. L'enregistrement des terres a été rendu obligatoire et, comme en Tunisie, il existe un régime rappelant celui du système Torrens pour la détermination des droits réels sur la propriété immobilière. Cependant, les distinctions traditionnelles du système turc : terres melk, terres miri (sur lesquelles l'Etat a un droit de propriété éminent), terres waqf, etc... ont été conservées. En ce qui concerne le droit de chouf'a (art. 238 et s. du Code de la propriété), il ne subsiste plus en faveur du co-propriétaire indivis, comme c'est le cas en rite hanéfite classique, qui était le rite turc.

L'ORGANISATION JUDICIAIRE. — Comprend (arrêté du 20 juin 1928, du Gouvernement syrien) :

A) des tribunaux mixtes, pour ce qui concerne les litiges intéressant les étrangers ;

B) un système de juridictions de droit commun datant de l'époque turque, et inspiré des systèmes français, avec justice de paix, tribunal de 1^{re} instance, cour d'appel, et cour de cassation. A noter, toutefois, qu'au criminel, il n'existe pas de cours d'assises avec jury.

C) Des juridictions religieuses (1) :

— non-musulmanes, pour l'organisation desquelles il n'a été rien innové depuis l'époque turque ;

— musulmanes. C'est le tribunal du *cadi*, pour lequel il n'a été, non plus, innové depuis les Turcs. Il n'a pas été créé, comme cela a été fait en Palestine, d'appel à un tribunal supérieur. Il y a seulement un recours en cassation; dans les *cazas* (districts) où il n'y a point de *cadis*, le juge de paix le remplace, en jugeant selon les règles du *charc*.

15. LE STATUT PERSONNEL MUSULMAN SYRO-LIBANAIS. — Le statut personnel appliqué aux musulmans en Syrie, est celui du rite hanéfite, modifié (2) par la loi turque du 22 octobre 1917 (abrogée aujourd'hui en Turquie), et dans une bien moindre mesure par quelques textes de l'époque du mandat.

A) Cette loi, primitivement, devait s'appliquer aussi aux non-musulmans, dont les juridictions personnelles étaient aussi abolies; mais cela a été aboli par un arrêté français du 7 décembre 1921.

Cette loi a apporté un certain nombre de réformes au statut hanéfite, dont voici les plus importantes :

1° *Age de mariage*. — On distingue trois périodes : *a*) au-dessous de 12 ans (garçons) et 9 ans (filles), aucun mariage ne peut être conclu; *b*) entre 12 et 18 ans (garçons) et 9 et 17 ans (filles), le mariage peut être autorisé par le juge, à condition qu'ils soient pubères et, s'agissant d'une fille, qu'elle ait obtenu consentement de son père ou de son tuteur ; *c*) au-dessus de 18 et 17 ans, le mariage se contracte librement, sauf que le *cadi* doit avertir le père ou le tuteur de la jeune fille, qui ne peut

(1) La question de la compétence respective des divers tribunaux religieux est d'une effroyable complexité; plusieurs juristes, dont un ex-ministre de la Justice, et divers avocats, ont été incapables de me faire connaître les textes en vigueur à ce sujet. Supposons qu'un chrétien décède, en laissant des immeubles; la juridiction religieuse est compétente pour le testament, les *qâdhî* pour les immeubles, le tribunal civil pour les terres *miri*, sans parler des tribunaux mixtes, si un étranger est partie au procès !

(2) Il convient de noter aussi qu'en vertu d'une loi de 1906 (4 *Rabbi El Awwal* 1324), il avait été organisé en Turquie des Caisses d'orphelins gérées par un comité que préside le *cadi* et qui comprend un membre du Conseil municipal, un membre de la Chambre de commerce, etc... Les Caisses ont à placer les sommes appartenant aux mineurs en tutelle, et interviennent de diverses façons dans la question des biens leur appartenant. Nous avons recueilli en Syrie des plaintes sur leur fonctionnement.

s'opposer au mariage que pour cause d'inégalité des conditions sociales.

La loi, en somme, a voulu interdire le mariage des impubères, seuls soumis au droit de djebr en rite hanéfite. Il semble que les autorisations soient facilement accordées par le juge. En fait, la question de savoir si les enfants sont mariés avec ou sans leur consentement, est une question d'évolution sociale, qui varie selon les lieux et les circonstances. La volonté de la famille reste prépondérante.

Observons qu'au point de vue des usages et pour les mêmes raisons qu'en Egypte, la consommation du mariage est souvent différée durant plusieurs mois, les « fiancés » pouvant se fréquenter librement durant ce laps de temps. (N° 26, n. 1.)

2° *Formalités du mariage* (ordonnance turque de procédure du 31 décembre 1917). — Il faut une publication des bans, qui est précédée de la remise au tribunal du cadî, de diverses pièces dont un certificat médical constatant que les futurs époux ne présentent pas de maladie contagieuse. Chose assez extraordinaire, il semble que cette obligation, réellement révolutionnaire, du certificat prénuptial, entre peu à peu dans les mœurs; mais les médecins sont bien complaisants... Le mariage se conclut en présence de deux témoins, cela sous peine de nullité, et aussi en présence d'un délégué du tribunal. Les époux peuvent se faire représenter par un mandataire, ce qui est en fait toujours le cas pour la femme. L'acte de mariage doit être dressé sur-le-champ, et transcrit au greffe du tribunal. L'inobservation des formalités (sauf celle de la présence de deux témoins) n'entraîne que des sanctions pénales et non pas la nullité du mariage, ce qui rappelle la solution algérienne.

3° *Dissolution du mariage*. — a) La répudiation prononcée par le mari doit être déclarée au cadî dans les quinze jours, sous peine de prison. — b) La femme peut stipuler en se mariant, que son mari ne pourra pratiquer la polygamie et que s'il épouse une seconde femme, il aura à répudier l'une d'elles. — c) On sait que le rite hanéfite ne permet pas, en principe, à la femme de demander le divorce. A cet égard, le législateur turc, comme le législateur égyptien, s'est inspiré des rites malékite et hanbalite en faveur de la femme. En plus du cas admis par le rite hanéfite (impuissance du mari antérieure au mariage), toute cause physique rendant la consommation du mariage impossible et imputable au mari, entraîne le droit pour la femme de demander le divorce selon la procédure de l'article 121. De même,

si le mari est atteint d'une maladie vénérienne rendant les rapports conjugaux périlleux, ou si le mari devient fou au cours du mariage, la femme peut demander le divorce. En cas d'absence du mari, la femme dont l'entretien est de ce fait en danger, pourra obtenir le divorce quatre ans après l'abandon du domicile conjugal par le mari. — d) « S'il s'élève des différends et des contestations entre les époux », c'est-à-dire dans toutes les circonstances qui rendent la vie commune impossible, la loi turque adoptant le système malékite, prévoit que le *cadi*, à la demande de la femme ou du mari, nomme des arbitres, pris parmi les deux familles, et qui lui font connaître s'il y a lieu de prononcer le divorce, après la mise en observation des époux. Il n'y a, d'ailleurs, guère que la femme qui profite de cette faculté, encore que le mari pourrait y avoir intérêt pécuniaire en matière de dot.

B) La puissance mandataire est intervenue, d'une part en essayant de régler ou de limiter la compétence des tribunaux religieux, et d'autre part, en Syrie, en ce qui concerne la *preuve du mariage* et du divorce (*talaq*) en décidant (arrêté du 15 octobre 1931 sur l'état-civil) que la preuve du mariage et du divorce ne pourrait être administrée devant les tribunaux qu'après leur transcription sur les registres de l'état-civil et que, si la formalité n'a pas été accomplie dans les délais légaux, elle ne pourrait l'être qu'après jugement du tribunal civil. Cette disposition, qui n'est peut-être pas d'une utilité manifeste, est l'objet de difficultés devant les tribunaux religieux, qui n'en veulent pas, et l'on peut penser qu'avec la fin du mandat, elle n'est plus observée.

16. SUCCESSIONS ET WAQFS EN SYRIE. — Ce qui sera dit ci-dessous des waqfs, s'applique partiellement au Liban.

Le statut successoral syrien est le statut successoral classique du droit musulman, lequel est appliqué sous le bénéfice des observations suivantes :

1° L'incapacité des étrangers non-musulmans à succéder, qui existait en vertu des lois ottomanes, a été abrogée le 6 février 1930 par un arrêté du Président du Conseil syrien.

2° Les terres dites *miri* (de même que les terres *arch* en Algérie) échappent au régime successoral musulman, et sont soumises à la loi turque du 21 février 1912 (27 *Rebi awwâl* 1330). Cette loi institue pour elles un régime successoral semblable à celui des systèmes européens. Il connaît en particulier la repré-

sentation et l'égalité entre fils et filles. Or, dans les villes surtout, les terres miri sont de beaucoup les plus nombreuses et les plus importantes.

3° Le régime successoral musulman, par contre, est applicable aux ressortissants des communautés religieuses, même non-musulmanes.* Cette règle a été consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation de Syrie (22 septembre 1927 et 27 janvier 1930, toutes chambres réunies). La Cour a décidé que ce régime est celui qui, en effet, depuis longtemps, a été appliqué à tous et est devenu le régime de droit commun.

Si telles sont les règles juridiques, les usages sont variables. C'est ainsi que dans la région de Homs et de Hama, la jeune fille, en se mariant, fait abandon des biens qu'elle peut posséder, au profit de ses frères. Il semble que, bien souvent, la fille ne touche pas la part de l'héritage à laquelle elle aurait droit en vertu des textes. L'exhérédation des filles au moyen du waqf n'est pas non plus inconnue, mais moins fréquente qu'en Algérie.

L'institution des waqfs est en décadence; on constitue peu de waqfs nouveaux, car en grande partie on y procédait antérieurement pour échapper aux confiscations du souverain. Les membres de communautés non-musulmanes pouvaient constituer des waqfs de famille, ou en faveur des pauvres.

La législation ottomane, qui est en principe encore en vigueur, connaît de nombreuses catégories de waqfs classés selon leur destination, leur constitution et leur mode d'administration, ce qui forme un ensemble très compliqué. Nous nous contentons de signaler ici, pour sa singularité, le waqf *takssissat*, complètement inconnu du droit musulman classique : il s'agit de l'affectation d'une partie des revenus de terres appartenant au Trésor, en faveur d'œuvres de bienfaisance ou de caractères religieux.

A l'époque turque, il n'existait pas de caisse générale ayant pour objet de centraliser les revenus de ces waqfs; c'est le régime de l'autonomie des diverses villes qui était en vigueur, diverses commissions étant chargées de la gestion et du contrôle des waqfs locaux. Ce principe n'a pas été modifié. Mais il y a été superposé, par la puissance mandataire, un contrôle général des waqfs qui arrête les budgets locaux. L'administration des waqfs a beaucoup gagné à ce contrôle, qui est peut-être appelé à disparaître avec la suppression du mandat; on peut prévoir que les anciennes dilapidations vont recommencer. En 1932, on estimait le nombre des waqfs à 4.000, représentant un capital de 500.000.000 de francs; 5.000 fonctionnaires du culte ou autres,

étaient rétribués sur leurs revenus, qui étaient affectés, en outre, à 80.000 bénéficiaires.

17. PARTICULARITÉS RELATIVES AU LIBAN. — L'autre Etat ex-mandat français est le Liban (environ 1 million d'habitants en 1946, et 9.000 kilomètres carrés). Ce pays à la population très dense, avait déjà connu l'intervention de la France en 1860, à la suite du massacre des chrétiens en Syrie. Ceux-ci, en effet, sont fort nombreux et constituent environ la moitié de la population totale, tandis que les musulmans et les Druzes constituent un peu moins de l'autre moitié. La grande majorité de ces chrétiens est formée par les maronites, qui sont rattachés à Rome. L'Islâm sunnite y est nettement en minorité, ce qui donne à cet Etat un caractère très différent de la Syrie (21 % environ de la population). La rivalité des communautés religieuses y est, d'ailleurs, très considérable. Le Liban s'est vu doter d'un Code des obligations et contrats, et d'un Code de procédure civile ; un Code de commerce est à l'étude. Ce que nous avons dit du régime foncier syrien s'applique à ce pays, ainsi que ce qui concerne la loi sur le mariage de 1917 (1), le tribunal de conflits, l'organisation des communautés religieuses, etc... En ce qui concerne la compétence des juges religieux, celle du cadi a été plus profondément atteinte qu'en Syrie.

En effet, non seulement il a été créé des juridictions musulmanes non-sunnites, mais, de plus, le cadi au Liban n'est *jamais* compétent à l'égard des non-musulmans. Sa compétence a été réorganisée par le décret-loi du 4 novembre 1942. Celle des autres juridictions religieuses a été clairement délimitée (contrairement à ce que nous avons vu pour la Syrie), par un décret-loi du président de la République libanaise du 3 février 1930.

L'article 36 du même décret précise qu'en matière de statut matrimonial, le juge du statut personnel compétent est celui de l'autorité religieuse devant laquelle le mariage a été célébré. Etant donné qu'il ne s'agit pas d'un Etat musulman, il est probable qu'au Liban, cette disposition est plus facilement applicable qu'en Syrie, au cas de conversion d'un des époux.

(1) Il n'a donc pas été innové en matière de statut personnel musulman depuis cette date. Notons que le cadi de Beyrouth, à ce qu'il m'a déclaré, s'oppose à la célébration des mariages polygames et à l'inscription des répudiations lorsque ces actes ne lui paraissent pas être sérieusement motivés. Mais cette pratique, plutôt révolutionnaire et qui rappelle ce qui se produit assez souvent en Yougoslavie, n'est pas suivie par ses confrères, et est plutôt mal vue de la grande majorité des éléments religieux.

Il nous reste à parler des *très importantes réformes, égyptienne et libanaise, en matière de waqfs de famille* (loi égyptienne du 12 juillet 1946, imitée par la loi libanaise du 10 mars 1947). Ces lois ne disposent que pour les futures constitutions de waqfs de famille, qu'elles limitent jusqu'à presque les supprimer.

On peut constituer en waqf de famille le tiers de sa fortune (c'est-à-dire la quotité disponible); mais, au delà, si l'on a des descendants, un conjoint, ou ses père et mère, il faut, sauf cas absolument exceptionnel, les faire bénéficiaire du waqf conformément à leurs droits successoraux. La représentation, quant aux bénéficiaires, est admise; elle est même de droit, si les bénéficiaires sont désignés par degrés. Le tiers disponible peut être affecté à des héritiers, ce qui n'est pas possible, s'agissant d'un testament. Or, on va le voir, le waqf devient en droit égypto-libanais, une simple substitution temporaire.

En Egypte, de plus, on peut constituer des waqfs temporaires d'une durée de soixante ans, en faveur des personnes morales (sauf lorsqu'ils ont pour objet la bienfaisance), ceux-ci pouvant même être rétractés en cas de nécessité.

Quant aux nouveaux waqfs de famille, les fondations à perpétuité sont désormais interdites : le waqf peut, à chaque instant, être partagé entre les intéressés, et il ne peut en tous cas être constitué pour plus de deux générations de bénéficiaires, le constituant non compris. A l'expiration du waqf, ou lors de son partage anticipé, 15 % de sa valeur est attribuée à l'administration des waqfs. Le waqf peut être rétracté par le constituant en cas de nécessité.

Au Liban, la constitution du waqf ne sera plus constatée par un procès fictif, mais uniquement par son inscription au registre foncier, et les nouveaux waqfs non musulmans sont justiciables d'une juridiction spéciale.

On voit quelle immense portée a cette réforme : elle limite la quotité des waqfs de famille, et en supprime la pérennité. C'est presque une révolution.

18. LA PALESTINE. — La Palestine est un petit pays de 26.000 kilomètres carrés et d'environ 1.300.000 habitants en 1936, dont 100.000 chrétiens, 800.000 musulmans (70 % chaféites, 20 % hanéfites, 9 % hanbalites, 1 % malékites), 400.000 Juifs. La population augmente rapidement, par suite de l'émigration sioniste juive, ce qui est la cause d'ailleurs de grandes difficultés politiques. Elle a été, jusqu'en 1948, placée sous mandat anglais.

Les lois applicables sont les anciennes lois turques et les textes législatifs élaborés par la puissance mandataire; à défaut, on appliquait les principes anglais de la « common law » et de l'« equity ».

Les Anglais ont mis en vigueur pour l'instruction criminelle, le droit pénal, le droit commercial, un système de lois inspiré de la législation anglaise.

La diya subsiste. Ces affaires de diya sont du ressort du tribunal du chr'a (ou du tribunal civil, si toutes les parties ne sont pas musulmanes). La diya, ou prix du sang en cas de mort, est de 250 livres sterling. On peut aussi s'adresser, pour la réparation du préjudice, aux tribunaux ordinaires qui statueront selon les principes du droit commun, sans que le montant des dommages-intérêts puisse dépasser 250 livres sterling. Contrairement à l'Égypte, cette institution est effectivement en vigueur ici.

En matière de waqf et de chouf'a, il n'a pas été innové au point de vue juridique. Au point de vue administratif, les waqfs d'intérêt public sont placés sous la direction d'un comité central.

Les Anglais ne se sont pas occupés des matières de statut personnel. Des fonctionnaires nommés « mazoun », sont chargés de la célébration et de l'enregistrement des mariages musulmans. Quant à la loi turque de 1917 sur le mariage, elle ne paraît pas applicable dans ce pays; on juge selon les principes du rite hanéfite. En effet, l'Order in council de 1922 précise que le droit ture applicable est celui qui existait en novembre 1914, à moins qu'il n'en soit décidé autrement; d'après nos renseignements, l'Angleterre n'a pas mis expressément en vigueur le texte de 1917.

APPENDICE I

TRANSJORDANIE. — Environ 52.000 kilomètres carrés, 350.000 habitants (dans leur grande majorité, ce sont des musulmans). Ex-mandat anglais. Tribunaux religieux en matière de statut personnel successoral et waqf. Le roi de Transjordanie nous a déclaré que, dans ses Etats, la loi de 1917 n'était pas en vigueur.

APPENDICE II

IRÂQ. — Nous n'avons, malheureusement, aucun renseignement sur ce pays qui a été, lui aussi, sous mandat anglais.

CHAPITRE V

YUGOSLAVIE

19. GÉNÉRALITÉS. — Je vous parlerai très brièvement de la Yougoslavie, et ce pour deux raisons : a) Pour la situation jusqu'en 1939, nous disposons de deux très bonnes thèses de doctorat de la Faculté de droit d'Alger, dues à deux musulmans yougoslaves, aujourd'hui professeurs dans leur pays : Mehmed BEGOWITCH, *Le Droit musulman en Yougoslavie*, et Abdesselam BALAGIJA, *Les Musulmans yougoslaves*; — b) Par contre, pour ce qui est de la situation depuis la guerre, je ne suis pas exactement renseigné; mais on est allé dans la voie de l'abolition des divers droits religieux, sous l'influence bolcheviste qui se fait sentir dans la Constitution de 1946. On lit en effet que si le droit d'héritage et la liberté de conscience sont garantis, « les femmes sont égales en droit aux hommes »; de plus, selon l'article 26 : « Est seul valide le mariage conclu devant les organes compétents de l'Etat; tous les litiges matrimoniaux relèvent du tribunal populaire; les parents ont, vis-à-vis des enfants nés hors mariage, les mêmes obligations et devoirs que vis-à-vis des enfants légitimes; la situation des enfants nés hors mariage est fixée par la loi. » Ces principes sont contraires au droit musulman.

Depuis lors, diverses lois générales, s'appliquant à tous les habitants, ont été promulguées dans ce pays, en particulier touchant l'adoption et la célébration du mariage; mais je n'en sais pas davantage. Prenons donc la situation d'avant-guerre.

Environ 10 % de la population, soit 1.600.000 habitants, sont musulmans hanéfites, dont environ la moitié en Bosnie-Herzégovine, sont des Yougoslaves islamisés par les Turcs, et l'autre moitié, dans le Sud, sont Albanais ou Turcs. Tous ces musulmans ont conservé le bénéfice de leur statut personnel et successoral; il y a des tribunaux du *Charc*, avec deux Cours d'appel (à Sarajevo et à Skopljiè ou Uskub).

20. PARTICULARITÉS DU DROIT MUSULMAN. — I. MARIAGE. — A) *Formalités du mariage*. — En vertu d'usages turcs, le mariage est un contrat solennel, et en Yougoslavie, il l'est devenu à peine de nullité, impliquant l'intervention du qâdhî ou de son repré-

sentant : les époux, ou leurs représentants, doivent se présenter devant ce fonctionnaire.

B) *Droit de djibr*. — Les mariages d'impubères sont quasi-inexistants dans ce pays; or, en rite hanéfite, l'individu pubère doit consentir à son mariage; le droit de djibr se trouve donc, au moins légalement, supprimé.

C) *La polygamie* n'a jamais été répandue chez les musulmans de Yougoslavie, car elle était contraire à leurs anciennes coutumes et en opposition avec leur conception du mariage, qui se ressentait de la conception chrétienne.

Quant au concubinage avec des esclaves, il était très impopulaire en Yougoslavie, comme l'esclavage lui-même, même quand il était autorisé par les Turcs. Les musulmans de Yougoslavie évitaient, pour cette raison, de marier leurs filles avec des Ottomans; il n'y avait de polygamie qu'en Macédoine, sous l'influence turque. D'autre part, dans les régions de Croatie et de Slovénie, où il n'y avait que quelques musulmans, la polygamie leur était interdite. Ce n'est que la Constitution du 28 juillet 1921 qui a permis aux musulmans d'être polygames, dans toute l'étendue du territoire yougoslave. Le P^r BÉGOWITCH fait valoir que cette situation est critiquable, car il est choquant que les citoyens musulmans yougoslaves aient aussi les mêmes droits civiques que les autres citoyens. C'est là une phrase que pourraient méditer les musulmans d'Algérie, jouissant de la naturalisation dans le Statut. La seule réforme efficace serait de supprimer l'institution; mais jusqu'à présent, on n'a pris que deux mesures : 1° la loi du 25 octobre 1923 (art. 324) prévoyait que le musulman qui épousera une deuxième, troisième ou quatrième femme, aura à payer une taxe de 250 ou 500 dinars, selon qu'il paie plus ou moins d'impôts directs; c'est peu, mais cette mesure a pour effet de diminuer les unions polygames. - 2° Il existe une pratique des qâdhis : le juge musulman a pris l'habitude de ne pas célébrer de mariage polygame, tant que le mari n'a pas justifié d'une raison valable, telle, par exemple, que la maladie ou la stérilité de la première épouse. Il semble, en fait, que les musulmans yougoslaves eux-mêmes paraissent peu tenir à cette institution, et quand ils en usent, ils n'épousent presque jamais plus de deux femmes (1).

(1) La loi de 1930 a été supprimée en 1930, mais, selon une jurisprudence constante, le mariage polygame ne peut être célébré que pour une raison valable.

De plus, pour éviter des désaccords dans le ménage, le mari consulte généralement sa première femme avant d'épouser l'autre. Le but que les musulmans poursuivent est surtout de se procurer de la main-d'œuvre pour les travaux de ménage. Il ne semble pas que, malgré que le Code pénal yougo-slave, dans son article 290, punisse la polygamie, cet article soit applicable aux musulmans ; cependant, un grand nombre de ceux-ci avaient bien accueilli cet article. On y a opposé l'article 23, qui dit qu'il n'y a pas d'acte constituant une infraction quand les règles du droit public ou privé excluent l'illégalité de l'acte commis.

Donc, le djibr et la polygamie n'ont pas été abolis ; mais la question ne présente pas un grand intérêt pratique chez les musulmans yougoslaves, et les intellectuels musulmans en demandent la suppression pure et simple.

