

REVUE MAROCAINE

DE LÉGISLATION, DOCTRINE, JURISPRUDENCE CHERIFIENNES

(Droit musulman malékite, coutumes berbères, lois israélites)

Trimestrielle, en langue française et arabe

Fondée par Paul ZEYS

Membre de l'Académie des Sciences Coloniales

Conseiller à la Cour d'Appel de Paris

Ancien Inspecteur des Juridictions Chérifiennes à Rabat

et Ancien Président de Chambre à la Cour d'Appel de Rabat

COMITE DE REDACTION : M. Paul ZEYS, Président.

MEMBRES : MM. **Abderrahman Buret**, professeur à l'Institut des Hautes Etudes Marocaines ; **Ahmed ben Driss ben Bouchta**, juge stagiaire à la Section Coutumière du Haut Tribunal Chérifien ; **Ahmed ben Messaoud**, interprète au Secrétariat de S. M. le Sultan ; **Ahmed Bennani**, Secrétaire du Grand Vizir ; **Ahmed el Hamiani**, Secrétaire au Haut Tribunal Chérifien ; **Ahmed Tijani**, interprète principal au Contrôle Civil de Safi ; **Ammar**, interprète principal au Bureau des Domaines ; **Bennaceur ben Omar**, Interprète au Commissariat du Gouvernement, près le Pacha de Fès ; **Blachère**, professeur agrégé d'arabe, à l'École des Langues Orientales ; **Bruno**, avocat à la Cour, ancien bâtonnier, Directeur d'Etudes à l'Institut des Hautes Etudes, chargé de cours à l'École Coloniale ; **El Match**, greffier du Haut Tribunal Rabbînique ; **Griguer**, chef du bureau des Domaines ; **Grimaldi**, Interprète à la Direction des Services Chérifiens ; **Luccioni**, Chef du Contentieux du Service des Habous, chargé de cours à l'Institut ; **Merad bel Abbas ben Abdelkader**, Interprète principal à la Direction des Services Chérifiens ; **Messaoud Chiguer** et **Mohamed Dziri**, secrétaires du Gouvernement Chérifien ; **Mohamed Hajoui**, juge suppléant au Haut Tribunal Chérifien ; **Morel-Francoz**, Chef du bureau de la Justice coutumière ; **Muhl**, rédacteur à la Direction des Services Chérifiens ; **Neigel**, directeur honoraire du Collège Moulay-Youssef ; **Surdon**, professeur à l'Institut ; **Vallat**, contrôleur civil, chef du contrôle au Tribunal d'Appel du Chra.

Gérant de la Revue : **M. ADIGARD des GAUTRIES, à Mazagan.**

PRIX D'ABONNEMENT ANNUEL

La partie française ou la partie arabe se vendent séparément :

Maroc, Algérie, Tunisie, France, Colonies françaises	55 fr.	partie française	70 fr.	partie arabe
Etranger	65 fr.			
Un numéro isolé	15 fr.	seulement	20 fr.	seulement

Les deux parties réunies se vendent : 125 fr. ou 140 fr. suivant le pays.

Les abonnements sont reçus :

Pour le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, par la librairie Pierre COUSIN, éditeur
10, Avenue Dar el Maghzen à Rabat, compte chèques postaux Rabat 201.

Pour tout autre pays que l'Afrique du Nord : par la

SOCIETE ANONYME DE LA LIBRAIRIE DU RECUEIL SIREY, éditeur

22, rue Soufflot, Paris V^e — Compte chèques postaux, Paris 3319

AUTRES PRINCIPAUX COLLABORATEURS

MM. Abdallah ben Souda, secrétaire au Tribunal d'Appel au Châra; **Abdelhamid ben Abdesselam Ronda**, Cadi à Beni-Mellal; **Abdeljelil Kabbaj**, Secrétaire à la Direction des Services Chérifiens; **Abdelkrim Abou Aïou**, ancien Président de l'Association Littéraire musulmane de Salé; **Abdelkrim ben Djelloun Toulmi**, Secrétaire au Haut Tribunal Chérifien; **Abdellatif Tazi**, Juge stagiaire au Haut Tribunal Chérifien; **Abderrahman ben Haj Chefchaoui**, Cadi d'Oujda; **Abdesselam ben Youssef**, Interprète principal au Service du Contrôle Civil; **Ahmed ben Abdallah Chbihi el Hosni**, professeur au Collège Moulay-Idriss, à Fès; **Ahmed ben el Hadj El Ayschi Skiredj**, Cadi de Sétif; **Ahmed ben Tahar Zerhouni**, Secrétaire au Haut Tribunal Chérifien; **All ben Mohamed el Hasseni Demnati**, Cadi de Marrakech-banlieue; **Allouche**, professeur agrégé à l'Institut des Hautes Etudes; **Amor Mnaouer**, interprète principal aux services judiciaires, à Tunis, greffier de la Chambre des requêtes de l'Ouzara; **Interprète Capitaine Aspinton**, au Bureau régional des Affaires Indigènes à Marrakech; **Bayssiere**, avocat à Rabat; **Benachenhou Hamid**, interprète au Contrôle Civil de Marchand; **Interprète Capitaine Bendaoud**, à Rabat; **Berque**, contrôleur civil suppléant à Fès; **Berger-Vachon et Bouquet**, professeurs à la Faculté de Droit d'Alger; **Boris de Parfentieff**, attaché à la Direction des Services Chérifiens; **Bouzar**, interprète à Laghouat; **Caramé**, ancien interprète principal à Rabat; **Cavillon**, avocat à Marrakech; **Chafik Chehata**, maître de conférences à la Faculté de Droit du Caire; **Interprète Capitaine Coudino**, Commissaire du Gouvernement près le Tribunal colonial d'appel d'Azrou; **Darmon**, interprète judiciaire honoraire; **Decroux**, juge suppléant au tribunal d'Oujda; **Capitaine Denat**, chef du bureau des Affaires Indigènes à El Khab; **Mme Alice Destrez**, avocate à Casablanca; **Foad Doumet**, publiciste, à Paris; **Faure**, interprète au service des Habous; **Fergani Khattab**, interprète à Fès; **Guay**, Chef de l'interpréariat à Fès; **Guillemot**, Président de la Chambre des requêtes de l'Ouzara; **Hadj Mohammed Larbi Naciri**, Président du Haut Tribunal Chérifien; **Hocine ben el Oualid el Iraqi**, ancien professeur à l'Université de Qaraouyne, Cadi des Alt Ourir; **Jaffar Naciri**, Secrétaire au Vizirat de la Justice; **Kadouch**, avocat à Dijon; **Léris**, Président de Chambre à la Cour d'Appel de Rabat, chargé de cours à l'Institut; **Luya**, professeur au Collège Moulay-Youssef; **Interprète Colonel Margot** à Rabat; **Matte**, Contrôleur Civil adjoint à Oujda; **Mehdi ben Abdeljelil**, Interprète au Service du Contrôle Civil; **Ménard**, avocat au Tribunal Mixte de Tanger; **Meylan**, juge suppléant au Tribunal de Rabat; **Mhamed Naciri**, Secrétaire au Vizirat de la Justice; **Interprète Lieutenant Miollan** au bureau des Affaires Indigènes à Laghouat; **Miquel**, Interprète à la Direction des Affaires Politiques; **Mohammed ben Abdesselam Ronda**, Vizir de la Justice; **Mohamed ben Kaddour el Abbadi**, Cadi de Sali; **Mohammed ben Larbi el Alaoui**, Président du Tribunal d'Appel au Châra; **Mohammed Chérif**, Interprète au Tribunal Mixte de Tanger; **Mohammed Farfra**, Secrétaire à la Direction des Affaires politiques; **Moulay Ismail el Idrissi**, Cadi de Fès-Sinat; **Nehmani Chalom**, greffier du tribunal rabbinique de Meknes; **Okbani Haj Hamida**, interprète aux Affaires Indigènes à Midelt; **Omar ben Abdallah Aoued**, Juge stagiaire au Haut Tribunal Chérifien; **Parreau**, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris; **Peyronnie**, Juge au tribunal de Casablanca; **Ravès**, Juge au tribunal de Rabat; **Rey**, Interprète à la Direction générale des Services Chérifiens; **Lieutenant Robillot**, aux Affaires Indigènes à Imintânout; **Roussier-Théaux**, professeur à la Faculté de Droit d'Alger; **Interprète Capitaine Roux**, à la Direction des Affaires politiques; **Sabatier**, Juge suppléant au tribunal de Marrakech; **Segueni Mohammed Sétah**, Interprète au service des Habous; **Senedi**, Interprète au Contrôle civil d'El-Hajeb; **Tahar Meouli**, Interprète principal à la Direction des Services Chérifiens; **Capitaine Turbet**, Chef du bureau des Affaires Indigènes à Aheringoumou; **Vaugliet**, avocat à Fès; **Viard**, professeur à la Faculté de Droit d'Alger.

CORRESPONDANTS

MM. Abderrahman ben el Kherani, vice-président de l'Université de Qaraouyne; **Aboud**, Chef de l'archeve de Soukhaut; **Bouarjoux**, avocat à Marrakech; **de Bodmar**, avocat à Larache; **Benhamouda**, professeur agrégé à l'université; **Bitar**, Secrétaire traducteur au Ministère des Colonies; **Bonan**, avocat à Casablanca; **Boubaker ben Ali Aoued**, Cadi au Port-Lyautey; **Chanoine**, Commissaire du Gouvernement près le Pacha de Casablanca; **Chauveau**, doyen de la Faculté de droit d'Alger; **Chauvel**, Contrôleur civil suppléant à Khémisset; **Chomoul**, professeur agrégé d'arabe à Oujda; **Contard**, Chef de la Région Civile d'Oujda; **Colonel Coulaud**, à Rabat; **Debray**, Chef de la Section d'Etat à la Direction des Services Chérifiens; **Gaudetroy-Démombaynes**, vice-président de l'Institut des Etudes Islamiques; **Gérard**, Interprète à Oujda; **Raf Ahmed el Hachem**, Juge au Haut Tribunal Chérifien; **Haj Mohamed Bouchara**, au service des Domains à Rabat; **Herrero**, Directeur des centres juridiques à l'Institut; **Kaddour ben Charrif**, Ministre Plénipotentiaire, Directeur de l'Institut musulman à Paris; **Director du Protocole de S. M. le Sultan**; **Khayat**, professeur au Collège Moulay-

BULLETIN DE SOUSCRIPTION

REVUE MAROCAINE

de législation, doctrine et jurisprudence chérifiennes

Trimestrielle

fondée par Paul ZEYS

Membre de l'Académie des Sciences Coloniales

Conseiller à la Cour d'Appel de Paris

Ancien Président de Chambre à la Cour d'Appel de Rabat

et ancien Inspecteur des Juridictions Chérifiennes à Rabat

Je, soussigné (Nom, Profession,) :

demeurant à

déclare souscrire à abonnement à cette Revue pour l'année
1935-1936 et pour l'année 1937-1938

Je joins à ce bulletin un mandat, par année, de 125 francs ou de 140
francs ou de 70 francs, ou de 75 francs, ou de 65 francs, ou de 55 francs,
suivant les précisions portées sur la couverture.

Signature :

Détacher le présent bulletin et l'adresser avec le mandat-poste ou administra-
tif à M. Pierre Cousin libraire, 10, avenue Dar-el-Maghzen, à Rabat (pour le Maroc,
Algérie, Tunisie) ; compte chèques postaux Rabat 201 ; ou à la Librairie du Recueil
Sirey, 22, rue Soufflot, Paris-V* (pour la France, colonies françaises, étranger) ;
compte chèques postaux Paris 3319.

Dans le cas de refus de s'abonner à la Revue, prière de réexpédier le numéro à
M. Paul Zeys, 31, Boulevard Raspail, Paris 7°.

La revue comporte environ 400 pages françaises et 400 pages arabes, soit environ 800
pages par an et dans 9 chapitres. Les années 1935-1936 et 1937-1938 ne forment
que deux années.

Les tables des Matières sont dressées par ordre alphabétique ; chaque matière
dans chaque chapitre est classée d'après la première lettre alphabétique du mot le
plus saillant du titre du texte.

Chaque chapitre de chaque numéro trimestriel forme un cahier distinct, coupé
d'après les besoins de l'impression, et dont le texte continue dans le numéro sui-
vant. A la fin de l'année les 4 cahiers de chaque chapitre doivent être réunis pour
former un volume.

Elle se vend en deux brochures au choix de l'abonné : partie française seule ou
partie arabe seule.

Toutes les communications doivent être adressées à M. Paul ZEYS, Conseiller à
la Cour d'Appel de Paris, 31, Boulevard Raspail (7°).

La Revue rend compte de tout ouvrage nouveau intéressant la Justice chérifienne
et le droit musulman, contre la remise gratuite de deux exemplaires de l'ouvrage.

Youssef ; **Lamotte**, délégué au Ministère de la justice tunisienne ; **Lcoust Emile**, ancien Directeur d'Etudes berbères ; **Leblanc**, Jean, contrôleur civil suppléant, secrétaire adjoint du Haut Comité Méditerranéen ; **Lemaire**, Conseiller adjoint du Gouvernement Chérifien, Chef du Contrôle du Service des Habous ; **Mallarmé**, professeur de droit, ancien ministre, Député d'Alger ; **Mammeri Mohamed**, Directeur adjoint du Protocole de S. M. le Sultan ; **William Marçais**, professeur au Collège de France ; **Marchat**, Conseiller du Gouvernement Chérifien, Directeur des Services Chérifiens ; **Marcy**, maître de conférences à la Faculté des lettres d'Alger ; **René Maunier**, professeur à la Faculté de Droit de Paris ; **Mehdi el Faasi**, Cadet de Camp Boulhaut ; **Mehdi Essakali**, oukél judiciaire à Casablanca ; Capitaine **Méric**, chef du bureau des Affaires indigènes à Tata ; **Millot**, professeur à la Faculté de Droit d'Alger, ancien Doyen, Directeur général des Affaires indigènes et des Territoires du Sud à Alger ; **Mohamed ben Driss Jamal**, Vice-Président de la Section Coutumière du Haut Tribunal Chérifien ; **Mohamed el Fasi**, professeur à l'Institut ; **Mohammed el Hajoui**, Délégué à l'Instruction Publique ; **Mohammed Moultne**, Vizir des Habous ; **Montagne**, Directeur du centre de Hautes Etudes d'Administration musulmane, à Paris ; **Moulay Abdallah el Fedili**, Président de l'Université de Qaraouyne ; Capitaine **Oloix**, Chef du bureau des Affaires indigènes à Inezgane ; **Omar el Bacha**, Juge au Haut Tribunal Chérifien ; **Pesle**, chef du bureau à la Direction des Services Chérifiens, chargé de cours à l'Institut ; **Roux**, Directeur du Collège Moukay-Youssef ; Capitaine **Samuel**, Chef du bureau des Affaires indigènes à Fiziit ; **Sicot**, Directeur des Affaires politiques ; Capitaine **Spillman**, à la Direction des Affaires politiques ; Interprète Capitaine **Tassoni**, Commissaire du Gouvernement du Haut Tribunal Chérifien ; **Taya ben Haj**, Professeur à Qaraouyne ; **Torres**, Conseiller honoraire du Gouvernement Chérifien ; **Truchet**, Contrôleur des Autorités Chérifiennes à Tanger ; Colonel **Volnot**, à Rabat ; **Vrolyk**, secrétaire adjoint au Haut Comité méditerranéen ; **Zagury**, Inspecteur des Institutions Israélites à Casablanca.

COLLÈGE SAINTE-BARBE

Place du Panthéon - PARIS 5^e

Etablissement secondaire libre et laïque. Prépare les jeunes musulmans, marocains, algériens et tunisiens aux baccalauréats, écoles d'agriculture, grandes écoles du Gouvernement. Cours de vacances. Enseignement de la langue arabe.

S'adresser à M. le Directeur du Collège Sainte-Barbe

TABLE DES MATIERES

contenues dans le numéro 6-7 de 1937-1938

CHAPITRE I. — LEGISLATION.

- 14** Décision résidentielle du 20 août 1914, mettant certains travaux publics à la charge des municipalités et non des habous. Traduit par Si ben Naceur ben Omar 1
- 15** Dahir du 31 août 1914, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Traduit par Si ben Naceur ben Omar 2
- 16** Dahir du 11 septembre 1914, relatif à l'administration des tribus berbères. Note de M. Zeys. Traduite par Si Abdeljelil Kabbaj 2

CHAPITRE II. — DOCTRINE.

- Le droit public dans la montagne marocaine* — par G. Surdon. — Traduit par Si ben Naceur ben Omar 9
- L'esclavage au Maroc* — par Si Ahmed Ibn Khaled Ennaciri. — Traduction par Si Ahmed Naciri. Note par M. Boris de Parfentieff. Traduit par M. Joseph Carame 17

CHAPITRE III. — TRADUCTION D'AUTEURS.

- Ahmed ben Abdallah Ech-Chbihi et Hosni.* — Consultation juridique sur l'impossibilité d'exercer la chefaâ, en raison de l'état d'indivision primitif antérieur. — Traduit par M. Neigel 12
- Ali ben Haroun. — El Haffar. — Ibn Loub. — Ibn Rouchd.* — Consultation juridique sur le régime des eaux. — (Extrait des Nawazil). — Traduit par M. Ammar 14
- Ali ben Mohamed el Hassani Demnati.* — Consultation juridique sur la vente çafqa. Traduit par M. Guay 16
- El Hocine el Ouaid el Iraqi.* — Consultation juridique établissant que celui qui a la jouissance pendant un certain temps est légalement propriétaire. — Traduit par M. Neigel 11

CHAPITRE IV. — Jurisprudence.

- A. *Chrâ*. — **38** Sévices allégués par la femme à l'encontre de son mari : le mari doit aller habiter auprès de témoins honorables. Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ, du 21 octobre 1935. Consultation juridique par Si Ahmed bel Hadj Benâacheur ben Abdennebi. Traduit par le Capitaine Roux et M. Guay 25
- 39** *Sur le droit de retrait*. — Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ, du 1^{er} avril 1935. Note de M. Vallat. Traduits par M. Ammar 28
- 40** *Sur la validité du gage et la prise de possession par le créancier*. — Jugement du Cadi d'Oujda, du 19 août 1933. Traduit par Si Segueni Mohamed Salah 30
- 41** *La femme répudiée au cours de la maladie dont son mari est mort, hérite de celui-ci*. — Jugement du Cadi de Beni-Mellal du 2 août 1937. Traduit par M. Guay 34
- B. *Maghzen* **42** *Titre de créance sans mention de cautionnement avec lajif imprécis*. — Arrêt du Haut Tribunal chérifien du 1^{er} mai 1935. Traduit par Si Merad bel Abbès ben Abdelkader 36
- C. *Coutumier* **43** *Partage amiable en l'absence d'un héritier peut être repris*. — Arrêt du Tribunal coutumier d'appel d'Azrou, du 8 octobre 1937. Traduit par M. Miquel 37
- D. *Israélite* **45** *Mariage en secondes noces du mari sans enfants*. — Jugement du Tribunal rabbinique de Meknès du 2 décembre 1936. Note par M. Darmon et M. Chalom Nehmani. Traduits par M. Joseph Carame 53
- E. *Français* **44** *Possession paisible opposable à des titres. — Déten tion à titre de khobzataire*. — Arrêt de la Cour de Rabat du 18 décembre 1935. — Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ du 12 mars 1928. — Indépendance des juridictions chérifienne et française. Contrôle de la Cour de Cassation impossible. Délits d'audience et dépens devant le Chrâ. Notes par MM. Zeys et Surdon. Traduits par MM. Abdesselam ben Youssef, Ammar, Benachenhou Hamid, Bennaceur ben Omar et Messaoud Chiguer 41

CHAPITRE V. — ACTES DIVERS.

- 19** *Acte notarié de mariage d'une jeune fille qui a encore son père*, par Si Mohamed ben Ahmed ben Hamdoun Bennani, dit Feraoun (suite et fin). Traduit par M. Guay, sous la direction de M. Bruno 11

- 20** *Acte notarié marocain à Mazagan contenant un testament.*
Traduit par Si Ahmed ben Driss ben Bouchta. Note par
Paul Zeys, traduite par Si Ahmed ben Tahar Zerhouni 25

CHAPITRE VI. — BIOGRAPHIES.

- Si Abou Chouaïb Doukhali.* — Sa vie, ses œuvres, par Si
Abdallah ben Souda. Traduit par Si Messaoud Chiqueur.
- Éloge par Si Mohamed el Mehdi el Hajoui 5

CHAPITRE VII. — BIBLIOGRAPHIES.

- Aspinion.* — *Etude du droit coutumier berbère marocain dans les
tribus zaïanes.* — Compte rendu par Mme Alice Destrez.
Traduit par M. Guay 30
- Berque.* — *Les pactes pastoraux chez les Beni Mesquine* (Etude des
contrats nord-africains). — Compte rendu par M. Zeys.
Traduit par Si Mohamed Hajoui 33
- Bousquet.* — *Précis élémentaire de droit musulman, malékite et
Algérien.* — Compte rendu par M. Surdon. Traduit par Si
Ahmed Tijani 17
- Cohen.* — *Le Talmud.* — Compte rendu, par M. Kadouch. Traduit
par M. Ammar 38
- Dinet et El Haj Sliman ben Ibrahim.* — *La vie de Mohamed, Pro-
phète d'Allah.* — Compte rendu et traduction par M. Ber-
que 23
- Meylan.* — *Les mariages mixtes en Afrique du Nord.* — Compte
rendu par M. Lérès. Traduit par Si Ahmed Bennani 25
- Mohamed Omar el Hajoui.* — *Histoire diplomatique du Maroc.* —
Compte rendu par M. Cavillon. Traduit par M. Neigel 39
- Pesle et Ahmed Tijani.* — *Le Coran : sa traduction.* — Compte ren-
du par M. Blachère. Traduit par Si el Mehdi ben Abdel-
jelil 19
- Werner.* — *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le
droit colonial français.* — Compte rendu par M. Decroux.
Traduit par Si Tahar Maoui 21
- Weytt-Gisclard.* — *L'assistance aux indigènes musulmans au Ma-
roc.* Traduit par le Capitaine Ben Daoud 35

CHAPITRE VIII. — DROIT COMPARE.

- Les actes antérieurs à l'interdiction sont valables.* — Arrêt
de la Chambre des Requêtes de l'Ouzara, à Tunis du 10
janvier 1936. Traduit par M. Amor Mnaouar 1

- Le bénéfice du droit d'occupation* (décret beylical du 2 juillet 1935), est accordé au tunisien musulman qui a cultivé d'une manière directe et non interrompue, par lui-même ou par ses ancêtres, une parcelle rurale habous depuis une date antérieure à 1894, quel que soit le titre de l'occupation (location, sous-location, métayage, concession gratuite). Arrêt de la Chambre des requêtes de l'Ouzara, à Tunis du 29 mars 1938. Traduit par M. Amor Mnaouar 2
- Les Tripolitains, sujets coloniaux italiens, sont justiciables en Tunisie des tribunaux tunisiens.* — Arrêt de la Chambre des requêtes de l'Ouzara, à Tunis, du 2 février 1937. Traduit par M. Amor Mnaouar 3
- L'enfant né 9 mois et 15 jours après le remariage de la mère, a pour père le second mari et non le premier mari, absent depuis trois années et qui lui avait notifié sa répudiation.* — Jugement du Cadi de Laghouat du 18 avril 1938. Traduit par M. Bouzar 4

Viennent de paraître chez :

JURIS-CLASSEURS
27, place Dauphine
PARIS 1^{er}

P. et G. SOUBIRON
12, rue Dumont d'Urville
ALGER

TABLES CENTENAIRES
DE JURISPRUDENCE NORD-AFRICAINES
(ALGERIE - TUNISIE - MAROC) 1830-1930
Plus de 9.000 décisions de jurisprudence en 4 volumes
sur 2.312 pages : 600 francs

LIBRAIRIE MAX BESSON

8, rue de l'Echoué - Paris VI^e — Tél. Danton. 79-59

LIVRES ANCIENS ET MODERNES EN TOUS GENRES
SUR LES COLONIES
ET SPECIALEMENT L'AFRIQUE DU NORD
(Linguistique, droit, histoire, etc...)
CATALOGUE SUR DEMANDE

Chapitre I. — LÉGISLATION

14 20 AOUT 1914 (28 ramadane 1332)

Décision Résidentielle mettant certains travaux publics à la charge des Municipalités et non des habous

Considérant que les Habous participent, dans certaines villes, à l'exécution de quelques travaux présentant un caractère d'utilité publique (entretien et curage des égouts et des latrines publiques, entretien des murs d'enceinte et des portes des villes, des abreuvoirs, des ponts, des rues, etc...), alors qu'ils sont déchargés de ce soin dans certaines villes ;

Considérant que les Habous n'ont à leur disposition ni les ressources pécuniaires, ni le personnel nécessaires pour assurer l'entretien de ces ouvrages dans les conditions exigées par l'hygiène moderne ;

Considérant que, conformément aux prescriptions de la loi musulmane, les Habous ont à supporter les dépenses afférentes au fonctionnement des services du culte, de la justice et du haut enseignement musulman, et, de ce fait, déchargent d'autant le budget général du Protectorat ;

Considérant, d'autre part, qu'il y a intérêt à adopter une règle uniforme en cette matière et à confier dans chaque ville, soit aux municipalités, soit au Service des Travaux publics les travaux présentant un intérêt aussi général ;

ART. 1. — Les subventions que les Habous affectaient dans certaines villes à quelques travaux d'utilité publique : entretien et curage des égouts et des latrines publiques, entretien des murs d'enceinte et des portes des villes, des abreuvoirs, des ponts et des rues, etc..., sont supprimées.

ART. 2. — Les dépenses afférentes aux objets énumérés à l'article précédent sont et demeurent à la charge des municipalités ou du Service des Travaux publics, suivant qu'il s'agit du domaine municipal ou du domaine public.

ART. 3. — Le Secrétaire général du Gouvernement Chérifien est chargé de l'exécution de la présente décision.

Traduit par Si ben Naceur ben Omar.

15 31 AOÛT 1914 (9 chaoual 1332)**Dahir sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. (1)**

(Bulletin officiel du 28 septembre 1914)

promulgué le 4 septembre 1914

ART. 7. — Ne peuvent être expropriés : les mosquées, les sanctuaires et les cimetières reconnus.

Il en est de même des immeubles faisant partie du domaine public et des ouvrages militaires.

Traduit par Si Ben Naceur ben Omar.

16 11 SEPTEMBRE 1914 (20 chaoual 1332)**Dahir relatif à l'administration des tribus berbères de l'Empire**

(Bulletin officiel du 21 septembre 1914)

promulgué le 15 septembre 1914

Considérant que de nouvelles tribus sont, par les progrès de la pacification, journellement rattachées à l'empire, que ces tribus de race berbère ont des lois et des coutumes propres en usage chez elles de toute antiquité et auxquelles elles sont attachées.

Considérant qu'il importe pour le bien de Nos sujets et la tranquillité de Notre Empire Fortuné, de respecter le statut coutumier qui régit ces tribus.

ARTICLE 1. — Les tribus dites de coutumes berbères sont et demeurent régies et administrées selon leurs lois et coutumes propres sous le contrôle des autorités.

ARTICLE 2. — Des arrêtés de Notre Grand Vizir, pris d'accord avec le Secrétaire Général du Gouvernement Chérifien désigneront au fur et à mesure des besoins :

(1) Voir consultation juridique de Si Larbi Naciri sur l'expropriation en droit musulman. (Revue Marocaine, 1937 III 6).

- 1° les tribus à comprendre dans la catégorie dite de coutume berbère; (1)
- 2° les textes de lois et de réglementation d'ores et déjà promulgués qui sont applicables aux tribus de coutume berbère. (2)

Traduit par Si Abdeljelil Kabbaj.

(1) Les tribus berbères comprises dans les circonscriptions judiciaires des tribunaux coutumiers sont énumérées dans les arrêtés viziriels des 15 septembre 1934 (5 Djoumadi II 1353), 22 septembre 1936 (5 redjeb 1355) et 10 mars 1937 (26 hija 1355).

(2) Cette règle laissait entendre à cette époque qu'une sélection serait faite parmi les dahirs déjà promulgués pour n'appliquer que certains d'entre eux aux Berbères de coutume et que des dispositions spéciales insérées dans les dahirs à venir préciseraient s'ils visaient les ressortissants des tribus de coutume.

Cette sélection ne fut pas faite et aucune disposition spéciale, postérieure au 11 septembre 1914 ne mentionna sa non applicabilité aux pays de coutume, et par la suite furent promulgués :

1° des textes qui organisaient la justice berbère : à savoir : sur le fonctionnement, la compétence, la procédure des tribunaux coutumiers : le dahir du 16 mai 1930 (17 hija 1348), articles 1^{er}, § 1 ; 2, 3, 5, 7, 8 ; l'arrêté viziriel du 8 avril 1934 (23 Hija 1352) ; sur le rattachement de la justice berbère à la Direction des affaires chérifiennes, le dahir du 26 mars 1935 (20 hija 1353) ; sur le tarif des actes et frais de justice : les arrêtés viziriels des 30 octobre 1934 (20 redjeb 1353) et 11 septembre 1935 (11 djoumadi II 1354) ; sur la section pénale coutumière le dahir du 8 avril 1934 (23 hija 1352) ; sur le greffe de cette juridiction, l'arrêté viziriel du 22 juin 1934 (9 rebi I 1353) ; sur la récidive, le dahir du 28 août 1933 (6 djoumadi I 1352), art. 9 : les arrêtés viziriels des 9 avril 1934 (24 hija 1352), 14 août 1934 (2 djoumadi I 1353), 10 octobre 1934 (30 djoumadi II 1353) ; sur les indemnités aux membres de ces tribunaux : les arrêtés viziriels du 23 juin 1934 (10 rebi I 1353) et 17 décembre 1934 (9 ramadane 1353).

2° trois textes visant spécialement les pays de coutume :

a) dahir du 5 septembre 1921 (2 moharrem 1340) appliquant à ces tribus les textes organisant la gestion et l'aliénation des biens collectifs ;

b) dahir du 28 novembre 1921 (27 rebi I 1340) appliquant à ces tribus les textes concernant les djemaas administratives et les sociétés indigènes de prévoyance ;

c) dahir du 15 juin 1922 (19 chaoual 1340) réglementant les aliénations immobilières consenties par des ressortissants des tribus de coutume à des étrangers à ces tribus ;

Ces deux premiers dahirs énoncent la réserve qu'ils ne doivent être appliqués qu'après consultation des notables berbères, et dans un sens conforme aux coutumes ; le troisième dahir soumet les aliénations à la procédure obligatoire de l'immatriculation, pour protéger le patrimoine des tribus berbères. alors qu'en pays de chrâ l'immatriculation n'est que facultative.

Paul ZEYS.

Traduit par Si Abdeljlil Kebbaj.