21. — II. LE TALÂQ (RÉPUDIATION ET DIVORCE JUDICIAIRE). —

La coutume en Yougoslavie s'était établie de faire constater la répudiation par un acte de qâdhî. Cette pratique a été considérée comme obligatoire par les musulmans yougo-slaves, dès leur conversion à l'Islâm, bien qu'elle ne fût pas nécessaire aux yeux du fiqh, car ces anciens chrétiens ne pouvaient pas comprendre que l'on pût rompre l'union conjugale sans aucune formalité : ils trouvèrent donc que le mariage devait avoir une certaine stabilité et qu'il devrait être impossible de le dissoudre sans motifs graves et sans intervention judiciaire. Cette conception fut favorisée par le fait que les juristes hanéfites d'alors recommandaient de faire constater par actes judiciaires tous les faits se rapportant au mariage et que, dans ces cas-là, les qâdhîs eux-mêmes donnaient la préférence à la preuve par écrit sur la preuve testimoniale. Aussi, à l'heure actuelle, la pratique est-elle de considérer qu'il n'y a pas de répudiation, si elle n'est enregistrée. L'enregistrement de la répudiation est une condition nécessaire de sa validité. Celui qui répudie doit comparaître devant le qâdhî, lui-même ou par mandataire, avec deux témoins, et le magistrat enregistre la répudiation, puis il envoie une lettre à la femme. Exception prévue par une décision de la cour du char' du 15 novembre 1924 : la femme d'un absent peut se remarier, si un témoin vient attester que ce dernier a prononcé la répudiation en sa présence; on a voulu faciliter à la femme la possibilité de se remarier; mais si l'absent reparait, il pourra réclamer sa femme, même si elle est remariée. D'autre part, on peut répudier de façon révocable ou irrévocable. Les répudiations conditionnelles ou à terme, ne sont pas permises.

Avant la guerre, les musulmans yougoslaves pratiquaient rarement la répudiation. En Bosnie-Herzégovine, il y avait en 1906, 7.700 mariages et 811 répudiations. Par contre, elles ont augmenté notablement après la guerre; en 1927, il y avait 8.600 mariages et 1.584 répudiations. Le mari qui répudiait sa femme, était mal vu de l'opinion publique; il lui était à peu près impossible de se remarier. Depuis 1914-1918, l'opinion publique est moins sévère, et la répudiation est plus fréquente, surtout dans les grandes villes. On a essayé de réagir contre la répudiation de deux façons : 1° Certains juges musulmans, spécialement ceux de Bosnie-Herzégovine, refusent d'enregistrer la répudiation qui n'est pas motivée par une cause sérieuse ; mais cette pratique n'a pas encore force de loi. - 2° Dans le passé, pour la dot, on stipulait des sommes insignifiantes; il était même blâmable de fixer une dot élevée; aujourd'hui, les magistrats musulmans prennent l'habitude d'engager les fiancés à stipuler une dot correspondant à leur condition sociale. Les dots plus élevées servent aujourd'hui de moyens préventifs contre les ruptures injustifiées du mariage, et assurent une indemnité à la femme répudiée, précisément parce que, selon la coutume, la deuxième partie de la dot n'est payable qu'au moment de la dissolution du mariage. De plus, comme il arrive que le mari qui a répudié se refuse à payer, et comme il faudrait un procès pour que la femme obtienne sa dot, la pratique s'est introduite de refuser au mari l'enregistrement de la répudiation, avant qu'il n'ait remis au juge la dot stipulée.

Enfin, comme le mari doit entretenir la femme durant la retraite de continence, mais comme la femme, d'après le rite hanéfite, n'a pas droit à cet entretien, si elle ne l'a pas exigé immédiatement, les magistrats musulmans ont pris l'habitude de fixer le montant de l'entretien pendant la retraite de continence et exigent que celui qui répudie, leur verse la somme sur-le-champ, et ils envoient une lettre à la femme en l'invitant à venir retirer la pension. Cela a pour résultat de diminuer les procès éventuels entre les anciens époux, et de servir de frein aux répudiations irréflechies.

A côté de cette répudiation, il y a le divorce par consentement mutuel et le divorce judiciaire.

1. *Le divorce par consentement mutuel.* — Pour prévenir toutes ces difficultés, il arrive souvent que le mari se mette d'accord avec sa femme pour pratiquer un divorce par consentement mutuel; dans ce cas, les conjoints règlent ensemble la question

de la dot, celle de l'entretien et de l'éducation des enfants en bas âge. Puis ils se rendent chez le qâdhî, à qui ils manifestent leur intention de divorcer, et ils indiquent les engagements qu'ils ont pris. Acte de cette décision est alors dressé par le qâdhî. — 2. *Le divorce judiciaire.* — Dans le cas où le mari s'absente et abandonne sa femme au domicile conjugal, le rite hanéfite n'admet pas que l'on prononce le divorce à la demande de la femme. Les autres rites l'autorisent ; c'est pourquoi il existe dans certains pays hanéfites un expédient en vertu duquel le qâdhî hanéfite autorise un juriste d'une autre école orthodoxe à juger ce cas, selon les solutions admises par l'autre rite ; la décision est ensuite rendue exécutoire par le qâdhî hanéfite. Mais en Yougoslavie, la chose était impossible, parce que tous les musulmans sont hanéfites. Aussi la Cour du Char' de Sarajewo a-t-elle émis, le 27 janvier 1917, un vœu d'après lequel les magistrats hanéfites devraient dissoudre, dans ces conditions, le mariage à la demande de l'épouse, à condition que le mari ait quitté le pays et qu'il soit impossible d'assurer l'entretien de la femme sur les biens du mari. En Turquie, avant la promulgation du Code civil, on avait substitué le rite hanbalite au rite hanéfite. De même, dans le cas de disparition du conjoint, le rite hanéfite n'admet pas la dissolution du mariage, même si le disparu ne possède pas de biens susceptibles d'assurer la subsistance de la femme ; il faudrait alors attendre la limite extrême de la vie humaine. Mais la Cour du Char' de Sarajewo a émis, le 30 décembre 1895, l'avis que les juges musulmans peuvent prononcer le divorce de la femme d'un individu absent depuis quatre ans, lorsque le disparu ne possède pas de biens pouvant assurer l'entretien de cette femme. Dans les deux cas, d'ailleurs, la décision du qâdhî ne devient exécutoire qu'après avoir été confirmée par la Cour du Char'.

CONCLUSIONS. — La Yougoslavie constituait un exemple très curieux de pays européen, comprenant une minorité musulmane composée pour moitié de nationaux ne formant qu'une minorité religieuse, non-ethnique, vivant en bonne entente avec leurs frères de race ; cette minorité paraissait s'orienter vers des réformes prudentes, conformes au milieu social, mais très nettes. Il sera intéressant, lorsque ce sera de nouveau possible, d'étudier ce qu'est devenu ce groupement musulman très sympathique.

CHAPITRE VI

L'EGYPTE

22. GÉNÉRALITÉS. — L'Égypte est un pays d'environ 19 millions d'habitants (le recensement de 1927 indiquait 14 millions), dont 200.000 étrangers environ, résidant surtout au Caire et à Alexandrie. Le Caire est une ville de 1.500.000 habitants. Les nationaux sont des musulmans dans la proportion de 91 %. Le reste est formé de quelques israélites et surtout de chrétiens, qui sont en général de rite copte. Les musulmans sont chaféites ou malékites; mais, au point de vue droit, c'est le rite hanéfite qui est appliqué, parce que la Maison royale est hanéfite.

Au point de vue de la *structure sociale*, il y a une immense masse de paysans, de travailleurs agricoles que l'on appelle « fellahs ». Au-dessus de cette masse, existe une petite couche de gens plus riches, qui vivent surtout au Caire et qui sont en voie d'évolution européenne. Ainsi, il n'y a pratiquement pas une femme dont on ne puisse voir le visage : le voile qu'elles portent est fait d'une étoffe très mince ou bien à larges mailles. A la campagne, les femmes ne portent pas de voile. Il faut signaler encore quelques centaines de mille de nomades bédouins dans le désert. Notons ici qu'excepté le delta du Nil et ses rives sur une largeur variable, tout le reste du pays est désertique.

Au point de vue religieux, l'islamisation a commencé dès la conquête arabe, aussitôt après la mort du Prophète. Aujourd'hui, l'Égypte a une grande importance religieuse. Le Caire est le grand centre de l'Islam, à cause de l'Université d'El-Azhar. On peut dire que c'est le bastion de l'Islâm. Cette Université est en voie de modernisation.

Au point de vue historique, l'Égypte fut conquise en 1517 par le sultan turc Sélim. Au cours du XIX^e siècle, elle avait obtenu une indépendance presque totale. Elle fut occupée par les Anglais en 1882, et annexée par eux en 1914.

Aujourd'hui, à la suite de traités, c'est un pays indépendant en droit, et à peu près en fait. Mais les Anglais occupent encore les bords du canal de Suez. Pour le statut personnel, l'influence anglaise fut nulle. Notons que l'influence française se fait sentir principalement au point de vue économique (beaucoup de capi-

taux français sont investis en Egypte), et à un autre point de vue : au Caire et à Alexandrie, on parle couramment le français, c'est la langue qui domine.

Dans l'ordre constitutionnel, l'Egypte est une monarchie parlementaire sur le modèle de la Belgique, par exemple. La liberté de conscience, ainsi que celle du culte, sont « garanties » par la Constitution.

Les élections à la Chambre des députés se font à deux degrés : 50 électeurs du premier degré élisent un représentant, chargé d'élire les députés. L'Etat égyptien n'est pas à tendance laïque, comme la Turquie.

23. ORGANISATION JUDICIAIRE. — L'organisation judiciaire est complexe. Nous ne l'étudierons qu'en ce qui concerne les affaires civiles, laissant de côté le droit pénal. Nous distinguerons les juridictions propres aux étrangers, et les juridictions spécifiquement égyptiennes; nous ne parlerons pas des premières, en voie de disparition.

Il y a les juridictions civiles proprement dites, et les juridictions de statut personnel.

a) JURIDICTIONS CIVILES PROPREMENT DITES.

1° Les *Tribunaux cantonaux* sont les tribunaux qui jugent les questions peu importantes, et où ne siègent pas de juges de carrière, mais cinq notables. Les jugements sont rendus par trois notables. On exige d'eux qu'ils sachent lire et écrire correctement. — 2° Le *Tribunal sommaire* vient au-dessus. Le « juge sommaire » est compétent pour les affaires plus importantes, et notamment pour les affaires personnelles et mobilières de plus de 4.000 piastres et de moins de 25.000 (100 piastres = environ 1.000 francs de 1949). Le juge sommaire reçoit l'appel du tribunal cantonal. — 3° Le *tribunal de première instance (ou tribunal central)* est la juridiction de droit commun en première instance. Elle est notamment compétente quand l'intérêt du litige est supérieur à 25.000 piastres. C'est la juridiction d'appel du Tribunal sommaire. — 4° *Deux Cours d'appel*, qui sont juges d'appel des tribunaux centraux. — 5° *Une Cour de cassation*, civile et pénale, créée par le décret-loi du 2 mai 1931.

b) JURIDICTIONS DE STATUT PERSONNEL.

Elles sont de trois espèces :

A) Les « *Maglys-Hasby* ». — Ce sont des « medjeles » (des conseils : le *dj* se prononce *g* en Egypte). Ce sont des sortes de tribunaux des tutelles.

B) Les « *mehkemehs* » (*mahakmas*). — Ces juridictions se rapprochent un peu de celles du droit musulman : c'est le tribunal du qâdhî, mais différentes de l'organisation judiciaire classique avec le qâdhî, juge unique jugeant sans appel et à compétence universelle. Les mehkemehs sont fortement hiérarchisées :

a) La *mehkemeh sommaire*, tout à fait en bas de la hiérarchie, est composée d'un qâdhî délégué du tribunal de mehkemeh de première instance. Il est compétent en matière de statut personnel, garde de l'enfant, dot, trousseau, filiation, etc... — b) La *mehkemeh de première instance* est composée d'un président, d'un naïb et de sept cadis au moins. Ces mehkemehs connaissent en première instance des matières qui ne sont pas dévolues aux mehkemehs sommaires, ainsi que de toutes les contestations relatives aux waqfs. Elles connaissent des appels des mehkemehs sommaires. — c) La *mehkemeh supérieure du Caire*, composée d'un président, d'un naïb vice-président et de trois membres au moins, juge les appels des mehkemehs de première instance.

Les mehkemehs sont également compétentes dans certaines matières administratives au point de vue juridiction gracieuse, telles que constatation du décès et de l'hérédité, transcription d'actes authentiques. Elles font fonction de wali pour le mariage des orphelins, elles délivrent des fetwas.

Il faut noter qu'un décret de 1931 est venu apporter d'importantes modifications dans la marche et le fonctionnement des mehkemehs : 1° Il a modifié les *règles de compétence respective* des divers tribunaux. - 2° Il a apporté des changements dans le système de la *preuve*, et, en particulier, le principe de l'indivisibilité de l'aveu a été adopté. La preuve par écrit semble devoir l'emporter sur la preuve testimoniale (ici encore, différence avec le fiqh), et cela paraît nettement se dégager de la comparaison des articles 138 et 172 du décret : *Article 138* : « Les actes authentiques et les actes sous seing privé sont suffisants pour motiver les jugements sans qu'il soit besoin d'autre preuve ou écrit. » *Article 172* : « Les actions peuvent être prouvées par témoins, sans préjudice des dispositions de l'article 138. » Il nous paraît certain qu'au minimum, cela prouve l'égalité des preuves par écrit ou orales. - 3° Il a modifié les *règles de la procédure musulmane* sur un grand nombre de points de détail, afin de les mettre en harmonie avec les règles qui régissent la procédure ordinaire.

Deux constatations s'imposent : a) Complexité de l'organisation judiciaire du statut personnel, contraire à la règle classique; b) Tendance de la procédure à s'engager dans la voie des

réformes. Nous verrons, plus loin, que le fond du droit lui aussi a été modifié.

C) *Les « patriarchats » et les « rabbينات »* pour les chrétiens et les Juifs.

24. DE L'INFLUENCE DU DROIT MUSULMAN SUR LA LÉGISLATION ÉGYPTIENNE. — La législation égyptienne est constituée par des codes, complétés par de nombreuses lois.

A) En ce qui concerne le DROIT PÉNAL, nous ne trouvons plus d'influence du droit musulman. Deux exceptions de forme doivent être signalées cependant : a) Pour le prononcé de la peine de mort, il y a une formalité : le mufti doit être consulté. - b) La diya, ou prix du sang, est prévue par le droit pénal égyptien, et un jugement du tribunal d'Asiout du 7 octobre 1901 indique bien que la diya ne se confond pas avec l'action civile ; la victime a le choix ; la diya doit être réclamée devant le tribunal du char^e (mehkemeh). En fait, et contrairement à ce qui se passe en Syrie et en Palestine, la diya est inusitée chez les fellahs égyptiens. Elle n'existe qu'à titre *coutumier* chez les Bédouins. On applique alors les coutumes bédouines, lesquelles sont très éloignées du fiqh chez les Bédouins de l'Est (chez les Bédouins de l'Ouest, au contraire, elles se rapprochent du fiqh).

B) En matière de DROIT CIVIL.

1° L'influence du droit musulman est à peu près nulle, particulièrement en ce qui concerne les contrats. Aucun contrat agricole particulier à signaler. Restent les matières immobilières.

2° *Matières immobilières.* — A) *Le droit de « chouf'a ».* - Cette question est réglée par le décret du 23 mars 1900, décret dont nous parlons au sujet de l'Albanie. Quelques points sont à préciser : le voisin, d'après ce texte, a le droit de chouf'a, à certaines conditions. Il en est de même de l'usufruitier. Le droit de chouf'a ne peut plus être exercé si le préempteur éventuel n'a pas manifesté son intention d'exercer le retrait dans les quinze jours après qu'il a eu connaissance de la vente, ou dans les quinze jours qui suivent sa mise en demeure, signifiée par le vendeur ou l'acheteur. — B) *Le waqf.* - Le waqf n'est pas pratiqué généralement dans le but d'exhérer les filles, mais bien dans le but de conserver les biens dans les familles. Un code de waqf a été rédigé par Kadry Pacha, l'auteur du code du statut personnel égyptien. Ce code n'est pas officiellement mis

en vigueur. Il existe un Ministère des waqfs très important, dont les revenus et les dépenses sont, sauf exception, entièrement distincts du budget général de l'Etat. Le revenu total est d'environ 800.000 livres égyptiennes, la livre valant en 1949 environ 1.000 francs. Un prélèvement de 10 % est opéré par cette Administration pour ses frais. Les dépenses sont très diverses : œuvres de bienfaisance, secours, aumônes, etc...; 20 % sont affectés aux dépenses des mosquées et des zaouïas. Il y a des waqfs constitués par les Lieux saints de l'Islâm. Enfin, ce Ministère gère également une section spéciale : les waqfs ahli, ou waqfs de famille, par opposition aux waqfs publics ou waqfs khaiîrî. Dans la gestion des waqfs ahli, le Ministère prélève également 10 %, le reste des revenus étant attribué aux bénéficiaires. Notre impression a été que cette Administration est extrêmement dispendieuse. Ainsi, pour les waqfs ahli, sur des recettes brutes de 931.000 piastres, les frais de gestion en ont absorbé 93.000, et les frais d'entretien 352.000, ce qui est très considérable. Pour les waqfs des Lieux saints, les recettes étant de 37.000 piastres, les dépenses s'inscrivent pour 17.000 (1936). Nous rappelons enfin *la loi fondamentale du 12 juillet 1946, qui supprime pratiquement la constitution de nouveaux waqfs de famille*, et dont nous avons traité au N° 17.

3° *En matière de statut personnel.* — C'est en matière de statut personnel que l'influence du droit musulman est la plus considérable. Ce droit est appliqué à tous les musulmans égyptiens, à l'exception de quelques nomades soumis sans doute, en fait, à leurs coutumes. Il existe un *Code du statut personnel égyptien*, dû à Kadry Pacha, comme nous l'avons déjà vu. Contrairement à ce que pensait le Doyen MORAND, cette œuvre a été ignorée par les mehkemehs. Il faut bien dire que c'est une œuvre un peu de façade. Une traduction française a été donnée; elle est mauvaise, renfermant notamment de nombreux contresens. Cependant, ce C.S.P. a été modifié depuis la guerre par une série de réformes que nous allons étudier et qui, elles, sont effectivement appliquées.

25. LES RÉFORMES DU C.S.P. — Le texte de ces réformes se trouve dans quatre lois : *loi du 12 juillet 1920*, concernant la pension alimentaire et le droit de demander le divorce pour la femme; *loi du 11 décembre 1923*, limitant l'âge du mariage; *loi du 10 mars 1929*, qui règle la répudiation et prévoit de nouveaux cas de divorce au profit de la femme; *loi du 12 mai 1931*, qui traite de la réforme des mehkemehs, et qui exige un acte authentique pour constater le mariage.

Avant d'aborder l'étude de ces réformes, une question très importante se pose : c'est de savoir comment l'autorité égyptienne a procédé pour réformer le droit sacré, le droit du char^c. Deux méthodes ont été suivies : 1° *La première méthode* est celle que nous connaissons en Algérie, par la jurisprudence et le code Morand. Elle consiste à faire des emprunts à d'autres rites que le rite hanéfite. Le grand islamisant SNOUK HURGRONJE s'est élevé, au nom des principes classiques, contre ce procédé préconisé par le doyen MORAND. Aujourd'hui, dans les pays musulmans les plus avancés, on considère la méthode du doyen MORAND comme excellente, au contraire. - 2° *La seconde méthode* est celle qu'il a fallu employer lorsque tous les docteurs musulmans étaient d'accord dans les quatre rites orthodoxes. Fallait-il heurter de front la loi musulmane ? Le législateur égyptien a voulu accommoder cette loi aux nécessités actuelles, sans porter atteinte à des principes unanimement reconnus. La notice officielle de la loi de 1931 dit : « Il est de principe, en droit musulman, que *le pouvoir des juges peut être limité* dans le temps, dans l'espace, quant aux faits et quant aux personnes, et que le souverain peut interdire à ses cadis d'entendre certains procès, ou de ne les entendre qu'avec certaines restrictions suivant qu'il le jugera utile... De tous temps, les docteurs de la loi ont admis ces principes, et en ont fait une application courante. » En d'autres termes, la Justice n'est qu'une émanation du souverain, et c'est à lui qu'il appartient d'investir les cadis d'attributions judiciaires définies. Sans toucher au fond du droit, le souverain interdit aux cadis de connaître de certaines choses. C'est ainsi qu'en vertu du règlement de 1931, le cadi ne doit plus connaître des actions relatives au divorce entre époux non-musulmans, si la confession religieuse des époux n'admet pas le divorce.

Il est intéressant de constater à quels biais il a fallu recourir pour tourner la loi religieuse en matière de statut personnel, alors que pour les impôts ou pour le droit pénal, on a pu légiférer contre le fiqh. Etudions maintenant ces réformes.

26. — I. DU MARIAGE.

A) CONDITIONS DU MARIAGE. — I. *L'âge*. — En droit, on est à peu près arrivé, par un détour, à éviter le mariage des époux de moins de 16 ans pour la fille et 18 ans pour le garçon. Le moyen que l'on a employé est le suivant : le texte dit : « A moins d'un ordre émanant de Nous, ne seront pas recevables les actions tendant à la constatation d'un mariage si la femme n'a pas au moins 16 ans, et l'homme, 18. » Un autre article du règlement

s'exprime ainsi : « Le contrat de mariage ne peut être passé que si la femme a au moins 16 ans, et le mari, 18. » Le mariage par acte authentique est très généralement suivi dans toute l'Égypte, et surtout en province. La population a recours au qâdhî ou à un fonctionnaire matrimonial : le « mâazoun », à rapprocher du « penghoulou » ou de son délégué, à Java. Il convient de remarquer que ces dispositions n'empêchent pas, légalement, la conclusion du mariage selon le char^e, avant l'âge fixé par le règlement; mais le mariage n'aurait pas d'existence juridique reconnue. En fait, et étant donné le sentiment de la plus grande partie de l'Égypte, ceux qui veulent procéder à un mariage prématuré font de fausses déclarations, produisent de faux certificats pour dire que la jeune fille a plus de 16 ans. Par ces réformes et indirectement, le droit de djibr est aussi aboli, puisque le rite hanéfite ne connaît pas le droit de djibr à partir de la puberté, soit au plus tard 15 ans. Il est à remarquer que cet âge de 16 ans est, à mon avis, trop élevé pour une population fruste, où les femmes sont nubiles fort tôt (1).

II. *La preuve du mariage.* — Les textes disent : « Ne seront point recevables, en cas de dénégation, les actions tendant à constater le mariage, à moins que l'action ne soit basée sur un acte authentique. » Donc, en ce qui concerne la justice, il n'y a mariage que là où il y a acte authentique, et il n'y a acte authentique que si la femme avait au moins 16 ans, et le mari, 18. Ces règles sont d'ordre public; les cadis doivent les appliquer d'office.