LE DROIT PUBLIC DANS LA MONTAGNE MAROCAINE (1)

par G. SURDON

Le Sultan Turc Ahmed III avait envoyé à la Cour de Louis XV encore mineur, un ambassadeur du nom de Mohammed Effendi qui dépeignit les Français, comme suit à son Souverain : « Les Franes ne ressemblent pas plus aux Turcs que la nuit ne ressemble au jour : Quand nous entrons dans un appartement, nous ôtons nos chaussures et demeurons la tête couverte. Les Franes, eux, gardent leurs souliers et enlèvent leur chapeau. Nous laissons croître notre barbe et rasons nos cheveux. Ils laissent croître leurs cheveux et rasent leur barbe. Nous écrivons de droite à gauche ; ils écrivent de gauche à droite. Nous mettons les tapis sous les tables, ils les mettent dessus... Bref, concluait ce diplomate : mettez un Turc la tête en bas, les pieds en l'air, vous aurez un Franc ! »

Que l'on remplace Turc par Marocain et l'on aura une idée de la façon dont se contemplant les deux peuplements du Maroc. Mais ces oppositions concernent surtout des usages et coutumes, le droit privé. On connaît moins celles qui ont trait au droit public. Or, c'est précisément celles-là qui intéressent au premier chef l'exécution du Traité de Protectorat et l'évolution du Maroc.

C'est une modification du droit public que nous sommes chargés par ce traité d'accomplir avec l'obligation de ne pas exorbiter les marocains de leur cadre traditionnel ; délicate obligation parce que les modifications ne s'accomplissent pas de la même façon en Orient qu'en Occident. Ici, c'est le peuple qui les fait. Là, c'est un chef absolu qui les impose au peuple, au besoin par la pendaison. C'est à cette pénible extrémité que fut réduit à plusieurs reprises Ataturk « le Père des Turcs », Mustafa Kamal, chef actuel de l'Etat Turc. La première fois ce fut à la suite de la séparation du temporel et du spirituel en Turquie. Mustafa Kamal croyait, comme beaucoup de grands orientalistes, que la théocratie n'était que la simple réunion du spirituel et du temporel et concluait que pour créer en Turquie un Etat de forme occidentale, il devait suffire d'en effectuer la séparation. L'Occident, a, en effet, toujours appuyé son droit public sur la notion qu'il faut rendre à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui lui revient.

L'Orient n'a jamais eu cette notion. Mustafa Kamal s'en aperçut. A peine venait-il d'effectuer cette séparation que le 11 février 1924 les conservateurs faisaient éclater une terrible insurrection dans le massif montagneux du Kurdistan peuplé de deux millions et demi d'habitants. La révolte kurde a son origine première dans l'application subite de lois modernes à des tribus incapables d'en saisir la portée. Mais la population n'aurait sûrement

(1) Communication faite le 13 mai 1937 au Congrès de la Montagne Marocaine à Rabat.

pas pris les armes pour cette raison contre la République, si un chef ambitieux n'avait saisi l'occasion de proclamer la religion menacée. Les Montagnards Kurdes partirent en guerre aux cris de « Nous voulons le chraâ ». Trois corps d'armée furent employés à la répression et le 28 juin 1924, l'insurrection de droit public avait son épilogue macabre : quarante-six cheikhs furent pendus à la nuit tombante devant la grande mosquée de Diarbékir.

On a ainsi une idée concrète des difficultés matérielles que Mustapha Kemal Atatürk eut à surmonter pour remettre « le Turc à l'endroit » et lui faire adopter les concepts occidentaux du droit public.

Or, au Maroc, il existe, comme en Turquie avant la révolution de 1924, deux systèmes autochtones de droit public très différents l'un de l'autre. Et ce sont ces deux systèmes qui sont appelés à évoluer vers le nôtre par l'application du Traité de Protectorat. C'est à ces deux systèmes que s'applique en effet l'article premier de cet instrument diplomatique aux termes duquel les deux Hautes Parties contractantes sont convenues de permettre à la France de procéder aux réformes administratives, judiciaires, scolaires, économiques, financières et militaires qu'elle jugera utile d'introduire au Maroc. A tout le Maroc bien entendu, rassemblé tout entier, depuis le 17 mars 1934 seulement sous l'autorité de son Sultan, grâce aux efforts français.

Si vingt-deux ans de combats parfois très rudes ont été nécessaires pour donner à l'Empire Chérifien son unité politique, c'est ou antérieurement à l'établissement du Protectorat, le Maroc était partagé entre deux systèmes de droit public : celui du Bled el Makhzen et celui du Bled es Siba. Le système des cités et des plaines, celui des Monts. Le système de droit public malékite, celui du Pays de coutumes.

Depuis la plus haute antiquité connue, c'était à ce double régime de droit public qu'étaient soumis les Marocains, selon leur habitat. Même sous la splendeur et la puissance des Almohades, ainsi que nous l'avons montré dans notre étude sur les Institutions et les Coutumes des Berbères du Maghreb.

C'est la montagne qui veut cet état de choses. C'est parce qu'il y a des massifs montagneux au Maroc qu'il y a un système de droit public qui leur est propre et qu'il y a donc dans ce pays deux systèmes de droit public.

Leur importance est marquée par le chiffre des populations qu'ils régissent respectivement : Trois millions trois cent mille âmes environ pour celui de la montagne, deux millions neuf cent mille environ qui sont régis par le système malékite.

Le système malékite consiste en un régime de théocratie pure. Pour faire partie de l'Etat, il faut appartenir à la religion musulmane. C'est la condition nécessaire et suffisante. La clé de voûte de l'Etat est au ciel. Ce qui se passe sur le sol lui est extérieur. C'est l'Etat de Dieu. Le Sultan, descendant authentique du Prophète, est le propriétaire de l'Etat pour le

compte d'Allah, qui en a conservé le domaine éminent. Ses auxiliaires, pour le gouvernement, nous dirions en droit public occidental, ses fonctionnaires, sont de simples mandataires révocables ad nutum. La fonction publique y est essentiellement précaire. Le droit pénal, dans un semblable Etat, est caractérisé par le fait qu'il repose exclusivement sur la notion de *jebr*, de *contrainte*. Aussi est-il foncièrement arbitraire, dans la qualification des infractions comme dans la détermination des peines.

Dans la montagne ce sont des éléments tout différents qui constituent l'assiette de la notion de l'Etat : ne sont considérés comme citoyens de cet Etat que ceux qui sont unis par un lien de parenté soit naturellement par la filiation ou l'affinité, soit artificiellement par l'adoption. Cette dernière institution, qui relève du droit privé dans la construction juridique de notre pays et qui est complètement absente du système malékite, appartient dans le système juridique de la montagne, exclusivement, au domaine du droit public. La confession est ici insuffisante à conférer le droit de cité, lequel repose exclusivement sur la consanguinité. Le cercle de celle-ci est formé par tous ceux qui se considèrent comme descendant d'un ancêtre éponyme ou totémique commun. C'est l'Etat Tribal. On n'exerce des droits et on n'obtient de protection que si l'on est lié à l'Etat Tribal par des liens de sang. A défaut l'on n'est qu'un étranger, un ennemi que l'on peut dépouiller et même mettre à mort impunément. L'Etat Tribal peut donc être défini dans la Montagne marocaine : « une construction agnatique de groupements ou de groupes de familles ».

Dans un semblable Etat l'individu s'efface complètement derrière le groupe qui sous peine de destruction doit, comme l'écrivait Masqueray en termes heureux, demeurer discipliné « comme un régiment ou un équipage de navire ».

C'est la division en clans, c'est l'existence de pactes de solidarité qui assurent la cohésion nécessaire à l'existence de l'Etat Tribal. Toute la vie publique dans les tribus de coutume dérive de cette notion fondamentale. Ce ne sont pas les citoyens qui sont représentés dans le Gouvernement de l'Etat, mais les groupes de familles, les clans. Les membres de la Djemaâ sont les représentants des liens du sang. Ils ne sont pas élus par leurs frères, mais choisis par cooptation. Tous les clans sont nécessairement représentés dans le Gouvernement de l'Etat parce qu'un clan qui n'y aurait pas de représentant serait frappé de disparition, de mort civile. Et comme les liens du sang durent autant que la vie, la fonction publique est viagère. Seul l'agent d'exécution de la Djemaâ, l'Amrar, est élu pour un an ou plus exactement choisi à tour de rôle dans les familles influentes du groupement. Mais ce n'est qu'un agent d'exécution. Ce n'est pas un Chef d'Etat. C'est le concept de consanguinité, qui fait mal considérer par les Berbères les tentatives d'établissement d'un pouvoir personnel. C'est le concept qui confère une si brève existence à l'Etat Oriental ainsi que l'a si bien observé Ibn Khaldoun. Le grand historien juriste, n'a cependant pas dégagé le critérium de droit public qui vient d'être établi. Il a émis

l'opinion que si l'État en Orient ne pouvait pas durer au-delà de trois ou quatre générations, soit 120 ou 150 ans, on en devait rechercher la cause dans l'affaiblissement de la moralité du souverain. C'est le concept qui confère à l'histoire du Maroc et de l'Espagne Musulmane un caractère biologique.

Et non seulement la fonction publique est viagère mais encore les décisions de la Djemaâ ne peuvent être prises qu'à l'unanimité. C'est pour cela que le désaccord systématique d'un membre de la Djemaâ avec ses collègues est une cause d'exclusion de la Djemaâ.

Le droit pénal n'est pas moins fortement marqué par la consanguinité. Dans la montagne marocaine la notion d'ordre public repose étroitement sur la division de l'État en groupements consanguins. Aussi serait-il plus exact d'employer l'expression d'ordre social. C'est l'ordre social qui doit être maintenu à tout prix. Aussi est-il minutieusement protégé par les représentants des liens du sang, la Djemaâ, qui en est l'agent d'application. Rien n'est laissé à l'arbitraire. Non seulement la règle « nulle peine sans texte » y est rigoureusement appliquée, mais aucune liberté n'est laissée à l'appréciation des membres de la Djemaâ. Le droit pénal dans la Montagne, ne se présente pas sous la forme d'un code, mais sous celui d'un catalogue. Aucune discussion n'est possible, ni pour l'application de la peine, ni pour la détermination de l'infraction. Et lorsqu'un cas nouveau surgit la Djemaâ en délibère aussi longuement qu'il est nécessaire pour que l'ordre social soit parfaitement préservé par la nouvelle décision.

Ces traits du droit public dans la Montagne marocaine s'observent usuellement dans le Moyen Atlas qui est l'habitat du Groupe des Berbères Inaziren. Chez ces semi-nomades transhumants, pasteurs de moutons, et laboureurs, on fait la constatation matérielle et directe que seule la consanguinité constitue le ciment de l'État.

Dans le groupe des Chleuhs dont l'habitat est constitué par la Haut Atlas, l'Anti-Atlas, le Sous et les confins du Maroc, certaines apparences donnent à penser qu'il existe peut-être des liens juridiques entre le sol et les habitants et que, comme l'a écrit Montagne dans son beau travail « dans ces provinces éloignées des villes, dont l'histoire du pays suffit à tracer exactement les limites, les Berbères, prendront conscience avec plus de force, sous un régime administratif adapté à leur existence, des liens si durables, qui les unissent à leur sol. »

Deux de ces apparences sont principalement à noter. La sédentarisation des habitants et la présence dans la Djemaâ, à côté des représentants de la consanguinité, *les Injlassen*, de représentants de la culture arabe, les Tolbas.

La village, chez les Chleuhs, il est aisé de l'observer, n'est pas autre chose que la projection sur le sol des liens de la consanguinité. Les groupes de familles, *les irsan*, *les os* sont séparés par des jardins, des

baies de cactus ou tout autre mode d'isolement qui montrent que l'on est en présence d'une agglomération de hameaux. La tendance qui se manifeste est celle de la dispersion et non de la concentration, comme c'est le cas chez nous. Lorsqu'une famille adopte un étranger, celui-ci appuie sa maison, sur celle de l'adoptant. Les Juifs protégés permanents d'un groupement sont tenus de se grouper dans un hameau particulier. Ils habitent dans le village mais n'en font pas partie. De même les étrangers admis à domicile.

Il existe, aussi, ainsi que l'a observé Montagne, des villages d'hiver, tel celui d'Amassine ou celui des Aït Mesri qui sont vides pendant la belle saison, la population se trouvant dispersée dans une dizaine de villages d'été.

Mais ce qui montre le mieux que les villages ne représentent aucune entité et n'ont pas une âme collective, ce sont les dénominations à base de consanguinité ; les Aït un tel dit-on, des Ikhsane, qui composent le village ; des clans entre qui se répartissent les Ikhsane. C'est aussi la persistance du dispositif agnatique de la consanguinité à travers toutes les vicissitudes et tous les changements. Nous en avons plusieurs exemples notés par Montagne. La paix française a fait descendre des villages fortifiés juchés sur les dernières pentes de l'Anti-Atlas, les habitants du Dir dans la plaine ; les habitants qui abandonnent ainsi la montagne ne s'établissent pas au hasard et en désordre dans l'Azarhar. Ils se réunissent à nouveau en villages qui sont la même disposition que ceux qui étaient depuis longtemps fixés dans l'Atlas.

Même lorsqu'ils sont transplantés les Chleuhs continuent à se grouper selon les lois de la consanguinité ; ainsi les tribus de Massat, des Ida ou Bakil, des Ammelu, des Ida ou Gnidif se reforment dans les mandards d'Argenteuil, de Puteaux et de Saint-Etienne. Ainsi, les retrouvés rassemblés dans les grandes villes du Maroc, aussi bien dans les Médinas que dans les Bidonvilles.

Ce lien résiste à toutes les transformations et assure la cohésion à une force telle qu'elle est apparue à Montagne comme mystérieuse. « C'est ainsi, écrit-il, dans son admirable travail sur les relations entre les Berbères du Sud et le Makhzen (p. 416), que la force tenace de ce lien mystérieux par lequel se trouvent unis les habitants d'un même canton, d'une même tribu, ne paraît en rien diminuée, jusqu'à présent par les conditions nouvelles d'existence que la paix française a apportées au Sous ».

Ne peuvent faire partie du village que les parents par le sang. On ne devient pas membre du village *jure soli* mais *jure sanguinis*.

Le second élément, qui fait différer du droit public chez les Chleuhs d'avec celui qu'il a chez les Imaziren est constitué par la présence au gouvernement de l'Etat tribal, à la Djemaâ, de tolbas, de lettrés qui représentent non plus les liens du sang, mais ceux de la culture arabe.

Les Inlassen qui représentent la consanguinité et les Tolbas, sont

intimement mêlés pour assurer le respect et l'application de la coutume millénaire, celle qui n'est écrite nulle part et qui est, comme le disent naïvement les coutumiers dans la tête des Anciens, celle que l'on appelle le Chraâ par opposition à l'Orf qui désigne des points particuliers de la coutume ou des rejetons de la coutume générale. Ce sont les tolbas qui fournissent le principal contingent des arbitres chargés d'appliquer la coutume privée. On les appelle de noms arabes : Cadis, Muftis, Mouhakim. Mais leur rôle est immuable ; ils disent la coutume et veillent à sa stricte observation.

Les Inffassen, eux, avaient pour mission d'appliquer la coutume pénale. Cela ne les empêche pas d'ailleurs d'être choisis le cas échéant comme arbitres. C'était plus rare. Aujourd'hui, c'est le Caïd et lui seul qui applique un droit parfaitement arbitraire dans le cadre coutumier.

La situation devient pénible pour tous deux car ils sont en concurrence dans un même domaine, celui de la justice privée. Il est malaisé de la résoudre, car les Chleuhs n'ont jamais été dans la nécessité de faire une sélection parmi les Tolbas et ceux-ci peuvent tous prétendre aujourd'hui à faire partie de la Djemaâ. Mais la présence de ces Tolbas ne modifiait en rien les caractéristiques du Droit Public chez les Chleuhs : la fonction de membre de la Djemaâ était viagère, le droit pénal y était exclusif d'arbitraire. Quelques peines coraniques apparaissaient bien telles que le talion, la projection du haut d'une falaise, la lapidation, mais ce n'était qu'à titre auxiliaire ou supplétif, à défaut d'application de la peine coutumière. Preuve qu'il n'existe nul antagonisme entre les représentants de la consanguinité et ceux de la culture arabe et que les uns et les autres ont la même conscience que l'état est dans la Montagne de nature biologique.

Ces données de l'observation se renforcent singulièrement lorsqu'on relève dans les coutumiers et dans les conventions passées entre les groupements, pour préciser ou modifier un point de la coutume, des dispositions particulièrement énergiques pour assurer le respect dû au lien de consanguinité vis-à-vis des étrangers, c'est-à-dire de ceux qui ne font pas partie de la tribu, qui ne sont pas « frères », que les liens du sang n'unissent pas.

Voici un passage de l'orf des Aït Herbil du Tamanart (Ramadan 1328-1910), recueilli par le Capitaine Chedeville, du Service des Affaires Indigènes : « Les membres de la Djemaâ ont mis un quintar (mille mitqal) comme peine à celui qui manquera à la solidarité, car ils sont frères. » L'énergie de la protection donnée à la consanguinité apparaît quand on sait que cette peine est équivalente à dix fois celle qui est infligée en cas de meurtre. Un manquement à la consanguinité cause visiblement beaucoup plus de trouble à l'ordre social qu'un meurtre.

La plus anodine collusion avec l'étranger est sévèrement réprimée. L'orf des Ida ou Mout (article 18) précise que celui qui témoigne en fa-

veur de quelqu'un qui appartient à une tribu (on ne dit pas un village) étrangère contre un de ses « frères » des Ida ou Mout sera passible des peines encourues par les meurtriers.

Dès que l'on dépasse ce stade dans l'intervention de l'étranger, les peines deviennent redoutables.

L'orf des Id Brahim punit d'une amende de 1000 réaux, soit dix fois la peine encourue par un meurtrier, celui qui introduit l'étranger chez ses « frères » : c'est-à-dire en un point quelconque de la tribu et non pas seulement dans son village. Il n'offense pas que son village, mais toute la tribu.

L'orf des Aït Ourane décide que celui qui indiquera à des maraudeurs étrangers du bien des Aït Ourane pour le faire prendre ou voler sera mis à mort et la tribu détruira et mangera son bien. Cupidon lui-même est violemment fustigé, quand il décoche ses traits pour le compte d'un étranger, et si Sganarelle fait rire les Chleuhs tout comme les Français, le rire cesse et la chanson cesse quand un étranger se mêle de son aventure.

Et voici un exemple caractéristique : L'article 16 de l'Orf des Ahl Aglou dispose : « Celui qui tue un étranger surpris dans les Zeribas en flagrant délit d'adultère, dans les champs ou dans le village, ou de tout autre fait analogue portant atteinte à la sécurité de la tribu n'est passible d'aucune peine. La tribu (et non le village) en prendra la responsabilité et paiera tous les frais occasionnés par la mort de cet étranger. L'auteur du meurtre ne paiera que sa quote part, tout *comme ses frères de tribu.* »

Mais il convient de remarquer que la solidarité due à la consanguinité joue également pour protéger l'étranger qui vient chercher un refuge dans la tribu (et non pas seulement dans le village).

L'article 86 de l'Orf des Ahl Ma'der frappe d'une amende de 500 réaux soit cinq fois la peine encourue par le meurtrier et condamne à la destruction de sa maison, le Ma'deri qui s'est laissé allécher par la prime offerte par la famille d'un étranger tué par un de ses frères de tribu, pour mettre à mort le meurtrier qui est venu se réfugier chez les Ahl Ma'der.

Pas plus que le village, l'Agadir ne représente un concept territorial ni même un embryon de ce concept. Il est aisé d'en faire l'observation. Mais on a les idées parfaitement fixées à la seule lecture des Orfs comportant la création d'un Agadir. Il s'agit toujours de l'Agadir des Aït un tel, c'est-à-dire d'un groupement de familles (un irs ou des irsane). La consanguinité apparaît surtout quand on se retire de l'Agadir. Le retrait ne saurait être individuel. Ainsi le note Montagne, dans son étude sur un magasin collectif de l'Anti-Atlas, l'Agadir de Ikounka (page 103) « Brahim ben Ali anflouss de *ses frères*, les Ait Bou Aïne m'a déclaré (c'est le rédacteur de l'acte qui s'exprime ainsi) qu'il s'affranchit *lui et ses frères*, les Ait Bou Aïne, des affaires de la forteresse des Ait Bahmane, de son gouvernement, de sa garde, et de ses usages. »

Comme on le voit, la conception biologique de la tribu demeure aussi vivace chez les sédentaires que chez les transhumants. Simplement chez les sédentaires la conception est matérialisée sur le sol. Un observateur averti, sait voir, au seul aspect du village, en combien d'irsane, de groupements de familles il est divisé, où se trouvent les étrangers, etc... Il nous est impossible par suite de nous rallier à la conclusion donnée par Montagne à son étude sur un magasin collectif de l'Anti-Atlas et d'après laquelle l'Agadir, apparu avec les premières manifestations de la vie sédentaire, disparaîtrait au moment où, sous des formes encore très modestes, se préparerait dans le village berbère la naissance de la cité.

Les observations faites, les expressions dont se servent les Chleuhs quand on les interroge, les termes utilisés dans des coutumiers montrent, sans exception, que chez ces sédentaires aucun lien juridique de droit public n'existe entre le sol et ses habitants. Et cependant, quel amour n'ont-ils pas pour ce sol ingrat qui leur coûte tant d'argent et tant d'efforts, car ils s'expatrient : s'ils économisent sou à sou des sommes importantes, c'est pour le bout de terre irrigué, le modeste champ laissé dans la tribu natale. On peut parfaitement appliquer aux Chleuhs la boutade lancée par E.-F. Gautier aux Mozabites : « Le Chleuh, est un avare qui entretient un domaine ruineux au Sahara. »

Faut-il conclure que l'amour du sol est impuissant à modifier le concept biologique de l'État ? Il semble bien qu'il faille répondre affirmativement si on laisse les choses suivre leur cours naturel. Car nous disposons pour le vérifier d'autres champs importants d'études et d'investigations. L'amour du sol est aussi vil chez les Kabyles et les Chaouïas de l'Aurès, berbères sédentaires, que chez les Chleuhs. Après cent années de pénétration française, on y observe que le droit public y a conservé, intégralement son caractère biologique. Chez les Mozabites l'amour du sol y est encore plus poussé puisque dès avant la guerre la terre cultivable s'y vendait au mètre carré et que le mètre carré de cette terre ne valait pas moins de 7 francs, soit 30 francs de notre monnaie actuelle.

On peut cependant dans tous ces cantons berbères et montagneux de l'Afrique du Nord, où les habitants sont des sédentaires, faire la constatation que le concept biologique du droit public est le seul qui ait cours. Cent années de simple juxtaposition entre le concept géographique et le concept biologique de l'État n'ont engendré aucune modification chez le second. Et pourtant, c'est vers un concept géographique et occidental de l'État que tendent tous les peuples de l'Orient.

Quand on compare entre elles ces deux observations, n'est-on pas en droit de penser qu'il est nécessaire de bien dégager la nature du droit public dans la Montagne marocaine ainsi que ses différents aspects afin de déterminer la direction qu'il convient d'imprimer à son évolution et les étapes que celle-ci doit franchir pour parvenir à l'accomplissement de la mission dévolue à la France par le Traité du Protectorat ?

G. SURDON,

Traduit par Si Bennaceur ben Omar.

Ahmed Ennaciri. Traduction des Considérations juridiques sur l'Esclavage au Maroc. Extrait du Kitab El Istiqqa, par Si Ahmed Ibn Khaled Ennaciri, son père, dans : Archives Marocaines V. Les Saadiens, chez Champion, Paris 1936 (1).

Nous avons vu, d'après les faits historiques relatifs au Soudan que nous avons racontés précédemment, que les habitants de ce pays avaient, depuis fort longtemps adopté la religion islamique, qu'ils étaient compris parmi les musulmans les plus orthodoxes, et qu'ils avaient mieux que tout autre peuple, la passion de l'étude et la vénération des savants. Cet état d'esprit était très répandu dans les pays limitrophes du Maghreb et connu de tout le monde.

Cette vérité historique montre suffisamment la monstruosité de la pratique malheureuse qui, depuis bien longtemps, s'était généralisée dans tout le pays du Maghreb ; je parle de cette plaie sociale qui est l'esclavage des nègres originaires du Soudan, quelle que soit la confession de la race à laquelle ils appartiennent, musulmane ou païenne, qu'on a l'habitude d'amener chaque année, de leur pays, en grand nombre, comme des troupeaux, pour les vendre à la criée, comme des bêtes de somme, et d'une façon plus indécente encore, dans les marchés des villes et de la campagne du Maghreb.

Sans honte, les gens ferment les yeux sur ce crime qui se commet au grand jour depuis une longue suite de générations, à tel point que la masse du peuple croit que l'origine légale de l'esclavage consiste dans la noirceur du teint et la provenance du Soudan. C'est là, par Dieu, une des pratiques les plus abominables, et les plus graves en matière de religion, car ces nègres sont des musulmans, et par conséquent, jouissent des mêmes droits et sont assujettis aux mêmes devoirs que nous. En admettant qu'il y ait parmi eux des polythéistes ou des adeptes d'une autre religion que l'islamisme, la grande majorité est de confession musulmane, à l'heure actuelle et même bien avant notre époque. (Or, en droit islamique, tout jugement dogmatique doit reposer sur la majorité des cas d'espèce qui le déterminent). Et en admettant même que cette majorité fasse défaut en l'occurrence et que l'Islam et le paganisme soient égaux en nombre et en valeur dans ces contrées, qui pourrait nous renseigner, d'une manière exacte, sur la provenance de ces noirs mis en vente et s'ils sont d'une race païenne ou d'une race musulmane ?

En principe, tous les hommes sont de condition libre et sont exempts par conséquent de toute cause d'asservissement : quiconque donc nie cette liberté individuelle, nie ce principe fondamental. Les déclarations que

(1) Voir : *Les sources de l'esclavage en droit musulman*, dans Ernest Zeys, *Esclavage et guerre sainte* : consultation adressée aux gens du Touat par un érudit nègre de Tombouctou au XVII^e siècle. Bulletin de la Réunion d'Etudes Algériennes, chez Marchal et Billard, 1896.

font les importateurs et les marchands d'esclaves à ce sujet sont sujettes à caution parce que c'est un fait établi et connu de tout le monde que les vendeurs en général quand il s'agit d'écouler leur marchandise, ne reculent pas devant le mensonge pour la vanter outre mesure et lui attribuer des qualités imaginaires, et que, ceux qui se livrent au commerce d'esclaves, d'une façon particulière, vont très loin dans cette voie. D'ailleurs, tous ceux qui s'adonnent à ce métier vil sont, tels que nous les voyons, des gens sans aveu, sans moralité et sans religion. Notre temps est ce que l'on sait et les gens au milieu desquels nous vivons sont ce que nous voyons ! On ne doit pas non plus ajouter foi aux dires des esclaves eux-mêmes, en ce qui concerne leur condition, comme le disent les juristes, étant donné la diversité des circonstances et des intérêts sur ce point. Il se peut en effet, que leur vendeur les ait mis auparavant à la torture pour qu'ils ne disent rien qui puisse porter atteinte à la légitimité de ce trafic : il se peut aussi que l'esclave, mis en vente ait tout intérêt à sortir de la possession de son ancien maître, par tous les moyens possibles, et qu'il lui importe peu de s'attribuer la servitude devant le désir de se voir vendu d'urgence ; il se peut enfin, qu'il y ait d'autres intérêts de ce genre qu'il serait long d'énumérer.

Il est d'autre part de notoriété publique (fondée sur le témoignage des gens dignes de foi) que les tribus du Soudan, à l'heure actuelle — et même bien avant cette époque — font des incursions les unes chez les autres et ravissent les enfants et que ces enlèvements se font ordinairement loin des pays de la tribu. Ces peuplades agissent ainsi comme les tribus du Maghreb qui commettent des actes de brigandages : vols, razzias, enlèvement des troupeaux, attaques à main armée, à l'encontre de leurs frères de sang. Ces gens sont pourtant tous des Musulmans, mais le manque de religion et l'absence d'autorité les poussent à ces crimes.

Comment donc un homme qui a le moindre scrupule pour sa religion, pourrait-il se permettre d'acquérir ainsi des personnes de cette condition ? Comment pourrait-il aussi avoir l'audace de prendre leurs femmes pour concubines alors qu'on ne doit jamais, d'après la loi, avoir des relations intimes avec celles dont la condition est douteuse.

Dans le chapitre : « Du licite et de l'illicite » de l'ouvrage intitulé : *Ihia oloum ed din*, le cheikh Abou Hamid el Chezzali, s'exprime ainsi :

« Quand on nous sert un mets ou qu'on nous fait un présent, quand on achète ou qu'on reçoit une donation, on n'est pas obligé de s'enquérir sur la provenance de ces choses et de se poser à chaque cas, cette question ; « Ceci fait partie des choses sur l'origine licite desquelles je ne possède aucune certitude ; donc, je ne le prends pas ; je veux, au préalable, être fixé sur son caractère licite. » Toutefois, cette règle n'est pas générale et il ne nous appartient pas de laisser de côté cette enquête, dans tous les cas d'espèce ; par conséquent, on ne doit pas prendre toutes les choses sur lesquelles on ne possède aucun renseignement prouvant qu'elles sont bien illicites.

« Dans ce domaine, le critérium est qu'il y aura enquête préalable dans tous les cas où il y aura incertitude apparente. » El Ghezzali s'étendit longuement sur ce sujet et conclut en disant : « Le vendeur ne doit pas être cru sur sa parole s'il est soupçonné de donner du débit à sa marchandise ». Si la question se pose ainsi en matière pécuniaire, la règle ci-dessus doit s'appliquer, par analogie et à plus forte raison, à l'asservissement des personnes et au concubinage illicite qui sont l'objet d'un surcroît de préoccupations de la part du législateur, ainsi que cela résulte des principes généraux qui régissent le droit islamique.

Dans son opuscule intitulé : « Mi'raj es So'oud » et consacré à cette question, après avoir cité le nom des tribus païennes du Soudan telles que les Mouchi et certaines fractions des Foullane, etc., le cheikh Ahmed Baba conclut à la fin de son ouvrage en disant que : peut être réduite en esclavage, légalement, toute personne originaire de ces tribus.

De même, Ouali ed Din Ibn Khaldoun relate qu'au-delà du Niger habite une tribu nègre du nom de Lamlam. Ces gens, qui sont païens, ont l'habitude de se cautériser le visage et les tempes. Les habitants de Ghana et les Tekrour font des incursions chez eux, les réduisent en captivité, et les vendent comme esclaves aux commerçants qui les importent au Maghreb. Presque tous les esclaves de ce pays, dit Ibn Khaldoun, sont originaires de Lamlam. Il n'existe dans le sud aucun peuplement derrière cette tribu... « Mais la distinction établie par Ahmed Baba entre les tribus fidèles et infidèles n'est utile qu'aux habitants des pays contigus au Soudan, qui sont, de par leur situation, bien renseignés sur l'origine exacte de ces pauvres malheureux et sauront distinguer, le cas échéant, ceux venant de telle tribu de ceux importés d'une telle autre.

Quant aux habitants du Maghreb dont le pays se trouve à l'extrémité du continent et qui est séparé du Soudan par de vastes solitudes, remplies seulement par les vents rapides, cette distinction n'a aucune valeur pour eux, car ils n'ont personne qui pourrait les renseigner exactement à ce sujet. Nous avons démontré, au point de vue juridique, que les déclarations des marchands doivent être rejetées, et nous ajoutons ici que nous ne possédons aucun renseignement sur la religion suivie à l'heure actuelle par ces tribus et que nous ne savons pas si elles conservent encore de nos jours leur idolâtrie.

Les gens ne se soucient guère de ces considérations et n'ont pas de scrupules à ce sujet. Toutes les fois qu'ils voient un esclave homme ou femme, mis en vente au marché, ils n'hésitent pas, quand ils en ont besoin, à en faire l'acquisition, ils se montrent indifférents à tout ce que nous venons d'exposer et ne s'intéressent qu'aux défauts physiques que pourrait présenter le sujet, sans faire aucune distinction ni entre les races, ni entre les couleurs. Blancs ou noirs, rouges ou bruns sont tous à leurs yeux de condition servile.

Bien plus, des scélérats qui sont d'une impertinence téméraire à l'égard de Dieu vont jusqu'à ravir, de nos jours, les personnes de condition libre,

dans les tribus et les bourgs, et même dans les villes du Maghreb, pour les vendre ensuite dans les marchés, publiquement sans que cette pratique reçoive la moindre improbation ou provoque la moindre réaction religieuse de la part du public.

Ces personnes enlevées à leurs familles sont quelquefois vendues à des chrétiens et à des juifs qui les asservissent au vu et au su de tout le monde. Si nous réfléchissons un peu à cette situation, nous verrons en elle une punition divine. A l'occasion de ces calamités qui nous atteignent dans notre religion, nous recommandons notre âme à Dieu, en prononçant cette oraison : nous appartenons à Dieu, et c'est à Lui que nous devons recourir !

En résumé, du moment que tous les hommes sont libres, en principe, ainsi que nous l'avons développé précédemment ; qu'il a été établi par une tradition constante que les nations soudanaises les plus proches du Maroc sont toutes ou du moins la plupart d'entre elles, de confession musulmane ; qu'il est de notoriété publique que ces nations font des incursions les unes chez les autres, et ravissent les enfants pour les vendre injustement et d'une manière illicite ; que les importateurs et les marchands de ces esclaves sont tels que nous les voyons, des gens de peu de valeur, sans foi, ni loi, nous ne devons pas hésiter à conclure, en raison des motifs exposés ci-dessus, que l'acquisition de toute personne de cette condition est interdite par la loi et que quiconque passe outre sera taxé d'irreligion. La possession de fait que les marchands exercent sur ces êtres n'est pas suffisante au point de vue juridique pour permettre leur acquisition, étant donné la fragilité de cet indice rendu inefficace par les circonstances qui l'entourent.

Un homme scrupuleux doit d'ailleurs consulter sa conscience à cet égard ; le Prophète dit justement : « Consulte toujours ton cœur, même au cas où l'on décide pour toi. » En effet, dès qu'on réfère au cœur pour chercher un remède à ce malheur, on acquiert cette conviction qu'il ne faut jamais s'approcher d'un domaine d'accès défendu. Enfin, si nous faisons abstraction de tout ce qui précède, nous trouverons dans ces trois choses d'une part :

1. L'immoralité manifeste de notre siècle ;
2. La tiédeur religieuse de nos contemporains ;
3. La grande incertitude qui caractérise cette mauvaise institution :

Et d'autre part, l'application stricte de ce principe fondamental du droit musulman, adopté plus particulièrement par l'imam Malik, (le fondateur de notre rite) qui consiste à interdire tout acte permis dont l'emploi abusif conduit par subterfuge à un autre acte interdit, nous trouverons, dis-je, dans tout cela des arguments suffisants pour la condamnation dogmatique de cette pratique dépravante qui jette le discrédit sur notre bonne réputation et sur notre vraie religion.

Nous faisons des vœux pour que Dieu inspire l'heureuse idée à celui

qui a la charge de veiller aux intérêts de la nation, d'extirper ce mal dans sa racine, car la cause de l'esclavage légal en pratique au temps du Prophète et de ses contemporains n'existe plus aujourd'hui : cette cause résidait uniquement dans la captivité des prisonniers de la guerre sainte qui n'était entreprise (au début de l'Islam) que pour la glorification des commandements de Dieu et pour la conversion des peuples de la terre à cette religion qu'Allah a choisie comme la meilleure pour ses serviteurs. Voilà l'esprit de cette religion qui nous a été révélée par notre Prophète. Tout ce qui est contraire à cet esprit doit être considéré comme contraire à la Révélation et toute loi différente est une autre que la Loi livine !

La voie du salut est entre les mains de Dieu. « Mon Dieu, nous avons été injustes envers nous-mêmes et si vous nous refusez votre pardon et votre miséricorde, nous subissons une grosse perte. »

SI AHMED IBN KHALED ENNACIRI.

Traduit par Si Ahmed Ennaciri.

Note. — Le décret du 27 février 1848 a aboli l'esclavage dans les pays d'outre-mer de la France et c'est ainsi qu'il a été jugé que toutes dispositions relatives à l'esclavage, notamment celles relatives au prix d'un esclave sont frappées d'une nullité absolue d'ordre public. (Cour d'Alger du 23 juin 1880) ; que le lien de dépendance qui rattachait l'esclave à son maître est détruit, et notamment le droit de succession du maître sur les biens de son affranchi (Jugement du Tribunal de Tunis, du 21 février 1889).

Au Maroc, les autorités n'eurent pas à intervenir ; les affranchissements se firent loyalement et sans réserve et les cadis n'eurent à rendre que rarement des décisions. Citons notamment les cas suivants :

En 1914, un procès fut intenté devant le Cadi Si Mohammed ben Rachid el Iraki, par un notable commençant, protégé hollandais, Si Abdelaziz ben Zekri Chaoui, dit Azouz, contre l'un de ses concitoyens, qui ayant épousé l'une de ses esclaves affranchies, voulut la vendre après l'avoir répudiée. Si Abdelaziz eut gain de cause : son ancienne esclave conserva sa liberté.

Le tribunal d'appel du Chrâ a jugé le 6 ramdane 1334 (7 juillet 1916), que la paternité de l'enfant né d'une esclave n'est attribuée au maître de cette esclave que si celui-ci reconnaît avoir eu des relations avec la mère et que l'affirmation de cette esclave, que l'enfant posthume est le fruit de ses relations avec le maître défunt entraîne l'attribution de la paternité de cet enfant au défunt, même si l'enfant est né onze mois après le décès du maître.

Si l'esclave devient grosse des œuvres de son maître, l'enfant naît

libre et devient l'égal des enfants légitimes de son père. Sans recouvrer de ce fait la liberté, la mère ne peut plus être vendue, ni par son patron, ni par son époux, si le patron la marie. Souvent il y a dans la maison un couple ou deux d'esclaves mariés dont les enfants suivent la condition de leurs parents. Le maître de son côté, décharge ses serviteurs de tous soucis matériels, les nourrit, les habille, et, parfois, les affranchit, quand il est satisfait de leurs services, mesure qui n'altère en rien le zèle et le dévouement des bénéficiaires, au contraire: l'histoire de l'Islam abonde en exemples célèbres qui témoignent de la reconnaissance des affranchis envers leurs maîtres : et il suffit de rappeler la fidélité inébranlable de Rachid, esclave affranchi d'Idriss Ier qui suivit son maître dans sa mauvaise comme dans sa bonne fortune.

En 1931, le Cadi Moulay Mohammed ben Ahmed el Alaoui de Fès-Djedid fut saisi par le Bit el Mal d'un procès sur la succession d'une esclave contre deux personnalités religieuses jouissant d'une grande vénération non seulement à Fès, mais dans le Maroc tout entier : Les Chérifs Moulay Ahmed ben Hammad ben Ali et son cousin germain Sidi Mohammed ben Moulay el Arbi ben Ali, neveu de la dame Ghitsa, fille de Moulay Ali et petite-fille du Saint vénéré Moulay el Arbi (1), fondateur de la confrérie des Darkaoua.

Le représentant de Bit el Mal, Si Abdallah Hajjaj, exerçait les fonctions de Bou Mouareth, et agissait à ce titre.

La dame Oum Kaltsoum Ghitsa, possédait une esclave nommée Anbar. Désireuse sur la fin de ses jours, de faire œuvre pie, elle fit établir un acte notarié aux termes duquel les témoins instrumentaires attestèrent qu'elle leur avait déclaré : « que lorsqu'elle mourrait, Anbar serait affranchie ». Puis elle la maria à un homme de condition libre.

Anbar survécut et à son ancienne maîtresse, et à son époux qui mourut sans l'avoir rendue mère. Elle même décéda à Fès le 9 mai 1931, sans laisser d'ascendant ou de descendant, ni de collatéraux, mais abandonnant une fortune considérable acquise dans la lucrative profession de Mâchita (2).

Cette fortune fut revendiquée comme leur échéant légalement, par les personnages désignés ci-dessus.

(1) Voir : Edouard Mondel, l'Islam : « l'ordre marocain des Darkaoua a été fondé par Sidi el Arbi el Darkaoui, mort en 1823 dans sa Zaouia de Bou Brihise au nord de Fès. C'est un ordre mendiant remarquable par le serment d'obéissance absolue que ses membres prêtent à leur Cheikh, comme le cadavre aux mains du laveur des morts ».

(2) La Mâchita, en arabe parlé, peut être employée comme auxiliaire de la Justice (ce qui était le cas pour Anbar), aux fins de proclamer officiellement la virginité de l'épousée en constatant sa défloration le lendemain de ses noces.

Les Neggafas tirent en outre revenu de la location qu'elles font, à l'occasion des mariages, de vêtements, parures et bijoux.

Dans leur mémoire introductif d'instance, les parties exposèrent au Cadi :

1^o le Bou Mouareth : Que la défunte était décédée sans laisser d'héritier, qu'elle était de condition libre, et que, par conséquent, la totalité de l'actif successoral lui échéait (1).

Il ajoutait qu'en fait, cette succession ne pouvait être liquidée comme celle d'un esclave, puisque la défunte avait été légalement affranchie. et que si elle ne l'avait pas été, la succession eut été la même : La France, protectrice du Gouvernement marocain, ayant comme toutes les autres puissances, aboli l'esclavage, ne pouvait admettre que l'actif de la succession d'une esclave, échut à son patron ou aux héritiers de celui-ci.

2^o les chérifs Darkaoua : Qu'ils devaient, (ce qui était la thèse contraire), être envoyés en possession de tout l'actif de la succession, la légitime possession d'un esclave, créant d'après la loi coranique, entre celui-ci et le patron, un lien de parenté équivalent à celui du lignage (2).

Le Cadi leur a donné gain de cause par le jugement suivant :

Le Cadi décide : *que* le Bit el Mal n'a aucun droit sur la succession de la défunte Aajja el Anbar ed Darkawia.

que ses héritiers Aceb par droit de patronage se réduisent actuellement aux mandats du demandeur qui, ont seuls, le droit d'hériter de la succession, étant établi que tante paternelle des deux bénéficiaires du jugement, la dame Oumm Ghitsa susdite, a accordé par affranchissement posthume la liberté à son esclave el Anbar, en présence et avec le consentement de cette dernière.

que le signalement de l'affranchie, tel qu'il figure dans l'acte d'affranchissement répond exactement à celui d'el Anbar au temps où elle vivait.

que les mandats du demandeur sont les seuls héritiers agnats d'Oumm Ghitsa, attendu que le Bou Mouareth a soumis cette affaire au Chraâ, et que le Cadi actuellement chargé d'appliquer les règles de la loi a cons-

(1) Chez les musulmans une succession en déshérence fait retour au Bit el Mal, qui occupe sous ce nom le dernier degré de l'échelle des héritiers. Il est assimilé à l'héritier universel ou Aceb, et il en possède les mêmes droits qu'il exerce à son défaut, quand le défunt n'a pas laissé de parent naturel ou degré successible, de patron, d'affranchi, ou de légataire institué.

(2) Voir : Eug. Clavel. Droit musulman : « L'affranchissement de l'esclave laisse subsister entre l'affranchissant et l'affranchi un lien de droit indestructible qui constitue le patronage... Ce droit héréditaire est la conséquence du pouvoir absolu qu'avait le maître sur l'esclave, pouvoir qui a cessé par l'affranchissement, mais dont il subsiste encore des traces entre le patron et l'affranchi, ce dernier restant, vis-à-vis de son ancien maître dans un état de quasi infériorité. Et il convient d'observer que le droit successif appartient au patron après même qu'il a renoncé à toute tutelle ».

taté qu'au contenu de l'acte d'affranchissement posthume versé aux débats s'applique exactement le texte du Mokhtaçar : (1).

Actuellement la condition des esclaves s'est améliorée : tout esclave qui a à se plaindre de son maître peut aller trouver le Cadi qui rend l'affranchissement obligatoire, ou bien s'adresse à l'autorité de contrôle qui lui fait recouvrer sa liberté. Mais dans la plupart des cas, l'esclave ainsi libéré administrativement revient trouver le représentant de l'autorité en le priant d'intervenir auprès de son maître pour que celui-ci le reprenne.

On peut dire qu'il n'y a au Maroc que des esclaves volontaires et on ne voit plus maintenant, que de vieux esclaves ou de jeunes hommes ou femmes issus d'esclaves, qui font partie de la famille de leurs maîtres et qui ne songent pas à se prévaloir d'une liberté qui les laisserait sans ressources.

Boris DE PARFENTIEFF.

Traduit par Joseph Carame.

(1) Le Tadhîr fait partie des charges de la succession qui doivent être acquittées par préférence aux autres, sans subir de réduction. Si Khalil fait entrer au nombre de ces dettes privilégiées : le rachat des prisonniers, le paiement de la dot encore due, le paiement des impôts, le rachat de l'injure ou du crime, etc...; il ne s'agit pas ici de legs, de libéralités, mais de l'accomplissement d'une obligation, du paiement d'une véritable dette. De telles charges sont en conséquence acquittées avant les legs proprement dits.

Consultation juridique établissant que celui qui a la jouissance pendant un certain temps est légalement propriétaire, par Si el Hocine el Oualid el Iraqi, cadi des Ait Ourir.

Il est fermement établi et admis par la jurisprudence constante que le détenteur d'une chose dont il a eu la jouissance durant le temps légalement fixé en est propriétaire, à tel point que les juristes comme Ibn Farhoun dans la « Tabcirra » ont divisé les actions en justice en trois parties au nombre desquelles l'action d'un détenteur d'un bien dont il a la jouissance, etc... Cette action est étayée par la coutume qui n'admet pas qu'on la tienne pour non avenue. Son caractère de véracité est chose évidente qui n'a pas besoin d'être soutenue par une preuve ; aussi, la « Tohfa El Hokkam » l'expose-t-elle clairement dans le passage suivant : « Si l'étranger détient dûment un bien dix années durant, il en a le droit de propriété et la prétention du demandeur tombe ». Voir Khalil : « Si un étranger détient, etc... »

Attendu que d'après l'acte collé ci-dessus il est établi : Que la jouissance du vendeur est de près de vingt-sept années à la suite desquelles l'acheteur l'a eue pendant deux ans ; qu'il n'existe pas de parenté entre Bennis qui a prétendu à l'indivision et le bédouin vendeur à Moulay El Abbas El Idrissi de ce que lui a laissé son père en héritage, ainsi qu'il appert de l'acte de succession ;

Qu'ils n'existe pas de lien de parenté entre eux ;

Que la jouissance de l'héritier des vendeurs et de ses propres héritiers dont fait partie l'acheteur, part du jour de son achat ; toutes ces considérations induisent au partage définitif.

Que Bennis est devenu voisin et non associé : qu'il soit allégué que l'un d'eux ait possédé ce qu'il détenait à titre d'usufruit ou que chacun des deux en ait possédé une partie, gardé le silence et disposé du bien pendant le temps précité ; cette situation met un obstacle légal à l'indivision.

Dans la « Behja » commentant le texte de la « Tohfa » : « Le demandeur, dans une affaire de partage définitif, sera mis en demeure d'apporter la preuve d'après l'opinion la plus répandue » se trouve cette autre citation : « bien entendu, si la durée de la prescription ne s'est pas écoulée conformément aux indications détaillées concernant la possession de l'associé, parent ou étranger ; dans le cas contraire, l'assertion à admettre est celle du demandeur dans une action de partage définitif. »

Abou El Hassan s'exprime ainsi : « On sait que le partage est une vente » et il ajoute : « et cette vente est valable si la durée de la prescription est expirée » ; cela équivaut à la prétention du détenteur d'une chose pendant la durée de la possession qui déclarerait l'avoir achetée au possesseur. Sa déclaration sera tenue comme valable et il ne sera pas mis en demeure d'en faire la preuve ainsi que le déclare l'auteur de la « Tohfa » au chapitre de la possession.

Il est dit dans la « Behja » si les deux parties sont en désaccord sur l'existence du partage, l'un en ayant émis la prétention, l'autre l'ayant réfutée en déclarant que chacun d'eux a disposé d'une partie du bien et en a eu l'usufruit, la prétention à admettre est la sienne, tant que la durée de la prescription n'est pas également expirée ; dans le cas contraire, on admet la prétention du demandeur du partage définitif ainsi que l'exposé en a été fait.

Il appert que la jouissance pendant la durée précitée, coupe court au litige d'association qu'on ait ou non allégué la partage. C'est pourquoi la réponse du défendeur prétendant à la possession et à la propriété est suffisante conformément aux opinions admises en la matière.

Et Taoudi déclare : « A moins qu'il ne s'agisse d'une longue durée et

que celle de la possession dépasse par exemple vingt années, la prétention à admettre est celle du demandeur du partage définitif. Abou El Hassan l'a déclaré dans le « Dour En-Netir » : « a fortiori, s'il n'y a pas eu partage, la prétention à admettre est la sienne sans contredit ». L'opinion de l'auteur n'est pas l'avis le plus autorisé. Les citations en pareil cas sont si nombreuses qu'on ne peut toutes les énumérer ; il suffit de reproduire celles qui ne sont pas superflues d'autant plus que l'acte produit est conforme aux règles du témoignage de notoriété avéré par le cadi, récolé et renfermant tout ce qui est légalement exigé s'appuyant particulièrement sur les relations de voisinage et sur le fait d'être au courant des choses. Il doit être déclaré valable eu égard à ce qu'il n'est pas entaché de suspicion. C'est une question de possession légalement reconnue ; elle coupe court à toute contestation d'après les textes que nous avons cités. Dieu conduit qui Il veut dans le droit chemin.

EL HOCINE EL OUALID EL IRAQL

Traduit par M. Neigel.

Consultation juridique au sujet d'un terrain appartenant en commun à deux parties dans la proportion de 3/4 à l'une et 1/4 à l'autre. Chacune des parties avait la jouissance d'un lot correspondant à sa part, depuis une longue période, jusqu'au moment où l'une d'elle vendit sa part formant un lot distinct ; l'autre partie ne peut revendiquer la Chefaâ, en raison de l'état d'indivision primitif antérieur. — Par Si Ahmed ben Abdallah Ech-Chbihi el Hosni.

Louange à Dieu autant qu'Il en est digne ! Salut et bénédiction sur notre seigneur Mohammed, son adorateur et prophète, sur sa noble et vertueuse postérité et sur ses compagnons sublimes et vénérables !

Il n'échappe point à ceux qui possèdent bien les questions juridiques selon le rite malékite que le partage provisionnel, s'il vient à se prolonger, est assimilé à un partage définitif rompant les liens qui existaient entre les co-propriétaires. Ce qui a été attribué à chaque partie ou co-propriétaire forme une seule unité et une part unique. Le co-propriétaire primitif devient simple voisin. Or, le voisin ne peut exercer le droit de Chefaâ relativement à ce qui est vendu par son voisin peu importe que le partage initial soit réalisé par acte ou résulte de la simple jouissance exclusive exercée par chaque co-propriétaire sur un lot correspondant à sa part indivise.

L'énoncé de la définition du partage nous éclaire sur la vérité en la matière.

L'imam Ibn Arafa s'exprime ainsi : — « Le partage a pour effet de rendre distinct ce qui appartenait indivisément à deux co-propriétaires, peu importe que la jouissance à titre exclusif ait lieu à la suite d'un tirage au sort ou d'un accord amiable.

Voici comme s'exprime Er Raçaâ dans son commentaire du texte précédent : « L'expression : peu importe que ce soit par simple jouissance est un membre de phrase relié à un verbe d'état sous-entendu qui est : redevenir (ou transformer), en sorte que la phrase doit être rétablie ainsi : même si la transformation a eu lieu par attribution quelle qu'elle soit, serait-ce par la simple jouissance exclusive. Les termes : peu importe que... etc., signifient : peu importe que la détermination soit réalisée par mesure de capacité ou par pesée pourvu qu'il y ait jouissance et que la détermination des droits de chaque co-propriétaire résulte de la jouissance exclusive exercée dans une partie distincte de l'objet indivis.

Cependant, il ne faut pas entendre que les termes : par tirage au sort ou par accord amiable ont trait à l'attribution en sorte qu'on puisse objecter que ce partage n'a eu lieu ni par tirage au sort, ni par accord amia-

ble, car Er-Raçaâ poursuit en ces termes : « Si on me demande à quoi se rapportent les mots par tirage au sort ou à l'amiable, je répondrai que ce paragraphe se rapporte à l'attribution non à l'exclusivité (de la jouissance), ainsi que nous l'avons déjà exposé ».

Tout ce qui précède exprime explicitement que le partage peut avoir lieu soit par tirage au sort, soit par accord amiable soit par un autre moyen conférant la jouissance (exclusive) à l'un des deux co-proprétaires ou des co-proprétaires dans une partie déterminée à l'exclusion de l'autre propriétaire.

Si cette situation se prolonge pendant la durée de la prescription, en présence du co-proprétaire, le partage devient définitif.

Nombreux sont les juristes qui ont basé leur opinion sur ce fait que lorsque le partage se prolonge pendant la durée de la prescription opposable à l'égard du co-proprétaire qui, bien que présent, garde le silence sans empêchement, ce partage devient définitif et péremptoire. En pareil cas, on ajoute foi à la déclaration de celui qui prétend l'existence du partage.

On lit, en effet, dans l'ouvrage « Ed. Dor En Netir » : Abou El Hassan Es-Seghir interroge au sujet de deux co-proprétaires d'un immeuble dont ils ont fait un partage de jouissance et dont chacun d'eux s'est mis à exploiter ce qui lui avait été attribué pendant dix-huit années. Par la suite l'un d'eux mourut laissant des héritiers et cette situation, se prolongea pendant six années comme auparavant du vivant du défunt.

L'acte de partage ayant été égaré les héritiers prétendirent que la propriété était restée dans l'indivision. Le co-proprétaire déclarait au contraire qu'elle avait été partagée.

La durée écoulée laisse-t-elle supposer le partage ou doit-on se prononcer pour l'état primitif qui est l'indivision ? Voici dans quel sens il répondit à la question : Le fait par chaque propriétaire d'exploiter de son côté prouve que l'immeuble est partagé.

Ibn Salamoun s'exprime en ces termes : « Lorsque après avoir convenu du partage l'un des co-proprétaires s'en abstient et les autres procèdent à ce partage si le premier se garde de modifier la situation antérieure tout en connaissant son lot il se trouve lié par ce partage qui lui est opposable. »

Le Cheikh Et-Taoudi commente ainsi ces vers d'El Gharnassi : « celui qui prétend l'existence du partage définitif doit être invité selon l'opinion qui prévaut, à apporter la preuve. »

On trouve dans l'ouvrage « El Moufid », le texte suivant : « Il est des gens qui sont d'avis que l'on s'en tienne à la déclaration de la partie qui prétend l'existence du partage définitif avec serment prêté par lui. D'autres soutiennent que l'on doive s'en référer à la partie qui affirme l'existence d'un partage provisionnel, car celle-ci soutient n'avoir pas partagé. La jurisprudence se prononce en ce sens, ce qui est plus équitable. C'est ce caractère équitable que l'auteur a souligné par le mot « prévaloir » et cela, à moins que la durée ne se prolonge et la durée de la prescription, soit 20 ou 40 années, expirée, durée requise à l'égard d'un co-proprétaire proche-parent ou étranger.

On se réfère alors à la partie qui prétend l'existence d'un partage définitif. »

Telle est l'opinion d'Abou El Hassan émise dans l'ouvrage « Ed-Dor En-netir ». : il est hors de doute que les co-proprétaires des 3 4, en l'occurrence, louaient leur terrain comme un lot distinct et indiquaient comme riverains les propriétaires de l'autre quart ainsi qu'il appert des baux produits par eux.

Ils ont également produit un bail consenti par les co-proprétaires

pour le quart portant location de leur part comme étant un lot déterminé et indiquant comme voisins les propriétaires des 3/4.

Il résulte de ce bail que la jouissance avait lieu dans les conditions ci-dessus équivalent partage définitif et ce depuis environ 40 années.

Bref la jouissance exclusive exercée par des co-propriétaires dans une part déterminée soit par tirage au sort, soit par accord amiable, soit par simple disposition pendant la durée de la prescription requise à l'égard du co-propriétaire présent et qui garde le silence sans empêchement est considéré comme partage définitif. Chacun des co-propriétaires se trouve déchu du droit de Chefaâ relativement à l'objet vendu par l'autre co-propriétaire, étant donné que la co-propriété a pris fin à l'expiration de la durée de la prescription, ce qui porte à considérer que le partage a bien été accepté et agréé.

En conséquence, les co-propriétaires du quart ne sont pas fondés à revendiquer la Chefaâ relativement aux 3/4 du terrain vu que chaque part forme un lot distinct dont le propriétaire a la jouissance exclusive depuis longtemps et de nombreuses années.

AHMED BEN ABDALLAH ECH-CHEBIHI EL HOSNI.

Traduit par M. Neigel.

Consultation juridique sur le régime des eaux (1).

Extrait des Nawazil.

1. — Sidi Ali ben Haroun a été consulté sur une question qui ressort de la réponse qu'il a donnée et qui est la suivante :

Si les faits sont tels qu'ils ont été rapportés et si les usagers de la séguia (2) située en aval sont originellement propriétaires de l'eau qu'ils se partagent avec les usagers de la séguia d'amont, ils pourront détourner le cours de la séguia comme bon leur semble sans que les usagers de la séguia d'amont ni les propriétaires du moulin puissent s'y opposer, et ce, parce qu'il est de principe que les propriétaires de plantations, de terrains de culture et de vergers ont, (en matière d'irrigation), la priorité sur les propriétaires du moulin, lorsque le débit de l'eau diminue. Mais si les usagers de la séguia d'aval n'ont droit qu'à l'excédent d'eau de la séguia d'amont, ils ne pourront ni détourner ni modifier le cours de la séguia. S'il y a incertitude sur le point de savoir s'ils ont droit à un excédent ou à une part divisée on recourra aux usages qui les régissent en matière d'irrigation. S'ils partagent l'eau avec eux, ce sera une preuve de co-propriété, et les usagers en question pourront disposer à leur guise de l'eau qui leur appartient. Mais si on ne leur permet de disposer que de l'excédent, ce sera un indice qu'ils n'ont aucun droit, si ce n'est sur l'excédent, et partant, ils ne pourront pas dériver le cours de la séguia.

ALI BEN HAROUN (3) (Extrait des Nawazil, III, page 374).

2. — Abou Abdallah El Haffar a été consulté sur le cas suivant :

Les habitants d'un village désirant établir un canal d'irrigation dérivé de la rivière qui traverse leur territoire. En aval de l'endroit choisi, à environ deux milles, se trouve une ancienne séguia dérivée de cette rivière. Les usagers de cette séguia veulent empêcher les premiers d'établir le nouveau canal, cela leur causant préjudice. Que décider ?

(1) Voir Ernest Zeys. Traité de Droit Musulman. II. page 176.

(2) Rigole ou canal d'irrigation.

(3) Ali ben Hâroun, Jurisconsulte et Cadi de Fès, Disciple d'Ibn El Ghazi et d'El Wancharissi; mourut en 951 hég. (El Fikr Es-Sami, t. IV, p. 100-101).

Il a répondu : Si l'établissement de ce canal porte préjudice aux usagers de l'ancien, on le leur interdira, à moins que ces derniers n'y consentent.

EL HAFFAR (Ibid. page 381).

3. — Le même juriconsulte a été questionné sur l'espèce suivante :

Des gens sont en contestation au sujet de la distribution de l'eau venant de la rivière. Que décider ?

Réponse. — L'eau qui descend de la rivière et qui arrose les terres du village au moyen d'une séguia dérivée de cette rivière n'appartient à l'origine à personne. Toutefois, les gens qui ont établi la séguia irrigueront leurs fonds de la façon suivante : d'abord le propriétaire du fonds supérieur, puis celui du fonds venant immédiatement après, et ainsi de suite jusqu'au dernier. Aucun étranger ne pourra participer à cette distribution ni user de cette eau pour arroser son fonds jusqu'à ce que les premiers usagers aient fini d'irriguer le leur. Personne ne pourra vendre la part d'eau qui arrosait son fonds, car il n'a que le droit de l'arroser quand il en a besoin, attendu que cette eau ne lui appartient pas et qu'il n'a seulement qu'un droit d'usage, c'est-à-dire, le droit d'irriguer lorsque cela est nécessaire. Il ne peut donc vendre sa part d'eau, et seul, le droit d'usage est transmissible à ses héritiers.

EL HAFFAR (Ibid. page 381).

4. — Le même juriconsulte a été consulté sur la manière dont les usagers des séguia doivent arroser leurs fonds.

Il a répondu : Le prophète — que les bénédictions d'Allah soient sur lui — a décidé que l'eau servirait d'abord à irriguer les fonds supérieurs. Il s'agit ici de l'eau qui n'appartient à personne, telle que l'eau des torrents et cours d'eau analogues. Ainsi, quand il pleut et qu'un torrent se forme, c'est le propriétaire du fond supérieur qui a la priorité pour l'irrigation de son fonds. Lorsqu'il a fini, c'est au tour du propriétaire du fonds immédiatement inférieur. C'est donc le fonds supérieur qui a droit d'abord à l'irrigation, puis c'est le fonds suivant et ainsi de suite. Les habitants d'un village qui ont établi une séguia dérivée de l'oued n'ont pas droit à l'eau des torrents. En l'espèce, ils ont des droits égaux et sont régis, en ce qui concerne l'irrigation, par l'usage qui a cours chez eux. En pareil cas, le propriétaire du fonds inférieur peu arroser avant le propriétaire du fonds supérieur et inversement, selon leurs besoins.

EL HAFFAR (Ibid. page 381).

5. — On rapporte dans le Miyâr qu'Ibn Loub (1) a été questionné au sujet d'un moulin situé en aval d'un autre moulin ancien dont le barrage avait été déplacé, causant ainsi préjudice au nouveau moulin.

Il a répondu : Pour ce qui est de la dérivation des eaux, les gens en contestation à ce sujet seront présumés régis par l'ancienne coutume, et quiconque enfreindrait la coutume serait mis en demeure de s'y conformer.

IBN LOUB (Ibid. page 387).

6. — Ibn Rouchd (2) a été consulté au sujet d'une eau qu'Allah a fait couler sans l'aide d'aucune créature humaine. Des gens en détournèrent une grande partie au moyen d'une séguia traversant le territoire d'autrui

(1) Abou Saïd Faradj b. Lacen b. Loub Tsâlabi. Grand mufti andalou mort en 783 hég. (El Fikr-Es-Sami. tome IV, p. 82).

(2) Aboul Walid Mohamed b. Ahmed b. Rouchd, Cadi de Cordoue, mort en 520 hég. Auteur de la Bidaya, introduction à la Moudawana et du Bayan, Commentaire de cet ouvrage. (El Fikr Es-Sami, t. IV, p. 54).

et se partagèrent cette eau pour leur usage personnel. Un homme habitant en amont d'eux voulut prendre un peu d'eau de la séguia pour son usage. Ont-ils le droit de l'en empêcher ?