B) EFFETS DU MARIAGE. — I. *La nafaqa.* - En rite hanéfite, la nafaqa de la femme, en vertu du C.S.P., ne constituait pas une créance en sa faveur, à moins qu'elle ne soit fixée par une

(1) En vertu de très vieilles habitudes, le mariage se concluait d'abord, et la consommation n'avait lieu que longtemps après : six, huit et même dix mois. Pendant cette période, on préparait le trousseau de la jeune femme, ou bien cela lui permettait d'arriver à la puberté. De nos jours encore, cette coutume subsiste, surtout dans les bonnes familles des villes. Cette période est considérée comme une période de fiançailles, pendant laquelle les époux se voient au vu et au su de tout le monde, sans que les éléments conservateurs puissent se plaindre de ce que les jeunes gens se fréquentent puisqu'ils sont mariés. Les justifications données plus haut de cette période, ne sont plus valables aujourd'hui; mais la coutume n'en demeure pas moins, pour des raisons nouvelles. Si le jeune homme s'aperçoit qu'il s'est trompé dans son choix, il peut répudier sa « fiancée », en payant la dot pour mariage non-consommé. Mais si c'est la femme qui regrette l'union, elle ne peut répudier son « fiancé ». Des parents s'entremettent alors, et généralement on arrive à la répudiation « khoul^e ». La femme fait abandon de son droit à la dot, pour obtenir la répudiation.

décision judiciaire ou par le commun accord des époux. La nafaqa non consentie, ou non imposée judiciairement, n'est qu'une pure libéralité. Pour les hanéfites, si la femme laisse s'écouler un mois sans réclamer la nafaqa, elle en est forclosée, et ne peut plus la demander à son mari. Il faut donc constamment qu'elle harcèle celui-ci ou ses héritiers. Le principe malékite a été adopté dans la loi de 1920 : la pension alimentaire due par le mari à la femme, est considérée comme une dette à la charge du mari, dette qui ne s'éteint que par le paiement ou la remise. — II. *Hadhana*. - Le cadî peut autoriser la mère à garder le garçon jusqu'à 9 ans et sa fille jusqu'à 11 ans, si l'intérêt des enfants est en jeu. On s'est un peu rapproché de la règle malékite. D'après la règle hanéfite, les âges sont respectivement 7 et 9 ans.

27. - C) DISSOLUTION DU MARIAGE.

I. RÉPUDIATION PRONONCÉE PAR LE MARI. — La question est traitée aux articles 1 à 5 de la loi du 10 mars 1929. N'est pas valable la répudiation faite en état d'ivresse, ou par contrainte. Toute répudiation est *redja*, sauf exceptions bien déterminées : ainsi, la répudiation faite avant la consommation du mariage est irrévocable, imparfaite; également, la répudiation *khoul* et les répudiations considérées comme irrévocables, en vertu des lois nouvelles.

II. DEMANDE EN DIVORCE DE LA FEMME. — Ici, on a adopté des solutions tirées des autres rites. En rite hanéfite, en effet, la femme n'est jamais autorisée à réclamer le divorce, contrairement au rite malékite. Il s'agit d'une innovation d'une très grande importance.

A) *Causes de divorce*. — 1. *Eloignement du mari et refus d'entretien*. - Si le mari est éloigné, s'il n'a pas laissé à sa femme de quoi subvenir à ses besoins et s'il ne paye pas la pension alimentaire après injonction du cadî, ce dernier prononcera le divorce à l'expiration d'un délai fixé. Si le mari a simplement disparu, sans spécifier qu'il se refusait à entretenir sa femme, et si celle-ci, dans le patrimoine de son mari, ne trouve pas de biens suffisants à son entretien, alors le cadî prononcera le divorce d'office. Il en est de même si, sans être au loin, le mari est en prison.

2. *Absence du mari sans refus d'entretien*. — Si le mari s'absente plus d'une année, sans motif légitime, et si la femme se plaint de cet éloignement et alors même qu'il y aurait des

biens suffisant à l'entretien de la femme, celle-ci est fondée à demander le divorce. Le *cadi* sommerá, si c'est possible, le mari de revenir cohabiter avec sa femme. Si le mari ne répond pas, le *cadi* prononcera la répudiation *baïn*. S'il répond, il doit s'exécuter dans un certain délai. La femme obtiendra de même satisfaction après un an, si son époux a été condamné à au moins trois ans de prison.

3. *Refus d'entretien de la part du mari.* — Si le mari refuse de payer la *nafaqa* à sa femme, et s'il n'a pas de biens suffisants sur lesquels le jugement du *cadi* lui ordonnant de le faire puisse être exécuté, ou bien si le mari persiste dans son refus de payer la *nafaqa*, le *cadi* prononce le divorce immédiatement. Il en va de même dans le cas où le mari se prétend insolvable, sans rapporter la preuve de ses allégations. S'il prouve son insolvabilité, il a un mois pour s'exécuter; après quoi, le *cadi* peut prononcer le divorce.

4. *Maladie grave.* — Lorsque le mari est atteint d'une maladie grave, ou susceptible de durer longtemps et qui rendrait par là-même la cohabitation nuisible pour la femme, le divorce peut être admis (par exemple, en cas de folie, de lèpre et de vitiligo); la femme peut demander la séparation, disent les textes, à condition que la maladie soit antérieure au mariage et fût ignorée de la femme, ou bien, si elle est postérieure à la célébration du mariage, que la femme n'ait pas consenti à cohabiter avec son mari. La répudiation serait *baïn*.

5. *Mésintelligence grave entre époux.* — Si l'épouse prétend que son mari lui rend la vie impossible, compte tenu de leur condition sociale, le *cadi* prononce la répudiation *baïn*; sinon, on fait appel à des arbitres de famille (art. 6 et suivants de la loi de 1929), selon la procédure que nous connaissons en rite *mâlékite*.

B) *Effets du divorce.* — Le délai pendant lequel la pension alimentaire d'*idda* peut être payable, ne peut dépasser un an. Auparavant, il suffisait à la femme de déclarer qu'elle n'avait pas ses règles, pour qu'elle pût recevoir une pension pendant longtemps (1).

(1) Un usage fréquent est à signaler en matière de répudiation : la première partie de la dot (*naqd*) est très faible, alors que la seconde partie (*qali*), à verser lors de la dissolution du mariage, est très élevée, cela dans le but de rendre les unions plus stables. L'inconvénient de ce système apparaît dans le cas où le mari a de justes raisons de répudier sa femme. Il est alors obligé de lui payer une indemnité, alors qu'en droit français, il obtiendrait le divorce à son profit.

28. DIVERS.

II. - DE LA FILIATION. — N'est pas recevable, disent les textes, l'action en reconnaissance de paternité au profit de l'enfant : a) Lorsqu'il est établi que la mère n'a pas eu commerce avec son mari depuis l'acte de mariage; b) Si l'enfant est né un an après l'éloignement du mari; c) Si l'enfant est né un an après la dissolution du mariage. — D'après le rite hanéfite, les enfants étaient automatiquement rattachés au mari. Le vieux système de l'enfant endormi a été presque complètement abandonné. Le délai maximum de la grossesse est de 365 jours, en droit égyptien, ce qui est d'ailleurs un délai trop long au point de vue physiologique.

III. - DE L'ABSENCE. — Si la mort de l'absent apparaît comme très probable, une déclaration de décès intervient après quatre années d'absence. Dans les autres cas, la déclaration sera laissée à l'appréciation du cadî. La femme entre alors en *'idda*, et la succession est partagée entre les héritiers existant à l'époque de la décision.

Remarques. — 1° Il existe en Egypte toute une organisation judiciaire, dite « Maglys Hasby », qui sont des *tribunaux de tutelle*. Je ne puis, faute de place disponible, en parler ici. — 2° L'opinion publique est souvent saisie de projets de réforme; mais, jusqu'à présent, il faut bien constater que dans ce pays islâmique par excellence, gouverné par des musulmans, le vrai bilan des réformes, quant au point de vue des Européens, reste assez maigre, bien qu'aux yeux de l'Islâm orthodoxe classique, il puisse paraître assez innovateur.

CHAPITRE VII

LA PERSE (Iran)

29. GÉNÉRALITÉS. LA LOI CHÎTE. — La Perse (les habitants désirent beaucoup, aujourd'hui, qu'on la nomme : « *'Irân* ») est un pays qui comptait en 1946, 17 millions environ d'habitants.

Le droit de ce pays a subi des transformations du point de vue musulman. D'autre part, il nous intéresse encore à un autre point de vue : la grande majorité des habitants sont des hérétiques chi'ites, de nuances diverses, ce qui n'est le cas dans aucun autre pays musulman. Le droit musulman en vigueur est donc le droit chi'ite.

Avant donc de parler des réformes modernes, il convient de dire quelques mots du contenu de la loi chi'ite duodécimaine, qui est celle du rite officiel. Le droit chi'ite est également en vigueur dans l'Inde anglaise, où il est appliqué à la minorité chi'ite de ces régions.

Dans l'ensemble, il diffère peu du fiqh orthodoxe. (Cf. QUERRY : *Recueil de lois schiytes.*) J'insisterai seulement un peu sur le régime successoral, parce que l'on ignore, en général, que celui-ci est différent du régime des orthodoxes et des khâredjites.

En ce qui concerne le rituel, il est à peu près semblable à celui des orthodoxes. Voici quelques différences en matière d'ibadâtes : 1° L'appel à la prière est très légèrement différent. - 2° Pas plus que les kharédjites, les chi'ites n'admettent la « madéfaction des khouffs », c'est-à-dire la possibilité de faire l'ablution rituelle sur la chaussure, au lieu du pied même. C'est pourquoi ce *mash' alâ-el-khouffaïn*, bien qu'ignoré, en fait, des sounnites, est pour eux la pierre de touche de l'orthodoxie. Les chi'ites, pour justifier leur point de vue, lisent autrement le verset 8 de la sourate 5 (voir GOLDZIEHER : *Richtungen*). - 3° Le contact avec les infidèles, c'est-à-dire les non-chi'ites, rend impur le croyant. - 4° Le fiqh chi'ite recommande des *ghouls*, c'est-à-dire des bains, à l'occasion de nombreux événements intéressant l'histoire de la secte. - Etc...

Au point de vue du droit proprement dit, je dois vous dire un mot d'une particularité bien connue du droit chi'ite : c'est le mariage *moul'a*, celui-ci ayant servi bien souvent à légaliser comme mariage les formes les plus basses de la prostitution. C'est ce que nous dit, entre autres, le voyageur hongrois VAMBÉRY. En plus, je vous signale encore deux points : 1° Les chi'ites n'admettent pas la théorie de l'enfant endormi. - 2° L'enfant illégitime n'est même pas rattachable à sa mère; nous allons le voir à propos du régime successoral.

Le mariage *moul'a* ou *mounkata* est le mariage pour un temps donné, sévèrement prohibé par le droit orthodoxe, mais admis par les chi'ites qui lisent autrement que les sounnites le verset 28 de la sourate IV, et même ajoutent quelques mots à ce

passage du Qorân. Ce mariage peut être conclu par un musulman avec une musulmane, une kitabiya ou une mazdéenne; il faut en fixer la durée (en fraction de jours, ou jours, mois, etc...) et le montant de la dot. Si l'on ne fixe pas la durée, le mariage est considéré comme permanent. Dans ce mariage, il n'y a pas de vocation héréditaire entre époux. En pratique, ce mariage existe encore de nos jours, en Perse et dans l'Inde anglaise, mais il tombe rapidement en désuétude.

30. LE SYSTÈME SUCCESSORAL. — Le système chi'ite diffère sensiblement du système sounnite, particulièrement en ce qu'il admet le principe de la représentation, et fait disparaître presque entièrement le régime des « a'çeb ».

Tout d'abord, il y a trois classes d'héritiers (sans compter l'époux ou l'épouse, qui commence par prélever sa part fardh en tout état de cause) : 1° *a*) parents; *b*) enfants ou descendants; - 2° *a*) grands-parents et ascendants; *b*) frères et sœurs et leurs descendants; - 3° oncles et tantes : *a*) paternels et *b*) maternels, du défunt et de ses ascendants, ainsi que leurs descendants.

Chacune de ces classes exclut la suivante; mais à l'intérieur de chacune d'elles, les héritiers des sections *a*) et *b*) viennent en concurrence, et celui alors qui est le plus proche en degré, exclut tous les autres plus éloignés dans sa section.

1° A l'intérieur de la 1^{re} classe, les droits des père et mère sont ceux du droit musulman orthodoxe. Quant aux enfants, il en va de même; mais, en l'absence d'enfants, joue pour leurs descendants le principe du partage par souche, avec représentation, la fille prenant la moitié de la part du garçon placé dans la même situation qu'elle. Exemple : le défunt laisse un fils et les descendants d'un autre fils prédécédé; en droit musulman orthodoxe et chi'ite, les petits-enfants sont exclus par le fils le plus proche, contrairement au droit français. Mais s'il n'y a que des petits-enfants de divers descendants (garçons ou filles) prédécédés, alors seulement, dans le droit chi'ite, ils représenteront leur auteur (en droit sounnite, les descendants de fille seraient exclus) et viennent au partage par souche, comme en droit français (et non par tête, comme en droit sunnite). En l'absence de fils, la fille du *de cuius* est fardh; le reste va aux a'çeb de sa classe seulement, et s'il n'y en a pas, la fille (ou les filles) prend le tout, car elle fait partie de la 1^{re} classe, et exclut donc les héritiers de la classe suivante, fussent-ils a'çeb, selon le droit sounnite.

2° En l'absence d'héritiers de la 1^{re} classe, sont appelés ceux de la 2^e classe. Négligeons le cas, peu pratique, où il y a des grands-parents ; alors, les frères et sœurs se partagent la succession, comme en rite hanéfite. Mais, en l'absence de tout frère et sœur, ce sont les descendants de ceux-ci qui viennent en représentation de leur auteur, le plus proche excluant le plus éloigné, et le garçon prenant le double de la part qui revient à sa sœur, sauf les descendants d'utérins qui partagent par tête, comme les utérins eux-mêmes entre eux. La même règle de partage s'appliquerait, en l'absence d'enfants, aux descendants de degré ultérieur.

3° Dans la 3^e classe, les héritiers sont rangés en catégories comme suit : a) oncles et tantes du défunt ; b) leurs descendants ; c) oncles et tantes des père et mère du défunt ; d) leurs descendants ; et ainsi de suite, en remontant. Chaque catégorie plus proche, n'y eût-il qu'un représentant (ex. : une tante maternelle) exclut la plus éloignée ; dans chacune d'elles, la branche paternelles prend les 2/3, et la maternelle 1/3 (cf. la règle de la fente française). S'il n'y a pas d'héritier dans l'une des branches, l'autre prend tout. S'il s'agit d'oncles et tantes, ils se partagent leur part comme s'ils étaient les frères et sœurs du défunt, et s'il s'agit de leurs descendants, ils viennent en représentation de leur auteur, le plus proche excluant le plus éloigné, dans les mêmes conditions que plus haut pour les descendants de la 2^e classe (1).

Comme on le voit, ce système diffère très profondément de celui du droit sounnite, principalement par le fait que les parents mâles par les mâles n'ont aucune suprématie sur les autres héritiers, la *vocation successorale* tant de la branche maternelle que des femmes, est la même, à certains égards, que celle de la branche paternelle et des hommes ; seule la quotité de leur droit diffère. Cela paraît conforme aux idées chiïtes touchant la descendance du Prophète par son unique enfant Fatima, et les droits de sa descendance au khalifat.

31. TRANSFORMATIONS MODERNES DU DROIT IRANIEN. — Comme d'autres pays musulmans, la Perse a subi très profondément le

(1) 1° Si à l'intérieur d'une classe quelconque il n'y a pas d'çaçbs, les fardhs se partagent toujours le restant au prorata de leur droit : les çaçbs des autres classes sont exclus, contrairement au droit sounnite. - 2° Il existe une vocation successorale du fait du patronat (comme en droit sounnite) et, de plus, du fait des obligations qui pèsent sur le défunt pour cause de délits. - 3° L'enfant illégitime n'hérite même pas de sa mère (contrairement au droit sounnite). - 4° En l'absence de tout héritier, le conjoint, sauf controverse, hérite de tout et, après lui, l'imâm.

contre-coup de la grande guerre de 1914, et il s'y était poursuivi une grande œuvre de rénovation, sous l'impulsion de Riza Khan, qui, devenu châhr en 1926, occupait le pouvoir depuis 1921.

Le nouveau Code civil comprend trois tomes : 1° les biens; 2° les personnes; 3° les preuves. Le tout a été promulgué de 1928 à 1935. Un grand effort a été fait en vue de laïciser le droit persan; mais beaucoup de dispositions empruntées à l'ancien droit subsistent. Sont d'origine européenne l'introduction de la prescription acquisitive, de l'enregistrement possible des contrats, la distinction des biens, etc...

MARIAGE. — Voyons maintenant ce qui concerne le mariage.

Conditions de fond. — L'âge du mariage est fixé à 18 ans (garçons) et 15 ans (filles), sauf dispenses qui peuvent être accordées jusqu'à 15 et 13 ans (art. 1.041). — « Le consentement des époux est une condition indispensable de validité du mariage » (art. 1.070). Donc, plus de droit de djibr... en théorie. En tout état de cause, les femmes de 15 à 18 ans ont besoin, pour se marier, du consentement de leur wali; au delà de cet âge, la fille qui n'a jamais été mariée, a encore besoin de cette autorisation; mais elle peut passer outre, par notification notariale (art. 1.043). Il va sans dire que, dans la mesure où ces dispositions sont réellement en vigueur, il s'agit d'une atteinte à la conception musulmane du mariage. — Par contre, tant la polygamie (art. 942) que la répudiation par la volonté unilatérale du mari (art. 1.133 et 1.135) restent admis, ainsi que le mariage *mout'a*. — On dit que le mariage persan serait assez stable, en fait.

Conditions de forme. — Le mariage est un acte qui suppose l'échange des consentements; mais celui-ci peut être donné par procuration. C'est un contrat purement consensuel (notion musulmane); mais une loi d'août 1931 a obligé celui qui célèbre le mariage, ou le mari, de le faire inscrire sur des registres officiels, sous peine de prison, le mariage restant d'ailleurs valable. — Cette même loi punit également d'amende et de prison, celui qui se marie avec une femme non nubile, ainsi que ses complices. La tromperie en matière de mariage est également un délit; cela consiste en particulier, pour le futur mari, à ne pas faire connaître qu'il est déjà marié.

En résumé, le régime matrimonial persan est un mélange de dispositions modernes et de dispositions classiques. Il mérite donc de figurer dans la présente partie de notre cours, du point

de vue théorique. Du point de vue pratique, il serait intéressant de savoir comment il est appliqué. Je ne puis vous donner aucune indication à cet égard, mais j'ai peu d'illusions en cette matière.

CHAPITRE VIII

L'INDE

32. GÉNÉRALITÉS. — L'Inde est plutôt un continent à lui tout seul, qu'un pays. Sa superficie, qui est de plus de 4,6 millions de kilomètres carrés, atteint celle de l'Europe, moins la Russie, et sa population (1949) dépasse 400 millions d'habitants, qui diffèrent profondément par la langue, par la religion, le niveau social, etc...

Au point de vue de l'Islâm (1), il convient de faire une remarque fondamentale : si l'Inde est le pays du monde qui contient le plus de musulmans, et si les musulmans indiens forment environ 30 % de toute la communauté musulmane, elle n'est cependant pas un pays musulman : les 90 millions de musulmans y forment une minorité, 22 % de la population, contre 68 % d'hindouistes, et 10 % représentant diverses autres confessions (bouddhistes, sikhs, chrétiens, parsis, etc...). Cela donne à l'Islâm indien une situation assez particulière, d'autant qu'entre les hindouistes, représentant la vieille civilisation, et les musulmans, représentant l'élément conquérant d'une bonne partie du pays, la rivalité est très vive et se manifestait presque journellement par des incidents souvent sanglants : les hindouistes sont d'abominables idolâtres, aux yeux des musulmans; ces derniers, aux yeux de ceux-là, sont des êtres impurs qui commettent le sacrilège d'égorger la vache — animal sacré — et de la manger. Ces rivalités, entre autres, ont permis à l'Angleterre de dominer durant longtemps ce pays, avec une poignée d'hommes : quelques dizaines de mille de soldats, d'une part, et de civils, de l'autre.

(1) Voir l'excellent petit livre de MURRAY Titus : *Indian Islâm*.

Ces rivalités expliquent aussi la situation politique actuelle de l'Inde ex-anglaise : en 1947, l'Inde est devenue un double dominion britannique, c'est-à-dire un territoire entièrement indépendant du Gouvernement anglais, et autorisé même à se séparer de la Couronne britannique. Mais l'unité de l'Inde n'a pu être préservée, et elle s'est scindée en deux : d'un côté, le Pakistan, à population principalement musulmane (à savoir le Nord-Ouest de l'Inde, et une partie du Bengale, à l'est), et l'Hindhoutan, comprenant le reste du pays et surtout peuplé d'hindhouistes.

Quant au régime des anciens états indigènes, il n'est pas encore arrêté : ils sont sans doute appelés à disparaître.

Le retrait de la puissance colonisatrice a été suivi, immédiatement, d'épouvantables massacres des indigènes des diverses religions entre eux, se montant en quelques semaines à des chiffres beaucoup plus élevés que celui des victimes de toutes les guerres contre les Anglais au temps passé.

J'estime que les socialistes de Grande-Bretagne sont responsables de ces massacres, pour ne pas dire qu'ils sont des assassins par humanitarisme mal placé.

Je vais maintenant vous exposer la situation juridique de cette immense région, à la veille de la guerre de 1939 (1).

Au point de vue administratif, une distinction fondamentale également doit être faite : il y a, d'une part, l'Inde britannique proprement dite, administrée par les Anglais (moins des deux tiers de la superficie, mais plus des trois quarts de la population) et, d'autre part, les Etats protégés, comprenant environ 81 millions d'habitants, où l'influence de l'Angleterre est bien plus indirecte. Nous parlerons plus tard de ces derniers, en remarquant de suite que les musulmans habitent surtout les pays d'administration directe ; ils ne sont qu'une douzaine de millions dans les Etats protégés, contre 67 dans l'Inde britannique.

Bien que les conquêtes des Arabes les aient mis très tôt en contact avec les régions du Nord-Ouest de l'Inde (première partie du VIII^e siècle), l'influence de l'Islâm ne s'est fait guère sentir avant l'époque de Mahmoud-le-Ghaznévide (967-1030). Depuis ce moment, le Nord-Ouest de l'Inde, durant de longs siècles, a toujours été plus ou moins dominé politiquement par des souverains musulmans, venant d'au delà des Indes, dont les plus célèbres ont été les grands Mogols (période de 1527 à 1707). Cette dynastie

(1) Dans le texte qui suit, on a souvent conservé le présent de l'indicatif, au lieu de l'imparfait.

qui, au courant du XVII^e siècle, dominait l'Inde presque entière, dut, après la mort d'Aureng-Zeb (1707), subir la réaction hindouiste des Mahrattes : les restes de l'Empire mogol ne furent sauvés que par l'intervention de l'Angleterre (milieu du XVIII^e siècle). Le dernier descendant de cette dynastie fut déposé par elle en 1858, après la révolte des Cipayes.

Aujourd'hui, les musulmans se trouvent dans leur très grande majorité : 1° dans le Nord-Ouest : presque la totalité des habitants du Belouchistan, de la province dite Nord-Ouest, et de l'Etat du Cachemire; dans la province de Penjab, ils sont environ 12 millions, soit plus de la moitié de la population; 2° dans le Bengale (environ 27 millions de musulmans, ou 55 % de la population). Dans le Centre, et surtout dans le Sud, ils sont peu nombreux.

Ces musulmans sont, dans leur très grande majorité, sounnites hanéfites; cependant, parmi les sounnites, on trouve, outre quelques châféites, une petite quantité de musulmans qui, rejetant le « taqlid » et s'inspirant d'idées hanbalites, voire wahhabites, s'intitulent également « Ghir muqallids ». Il existe d'autre part une minorité chi'ite (quelques millions), pour la plupart Duodécimains, mais avec également des Ismaéliens (par exemple, les Khojas, sectateurs de l'Agakhan). Rappelons, enfin, qu'il y a environ 68.000 hérétiques ahmaddyas, dont 30.000 pour la secte de Lahore, qui se rapproche beaucoup des Sounnites.

Il n'y a pas de communauté religieuse aux Indes, organisée comme dans les Balkans, par exemple, ou en Syrie. L'Etat ne participe pas aux frais de culte. C'est une affaire purement privée, qui regarde les fidèles.

33. ETENDUE D'APPLICATION DU DROIT MUSULMAN DANS L'INDE BRITANNIQUE. — Il convient d'observer d'abord que, sauf l'application du droit chi'ite, il s'agit de l'application du rite hanéfite, essentiellement quant au statut personnel et successoral. Si tel est le principe général, de nombreuses modalités doivent être envisagées.