Réponse. — Cet homme a le droit d'user de cette eau avec eux dans la mesure où il ne leur porte pas préjudice.

IBN ROUCHD (Ibid. page 386).

Traduit par G. Ammar.

Consultation juridique déclarant impossible la vente çafqa d'une maison appartenant indivisément à deux frères dont l'un est décédé laissant des héritiers alors que cette maison n'a pas d'entrée commune (novembre 1937 — châbane 1355). — Par Si Ali ben Mohamed el Hassani Demnati, cadi de Marrakech-banlieue.

Question posée pour les enfants d'Abderrahman : Notre père avait acheté une maison avec son frère, le Moqqadem Omar, à concurrence d'une moitié pour chacun. Cette maison est restée commune aux deux frères jusqu'au jour où notre père est mort. Nous en avons alors joui concurremment avec notre oncle jusqu'au jour où il est décédé à la survivance de ses enfants. Ces derniers, aujourd'hui, émettent la prétention de nous contraindre à vendre l'ensemble de la maison. Ils soutiennent que leur moitié indivise sera dépréciée si elle est vendue séparément. Pouvons-nous être contraints à vendre ou non ?

Réponse : La vente « çafqa », c'est-à-dire l'obligation pour le co-propriétaire de vendre ou d'exposer le retrait d'indivision, exige l'entrée commune. Or, en l'espèce il n'y a pas d'entrée commune.

Ne constitue pas l'entrée commune le fait, par les deux frères Abderrahman et le moqqadem Omar, d'avoir acheté à une même personne par un seul contrat, car à leur mort les droits de chacun ont été transférés à ses héritiers et chaque groupe a une entrée nouvelle distincte de la première.

L'entrée du premier groupe est constituée par le fait d'avoir succédé au moqqadem Omar ;

Dans ses « espèces » le Chikh Abdelkader el Fassi a dit :

« Il résulte de leur parole qu'il s'agit d'une entrée individuelle et non « familiale, d'une entrée réelle et non fictive ».

L'achat par Zaïd ben Omar de Khaled constitue une entrée commune dès lors qu'ils tiennent personnellement leurs droits de la succession de Khaled.

De même à cause de ce fait par Zaïd et Omar d'avoir hérité de Khaled, dès lors qu'ils tiennent personnellement leurs droits de la succession Khaled.

Quant aux héritiers de Zaïd et de Omar, leur entrée n'est pas commune par rapport à l'achat ou à la succession originaires ;

Par contre, est commune l'entrée entre les membres de chaque groupe d'héritiers ».

En conséquence les héritiers du moqqadem Omar ne peuvent vendre « çafqa » à l'encontre des enfants de leur oncle Abderrahman.

SI ALI BEN MOHAMED EL HASSANI DEMNATI.

Traduit par M. Guay.

38 23 REDJEB 1354 (21 octobre 1935)

Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ (affaire n° 2524) jugeant qu'en cas de sévices allégués par la femme à l'encontre de son mari, la séparation ne peut être prononcée qu'après plusieurs plaintes de la femme et que, dans l'attente du renouvellement de ces plaintes, le mari doit aller habiter auprès de gens honorables pouvant servir de témoins à la femme, confirmant ainsi un jugement du Cadi des Oulad Saïd et infirmant un jugement du Cadi de Settât qui avait décidé, qu'à défaut par les époux de désigner chacun dans leur famille un arbitre qui rendrait compte des rapports conjugaux des époux, la séparation était prononcée, les coups du mari sur la femme étant suffisamment justifiés.

Jugement du Cadi des Oulad Saïd du 11 rebîâ II 1354. (13 juillet 1935)
au sujet de prétendus sévices.

Louange à Dieu : La preuve produite des sévices est insuffisante pour plusieurs raisons. Le nombre des témoins est insuffisant (il devrait être de douze). En outre, ces témoins n'ont point déclaré que le mari a maltraité son épouse jusqu'au jour de la déposition, ils ont dit seulement, « il n'a pas cessé de la maltraiter », sans ajouter « jusqu'à ce jour ». Enfin ils ont déclaré connaître la femme en personne ce qui, lorsqu'il s'agit de femmes portant le voile, entache la preuve du vice de suspicion.

D'autre part, comme l'épouse a réitéré ses plaintes, et qu'elle s'est entuie plusieurs fois, il convient d'appliquer ce texte d'Ibn Salamoun : « lorsque l'épouse se plaint à plusieurs reprises des sévices de son mari, les voisins seront invités à la surveiller. S'il ne trouve point de témoins pouvant déposer, le mari sera convié à aller habiter près de gens honorables, sans être obligé de quitter la campagne pour aller habiter la ville. Mais, le cadi insistera pour qu'il aille habiter près de gens pouvant servir de témoins, le cas échéant, pour l'épouse.

Jugement du Cadi de Settât, du 6 djoumada I 1354 (6 août 1935) :

Il a été fait appel de ce jugement devant le cadi de Settât qui l'a infirmé, et a convié les parties à désigner chacune un arbitre dans leur famille respective, qui rendrait compte de leurs rapports conjugaux. Mais, le demandeur (l'époux) a refusé de désigner un arbitre. Le cadi lui a alors fait connaître que s'il ne procédait pas à cette désignation, le mariage serait dissous. Le demandeur maintenant son refus, le cadi a dissous le mariage, le représentant de la femme ayant opté pour la séparation. Il base son jugement sur ce que le mari avait maltraité cette dernière à plusieurs reprises, comme l'atteste le lafif indiqué plus haut ; et sur l'évidente obstination avec laquelle il a refusé de désigner un arbitre ; d'autant plus que son épouse a déclaré qu'il lui a cassé une dent, que les indices montrent que ce geste est bien de lui, et nécessite une rapide dissolution du mariage, afin d'éviter qu'il ne se rende coupable de coups plus dangereux.

Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ (affaire n° 2524) du 23 redjeb 1354 (21 octobre 1935). - L'affaire a été ensuite portée devant le Tribunal d'Appel du Chrâ à Rabat. Après en avoir délibéré, il est apparu au Tribunal que le jugement du cadi des Oulad Saïd était régulier, puisqu'il invitait le mari à habiter avec sa femme près de gens honorables, en raison du nombre insuffisant de témoins ayant déposé lors de l'établissement du lafif (ce nombre aurait dû être de 12, et il est même recommandé dans ce cas, de réunir le plus de témoins possible), et s'appuyant sur la citation qu'il a faite d'Ibn Salamoun ;

Quant à l'ordonnance du cadi de Settât, invitant les parties à envoyer

des arbitres, puis son jugement prononçant la dissolution du mariage, ils sont irréguliers. Ce magistrat s'est basé sur le lafif insuffisant et a tiré ses conclusions des indices. Or, le lafif ne remplit pas les conditions voulues, et les indices ne permettent pas de faire de semblables déductions; ils montrent au contraire que la femme a été rebelle à son mari en s'enfuyant à Rabat d'abord, puis ailleurs, sans porter plainte au cadi. Les indices lui sont défavorables, non en sa faveur.

Les deux arbitres ne sont envoyés que si l'affaire n'est pas claire, et après que l'épouse a porté plainte plusieurs fois aux cadis. « Si l'affaire est ambiguë, envoyez deux arbitres » (Khalil). « Si leur affaire n'apparaît pas clairement à l'imam, que les époux viennent souvent le trouver, qu'il ne discerne pas le coupable, ceci ne doit pas l'empêcher de poursuivre l'examen de leur cas ». (El Miti). On lit dans la Moudawana : « S'il n'arrive pas à connaître le coupable, il enverra deux arbitres. »

D'autre part, le fait d'inviter les deux époux à désigner chacun un arbitre, est contraire à la pratique courante. C'est le cadi qui envoie les deux arbitres, comme il est dit dans Khalil et la Tohfa.

La dissolution du mariage pour sévices n'est prononcée qu'après plusieurs plaintes de l'épouse, et établissement de la preuve des mauvais traitements. Au sujet de cette opinion de Khalil : « elle peut demander la dissolution du mariage pour mauvais traitements même si elle ne peut faire la preuve de ce que ces mauvais traitements se sont renouvelés » on trouve dans El Mouwaq ce passage d'Ibn Salamoun : « S'il est établi que le mari maltraite sa femme, pendant qu'elle se trouve en sa puissance, certains auteurs disent qu'elle peut demander la dissolution du mariage, si ceci est une condition stipulée dans l'acte de mariage, d'autres, qu'elle ne peut le faire jusqu'à ce qu'elle ait établi que les mauvais traitement se sont renouvelés ».

En conséquence, il y a lieu de confirmer le jugement du cadi des Oulad Saïd. et d'infirmer celui du cadi de Settât.

Le Président : MOHAMMED BEN LARBI EL ALAOUÏ.

Traduit par le Capitaine Roux.

Note. — Consultation juridique donnée par Si Ahmed bel Haj Benâcheur ben Abdennebi, professeur au Collège Moulay Youssef sur le point de savoir si un Cadi, appelé à apprécier si le mari fait ou non subir à sa femme des mauvais traitements légitimant leur séparation, doit renvoyer les époux à habiter auprès de témoins de bonne moralité ou faire proposer une décision de conciliation par deux arbitres.

Question discutée : Dans une requête, un homme a conclu, notamment, à ce que son épouse, enfuie dans sa famille lui soit rendue. Celle-ci a résisté en prétendant que son mari lui fait subir, de façon réitérée, de mauvais traitements. Elle a produit, à l'appui de ses dires un acte de notoriété. Le Cadi des Oulad Saïd pour éclairer sa religion, a ordonné que le mari aille habiter, avec son épouse, chez des gens de bonne moralité.

Cette décision a été frappée d'appel et le Cadi de Settât, saisi, l'a infirmée. Ce magistrat a renvoyé les parties devant deux arbitres à désigner par elles. Mais l'époux s'est refusé à désigner son arbitre. Il s'est obstiné dans cette attitude et, finalement, le Cadi a prononcé la répudiation, l'épouse ayant opté pour la séparation.

La consultation ci-après, favorable au premier jugement, critique le second.

Le jugement du Cadi de Settât condamnant le demandeur Kaddour ben Larbi à répudier son épouse Radia bent Allal, de même origine, n'est pas fondé.

Il s'appuie, en premier lieu, sur l'acte visant les sévices. Cette pièce ne réunissant pas les conditions qu'elle devrait remplir pour être utile, devait être écartée. Lorsqu'une condition n'est pas remplie, il n'est pas possible, en effet, de passer outre. En confiant l'affaire à des arbitres, le Cadi a d'ailleurs, implicitement admis l'insuffisance de cet acte. Il n'aurait donc pas dû rendre une décision basée sur une telle pièce. Il s'est manifestement mis en contradiction avec lui-même en en faisant état d'une part, et en confiant l'affaire à des arbitres, d'autre part.

En second lieu, le Cadi de Settat a estimé que le libertinage est trop répandu à la campagne pour qu'il soit possible d'assigner un logement chez des gens de bonne moralité. Or, si les mœurs sont relâchés à la campagne, cela ne signifie nullement qu'il ne s'y trouve pas des gens de bonne moralité. D'autre part, c'est un préjugé que de tenir la campagne en plus grande suspicion que les villes. Le témoignage des personnes qui habitent la campagne, dans ces conditions — qu'il s'agisse d'adoul ou de particuliers — devrait être radicalement écarté. La suspicion d'ailleurs devrait s'étendre aux arbitres eux-mêmes qui doivent être choisis avec plus de circonspection que les gens simplement de bonne moralité. D'après le « Mi'yar », citant Abou Brahim, les Oulémas estiment que les arbitres doivent se recommander par leur instruction, leur connaissance du droit, leur intelligence, et leur prudence. Cette règle a été également rapportée par les commentateurs de la « Tohfa ». On ne se montre pas aussi sévère dans le choix des personnes de bonne moralité. Ainsi que l'a dit ez-Zorqani celles-ci doivent être prises parmi les gens dont le témoignage est admis. Il est donc plus difficile de trouver des arbitres que des personnes de bonne moralité. Au surplus, à chaque temps sa moralité. »

D'après « Iben Sahel », lorsque l'épouse se plaint de son mari, elle doit être invitée à préciser la nature des torts qu'elle lui attribue. Il pourrait lui avoir simplement interdit de se rendre au bain (1). Dans ce cas, sa plainte ne serait pas retenue. Il n'en serait pas de même si les faits qu'elle invoque étaient réprochés par le Droit. Dans ce cas, en présence des dénégations du mari, elle aurait à rapporter la preuve de ces faits. Si elle n'était pas en mesure de le faire et réitérait sa plainte, le Cadi interrogerait les voisins si, parmi eux, se trouvent des gens de bien. Dans le cas contraire il lui assignerait un logement avoisinant des gens de bonne moralité. Si les torts qu'elle subit le justifient le Cadi punit le mari. Si une clause a été prévue dans l'acte de mariage, pour les sévices, le Cadi en ordonne l'application. Si enfin, la situation demeure obscure, il dépêche deux arbitres ». D'après Sidi Khelil, « lorsque la question est difficile à trancher, le Juge dépêche, aux conjoints, deux arbitres ». Enfin, d'après la « Behja », le Juge dépêche deux arbitres lorsque, les gens de bonne moralité n'ayant pu se prononcer, l'épouse réitère sa plainte ».

Il résulte de ces textes que les difficultés qui justifient le recours à l'arbitrage résident dans le fait, par les gens de bonne moralité, de n'avoir pas pu se faire une opinion et non dans l'absence de gens de bonne moralité.

En troisième lieu, le Cadi de Settat a estimé qu'en l'espèce, les circonstances permettent d'affirmer que c'est bien le mari qui a cassé une dent à sa femme. Celle-ci, en effet a prétendu qu'en la giflant, il lui a causé ce dommage. Mais elle devait le prouver. Rien ne permet d'affirmer, a priori, que le mari est coupable. On se trouve en présence de simples allégations. De même le fait, par l'épouse, d'avoir fui le domicile conjugal, à plusieurs reprises, ne signifie pas que le mari ait des torts envers

(1) Il s'agit de l'établissement public de bains où la femme est exposée à des mésaventures ou à des pertes de temps.

elle. Elle pourrait aussi bien être partie pour des raisons personnelles. Pourquoi du départ de l'épouse conclure à la culpabilité du mari ?

Des textes plus haut cités, il résulte, en effet, implicitement, que seuls les témoins ou les arbitres peuvent apprécier les circonstances de fait et dire s'il y a eu dommage ou non. « Il faut -- lit-on dans la « Behja » -- un observateur très consciencieux pour apprécier une circonstance ». En se basant sur un tel élément, le Cadi s'est mis dans la situation du Juge qui se prononce d'après des faits dont il a la connaissance personnelle, ce qui n'est pas permis.

La bonne solution est celle que le Cadi des Oulad Saïd avait adoptée. La décision par lui rendue repose sur des bases solides. Elle est conforme aux règles du Droit.

Signé : AHMED BEL HAJJ BENAACHEUR BEN ABDENNEBI.

Voir arrêt du Tribunal d'Appel du Chrâ, du 23 ramadane 1355 (7 décembre 1936) — n° 2611 — qui condamne le mari à habiter avec sa femme au milieu de témoins honorables et à subvenir à son entretien jusqu'à ce que les torts soient établis.

Traduit par M. Guay.

39 26 HIJA 1353 (1^{er} avril 1935)

Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ (affaire n° 2030) jugeant que : 1° le fait par le père, du demandeur en retrait, de posséder la jouissance de la parcelle n'implique pas son droit de propriété sur la parcelle, alors que la durée de la jouissance n'est pas indiquée ; 2° l'aveu du défendeur qu'il a acheté la parcelle au frère du demandeur n'entraîne pas son droit de propriété alors que la parcelle appartenait au vendeur par acquisition et non par succession ; infirmant ainsi un jugement du Cadi de Beni-Mellal du 10 chaoual 1351 (6 février 1933) qui jugeait que : 1° la parcelle litigieuse appartenait au demandeur en retrait parce qu'elle faisait partie de la succession de son père ; 2° le défendeur avouait l'avoir achetée au frère du demandeur et que le demandeur absent depuis longtemps, à cause de son engagement dans l'armée, conservait son droit de retrait ; 3° les fruits de la parcelle objet du retrait n'appartiennent pas au demandeur mais à l'acheteur.

Jugement du Cadi. — Après avoir exposé la procédure suivie, examiné les moyens produits, consulté les gens de science, adressé à chacune des parties l'iadhar sous la forme : « Avez-vous encore un argument à faire valoir ? » et avoir obtenu d'elles une réponse négative, ainsi qu'il appert de l'acte N° 1.631, le Cadi des Beni Mellal, a reconnu les droits du demandeur Saïd Ben Bouzekri sur la parcelle litigieuse, attendu que la preuve testimoniale (moulkia lafif, n° 711) versée par lui aux débats a établi que cette parcelle faisait partie de la succession de son père et appartient à ses héritiers, et que le défendeur a reconnu l'avoir achetée au frère du demandeur, ainsi qu'il résulte de sa réponse et du témoignage lafif N° 1.651 qu'il a produit. Or, aucun argument n'a une valeur probante supérieure à l'aveu du plaideur.

En outre, les titres produits par le défendeur sont une preuve contre lui en vertu de la règle que quiconque produit un titre en justice est censé faire déclaration de sa teneur. L'aveu et les titres du défendeur témoignent en faveur du demandeur, car prétendre qu'on a acheté à quelqu'un, c'est reconnaître qu'il était propriétaire avant le contrat. C'est là une chose élémentaire.

Le Cadi a jugé, en outre, que le demandeur a droit au retrait, étant donné que la vente est établie par la déclaration reçue par les Notaires qui n'ont pu dresser l'acte de vente à cause du litige existant et que l'absence du demandeur du retrait par son engagement dans l'armée a été établie et ses prétentions confirmées par les témoins du défendeur, bien que celui-ci ait persisté néanmoins à répondre que le demandeur était présent au contrat et n'avait soulevé aucune contestation.

Ibn Salamoun : L'absent conserve son droit au retrait, même si son absence dure longtemps. S'il reparaît il sera assimilé au co-proprétaire présent à compter du jour de son retour (1) ».

Les juristes ont décidé que le texte de la Tohfa : « Celui qui n'exerce pas le retrait après un an est déchu, etc... », ne reçoit son application que si l'ayant-droit a eu connaissance de la vente, et qu'il faut tenir compte du jour où l'ayant-droit a eu connaissance de la vente et non du jour de la passation de l'acte.

Tsouli : « Si le co-proprétaire présent au contrat demande à exercer le retrait après le délai d'un an en niant avoir eu connaissance de la vente, on ajoutera foi à sa déclaration à charge pour lui de prêter serment, réclamerait-il même après quinze ans ou davantage ».

Khalil : «toutefois, son dire fera foi s'il nie avoir eu connaissance de la vente ».

En ce qui concerne les fruits, on rejettera la prétention du demandeur en vertu de la règle que les fruits appartiennent à l'acheteur à cause des risques qu'il court.

Khalil : «Les fruits appartiennent à l'acheteur », c'est-à-dire que l'acheteur aura droit aux fruits de la chose qu'il a exploitée jusqu'au jour du retrait.

Jugement obligatoire et exécutoire.

Arrêt. — Le jugement du Cadi est incorrect. Il est basé sur la chehada lafif du demandeur établissant que la parcelle litigieuse fait partie du patrimoine de son père et sur l'aveu du défendeur qu'il a acheté au frère du demandeur.

Or, ces motifs ne peuvent servir de base au dit jugement : Pour ce qui est de la chehada lafif, elle est nulle pour deux raisons : 1° Elle établit que le père du demandeur possédait la jouissance de la parcelle en question, mais non la propriété du fonds. Or, l'on sait que le fait de posséder la jouissance d'un bien n'emporte pas nécessairement qu'on en soit propriétaire ; 2° Elle ne mentionne pas la durée de la jouissance, alors que cette mention est indispensable pour établir la propriété et constitue une des conditions essentielles, sans laquelle le titre de propriété serait sans valeur. C'est là un principe connu de tous les juristes.

Quant à l'aveu du défendeur qu'il a acheté au frère du demandeur, il ne constitue pas un argument en faveur de ce dernier, car il n'entraîne pas nécessairement que le demandeur ait eu sur cette parcelle un droit de propriété. L'absence de droits du demandeur est d'ailleurs confirmée par une chehada lafif produite par le défendeur et établissant que la dite parcelle était propriété du vendeur, par suite d'une acquisition et ne provenait pas de la succession de son père.

Attendu que le demandeur ne possède aucun moyen en dehors de la preuve testimoniale en question, ainsi qu'il l'a reconnu lui-même devant les Adoul qui ont pris acte de sa déclaration et ce, après iadhar adressé aux parties ainsi qu'il résulte des actes de procédure.

(1) C'est-à-dire que le délai d'un an après lequel le retrayant ne peut plus exercer son droit aura pour point de départ le jour du retour de l'absent.

En conséquence, il y a lieu d'infirmer le jugement du Cadi et de maintenir l'objet litigieux aux mains du défendeur qui devra prêter le serment négatoire.

Arrêt parfait, obligatoire et exécutoire dans ses dispositions rendu par le Tribunal d'Appel du Chrâ.

Signé : MOHAMED BEN LARBI EL ALAOUÏ.

Traduit par G. Ammar.

Note. (1) — Le Cadi de Beni Mellal a longuement développé les arguments qui établissent la survivance du droit de chefaa du demandeur malgré son absence, après avoir admis dès l'abord que le dit demandeur *était co-proprétaire de la parcelle aliénée* par son frère et avait, par conséquent, un droit de retrait.

C'est ce seul point que réfute le Tribunal d'Appel du Chrâ, en fondant son argumentation sur l'insuffisance du lafiî produit par le demandeur pour établir son droit de propriété : Le Tribunal d'Appel du Chrâ dit : le lafiî établit uniquement la jouissance du père du demandeur sur la parcelle, sans même en indiquer la durée. Or, il peut y avoir jouissance du père sans que cela signifie propriété et par conséquent héritage du fils. Le demandeur ne prouvant pas autre chose, alors que son adversaire établit que son vendeur était propriétaire en vertu d'une acquisition et non par voie d'héritage, il est logique d'admettre tout simplement la preuve matérielle et positive, au lieu de se lancer dans des raisonnements subtils pour déduire un droit de propriété supposé d'un acte qui n'établit que la jouissance.

Ce raisonnement paraît tellement simple qu'il ne donne pas lieu à commentaire même sur les attendus d'ailleurs justes du Cadi de Beni Mellal, relatifs à la chefaâ, puisque l'arrêt pose en principe qu'il n'y a pas droit à chefaâ du fait que la copropriété n'est pas prouvée ; le serment n'est qu'une précaution supplémentaire.

M. VALLAT.

Traduit par M. G. Ammar.

40 27 REBIA ETTANI 1352 (19 août 1933)

Jugement du Cadi d'Oujda relatif à la validité du gage et aux effets de la non prise de possession de celui-ci par le créancier en cas de prêt d'une somme d'argent.

Dans sa requête introductive d'instance, Abdelkader Belouchi expose qu'il a prêté au premier des défendeurs, Ahmed ben Omar, la somme de 1.500 francs remboursable dans un délai d'un an à courir du 5 Rebia II 1350 et reçu en garantie de sa créance la totalité d'une chambre indivise entre celui-ci et son épouse.

Il en a pris possession, d'une manière fictive, par simple déclaration, la jouissance effective étant laissée aux copropriétaires.

(1) Voir au surplus : sur le serment en matière de chefaâ : arrêts du tribunal d'appel du châ des 7 juin 1935 (5 rebia I 1354), 30 juillet 1935 (28 rebiâ II 1354) et 28 octobre 1935 (29 redjeb 1354). — Sur la contradiction entre lafiîs : arrêts des 24 juillet 1935 (22 rebiâ II 1354) et 30 juillet 1935 (28 rebiâ II 1354). Sur la possession : arrêts des 30 juillet 1935 (28 rebiâ II 1354) et 28 octobre 1935 (29 redjeb 1354). — Sur le délai d'un an : arrêt du 4 juillet 1935 (7 rebia II 1354). arrêt de la Cour de Rabat du 24 novembre 1934 (Gaz. trib., 5 janvier 1935) et jugement tribunal Rabat du 11 mars 1936 (Gaz. trib., 16 mai 1936). — Sur les fruits : Milliot, jurisprudence chérifienne III, 12.

A l'expiration du délai convenu entre lui et le premier des défendeurs, il a demandé le remboursement de son prêt. Les deux défendeurs lui ont alors proposé la vente de la moitié de la dite chambre.

La vente a été conclue moyennant 5.000 francs, dont 1.500 frs à retenir au premier défendeur pour le remboursement du prêt venu à échéance.

Sur les 3.500 frs restants, il a remis 1.000 frs aux deux défendeurs et le reliquat, soit 2.500 frs est encore entre ses mains.

Il demande dans ces conditions, que ses adversaires se présentent devant les adouls pour, après avoir fourni tous les titres requis, déclarer la vente et recevoir ensuite ce qui leur reste dû.

Dans sa réponse, le mandataire des défendeurs reconnaît que le prêt a été consenti pour le délai ci-dessus indiqué et que la chambre a bien été donnée en gage, mais il oppose des dénégations quant à la prise de possession de celle-ci par le demandeur et aux autres moyens articulés dans la demande.

Il ajoute que le prêt a été consenti moyennant un intérêt de 10 douros par mois et que la somme prêtée a fait l'objet de six traites, chacune représentant une double mensualité. Le montant total des traites a été payé mais les intérêts ne l'ont pas été, à l'échéance du délai imparti, ce qui a amené le demandeur à engager l'instance actuelle.

Les mandataires des deux parties comparaissent devant le magistrat et demandent le prononcé du jugement après avoir déclaré, sur interpellation, qu'ils n'avaient aucun autre moyen à faire valoir.

Sur quoi le Cadi d'Oujda requiert les adouls de témoigner qu'il rend le jugement suivant :

Condamne le premier des défendeurs à payer au demandeur les 1.500 francs montant du prêt reconnu et constaté par l'acte analysé ci-dessus, à charge par le demandeur de prêter le serment que l'acte juridique a été régulier ;

Déboute le demandeur du surplus de sa demande ;

Rejette les prétentions du défendeur tendant à établir que le prêt a été consenti avec intérêt ;

Dit que si le défendeur, après la prestation de serment du demandeur refuse de payer le montant de la condamnation, la chambre donnée en gage fera l'objet d'une vente forcée, après justification du droit de propriété et accomplissement des formalités d'adjudication pendant la durée exigée par le Chraâ, à moins que d'autres créanciers intervenant ne réclament au débiteur des sommes qui absorberaient l'intégralité de l'actif.

Jugement rendu par application du texte de Khalil qui dispose que « le juge fait vendre si la partie succombante refuse d'exécuter le jugement ».

Zerkani, dans son commentaire, ajoute que le juge fait procéder à la vente de la chose donnée en gage si le débiteur ne consent pas à la vendre lui-même, alors qu'il n'a pas d'autres ressources, ou bien, s'il refuse de se libérer, alors qu'il est en état de le faire. Mais il ne sera ni emprisonné, ni battu, ni menacé de l'être.

Par ailleurs, on ne peut contester la validité du gage par suite du défaut de prise de possession, car celle-ci n'est nécessaire que pour créer un privilège au profit du gagiste, en cas de déconfiture du débiteur.

Taoudi, commentant le passage suivant de la Tohfa : « la prise de possession le rend parfait », s'est exprimé ainsi : Comprends que l'auteur a employé ces termes pour faire entendre qu'avant la prise de possession, le gage est valable. Cela est exact, tant qu'il ne survient pas un empêchement (déconfiture par exemple).

S'il n'a pas été possible d'établir que le débiteur était vraiment propriétaire de la chambre, ou si le prix retiré de la vente ne suffit pas à désintéresser complètement le créancier, le Cadi emploiera les moyens prévus par le Chrâ pour amener le débiteur récalcitrant et de mauvaise foi à faire face à ses obligations.

Le magistrat agira de même si le débiteur est reconnu propriétaire d'une partie seulement de la chambre et si le prix obtenu, lors de la vente, ne permet pas de couvrir en entier le montant de la créance.

D'autre part, si le demandeur refuse de prêter serment et le défère à son adversaire, et, si celui-ci jure que l'acte juridique a été entaché des vices exposés par son mandataire, le montant des traites sera déduit de la créance, laquelle sera ainsi ramenée à 900 francs.

Tel est l'avis de la généralité des juristes qui classent le prêt parmi les actes accomplis exclusivement en vue de plaire à Dieu et qui estiment que chaque fois que le prêteur tire un avantage quelconque de l'emprunteur, il doit le restituer ou le compenser.

Si le défendeur refuse de prêter le serment qui lui a été déféré, les prétentions de son mandataire tendant à soutenir que le prêt a été irrégulier, ne seront plus admises d'abord parce qu'en opposant le refus de serment à un autre refus, on reconnaît implicitement les prétentions de l'adversaire et aussi parce qu'il est de principe que le dire de celui qui postule pour la régularité de l'acte doit prévaloir, même s'il y a de fortes présomptions contraires.

Les juristes admettent, il est vrai, qu'en cas de contestation sur la validité de l'acte juridique le dire de celui qui soutient la validité doit prévaloir, à moins qu'il n'y ait de fortes présomptions pour la nullité, auquel cas la décision contraire s'impose.

Mais le Cheikh Mesnaoui, consulté, a précisé qu'il en est ainsi si la position des deux adversaires est identique, si par exemple, aucun d'eux n'étaye ses prétentions par un titre ou si chacun d'eux en produit un. Par contre, si celui qui soutient la validité est seul à produire un titre, il lui sera donné gain de cause, même s'il y a de fortes présomptions pour la nullité, mais il doit prêter serment pour combattre les prétentions de son adversaire.

Cette décision se justifie en raison de la vraisemblance qui résulte de la production du titre et qui corrobore au moins apparemment le dire de celui qui le produit.

Enfin, le Tribunal, en ne retenant pas les prétentions du demandeur relatives tant à son achat de la moitié de la maison qu'à son versement d'une somme de mille francs, en sus du montant du prêt, et en relevant le défendeur du serment négatoire s'est basé sur les circonstances spéciales de cette affaire, lesquelles révèlent clairement que la demande n'est pas justifiée.

En effet, le demandeur, au moment du prêt des 1.500 francs, a fait dresser un acte adoulaire, a exigé par surcroît de garantie la confection de plusieurs traites, sur lesquelles le défendeur a apposé son ponce, et en a fait certifier l'empreinte par deux témoins ordinaires.

Comment alors admettre que par la suite, il fait simplement confiance à ses adversaires, lors de la vente et du versement des fonds, sans faire appel au concours des adouls et sans demander la production des titres de propriété !

Comment se fait-il aussi qu'il soit resté si longtemps inactif depuis la conclusion de la vente jusqu'au jour de la citation ?

Pourtant, dans les transactions immobilières, la circonspection et la célérité sont de règle et le concours des adouls est de rigueur ;

On sait que les circonstances et les indices ont une influence sur la solution des litiges.

Ben Rahal, dans sa glose marginale de la Tohfa expose que le concours de circonstances dans une affaire tient lieu de texte pour le règlement des espèces.

El Kortbi, commentant le passage suivant du Coran : « Ils apportèrent sa chemise soi-disant tachée de son sang » a rappelé que les jurisconsultes se sont basés sur ce verset pour prendre en considération les indices, dans plusieurs matières du Chrâa.

Ben El Faras a dit : « Lorsque Jacob examina la chemise, il constata quelle n'était pas déchirée et ne portait pas de trace de dents. Il en déduisit que ses fils lui avaient menti. Il leur dit alors : « Depuis quand le loup est devenu clément au point de manger Joseph sans toucher à sa chemise » ?

D'autre part, si la chehada des adoul est inopérante, lorsqu'elle est douteuse ou suspecte, à fortiori doit-on rejeter la simple demande entachée des mêmes vices.

Au nombre des conditions de validité d'une demande, les jurisconsultes exigent que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre normal des choses.

Ainsi, n'est pas fondée l'imputation d'usurpation et d'oppression à l'encontre d'une personne qui n'en est pas capable.

De même, le possesseur régulier n'est pas tenu de prêter serment, lorsque le revendiquant n'apporte pas la preuve de son droit de propriété ou lorsque son adversaire ne le lui reconnaît pas.

Bien entendu ces exemples ne sont pas limitatifs.

Par ailleurs, il est prescrit au Cadi et au muphti d'examiner dans le détail les différents éléments de chaque affaire et de se référer aussi aux coutumes qui sont une source régulière du droit. Les cadis ne se contenteront pas de régler toutes les affaires, selon le droit, dans ses principes généraux, mais devront plutôt juger les espèces, dans le cadre de ces principes.

Enfin, il ressort clairement des circonstances de cette cause que le demandeur, tenu de jurer que le prêt était régulier, cherchait en revanche, à imposer à son adversaire le serment négatoire relativement à la vente.

Dans la réponse de Cheikh Salah Abou El Kacem, il est dit : Les ouléma estiment que le muphti, avant de donner sa consultation, et le Cadi, avant de juger, doivent avoir en vue, les considérations de temps et de lieu, ainsi que les circonstances spéciales de chaque affaire.

Les Ouléma attribuent aussi à l'usage la valeur d'un témoin et même de deux témoins irrécusables.

Celui qui est appelé à juger une affaire, a un rôle similaire à celui du médecin.

L'article 20 de la circulaire du Vizirat de la Justice prescrit aux Cadis de s'intéresser à chaque affaire, afin qu'aucun droit ne soit perdu et qu'aucune iniquité ne devienne un droit.

Jugement parfait.

Le Cadi : SI ABDERRAHMAN BEN HADI CHEFCHAOUNI.

Traduit par M. Segueni Mohammed Salah.

41 24 DJOUMADI I 1356 (2 août 1937)

Jugement du Cadi de Beni Mellal déclare que la femme répudiée au cours de la maladie dont son mari est mort, a droit à sa part dans la succession de celui-ci

Allal ben Bennaecur el Ayadi el Mellali dit « Ben sefia » agissant pour la dame Hadda bent Salah Zakraouiya veuve de Faraji ben Boudjema es Souiri et Tadli --- en vertu d'une procuration n° 686, registre II, tome 22.

Contre Abdeslam bel Hafiane ben Quesbaoui, tuteur datif du jeune Fouad, fils de Faraji susvisé.

Expose : Que sa mandante est héritière du de cujus Faraji précité comme ayant été répudiée au cours de la maladie dont il est mort ;

et conclut à ce que le dit tuteur lui remette la part revenant à sa mandante dans la succession du dit de cujus.

Le Cadi ayant ordonné la production de l'acte de dénombrement des successibles de Faraji, cette pièce est produite et communiquée au défendeur qui y acquiesce :

Le Cadi invite le demandeur à représenter l'acte de répudiation et d'établir que le de cujus a répudié son épouse au cours de la maladie dont il est mort ;

Le demandeur produit un acte de notoriété :

Cet acte est soumis au défendeur qui y acquiesce.

Le Cadi adresse aux deux parties l'interpellation finale : « Avez-vous d'autres moyens à faire valoir ? ».

Sur quoi le Cadi de Beni Mellal, Tadla et environs, déclare que la dame Hadda bent Salah a droit à sa part, soit le huitième de la succession de Faraji ben Boudjemaa es Souissi, ce dernier l'ayant répudiée au cours de la maladie dont il est mort, alors qu'elle était encore sous la puissance maritale et se trouvait encore dans sa période de retraite légale.

Rissala --- le mari malade qui répudie est lié ; mais sa femme hérite s'il vient à mourir de sa maladie.

Le Chikh Zerrouq, dans son « Taliq » : « l'auteur veut dire que cette règle s'applique même si l'épouse s'est remariée et a eu d'autres époux après le répudiateur, gravement malade, et à plus forte raison, si la situation est autre.

Si la femme hérite, c'est par cainte que le mari ait voulu écarter un héritier, de même que si un homme malade se marie on craint qu'il ait voulu se donner un nouvel héritier. Dans ce dernier cas, la femme n'hérite pas tandis qu'au contraire elle hérite dans le premier.

Le Chikh Ibn Naji. - L'auteur a traité une question délicate à savoir celle de la répudiation triple et, à plus forte raison celle des répudiations moins radicales. La femme hérite. Cette règle que suivent les juristes malékites a pour origine une décision rendue par Oteman au profit de la femme de Abderrahman ben Aouf. Cette décision se basait sur un récit de « Omar et de Aïcha ». Selon Ibn Abdalberr, Abdellah ben Zobeir n'était pas d'accord avec les compagnons sur ce point. Or, la grande majorité des savants musulmans suivent les récits rapportés sur les Compagnons.

Le Chikh Khalil. Le divorce avec compensation prononcé par le mari

malade est efficient, mais la femme hérite de lui s'il vient à mourir de cette maladie, tandis qu'il n'hérite pas d'elle. Il en est de même pour la femme qui exerce le droit d'option ou celui de disposer d'elle-même au cours de cette maladie (Fagnan p. 96-97).

Tohfa. Le malade peut répudier et s'il meurt de sa maladie, la femme hérite (585. Houdas et Martel).

Le Chikh et Tassouli commentant ce dernier texte : L'époux atteint d'une maladie grave est lié par sa répudiation, par le droit pour l'épouse de disposer d'elle-même, par le droit d'option et par le divorce avec compensation. En ce qui concerne l'héritage, il y a controverse. Pour le divorce par compensation et le droit d'option, la femme n'hérite pas, car l'initiative vient d'elle. Pour la répudiation, par contre, elle hérite si le mari vient à mourir de sa maladie avant d'avoir recouvré la santé ; peu importe que la répudiation soit définitive ou révocable, qu'elle soit prononcée avant ou après la consommation même si le mari avant de mourir a prononcé la dernière formule de la répudiation triple. Il en est de même lorsqu'il vient à se parjurer pendant sa maladie ayant fait un serment avant de tomber malade. Peu importe la cause du parjure ; ainsi, avant de tomber malade il a juré que sa femme serait répudiée si elle entre dans la maison ; elle y entre, alors qu'il est malade ; ou bien il a juré qu'il paierait une dette à une date déterminée et il ne s'exécute pas, étant malade. Il en est de même lorsque l'épouse s'étant remariée après l'expiration de sa retraite légale l'époux vient à mourir sans s'être rétabli.

Toutefois, Ibn Qacem, en ce qui concerne le divorce avec compensation et le droit d'option, s'est basé sur l'opinion d'El Lakhmi (divorce avec compensation) et sur le récit de Zied (droit de disposition et d'option). Cette doctrine est faible, car elle n'est admise ni par la jurisprudence, ni par les juriconsultes. Elle est énoncée seulement pour mémoire, par les érudits, ainsi que l'a déclaré El Hattab.

Jawachir er Resmouki. Lorsque la répudiation définitive est prononcée par le mari malade, la femme hérite s'il vient à mourir de sa maladie, que la période de retraite légale soit expirée ou non ; mais il n'hérite pas d'elle si elle précède pendant ou après cette période.

Commentant ce texte, er-Resmouki énonce : Il n'y a pas lieu de rechercher si le mari qui a répudié avant de tomber malade a oublié ou confirmé la répudiation pendant sa maladie, ni de distinguer entre la maladie grave à évolution rapide et la maladie grave à évolution lente, comme la tuberculose pulmonaire.

Lobab el Lobab d'Ibn Rachel el Qafci. Lorsque l'épouse a quelque responsabilité dans la répudiation, comme dans l'exercice du droit d'option ou de disposition ou lorsqu'elle cause le parjure, elle hérite quand même, selon Ibn Qassem. Il en est de même pour la femme qui divorce avec compensation.

A fortiori, en l'espèce, la mandante du demandeur a droit à sa part d'héritage.

Ainsi jugé et prononcé en présence des parties à charge par elles d'exécuter la présente décision ou d'en interjeter appel.

Dont acte au Cadi, siégeant comme de droit es-qualité et aux parties, en parfait état de capacité et d'identité connue.

Le Cadi de Beni-Mellal : SI ABDELHAMID BEN ABDESSELAM RONDA.

Traduit par M. Guay.

42 27 MOHAREM 1354 (1^{er} mai 1935)

Arrêt du Haut Tribunal Chérifien (affaire n° 1434) infirmant partiellement un jugement du Pacha de Casablanca du 13 moharem 1352 (8 mai 1933) et jugeant : 1° que le titre de créance est muet sur la question du cautionnement par deux sœurs vis-à-vis de leur frère débiteur ; 2° que l'acte lafif par lequel les témoins attestent ce cautionnement est trop imprécis pour servir de preuve ; et condamnant ces prétendues cautions à prêter le serment qu'elles n'ont pas cautionné leur frère

Le serviteur de S. M. Chérifienne, Mohammed El Hadjoui, juge suppléant au Haut Tribunal Chérifien, a étudié le jugement par lequel le Pacha de Casablanca Sid Taïeb El Moqri a condamné Mohammed ben Qaddour El Fasi, Amina et Chama à payer conjointement et solidairement entre eux, à Abdelkader ben Djilali El Meknasi, la somme de 5.500 francs et le premier Mohammed ben Qaddour à jurer pour ce qu'il a nié.

Exposé de l'affaire : Abdelqader ben Djilali El Meknasi a introduit une instance contre Mohammed ben Qaddour El Fasi, prétendant que ce dernier lui doit une somme de 10.493 francs dont 5.500 en vertu de deux actes adoulaïres et le reliquat pour vente de viande suivant acte sous seing privé, sous le cautionnement de sa sœur et de sa mère ; que ce cautionnement a lieu en présence de témoins qui ont d'ailleurs déposé devant les Adoul ; que certains de ces témoins ne connaissaient toutefois pas l'identité de la mère du débiteur principal, mais connaissaient bien celle de ses deux sœurs.

Le défendeur répondit qu'il existe un compte à régler entre lui et Abdelqader ben Djilali, car il vendait de la viande pour le compte de ce dernier, moyennant un salaire qu'il retenait sur le montant de cette créance.

D'autre part, ses deux sœurs nièrent le cautionnement dont il s'agit ;

Eu égard à ce qui précède, le Pacha prit la décision ci-dessous.

Mohammed ben Qaddour et sa sœur en relèvent appel devant le Haut Tribunal Chérifien.

Convoquées devant cette Haute Juridiction, les deux parties comparaissent et chacune d'elles a déclaré persister dans ses déclarations.

De plus, Mohammed ben Qaddour et ses deux sœurs arguent de faux l'acte « lafif » se rapportant au cautionnement.

L'affaire est alors portée devant la Chambre Criminelle du Haut Tribunal Chérifien qui conclut à l'annulation de l'inscription en faux.

Il apparaît au juge rapporteur qu'en l'espèce, le jugement du Pacha est bien rendu : 1° Parce que les deux actes d'adoul produits par le créancier, sont dûment établis ; 2° Parce que le serment a été déféré à la partie qui niait l'acte sous seing privé, en raison du caractère douteux de ce document ; 3° Parce que le cautionnement est établi par acte lafif dûment établi. Et qu'il y a lieu de se prononcer contre les appelants comme l'exige leur demande d'appel dilatoire.

En conséquence, le Rapporteur estime qu'il y a lieu de confirmer le jugement rendu par le Pacha, dans cette affaire et se prononcer comme il convient, sur le moyen dilatoire employé par les appelants.

C'est à notre maître Dieu l'assiste ! -- qu'appartient la plus large appréciation.

Fait le 24 Hidja 1353 (30 mars 1935).

Le Rapporteur : MOHAMMED EL HADJOUÏ.

Arrêt. -- A la date du 12 moharrem 1354 (16 avril 1935), les membres du Haut Tribunal Chérifien se sont réunis en présence du Capitaine Tassoni, Commissaire du Gouvernement, pour examiner l'affaire exposée au verso du présent, et après en avoir délibéré, a prononcé l'arrêt suivant :

1° Confirmer le jugement rendu par le Pacha dans cette affaire, comme étant bien rendu en ce qui concerne Mohammed ben Qaddour El Fasi, qui est condamné à payer la somme de 5.500 francs à Abdelqader ben Djilali et à prêter le serment négatoire pour le surplus de la demande ;

2° Infirmer la décision attaquée en tant qu'elle condamne Amina et Chama à participer au paiement avec leur frère Mohammed ben Qaddour, parce que d'une part, l'affaire commerciale ne comporte à l'origine aucune trace du cautionnement et que d'autre part l'acte « lafif » portant garantie, est ambigu, -- tout en les condamnant à jurer au profit d'Abdelqader ben Djilali qu'elles n'ont pas cautionné leur frère ;

3° Mettre enfin les dépens à la charge des deux parties.

C'est à notre Maître -- Dieu l'assiste et lui accorde la prospérité ! --- qu'appartient la plus large appréciation.

Le Président du Haut Tribunal Chérifien :
MOHAMMED LARBI NACIRI.

A la date du 27 moharrem 1354 (1er mai 1935).

Ayant pris connaissance de l'arrêt ci-dessus, S. M. Chérifienne -- Dieu la rende illustre ! -- s'en est pénétré l'esprit et l'a rendu exécutoire.

(Signé) Le Grand Vizir : MOHAMMED EL MOQRI.

Le présent jugement auquel on doit obéissance, doit recevoir sa pleine et entière exécution.

Le Président du Haut Tribunal Chérifien :
MOHAMMED LARBI NAÇIRI.

Traduit par Si Merad Bel Abbas ben Abdelkader.

43 8 OCTOBRE 1937 (2 chabane 1356)

Arrêt du Tribunal coutumier d'appel d'Azrou jugeant qu le partage amiable, intervenu en l'absence d'une des héritières, peut être repris pour procéder à une répartition plus équitable des biens immobiliers en cause. (Sur appel d'un jugement du tribunal coutumier des Aït Izdeg de Midelt du 7 juillet 1937 qui avait ordonné la prestation de serment des témoins de l'affaire

Par requête du 9 novembre 1936, le demandeur expose : « Je demande aux défenderesses le partage de la succession de feu mon père Embarek ou Berghijjou et de feu ses fils Moha ou Embarek ou Berghijjou et Alibouche ou Embarek ou Berghijjou ».

Cette requête ayant été renouvelée à l'audience du 6 janvier 1937 à laquelle les parties étaient convoquées, les défendeurs ont répliqué :

« La succession de Embarek ou Berghijjou a été partagée avant l'occupation. Chacun des héritiers a pris sa part et nous ne détenons rien qui appartienne aux autres » ;

Invité par le Tribunal à faire la preuve de ses allégations, le demandeur déclare n'avoir aucune preuve ;

Les défendeurs sont appointés à faire la preuve de leurs allégations. Ils citent comme témoins, les nommés El Houcine ou Ali ou Brahim, Moha ou El Houcine, Ali N'Aït Ali, Mimoun N'Aït Saïd, Haddou ou Beghli, Ali ou Saïd N'Aït Alla, Omar N'Aït ou El Hadj, Khouya Mohammed, tous du ksar Asselim.

A l'audience du 19 mai 1937, les témoins comparaissent et déclarent : « Embarek ou Berghijjou avait quatre enfants, Ali, Assou, Moha et Ahmed. Il habitait le Ksar Asselim, Fraction Aït Toulout, Tribu Aït Izdeg avec ses trois premiers enfants ; le quatrième n'étant pas encore né ;

Assou mourut. L'un des autres fils de Embarek, Ali, commit un crime à la suite duquel il s'enfuit et alla s'établir en Aït Youssi. Son père, Embarek avec son autre fils Moha s'enfuirent également et allèrent s'établir à Boukhlouf (Rich). Pour se venger, les parents de la victime tuèrent un nommé Moha ou Rhou, « Aït Achra » des Aït Berghijjou. Après l'accomplissement de cette vengeance, le meurtrier Ali revint à Asselim. Après son retour, l'oncle de Moha ou Rhou : Ali ou Haddou, demanda à Ali de lui payer la « dya » de son neveu Moha ou Rhou tué injustement. Ali lui donna une certaine somme d'argent et deux parcelles de terre dite « Taghenbout » et « Tamannoukht » ;

« Taghenbout » a été vendue par la suite, à Ali ou Haddou, « Tamannoukht » par son fils Saïd ou Ali. Après cela seulement, le père Embarek ou Berghijjou se maria avec une nommée Taboukricht N'Aït Hahou, avec laquelle il eut le quatrième garçon : Ahmed. Mais Embarek avait déjà partagé ses biens, au retour d'Ali après le meurtre, de la façon suivante : Il prenait en toute propriété, lui et son fils Moha, tous les biens qu'ils possédaient à Boukhlouf et laissait, en toute propriété, à son fils Ali tous les biens qu'ils possédaient à Midelt ;

Après quoi, il mourut avant son père Embarek, laissant comme héritiers : son épouse Rahba El Hadj, son fils Moha ou Ali et sa fille Aïcha Ali, dite « Aïcha Alibouche », l'une des défenderesses. Son père Embarek n'hérita pas, parce qu'Ali avait laissé un fils dans la tente.

Ensuite, Embarek ou Berghijjou mourut à son tour, laissant deux fils : Moha et Ahmed, qui ne vivaient plus dans l'indivision, leur père de son vivant leur ayant partagé les biens familiaux ;

Puis, l'un des deux fils survivants de Embarek, Moha, donna la part revenant à Rahba El Hadj sur la succession de son époux Ali et prit avec lui ses neveux, c'est-à-dire les fils d'Ali : Moha ou Ali et Aïcha Alibouche, et les emmena à Boukhlouf en déclarant qu'il mettait ses biens et les leurs dans l'indivision. Après quoi il mourut, lui aussi, laissant comme héritiers, son fils Ali ou Moha, sa fille Rahba Berghijjou, la deuxième défenderesse et son épouse Bedda Hammou.

Quelques temps après, Moha, le fils d'Ali mourut, ainsi qu'Ali le fils de Moha. Leur oncle, c'est-à-dire le dernier fils de Embarek en hérita en

qualité d'aceb. Il vendit à Ali ou Hsaïn ou Hlilou tous les biens dont il hérita de son neveu Moha ou Ali et qui se trouvent à Midelt ;

Une affaire a été réglée au Bureau entre Lahhou N'Aït Ali ou Embarek et Ali ou Hsaïn ou Hlilou à leur sujet (Jugement du 20 janvier 1937) ; quant aux biens dont il hérita de Ali, fils de Moha, ils se trouvent à Boukhlouf (Rich) » ;

Jugement : En fait, attendu qu'Embarek ou Berghijjou a partagé avec son fils Ali, avant sa mort et qu'Ali a eu tous les biens sis à Midelt ; Qu'en outre, Embarek ou Berghijjou a partagé à Boukhlouf (Rich) entre ses fils Moha et Ahmed, avant sa mort et que Moha et Ahmed n'étaient plus dans l'indivision ; Qu'Ahmed a hérité de son neveu Moha ou Ali ou Embarek, en qualité d'héritier « aceb », d'une part des biens sis à Midelt ; Qu'il est établi qu'Ahmed ou Embarek a vendu tous les biens hérités de son neveu Moha ou Ali ou Embarek ; Que l'affaire qui a fait l'objet du Jugement du 20 janvier 1937 est passée à l'état de chose jugée ;

Que les actes présentés lors du règlement de cette affaire ont été reconnus valables par le Tribunal ;

En droit, attendu que le témoignage, en coutume Aït Izdeg, doit être purifié par un serment et que le nombre des co-jureurs est de dix en matière immobilière.

Par ces motifs : Le Tribunal Coutumier statuant contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : Déclare la demande recevable.

Au fond : Dêfère serment par dix aux défenderesses, à Moulay Ismaïl, pour « purifier » leur témoignage et affirmer que la tente a été partagée et que tout ce dont a hérité l' « aceb » Ahmed ou Embarek, à Midelt, a été vendu.

Charge le membre Moha N'Aït Mohand, d'assister à la prestation du serment.

Décide que les dépens seront à la charge du demandeur si le serment est prêté.

Siégeaient à l'audience : M. Oukbani, f.f. de Commissaire du Gouvernement, et les membres du tribunal :

Moha N'Aït Mohand ou Haddou, Moha ou Bihi N'Aït Akki, Moha ou Hammoudjan N'Ahmed Aouragh, Moha ou Chérif Mohetti, Herri ou Lahcène, Assou ou Ahmed ou Bassou ou Omar ;

Par acte d'Appel du 20 juillet 1937, Ahmed ou Embarek ou Berghijjou a relevé appel de ce jugement ; à l'audience du 8 octobre 1937, le Tribunal Coutumier d'Appel d'Azrou ayant convoqué les parties, les mandataires se sont tous présentés ;

L'appelant, invité à préciser ses griefs et moyens contre la sentence dont appel, a fait les mêmes déclarations qu'en première instance ;

Les intimés, appelés à faire valoir leurs arguments, ont déclaré s'en tenir aux moyens de défense déjà exposés à Midelt ;

Seul, le nommé Moha ou Ali ou Moou, (mandataire de Aïcha Alibouche) introduit une requête incidente faisant ressortir que sa mandante a

été lésée dans le partage des biens restés indivis, entre les trois femmes en cause, après la mort de Moha ou Embarek. Il déclare que le partage des terrains de la succession a été effectué en l'absence d'Aïcha Alibouche, et que cette dernière en a sérieusement pâti. Il demande que ce partage soit repris pour procéder à une répartition plus équitable des biens immeubles en cause ;

Les mandataires des deux autres intimées reconnaissent spontanément qu'Aïcha Alibouche n'était pas présente au moment du dit partage et qu'elle a effectivement reçu un mauvais terrain pour sa part.

Arrêt. — Attendu que l'affaire en cause a été réglée en première instance, à l'égard de l'appelant, conformément à la coutume locale et suivant une parfaite équité ;

Que la demande incidente introduite par Moha ou Ali ou Moou est fondée, du fait même que les deux autres parties intéressées en reconnaissent la légitimité et proposent, au surplus d'elles-mêmes, de procéder de nouveau au partage ;

Qu'il n'y a donc aucun inconvénient à ce qu'elle soit évoquée par le Tribunal d'Appel et sanctionnée par cette Juridiction même, puisqu'au demeurant elle revêt le caractère d'un accord amiable ;

Que le Tribunal d'Appel est compétent pour prendre acte de tout arrangement conclu, au cours d'une audience, entre les parties en présence ;

Par ces motifs : Statuant en matière successorale, contradictoirement, publiquement et en dernier ressort.

En la forme : 1^o Reçoit l'Appel relevé par Ahmed ou Embarek ou Berghijjou ;

2^o Reçoit la requête incidente introduite par Moha ou Ali ou Moou (mandataire d'Aïcha Alibouche).

Au fond : Rejette l'appel, le déclare non fondé.

Retient la demande incidente et décide, sur l'acceptation de toutes les parties intimées, que le partage des biens immeubles restés dans l'indivision entre les trois femmes, après la mort de Moha ou Embarek, sera repris ;

Trois parts seront de nouveau fixées et l'attribution de chacune d'elles sera faite par voie de tirage au sort entre les ayants-droit.

Les trois parties se déclarent satisfaites de cette solution.

Notification de cette décision est faite séance tenante à tous les intéressés.

Siégeaient à l'audience M. l'Interprète Capitaine Coudino, f. f. de Commissaire du Gouvernement ; et les membres du Tribunal coutumier d'appel, suivants :

Mohamed ben Ali Saghraoui, Lahsen ou Hammou, Hammou Hasseïn, Mimoun ou Baddou, Mohand ou Assou, Haddou Rqia, ali ou Taleb, Moha ou Lahcen, Ahceïne ou Aomar, Aqqa ou Bouhou, Oussi N'Chebannou, Saïd ou Froukh, Ou Youssef N'Haddou.

Traduit par M. Miquel.

44 18 DECEMBRE 1935 (22 ramadane 1354)

Arrêt de la Cour d'Appel de Rabat infirme un jugement du tribunal civil de Casablanca du 2 mars 1935 qui déclarait le possession précaire des opposants non opposable aux actes réguliers des requérants et juge au contraire une possession paisible des opposants depuis au moins 1896 préférable à des moulkias et des actes d'acquisition de 1910 et de 1912 et à une attestation unilatérale sans force probante des requérants qu'ils détiennent à titre de khobzataires, sans offre de preuve qu'ils ont touché leur part des récoltes annuellement, en se basant notamment sur un arrêt du Tribunal du Chrâ (n° 284) du 12 mars 1928 statuant dans la même affaire, qui n'a pas qualifié ces actes de faux mais les a considérés comme ne constituant pas un argument justificatif de propriété en faveur des requérants

Jugement. — Attendu qu'il est constant que depuis de longues années sauf une interruption de courte durée, les deux immeubles sont détenus par ceux qui les revendiquent aujourd'hui ;

Attendu que les requérants font état : d'une série de mutations successives, d'un acte contenant attestation par deux adoul que Ali avait eu le propriété de deux parcelles et leur jouissance jusqu'au jour où il les vendit à Kacem et à Mhamed, d'un acte dans lequel Abdelhouafi et Moulay Abdesselem reconnaissent avoir reçu deux parcelles à titre de Khobzataires d'Ali ;

Enfin un jugement rendu en leur faveur par le Cadi de Mazagan, sur appel d'une décision du cadi des Oulad Bouaziz, dans une instance engagée par les requérants à l'encontre de Mohamed, relativement aux mêmes terrains qui font l'objet du présent litige.

Attendu que les deux terrains bornés dits « *El Aoual* » et « *Seheb Ghezoua* » correspondent par leur assiette à ceux qui ont été en litige devant la juridiction du Chraâ et qui font aujourd'hui l'objet de ce procès ;

Que ces deux terrains sont détenus depuis de longues années par le groupe d'opposants qui les revendique sauf pendant l'année qui a suivi le prononcé du jugement susvisé du Cadi de Mazagan ;

Qu'en effet, il ressort de l'enquête que les requérants durent payer aux opposants à titre d'indemnité de jouissance une certaine somme pour la période pendant laquelle en exécution de la décision du Cadi, ils furent mis en possession ;

Attendu qu'à ces actes les opposants opposent : deux moulkias au profit de Moulay Seddik et de ses héritiers, deux moulkias au profit de Haj Abdelhouafi et de ses héritiers, et un arrêt en date du 20 ramadane 1346 (12 mars 1928) du Tribunal d'appel du Chrâ, infirmant le jugement du Cadi de Mazagan, produit par les requérants et confirmant celui rendu en premier ressort, par le cadi des Oulad Bouaziz, et déboutant les requérants de leurs prétentions ;

Attendu que de ces productions, il résulte donc qu'en l'année 1918 (1336) un procès fut intenté par les requérants à Mohamed, en revendication des deux parcelles qui font l'objet de ce litige ;

Qu'on y relève que le mandataire du défendeur avait prétendu que son mandant était propriétaire et, revenant sur cette première déclaration, pre-

cisé qu'en fait ces deux terrains appartenait à Moulay Ahmed Saïs : Attendu que dans la première décision, le cadi des Oulad Bouaziz se basant sur la longue possession de défendeur et aussi sur la suspicion qui plaçait sur les titres des demandeurs, les requérants avait débouté ceux-ci de leurs prétentions ;

Attendu qu'au cours de cette procédure, il a été précisé que l'une des parcelles était la propriété de Moulay Ahmed et que l'autre était détenue par le défendeur Mohamed pour le compte de ses pupilles, sans autres précisions ;

Attendu qu'après infirmation de cette décision par le Cadi de Mazagan, le Tribunal d'appel du Chrâ, statuant en dernière analyse a confirmé la première décision du Cadi des Oulad Bouaziz, mais sous réserve du serment à prêter par les bénéficiaires de son arrêt qui étaient majeurs ;

Attendu que cet arrêt, comme d'ailleurs les jugements successivement rendus par les cadis des Oulad Bouaziz et de Mazagan, antérieurs au dépôt de ces réquisitions, ne sauraient s'imposer en l'état, parce que les parties qui ont répondu à l'action en revendication des requérants, devant la juridiction du Chrâ, n'ont jamais été individualisées d'une façon absolument précise et qu'elles ne s'identifient pas incontestablement avec les deux groupes d'opposants qui sont représentés aujourd'hui par Moulay Abdallah ;

Attendu que les moukïyas invoquées par les opposants, conformes aux prétentions de ceux-ci quoique régulières en la forme ont été établies postérieurement au dépôt du maqal des requérants devant le premier juge chérifien, vraisemblablement pour les besoins du litige ;

Qu'aucune valeur probante utile ne saurait donc être attachée à ces actes qu'il convient d'écarter purement et simplement ;

Attendu qu'ainsi les opposants ne peuvent invoquer que leur longue possession du terrain ;

Mais attendu que par leur acte du 13 Moharrem 1314 (24 juin 1896), revêtu de la formule d'authentification, les requérants établissent que l'auteur de l'un des groupes d'opposants, avait reconnu occuper les deux parcelles en litige à titre de khobzataire, de Ali leur propre vendeur ;

Que cette possession des opposants, jusqu'à preuve du contraire est donc essentiellement précaire, qu'elle ne saurait pas suite ouvrir à ceux-ci des droits à la propriété ;

Attendu que des actes réguliers qui accompagnent l'acquisition par les requérants, il ressort que le 19 ramadane 1286 (23 décembre 1869), Moulay Seddik, auteur de certains opposants, avait acheté le terrain « El Aouad », que par un acte du 5 chabane 1299 (22 juin 1882), Moulay Sadjâ avait vendu sa part à ses deux frères et que par acte du 21 chaoual 1313, (5 avril 1896), Ali, auteur des requérants avait acquis les droits des deux frères Abdelhouafi et Abdesselam, soit la totalité du terrain El Aouad :

Qu'il ressort donc que les auteurs de chaque groupe d'opposants ont disposé de leurs droits par actes réguliers authentiques, contre lesquels les opposants ne se sont pas inscrits en faux ;

Attendu que les requérants font d'ailleurs état d'une moukïya dressée antérieurement à l'introduction de l'action devant le Cadi des Oulad Bouaziz, moukïya homologuée et avérée qu'aucun élément du dossier ne permet de tenir pour suspecte ;

Attendu qu'en définitive aux actes réguliers des requérants, les opposants n'opposent qu'une possession précaire : que leur revendication doit être rejetée ;

Par ces motifs : Déclare mal fondées les oppositions formées par Moulay Ahmed, par les héritiers d'Haj Abdelhouafi, Moulay Ahmed et les consorts Abdelhouafi ;

(Président : M. Puvilland ; assesseurs musulmans : Si Ahmed ben Lehmar et Si Ahmed ben Brahim ; Ministère Public : M. Cordier).