Pour toute une série de matières juridiques, des textes inspirés par le droit anglais sont en vigueur, en particulier des codes revus depuis leur promulgation, entre autres : le Code pénal (1860, revu plus tard), le Code d'instruction criminelle (1861, revu en 1898), le Code de procédure civile (1882, revu en 1908), la loi sur les contrats (1872). Ainsi, donc, tout le droit pénal et le droit des obligations échappe, comme d'ailleurs chez nous en Algérie, à l'emprise du droit musulman, pour autant

qu'il ait jamais été appliqué en cette matière. Mais l'étendue d'application du droit musulman est plus restreinte aux Indes que chez nous, car il a été écarté dans des matières où nous l'avons partiellement conservé, à savoir : organisation judiciaire (voir paragraphe suivant), modes de preuves (régis par l'Evidence Act de 1872, d'après le système anglais), et condition des terres (en principe, toutes les terres payent, — comme, semble-t-il, avant la conquête musulmane, — tribut au souverain, qui en possède le domaine éminent).

Reste donc le statut personnel et successoral avec le waqf (matières dont nous traiterons ci-après) et les donations, ainsi que la chouf'a. S'agissant des donations, nous nous contenterons d'observer qu'elles paraissent avoir une importance énorme dans la pratique judiciaire (dans l'ouvrage de M. TYABJI : *Principles of Muh. Law*, elles occupent à elles seules 157 pages, contre seulement 276 pour tout le statut personnel) ; que la loi musulmane est applicable dans la mesure où elle n'a pas été modifiée par la " Law of trusts ", la " Law of contracts ", et le " Transfer of propriety Act ". Quant à la chouf'a, nous ne l'étudierons pas davantage, mais noterons que, dans un certain nombre de provinces, la matière est réglée désormais par des textes de lois (Penjab et Oudh), et que, dans la " Présidence " de Madras, les tribunaux ne la valident pas ; sauf, dans la région de Malabar, à titre de coutume.

Cela dit, dans la sphère où le droit musulman reste applicable, il ne l'est que dans la mesure où il n'est pas modifié : a) soit par l'application d'un droit coutumier ; b) soit par la mise en vigueur des lois nouvelles.

34. A) COUTUMES ET DROIT MUSULMAN. — Commençons par constater deux faits : 1° L'emprise de la coutume ne se fait guère sentir que dans le domaine du patrimoine, à l'exclusion du statut personnel (1), et surtout lorsqu'il s'agit du statut successoral ; c'est ainsi que, dans le Penjab, dans l'Oudh, dans la région de Bombay, on trouve des régions où le statut successoral coutumier appliqué s'éloigne beaucoup des principes du fiqh (en particulier, exclusion des filles assez générale, et représentation). - 2° Les coutumes ne sont pas uniquement des coutumes ap-

(1) A noter néanmoins quelques divergences d'avec le droit hanéfite, touchant la répudiation chez les Khojas. D'autre part, les Kharwa de Broach, convertis hindous, forment, bien que musulmans, une caste à part ; il a été jugé en conséquence qu'un mari ayant été rejeté de cette communauté, il n'avait pas le droit d'exiger la réintégration de son épouse au domicile conjugal, tant qu'il n'aurait pas été réadmis dans sa caste,

pliquées régionalement à tous les habitants, mais souvent des usages judiciairement reconnus, qui régissent des familles particulières. Nous n'avons rien de tel en Algérie.

Cela dit, les Anglais ont commencé par ne faire qu'une très petite place à la coutume. Les textes les plus anciens, en effet, applicables aux Hautes Cours de justice de Calcutta, Madras et Bombay (21 geo III, chap. 70 - 37 geo III, chap. 142), disposent que les musulmans seront régis par leurs *lois* et *usages*, c'est-à-dire que la loi écrite est applicable avant la coutume à laquelle on aura recours à titre secondaire. Ensuite, la tendance a été renversée dans les textes anglais, et, selon les régions, on trouve, pour délimiter l'empire de la coutume, des formules telles que celles-ci : « La coutume (usages) et, à défaut seulement, la loi religieuse du défendeur » (Présidence de Bombay, la ville même exceptée, règlement de 1827) ; « La loi religieuse, dans la mesure où elle n'a pas été modifiée par des coutumes prévalentes dans certaines familles » (Provinces centrales, acte XX de 1875) ; « La coutume et, à défaut, la loi religieuse » (Oudh, Penjab et frontière Nord-Ouest - lois de 1872, 1876, 1878).

Il résulte de tout cela que le droit successoral du *fiqh* n'était donc pas en vigueur, s'agissant d'un nombre assez important de musulmans, principalement les descendants des convertis hindhous, parmi lesquels citons : les Khojas (Ismaéliens de Bombay), les Cutch Memons, les Sounnis Bohras du Gujrate, les Molesalams Girasias de Broach, qui, tous musulmans, sont pourtant régis par la loi successorale hindhoue (dans la mesure où ils n'ont pas, individuellement, des coutumes en opposition avec cette dernière).

Ce principe, néanmoins, vient à son tour de subir récemment une atteinte décisive, lorsqu'a été étendue à tous les musulmans une réforme (mise en vigueur quelques années, d'abord à l'égard des seuls Cutch Memons), par l'acte XXVI de 1937, en vertu duquel : 1° en matière de statut personnel et successoral *ab intestat*, tous les musulmans seront désormais régis par les principes du droit musulman, la faculté leur étant laissée de disposer par testament de leur patrimoine selon la coutume ; 2° mais tout musulman dont la succession est régie par la coutume peut, par une déclaration expresse, renoncer définitivement, pour lui-même et ses descendants, à se prévaloir de celle-ci. Dans ces conditions, le domaine de la coutume, au moins en ce qui concerne son application par les tribunaux, est appelée à se restreindre beaucoup, avec une tendance à disparaître.

Observations. — 1° Les Hindhouïstes peuvent, en vertu de l'application des coutumes qui les régissent, être régis par certaines dispositions du droit musulman. Ainsi, dans le Penjab, le Behar et d'autres régions, ils avaient adopté, à titre coutumier, la chouf'a, institution qui leur était inconnue avant l'arrivée des musulmans, mais qui s'harmonisait très bien avec leurs propres institutions.

2° Dans le silence de la loi musulmane, les tribunaux doivent s'inspirer : a) de l'analogie, selon ce que cette même loi décide dans d'autres hypothèses; b) « des principes de justice, d'équité et de bonne foi », c'est-à-dire, le plus souvent, de la loi anglaise, dans la mesure où celle-ci leur semblera applicable.

B) LOIS POSTÉRIEURES AYANT MODIFIÉ LE DROIT MUSULMAN. — Ces lois sont nombreuses et importantes; nous en traiterons aux N^{os} 36 et 37 ci-dessous.

35. ORGANISATION JUDICIAIRE. SON INFLUENCE SUR LE CARACTÈRE DU DROIT ANGLO-MUSULMAN. — Dans l'Inde britannique proprement dite, il n'y a pas de tribunaux religieux : ce sont les mêmes tribunaux civils qui jugent selon les diverses lois religieuses applicables. Sans entrer dans les détails, disons qu'en principe, on trouve au sommet de la hiérarchie judiciaire, dans les diverses provinces, une Haute-Cour de justice qui, sauf exception, est toujours juridiction d'appel et qui statue à titre définitif, sauf appel, dans certains cas, au Conseil privé à Londres. Les membres de ces cours, nommés par le Pouvoir central, sont recrutés pour un tiers au moins parmi les membres du Barreau, pour un tiers parmi les fonctionnaires de l'Administration civile des Indes, le reste parmi des personnes capables ayant exercé des fonctions judiciaires aux Indes. En-dessous de ces Cours, on trouve : a) des tribunaux de districts, en général tribunaux d'appel sauf exception : par exemple, pour les waqfs); b) des tribunaux de première instance, qui sont dans l'ordre d'importance décroissant des affaires qui y sont jugées : les tribunaux « subordonnés », les « munsiffs », et les tribunaux des affaires minimes (« Small courts »). Aujourd'hui, ce sont de plus en plus des Indiens qui y siègent. Ces tribunaux sont, aussi, compétents, en général, en matière criminelle. A noter que le jury en matière civile, que l'on connaît en Angleterre, est inconnu aux Indes.

Il suit de là que (comme le principe du juge unique est, en général, la règle) l'on voit un musulman trancher des matières de droit canon catholique, un hindhouïste appliquer le fiqh, etc...

Il s'ensuit aussi que les Britanniques sont très souvent jugés par des Indiens.

Cette absence de juridiction religieuse est assez ancienne. Pour pouvoir se guider dans l'administration du droit musulman, les juges anglais ont eu recours à une très mince base de textes de droit musulman : a) la *Hedaya*, de Bourhân-ed-dîn 'Alî Aboû-Bekr el Marghinani (mort en 1196 de l'ère chrétienne), texte hanéfite, traduite d'après une adaptation persane par Hamilton à la fin du xviii^e siècle; b) un recueil de Fetwas ne datant que du xvii^e siècle, dit *Fetwas-el-Alamgari*, recueilli sur ordre du grand Mogol Aurengzeb « Alamgir », et partiellement traduit par Baillie au xix^e siècle.

En somme, cette base est de bien plus mince valeur scientifique et historique que celle dont nous usons en Algérie. D'autre part, les juges anglais ont eu pendant longtemps des experts juridiques musulmans; mais, en 1864, les cadis qui exerçaient, entre autres, ces fonctions, ont été supprimés purement et simplement, et les juges — alors tous Anglais — ont dû « voler de leurs propres ailes ». Il est vrai qu'à cette époque, ils disposaient déjà d'un nombre suffisant de précédents sur lesquels fonder leurs décisions. *C'est qu'en effet, entre leurs mains, le droit musulman a pris dans son traitement technique, un caractère purement anglo-saxon* : le droit s'y fonde surtout sur des décisions rendues à l'occasion de « cas » antérieurs déjà jugés : c'est ce que l'on nomme la *Case Law*. Il suffit d'ouvrir un livre de droit musulman indien (*Anglo Muhamaddan Law*) pour voir que les matières y sont traitées exactement comme s'il s'agissait de droit anglais. Un auteur, sir Roland Wilson, observe très justement à cet égard : « Une modification très importante, bien que non-intentionnelle, a consisté en ce que la *Case-Law*, basée sur la *pratique judiciaire*, s'est substituée à la *casuistique des docteurs*... »

« L'accumulation de *Case-Law* a été telle qu'elle en est arrivée à cacher aux yeux du praticien d'aujourd'hui le soubassement arabe sur lequel le droit anglo-musulman s'est élevé. » Il y a quelque chose de fort curieux et d'autant plus digne de remarque que les juges et avocats indiens, eux-mêmes, élevés dans les méthodes et l'état d'esprit de la *Case-Law*, ne peuvent guère concevoir d'autre système juridique, et c'est pourquoi, même parmi les membres musulmans les plus distingués du barreau ou de la magistrature, on n'envisage pas un retour aux vieilles méthodes des fouqahâ, même à supposer que l'Inde de-

vienne entièrement indépendante : la réforme est bien entrée dans les mœurs.

En ce qui concerne les qâdhîs, leur suppression en 1864 a été marquée d'abord, en ce qui concerne leurs fonctions extrajudiciaires, par une période de chaos. Cependant, aujourd'hui, en partie, leurs attributions sont exercées par les avocats ; de plus, dans certaines régions, il a été créé à nouveau, lorsque les autorités locales en ont exprimé le désir (voir en particulier l'acte XII de 1880, applicable dans la présidence de Bombay et quelques autres lieux), des sortes de qâdhîs-notaires, habilités en particulier pour conclure des mariages ; mais il est expressément entendu (art. 4) qu'ils n'auront aucun pouvoir administratif ou judiciaire, ni le moindre monopole pour exercer ces fonctions. A côté de ces qâdhîs-là, on trouve aux Indes des personnages de familles distinguées qui portent héréditairement ce titre, qui a alors un simple sens honorifique.

36. DU MARIAGE MUSULMAN DANS L'INDE BRITANNIQUE. — Voyons maintenant dans quelle mesure le statut hanéfite (nous laissons en principe [1] de côté le statut chi'ite) est appliqué dans l'Inde britannique, et de quelle façon il a été modifié. Ces modifications sont nombreuses et importantes.

1° *Formation.* — Une nouvelle condition du mariage a été ajoutée par la loi, dite Sarda-Act, de 1929 (amendée en 1938), sur l'âge du mariage. Les mariages précoces sont excessivement fréquents aux Indes, particulièrement chez les hindhouistes ; mais ils sont loin d'être inconnus des musulmans ; ainsi, d'après une enquête officielle menée avant la loi de 1929, les deux tiers des filles musulmanes étaient mariées à l'âge de 15 ans. Les mariages avant l'âge de 10 ans n'étaient pas inconnus. Jusqu'en 1929, le gouvernement n'avait pas fixé un âge minimum pour le mariage ; mais il avait traité la question des rapports conjugaux, selon les mêmes principes de droit pénal que les rapports extra-conjugaux, en fixant un « age of consent », c'est-à-dire un âge minimum de la femme, au-dessous duquel les rapports avec elle constituent une infraction pénale, même si elle est consen-

(1) Notons seulement que le mariage mout'a ne paraît pas inconnu, bien que rare, dans la pratique des chi'ites des provinces unies d'Agra et d'Oudh. Par contre, il serait beaucoup plus rare, voire inconnu dans le Penjab, à ce que nous a dit une personnalité sounnite bien renseignée. Le rite chi'ite est surtout représenté par des duodécimains (ou athnâ 'achara). Sur les particularités de ce rite, voir le chapitre sur la Perse (chap. VII).

tante. En 1860, la consommation du mariage avec une fille de moins de 10 ans fut considérée comme un viol par le Code pénal. De 1891 à 1925, cet âge fut le même pour les rapports tant conjugaux qu'extra-conjugaux, à savoir 12 ans. En 1925, il fut porté à 13 ans pour les rapports conjugaux et à 14 ans pour les autres rapports. Mais toutes ces lois restèrent plus ou moins sans effet; la masse de la population les ignore; l'épouse, ou sa famille, se montre peu disposée à porter plainte. L'état-civil étant très défectueux aux Indes, il est difficile de déterminer l'âge exact des épouses; enfin, une infime minorité de personnes éclairées se montrent défavorables aux mariages précoces, pour ne pas parler de leur consommation. C'est pourquoi, après une longue et intéressante enquête, le gouvernement finit par suivre une autre voie en interdisant, non plus la consommation, mais la conclusion même des mariages précoces, ceux-ci n'étant pas nuls au point de vue civil, mais leur célébration entraînant des sanctions pénales. Aux termes de la loi, l'âge du mariage est fixé à 14 ans pour la fille, et à 18 ans pour le garçon. Au-dessous, sont en tous cas punis d'amende ou de prison, ceux qui prêtent la main à sa conclusion, ou celui qui procède à sa célébration; quant au mari de moins de 18 ans, il n'est pas puni, et il ne peut être puni que d'amendes s'il a de 18 à 21 ans.

— Les résultats de la loi ne semblent pas avoir été satisfaisants, d'abord pour les raisons générales déjà exposées, et ensuite pour deux autres causes, qui ont été supprimées par un amendement adopté en 1938 : 1° Les mariages conclus en dehors de l'Inde britannique échappaient aux dispositions de la loi; on en célébrait donc beaucoup dans les Etats protégés voisins, ou dans les établissements français de l'Inde; 2° Les poursuites étaient « non cognizables », c'est-à-dire ne pouvaient avoir lieu que sur plainte ou dénonciation, émanant d'un particulier qui avait déposé caution préalable, cette caution étant perdue pour lui si la plainte était reconnue non-fondée. Cette mesure, prise en vue d'éviter l'intrusion de la police dans la vie privée des gens, a été supprimée; le droit de poursuivre appartient aux autorités. Il m'apparaît douteux néanmoins que, dans un pays aussi arriéré et où l'autorité ne s'exerce que par l'action d'un très petit nombre de fonctionnaires anglais, la loi puisse recevoir une application généralisée, tant que la mentalité populaire n'évoluera pas et tant que les mariages ne devront pas être obligatoirement enregistrés.

2° *Formalités.* — Bien que le mariage musulman soit un contrat purement civil, on sait qu'il se fait un peu partout en

Islâm par l'intermédiaire d'une personne experte en la question, qui procède à une sorte de célébration. C'est là le cas, également, aux Indes anglaises; mais, nous l'avons vu, personne n'y a un monopole (comme, par exemple, aux Indes néerlandaises) reconnu pour y procéder (N° 51); depuis la suppression officielle des qâdhîs (N° 35), il en a bien été créé de nouveaux, au Bengale par exemple; mais le recours à ces personnages est purement facultatif. D'autre part, au Bengale, une loi de 1876 prévoit un enregistrement des mariages, mais qui est purement facultatif. Au Penjab, dans certaines régions, on tient un registre des mariages dans les villages; mais, outre que l'usage n'est pas général, il n'est pas davantage question d'obligation.

A ce point de vue, l'Inde apparaît comme singulièrement en retard sur les autres pays musulmans, et la situation y semble peu satisfaisante en droit. Il résulte cependant de ce qui nous y a été dit, que les conséquences de cet état de choses y sont moins fâcheuses qu'on ne pourrait le craindre; les contestations relatives à l'existence d'un mariage, en particulier, sont — paraît-il — très rares, et cela est dû sans doute à la stabilité assez grande des mariages. Le t'alâq étant assez peu pratiqué, les décisions judiciaires sont en cette matière peu nombreuses. La preuve du mariage par commune renommée se fait sans difficultés.

3° *Dot.* — Nous formulerons deux observations : a) C'est une coutume, dans certaines régions, de stipuler à titre purement ostentatoire, des dots d'un montant absolument extravagant qu'il n'est pas dans l'intention des parties de payer ni d'exiger; cependant, si une contestation survient, les tribunaux reconnaissent la validité de ces clauses absurdes (qui ont pour effet d'enlever toute possibilité aux héritiers du mari de toucher quelque chose), sauf pour Oudh, où une loi de 1876 permet de les réduire à un montant raisonnable. - b) La jurisprudence admet (sauf dans la présidence de Madras, où la présomption est renversée) qu'en vertu de la coutume, on présumera que, sauf preuve contraire, la dot est payable en deux parties, le naqd pouvant être fixé raisonnablement au tiers du total.

4° *Dissolution du mariage.* — Comme nous l'avons noté déjà, le mariage musulman (peut-être influencé par l'ambiance : en effet, le mariage hindhouiste est indissoluble) semble assez stable, et les répudiations sont assez rares. Elles se font en général sous la forme bain. Cependant, la femme ne peut pas, puisqu'il s'agit du rite hanéfite, obtenir le divorce judiciaire. En 1938, l'Assemblée législative a été saisie d'une proposition

de loi (Prop. Moh. Ahmed Kazmi) tendant à appliquer le rite malékite en cette matière. Je ne saurais vous dire quel en a été le sort ; mais en Egypte, une réforme de ce genre a déjà été appliquée aux hanéfites (N° 25).

Le mari s'engage assez souvent, lors de la conclusion du mariage, à rester monogame; cette clause ne permet pas à la femme d'obtenir le divorce, sauf s'il avait été expressément stipulé que le mari, dans cette occurrence, donne un droit d'option à sa femme ou telle autre disposition équivalente à un talâq. Les tribunaux, d'autre part, se refusent à ordonner la réintégration de l'épouse au domicile conjugal, s'il apparaît qu'elle en pourrait souffrir quelque dommage par suite de l'attitude du mari. Cela équivaut à une sorte de séparation de corps, *de facto*, que nous ne trouvons guère en Algérie, puisque dans un pareil cas, la femme aurait la ressources d'obtenir à peu près sûrement un divorce judiciaire.

5° *Des différences de religion.* — *a)* En vertu de l'acte XV de 1872, le mariage aux Indes d'un couple, dont l'un au moins est chrétien, doit être célébré à peine de nullité, selon les dispositions qu'établit cette même loi; elle s'applique donc aux mariages mixtes musulmans-chrétiens. Il semble, d'après nos renseignements, que cette loi soit ignorée de la pratique ; j'en ai étant à Delhi, révélé l'existence à un homme de loi musulman très distingué, qui nous a dit que les mariages d'un musulman avec une Anglaise ou une étrangère chrétienne étaient, à sa connaissance, conclus en la forme musulmane. — *b)* La jurisprudence a décidé qu'un musulman déjà marié ne peut épouser valablement une femme ayant un domicile en Angleterre, et que, d'autre part, un musulman domicilié aux Indes qui a épousé en Angleterre une chrétienne ne peut la répudier. — *c)* La conversion d'un des époux hindhouistes (il s'agit, dans la pratique judiciaire, de la femme) à l'Islâm, rend ce mariage nul aux yeux du fiqh, si l'autre époux n'imité pas l'exemple du premier. Cependant, cette disposition n'est pas reconnue, en particulier, au Penjab et dans les Provinces unies d'Agra et d'Oudh, car l'Inde n'a pas de religion d'Etat qui doive primer les autres ; un tel mariage n'a donc pas à être régi par les dispositions du droit musulman. Au Penjab et dans le Behar, au contraire, on applique à la femme les dispositions du statut musulman, et si son mari, dûment sommé de se convertir, s'y refuse, son mariage est dissous. — *d)* L'apostasie d'un des deux époux (en pratique, il s'agit de la femme) entraîne la dissolution du mariage, conformément aux principes du droit musulman, appliqué ici par la

jurisprudence; cela permet parfois à la femme hanéfite d'obtenir la dissolution du mariage. En vertu de la proposition Kazmi (voir ci-dessus), cette disposition ne serait plus applicable au cas d'apostasie de la femme. Pour bien comprendre ce cas et le précédent, il faut savoir que le mariage hindhouiste est indissoluble, et se souvenir d'autre part que la hanéfite ne peut demander le divorce; il est probable que si ces femmes pouvaient divorcer, elles n'apostasieraient souvent pas. - e) En vertu d'une autre loi de 1872 (revue en 1923), un mariage civil a été organisé, dont les conséquences sont réglées par cette loi même. Son étude à proprement parler, ne rentre pas dans notre travail, car si un musulman désire y avoir recours, il faut, contrairement à ce qui est le cas depuis 1923, pour un hindhouiste, qu'il déclare expressément n'appartenir à aucune religion. Une personne se déclarant musulmane ne peut se marier selon les modalités prévues par ce texte.

37. AUTRES ATTEINTES AU DROIT MUSULMAN DANS L'INDE BRITANNIQUE.

A) MATIÈRES RELATIVES AU STATUT PERSONNEL. — 1° *Filiation*. — En vertu de l'Evidence-Act, dont nous avons déjà parlé, la preuve de la filiation paternelle résulte d'une présomption (paragraphe 112); lorsque la mère accouche de son enfant dans les 280 jours après la dissolution du mariage, celui-ci est alors rattaché au mari, sauf s'il est établi que les époux n'ont pas pu avoir de rapports durant l'époque de la conception.

La question est discutée en droit anglo-musulman, si cette disposition est de forme ou de fond (« adjective » ou « substantive »); dans la seconde hypothèse, cette présomption de paternité remplacerait le système hanéfite (or, on sait que celui-ci ne permet pas le désaveu de paternité, sauf par *li'ân*, inconnu de la pratique, et que, d'autre part, un enfant né moins de six mois après le mariage de sa mère, n'est pas *ipso facto*, selon celui-ci, tenu pour enfant du mari, dans les termes de l'Evidence-Act).

2° *Absence*. — Le même « Act » établit des présomptions en matière d'absence : l'absent est présumé vivant durant trente ans, jusqu'à preuve contraire; mais la présomption est renversée, si les siens n'ont pas eu de ses nouvelles depuis sept ans. Ces présomptions sont applicables, au lieu de celles du droit musulman.