Arrêt : -- Attendu que les titres des requérants, les deux actes d'acquisition du 26 février et du 1er septembre 1910, la moukhiya, datée de 1912, l'acte de 1896, constatant que les deux parcelles, objet des bornages, sont en la possession d'un groupe d'opposants à titre de *khobzaires* du vendeur des requérants, ne sauraient prévaloir à l'encontre de la longue possession des opposants qui s'est exercée sans trouble depuis au moins 1896 ;

Attendu, en effet, que la moukhiya des requérants postérieur d'ailleurs à leur acquisition est combattue par celle que les opposants ont fait établir à leur profit quelques années plus tard ; que l'acte de *khobza* n'a pas été rédigé dans les formes habituelles ; qu'au lieu d'être bilatéral, il se présente en une simple attestation des consorts Abdelhouafi ; qu'ils détiennent les deux parcelles dont s'agit à titre de *khobzataire* d'Ali ;

Attendu que ce qui rend suspect cette déclaration c'est que les requérants n'offrent pas de prouver et n'allèguent même pas qu'ils ont touché tous les ans leur part de récolte, d'où il suit que cette déclaration des auteurs des opposants n'aurait même pas été suivie d'exécution ;

Attendu qu'il échet d'écarter l'acte dont s'agit comme sans force probante ;

Attendu par ailleurs qu'il appert des pièces produites que le terrain en question a fait l'objet entre les mêmes parties, d'un litige devant les juridictions du Chrâ ; que si les décisions qui ont été rendues, ne s'imposent pas à la Cour, il lui est permis d'y puiser des renseignements utiles ;

Attendu qu'il convient de retenir que le Cadi des Oulad Aziz avait estimé faux les actes produits par les requérants ; que le Cadi d'appel a, il est vrai, infirmé le jugement du Cadi des Ouled Aziz parce que les faux n'étaient pas établis, mais que le Tribunal d'appel du Chrâ a confirmé le jugement du Cadi des Ouled Aziz, sans toutefois se prononcer explicitement sur les faux, mais en se basant néanmoins sur ce que les requérants actuels n'avaient pas produit un argument justificatif de leur propriété.

Par ces motifs : En la forme : Reçoit les appels et les joint. An fond :

Infirme le jugement ; Déclare fondées les oppositions des appelants.

(Président : M. Sanviti ; assesseurs musulmans : Si Larbi Naciri et Si Ahmed Aouad ; Ministère Public : M. de Franceschi ; Avocats : Maîtres Bruno, Lévy).

(Traduit par Si Bennaceur ben Omar).

Note I. — Dans cette même affaire le Cadi des Oulad bou Aziz, par jugement du 26 kada 1336 (2 septembre 1918), avait maintenu le terrain dans les mains de son détenteur et annulé les actes faux des défendeurs.

Le Cadi de Mazagan, sur appel, avait infirmé le 1er hidja 1337 (28 août 1919), le jugement précédent, dépossédé le défendeur et livré la possession au demandeur parce que celui-ci doit prendre possession de la propriété revendiquée si le bénéficiaire de l'aveu dément l'aveu du déclarant, décidé que l'auteur du faux n'était pas établi et que les frais du procès ne peuvent être mis à la charge de la partie que si elle a résisté.

Le Tribunal d'Appel du Chrâ, sur appel, avait, le 20 ramadane 1346 (12 mars 1928), confirmé le jugement du premier cadi, sauf sur le faux et les frais, s'était refusé à apprécier des actes prétendus faux, des tribunaux spéciaux étant seuls qualifiés pour en connaître ; décidé que, le terrain revenait aux bénéficiaires de l'aveu et que les demandeurs ne produisaient aucun argument justificatif de propriété malgré le longue période écoulée.

Les motifs essentiels de ces trois décisions des deux Cadis et du Tribunal d'Appel du Chrâ sont les suivants :

Paul ZEYS,

Traduit par Si Bennaceur ben Omar.

Jugement du Cadi des Oulad bou Aziz :

Les dits titres produits par le demandeur ont été reconnus le 26 kaâda 1336 (2 septembre 1918) comme ne constituant aucun argument pour lui :

Au bas de ces actes se trouve collé un acte dressé par deux adoul inconnus, sur une feuille recouverte d'une autre ; A l'examen, le Cadi des Oulad Bou Aziz le trouve suspect, parce que l'encre et le papier en sont neufs, de couleur jaune contre-façonée et il consistait en un *achat d'Ali ben Smaïl* des Ouled Taleb, à *Sid el Hadj el Ouafi* et son frère Abdeslam de la totalité du bornage ci-dessus et au verso, en date du 21 Choual 1313 (5 avril 1896), un acte séparé dont le papier et la contre-plaque ont été jaunés pour paraître anciens à l'examen (alors qu'ils ne le sont point), sans parler du grattage vicieux de l'homologation ; Il était écrit à l'encre enfantine que n'emploient généralement que ceux qui falsifient les écritures, il porte achat de Kacem, demandeur et de son frère germain susdit par moitié entre eux, à leur vendeur Ali précité, en date du 15 safar 1328 (26 février 1911) produit non homologué, le 25 chaabane 1336 (5 juin 1918) ;

Il porte actuellement une mention d'homologation récente ; Et encore quatre autres actes sur une petite feuille de papier, le troisième suivi d'une homologation d'un autre acte et qui y a été collée, le quatrième qui avait été produit non homologué le 25 chaabane porte actuellement une homologation à l'encre « enfantine ». Ces actes consistent le premier en une procuration de Kacem ben Aïssa et consorts datée du 20 Djoumada II 1269 (31 mars 1853), le deuxième en une acquisition de Ali ben Mbarek el Messaoudi au mandataire susdit en date de Djoumada II 1269, (mars 1853), le troisième très suspect, écrit par un seul adel à l'encre « enfantine » porte achat d'Ali ben Smaïl susdit aux héritiers du dit acheteur en date du kaada 1288, (janvier 1872), le quatrième en un achat du demandeur et de son frère Mohamed à Ali précité, daté du 28 Chaabane 1328 (4 septembre 1910) ;

L'homologation récente de ces deux actes a été reconnue fausse, motif pris que le détenteur est habitué à fabriquer des actes faux et apocryphes et

à les produire contre ceux qu'il veut opprimer : un tel personnage doit être corrigé, puni et emprisonné pour servir d'exemple aux autres ;

Par ailleurs, les actes suspects sont tous nuls. On lit dans l'ouvrage de el Mayab : « En cas de suspicion par suite d'un grattage ou autre, l'acte est annulé ou entier » ;

Ce qui affaiblit l'instance du demandeur par surcroît, c'est qu'il n'a point fait acte de jouissance, ainsi que son vendeur et que le terrain litigieux n'est jamais sorti des mains de ses détenteurs depuis fort longtemps ;

Cela montre bien que les actes produits constatant l'achat du demandeur et de son vendeur sont fabriqués de toutes pièces, faux et de nul effet ;

A supposer que ces actes soient réguliers, ils ne constatent point en l'état, la propriété au profit de leurs détenteurs ;

L'auteur de l'ouvrage « El Amel » (Jurisprudence) s'exprime en effet, en ces termes : « les actes d'achat n'établissent point la propriété » ;

L'origine de cette opinion doit être recherchée dans l'ouvrage en Naouader et dans l'ouvrage de Ben Jouzi ;

Par ces motifs : Le Cadi a prononcé la nullité des deux actes suspects que le demandeur avait produits le 25 chabane, non homologués et qu'il exhibe actuellement revêtus de l'homologation ;

Il est donc hors de doute que ces deux actes sont irréguliers et partant, complètement faux et non avenus ;

Ils exigent l'emprisonnement du demandeur et le remboursement au défendeur des frais de justice, étant donné qu'il émettait une prétention arbitraire ;

Jugement du Cadi de Mazagan :

Le Cadi de Mazagan, saisi de l'appel de l'affaire a infirmé le dit jugement et dépossédé le défendeur des deux parcelles en question en sorte qu'il ne sera plus entendu à aucun titre en raison de sa contradiction et motif pris que Moulay Ahmed l'a démenti ;

Le Cadi a livré la possession des deux parcelles au demandeur par application de l'opinion révélée par Zourquani et d'après laquelle « si le bénéficiaire de l'aveu dément l'aveu du déclarant, le demandeur prend possession de la propriété revendiquée » ; si Moulay Ahmed ou un autre a une prétention à émettre à ce sujet contre Kacem précité, il devra la produire dans la forme sus-indiquée. La sentence d'après laquelle le demandeur serait un faussaire de signatures, équivaut à une décision d'un fait impossible, étant donné sa condition. D'ailleurs on ne peut pas le juger ainsi sans établir régulièrement la preuve ; A supposer qu'il y ait suspicion, elle n'implique point que l'intéressé en est l'auteur ;

Il en est de même de la sanction pénale et de l'emprisonnement pour les motifs invoqués ;

Car il n'y a pas de preuve régulière ; Après administration de la preuve on doit lui adresser l'Idhar.

Le remboursement des frais est subordonné à la constatation de sa résistance et de son arbitraire.

Ce jugement porte d'ailleurs sur des frais indéterminés, dans l'espèce, en quantité et en qualité et non réclamés par le défendeur.

Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ (N° 284). Après examen des actes ci-dessus et du jugement s'y référant, le tribunal a estimé, à la suite d'un long échange de vues avec le Cadi, que les demandeurs n'ont aucun droit à l'objet du litige, motif pris qu'ils n'ont point produit un argument justificatif malgré la longue période écoulée ; D'ailleurs s'ils avaient un argument, ils l'auraient produit ;

Il y a donc lieu de confirmer le jugement précédent du Cadi des Oulad Bouaziz, déboutant les demandeurs de leurs demandes, le terrain revenant aux bénéficiaires de l'aveu fait par le défendeur sous serment par les majeurs parmi les bénéficiaires ;

Infirmes le dit jugement en ce qui concerne le faux, étant donné que ces délits dont il n'appartient pas aux tribunaux du Chrâ de connaître au pénal ; il y a eu effet, des tribunaux spéciaux pour le réprimer.

Il infirme également le susdit jugement relativement aux frais, car sa résistance n'est pas établie ;

Il a ainsi rendu un jugement définitif, parfait et exécutoire par ordre de Sa Majesté Chérifienne (Que Dieu l'élève) en sorte que ce jugement ne peut plus faire l'objet d'aucune révision et d'aucun recours.

Le Président : MOHAMMED BEN EL ARBI EL ALAOUL.

Traduit par Si Messaoud Chiguer.

Note II. -- Indépendance des juridictions chérifiennes et françaises. — Les juridictions françaises et chérifiennes ont chacune leur compétence et sont nettement indépendantes.

Le respect de l'indépendance des deux juridictions permet de ne porter aucune atteinte aux droits de chacune, mais il n'implique pas une défiance inconciliable avec l'esprit même du Protectorat qui a voulu que d'une part des Commissaires du Gouvernement représentent la France devant certains tribunaux marocains et d'autre part que les tribunaux français rendent la justice au nom de la République Française et au nom de S. M. le Sultan, preuve de solidarité et d'union entre les deux justices pour la recherche de la vérité et pour l'entière satisfaction des parties intéressées. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de Rabat, du 18 décembre 1935, ci-dessus rapporté rendu dans une procédure d'immatriculation, commencée par une réquisition d'immatriculation du 8 mai 1928 et après un jugement du Tribunal Civil de Casablanca du 2 mars 1935 (Dahir du 12 août 1913, sur l'immatriculation, art. 3).

L'arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ du 9 juillet 1928, est rendu dans une contestation relative au même immeuble, avant réquisition d'immatriculation, jugée en 1918, par le Cadi des Ouled bou Aziz, et le 28 août 1919 par le Cadi de Mazagan (Dahir du 7 juillet 1914, 1^{re} partie, titre II, article 3).

L'arrêt de la Cour de Rabat présente cette situation particulière qu'il tire certains arguments de l'arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ et y trouve des motifs pour baser sa décision.

En effet, les dispositions du droit musulman qui ne sont contraires ni au dahir du 12 août 1913 (9 ramadane 1331), article 106, sur l'immatriculation des immeubles, (codifié par dahir du 2 juin 1915 (19 redjeb 1333), ni au statut personnel ou aux règles de succession des titulaires de droits réels, s'appliquent aux immeubles immatriculés et aux droits qui

s'y rapportent, en tant qu'elles sont conciliables avec la nature des droits et charges spécifiés au titre de propriété.

C'est ainsi que ces deux juridictions, l'une française et l'autre chérienne, jugèrent le même litige, entre les mêmes parties, à sept ans d'intervalle, appréciant toutes les deux, qu'une longue possession était préférable à des titres moins anciens, consacrant le principe de droit musulman que la possession régulière prime les titres.

La *Revue Marocaine* (1935-1936, IV, page 1) a signalé une autre espèce dans laquelle les tribunaux français ont été saisis du même litige entre mêmes parties, que les tribunaux du Chrâ venaient également de juger : C'est ainsi que le Cadi de Casablanca, le 28 mars 1933 et le Tribunal d'appel du Chrâ, le 1er septembre 1934, ont jugé qu'une association entre deux frères doit être établie par acte notarié et que la preuve par témoignage lafif ne peut être admise qu'avec une extrême prudence, et qu'en même temps le Tribunal civil de Casablanca, le 13 janvier 1934 et la Cour d'appel de Rabat, le 17 octobre 1934 jugeaient que cette association doit être établie par acte notarié et par toutes preuves verbales au cours de l'immatriculation et ainsi deux juridictions indépendantes, sans invoquer ni l'une ni l'autre l'autorité de la chose jugée se sont rencontrées pour juger dans le même sens.

C'est ainsi que la Cour de Rabat a jugé le 8 janvier 1936 que la décision d'une Djemaâ contumière sur une question immobilière s'impose au tribunal français (depuis le dahir du 16 mai 1930 qui organise ces djemaas) saisi d'une réquisition d'immatriculation portant sur ce même immeuble.

Le Maroc ne comporte pas une justice unique s'appliquant à tous ses habitants sans distinction de nationalité : au contraire, plusieurs justices émanant de Souverainetés différentes coexistent : ce sont notamment les tribunaux traditionnels du Maroc et les tribunaux français.

Le statut commun des tribunaux français et des tribunaux indigènes est constitué par le dahir d'organisation judiciaire du 12 août 1913 qui a posé les règles de compétence qui n'ont cessé d'être observées avec une absolue réciprocité et dont le caractère impératif a été souligné par deux arrêts rendus par M. le Premier Président Paul Dumas :

1° Les tribunaux français sont incompétents (art. 2 du Dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire) pour connaître d'un litige engagé entre deux sujets marocains. Cette incompétence est d'ordre public : elle peut être proposée en tout état de cause et doit même être soulevée d'office par le juge, la juridiction française étant radicalement incompétente dans tous les cas où le pouvoir de juger ne lui a pas été expressément délégué. Il ne peut en conséquence être dérogé à cette règle, ni par une convention privée, ni même par un contrat judiciaire d'où découlerait l'acceptation par une partie de la juridiction française.

Ainsi le veut le régime du Protectorat, qui implique essentiellement de la part des deux souverainetés qu'il associe à son fonctionnement, le respect mutuel de leur compétence et de leurs attributions respectives telles qu'elles ont été définies par leurs accords.

Le principe de la séparation des pouvoirs qui dérive du Traité du Protectorat et qui est inhérente aux institutions est fondamental et domine les règles ordinaires de la compétence inscrites dans l'art. 124 du dahir de

procédure civile. Ce texte ne fait que viser et sanctionner la violation des règles édictées par le titre premier du même dahir sur la répartition entre les divers tribunaux français de la compétence qui est dévolue dans son ensemble à la juridiction française par le dahir du 12 août 1913, sur l'organisation judiciaire et ne saurait trouver son application dans le domaine du droit public. (Arrêt Cour Rabat, 19 avril 1921. Recueil Arrêts, Rabat, 1921-57).

Traduit par Si Abdesslem ben Youssef.

2° Les juridictions françaises du Maroc sont incompétentes pour connaître d'un litige entre deux sujets marocains alors même qu'un ressortissant français pris comme caution de l'un d'eux se trouverait en cette qualité dans l'instance.

Le fait qu'il existe un lien de connexité entre le litige concernant la caution et le litige concernant le débiteur principal, ne saurait faire déroger à cette règle de compétence, alors surtout que le débiteur n'est l'objet d'aucun recours de la part de la caution seule justiciable de la juridiction française.

Le caractère absolu de cette règle de compétence qui est d'ordre public et à laquelle les conventions des parties ne peuvent porter aucune atteinte, prend son principe, non pas dans l'article 124 du dahir de procédure civile, mais dans le régime même du Protectorat et dans le respect mutuel de leurs pouvoirs respectifs qui s'impose aux deux souverainetés associées à son fonctionnement. (Arrêt Cour Rabat, 31 mai 1921. Recueil Arrêts Rabat, 1922, page 178).

C'est ainsi que le Tribunal d'appel du Chrâ, soucieux d'observer la compétence française, a jugé que lorsque dans la liquidation de la succession d'un musulman des ressortissants français interviennent pour demander le paiement de leurs créances, le Cadi doit renvoyer ce litige devant le tribunal français compétent et suspendre les opérations de liquidation en attendant que ce litige soit jugé. (Arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ du 24 juillet 1918 (15 chaoual 1336) ; Milliot, jurisprudence chérifienne, (III, page 81).

Il a encore été jugé sur les mêmes principes que le caractère impératif des règles de compétence entraîne ainsi la nullité absolue des conventions entre particuliers pour l'option d'une juridiction qui leur ferait échec. C'est ainsi qu'ont été déjoués les artifices de certains créanciers marocains, par le fait de prétendus mandats ou de certaines cessions, qui désiraient poursuivre des débiteurs marocains devant les tribunaux français (Arrêt Cour Rabat, 12 mai 1934, *Gazette Tribunaux Maroc*, 28 juillet 1934).

Le principe d'indépendance des juridictions chérifiennes, lié au statut du Protectorat français du Maroc, s'oppose à ce que les juridictions françaises puissent être compétentes à l'égard d'un magistrat chérifien, tel que le Cadi, les griefs imputés à ce Cadi à raison d'une prétendue violation, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de la législation du Protectorat, ne pouvant engager la responsabilité de ce magistrat musulman devant les juges français, dans les termes du droit commun. (Cassation, 31 janvier 1933. Recueil Arrêts Rabat 1933, 1, sur pourvoi d'un arrêt de la Cour de Rabat du 14 avril 1931 (*Gazette Tribunal Maroc*, 13 juin 1931) et son

commentaire, par André Michel, traité du contentieux administratif du Maroc, I, page 352).

Les juridictions françaises ne sont pas plus compétentes pour juger l'action en responsabilité intentée à raison du préjudice causé à des tiers contre un Cadi, magistrat musulman qui n'a pas à rendre compte de ses actes à la justice française (Arrêt Rabat, 20 juillet 1936).

Les principes de la séparation du civil et du criminel et du criminel qui tient le civil en l'état, ont de même poussé la Cour l'Appel de Rabat à décider que toute demande rentrant dans la compétence française doit aboutir à une solution sans être retardée par l'intervention d'une juridiction marocaine. Et c'est ainsi qu'elle a jugé :

1° qu'à l'audience du contentieux de l'immatriculation foncière, une demande de sursis, basé sur le dépôt d'une plainte en faux criminel devant la juridiction répressive chérifienne, doit être rejetée lorsque la partie qui avait produit la pièce incriminée déclare renoncer à en faire état et qu'il lui est donné acte au plume de cette déclaration. (Arrêt Cour Rabat, 12 juin 1929. Recueil Rabat, 1929, 544).

2° que la décision définitive de la juridiction chérifienne compétente entre sujets marocains ne saurait être tenue en échec par le demandeur d'inscription de faux introduite devant le juge du contentieux de l'immatriculation par une des parties à l'instance du Chrâ, contre un acte notarié musulman, ayant servi de base à la décision chérifienne et dont l'authenticité n'a pas été jusque là contestée. (Arrêt Cour Rabat, 7 mai 1930. Recueil Rabat 1929-30, 644).

Le cantonnement de chaque juridiction, française et chérifienne, dans sa propre compétence a été encore observé par le tribunal criminel de Casablanca dans son jugement du 8 avril 1935 qui se déclarait incompétent pour juger un israélite marocain accusé de faux en écritures publiques et authentiques, usage de faux et détournement de deniers publics au préjudice du service des Douanes, cette administration étant marocaine et dépendant de la justice maghzen. Ce jugement fut du reste cassé par la Cour de Cassation, le 27 mai 1936, qui estima que l'administration des douanes marocaines présente un caractère mixte, dépendant à la fois de l'Etat français et de l'Etat chérifien, qui entraînait la compétence non du Haut Tribunal chérifien, mais du Tribunal criminel (Art. 6, du Dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire).

Cette indépendance a été encore affirmée en décidant que les jugements des tribunaux chérifiens au Maroc sont des jugements étrangers par rapport aux juridictions françaises et que les décisions rendues par l'un ne s'imposent pas à l'autre; c'est ainsi que celui qui réclame le paiement d'une somme d'argent à un marocain devant le juge de paix ne peut prétendre justifier sa créance par le fait que son prétendu débiteur a été condamné par le Caïd de Salé pour escroquerie de cette somme, à son encontre. (Jugement Juge de Paix Rabat, du 20 octobre 1936).

Dans le même sens : Jugement du Tribunal de Casablanca du 3 mai 1937, décidant que le jugement du Caïd des Hedani, condamnant un marocain pour recel, n'a pas l'autorité de la chose jugée devant le juge de paix de Casablanca (et le tribunal de Casablanca en appel) saisi par un Français de la demande de réparations civiles de ce délit, alors surtout que le Haut Tribunal Chérifien, statuant en appel, a infirmé le jugement du Caïd, la preuve du recel n'étant pas suffisamment rapportée.

Paul ZEYS.

Traduit par Ammar.

Note III. -- Les considérants qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Rabat puise dans un arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ constituent de la part de la juridiction française une appréciation souveraine des faits de la cause qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation.

Les pourvois en cassation sont possibles contre les arrêts de la Cour d'Appel de Rabat, dans les conditions prévues par la législation française. (Dahir sur l'organisation judiciaire du 12 août 1913 (9 ramadane 1331, art. 14).

Les arrêts rendus en matière d'immatriculation foncière ne sont pas susceptibles de pourvoi en cassation à la requête des parties, mais seulement sur l'initiative du Procureur Général et dans l'intérêt de la loi (article 47 du dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation foncière). La cassation est ainsi purement théorique et laisse les parties dans l'état où l'arrêt de la Cour d'appel les a placées. (Cass. Civ. 27 février 1934, *Gazette Tribunaux Maroc*, 12 mai 1934).

Le pourvoi en cassation pour violation de la loi marocaine est possible contre les décisions émanant des juridictions françaises ; il est au contraire impossible contre les décisions rendues par les juridictions chérifiennes au Maroc où la justice entre Marocains est rendue par des juridictions marocaines ; le recours en cassation est exclu des voies de recours qui sont ouvertes aux colonies, aux plaideurs indigènes par les décrets d'organisation judiciaire (Solus, condition des indigènes en droit privé, 1927, pages 544, 545).

La Cour de Cassation ne peut apprécier et contrôler que des faits visés par des lois françaises ou des dahirs du Sultan. Elle ne peut contrôler la doctrine des auteurs musulmans, le droit traditionnel non écrit marocain et les décisions des juridictions musulmanes. Il en est de même des considérations invoquées par un tribunal français et tirées de décisions des Tribunaux du Chrâ, comme le fait la Cour de Rabat dans son arrêt du 18 décembre 1935. Ces considérations forment une appréciation souveraine de la Cour d'Appel et échappent au contrôle de la Cour de Cassation.

En effet, la loi qui régit les autochtones est, pour la Cour de Cassation, une loi étrangère et les tribunaux du pays qui sont chargés de l'appliquer sont des tribunaux étrangers dont il n'appartient pas à la Cour de Cassation de contrôler les décisions. (Faye, *La Cour de Cassation*, n° 643). C'est ainsi que la Cour de Cassation a jugé le 18 octobre 1933 (*Gazette du Palais*, 1933, II, 781) qu'il appartient au juge du fait de constater souverainement la coutume musulmane en Algérie, suivant les divers rites, et le 5 juillet 1933 (*Gazette du Palais* 1933, II, 595) pour l'application d'une coutume hindoue et que ces constatations échappent à la Cour suprême. Voir au surplus pour l'Algérie : Rites musulmans dans *Revue Algérienne*, juillet 1936, Doctrine, page 121.

Paul ZEYS.

Traduit par Ammar.

Note IV. -- Délits d'audience devant le Cadi. -- C'est à tort que le Cadi de Bou Aziz a décidé que le faussaire doit être emprisonné. Le tribunal d'appel du Chrâ a réformé cette décision en disant qu'il y a des tribunaux pour juger le pénal conformément au dahir du 4 août 1918 (Art. 1^{er}) qui place les affaires de faux dans la compétence de la chambre criminelle du Haut Tribunal Chérifien. Le Cadi n'a pas de compétence pénale ; tout au plus jouit-il de certains pouvoirs de coercition et le droit de prononcer l'incarcération de ses justiciables pour réprimer les

délits d'audience (injures au Cadi ou à un témoin, (La Tohfa d'Ibn Acem, verset 48), ou pour contraindre un plaideur à se conformer à ses ordres, par exemple : refus du mari de répudier sa femme quand il se reconnaît incapable de la nourrir ; refus de la femme de réintégrer le domicile conjugal ; refus du défendeur de reconnaître ou de nier les prétentions du demandeur. (La Tohfa d'Ibn Acem, verset 54).

Paul ZEYS.

Traduit par Si Benachenhou Hamid.

Note V. — Sur les dépens devant le Cadi et le Tribunal d'appel du Chrâ.

Le jugement du Cadi des Oulad Bouaziz ci-dessus ordonne le remboursement des frais de justice au défendeur. Le Tribunal d'appel du Chrâ infirme ce jugement relativement aux frais parce que la résistance du défendeur n'est pas établie. Ce sont là des décisions de nature tout à fait exceptionnelle, car les Cadis et le Tribunal d'appel du Chrâ ne statuent pour ainsi dire jamais sur les dépens. M. Milliot en cite un seul cas spécial (Jurisprudence chérifiennne, I, pages 225 et 228) dans un arrêt du Tribunal d'appel du Chrâ du 30 rebi I 1335 (24 janvier 1917) qui déclare que les frais occasionnés par le décès du de cujus et l'acte d'hérédité sont à la charge de tous les héritiers et répartis entre eux par tête, s'ils font valoir leurs droits, par référence à Al Bourzouli, chapitre du mariage.

Avant le Protectorat la notion des dépens était inconnue devant les juridictions chérifiennes. Devant le Chrâ notamment, la question ne se posait pas en raison de la conception actuelle du service de justice et du caractère de la procédure. Dans l'Etat musulman, le Souverain rassemble en sa personne tous les pouvoirs. La souveraineté étant de nature théocratique, il la tient de Dieu et non de la Nation. Il administre l'Etat comme un particulier son patrimoine. La fonction publique est exercée par des mandataires révocables ad nutum, les juges comme les autres. Les fonctionnaires sont constamment dans la main du Souverain car la fonction publique a la précarité et l'instabilité du mandat. Ils ne perçoivent aucun traitement, mais des dons, des allocations variables, tantôt du souverain et tantôt des administrés. Cela donne à la fonction publique dans l'Etat musulman un aspect tout à fait particulier (Cf. Surdon, Droit Musulman, p. 186 et suivants).

Le cadi a ce caractère. Sa fonction ne constitue ni une carrière ni une charge. Pour le devenir, il n'était pas besoin de passer un examen. Le mandat conféré par le Souverain suffisait. Il ne percevait aucun traitement ; il n'en percevait point encore au Maroc. Il vivait « des épices » fournies par les parties. Celles-ci ne se communiquant point l'ordre de grandeur de ces épices et le cadi n'en faisant point l'aveu, il n'y avait point là matière à dépens. (1)

(1) Cette note a été rédigée avant que le dahir du 5 novembre 1937 (1^{er} ramadane 1356) ait paru. Ce dahir fixe le statut des cadis, applicable depuis le 1^{er} août 1938 (dahir du 23 juin 1938) (24 rebia II 1357); il a été complété par un arrêté viziriel du 19 mai 1938 (19 rebia I 1357), qui fixe à 15 % la part revenant aux cadis sur les honoraires des actes, toutes dispositions nouvelles qui sont de nature à modifier les considérations de la note ci-dessus.

La procédure du droit malékite avait d'autre part, des caractères propres qui ne laissaient nulle place à l'intervention de dépens. Les débats judiciaires sont une sorte de tournoi auquel le cadî assiste impassible et dont il se borne à enregistrer le résultat. Chaque phase de la procédure est enregistrée dans un acte adoulaire à la requête alternative des parties. Au fur et à mesure chaque partie supporte les frais de l'acte qui lui sert. Le jugement n'est lui-même qu'un acte adoulaire dans lequel on enregistre en la forme authentique les déclarations qui constituent la sentence du cadî. La partie qui y a intérêt paie les frais d'acte qui sont requis pour lever le jugement. La procédure revêt ainsi la forme d'un contrat judiciaire établi entre parties et qui est exécuté quand le jugement est rendu. Il n'y a pas de place pour une notion de dépens.

Les voies de recours existaient non sous la forme de l'appel qui suppose une hiérarchie de juridictions mais sous celle de la requête (chikaya) au Souverain. Le préposé aux requêtes ou vizir ech chikayate n'était pas plus rétribué officiellement que le Cadî. Devant lui, par conséquent, la question des dépens ne se posait pas.

La tarification des actes d'adoul (Voir Dahir du 7 juillet 1914, annexe Dahirs des 8 septembre 1932, 15 novembre 1935 et 30 mars 1936) sur laquelle est effectué le prélèvement qui sert à la rétribution officielle du Cadî (un tiers du tarif) et des adoul (deux tiers du tarif) et la fixation des taxes d'appel (Dahirs des 22 août 1921, 16 et 17 mars 1936) pouvaient permettre d'introduire devant les juridictions du Chrâ, notre notion des dépens. Elle le fut par l'avant-dernier alinéa de l'article 10, II^e partie du Dahir du 7 juillet 1914 portant réglementation de la justice civile indigène et de la transmission de la Propriété immobilière qui déclare :

« Les jugements préciseront par laquelle des parties les frais sont supportés ou dans quelle proportion chacune des parties doit y contribuer ».

Et par l'avant-dernier alinéa des dispositions finales du tarif annexé à ce même dahir qui dispose que le montant des perceptions établies à titre de droit d'appel est mis à la charge de la partie qui succombe.

Cette disposition est demeurée sans application ; en effet, malgré l'institution de l'appel sous les espèces du Tribunal Viziriel du Chrâ et en 1921 du Tribunal d'Appel du Chrâ, rien n'a été changé à la nature des juridictions du Chrâ. Sous le Tribunal d'appel du Chrâ, c'est le Vizir ech chikayate qui continue d'exister et la fonction de Cadî n'est toujours pas une carrière et le Tribunal d'appel du Chrâ n'est pas une juridiction souveraine (argument tiré des art. 3 du Dahir du 7 février 1921 et 11 et 12, II^e partie du Dahir du 7 juillet 1914).