3° *Incapacité et tutelle*. — Ces matières ont, par diverses lois, été très remaniées par le droit anglo-indien.

B) AUTRES MATIÈRES. — 1° *Successions*. — Une disposition de fond peu importante et des dispositions de forme très importantes du fiqh, sont écartées en droit anglo-musulman. - a) Selon le fiqh, des personnes de religions différentes ne peuvent hériter l'une de l'autre. Cette disposition est écartée dans l'Inde, au cas où le bénéficiaire ainsi exclu serait un apostat. En effet, en vertu de l'Act XXI de 1850, dit « Acte de suppression des incapacités de caste », nul ne peut plus perdre un droit de propriété ou d'héritage par le fait que l'intéressé aurait abandonné une communauté religieuse, ou une caste, ou en aurait été exclu. - b) Tout ce qui concerne la liquidation de la succession, ainsi que les questions très importantes de la saisine, des exécuteurs testamentaires, etc... est aujourd'hui réglé par la " Probate and administration Act " de 1897 (repris dans la " Succession Act " de 1923). — 2° *Waqfs*. - Une loi de 1913 est intervenue en matière de waqfs, dans des circonstances assez intéressantes. On sait qu'en vertu du droit hanéfite, non seulement il est permis au constituant de désigner des bénéficiaires intermédiaires, mais encore (au moins selon Aboû Youssof) le constituant peut se désigner comme premier bénéficiaire. On sait aussi qu'en Algérie, nous avons toujours appliqué cette doctrine aux malékites constituant un habous en la forme hanéfite. Or, les juges anglais dans l'Inde, induits en erreur par la traduction défectueuse de la Hedaya, interprétaient strictement le fait que le waqf doit avoir un objet charitable ou pieux (*Charitable Trust*), et ne reconnaissaient pas la validité des « habous de famille » ; il fallait, aux yeux de la jurisprudence, qu'une partie substantielle du waqf fût immédiatement affectée au but pieux, faute de quoi le waqf était considéré comme nul. La loi susdite (qui, d'ailleurs, a été jugée n'avoir pas d'effet rétroactif) admet la validité des habous de famille et, de plus, applique (pour les seuls hanéfites, et non pas pour les chi'ites) la doctrine d'Aboû Youssof.

Il semble qu'en général, les habous de famille n'ont pas pour objet d'exhérer les filles, et que les descendants soient admis à en jouir « par souche » et non « par tête », c'est-à-dire que l'on emploie la représentation.

Comme la constitution du waqf n'affecte pas la condition de la terre, le waqf toujours est prescriptible. D'autre part, la vente de l'immeuble habousé, avec remploi du prix, est possible avec l'agrément du tribunal ; sauf, cependant, lorsqu'il s'agit d'un immeuble affecté à usage de mosquée : cette affection est perpétuelle. Sur le trottoir de l'une des grandes voies de New-Delhi, j'ai vu ainsi une petite mosquée à demi-ruinée à laquelle les

autorités n'ont pas cru devoir toucher pour ne pas heurter la doctrine hanéfite. Les musulmans indiens sont très susceptibles sur ce point.

Sauf ce qui a été dit du remploi, le waqf, une fois constitué, est inaliénable ; la sécurité des transactions immobilières est assurée par le fait que la constitution du waqf, à l'instar de maintes autres transactions, doit être enregistrée.

Le waqf est insaisissable, sauf au cas où le constituant l'aurait constitué en vue de frauder ses créanciers. S'agissant donc d'un waqf de famille, les créanciers d'un bénéficiaire ne peuvent saisir que le revenu de celui-ci.

Contrairement à ce qui a lieu dans la plupart des autres pays musulmans, il n'y a pas d'administration centrale des waqfs, bien que dans plusieurs provinces on se propose de remédier à cet état de choses. Ainsi, au Bengale, une commission d'administration du waqf a été instituée jusqu'ici, et depuis 1923, une loi applicable à toute l'Inde oblige seulement le moutawalli, ou administrateur du waqf, à remettre une fois l'an des comptes au tribunal du district ; mais cette mesure constitue un contrôle purement nominal. Jusqu'en 1863, le gouvernement anglais exerçait un certain pouvoir de contrôle sur la gestion des waqfs et l'affectation des revenus à des buts pieux musulmans ; mais il fut supprimé, entre autres, à la demande des missionnaires horrifiés.

A titre de curiosité, disons que les tribunaux admettent la doctrine en vertu de laquelle c'est à Dieu qu'appartient la propriété du waqf, et l'on nous a cité un procès dans lequel une des parties en cause était Allah lui-même, reconnu comme personne juridique.

38. CONCLUSION. — Le droit musulman de l'Inde britannique n'est pas sans présenter quelque analogie avec le droit musulman algérien. Dans les deux cas, il s'agit de pays qui ont très fortement subi l'influence européenne. Si, sur quelques points peu nombreux (formalités du mariage et surtout habous), la décomposition du fiqh est plus avancée en Algérie qu'aux Indes, en général c'est le contraire qui est vrai, et le vieux droit religieux est plus profondément atteint là-bas qu'ici, sur des points de grande importance, tels que : organisation judiciaire, preuves, régimes des terres, âge du mariage, incapacités, liquidation des successions. Si, sur certains points, on peut juger que cela constitue un « progrès », par contre, sur des points où les pays musulmans ont fait en général une évolution certainement heureuse,

L'Inde est en retard. Nous songeons en particulier à l'absence d'administration des *habous* et à l'inexistence d'une réglementation des formalités du mariage. En tous cas, on remarquera combien est fautive, dans notre cas, cette idée si généralement répandue en France, que les Anglais s'abstiennent systématiquement d'intervenir dans la vie des peuples qu'ils administrent.

D'autre part, j'attire encore une fois votre attention sur cette transformation du *fiqh* en "Case-Law", qui est un phénomène de sociologie juridique des plus remarquables.

39. LES ETATS INDIGÈNES, PRINCIPALEMENT HYDERABAD. — Il y avait à côté de l'Inde directement administrée par les Anglais, des Etats indigènes protégés, de dimensions très différentes, et nommés « hindhouistes » ou « musulmans », d'après leurs souverains et non d'après les habitants, d'où, en partie, les très grandes difficultés au moment où les Anglais ont abandonné ce pays, et qui ne sont pas encore réglées. Exemples : Cachemire, 3,3 millions d'habitants, 75 % de musulmans, souverain hindhouiste; Hyderabad, plus grand que l'Italie, 14,5 millions d'habitants, souverain musulman : le Nizam, 10 % de musulmans.

Les musulmans sont relativement peu nombreux dans ces ex-Etats indigènes, et l'administration de la justice ressemble beaucoup à celle de l'Inde anglaise. Voyons quelques détails pour Hyderabad, que j'ai visité.

Une grande tolérance m'a paru y régner (un département des affaires religieuses dirigé par un musulman, avec un assistant hindhouiste; le même registre sert aux *waqfs* et aux fondations païennes).

La plupart des lois de l'Inde anglaise ont été adoptées, mais non celle sur l'âge du mariage. Il fonctionne un système remarquable d'enregistrement des mariages; un mariage non enregistré n'est pas nul, mais les tribunaux en admettraient difficilement la preuve. On m'a signalé un arrêt accordant le divorce à une femme (*hanéfité*); son mari s'enivrait avec des prostituées et la rouait de coups lorsqu'elle faisait la Prière, au lieu de la cuisine pour ses maîtresses; le tribunal a jugé que l'imâm Aboû-Hanîfa n'avait pu prévoir de telles horreurs dans un Etat musulman. Pas de tribunaux religieux, sauf dans la capitale, où il y a appel devant la cour d'appel ordinaire; en sorte que, lors de mon passage, l'appel du "Dâr el Qoudhâ", où jugeait un « Nazim », avait lieu devant un hindhouiste.

40. INDES FRANÇAISES. — 300.000 habitants, dont 22.000 musulmans, plus de la moitié à Karikal. Pour ce qui était de la situation politique, je renvoie à ma note (*Rev. Alg., Tun. et Maroc.*, 1938). Organisation judiciaire : pour les « affaires de caste », c'est-à-dire statut personnel pour les musulmans, le juge de paix est compétent, avec appel devant le gouverneur, ce qui est très curieux; il y a, de plus, le cazi, qui constate les conventions de mariage et les célèbre, sous peine de simple police pour les époux contrevenants; il est compétent pour les procès en annulation ou dissolution de mariage, le juge de paix devant homologuer sa décision. Le système est compliqué et bizarre.

Le mariage peut aussi être célébré à l'état-civil (pratiquement jamais pour les musulmans). Bien qu'elles soient châféïtes, une jurisprudence nouvelle tend à accorder le divorce aux femmes musulmanes pour défaut d'entretien, contrairement au rite. Depuis un décret de novembre 1937, l'âge du mariage est fixé à 16 ans (garçons) et 14 ans (filles) ; c'était, avant, 14 et 12 ans.

Au point de vue des usages successoraux, forte influence des usages hindhouistes; mais la Cour de Pondichéry ne les reconnaît pas, sauf à Mahé.

APPENDICES

I. - INDE PORTUGAISE. — 532.000 habitants. 10.000 musulmans soumis à la loi portugaise, sous réserve de leurs usages et coutumes. Divers décrets ont modifié la matière. Pas de tribunaux spéciaux.

II. - CEYLAN. — 5 millions d'habitants. 300.000 musulmans, jouissant de leur statut religieux. Un petit Code personnel et successoral du 5 août 1806 a été, depuis, fortement modifié par l'ordonnance sur les mariages et divorces (N° 27) de 1929.

TITRE III

Pays où le droit musulman est totalement aboli

CHAPITRE IX

LA TURQUIE

41. GÉNÉRALITÉS. LAÏCISATION DE L'ÉTAT TURC. — Il est difficile de donner le chiffre exact de la population en Turquie. En 1946, il s'élevait approximativement à 14 millions d'habitants, parmi lesquels : 8 millions de hanéfites, 1.500.000 chaféites, moins de 1 million de chrétiens, 200.000 israélites.

La Turquie, qui avait été depuis 1453 (prise de Constantinople) et jusqu'à nos jours, le rempart de l'islâm, était entrée dans la voie des réformes juridiques dès le xix^e siècle. Mais l'ancien régime ne fut aboli, et un bouleversement total ne fut opéré, qu'après la guerre de 1914-18, par Mustapha Kemal Ataturk. Cette profonde transformation s'est manifestée, en particulier, par la laïcisation totale de l'Etat turc, et la Turquie est un pays où il y a eu même un certain mouvement antimusulman. Aujourd'hui, il n'en va plus de même, mais les réformes subsistent.

Cette laïcisation a été assez violente, et s'est faite contre les vieilles règles du *fiqh* ou les vieux usages religieux. En voici des exemples : il a été interdit, sous les peines les plus sévères, de conserver le turban ou le fez, remplacés par le chapeau ou la casquette; suppression de l'alphabet arabe, remplacé par l'alphabet latin; suppression de la langue arabe dans le culte (appel à la prière, récitation du Qorân, khotba, etc...); affectation de la mosquée de Sainte-Sophie, conquise en 1453 sur les chrétiens, à l'usage de musée; etc...

Il en a été de même dans le domaine du droit.

Déjà, sous les derniers sultans, une tendance assez nette vers une réforme du système juridique ottoman s'était fait sentir sous l'influence des idées européennes. Dès 1850, la Turquie se dotait d'un code de commerce et, en 1858, d'un code pénal, calqués l'un et l'autre sur les codes français. On créait de toutes pièces des tribunaux pour les appliquer. D'autre part, pendant la guerre, un décret du 28 octobre 1917 concernant le mariage, avait apporté en ce domaine des réformes, assez minces d'ailleurs.

C'est donc la République qui a réalisé une complète transformation juridique : un code pénal, à peu près calqué sur le code pénal italien, fut mis en vigueur en juillet 1926. Le code de commerce est inspiré des codes italien et allemand; le code des obligations, du même code suisse; et c'est le code de procédure civile du canton de Neuchâtel, en Suisse, qui est à la base du code turc correspondant. Quant à l'organisation judiciaire, un juge unique siège aujourd'hui dans le tribunal dit *aslyâ*. Jusqu'à présent, il n'y a pas de tribunaux d'appel, mais seulement une cour de cassation. Il existe aussi une administration centrale des waqfs.

Mais ce qui nous intéresse le plus ici, c'est la *mise en vigueur du Code civil turc presque entièrement emprunté au Code civil suisse*.

Il entra en application après les travaux d'une commission, travaux commencés en septembre 1924. Le projet fut voté par l'Assemblée nationale le 17 février 1924, publié au *Journal officiel* en avril 1926, et mis en vigueur en octobre 1926.

Si l'on fait exception des réformes apportées en Russie, et aussi de celles qui ont eu lieu en Albanie — dont nous parlerons plus loin — qui a imité la Turquie ensuite, on peut dire, avec le doyen Morand que « cette réforme est probablement la plus ample et la plus brutale, ainsi que la plus radicale qui ait été jamais accomplie ». La plus ample, car elle a porté simultanément surtout sur le droit privé (civil et commercial) et sur le droit pénal. La plus brutale, car la Turquie n'a guère élaboré ses codes. Elle s'est contentée d'apporter de faibles modifications à des codes européens très récents. La plus radicale, enfin, puisque ce n'est pas la dernière étape d'une évolution depuis longtemps commencée et prudemment poursuivie.

Il ne semble pas, en effet, que le législateur turc ait voulu établir des mesures transitoires pour atténuer le trouble résultant inévitablement d'une législation entièrement nouvelle, pour diminuer les résistances à cette nouvelle législation ou pour en

faciliter l'application, en autorisant (comme on l'avait fait en 1858, pour le code pénal), la survivance temporaire de certaines dispositions antérieures. Et c'est un fait particulièrement remarquable en ce qui concerne le code civil, puisque, si les réformes antérieures portaient sur une législation déjà évoluée (commerciale et pénale), l'application du code civil suisse, au contraire, a eu pour résultat de ruiner complètement une législation tenue pour intangible, puisque basée sur la religion et appliquée par un pays essentiellement musulman. Ainsi, en ce qui concerne le statut personnel et successoral, et les *habous* privés surtout, il a été fait table rase du passé.

42. LE STATUT PERSONNEL SELON LE CODE CIVIL TURC. — Notons, avant d'en parler, qu'un certain nombre de modifications ont été apportées au Code civil suisse, quant à son application en Turquie. Il est certaines différences que nous signalons de suite, pour n'y plus revenir. Ce sont : 1° celles qui tiennent à l'absence de souveraineté cantonale en Turquie, donc à l'absence du double indigénat; 2° en matière de prescription acquisitive, pour la propriété foncière, le délai de trente ans édicté par le Code suisse, est abaissé à vingt ans en Turquie; 3° la naissance doit être déclarée dans les trois jours en Suisse, dans le mois en Turquie.

a) LE MARIAGE. — Contrairement à ce qui se passe en droit musulman, les *fiançailles* ont quelques effets en droit civil turc.

Il y a une différence fondamentale quant à l'âge du mariage, entre le Code civil suisse et le Code turc. En Suisse, l'homme doit avoir 20 ans révolus et la femme 18, le gouvernement cantonal pouvant abaisser exceptionnellement cet âge minimum à 18 et 17 ans. Le Code civil turc (art. 88) a fixé les âges normaux du mariage à 18 et 17 ans, et il accorde une dispense tant au jeune homme qu'à la jeune fille, âgés de 15 ans, l'autorisation devant être donnée par le juge. En Suisse, la dispense ne peut être accordée que si les parents, ou le tuteur, consentent au mariage, tandis qu'en Turquie il suffit au juge de prendre avis de ces personnes, et pas nécessairement leur avis conforme.

Consentement. — Il faut l'autorisation du père ou de la mère du mineur. Les *empêchements au mariage* sont sensiblement les mêmes qu'en droit civil français. Il n'y a pas d'interdiction de mariage résultant de la parenté de lait, bien que cet empêche-

ment ait été envisagé en 1926, mais supprimé depuis. Le mariage doit être célébré devant un officier public (1).

Enfin, aucun empêchement n'existe relativement à la religion : la femme turque peut épouser un non-musulman. Nous avons à noter que l'individu majeur est libre de choisir sa religion.

Dissolution du mariage. — Le mariage se dissout de deux façons : par le décès, par le divorce. On admet le divorce pour de nombreuses causes : pour cause d'adultère (du *mari*, entre autres), pour attentat à la vie du conjoint, sévices, injures graves, conduite déshonorante, et enfin quand la vie commune est devenue insupportable. Le juge peut ne prononcer que la séparation de corps; le Code civil turc n'admet la séparation de corps que pour trois ans, au maximum.

Le juge, en prononçant le divorce, fixe un délai; la partie coupable ne peut se remarier durant celui-ci.

Ce délai, qui ne peut dépasser trois ans dans le Code suisse, est moindre dans le Code turc. L'époux innocent qui voit ses intérêts compromis par le divorce, a droit à une pension alimentaire calculée suivant les facultés de l'autre conjoint; seulement, alors qu'en droit suisse cette pension est en principe perpétuelle, elle ne peut, suivant la législation turque, être allouée pour une durée supérieure à une année. C'est là une différence fondamentale.

Effets du mariage. — Les époux s'obligent mutuellement à assurer la prospérité du ménage et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Il se doivent *l'un et l'autre*, fidélité et assistance. (Il n'en est pas de même, à ces deux points de vue, en droit musulman.) Cependant, le mari est le chef de l'union conjugale.

Régimes matrimoniaux. — On peut, par contrat de mariage, opter entre différents régimes. Cependant, le régime turc de droit commun n'est pas celui du Code suisse. D'après le Code civil turc, en effet (art. 170), les époux sont placés sous le régime de la *séparation de biens*, ce qui nous rapproche du système musulman, à moins qu'un contrat ne les ait soumis, soit au régime de l'union des biens (régime de droit commun en Suisse), soit au régime de communauté.

(1) Cela était déjà normal en Turquie; mais, maintenant, la jeune fille doit être présente, car elle n'a plus de wali.

D'autre part, s'il est vrai que le mari est le chef de la communauté, cela n'implique pas la survivance du principe de l'infériorité de la femme ou de son inaptitude à remplir le rôle dévolu au mari (art. 153 et 155).

Si, enfin, dans la conclusion du mariage turc, on peut constater l'absence du droit de « djebr », dans le mariage lui-même, on constatera l'absence de la polygamie et de la répudiation.

b) LA FILIATION. — Il y a, en la matière, peu de différences entre le Code suisse et le Code turc. A signaler seulement que la majorité est fixée à 20 ans en Suisse, à 18 en Turquie (art. 11). Le mineur peut être émancipé à partir de 15 ans en Turquie, au lieu de 18 en Suisse (art. 12). A part cela, les principes du Code civil suisse ont été adoptés; ils rappellent beaucoup ceux du droit français. L'enfant né pendant le mariage, ou dans les trois cents jours qui suivent sa dissolution, est tenu pour l'enfant du mari de la mère. La période de grossesse est, comme chez nous, de cent quatre-vingt à trois cents jours; le mari peut désavouer l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après le mariage. D'autre part, les enfants nés hors mariage seront légitimés d'office par le mariage de leurs père et mère, et pourront être légitimés, ainsi que ceux dont les parents ont été simplement fiancés. Il n'y a rien de tel, évidemment, en droit musulman, qui ne connaît pas de filiation irrégulière et pas de légitimation d'enfants naturels.

La filiation illégitime résulte, à l'égard de la mère, du seul fait de la naissance (ce principe rappelle un peu le principe musulman en la matière). A l'égard du père, la filiation ne peut résulter que de la reconnaissance ou d'un jugement. L'enfant naturel peut être reconnu par son père ou, en cas de décès de celui-ci, par son grand-père paternel.

L'enfant adultérin ou incestueux ne peut être reconnu.

La recherche de la paternité est admise (contrairement aux principes du *fiqh*). On distingue entre deux actions : 1° une action en dommages-intérêts; 2° recherche de paternité.

En ce qui concerne la première action, il faut que, pendant le délai de conception de l'enfant, il y ait eu cohabitation de la mère et du père présumé. L'action est rejetée en cas d'inconduite de la mère. La femme a droit à une indemnité pour frais de couches et entretien de l'enfant. L'enfant se verra allouer une pension alimentaire. Pour la deuxième action, le juge peut déclarer la paternité du défendeur, quand le père présumé avait

promis le mariage à la mère ou qu'il l'a obligée par violence à cohabiter avec lui. L'enfant est alors déclaré né du père présumé, et les obligations du père à son égard sont les mêmes que s'il était légitime.

L'*adoption* existe, contrairement au droit musulman.

L'*obligation alimentaire* existe en ligne directe entre ascendants et descendants, et en ligne collatérale entre frères et sœurs.

43. STATUT SUCCESSORAL TURC.

a) SUCCESSIONS " AB INTESTAT ". — Dans l'ensemble, le statut successoral est celui du Code suisse. C'est donc, en cette matière aussi, un bouleversement complet du système successoral musulman. *En effet, le système musulman est caractérisé par les idées suivantes :*

1° la prépondérance attribuée à la parenté par les mâles ;

En rite hanéfite (autrefois applicable dans l'Empire turc), les parents par les femmes ne sont admis à succéder qu'à défaut de parents par les mâles ; à défaut d'« ačebš », sont admis les « dhawoû-el-arhâm ».

2° la situation privilégiée faite aux mâles par rapport aux femmes ;

Très souvent, quand les femmes viennent à la succession en concours avec les mâles, elles ne reçoivent qu'une part inférieure de moitié à celle de ces derniers. Quand elles y viennent seules, elle ne succèdent que comme héritières « fardhs », c'est-à-dire comme héritières à part fixe, déterminée. Elles n'ont pas une vocation éventuelle à la totalité de la succession (ou très rarement en droit hanéfite).

3° l'interdiction d'hériter réciproque, portée contre personnes de religions différentes ;

4° l'admission à succéder, sans limitation de degré, des parents ayant une vocation éventuelle à la totalité de la succession ;

5° l'attribution à l'héritier de la qualité, non pas de continuateur de la personne du défunt, mais de simple successeur aux biens, et qui ne peut être tenu *ultra vires*, au delà de l'actif de la succession ; il n'est qu'une sorte de liquidateur légal, chargé d'apurer la situation de l'universalité des biens du défunt ;

- 6° l'attribution d'une réserve, à l'encontre des libéralités testamentaires, à tous les successibles — l'Etat excepté, dans le rite hanéfite — et l'interdiction de modifier par testament l'ordre légal des successions, même par simple attribution de la quotité disponible à un héritier (sauf quand il n'y a pas d'autre héritier que le conjoint) ;
- 7° l'absence de représentation ;
- 8° exclusion des enfants naturels.

Avec le Code civil suisse, tous ces principes disparaissent : 1° Plus de prépondérance attribuée à la parenté par les mâles ; les descendants par les femmes héritent au même titre que les descendants par les mâles ; 2° Les femmes ont, comme les hommes, une vocation éventuelle à la totalité de la succession, à l'exclusion toutefois du conjoint survivant, qui n'a droit, en présence d'héritiers du sang, qu'à une part fixe de la succession (usufruit ou propriété) ; 3° Il n'y a plus d'interdiction de succéder dérivant de la différence de religion ; 4° Limitation du droit de succession aux grands-parents et à leur postérité ; 5° L'héritier devient un continuateur de la personne du défunt ; il est tenu, en principe, des dettes de son auteur et, éventuellement, il en est même tenu *ultra vires* ; 6° Si, dorénavant, il existe une théorie du rapport et de la réduction, elle ne joue qu'en faveur de certains proches héritiers ; 7° La représentation existe en particulier pour les descendants à l'infini ; 8° Les enfants naturels ont certains droits d'héritage.

b) **SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES.** — Les principes fondamentaux en la matière sont très différents de ceux du *fiqh*. D'après le *fiqh*, en effet, et en tout état de cause, un individu ne peut disposer que du tiers de ses biens, et encore ne peut-il pas le faire en faveur de l'un de ses héritiers. D'autre part, existe en droit musulman le « habous » ou « waqf ». Grâce à l'institution du waqf de famille, le rite hanéfite permet au constituant de se réserver, sa vie durant, l'usufruit des biens constitués en waqf, de désigner une série illimitée de bénéficiaires, appelés à recueillir successivement cet usufruit, le waqf ne parvenant au bénéficiaire définitif qu'au décès du dernier bénéficiaire intermédiaire.

Comme, d'autre part, toute liberté est laissée au constituant pour désigner les bénéficiaires successifs, le constituant peut, malgré la sévérité du premier principe indiqué (interdiction de déposer par testament en faveur d'un héritier), régler en réalité la dévolution de sa succession comme il l'entend. On arrive donc,

en fait, à une liberté testamentaire complète, ce qui permet, en particulier, d'exhérer les filles.

Que décide, maintenant, le Code civil turc? D'après l'article 322, tous actes de disposition comportant affectation à une famille d'un bien ou d'un droit, sous condition d'inaliénabilité, ou déterminant son mode de transmission entre les membres d'une même famille, sont prohibés. En vertu de l'article 468, si l'on peut, d'autre part, donner à charge de rendre, c'est uniquement sur le disponible, et, de plus, la charge de rendre ne saurait être imposée qu'au premier bénéficiaire qui a obtenu le bien ou le droit ainsi grevé et non pas, ensuite, à l'appelé du degré suivant. On aboutit ainsi, nous dit le doyen Morand, « à la ruine de l'institution du waqf de famille, à laquelle les musulmans de tous les pays se sont montrés très attachés ». (Voir les réformes égyptienne et libanaise, du même genre.)

Dans le Code civil suisse, la théorie du rapport et de la réduction des libéralités *entre vifs* existe, alors que le droit musulman les ignore.

D'autre part, le principe d'une réserve avec quotité librement disponible et pouvant être affectée aux héritiers, existe en faveur uniquement des personnes suivantes : les descendants, les pères et mères, les frères et sœurs, le conjoint.

Pour un ou plusieurs descendants, la réserve est de trois quarts ; pour le père ou la mère, de la moitié ; pour le frère ou la sœur, du quart ; pour le conjoint, enfin, elle est variable.

Quant aux formes du testament, le Code civil suisse en connaît trois : le testament authentique, olographe, ou en forme orale.

Le testament en forme orale est admis lorsque, par suite de circonstances extraordinaires, le testateur n'a pu procéder autrement. Seulement, si dans les quinze jours qui suivent ce testament, le testateur a pu employer l'une ou l'autre des deux formes prévues, le testament oral cesse d'être valable. Ces testaments doivent être faits devant deux témoins. (Il existe, en droit musulman, une forme de testament analogue.)

OBSERVATION FINALE. — L'héritier est exhérédié quand il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le défunt ou la famille de celui-ci.

Il y a donc, entre le système successoral turc et le système du *fiqh*, des différences fondamentales.

CONCLUSION

Cette législation civile et laïque est beaucoup moins révolutionnaire que le système soviétique à ses débuts. Cependant, elle constitue une atteinte fondamentale au système religieux de l'Islâm. Une question intéressante, maintenant, serait d'étudier dans quelle mesure ce système correspond bien aux mœurs. Sans doute, l'évolution de la Turquie (surtout en ce qui concerne les femmes) était plus poussée qu'en Russie. Cependant, pour se prononcer, il faudrait étudier de près l'ensemble des réformes sociales en Turquie, ces réformes ont été très considérables dans les villes; mais reste, à savoir si, dans les campagnes, il y a eu évolution semblable. En fait, et particulièrement en ce qui concerne le mariage, la réforme a échoué, au moins en partie, car, les gens continuant à se marier *more islamico*, la loi civile a dû intervenir à plusieurs reprises pour légitimer les « bâtards » issus de ces unions.

CHAPITRE X

RUSSIE ET ALBANIE

44. GÉNÉRALITÉS SUR L'ISLÂM RUSSE. — On est très mal renseigné sur la situation réelle de l'Islâm en Russie soviétique. En 1939, il y avait — paraît-il — environ 20 millions de musulmans sur 171 millions d'habitants, soit 12 %, presque tous de race turco-tartare. Ces chiffres « officiels » sont à peu près les mêmes que ceux de 1927; donc la proportion de musulmans aurait diminué depuis (?).

Les principaux groupes sont en Asie : a) Transcaucasie : Azerbaïdjan; b) Asie centrale : République des Khirghizes, Ouzbékistan, Turkménistan. Dans toutes ces régions, les musulmans sont la grande majorité. Ils sont presque tous hanéfites, sauf en Azerbaïdjan, où la majorité est chi'ite. En Europe, ce sont surtout des Tartares, assez évolués dès avant 1914, en particulier dans la région de Kazan et d'Orenbourg. Il y a en U.R.S.S. six « Républiques fédérées », à majorité musulmane.

La Russie, avant 1917, n'avait pour le statut personnel, pas de droit civil. Tout était régi (en particulier pour les musulmans) par les divers droits religieux. Ceux-ci ont été complètement abolis par divers Codes : rien, donc, ne subsiste du droit musulman.

45. SOVIÉTISATION DU DROIT APPLICABLE AUX MUSULMANS. — On sait que ce droit civil bolchévique a commencé par être ultra-révolutionnaire : ainsi, le concubinage était assimilé au mariage, les enfants naturels aux légitimes ; les époux pouvaient avoir des domiciles séparés ; l'héritage était totalement aboli ; etc... Depuis lors, on est revenu très fortement en arrière, mais dans le sens laïc (1).

Il est impossible de savoir quelle est la situation réelle des musulmans en Russie, à l'heure actuelle, du point de vue religieux. Voici ce qui est certain : en Azerbaïdjan et en Turkménie, on a promulgué, voici vingt ans, des Codes différents de ceux de la Russie proprement dite, en vue de hâter l'évolution des musulmans, pour s'opposer au droit de djibr, au talâq, à la polygamie, des peines de travaux forcés étant prévues pour les contrevenants. De plus, en 1928, la *Revue des Etudes islamiques* a publié une très importante enquête sur l'évolution de la femme musulmane ; pour la Russie, elle donnait des traductions de la presse russe ; celle-là relatait les assassinats par les musulmans des femmes évoluées, et la répression officielle qui s'en était suivie.

Nous ignorons si, aujourd'hui, ces musulmans se sont mis au pas du régime soviétique (2).

46. ALBANIE. — Ce petit pays d'environ 750.000 habitants mesure 27.000 kilomètres carrés (surface de la Belgique). En principe indépendant depuis 1912, où il a été détaché de la Turquie, ce pays est aujourd'hui contrôlé par les Soviets ; mais, comme en Turquie, la laïcisation du droit est une œuvre nationale, et elle remonte à déjà vingt ans. La majorité de la population est musulmane (hanéfite ; très grosse influence de la confrérie, peu orthodoxe, des Bektachis), avec 100.000 catholiques dans le Nord et 200.000 orthodoxes dans le Sud.

(1) En particulier par une loi du 8 juillet 1944, renforçant un décret de 1936. Seul le mariage enregistré est reconnu ; les divorces ont été réglés ; d'autre part, l'héritage est reconnu ; etc...

(2) Le petit livre de F. de Romainville : *L'Islâm et l'U.R.S.S.* (1947), est des plus médiocres et tout à fait superficiel comme documentation. D'après des brochures de propagande russe, on n'oblige plus les femmes à se dévoiler ; mais elles sont devenues très intellectuelles.

Sous l'influence d'Ahmed Zogou, qui se fit couronner roi (Zog I^{er}) en 1928 et fut chassé dix ans plus tard par les Italiens, l'Albanie a suivi la même politique que Mustapha Kemal en Turquie : des Codes européens modernes ont été mis en vigueur. Nous ne parlerons ici que du Code civil (1).

Le Code civil albanais est une œuvre bien plus originale que le Code turc; ce n'est pas une traduction, mais une série d'emprunts à diverses législations européennes.

Le Code civil français en est la principale source, soit directement, soit indirectement; quant à l'autre grande source, c'est le Code civil italien, lui-même très souvent inspiré du Code civil français; les emprunts à la législation suisse et surtout allemande sont d'ordre secondaire; pour le bail emphytéotique, on a pris la loi française de 1902, et pour la chouf^{ca}, un décret égyptien du 29 mars 1900; enfin, pour ce qui concerne les obligations et contrats, l'Albanie a mis en vigueur le projet de Code commun franco-italien.

A deux points de vue, le législateur albanais a fait des concessions aux particularités nationales. D'une part, on prévoit que le mariage pourra être dissous pour cause de stérilité de l'un des époux, mais en en rendant la preuve à peu près impossible (le demandeur doit prouver que lui-même est apte à engendrer). D'autre part, en cas de rupture de fiançailles, un conseil de famille arbitral est prévu, cela afin d'éviter le recours à l'institution nationale de la vendetta.

Il y a donc là une très curieuse tentative pour doter ces farouches montagnards d'institutions juridiques modernes (2).

(1) Voir, pour plus de détails, mon étude sur " Les réformes de l'Islâm albanais " dans *Rev. Et. Isl.*, 1936.

(2) Dans les pays balkaniques, les diverses religions — et, donc, l'Islâm — étaient organisés en « communautés » ayant un statut juridique de droit public. Faute de place, je n'ai pu traiter ici de cette institution (bien entendu, contraire au *fiqh*).

TITRE IV

Pays de coutumes

CHAPITRE XI

L'INDONÉSIE (1)

47. GÉNÉRALITÉS. — L'Indonésie offre l'exemple d'un pays aux 9/10^{es} musulman, où le droit (civil) est resté principalement coutumier, bien que l'évolution sociale y soit fort poussée, et qu'en particulier la femme y ait une situation très élevée par rapport à ce que l'on voit dans d'autres pays musulmans.

Cette immense région est un archipel qui s'étend d'ouest en est sur plus de 5.000 kilomètres, et du nord au sud sur un espace équivalent à celui qui sépare la Suède de la Corse. La superficie en est six fois celle de la France, soixante fois celle des Pays-Bas qui en avaient fait les "Indes néerlandaises".

La Compagnie hollandaise des Indes s'y installa au début du xvii^e siècle; en 1815, le gouvernement des Pays-Bas prit sa place. A cette époque, d'ailleurs, les Hollandais n'avaient entièrement assis leur autorité que sur Java, l'île de beaucoup la plus riche et la plus peuplée (aujourd'hui, environ 42 millions d'habitants, sur une surface qui n'est que 40 % de celle de la France), n'ayant guère que des comptoirs ailleurs. La pénétration s'est faite ensuite peu à peu, jusqu'à la guerre de 1914

(1) Voir mon "Introduction à l'étude de l'Islâm indonésien" dans *Revue des Etudes islamiques* (1939), et mon ouvrage *Politique musulmane et coloniale des Pays-Bas*.

(résistance acharnée des musulmans d'Atjeh, pointe Nord de Sumatra, durant le dernier quart du XIX^e siècle).

La population des Indes néerlandaises (environ 60 millions de musulmans) comprenait à la veille de la guerre de 1939 : 1^o environ 250.000 citoyens néerlandais (métis dans leur grande majorité), qui ont été décimés dans les camps de concentration japonais; 2^o environ 1.000.000 d'Asiatiques étrangers, essentiellement des Chinois, formant un peu les classes moyennes, ainsi que quelques dizaines de milliers d'Arabes du Hadhramaoût, des Hindhous, très peu de Japonais; 3^o les indigènes.

Cet élément indigène formait, dans sa grande majorité, un immense bloc de musulmans châférites (54 millions, sans doute). Les non-musulmans étaient : ou des sauvages, païens, fétichistes, idolâtres (Bornéo, Nouvelle-Guinée, parties de Sumatra), ou des chrétiens (plus de 1 million à Célèbes, en particulier), ou des Hindhouistes (Bali). Les musulmans se trouvent en particulier à Java, où ils forment la presque totalité de la population, et à Sumatra. A Java, la population a conservé sa vieille culture hindhouiste anté-islamique.

Je ne vous parlerai pas de l'organisation politique de ces régions, aux cultures si diverses. C'est aujourd'hui, après l'occupation japonaise (1942-1945), un véritable chaos. Une bonne partie du pays avait proclamé la république, en particulier à Java. Les Pays-Bas, de leur côté, y ont envoyé beaucoup de troupes, et modifié en septembre 1948 leur constitution, en vue d'accorder une autonomie totale à l'Indonésie. Mais tout, en ces matières, est incertain, au printemps de 1949.

48. DÉCOUVERTE DE LA COUTUME INDONÉSIENNE. — Là où le droit musulman, en Indonésie, est parvenu à s'introduire dans une certaine mesure, son action est restée des plus faibles; elle se limite à certaines matières du statut personnel, et s'étend un peu au waqf. Son influence sur le droit successoral a été des plus minimes. Le droit foncier, le droit pénal, le droit des obligations, l'organisation de la justice religieuse, le droit administratif, sont restés en dehors de sa sphère.

Il nous faudra, au moins en ce qui concerne le statut familial et successoral, ainsi que les fondations pieuses, donner des exemples très caractéristiques du maintien, ici encore bien plus net puisque officiellement reconnu, de l'ancien état de choses.

D'autre part, le droit coutumier a fait l'objet des travaux les plus remarquables, dus à de nombreux auteurs et tout en

particulier à C. van Vollenhoven (1874-1933). Or, le point de vue des Hollandais, théorique et normatif, touchant la sphère réciproque du droit religieux et de la coutume, a subi à la fin du XIX^e siècle un tel revirement, et cette évolution est si instructive, en particulier pour les Français, que l'on ne trouvera pas déplacé que nous commencions par faire allusion à cette question en guise d'introduction.

C'est la question de la découverte du droit indonésien, pour reprendre le titre d'un ouvrage de van Vollenhoven, d'ailleurs traduit en français.

Jusque vers 1880, ce droit indonésien était resté totalement négligé des auteurs hollandais et à peu près complètement inconnu (1). Un peu avant le milieu du XIX^e siècle, et jusque vers sa fin, on distingue une première phase dans l'évolution des points de vue. Cette phase est essentiellement marquée par deux noms : S. Keyzer, et L.-W.-C. van den Berg.

À ce moment, on semble raisonner de la façon suivante : là où les populations sont musulmanes, c'est le droit musulman qui leur est applicable et qu'il convient de leur appliquer, en faisant la part large aux juridictions religieuses. C'est à peu près l'erreur commise vers la même époque par les Français en Algérie, lorsqu'ils islamisent, entre autres l'Aurès, en vertu des mêmes principes (2). Si tel est le point de vue, semble-t-il, de Keyzer, celui de van den Berg est déjà plus nuancé : le droit musulman constitue la base du système juridique ; mais s'il y a eu « réception du fiqh », il reste qu'un certain nombre de coutumes ont pu se maintenir, mais elles constituent des déviations du type pur.

La seconde phase est marquée essentiellement par trois noms :

- 1^o Wilken, ethnographe du plus grand talent, mort jeune ;
- 2^o Snouck Hurgronje, qui non seulement connaissait à fond le droit musulman, mais nous a laissé, touchant les Atchinois et le pays de Gajô, des descriptions classiques touchant leurs coutumes locales ;
- 3^o C. van Vollenhoven, qui a laissé, touchant les coutumes, une œuvre énorme, fondamentale et tout à fait remarquable, entre autres dans ses trois grands tomes : *Het Adatrecht v. N.-Indië*.

(1) Cependant, l'Anglais Marsden, à la fin du XVIII^e siècle, avait déjà porté son attention sur les coutumes de Sumatra.

(2) Et les Anglais partent du même point de vue inexact dans l'Inde.

49. CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA COUTUME. — La conclusion essentielle de cette nouvelle école est que le droit indonésien est un droit coutumier, indigène, et *sui generis*. Il était tel à l'origine; il est resté fondamentalement le même, malgré les atteintes qu'il a subies. Voyons cela de plus près.

Les coutumes indonésiennes, entre lesquelles il convient, d'ailleurs, de distinguer plusieurs classes, constituent une famille, faisant partie d'un embranchement beaucoup plus vaste, parmi les systèmes juridiques du monde. Elles sont, semble-t-il, apparentées aux coutumes de Madagascar, de la Malaisie, de la région des Chams (Indo-Chine), des Philippines, de Formose. C'est dire quel intérêt elles présentent pour les diverses puissances coloniales, la France en particulier. Ces coutumes ont ensuite subi de nombreuses modifications, en sorte qu'aujourd'hui la situation juridique des indigènes aux Indes néerlandaises est complexe.

D'une part le droit hollandais, qui ne nous intéresse nullement ici — pas plus que les textes des petits souverains locaux — englobe aux Indes néerlandaises le droit public, le droit administratif, et en grande partie le droit pénal (le droit pénal hollandais est le seul applicable à Java et Madoura). Par contre, il ne contient qu'exceptionnellement des dispositions de droit privé. C'est pourtant celui-ci qui nous intéresse avant tout.

Ce droit privé est un droit non écrit, coutumier, modifié, très partiellement dans certaines régions, par des influences religieuses, d'abord hindhouistes, puis, musulmanes, et enfin dans quelques régions chrétiennes. Mais l'essentiel reste la coutume. C'est pourquoi l'idée de van den Berg, celle d'une réception du droit musulman, est fautive, et celle des déviations à partir de ce droit, aussi ridicule que l'idée des docteurs de la Loi, qui qualifient de *bid'a*, de « nouveautés », les usages préislamiques.

Nous ne saurions suivre l'éminent auteur dans l'exposé des coutumes de toutes les régions musulmanes de l'Indonésie. Cela serait d'ailleurs inutile. Mais, pour illustrer les vues générales qui précèdent, nous prendrons deux exemples, l'un très important, l'autre très caractéristique :

1° Tout d'abord, celui de Java et Madoura, c'est-à-dire les coutumes qui régissent les 3/4 au moins des musulmans indonésiens, savoir les Soundanais, les Javanais, les Madourais. On remarquera que l'ouest de Java, plus islamisé, n'a pas subi davantage l'influence du droit musulman que la ville de Soura-

karta, foyer actuel de la culture hindhouiste dans le centre de l'île ;

2° Nous traiterons ensuite de la région de Menangkabau ; celle-ci est particulièrement remarquable en ce que la population y est très attachée à l'Islam et cependant a conservé ses coutumes, en vertu desquelles l'organisation de la famille est pourtant diamétralement opposée à celle de la Loi musulmane, elle est fondée sur le principe du matriarcat. Comme de plus, les habitants de ce pays sont beaucoup plus nombreux que nos Kabyles, qui ont conservé des coutumes patriarcales, ou surtout que nos Touareg, qui ont gardé le matriarcat, alors que les uns et les autres sont musulmans assez tièdes, l'exemple présente un intérêt assez général.

En vertu des coutumes indonésiennes, l'organisation de la famille se fonde parfois sur le matriarcat, parfois sur le patriarcat, mais pour Java et Madoura, et d'entre autres régions encore, elle se fonde sur le principe de ce que, faute de mieux, je nommerai la famille cognatique, où les liens de parenté sont égaux dans les deux branches, masculine et féminine, et où la femme n'a pas une situation nettement inférieure à celle de l'homme.

Le système cognatique et le système matriarcal cadrent nécessairement mal avec le système du droit musulman. Il est donc intéressant de voir comment un accord boiteux a été réalisé à Java et comment, dans le Menangkabau, le fiqh a été purement et simplement ignoré.

50. — FAMILLE ET MARIAGE A JAVA. — L'origine des liens de famille est triple à Java.

1° Le mariage qui en est la source la plus commune et sur qui nous allons revenir est le plus souvent monogame (1). A cet égard, la statistique que voici est intéressante :

Nombre d'indigènes mariés en 1930 :

	à 1 femme	à 2 femmes	à 3 femmes	à 4 femmes	Nombre inconnu
A Java	8.230.000	155.000	7.700	1.024	218.000
Dans les possessions extérieures	3.188.000	126.000	11.100	2.400	149.000

(1) Au point de vue mondain, lorsqu'ils s'agit de régents ou autres hautes personnalités indigènes, les Hollandais ne connaissent qu'une épouse de premier rang, qui reçoit avec son mari ; les autres sont des femmes de second rang.

Le pourcentage de polygames indigènes était le plus élevé dans le West-Kust de Sumatra ou Menangkabau (8,7 %) ; à Java, selon les régions, il varie de 1,5 % à 2,4 %.

Pour les « Asiatiques étrangers non Chinois », c'est-à-dire surtout les Arabes, le pourcentage de polygames est plus élevé que celui des indigènes : nous trouvons en effet 21.601 monogames et 1.895 polygames (plus 2.859 dont la situation est inconnue).

2° Le concubinage. Il ne s'agit pas du concubinage légal qu'envisage le droit musulman, car il n'y a plus d'esclavage. Mais les gens riches, en particulier les hauts fonctionnaires « pri-jajis » et les princes, en plus de leur mariage avec une ou plusieurs femmes légitimes, entretiennent une ou plusieurs « selirs » dont la situation n'a rien de déshonorant aux yeux de la coutume. Lorsqu'une de ces concubines est enceinte, on l'épouse avant son accouchement, et l'on admet que l'enfant est légitime, fût-il né très peu de temps avant le mariage. Puis on la répudie.

Si le futur mari a déjà quatre épouses légitimes, il en répudie une provisoirement pour pouvoir rendre légitime l'enfant (on sait en effet que la Loi musulmane ne permet pas au père de légitimer ou simplement de reconnaître son enfant naturel). Seulement cette répudiation a lieu selon le mode khoulé, le seul qui permette de répudier par un (donc de reprendre la femme sans qu'elle ait besoin de consommer un autre mariage avec un tiers), tout en état d'un effet immédiat (c'est-à-dire sans attendre le délai de révocabilité, qu'impliquerait une répudiation par un ordinaire).

On voit comment cette forme de concubinage antéislamique, qui reste aux yeux du fiqh le crime de zinâ, a été néanmoins adaptée plus ou moins à la Loi religieuse.

3° L'adoption, inconnue du droit musulman, existe dans la pratique, et l'enfant adoptif est considéré comme ayant à peu près les mêmes droits que l'enfant légitime. On use de cette institution soit pour s'assurer une descendance, soit parfois dans un but intéressé (travail du garçon, cadeaux reçus à l'occasion du mariage de la fille, etc.).

Voyons maintenant ce qui concerne le mariage. C'est ici et ici seulement que le droit religieux a pu dans une certaine mesure s'imposer à la coutume, mais celle-ci a pu résister victorieusement sur de nombreux points, comme nous l'allons voir.

I. *Fiançailles*. — Elles entraînent parfois le don de cadeaux à la jeune fille et à certains membres de la famille. En cas de rupture, les cadeaux sont perdus pour celui des fiancés dont elle est le fait. Le droit pénal coutumier considère les attentats commis contre la fille fiancée comme perpétrés à l'égard d'une femme mariée. Les fiançailles ont donc bien un certain effet juridique, mais n'entraînent pas l'obligation de se marier. Leur durée varie selon les régions : quelques semaines ou quelques mois dans la plupart des cas ; des années dans l'île madouraise de Kangean, où la situation de la femme est assez élevée.

II. *Conditions du mariage*. — 1° Droit de *djibr*. Au point de vue théorique, c'est en principe le système du rite chaféite qui fonctionne (c'est-à-dire que la fille vierge peut être contrainte au mariage par son père ou son grand-père ; quant à sa virginité, elle doit être crue sur parole).