Cependant : devant le Haut-Tribunal chérifien, la partie qui succombe est condamnée aux frais de l'instance (Dahir du 26 juin 1933 - 2 rebia I 1352) et devant les tribunaux coutumiers de première instance et d'appel, le jugement liquide les dépens, lesquels sont en principe, à la charge de la partie succombante (Arrêté Viziriel du 8 avril 1934 - 23 hijâ 1352 - Art. 8, 14), mais les magistrats de ces tribunaux sont rétribués par le Gouvernement.

G. SURDON.

Traduit par Si Benachenhou Hamid.

45 26 KISLEVE 5687 (2 décembre 1926)**Jugement du Tribunal rabbinique de Meknès autorisant le mariage en secondes noccs du mari qui n'a pas eu d'enfants de sa première épouse**

Sur la requête du sieur Elie Jacob tendant à obtenir l'autorisation de convoler en secondes noccs motif pris de ce qu'il n'a pas eu d'enfants de sa première épouse après quinze ans de mariage, nous avons régulièrement convoqué la défenderesse qui a résisté à cette action en soutenant que son mari n'est pas assez aisé pour subvenir aux besoins de deux ménages et que s'il désire se remarier, il n'a qu'à la répudier selon la loi mosaïque;

Par ces motifs : Le mari qui n'a pas eu d'enfants après dix ans de mariage peut se remarier en dépit du refus systématique de sa première épouse.

Toutefois si de ce fait il n'arrive pas à subvenir aux besoins du premier et du second ménages la partie lésée n'aurait qu'à le poursuivre en justice pour l'accomplissement des clauses insérées au contrat de mariage qui les lie.

Le Président : Jacob-Joseph TOLEDANO, rabbin.

Notre I. — Sur la nature du mariage israélite.

Chez les Hébreux, l'union matrimoniale est un mariage par achat figuré, dont le prix est une sorte de donation. Ce prix appelé « nedounia » (don de virginité) représente, en effet, la valeur purement morale de la fiancée « kalla » et symbolise sa virginité.

Ce don n'est pas payé d'avance à la kalla. Elle ne peut ni en jouir, ni en disposer à sa volonté, mais il grève par priorité et d'office, tous les biens présents et à venir du Mari. Il ne peut être réclamé par l'épouse qu'après la dissolution du mariage. Il constitue juridiquement une créance qui n'est exigible que par le décès de son mari ou par la scission du contrat matrimonial, par suite de répudiation. La nedounia peut être assimilée à un gain de survie, un douaire, et non à la dot proprement dite. C'est un droit exclusivement religieux, sans lequel le mariage est illicite, aux yeux de la loi de Moïse, malgré toute stipulation contraire.

Pour que le mariage soit licite, il est indispensable que la Ketouba (l'acte nuptial) contienne sous peine de nullité, cette formule sacramentelle : (que doit exprimer le fiancé dans l'acte remis le jour même de la célébration à la Kalla) « Je te donnerai à titre de Nedounia instituée par la religion, pour prix de ta virginité, et pour l'amitié conjugale deux cent zouzi. »

Le zouzi biblique a le poids de quatre-vingts-seize graines d'orge. Il est en argent pur et vaut environ dix francs. Les deux cents zouzi sont fixés par la doctrine. La Mischna et le Talmud prescrivent en effet, que tout Israélite qui reste un temps quelconque avec une femme sans lui reconnaître la Nedounia, est en faute envers la loi et son union est illicite.

La Mischna est le premier monument de la tradition, mis à jour vers le milieu du 11^e siècle de l'ère de Jésus-Christ. Cette œuvre, immensément riche, touche à toutes les questions matrimoniales codifiées par le Talmud. Elle traite des intérêts civils, religieux, profanes et sacrés. C'est de la Mischna que les Docteurs ont tiré la formule ci-dessus, Ketouba, en usage de nos jours.

Le célibat est interdit chez les Hébreux : le Talmud le condamne en ces termes : « Tout Israélite qui ne se marie pas n'est pas de la race d'Adam. » La Génèse formule que le mariage pour l'homme est une obligation. Le code rabbinique prescrit qu'à l'âge de treize ans et un jour, le père doit marier son fils, avec une vierge pubère, et au plus tard à dix-huit ans.

La femme qui a épousé un homme impuissant, peut exercer la répudiation contre son mari, à la condition que cette impuissance soit prouvée par une cohabitation de dix ans consécutifs, déduction faite du temps passé en voyage, en maladie, ou en prison.

J. DARMON.

Note II. — Il est stipulé sur la « Kétouba » (Contrat de mariage) que le mari ne peut contracter aucun autre mariage sans avoir eu, au préalable, l'acquiescement formel de sa première épouse, sauf dans les cas prévus par les Règlements matrimoniaux « Tékanot » ;

Parmi ces cas, figure la stérilité de la femme ou la mortalité des enfants, mais il faut attendre dix ans à dater du mariage ; pour que le mari ne bénéficie pas de cette faculté, il faut que le ménage ait deux enfants, un garçon et une fille. La période décennale susvisée est comptée, même si la femme était encore impubère lors du mariage.

Nous n'avons pas, d'après la jurisprudence rabbinique, à rechercher si la stérilité provient de l'un ou de l'autre conjoint, car c'est au mari qu'incombe l'obligation du mariage, obligation connue dans la formule sacramentelle : « Croissez et multipliez », mais la femme n'y est point assujettie. De ce fait, c'est lui qui doit tenter sa chance et convoler en seconde, troisième, quatrième noces et même plus pour laisser une postérité.

Chalom NEHMANI.

Traduit par M. Joseph Caramé.

Acte notarié de mariage d'une jeune fille qui a encore son père.

Commentaire (suite et fin). Traduit par M. Francis Guay,
sous la direction de M. Bruno.

Dans le « Miâyar » il est dit que, selon Ibel Mekoui, l'omission de cette expression n'entache pas le mariage de nullité. Son emploi n'est donc pas absolument nécessaire. Voici ce que dit el-Fechtali, à cet égard : Ces deux mots mettent en garde le rédacteur de l'acte contre les empêchements — retraite de continence, notamment — dans lesquels la femme pourrait se trouver. D'après Iben Moughits, leur usage s'explique dans l'acte de mariage d'un femme qui a déjà été mariée. Il prévient des circonstances fâcheuses qui peuvent se produire après le contrat. En effet, prise d'un regret et dans l'espoir de faire annuler son mariage, l'épouse s'avise quelquefois de se prétendre enceinte ou de soutenir n'avoir pas revu ses règles. Or, lorsque les mots « non empêchée » ont été insérés dans l'acte, les allégations de la femme ne suffisent pas. Elle doit prouver ce qu'elle avance. Lorsqu'ils ne l'ont pas été, les avis sont partagés. Certains auteurs — et parmi eux Iben Attab — estiment que les déclarations de l'épouse font foi et que le mariage est annulé. D'autres — et notamment Ibel Attar — professent que les allégations de la femme ne sont pas retenues. Le point de vue des premiers a semblé le plus logique à Iben Moughits. Cependant, Ibel Mekoui a donné la préférence à celui des seconds.

Mais, ne perdons pas de vue que la raison d'être des actes juridiques est de prévenir et d'éviter les contestations. Il semble même, comme l'a énoncé el Wancharissi notamment, qu'il n'y ait pas lieu de faire, à cet égard, une distinction entre l'acte de mariage d'une jeune fille et celui d'une femme. D'après Iben Salamoun, les mots « non empêchée » doivent aussi bien être insérés dans un acte que dans l'autre, dès lors que cet auteur les fait figurer dans ces deux actes de son formulaire.

Nous concluons donc en recommandant l'insertion de ces deux mots et en en réprouvant l'omission.

Moyennant une dot de...

Par ces mots, l'on est mis en garde contre le cas où les parties auraient convenu qu'il n'y aura pas de dot. Car le mariage serait alors entaché d'une nullité sanctionnée avant la consommation. Après, la nullité serait couverte, moyennant la dot normale, selon l'opinion la plus répandue, d'après Sidi Khelil notamment.

Mais si l'on omettait simplement d'en fixer le montant et de faire une allusion quelconque à la dot, le mariage serait fiduciaire. C'est, d'après la définition d'Ibn Arafa, un mariage dans lequel le montant de la dot n'est pas fixé, sans qu'on y ait renoncé ni délégué à un tiers le soin de le fixer. La première partie de cette définition distingue le mariage fiduciaire du mariage de droit commun. La seconde le distingue du mariage sans dot, qui est entaché de nullité comme on l'a dit. Et la troisième, du mariage arbitral, dans lequel le soin de fixer la dot est délégué à un arbitre. D'après Sidi Khelil :

« il est permis de se marier fiduciairement et arbitralement ; c'est un contrat conclu sans fixer de dot ». (Fagnan, p. 66).

Comme l'a montré le glossateur (Bennani) notamment, cette définition englobe le mariage fiduciaire et le mariage arbitral. Dans le premier, il est permis d'attendre, pour fixer le montant de la dot, jusqu'au jour de la consommation. Le mari est alors tenu de la fixer, comme l'ont professé Iben Salamoun et l'auteur de la « Tohfa ».

« La dot fixée, lit-on dans cet ouvrage, ou celle qui est due en vertu du mariage fiduciaire, doit être versée le jour de la consommation », sauf, bien entendu, que l'épouse consente à ce qu'elle ne le soit pas et à se livrer à son mari, tout de même. Cette tolérance cependant est réprouvée si le mari ne verse pas un quart de dinar avant la consommation.

de vingt...

Lorsque la dot est mentionnée, il convient d'en indiquer le montant comme le recommande el-Fechtali. Ce montant ne doit pas être inférieur à un minimum fixé à un quart de dinar ou trois drahmes. Il ne peut être, non plus, représenté par un objet d'une valeur inférieure à ce minimum. Lorsque ce minimum n'est pas atteint, le mariage est entaché de nullité. Si le mari veut éviter que la nullité soit prononcée, il doit verser la différence nécessaire pour atteindre ce minimum, lorsque le mariage n'a pas encore été consommé. Lorsqu'il l'a été, la nullité est couverte ; mais le mari est tenu de verser cette différence.

« Le mariage, dit Sidi Khelil, est vicié, par la constitution d'une dot inférieure à un quart de dinar ou à trois drahmes de bon aloi, ou représentée par un objet estimé moins que l'une de ces deux valeurs. L'époux doit la parfaire s'il consomme le mariage ; s'il ne le consomme pas, le mariage est annulé dans le cas où il ne la parfait pas ». (Fagnan, p. 58).

La nullité pour cause de dot insuffisante n'est pas absolue, même avant la consommation. Elle peut se couvrir, comme l'a professé ez-Zarqani. Lorsqu'elle n'est pas couverte, le mariage est dissous comme par un répudiation et la moitié de la dot fixée est due.

« s'il est annulé avant, dit Sidi Khelil, rien n'est dû, sauf dans le mariage de deux drahmes où la moitié de cette somme doit être versée ». (Fagnan, p. 21).

Disons maintenant que les trois drahmes légaux sont des drahmes d'or pur et qu'il y a lieu de tenir compte que les drahmes de chez nous renferment du cuivre. On doit donc augmenter le nombre de drahmes pour compenser la dépréciation due à l'alliage. Nous ne saurions trop attirer l'attention sur ce point.

D'après Iben Salamoun, il n'a pas été assigné de maximum au montant de la dot. « Le Khalife Omar dit cet auteur, aurait voulu faire admettre comme maximum, le chiffre de quatre cents drahmes que le Prophète avait adopté pour ses épouses. Mais une femme lui rappela, un jour, qu'un passage du Coran visait une dot d'un « Qontar ». Il renonça, alors, à ses projets en se reprochant d'en savoir moins que les femmes elles-mêmes ».

« Un quart de dinar, enseigne la « Tohfa » est le minimum assigné à la dot. Quant au maximum, il n'y en a pas. La dot peut consister aussi en des objets mobiliers d'une valeur équivalente. Le minimum a été également fixé à trois drahmes, ceux-ci ayant la même valeur qu'un quart de dinar ».

D'après Iben Rochd, le « Qontar » (visé dans le Coran) vaut mille deux cents dinars. Cet auteur professe que les hommes de science préfèrent les chiffres modestes, en matière de dot, et réprouvent l'exagération.

« L'exagération, dit Sidi Khelil, dans le chiffre de la dot est réprouvée, ainsi que le retard stipulé pour son paiement ». (Fagnan, p. 64).

En monnaie du cours.

Il est nécessaire, dit Iben Salamoun, lorsque la dot est constituée par des espèces : dinars ou drahmes, de préciser la monnaie dont il s'agit. Si cette précaution n'a pas été prise, les espèces sont payées dans la monnaie courante dans le pays à la date du contrat, dans la monnaie la plus couramment employée s'il y en a plusieurs ou dans les monnaies en usage si elles sont toutes également employées. La situation est la même que si la dot était constituée par des esclaves dont la couleur brique ou noire n'aurait pas été précisée.

Lorsque la dot est constituée par un objet mobilier, il est nécessaire d'en indiquer l'espèce et le signalement.

Selon Iben Mehras, « à défaut de cette précaution, si l'usage ne fixe pas l'espèce, logiquement, le mariage est entaché de nullité, tant que les parties ne l'ont pas précisée ». C'est el Fechtali qui a rapporté ce texte.

Payable moitié comptant (neqd) et moitié à terme (kali).

Le « neqd » est la partie de la dot que l'époux verse à l'épouse avant la consommation. La racine du mot « neqd » renferme l'idée d'un paiement ou d'une perception d'argent au comptant. Selon Iben Salamoun, tant qu'elle n'a pas touché le « neqd », l'épouse peut se refuser à consommer le mariage. Cependant, si avant de l'avoir touché il lui a été versé un acompte d'une valeur d'un quart de dinar, elle peut accepter la consommation. El-Fechtali professe que, de son côté l'époux, s'il est pubère — l'épouse, même non réglée, étant susceptible de subir l'acte sexuel — n'est pas tenu de verser le « neqd », tant qu'il n'est pas invité à consommer le mariage. La situation n'est pas la même lorsque la dot est constituée par des objets mobiliers ou des esclaves. Dans ce cas, la femme ou son tuteur matrimonial, est en droit d'exiger la remise immédiate de la dot, quel que soit l'âge des deux époux. Il n'est pas permis d'ailleurs, lorsque la dot est constituée par un corps certain, de stipuler un délai pour sa délivrance, comme en matière de vente. La situation serait la même, en effet, que pour une vente de corps certain dont la délivrance serait retardée.

« Quand la dot consiste en un corps certain, dit Sidi Khelil, la délivrance en doit nécessairement être faite ; faute de quoi la femme, même affectée d'un vice rédhibitoire, peut, tant que n'a pas été livré ce qui est exigible, refuser à son mari, l'accès auprès d'elle ou, cet accès ayant eu lieu, l'acte sexuel, ainsi que de l'accompagner en voyage. Elle ne le peut plus après l'acte sexuel, à moins que la dot ne soit revendiquée ». (Fagnan, p. 55-56).

Quant au « kali », c'est la partie de la dot dont le paiement est différé. Le mariage sans « neqd » est réprouvé, comme l'enseigne Iben Salamoun. Voici ce que dit la « Tohfa », à cet égard.

« Est réprouvé le mariage dans lequel le paiement de la dot est différé, à moins qu'une partie de la dot soit payée d'avance ».

Si le montant de la dot ayant été fixé, il a été omis, dans l'acte, de parler du « neqd » et du « kali », le mariage n'en est pas moins valable : mais alors, la dot est présumée payable à première réquisition dans sa totalité, comme pour la vente. C'est, du moins, ce que rapporte el-Barzouli, d'après Iben Rochd. Cet auteur n'en dit pas davantage dans le « Chamil ». La « Moudawwana » se prononce dans le même sens. Ez-Zarqani également. Cependant, Abou-l-Hassan estime que de nos jours le mariage serait entaché de nullité, du fait d'une semblable omission. Selon lui, en effet, la coutume exige qu'il y ait un « kali ». L'union s'est faite sous l'empire de cette coutume et le délai à envisager pour le paiement du « kali » n'a pas été fixé. Ce texte qui est cité dans le « Faïq » est critiqué par l'auteur de cet ouvrage qui reproche à Abou-l-Hassan de se heurter à une citation d'Iben Moughits selon laquelle il convient de s'en rapporter à l'usage en ce qui concerne le délai dans lequel le « kali » devra être payé si l'on a omis de le fixer. Cette doctrine, favorable au maintien du mariage, est suivie par la jurisprudence, tandis que celle qui rejette la Coutume et considère le mariage comme entaché de nullité — quoique généralement admise par les auteurs du rite — ne l'est pas. Cependant, la jurisprudence décide que la dot est payable à première réquisition, sans tenir compte de la Coutume pour préciser ce que les parties ont pu laisser dans la vague. Bennani a reproduit le texte d'Abou-l-Hassan, cité dans le « Faïq » sans cependant signaler la critique qu'il a suscitée. Sur l'affirmation que la Coutume exige un « kali », le lecteur lira utilement er-Rehouni. Mais cette Coutume n'est pas en vigueur à Fès de nos jours. Au contraire, le plus souvent, la dot ne comporte pas de « kali ».

Le père de l'épouse reçoit de l'époux.

Cette phrase a pour but de constater la délivrance et de prévenir les contestations qui pourraient survenir à cet égard. Si elle ne figurait pas dans l'acte, il y aurait lieu de distinguer :

a) En mentionnant que la partie de la dot payable comptant est de tant et celle payable à terme de tant, le rédacteur n'aurait pas entendu se référer à un versement. Dans ce cas, la dot resterait due par l'époux, tant qu'il ne lui en aurait pas été délivré une quittance spéciale. Ce serait le cas pour l'acte commenté s'il s'était arrêté à la phrase précédente : « payable moitié comptant et moitié à terme ».

b) Si le rédacteur avait écrit « il lui a versé tant » (en mettant le verbe au prétérit) il faudrait en conclure avec tous les auteurs, sauf un : Ibn Habib, que le versement a été effectué.

« L'expression : — il lui a versé tant — implique le paiement » (Fagnan, p. 66), dit Sidi Khelil.

c) Si le rédacteur a employé le nom d'action, il y a doute sur la nature du mot : verbe ou nom d'action. Si rien ne permet de trancher ce doute, la présomption est en faveur du nom d'action d'après ez-Zarqani. Si, au contraire, l'usage du pays veut que l'on s'exprime au prétérit, la solution est en faveur du verbe.

D'une façon... dûment constatée (ou reconnue).

Cette formule, actuellement en usage chez les adoul, a pour but de faire connaître la manière dont le paiement a été effectué : à la vue ou bien hors la vue, suivant une reconnaissance faite par la personne qui a reçu. Elle constitue une heureuse précaution. En effet, lorsque le titre énonce que le paiement a été constaté par les deux adoul, le serment n'est pas dû par l'époux en cas de dénégation du père de l'épouse ou de la personne qualifiée pour recevoir la dot. Si, au contraire, le paiement n'a pas été constaté, de deux choses l'une, ou bien l'acte mentionne que le créancier a reconnu le paiement, ou bien il est muet sur ce point. Dans les deux cas, l'époux est tenu de jurer pour être libéré si le créancier vient à nier. Dans le premier, en effet, celui-ci peut soutenir que l'époux a abusé de sa confiance en obtenant une reconnaissance anticipée. On lit dans « el-Amal el-Fassi » :

« Lorsque le paiement a été constaté, point de serment. Mais si le créancier a simplement reconnu le paiement, le débiteur doit prêter serment ».

La règle est la même que pour la vente. L'auteur du « Faiq » recommande de le mentionner lorsque le paiement a été constaté pour dégager le débiteur du serment qu'il serait tenu de prêter dans le cas où le créancier — vendeur ou tuteur matrimonial — viendrait à dénier et à alléguer qu'on a surpris sa bonne foi.

Le texte d'« el-Amal-el-Fassi » semble être absolu et ne pas tenir compte des deux doctrines qui s'affrontent sur la distinction entre le cas où les dénégations surviennent dans un délai bref et celui où le créancier laisse s'écouler une longue période de temps après l'établissement de l'acte. Cependant, la doctrine dominante et la jurisprudence, comme le dit el-Mattiti, défèrent le serment au débiteur seulement lorsque le créancier vient à dénier le paiement dans un délai bref tel que dix jours.

« Lorsque le père, dit Sidi Khelil, après avoir reconnu, nie avoir reçu la dot, l'époux doit prêter serment s'il s'est écoulé seulement environ dix jours depuis la reconnaissance ». (Fagnan, p. 80).

Nous concluons donc en disant que l'omission de cette formule ne préjudicie en rien au mariage et qu'à défaut de la mention constatant le paiement, le débiteur peut être appelé à prêter serment. Cette obligation incombe au débiteur qui a payé et dont il n'est pas dit que le paiement a été constaté, à plus forte raison au débiteur dont le paiement a été seulement reconnu. Nous renvoyons, pour plus amples renseignements sur la question, le lecteur au « Faiq » 45^e division du chapitre du Mariage et au commentaire d'es-Sijilmassi sur le texte cité d'« el-Amal-el-Fassi ».

Le paiement s'effectue au moyen de deux épingles.

De cette formule, il résulte que l'usage actuel consistant à fixer le montant de la dot à une somme d'argent et à le verser en objets mobiliers évalués, est valable. Cette façon de procéder ne favorisant ni une indétermination, quant à la dot, ni une incertitude, ni une novation, ne nuit en rien à la validité du mariage. C'est purement et simplement un paiement à l'aide d'objets mobiliers disponibles. Cela est indiscutable, lorsque la Coutume ignore ce mode de paiement. Mais lorsqu'elle le connaît, les parties se conforment à une clause du contrat. Car, on le sait, la Coutume a la valeur d'une stipulation par rapport aux contrats.

On a cependant soutenu qu'on se trouvait en présence d'une novation, les parties convenant implicitement de ne pas tenir compte de la somme d'argent due ; mais seulement des objets mobiliers qui seront remis la nuit de la consommation.

On a énoncé également que l'opération était une dation en paiement sans tradition dès lors que l'on convient implicitement aujourd'hui de remettre en paiement des objets immobiliers ou un immeuble, sans les délivrer, attendu qu'ils ne doivent l'être que la nuit de la consommation.

Ces critiques se réfutent aisément. Lorsque la Coutume exige un trousseau déterminé l'opération est normale et ne saurait être confondue avec une novation ni avec une dation en paiement sans tradition. En fait, dit le glosateur (Bennani) la dote est constituée par des objets mobiliers et non par une somme d'argent. Celle-ci n'est fixée que pour permettre l'évaluation du trousseau, pour que l'on sache la valeur du trousseau moyennant lequel le mariage a été conclu ou pour satisfaire à un sentiment d'amour-propre, car dans le mariage, ce n'est pas de la vérité qu'on se préoccupe le plus, mais de l'opinion publique pour laquelle le montant de la dot est fixé. C'est là, du moins, ce qui découle des paroles d'Iben Hellal, dans « Les Perles Précieuses » ; d'el-Barzouli ; du texte du Miâyar, d'après Iben Labb et enfin, de ces vers d' « el-Amal-el-Fassi ».

« Lorsque le montant d'une dot est simplement fixé en argent, sans disposition particulière à cet égard, en vue d'un règlement en objets évalués, la dot est valablement constituée. L'opération ne constitue pas une dation en paiement sans tradition ».

Si l'épouse refusait de recevoir les objets mobiliers, elle y serait contrainte d'après el-Emiri qui accepte le texte d' « el-Amal-el-Fassi » comme étant basé sur la Coutume, celle-ci ayant, on le sait, la valeur d'une stipulation par rapport aux contrats. Si l'auteur du Miâyar a pu se prononcer en sens contraire, c'est que dans le pays d'où provenait l'espèce qui lui était soumise, la coutume consistant à remettre des objets mobiliers est inconnue. Pour plus amples renseignements sur la question, nous renvoyons le lecteur aux commentateurs d' « el-Amal-el-Fassi ».

L'auteur du formulaire a énuméré des objets mobiliers dans le seul but de multiplier les exemples. Comme on peut le constater, la valeur des objets énumérés dépasse la moitié du montant de la dot, soit dix mitsqal. Il n'y a pas lieu d'attacher de l'importance à ce détail.

Il en donne décharge à l'époux.

Il est évident que cette phrase n'est insérée dans l'acte que dans un but de clarté. En recevant la dot à la vue des deux adoul comme en reconnaissant devant eux l'avoir reçue, le père donne, de droit, décharge à l'époux, même si, en fait, il ne déclare pas la donner. D'autre part, toute personne qui a qualité pour recevoir la dot a le pouvoir d'en donner décharge lorsqu'elle la reçoit. Cette phrase ne figure pas dans les formules données par Iben Salamoun, el-Fechtali et el-Tassouli, pour les actes de mariage.

Celui-ci, en conséquence, est quitte.

La quittance donnée par une personne capable libère le débiteur, à

l'inverse de celle qui est souscrite par un incapable. Cette phrase a été placée dans l'acte dans un but de clarté également, car il s'agit, en l'espèce, d'une personne capable. En matière d'actes juridiques, la clarté est une bonne chose, leur but étant comme le dit le « Faïq » notamment, de prévenir et d'éviter les contestations.

Quant à la partie de la dot dont le paiement est différé, elle sera versée par l'époux à l'épouse, en plusieurs termes.

Cette phrase a pour but de préciser le délai dans lequel le « kali » sera payé. Formalité indispensable. Si elle a été omise, le mariage est entaché d'une nullité relative que la consommation couvre. Selon el-Mattiti, cette règle, admise par la plupart des auteurs du rite Malékite, est appliquée par la jurisprudence. Lorsque la consommation a eu lieu, la nullité est bien couverte ; mais la dot normale est due. D'après el-Fechtali, quoique admise par la plupart des disciples de Lalek et par la jurisprudence, cette règle est discutée par la doctrine moderne. Un auteur moderne affirme qu'elle figure dans la « Moudawwana ». Voici ce que dit la « Tohfa » sur la question :

« Si l'on a omis de préciser le délai dans lequel le « kali » devra être payé, le mariage est nul tant qu'il n'a pas été consommé ».

Le sujet a inspiré des énonciations contradictoires nombreuses. Iben Salamoun et les commentateurs de la « Tohfa » les ont reproduites. Mais les textes ci-dessus d'el-Mattiti, d'el-Fechtali et de la « Tohfa » ne font pas de distinction entre l'omission volontaire et l'involontaire. Cette subtilité est d'ailleurs rejetée formellement par Abou Ali dans une glose de la « Tohfa », en ces termes :

« Il est clair que si l'on a omis à dessein de préciser le délai dans lequel le « kali » sera payé, le mariage est nul. Il en est de même, tant au regard de la doctrine qu'à celui de la jurisprudence, si l'omission a été fortuite ».

Le glossateur Bennani, inspiré par el-Wancharissi, met à part le cas où l'omission a été voulue. Si c'est par oubli, le mariage est valable selon lui et le délai est fixé par la Coutume qui a cours en matière de « kali », par analogie avec le cas où le délai n'a pas été précisé dans la vente à option. Dans ce dernier cas, en effet, la vente est maintenue et l'on applique à l'option le délai d'usage pour la marchandise qui fait l'objet du contrat. El Wancharissi s'était inspiré lui-même d'Ibel-Hajj et d'Iben Rochd notamment.

Selon er-Rehouni, l'opinion d'el-Wancharissi a été confirmée par Iben en-Nadim et le Chikh Miyara. Mais Abou Ali lui objecte que la distinction entre l'omission volontaire et l'involontaire n'a été admise ni par la majorité des disciples de Malek, ni par la jurisprudence. Il invoque les textes d'el-Fechtali et d'el-Mattiti et réfute la prétendue analogie avec la vente à option. Nous renvoyons le lecteur au texte d'Abou Ali.

Abou Hafç el-Fassi, commentant la « Tohfa » est arrivé aux mêmes conclusions. Après avoir opposé le texte des « Espèces » d'Ibel-Hajj à celui d'el-Mattiti, il termine en disant que le second est conforme à la jurisprudence.

En résumé, comme on le voit, la règle appliquée par la jurisprudence est absolue.

Dans le délai de vingt ans à compter de ce jour.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur le délai maximum à affecter au paiement du « kali ». L'auteur de la « Tohfa » le fixe à vingt ans, le mariage étant entaché de nullité par la stipulation d'un délai plus long :

« Le « kali » peut-être payé dans un délai qui va de six mois à vingt ans ». Cette règle avait été admise par Ibel Qassem qui y a renoncé par la suite, ainsi que par Iben Ouahab. Ibel Qassem a estimé, en dernier lieu, qu'un délai supérieur à cinquante années entache le mariage de nullité et non un délai moindre. Sidi Khelil a résumé la règle en ces termes :

« Soit fixé à plus de cinquante ans ». (Fagnan, p. 59).

Selon ez-Zarqani, les mots « plus de » seraient de trop dans ce texte. Certains auteurs estiment que la nullité existe pour un délai de plus de quarante ans ; d'autres pour soixante-dix et quatre-vingts. L'auteur du formulaire s'est borné à énoncer le chiffre de vingt années. C'est le plus sûr et les actes juridiques ont pour but d'éviter les contestations.

Bennani, à la suite du texte commenté, a limité la nullité. Selon lui, elle n'est encourue que si c'est la dot entière qui est payable à terme ou bien si une somme inférieure à un quart de dinar a été seulement versée comptant. Mais si le « neqd » est supérieur à un quart de dinar le paiement du « kali » peut être affecté d'un délai de cinquante ans sans que le mariage soit entaché de nullité. La raison que les auteurs donnent en faveur de la nullité est qu'en stipulant un délai très long, on en arrive à ne pas payer de dot. Or, cette raison ne s'applique pas au cas où le « neqd » est supérieur à un quart de dinar. Nous renvoyons le lecteur à ce texte intéressant.

Il ne sera libéré qu'en payant.

Aussi bien, cette phrase pourrait être supprimée. Ce qu'elle exprime est évident.

Il l'épouse sous le régime du Livre et de la « Souinna ».

Par cette phrase, les parties se placent sous l'empire des règles énoncées dans le Coran et déduites de la « Souinna ». De par ces règles, l'époux doit être musulman. Le non-musulman ne peut se marier sous le régime de la loi musulmane. De plus, il ne peut épouser une musulmane.

El Fechtali donne cette autre formule :

« Il l'épouse sous le régime de la parole divine et de la « Souinna » de son prophète Mahomet ».

Pour lui, la parole divine serait la profession de foi : « il n'est de dieu qu'Allah ! » étant donné qu'il n'est pas permis à un non-musulman d'épouser une musulmane. Pour « el-Khettabi » ce serait ce passage du Coran : « traiter son épouse avec bonté ou lui rendre sa liberté honnêtement ». Pour Ibn Salamoun, qui confirme cependant les explications de cet auteur, la parole divine serait le Coran.

et se promettant d'observer cette règle du Coran : « traiter son épouse avec bonté ».

Cela signifie que l'époux s'oblige à exécuter toutes les obligations conjugales que la loi met à sa charge, à entretenir des relations amicales et à se montrer sociable avec son épouse.

ou lui rendre sa liberté honnêtement ».