En fait, il semble que les abus ne soient pas trop considérables (1). Le mariage dans certaines régions est souvent l'affaire du village entier plus encore que des parents eux-mêmes. Dans d'autres régions, on consulte la jeune fille ; quelquefois aussi les jeunes gens ont l'occasion de se rencontrer et de s'entendre à des fêtes comme celle de la cueillette du riz (2). Snouck Hurgronje écrit : « En général, l'affaire est conclue pour la jeune fille par ses parents, et ensuite le père et la mère font de leur mieux pour essayer de rendre la jeune fille favorable à leur projet ». Le résultat n'est pas nécessairement déplorable. En ce qui concerne le premier mariage pour le garçon, celui-ci y est souvent contraint par l'insistance de ses parents, plus que par son désir propre.

Néanmoins, dans certaines parties des Indes néerlandaises, et en particulier la région de Kangean, la jeune fille s'enfuit avec un fiancé non agréé par ses parents (la jeune fille contracte mariage devant le fonctionnaire matrimonial du lieu, qui joue pour

(1) Chez les Atchinois, la fille est mariée et livrée à son mari avant sa puberté, sans que, d'ailleurs, — me dit Snouck un jour, — grâce à la dextérité des parties, on n'ait d'accidents à déplorer. La coutume ne serait plus applicable, lorsqu'une fillette a perdu l'un et l'autre de ses deux wâlîs moudjebirs. On se place alors sous l'empire du rite hanéfite, et elle est mariée, par son frère ou son oncle paternel. J'ai relevé sur les registres de Penghoulou, dans la régence de Grisek, l'âge de la femme pour 100 mariages successifs. Dans 24 cas, elle avait moins de 15 ans, dont 4 cas de moins de 13 ans. A Batavia (Penghoulou de Gambir), aucune épousée de moins de 16 ans pour 100 mariages consécutifs. Mais il n'y a pas d'état-civil.

(2) Aujourd'hui, on s'est connu parfois enfant à l'école, qui est mixte.

elle le rôle de wâli). Les parents ne voient pas forcément cette pratique d'un mauvais œil, car elle évite les frais de la noce et du banquet...

Les mariages d'impubères se rencontrent, et parfois aussi la consommation d'un mariage entre un garçon déjà formé et une fille non encore nubile. Jusqu'ici le gouvernement hollandais n'est intervenu à ce sujet que d'une façon tout à fait anodine. C'est la seule intervention de sa part à noter en matière de statut personnel, avec celle touchant le « penghoulou » (voir N° 51). Il est intervenu par une circulaire de 1926, aux termes de laquelle : *a*) les autorités n'auront pas à intervenir lors du mariage d'une fille impubère si la vie conjugale doit être différée jusqu'à la puberté ; *b*) le gouvernement général, après avoir examiné l'opportunité d'une intervention légale afin d'empêcher la consommation prématurée des mariages, renonce provisoirement à prendre des mesures coercitives en comptant sur l'évolution des mœurs et sur l'influence des administrateurs qui feront de leur mieux pour agir à l'amiable auprès des populations afin de faire cesser ces pratiques ; *c*) les chefs indigènes sont invités à porter leur attention sur ce point et à intervenir auprès de la population avec tact et prudence afin d'obtenir cette évolution des mœurs (1).

L'impression d'ensemble serait donc qu'au point de vue du droit de djebr la situation de fait est relativement bonne, mais qu'en somme elle présente assez de particularités, soit au point de vue des « déviations » du droit musulman, soit au point de vue de l'évolution et de l'action du gouvernement hollandais.

2° *Les empêchements.* — La coutume en connaît qui diffèrent du droit musulman ; nous en indiquerons trois :

a) Les empêchements relatifs à la parenté ne sont pas exactement ceux du droit musulman — cela varie d'ailleurs suivant les localités. Dans certaines, le mariage est interdit entre cousins germains ou même cousins issus de germains (mais alors, fait assez bizarre, il serait parfois permis entre germains).

Quant à l'empêchement musulman dérivant de la parenté de lait, il est observé, si on se souvient de cette parenté.

b) C'est une coutume très générale que la fille aînée soit mariée avant la fille cadette ; la même règle existe parfois pour

(1) Le régent de Bandoung nous a dit que lui-même et ses collègues de Preanger avaient donné des instructions bien observées aux Penghouous, de ne pas marier les filles avant 14 ans.

les fils. Il existe, il est vrai, un moyen de tourner cette prohibition coutumière : il consiste, au cas où une jeune fille a une sœur aînée non mariée, à faire contracter un mariage blanc entre cette fille aînée et un petit garçon très jeune ou un vieillard suffisamment décrépît, ou à lui faire offrir par sa sœur cadette un don coutumier dit « de transgression ».

c) Un empêchement que l'on rencontre très souvent aussi est celui qui consiste à ne pas permettre à deux enfants d'une même famille d'épouser deux enfants d'une autre famille.

51. — ISLAM ET MARIAGE. — III. *Les formalités du mariage.* — Il s'agit essentiellement des formalités musulmanes (1), qui cependant ont été modifiées sur deux points importants : d'une part, modification pour laquelle est intervenue la loi hollandaise (la seule intervention légale un peu importante du gouvernement hollandais en matière de statut personnel), et d'autre part, formalité de la répudiation conditionnelle qui est, elle, purement coutumière.

1. — *Modification des formalités musulmanes par la loi hollandaise.* — Sauf de très rares exceptions, aucun mariage n'est célébré sans l'assistance d'une personne du sexe masculin versée dans la connaissance de la loi musulmane, parce que les formalités de la célébration du mariage sont mal connues de la population, et que celle-ci estime devoir les observer. Il serait naturellement permis à des gens eux-mêmes très au courant de ces questions de s'en passer.

C'est pourquoi une ordonnance de 1895 (retouchée en 1929 et 1937) a réglementé l'intervention de cet auxiliaire en en faisant un « fonctionnaire matrimonial ». C'est un fonctionnaire de la mosquée, le plus souvent son directeur, le « penghoulou » ou bien un fonctionnaire religieux d'ordre inférieur. Il reçoit d'ailleurs pour ce service une rémunération. En quoi consiste l'intervention du « penghoulou » ?

1° Il se fait donner mandat par le père de la fiancée, ou tout autre wâli de le représenter, puis se plaçant devant le fiancé, il lui tient la main et lui dit : « Je vous offre en mariage N..., fille de X..., contre une dot de tant... », à quoi le fiancé répond :

(1) A côté de ces formalités, le mariage implique ensuite l'accomplissement de toutes sortes de cérémonies symboliques antéislamiques, mais d'un caractère religieux; il n'est pas exagéré de dire que dans la conscience des intéressés, celles-ci sont à celles-là ce que le mariage religieux est chez nous au mariage civil.

« J'accepte le mariage avec N..., fille de X..., contre la dot ci-dessus énoncée ». C'est là le cas le plus ordinaire, lorsqu'il s'agit de gens ne connaissant pas les formalités requises par le droit musulman ;

2° Il peut aussi simplement laisser les parties conclure l'union sous son contrôle, si, ce qui est rare, elles connaissent les formalités.

Par contre, celui qui voudrait s'immiscer, sans mandat du gouvernement, dans la conclusion du mariage d'autrui, encourt une pénalité ; quant au mariage, il est valable. D'autre part, ceux qui se marient sans avoir recours à l'office du fonctionnaire matrimonial, sont également punis, ainsi que leurs témoins, et le mariage reste valable.

En somme, on voit qu'au point de vue pénal seul, le mariage doit toujours être conclu devant le fonctionnaire matrimonial.

Le fonctionnaire matrimonial tient un registre détaillé des actes qu'il passe.

2. — *Modification des formalités musulmanes sous l'empire de la coutume.* — Aussitôt finie la cérémonie de l'échange des consentements, a lieu une *répudiation conditionnelle* (1) de la femme par le mari, d'après des formules qui sont de véritables clauses de style, variables de région à région. Ces formules sont récitées par le fonctionnaire matrimonial au mari et celui-ci les répète. Aux yeux du mari d'ailleurs, le prononcé de ces formules fait partie de l'ensemble des formalités du mariage légal. D'après ces formules, qui permettent d'améliorer nettement la situation de la femme au cours du mariage, il est dit que le mari tiendra sa femme pour répudiée :

a) Si, par exemple, le mari s'absente sans donner de nouvelles pendant une durée de X... comprise selon les cas entre 7 mois et 2 ans, ou s'il maltraite sa femme, s'il ne subvient pas à son entretien, etc...

b) Si, de plus, les conditions précédentes s'étant réalisées, la femme porte ces faits à la connaissance du juge religieux en se déclarant non satisfaite de sa situation.

Il s'agit très évidemment ici d'une formalité inventée par la coutume indigène pour fondre dans un cadre musulman les habitudes matrimoniales de la population qui ouvraient plus

(1) Ta'liq, dit parfois taklik.

largement que ne le fait le Droit musulman châféite, la voie du divorce à la femme. On attribue cependant de façon assez générale cette invention aux princes musulmans qui l'aurait imposée à leurs sujets.

Bien que cette coutume ait été signalée (1) dès 1874, elle était restée incomprise avant Snouck, qui en a expliqué la portée et l'intérêt. Comme on le voit, le juge ne prononce pas le divorce, il se borne à constater que la répudiation, telle qu'elle avait été prononcée, vient d'être encourue. Son rôle est passif. Le divorce est automatique, avec cette seule restriction un peu théorique, que la répudiation conditionnelle ayant lieu par un, elle reste révocable en *idda* si le mari reparaisait, revenait à résipiscence, etc. Pour cette même raison, l'ex-époux pourra se remarier avec son ancienne femme, sans que légalement elle soit obligée d'abord de passer dans les bras d'un autre.

IV. — En ce qui concerne la *dissolution* du mariage, disons qu'en dehors du décès, les répudiations sont assez fréquentes. En principe, on userait de la répudiation révocable par un (2), rarement de la répudiation triple. Depuis l'ordonnance de 1895, les répudiations doivent faire l'objet d'une déclaration au fonctionnaire matrimonial qui l'enregistre à titre onéreux.

Le divorce judiciaire est très rare parce que très difficile à obtenir pour la femme, en vertu du rite châféite. C'est pourquoi, nous l'avons vu, la pratique a inventé l'expédient du *ta'liq*. On rencontre également le *khoulé*, la femme renonçant en général à sa dot pour obtenir le divorce. Enfin, deux curieuses institutions doivent être relevées ici :

1° Le professeur Ter Haar a attiré notre attention sur l'existence d'une forme coutumière de répudiation qui n'a pas été signalée jusqu'ici par les auteurs. Il s'agit d'un *khoulé* forcé. La femme se plaint au juge qui fait venir le mari. Il invite ce dernier à revenir, s'il y a lieu, à résipiscence. Si le mari ne s'amende pas, le juge lui fait savoir qu'il tiendra sa femme pour répudiée par *khoulé* ; en ce sens que de façon toute prétorienne,

(1) Des gens pauvres se marient encore quelquefois à la vieille mode coutumière antéislamique en allant se baigner en des lieux consacrés ou en mangeant ensemble de la terre sur un tombeau sacré. Ils considèrent ce mariage comme aussi valable que celui consacré à titre onéreux devant le *penghoulou*.

(2) Sur 100 *talâqs*, à Batavia, j'en ai relevé 99 de cette sorte et 1 *khoulé* à 10 florins.

il prononcera la répudiation moyennant une indemnité payable par la femme : ce sera, par exemple, la renonciation à sa dot :

2^o Dans quelques cas, très rares à la vérité, des femmes ont déclaré au juge qu'elles apostasiaient afin de faire constater la dissolution de leur mariage. Puis, l'intéressée déclare avoir abandonné l'idée coupable de plusieurs Allâhs, croire de nouveau fermement à son unicité, et épouse son amant.

Il semblerait qu'en pays soundanais il soit considéré comme de bonne forme qu'un mari prononce gracieusement le talâq si sa femme en exprime le désir.

V. — *Le régime matrimonial.* — Comme en Droit musulman, aucune espèce d'incapacité spéciale ne frappe la femme mariée dans la coutume de Java. La femme musulmane a dans ces régions une indépendance très marquée, particulièrement au point de vue économique. C'est ainsi qu'elle représente le ménage à l'extérieur pour tout ce qui concerne les achats et les ventes. C'est elle, en particulier, qui commerce sur le marché pour la vente des produits de l'exploitation agricole. Aussi, la coutume a-t-elle réussi à se maintenir sur ce point : le régime matrimonial javanais est celui de la communauté réduite aux acquêts.

Cette communauté (1) comprend ce qui a été gagné par le travail en commun des deux époux ou de l'un d'eux seulement. Les acquêts s'appellent « gounakaja » ou « ganagini ». Celui des époux qui, avec le consentement de l'autre, consomme une partie des biens communs n'est pas tenu à récompense envers la communauté au jour de la dissolution du mariage.

Le partage des acquêts a lieu, en général, par moitié. Parfois, il s'opère suivant la règle musulmane du partage des successions : les 2/3 au mari, et le 1/3 à la femme (2). Enfin, il

(1) La dot est stipulée en général payable à terme; il est, paraît-il, rare que le paiement en soit effectué. Son montant, chose que les auteurs, je crois, n'ont pas relevée, est fixé à Java uniformément à 1 taël d'argent, soit 5 florins; j'ai vérifié la chose à Grisek, sur les registres du penghoulou. De ces mêmes registres, sur 100 mariages successifs, 17 avaient été conclus moyennant versement du taël au comptant. A Batavia, la grande majorité des dots sont aussi de 5 florins, d'après mes relevés; mais il y en avait d'autres (par exemple : 1 anneau d'or, 4 florins, 400 livres sterling promises par un Sumatranais, etc...); la chose s'explique par le mélange des populations. Dans 8 cas sur 100, elles étaient payables au comptant.

(2) Selon van Vollenhoven, il y aurait une influence du droit musulman; seulement le P^r Ter Haar nous a dit que l'on est revenu de cette idée, car on retrouve ce partage dans des régions d'Indonésie non-islamisées.

semble qu'à l'origine on ait opéré le partage en évaluant en équité la part de travail de chaque époux qui avait donné naissance au capital commun.

Seulement — et cela est très intéressant — ce système est absolument contraire à la Loi religieuse, et cependant le juge religieux lui-même n'ose pas contredire sur ce point la coutume, même s'il est saisi d'un litige en cette matière. Il essaie de la concilier avec les préceptes de l'Islam, en supposant qu'il existe entre les époux une sorte d'association qu'on appelle « sarikat » ou « sirkat », et qui est le mot arabe de « chirkat » à peine transformé.

52. — RÉGIME SUCCESSORAL A JAVA. — Le régime successoral est entièrement coutumier ; il n'y a ici aucun rapport avec la Loi musulmane. Ce régime est très spécial et ne ressemble pas non plus au régime européen. Nous passerons donc très vite sur ce sujet car dès l'instant que nous avons posé cette idée générale, les détails ne nous intéressent plus guère au point de vue musulman.

Jusqu'à 1937 (voir N° 55, réforme touchant l'organisation judiciaire), le droit successoral musulman n'était appliqué qu'en cas de contestation seulement par le tribunal religieux. La réforme qui a consisté à lui retirer la compétence en ces matières avait été précédée, entre autres, par une enquête du P^r Ter Haar faite dans les milieux les plus religieux ; elle a révélé que jamais les intéressés n'appliquaient les prescriptions du fiqh.

De l'actif brut de la succession, on déduit les frais de funérailles ainsi que les dettes, et, s'il y a lieu, le prix d'un remplaçant-pèlerin, pour aller à La Mecque. On déduit aussi l'indemnité religieuse pour les prières canoniques non effectuées, cette indemnité étant versée à la mosquée (1).

I. — *Quels sont les héritiers ?*

1° D'abord les descendants. Il y a, en principe, égalité des droits des garçons et des filles et représentation (donc deux principes tout à fait contraires à ceux du Droit musulman) ;

2° En leur absence, ce sont les ascendants ;

3° Enfin, en l'absence d'ascendants, les frères et sœurs, neveux et nièces, puis les collatéraux plus éloignés. Mais, s'agissant de cette dernière catégorie, il existe des variations locales sur l'étendue de leur droit et la situation n'est pas nette.

(1) Voir mon "Introduction à l'Islâm indonésien", *Rev. Et. Isl.*, 1936.

Il faut noter que les enfans adoptifs et aussi les enfans du conjoint (ceux pour lesquels le *de cujus* est le parâtre ou la marâtre) ont aussi une certaine vocation, mais ils n'héritent que sur les acquêts, biens revenant au défunt du fait de son travail en commun avec l'autre auteur.

Le veuf et la veuve sont le plus souvent exclus (mais il faut tenir compte de ce que, le mariage étant dissous par le décès, ils auront quelque chose grâce à l'existence des acquêts) à moins qu'il n'y ait pas de parents du tout. La veuve peut continuer à habiter la maison du mari, même en cas de remariage, semble-t-il.

4° Enfin la *dessa* (le village) et non la mosquée (qui aurait pu en quelque sorte représenter le *Baït-el-Mal*).

Les enfans ne peuvent en principe être exhérédés, mais il semble que le *de cujus* puisse leur ajouter son conjoint survivant comme héritier.

II. — *Les droits des héritiers.* — Nous trouvons ici trois règles en contradiction absolue avec les principes européens et musulmans sur la matière, nouvelle preuve que ce régime successoral de Java est tout à fait spécial, et d'origine coutumière.

1° Il n'existe pas de droit individuel défini des héritiers sur le patrimoine du défunt. Ils n'ont pas de part fixe. Le *de cujus* peut en effet décider dans de très larges limites que tel bien ou tel autre sera attribué à tel de ses héritiers, avec de grandes différences de traitement entre les héritiers. Il peut procéder à ce partage de son vivant (c'est-à-dire pour prendre effet de son vivant) ou lui faire prendre effet à sa mort.

Dans le premier cas (partage d'ascendants), les bénéficiaires sont obligés de l'entretenir jusqu'à son décès. Les variations des différentes coutumes javanaises sur ce point sont considérables, dans telle région on tend au droit d'aînesse, dans telle autre à l'égalité entre les enfans, ailleurs encore on cherche à favoriser les garçons, etc...

Si le *de cujus* n'a pas procédé à ce partage de son vivant, ce sera quelque membre de sa famille, frère aîné ou grand-père, des enfans, etc...) qui y procédera à sa place suivant des règles analogues.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas sur ce point de droits individuels parfaitement définis au profit des héritiers.

On voit dans certains cas des testaments dans la forme européenne ou musulmane.

2° Le régime de l'indivision est très pratiqué en ce sens qu'il n'y a pas d'époque à partir de laquelle un héritier a certainement le droit de demander le partage (il n'est d'ailleurs pas interdit de sortir de l'indivision si les héritiers sont d'accord). Ceci est donc bien distinct du régime européen et du régime musulman.

De plus, si l'indivision subsiste et si un des bénéficiaires de l'indivision vient à décéder, on ne calculera pas la part qu'il aurait héritée pour déterminer ce que ses propres héritiers pourraient toucher du fait de la succession « échue » à leur auteur. Les ayants-droit viendront, s'il y a lieu, à titre personnel, mais on se rend bien compte par là, qu'il n'y a pas eu en réalité de part bien délimitée en faveur de chaque bénéficiaire de la succession indivise.

3° Il n'y a pas unité du patrimoine. Les divers biens formant la succession sont parfois soumis à des règles de dévolution différentes.

On voit que tout ceci n'a rien de commun avec les prescriptions révélées au Prophète.

53. — LE MATRIARCAT DANS LE MENANGKABAU. — Cependant, dans le droit de famille, nous avons pu déceler à Java d'assez importants éléments musulmans. Il n'en va pas de même, nous l'avons dit, dans la région centre-ouest de Sumatra, où règne le matriarcat. C'est la région de Menangkabau.

Celle-ci mérite de retenir particulièrement notre attention, elle est de tout l'Archipel de beaucoup la plus islamisée, on pourrait dire la plus arabisée, au moins au point de vue intellectuel. Plus de 700 écoles libres non subventionnées distribuent un enseignement religieux dans ce petit pays de 2 millions d'habitants : garçons et filles sont littéralement nourris de fiqh, et il est des écoles où l'enseignement se fait en arabe. J'ai vu à Fort de Kock, à une devanture, la photographie d'un jeune homme avec cette inscription : « Kampioun bahasa (« langue ») arab dan tafsir Kouran » (1). Cependant, les institutions juridiques sont absolument contraires à la Loi religieuse. Il y a là un paradoxe remarquable de sociologie musulmane. Les gens de Menangkabau sont avant tout attachés à leur coutume. La «adat

(1) « Champion de langue arabe et de commentaire du Qorân » !

est quasi sacrée. Comme on me l'y a dit souvent, la religion s'y est faite coutume ; l'Islam est devenu partie intégrante des institutions sociales de Menangkabau, de façon définitive. Mais, si les habitants sont très fervents musulmans, ils n'ont pas renoncé au droit coutumier matriarcal. Les associations réformistes, avec grand succès, combattent beaucoup d'usages hétérodoxes ; mais elles ne s'attaquent pas, et ne peuvent s'attaquer au droit coutumier ; il n'y a pas de campagne systématique dirigée contre elle : une partie de la coutume ne saurait en combattre une autre. Tout cela est du plus haut intérêt et il faut déplorer que si nous savons tant de choses sur Atjeh, les auteurs se soient si peu occupés relativement du Menangkabau.

A. *La famille* comprend toutes les personnes dont les mères (ou grand-mères) sont ou sœurs ou cousines dans la ligne exclusivement maternelle. On les nomme parfois les « membres issus d'un même sein maternel ». La famille est donc constituée essentiellement par ceux qui ont des liens de famille dans la branche maternelle et les femmes en constituent le noyau.

B. — *Le ménage* est constitué par la mère et ses enfants ; il n'y a en principe pas de relations de parenté entre le père et ses enfants et les autres membres de la famille de ceux-ci. Les maris passent la nuit au domicile de leur épouse et non vice-versa. Ce n'est donc pas l'individu qui constitue l'unité juridique par excellence, c'est la *famille matriarcale*. Le chef de famille est le plus âgé des hommes de la plus ancienne génération par les femmes, on l'appelle le Mama-Rouma. Ce dernier gère le bien familial, en s'entourant de l'avis des femmes de la famille et des hommes de cette famille restés au village.

En ce qui concerne le mariage, nous observerons qu'il existe la coutume de l'exogamie : il faut se marier en dehors de sa famille. Les formes extérieures du mariage sont musulmanes et il existe, comme à Java, des fonctionnaires matrimoniaux. Il n'existe aucune incapacité pesant sur le mari ou sur la femme du fait du mariage. Comme le mari n'a pas de droits sur ses enfants, et n'en a pas la charge, la polygamie est fréquente, d'autant que beaucoup d'hommes émigrent.

Le régime matrimonial est celui de la communauté réduite aux acquêts avec partage par moitié. Le mari ne contribue pas aux charges du ménage, il a à s'occuper de ses sœurs et de sa famille matriarcale en général.

La répudiation est fréquente, mais il n'y a pas de répudiation conditionnelle, ce qui n'est pas nécessaire étant donnée la

situation de la femme et étant donné que c'est chez elle que le mari vient.

D'autre part, il n'y a pas lieu à gestion de tutelle, par suite de l'unité de la famille et de l'unité du bien familial (ou pou-saka). En effet, il n'existe pas dans ce pays de statut successoral, parce que personne n'a de droits individuels définis dans la succession d'une autre personne. Après la mort du *de cujus*, tout ce qui a été acquis par lui à titre de propriété privée ou sa part d'acquêts, s'il était marié, passe, sous déduction des dettes, au patrimoine familial commun ; ceci pour les immeubles et même pour les meubles (exemple : les habits). Les parents les plus proches ont seulement un droit de priorité quant à la jouissance de ces biens, non quant à la propriété ; il n'existe de droit d'héritage proprement dit que d'une famille au profit d'une autre famille quand la première s'éteint entièrement.

Quant à la justice, elle est essentiellement exercée par le chef de village : il n'y a pas de justice religieuse (1). Seule la coutume a force de loi.

J'ai trouvé cette institution encore très vivace, malgré le réformisme musulman, malgré surtout le développement économique moderne. Il n'est pas douteux que, finalement, la coutume matriarcale ne sera détruite, mais la lutte sera très longue et âpre, parce que les femmes y sont extrêmement attachées. Sur la côte et dans les centres, la coutume commence à céder ; dans la plus grande partie du pays, elle se maintient fermement. Il est des émigrants qui reviennent mariés chez eux (les enfants sont, bien entendu, considérés comme étrangers par le droit coutumier), et, dans les centres, il est des femmes qui viennent habiter chez leurs maris. Cela entraîne des modifications à la coutume, mais dans le sens européen, pas dans le sens du droit musulman. On tend à arriver à un état de choses, où l'homme pourra disposer de sa part d'acquêts par testament (2) ; d'autre part, la notion d'acquêts s'euro péanise ; il n'est plus nécessaire que les époux aient travaillé ensemble di-

(1) Pour les différends d'ordre purement religieux, il existe une juridiction du « sidang djoumaat », dans la sous-division de Kerintji.

(2) Déjà, m'a-t-on dit, des testaments officieux sont faits par des pères de famille, et les enfants reçoivent les acquêts, s'ils sont en bons rapports avec leurs tantes paternelles. Sans cela, on fait des dons manuels, avant décès. La Haute-Cour de Batavia a prononcé sur un point important : un médecin d'une Compagnie de navigation étant mort, il s'agissait de savoir à qui revenaient les sommes à verser par le Fonds de prévoyance de la Compagnie ; la Cour les a attribuées, aux enfants, le défunt vivant à l'euro péenne.

rectement à les acquérir, pour que des biens soient acquêts ; tout ce qui n'est pas pousaka est acquêt. Une étape non encore accomplie, mais que le président néerlandais du Landraad à Fort de Kock, m'a dit être prochaine, sera que le mari devra contribuer à l'entretien de ses enfants.

On voit qu'il règne dans le Menangkabau une situation tout à fait curieuse et remarquable du double point de vue religieux et juridique.

54. — WAQFS ET FONDATIONS PIEUSES. — L'institution du waqf (« wakap ») n'est pas inconnue aux Indes néerlandaises, mais elle ne semble pas y jouer un rôle de premier plan, et certains points la concernant restent obscurs chez les auteurs. Le waqf semble être, sauf exceptions, une fondation pieuse et non pas un moyen d'esquiver les règles de la dévolution successorale, comme en Afrique du Nord. Le waqf mobilier (exemplaires du Qorân, par exemple) est assez répandu. Dans l'ensemble, le waqf immobilier est assez peu commun ; s'il en faut croire les rapports officiels, il est même inconnu dans plusieurs régions. A Java, on le trouve surtout dans l'ouest de cette île. Il n'apparaît même pas clairement si, en principe, la mosquée doit être considérée comme waqf. D'une façon générale, le waqf n'a pas beaucoup plus retenu l'attention des auteurs que les tariqas et sans doute ne joue-t-il pas un plus grand rôle dans la vie religieuses de l'Indonésie. En ce qui concerne, cependant, la rareté relative de la constitution de waqfs, elle n'est pas nécessairement une preuve d'indifférence religieuse, mais elle est aussi en rapports étroits avec le régime foncier. Dans une grande partie des Indes néerlandaises, et en particulier dans beaucoup de régions de Java, il n'y a pas de propriété individuelle, privée, du sol : celui-ci appartient au village dans des conditions qui importent assez peu ici, mais en vertu desquelles celui qui en jouit ne saurait en disposer, à titre gracieux ou à titre onéreux. L'existence des waqfs est donc beaucoup plus un reflet de la constitution agraire qu'une preuve de zèle islamique.

Sur la façon de constituer un waqf, nous n'avons rien trouvé chez les auteurs ; la constitution en aurait lieu par un acte écrit non soumis à publicité. Touchant leur administration, celle-ci en est confiée en général au penghoulou. Aucune organisation administrative d'ensemble n'en contrôle la gestion.

D'après ce que nous a dit le professeur Ter Haar, les waqfs doivent être considérés comme inaliénables, imprescriptibles et

insaisissables. La vente avec emploi du prix semble inconnue et ne pourrait être autorisée que si le constituant en avait ainsi décidé.

Le waqf de famille se rencontre, il tend à être remplacé par l'institution de la fondation, telle que le droit néerlandais la connaît.

Quant à savoir quel est le juge compétent en matière de waqf, la question paraît, aux auteurs, des plus obscures s'agissant des possessions extérieures. Pour Java et Madoura, l'ordonnance de 1937, dont nous parlons ci-après, tranche la question au détriment du juge religieux.

A propos du waqf musulman, disons quelques mots de deux autres institutions de l'Islam indonésien qui y ressemblent, mais ont un caractère local très net.

A. — Dans certaines régions du Menangkabau, on rencontre l'*ibah*. L'*ibah* est un abandon temporaire des droits que l'on possède sur un terrain, en vue d'y construire un édifice, tel que mosquée, école religieuse ou salle de réunion, étant entendu que le donateur reprendra ses droits si l'immeuble cesse d'être affecté au but auquel il l'avait consacré. Dans la région de Kerinjti, de plus, on abandonne parfois à titre temporaire, par exemple, durant le pèlerinage que l'on fait à La Mecque, le revenu de champs de riz, pour l'affecter à des buts pieux.

B. — Citons les *dessas* (c.-à-d. villages) libres, ou *perdikans*. Cette institution remonte à l'époque des souverains hindouistes, elle consiste à libérer la *desa* des charges qui pèsent sur elle au profit du souverain, pour en affecter le revenu au bénéfice des tiers ou à un but pieux. On trouve ainsi :

1° La *desa* du *pesantrèn*, les revenus de celle-ci sont abandonnés à une famille notable, à charge d'entretenir une école religieuse ; le chef de famille devient à la fois, à titre en principe héréditaire, le *gourou* et le chef du village ;

2° La *desa medjen*, apanage abandonné à des particuliers ;

3° La *desa kejutihan*, dont les revenus sont partagés parmi les « gens blancs », les personnes pieuses, et non parmi les « rouges », les indifférents ;

4° La *desa pekountjen*, cette *desa*, libérée de ses charges à l'égard du souverain doit, par contre, assumer celle d'en-

tretenir les tombeaux des saints, des souverains et d'autres personnages de ce genre, et d'y faire les offrandes et sacrifices requis.

Il est évident que le type 1° et 4° doit être rapproché du waqf.

55. — JUSTICE RELIGIEUSE A JAVA. — S'agissant de la *justice religieuse*, nous n'en parlerons que pour Java et Madoura. L'organisation judiciaire des Indes néerlandaises, en effet, en particulier dans la mesure où elle intéresse les indigènes, est d'une complexité effroyable et souvent paradoxale (1). Nous renonçons donc à traiter de la question, sauf dans ce cas qui, heureusement, s'applique à la grande majorité des musulmans indonésiens. Pour toutes les possessions extérieures, nous nous contenterons de signaler, que dans la mesure où une juridiction religieuse existe, il n'existe nulle part de qâdhis proprement dits (2).

La justice religieuse à Java vient de faire l'objet d'une très importante réorganisation. Voyons d'abord quel était l'état de choses antérieur, lequel remontait à 1882. De 1882 à 1937, ce sont des « conseils de prêtres » (« priester raaden ») qui étaient chargés, sous la présidence du penghoulou de rendre la justice (3).

Nous avons déjà vu que ce personnage est une figure très caractéristique de l'Islam de Java : il est directeur et administrateur de la mosquée ; il est chargé du service de la zakâa et s'occupe de la gestion des waqfs et des caisses de mosquées ; il est mufti ; il est fonctionnaire matrimonial ; enfin il était juge.

(1) Aussi, dans des régions d'administration indirecte, par exemple, dans les principautés, on trouve une justice hollandaise, tandis que dans des régions d'administration directe, on a laissé subsister de façon indépendante la justice indigène. Si l'on se rapporte au livre de van de Velde, on verra que, très souvent, il ne peut répondre aux questions les plus élémentaires (par exemple, compétence) qu'ils se posent au sujet de ces juridictions.

(2) Il y a près d'un demi-siècle, Snouck avait signalé pour Atjeh, un tribunal dit du kali (qâdhi). Mais les auteurs ne savent pas comment cette institution s'est, depuis lors, évaporée.

(3) Il existe des experts musulmans auprès des tribunaux hollandais lorsque les affaires intéressant les indigènes sont examinées par ceux-ci. Comme le fait observer sarcastiquement van Vollenhoven, c'est comme si aux Pays-Bas, des tribunaux étrangers recevaient une consultation de droit romain, lorsqu'il s'agit d'appliquer des coutumes de la Frise. En fait, le juge néerlandais et son expert tendent à appliquer la coutume de façon parfois élastique.

Les Hollandais considérèrent que le penghoulou-mufti était prêtre, et comme de plus il rendait la justice dans le sourambi, la galerie de la mosquée, entouré d'un certain nombre de ses collaborateurs, ils s'imaginèrent avoir vu un « conseil de prêtres » administrer la justice religieuse, et c'est d'après ces principes qu'ils l'organisèrent. Ce fut donc une juridiction collégiale, mais à un seul degré, aux attributions parfois mal définies, qui fut établie en 1882. A ce sujet, Snouck observe que cette juridiction avait trois caractéristiques : 1° son caractère clérical, qui n'existe que dans l'imagination des Européens ; 2° son caractère collégial, imposé également par les Européens ; 3° le peu de confiance qu'elle mérite, état de choses qui, il est vrai, a été hérité du passé.

Jusqu'en 1937, il n'existait pas d'appel, on ne pouvait que s'adresser de nouveau au penghoulou ; celui-ci étant d'ailleurs, à défaut d'appel, parfois révoqué en cas d'abus trop flagrants.

Cette justice vient d'être complètement réorganisée par la superposition aux « priesterraden », d'une Cour d'appel des affaires musulmanes (1937, *Staatsblad* 610), cette cour comprend : 1 président, 2 juges titulaires, 1 greffier, plus des juges non titulaires et un vice-greffier. Les arrêts sont rendus par le président, ou son remplaçant, et deux juges, tous musulmans.

D'autre part, si l'appareil de la justice a été étendu, sa compétence est désormais strictement limitée aux affaires de statut personnel dans le sens strict, à l'exclusion du statut successoral, des waqfs, et des tutelles.

APPENDICE

ILES PHILIPPINES. — Une petite partie de la population des Iles Philippines est de religion musulmane, environ 5 %, sur 7 millions d'habitants, dans l'île de Mindanao, au Sud. Il n'y a pas de tribunaux spéciaux, et il n'y aurait pas de waqfs ; c'est le droit commun qui leur serait applicable, sauf en matière de statut familial, où les coutumes, mêlées de droit musulman, seraient respectées.

SURINAME, OU GUYANE HOLLANDAISE. — Cette contrée d'Amérique du Sud (environ 170.000 habitants) est très curieuse, en ce que la moitié des habitants est d'origine asiatique, hindhoue ou javanaise, et 30 % sont musulmans, coolies importés, aujourd'hui fixés à demeure (pour le détail, voir mon étude parue dans la *Revue des Etudes islamiques*, 1938).

D'autre part, ces musulmans ont été soumis aux Codes de Suriname, en particulier au Code civil; mais, de même qu'en Turquie (voir N° 43), ils n'ont pas adopté le mariage civil, avec ce résultat que, là aussi, les « bâtards » ont été très nombreux. A la veille de la guerre de 1939, on a instauré pour eux un statut matrimonial spécial, mi musulman mi européen (consentement régi par la loi chaféite, pas de polygamie, recours obligatoire aux offices d'un fonctionnaire matrimonial, reconnaissance possible des enfants nés avant le mariage, régime matrimonial de droit commun, répudiation admise, mais non divorce en justice).

On voit par là, une fois de plus, la nécessité pour le législateur de tenir compte des réalités sociales.

CHAPITRE XII

AFRIQUE DU NORD

(Régions de droit coutumier)

(pour mémoire)

56. — GÉNÉRALITÉS. — L'exemple de l'Afrique du Nord est intéressant car, bien que le droit coutumier y ait été partiellement conservé, c'est de façon très différente de ce que nous avons vu être le cas en Indonésie.

Bien que, dans les détails, cette formulation soit inexacte, on peut dire en gros que, dans ces régions, avant l'arrivée des Français, les populations arabisées avaient adopté, plus ou moins, le droit musulman, tandis que les populations restées berbérophones avaient conservé leurs coutumes, avec seulement une très légère teinte d'islamisation. C'est ainsi que, — et ceci s'observe, croyons-nous, dans tout l'Islâm, — les formalités du mariage sont celles de la loi religieuses en pays de coutumes.

Mais, avec l'arrivée des Français, la situation changea, en ce qu'ils ont islamisé, au moins sur le papier, le droit de plusieurs régions, par exemple de l'Aurès et de la Petite Kabylie, sans parler de régions arabophones qui auraient conservé leurs usages, et d'autre part ils ont imposé des réformes à certaines coutumes.

La situation est aujourd'hui la suivante, *du point de vue des textes*, car en fait, un peu partout, subsistent de nombreux usages, contraires au droit appliqué par les tribunaux :

a) En Tunisie, toute la population est soumise au droit musulman, il n'y a d'ailleurs que 2 % de berbérophones.

b) En Algérie, seuls les Kabyles de la Grande Kabylie ont conservé leur statut coutumier, modifié par des lois françaises qui ont réformé, entre autres, la condition de la femme ; seuls des juges français sont chargés d'appliquer les coutumes.

c) Au Maroc, le fameux dahir berbère de 1930, qui a été l'objet de si ardentes controverses, n'a fait en somme qu'entériner ce qui existait jusque là : on a, au Maroc, délimité de vastes régions de droit coutumier, où subsistent la coutume (tout au moins au point de vue civil) et un contrôle français de ces juridictions indigènes a été institué ; on n'y a point fait de réformes de fond, comme en Kabylie. Ces régions sont principalement les zones montagneuses berbérophones, le Souss, etc... Nous croyons que, dans la zone espagnole, le Riff a également conservé ses coutumes.

Ce qui concerne l'étude de ces questions ne fait pas partie du présent Cours ; nous nous contentons donc d'indiquer l'existence de ces questions (1).

(1) Nous rappelons enfin qu'en Islâm noir, l'emprise de la coutume est certainement considérable ; bien que nous soyons assez mal renseignés sur ces questions, il est certain aussi que plusieurs régions de l'Afrique sont bien islamisées (Mauritanie, Nigeria du Nord).

CHAPITRE XIII

CONCLUSIONS

57. — QUE NOUS MONTRE L'EXAMEN DE L'ÉTENDUE D'APPLICATION RÉELLE DE LA LOI MUSULMANE DANS LE MONDE ? — L'Islâm est apparu comme une religion doublement totalitaire : il a voulu s'étendre au monde entier et les fouqahâ ont élaboré un système qui devait régler toute la vie du croyant et de la communauté.

Quant au premier point, il y a bien longtemps que l'Islâm a renoncé à son rêve de conquête universelle, et sauf en Afrique Noire, ou dans d'autres régions peu civilisées, il ne fait plus de progrès. Quant au second point, nous avons vu dans l'Introduction que, même dans les pays les plus islamisés, le système du fiqh n'avait été mis que partiellement en vigueur. Aujourd'hui, l'emprise du fiqh est faible, en somme (1).

Notre tableau est très bigarré, cependant quelques idées générales s'en dégagent ; la première étant justement celle de cette diversité. Voici les autres :

a) Quant aux pays de coutumes (Indonésie, Afrique du Nord (partiellement) et sans doute Afrique Noire), ils représentent un état de choses du passé ; c'est tout au plus si ce groupe pourrait, dans l'hypothèse la plus favorable, espérer maintenir ses positions ; en fait, il en perdra sans cesse plus, soit au profit du droit musulman, au fur et à mesure que la population évoluera davantage dans le sens d'une islamisation plus poussée, soit au profit d'un système juridique inspiré par le droit moderne (comme par exemple en Kabylie). En tous cas, c'est seulement dans ces pays que le droit musulman peut encore espérer gagner du terrain.

b) En effet, des cas comme ceux de l'Arabie Séoudite ou de l'Afghanistan (ch. II), sont des exceptions qui confirment la

(1) La moitié des musulmans du monde ont, ou un droit très réformé (Inde), ou resté très coutumier (Indonésie). A cela s'ajoutent au moins 15 % de musulmans auxquels un droit purement laïc est appliqué (Turquie, Chine, Russie, Albanie), sans parler des autres où le fiqh est peu ou guère en vigueur.

règle, que l'on ne revient pas en arrière dans l'évolution juridique des peuples.

c) Il y a maintenant des groupes très notables de Musulmans (Russes, Turcs, Albanais, et sans doute Chinois) qui sont régis par le droit commun ; on peut évaluer en gros ceux-ci à au moins 1/6 de la communauté islamique toute entière. On ne peut guère douter que c'est vers cet état de choses que l'on s'acheminera dans tout l'Islâm, mais nous croyons que ce ne sera pas avant bien longtemps, et peut-être n'y parviendra-t-on jamais entièrement.

d) En effet, si l'on examine les pays étudiés par nous, il faut reconnaître que les forces réformatrices ont une puissance vraiment bien faible en Islâm, dans ce domaine juridique : l'effet en est nul au Maroc et en Tunisie, quasi nul en Syrie, bien modeste en Egypte ; si l'on considère en effet le bilan des réformes dans ce pays, qui est — prétend-il — à la tête des nations musulmanes, et quand on le compare à ce qui s'est observé, là où les réformes se sont faites sans l'Islâm, ou malgré lui, la différence est frappante ; les trois forces réformatrices, voire révolutionnaires, ont en effet été : l'expansion civilisatrice de l'Europe (Algérie, Inde ex-anglaise), le nationalisme anti-musulman (Turquie, Albanie), le bolchevisme (Russie).

e) Cependant, il semble qu'il y ait, pourtant, *idjma'* sur l'utilité de certaines réformes, qui, bien qu'en théorie, aussi contraires que toutes les autres, au système, en principe définitif, du *fiqh*, n'en ont pas moins passé dans les mœurs ; en particulier l'Egypte nous donne à ce sujet de précieuses indications. Ce sont : 1° la réorganisation de la justice avec un appel, voire un pourvoi en Cassation (même en Arabie) ; 2° une administration centrale des *h'abous* ; 3° un système de contrôle des tutelles un peu plus efficace que celui du *fiqh* ; 4° un système d'enregistrement des mariages ; 5° dans les pays non-mâlékites, le droit accordé à la femme de demander le divorce.

f) Il n'en est pas moins vrai que, dans les pays étudiés au premier et au second titres, les institutions fondamentales du droit musulman, celles qui constituent le bastion de la foi islamique, en matière de statut personnel et successoral, sont demeurées absolument intactes, ou presque. Examinons-les donc de plus près.

58. LES INSTITUTIONS FONDAMENTALES DU DROIT MUSULMAN ET LA CIVILISATION MODERNE. — Quant au statut successoral, il y a

peu de choses à en dire ; il est parfaitement compatible avec cette civilisation, et pour le montrer, il suffit d'une simple constatation ; c'est que des pays très civilisés, comme l'Angleterre, ont pratiqué la liberté testamentaire absolue ; dans ces conditions, puisque l'Angleterre permet à ses nationaux de régler leurs successions, — entre autres, — selon le système des *faraïdhs* ; on ne voit pas pourquoi il serait interdit aux musulmans de le faire. Tout au plus, l'absence de représentation (à laquelle on peut remédier par un testament) a-t-elle quelque chose de regrettable, car, en ce qui concerne l'exhérédation partielle des filles, elle est, au moins partiellement, compensée par la dot payée par le mari et l'obligation où il est d'assumer seul les charges du ménage ; au surplus, et en moyenne, si les enfants héritent moins du côté de leur mère, elle-même défavorisée, ils héritent davantage, pour cette même raison, du côté de leur père.

Malheureusement, il n'en va pas de même en ce qui concerne le statut personnel, car il y a ici trois institutions qui heurtent vivement la conscience moderne : le droit de *djebr*, la polygamie et la répudiation.

Quant aux deux premières institutions, c'est surtout une question d'évolution sociale plutôt que juridique. Que servirait l'obligation d'obtenir le consentement formel de la jeune fille à son mariage, si la crainte révérentielle est telle chez elle qu'elle obéira aux ordres de son père ? La rédaction de notre propre article 1.114 du Code civil, et la lecture des comédies de Molière est assez instructive à cet égard. Et, par contre, dans des pays assez évolués, rien n'empêche le père de famille de consulter sa fille.

La polygamie, de son côté, toujours très rare, est appelée à diminuer à l'avenir. Au risque de heurter beaucoup de gens, je n'hésite même pas à déclarer que cette institution ne me choque que médiocrement, lorsque l'on considère le nombre de polygames de fait qui existent ailleurs qu'en Islâm, et lorsque l'on songe à l'expérience extraordinaire des Mormons qui, en Amérique du Nord, en plein *xix^e* siècle, ont connu la polygamie pour des raisons religieuses (1).

Je n'en dirai pas autant de la répudiation, qui est la plaie des familles musulmanes et un scandale intolérable. Je n'arrive pas à comprendre qu'il y ait eu des autorités gouvernemen-

(1) Voir notre *Histoire des Mormons*, d'imminente publication dans la Collection "Que sais-je ?" (Presses Universitaires).

tales en France pour déclarer compatible avec le titre de citoyen français, l'exercice d'un droit qui permet au mari de se débarrasser de sa femme, lui eût-elle donné dix enfants, sans motif, sans formalité et sans indemnité. Il est aussi incroyable qu'il ne se soit pas encore élevé en Islâm des voix autorisées (sauf ce que nous avons vu en Yougo-Slavie) pour réclamer la cessation d'une chose aussi parfaitement monstrueuse.

59. AVENIR DU DROIT MUSULMAN. INTÉRÊT DE NOTRE ÉTUDE. — Pour toutes ces raisons, donc, je suis porté à penser que les institutions juridiques positives des peuples musulmans sont appelées à évoluer, qu'elles continuent à se diversifier et à s'éloigner de l'idéal du fiqh; mais aussi je pense qu'à moins de révolutions venant de l'extérieur, cette abolition graduelle du fiqh sera très lente, en particulier en Afrique du Nord, où le moins que l'on puisse dire, c'est que la population intéressée n'y pêche pas par un excès de zèle réformateur.

Il n'en reste pas moins que notre étude, du simple point de vue scientifique et sociologique, me paraît avoir un intérêt de premier ordre. Ce qui fait la valeur des études de droit romain, c'est que l'on y voit comment évolue *au cours des temps* un grand système juridique. Ici, et bien que le fiqh soit loin de représenter une valeur intellectuelle comparable au droit romain, nous avons vu comment, *dans l'espace*, s'applique un grand système, moins juridique que rituel. Pour ma part, je trouve cette étude au moins aussi instructive que celle du droit romain, et je serais heureux si j'avais réussi ici à vous faire partager ce point de vue quelque peu hérétique.

Table des Matières

	PAGES
Avertissement	5
CHAPITRE PREMIER. — Introduction	7
TITRE PREMIER	
<i>Les régions conservatrices</i>	
» II. — Arabie et Afghanistan	15
» III. — Les protectorats d'Afrique du Nord. La Libye. Pays issus du démembrement de l'Empire turc	18
TITRE II	
<i>Pays où certaines réformes ont été opérées</i>	
» IV. — La Syrie	21
» V. — La Yougoslavie	31
» VI. — L'Egypte	36
» VII. — La Perse	45
» VIII. — L'Inde	50
• TITRE III	
<i>Pays où le droit musulman est totalement aboli</i>	
» IX. — La Turquie	65
» X. — La Russie et l'Albanie	74
TITRE IV	
<i>Pays coutumiers</i>	
» XI. — L'Indonésie	77
» XII. — Les régions coutumières d'Afrique du Nord ...	98
» XIII. — Conclusions	100