A ce que conte Aroua ben ez-Zabir, la faculté de répudier était autrefois illimitée. Celui qui avait prononcé la formule répudiatoire n'avait qu'à attendre que la retraite légale soit sur le point d'expirer pour rappeler sa femme : puis il prononçait à nouveau la formule et la rappelait dans les mêmes conditions, de façon à lui nuire. C'est pour mettre fin à cet état de choses déplorable que le verset fut inspiré à Mahomet. Ces renseignements figurent dans le Commentaire du Coran d'el-Khatib ech-Cherbini. Le « Khazen » narre, d'après le même Aroua ben ez-Zabir, que l'homme pouvait prononcer la formule répudiatoire et rappeler son épouse avant l'expiration de sa retraite légale, autant de fois qu'il le voulait, fût-ce mille. Comme un homme venait de rappeler sa femme au moment où sa retraite légale allait expirer, en lui disant : « Je jure bien de ne plus te reprendre auprès de moi sans cependant te jamais laisser recouvrer ta liberté ! » Dieu inspira à Mahomet la règle des deux formules répudiatoires en ces termes : « traiter son épouse avec bonté ou lui rendre sa liberté honnêtement ». Et depuis ce jour, la répudiation est soumise à un régime nou-

veau qui fut immédiatement appliqué aussi bien à ceux qui avaient déjà prononcé la formule répudiatoire, qu'aux autres. Cet extrait est dû à et-Termadi. El Beydawi fait remonter la limitation de la répudiation révoicable à deux formules à une réponse du Prophète Mahomet à qui l'on demandait où était la troisième : « ou lui rendre sa liberté honnêtement - » dit-il. Cela signifie a-t-on expliqué, que la répudiation légale comporte deux formules. On aperçoit donc pourquoi, selon l'école hanéfite, la réunion de deux ou de trois formules en une seule constitue une innovation. La première partie du verset invite l'homme à se montrer sociable avec son épouse lorsqu'il l'a rappelée et la seconde qu'il doit, plutôt que d'être dur envers elle, lui rendre sa liberté honnêtement, c'est-à-dire, en prononçant la troisième formule. Après quoi il n'est plus possible à l'homme de se remarier avec cette ex-épouse tant qu'elle n'a pas elle-même épousé un autre homme et recouvré sa liberté. Ce verset, termine el-Beydawi, a pour but d'enseigner les règles auxquelles la répudiation est soumise. Le « Khazen » professe que ce verset limite les formules répudiatrices à deux, la troisième ne permettant plus au mari qui l'a prononcée de reprendre sa femme à moins qu'elle épouse un autre homme et devienne veuve ou soit répudiée. Selon cet ouvrage, c'est après avoir rappelé sa femme que l'on doit la traiter avec bonté. Si l'époux a rappelé sa femme après avoir prononcé les deux premières formules répudiatrices, il doit la traiter avec bonté, c'est-à-dire remplir les devoirs que la loi lui impose dans le mariage et se montrer sociable avec son épouse « ou lui rendre sa liberté honnêtement », c'est-à-dire lui laisser terminer, après la répudiation, son temps de retraite légale, sans lui nuire. Selon une autre interprétation, cette phrase signifierait que l'époux après la répudiation, doit s'acquitter envers l'épouse, de tout ce qui lui est dû dans le domaine matériel et s'abstenir d'émettre sur elle des appréciations péjoratives ou de faire le vide autour d'elle. Il est obligatoire d'insérer dans l'acte la phrase qui commence par : « Il l'épouse sous le régime du Livre et de la Souvna » et finit par : « ou lui rendre sa liberté honnêtement ». Cependant, l'omission de cette phrase n'entraînerait pas la nullité du mariage.

Le père donne sa fille en mariage à l'époux.

Selon el-Fechtali, certains rédacteurs inspirés par ce passage du Coran : « Je désire te donner en mariage l'une de mes deux filles que voici », préférèrent placer le pronom affixe se rapportant à l'époux en premier lieu. Mais d'autres préférèrent réserver la première place à celui qui se rapporte à la jeune fille, le tuteur matrimonial ayant le pouvoir de marier l'épouse et non pas l'époux. Quoique la seconde soit meilleure, conclut el-Fechtali, les deux formules sont permises. Iben Salamoun se prononce dans le même sens.

en vertu des pouvoirs dont Dieu l'a investi.

Cette phrase précise que l'épouse n'a pas été consultée. Selon el-Lakhmi, il y a trois sortes de jeunes filles (bikr) : celle qui n'est pas nubile ; celle qui tout en étant nubile, est encore jeune et la vieille demoiselle. Si elle n'est pas nubile, le père peut marier sa fille « bikr » sans la consulter ; si tout en étant pubère, elle est encore jeune, il y a controverse. Selon « le Livre », le père peut la marier sans la consulter et d'après « le Livre de Mahomet » il agit bien en la consultant. De ces deux opinions qui émanent d'Ibel Qassem, la dernière est préférée. Elle est plus équitable et en l'observant, on est sûr de ne pas soulever d'objections, dès lors, qu'on ne viole pas la première. Le Prophète, dit-on, aurait enseigné que la jeune fille doit être consultée par son père. De cette relation, Mouslim a tiré la deuxième opinion. Iben Rochd s'est prononcé dans ce sens. Selon lui, conclut el-Lakhmi, le père, en consultant sa fille, évite la controverse. En résumé, les deux opinions posent en principe que le père peut marier, sans

la consulter, sa fille « bikr » ; mais la seconde, sans porter atteinte à la première, recommande qu'il la consulte.

Dans la « Tohfa » Iben Aacem enseigne qu'il est préférable de la consulter. La consultation doit être faite par une personne avec laquelle la jeune fille ne se montre pas timide. Il se pourrait, en effet, que l'époux qu'on lui destine ne lui plaise pas, ou soit atteint d'une infirmité qui répugne à la jeune fille, expliquent les commentateurs de la « Tohfa ».

Dans la phrase : « le père donne sa fille en mariage à l'époux... » celui qui contracte pour l'époux (le « wali ») est désigné. Une des conditions essentielles du mariage est ainsi réalisée. L'omission de cette phrase entraînerait le nullité de l'acte.

et qui lui permettent de la marier et d'agir au mieux de ses intérêts.

Ce passage apporte des détails complémentaires, dans un but de clarté.

L'époux accepte.

Cette phrase constate l'acceptation immédiate de l'époux. Si cette acceptation n'intervient pas immédiatement, elle peut être donnée dans un délai très rapproché de l'offre. Dans ce cas, d'après le glosateur Bennani, citant « les Règlements » d'Iben Jouza qu'il considère comme un auteur malékite, le mariage est valable. Cette opinion est conforme aux écrits d'Ibel Qassem. Iben Rochd, dans sa « Nihaya » s'exprime dans le même sens. Des textes d'Abdelhaqç, Iben Youness et el-Lakchmi, il suit que cette opinion est admise par l'école malékite. Cependant, Mouslim, d'une part ; Bennani et Iben Jouza, d'autre part, sont en contradiction.

Le Miâyar, d'après el-Baji, enseigne que les auteurs de l'école malékite sont d'accord pour dire que le mariage est valable même si l'acceptation se fait attendre. Abou Mohammed ben Abi Zaïd, el-Abdoussi et el-Qouri se sont prononcés dans ce sens. Mais cette opinion ne repose sur rien. En admettant même qu'elle se fonde sur quelque chose, il n'y a pas lieu de la retenir dès lors qu'elle se heurte à une doctrine plus forte. Le lecteur consultera utilement sur la question Bennani, ainsi qu'er-Rehouni, commentant le passage : « par mon époux... ».

Un auteur a fixé à trois jours le délai maximum de l'acceptation pour que le mariage soit valable. La jurisprudence a adopté ce chiffre. La situation est la même que pour le mariage « en suspens » dont « Sidi Khelil » traite au passage suivant :

« Dans le cas où la jeune fille a été mariée sans être consultée, alors qu'elle aurait dû l'être, le mariage est valable si son consentement intervient peu après, la jeune fille se trouvant dans la ville même et son tuteur matrimonial n'ayant pas avoué, au moment du contrat, son abus de pouvoir » (Fagnan, p. 14).

D'après el-Baji, ce mariage « en suspens » mentionné dans la « Moudawwana », notamment, est celui après lequel le tuteur matrimonial déclare avoir agi seulement, quant à lui, sans consulter la jeune fille. Si celle-ci donne son consentement par la suite, le mariage produit tous ses effets. Le Çadi Abou-l-Hassan estime que l'on peut subordonner le mariage au consentement du tuteur, à celui de l'époux, comme à celui de l'épouse. Or, les auteurs du rite, conclut el-Baji, cité par Bennani, admettent le mariage subordonné au consentement de l'épouse. Voici ce que dit el-Fechtali : Le consentement de l'époux, celui de l'épouse ou celui du tuteur peut être différé. Le tuteur, par exemple, contracte pour l'épouse, mais n'informe pas celle-ci ; ou c'est le père, pour sa fille pubère et capable ; ou bien ce sont les deux époux qui, ayant contracté ne préviennent pas le tuteur. Pour tous ces cas, la situation est la même : le mariage est subordonné au consentement d'une personne. Selon certains auteurs, le mariage est valable quel que soit le délai dans lequel le consentement intervient. Pour d'autres, il ne l'est pas. Enfin, d'après une troisième opinion, la

plus généralement admise d'ailleurs, le mariage est valable si le consentement est donné dans un délai proche ; il ne l'est pas autrement. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la durée du délai proche. Pour Sahnoun et Aghagh, elle est d'un jour ou deux ; Abou Amran a opté pour l'avis de Aïssa selon lequel le mariage ayant été contracté au marché ou à la mosquée, le tuteur doit rejoindre aussitôt l'épouse.

La divergence d'opinions sur ce point tient à la nature de l'option de fait devant laquelle on se trouve. Est-ce une stipulation ou non ? L'opinion qui accorde une certaine latitude est préférée. D'ailleurs, selon le Cadi, pour que la question se pose il ne faut pas :

1^o que l'abus de pouvoir ait été reconnu. Car alors, le mariage serait nul même si le consentement de l'intéressé intervenait parce que ce serait un mariage à option que l'on aurait convenu.

2^o qu'une procuration ait été invoquée. Car si l'épouse, l'époux ou le tuteur ratifie le mariage conclu en vertu d'une procuration invoquée est valable, quel que soit le délai dans lequel la ratification intervient.

Selon l'opinion la plus généralement admise, qui est celle d'Ibel Qassem la nullité dont ce mariage est entaché se couvre par la consommation.

Se référant au texte déjà visé d'Abou Amran, el-Fechtali enseigne que pour admettre le délai maximum de trois jours, la jurisprudence se base sur le texte des espèces sur le témoignage rapportées dans le « Miâyar » d'après Iben Lobb cité par le glosateur Bennani.

Il est donc nécessaire de faire figurer dans l'acte la phrase dont il résulte que le consentement de l'époux a été donné. Une des conditions de validité du mariage se trouve ainsi réalisée. L'omission de cette phrase est sanctionnée par la nullité de l'acte.

On ne conçoit pas le contrat sans le consentement des deux parties qui, en l'espèce, sont le père de l'épouse et le mari. Il est nécessaire de constater le consentement du mari dans les trois jours, à peine de nullité, comme nous venons de le voir. Cependant, les adoul négligent cette précaution. Le plus souvent, le mari n'assiste pas à la cérémonie de son premier mariage, par pudeur, surtout si son père est présent et les trois jours sont écoulés lorsqu'on procède à son audition. C'est une question sur laquelle l'attention des adoul ne saurait trop être attirée.

et s'oblige à les respecter.

Ce passage figure là pour plus de clarté ; mais il ne fait que confirmer le précédent. Par suite, il pourrait être supprimé.

Les parties agissent en connaissance de cause.

Cette phrase signifie que les parties connaissent la valeur de l'acte qu'elles concluent. Il résulte du « Faiq », notamment qu'une certaine sagacité est nécessaire en matière d'actes. Dans les ventes et opérations assimilées comme les baux, louages de services, échanges transactionnels, notamment, il est nécessaire de mentionner que les parties agissent en connaissance de cause, l'incertitude n'étant pas admise pour cette catégorie d'actes, exception faite cependant du rachat par le donateur ou ses héritiers de l'objet de la donation secourable du vivant du donataire.

Dans ce cas, l'objet de la vente est manifestement incertain. Cependant le contrat est valable parce qu'il constitue un geste charitable. Si, dans un acte semblable il est mentionné que les parties agissent en connaissance de cause, ce ne peut être qu'en raison de l'ignorance du rédacteur, comme l'a montré Ibel-Attar. Citons encore le rachat par le donateur ou ses héritiers, du vivant du donataire, de l'esclave remis en viager. A ces deux exemples on peut ajouter l'achat, par l'acheteur de l'arbre, des fruits noués de cet arbre dont ils sont un accessoire et l'achat, par l'acheteur de l'esclave, de son pécule.

Il y a controverse, sur la question, à propos des actes de disposition à

titre gratuit, tels que la constitution de habous et la donation aumônière, notamment ; mais il vaut mieux, même dans ces actes mentionner que les parties agissent en connaissance de cause. Selon Ibel Hendi, il est d'usage d'insérer cette formule dans les actes de donation simple, de donation aumônière, de constitution de habous, que ces actes portent sur un tout ou sur une part indivise et dans le passé les actes de cette nature comportent cette formule. D'après el-Lokhmi, la donation simple ou aumônière est valable ; mais il est préférable qu'elle intervienne après que l'importance de la donation a été appréciée, par crainte d'un regret.

Cet auteur donne cette indication en raison de la controverse existant sur le cas d'un donateur d'une chose non certaine qui dirait : « je ne pensais pas qu'elle eût cette importance ». Pourrait-il révoquer sa libéralité ou non ? En principe, la donation de la chose non certaine est incontestablement valable et par suite, il n'y a pas d'inconvénient à supprimer la phrase sur la connaissance de cause des parties dans les actes qui admettent l'aléa telles la répudiation moyennant compensation, l'antichrèse et la lettre d'affranchissement. L'auteur du « Faiq » estime cependant prudent de faire figurer cette phrase dans tous les actes qui gagnent ainsi en solidité et en impeccabilité, sauf cependant dans ceux où elle est manifestement de trop comme dans les exceptions ci-dessus indiquées avec la donation viagère.

Supposons maintenant que la formule sur la connaissance de cause des parties a été omise dans un acte qui, comme la vente, n'admet que des objets certains. Si l'une des parties prétend avoir ignoré l'importance de l'objet du contrat, il n'est pas ajouté foi à son dire ; elle n'est pas créancière d'un serment, vis-à-vis de l'autre partie à moins qu'elle affirme que celle-ci connaissait son ignorance. Dans ce cas, l'autre partie doit prêter serment qu'elle ignorait que son co-contractant ne connût pas l'importance de l'objet. Une fois le serment prêté, l'acte est parfait. Ce serment peut se référer et c'est alors à celui qui prétend n'avoir pas agi en connaissance de cause, de le prêter. Mais s'il le prête, l'acte est annulé, à son gré, de même que si son ignorance était prouvée par un titre ou par un aveu, avec cette différence, qu'en présence de l'aveu de la partie dont on prétend qu'elle connaissait l'ignorance de son co-contractant, l'annulation est obligatoire, l'acte étant nul.

Si, au contraire, la formule commentée a été insérée dans l'acte il n'est pas tenu compte des prétentions contraires.

Quand bien même la partie prouverait qu'elle ne connaissait ni la chose, ni sa valeur, ni son importance, qu'elle n'en avait pas pris possession, ni ne l'avait jamais touchée. Ces paroles d'après le « Faiq » émanent d'Iben Rochd. Iben Salamoun, de son côté, rapporte qu'Iben Rochd fut consulté sur le cas de quelqu'un qui avait vendu des immeubles alors qu'il ne se trouvait pas sur les lieux de leur situation et qu'on savait qu'il ne les avait jamais approchés. Cependant, l'acte comportait la formule d'usage sur la connaissance de cause des parties. Tous les gens des lieux de la situation des immeubles étaient témoins que le vendeur n'avait jamais approché ces biens, n'en connaissait la valeur, ni l'importance, n'en avait pas pris possession depuis son achat. Si la mention de connaissance de cause figure dans l'acte, ênonça Iben Rochd il ne doit pas être tenu compte des allégations du vendeur et aucune action ne lui est ouverte, à moins qu'il affirme que l'acheteur connaissait son ignorance. Dans ce cas, l'acheteur serait débiteur d'un serment. Iben Hamdin déclare que si le vendeur a ignoré la valeur de la chose, la vente est annulée.

Elles sont pleinement capables.

Cette phrase signifie qu'au moment de leur accord, les parties étaient en bonne santé et n'étaient placées ni sous l'action d'une contrainte, ni sous la puissance d'une autre personne. D'après el-Fechtali, le mariage d'une personne malade n'est pas valable. Il est annulable. Si un acte cons-

tant que les parties étaient en bonne santé au moment où le mariage a été conclu, est contredit par un autre, les deux actes ayant la même valeur en la forme, il y a trois dire : Le premier décide que l'acte constatant la bonne santé des parties l'emporte. Le second, que c'est l'autre acte au contraire, qui l'emporte. Le troisième, enfin, que les deux actes s'annulent réciproquement. Le lecteur pourrait consulter sur la question les réponses sur les jugements d'Iben Houdid. Si cette formule fait défaut dans un acte, termine el-Fechtali, les parties sont présumées, jusqu'à preuve contraire, ne s'être pas trouvées, lors de leur accord, en état de maladie ou d'incapacité, ni soumises à la contrainte. Dans ces conditions, et dès lors qu'il existe une présomption en faveur de l'état de santé, le dire qui fait prévaloir l'acte constatant la bonne santé sur l'autre est le plus généralement admis, comme l'expose le « Miâyar » d'après el-Iznasni. Le lecteur est prié de se reporter à cet ouvrage, ainsi qu'aux jugements d'Iben Houdid qui figurent au chapitre XV, titre, XVI du « Faiq ».

Contrairement aux indications d'el-Fechtali, on ne doit pas manquer de mentionner la bonne santé des parties dans les actes pour lesquels elle est de rigueur, sans quoi, on fournirait aux litiges, une occasion de naître. Le « Faiq », en effet, énonce qu'en mentionnant la bonne santé des parties, le rédacteur de l'acte paralyse toutes prétentions contraires, parce que la bonne santé est prouvée d'une façon irréfragable. Iben Fatouh et d'autres auteurs ont bien énoncé que les rédacteurs pouvaient se passer de constater la bonne santé dès lors qu'elle se présume. Cette opinion vise seulement les jeunes filles dont le rédacteur ne peut, sans enfreindre à l'usage, vérifier, lorsqu'elles se marient, si elles sont saines de corps et d'esprit. Mais la situation est différente pour les parties que le rédacteur a vues. Il n'est pas possible, alors, de nier la bonne santé constatée par le rédacteur, sans accuser celui-ci de faux. Donc, en ne constatant pas la bonne santé dans les actes qui l'exigent, on laisse planer un doute et le moins que l'on puisse dire, c'est qu'une semblable omission donne le droit à l'intéressé qui veut discuter, d'apporter la preuve que les contractants n'étaient pas en bonne santé, ce qui constitue un inconvénient grave.

Remarque. — Les actes qui exigent la constatation de la bonne santé sont : le mariage, la répudiation, la donation, la constitution de habous et, en général, tous les actes de disposition entre vifs à titre gratuit, même déguisés, les malades étant incapables de disposer de plus du tiers de leurs biens et, leur mariage étant entaché d'une nullité susceptible d'être couverte par la suite ; de plus, comme le dit Sidi Khelil :

« La répudiation ne met fin aux droits de la femme à hériter que par le retour du mari malade à une parfaite santé ». (Fagnan, p. 97).

Quant aux actes pour lesquels cette constatation n'est pas exigée, ce sont : la révocation de la répudiation, le transfert de créance, le testament, la procuration et, en général, tous les actes qui peuvent être souscrits aussi bien par des malades que par des personnes en bonne santé. L'affranchissement testamentaire est soumis aux mêmes règles que le testament, sauf qu'en cas de réduction au tiers disponible, il est privilégié,

et d'identité connue.

L'adel est tenu de mentionner qu'il connaît les parties ou qu'il s'est assuré de leur identité. Que se passe-t-il s'il a omis de le faire ? Aux termes d'un premier dire cette formule est recommandée par ce qu'elle donne à l'acte un caractère parfaitement achevé ; mais elle ne conditionne pas la validité de l'acte. Celui-ci, en cas d'omission, n'est donc pas écarté. Telle est la manière de voir d'el-Mattiti et d'Iben Sahl. Aux yeux d'une seconde doctrine, celle d'Iben Fetouh, la mention de l'identité est nécessaire et son omission entraîne la nullité de l'acte. Enfin, selon un troisième système, vulgarisé par Iben Arafa l'acte est retenu lorsqu'il émane d'un adel réputé pour sa conscience professionnelle et écarté dans le cas contraire,

à moins évidemment que les parties soient des personnages connus comme les khalifa, les Cadis et les Gouverneurs. Il suffit, énonce Iben Abdesselam, pour de tels personnages, de mentionner qu'ils sont pleinement capables. Le lecteur consultera utilement, sur la question le « Faiq ». L'opinion d'Iben Arafa est la seule qui soit relatée par certains auteurs. C'est celle que la jurisprudence suit.

Dans son commentaire de la « Tohfa », et Tassouli énonce qu'il est nécessaire soit de mentionner que l'on connaît les parties ou que l'on s'est assuré de leur identité, soit de donner leur signalement. D'une façon générale, les adoul relèvent le signalement des parties. La vérification de l'identité a peu de valeur, d'après le « Miâyar » et el-Barzouli. Il n'est tenu compte d'un acte que si le signalement qu'il donne est conforme à celui de l'intéressé, mort ou vivant. Un acte qui ne se réfère en aucune façon à l'identité des parties est écarté, lorsque les adoul n'étant pas réputés pour leurs qualités professionnelles, il n'est pas possible de les faire déposer en présence des parties. Dans le cas contraire, il est retenu. Par ignorance, des Cadis demandent parfois aux adoul de dire quelles sont les personnes qui leur ont présenté les parties. Les adoul ne le font pas. Mais s'ils le faisaient, d'une façon précise, l'acte serait nul comme constituant un témoignage, en quelque sorte, rapporté. L'identificateur doit être désigné en termes généraux comme dans la phrase : « un homme (ou une femme) en qui j'ai eu confiance m'a donné son identité ». D'après Iben Rochd l'adel qui a mentionné connaître l'intéressé peut très bien dire qu'en réalité l'identité de celui-ci lui a été donnée au moment où l'acte a été reçu, par une femme en qui il a eu confiance. Si c'est l'adel lui-même qui s'est informé, l'acte est valable. Il suit de là que l'identificateur peut, sans inconvénient, être visé en termes généraux.

Il est exact que l'usage du signalement soit répandu chez les adoul. Iben Merzouq confirme que cette pratique est respectée au Maroc lorsque les adoul ne connaissent pas les parties. Selon « les Décisions précieuses », qui relatent également ce fait, on doit mentionner le nom, l'origine, le domicile, la mosquée et le signalement de la partie, « si celle-ci n'est pas connue ». Cette phrase a été ajoutée par Ibel Mouwazz. D'après Sahnoun, le surnom doit être relevé si la partie est plus connue par son surnom, ainsi que son signalement et tous autres éléments d'identification. Les « Gloses » d'Iben Aats, d'après « el-Istighna » signalent que selon Iben Aiyoub, en matière de créance le signalement doit être relevé et, lors de l'échéance, vérifié, que le débiteur soit vivant, mort ou absent. L'avis de l'auteur qui estime suffisante la mention des nom, localité et adresse du débiteur, a été écarté parce que l'on peut s'attribuer un autre nom et une autre adresse que la sienne. Cette citation a été faite par Abou Hafç commentant la « Lamiza » le passage suivant :

« L'adel devra vérifier l'identité des parties en s'informant auprès de personnes saines d'esprit qu'il rencontrera incidemment ou donner leur signalement ».

Ce texte correspond à celui de Sidi Khelil, commenté par ez-Zorqani :

« Nul ne peut témoigner contre une personne qu'il ne connaît pas, à moins qu'elle ne soit présente à l'audience ou qu'il ne précise son individualité par un signalement suffisant ». (1581-Seignette).

D'après le « Taoudili », la déposition doit être faite, autant que possible, en présence de l'intéressé ; mais lorsque celui-ci est mort ou absent, le témoin doit fournir son signalement.

Dans ces conditions l'auteur du formulaire aurait dû ajouter « leur signalement étant le suivant : » après les mots « d'identité établie » dès lors que l'usage exige que le signalement soit relevé. C'est d'ailleurs ce que font les adoul, de nos jours.

Le.... D'après le « Faiq », les adoul doivent dater tous les actes en

raison de ce que la date sert souvent de base aux décisions judiciaires. Il est prudent de préciser l'heure, le jour, le mois et l'an. Plusieurs actes, en effet peuvent se trouver en conflit. Deux hommes peuvent épouser la même femme. Les deux contrats sont nuls si l'on ne parvient pas à déterminer lequel est intervenu le premier. Les qualités de forme des écrits, et les déclarations de la femme ne sont d'aucune utilité à cet égard. Un homme peut épouser deux femmes parentes à un degré prohibé. Le mariage second en date est annulé. Le même immeuble peut être vendu deux fois.

On juge opportun de ne pas dater deux sorte d'actes. Ce sont :

1° Les déclarations du Cadi relatives à l'authenticité, à la consignation et à l'exécution ;

2° Les déclarations rapportées des témoins empêchés pour cause de maladie, notamment, de déposer devant le magistrat.

Er-Râini a bien dit que la reproduction en copie n'était pas non plus datée ; mais, de nos jours, l'usage veut qu'elle le soit.

El-Ghernati énumère cinq sortes d'actes pour lesquels la date du jour est absolument nécessaire. Ce sont :

1° La répudiation pour le calcul de l'entretien et de la grossesse comme pour celui des périodes intermenstruelles au sujet desquelles fait foi la déclaration de la femme lorsqu'elles se prolongent au-delà du délai minimum fixé à trois mois par la jurisprudence à Fès.

2° La garantie pour le délai de l'action rédhibitoire concernant l'esclave.

3° La vente d'animaux par rapport à l'époque à laquelle remontent les vices rédhibitoires.

4° L'acte de décès, pour le cas où un héritier serait décédé avant.

5° Les deux actes de notoriété qui se contredisent, quel qu'en soit l'objet.

A cette liste, el-Jaziri a ajouté la reconnaissance de dette pour le calcul du délai de paiement.

Certains actes doivent être datés non seulement du jour, mais de l'heure. Ce sont :

1° L'acte de décès, pour le cas où un héritier prédécéderait.

2° La révocation du mandataire pour que la situation soit nette par rapport aux actes que celui-ci pourrait avoir souscrits dans la même journée. La question est importante en raison de la controverse établie quant au moment à partir duquel la révocation porte ses effets. Est-ce de la révocation elle-même ou du décès du mandant, comme le professe Ibel Qassem ou bien, comme le professe Malik, du moment où le mandataire est informé ?

3° La nomination et la révocation du Cadi. Ici aussi, il existe une controverse. La révocation produit-elle effet dès le moment où elle est prononcée ou non ? L'intérêt de cette controverse porte sur les décisions rendues par le magistrat entre le moment où il a été révoqué et celui où il est informé ainsi que sur les honoraires perçus pendant cette période.

4° L'acte de réserve.

5° L'acte dans lequel une personne déclare agir sous l'empire de la crainte dans une constitution de habous ou un arrangement. Cet acte est nul, en effet, s'il n'est pas daté de l'heure.

6° Enfin, comme nous l'avons vu, il est bon pour prévenir les difficultés susceptibles de surgir, de mentionner l'heure dans les actes de mariage et de vente.

SI ABDESSELAM BEN MOHAMED EL HAOUARI.

Traduit par M. Francis Guay, sous la direction de M. Bruno.

20 12 NOVEMBRE 1931 (1er redjeb 1350)

Acte notarié marocain à Mazagan contenant un testament

Louange à Dieu Seul ! La dame Halima, fille de Si Mohammed ben Jilali el Farji Mehrizi, demeurant à Mazagan, derb n° 355, maison n° 23, s'est présentée par devant nous, (auteurs du présent).

Elle témoigne de l'unité de Dieu et de la mission sacrée dont fut chargé son Prophète (le Salut et la Bénédiction de Dieu soient sur lui). Elle a déclaré que lorsqu'elle viendrait à mourir, chose à laquelle personne n'échappe, le tiers de sa succession sera donné en totalité à sa petite fille, la nommée Fatima bent Si Mohammed ben Taïeb es-Sâlimi demeurant à Mazagan. Le dit tiers deviendra, la propriété de la petite fille sus-indiquée, conformément aux prescriptions du testament qui sera exécuté après la mort (du testateur).

La donatrice a agi ainsi pour l'amour de Dieu. Dieu ne manque jamais de récompenser le bienfaiteur.

Le présent témoignage se trouve être parfait et a été accepté par les deux fils de la donatrice indiquée, ce sont : le nommé Si Driss et el-Mostafa, tous deux fils d'Abdallah ben Larbi ben Bouali, qui en donne toute leur approbation.

Dont acte pris contre la donatrice et ses deux enfants alors qu'ils se trouvaient en parfait état de capacité légale. Tous connaissent la portée des présentes.

L'identité des deux hommes est connue. Celle de leur mère a été suffisamment connue et dont voici quelques signalements : taille moyenne. visage arrondi, portant des tatouages sur le menton, le cou et entre les sourcils. Elle est en outre vieille.

Traduit par Si Ahmed ben Driss ben Bouchta.

Note. — Le testament verbal est valable, mais doit alors être fait en présence de deux témoins. Le Coran le prescrit en termes formels : ô croyants, les témoignages entre vous lorsque quelqu'un d'entre vous se trouvera à l'article de la mort et voudra faire un testament, se feront ainsi : Prenez deux personnes droites parmi vous ou parmi d'autres si vous êtes sur quelque point éloigné du pays et que la calamité de la mort vous surprenne ; vous les renfermerez toutes les deux après une prière et si vous doutez encore d'elles, vous leur ferez prêter le serment suivant : Nous ne vendrons pas notre témoignage pour quelque prix que ce soit, pas même à nos parents, et nous ne cacherons pas notre témoignage, car nous serions criminels. (Chap. V, vers. 106).

Ici, les deux témoins sont deux notaires qui valent douze témoins ; ce sont des croyants qui ne sont liés entre eux par aucun degré de parenté.

Le testateur n'est astreint à l'emploi d'aucune formule sacramentelle, et son intention manifeste de se déposséder le jour où il cessera de vivre, résulte des déclarations reçues par les notaires.

Les libéralités d'un testateur ne peuvent dépasser le tiers de ses biens, quels que soient la qualité et le nombre de ses héritiers ; le testament ne produit effet que par le décès du testateur et à cette date la propriété de ses biens est transférée sur la tête de ses héritiers jusqu'à concurrence des deux tiers sans que la loi puisse être modifiée par une disposition contraire quelconque.

Paul ZEYS.

Traduit par Si Ahmed ben Tahar Zerhouni.

Si Abou Chouaïb Doukkali. Sa vie, ses œuvres.

Abou Chouaïb ben Abderrahmane Doukkali Sdegui, naquit à Sdegate, près de l'ancienne ville d'El Gharbia le 25 Qâada 1295 (20 novembre 1878).

Après avoir étudié le Coran et ses sept lectures, sous la direction d'Abou El Abbas Ahmed El Maachi, il s'adonna aux sciences où il eut comme professeurs des parents, tels que son oncle paternel Abou Abdallah Mohammed Ben Abdelaziz, ses cousins, fils d'Abderrahmane, Mohammed Ben Azzouz, et Abou El Djamal Mohammed Tahar qui fut cadî de Marrakech.

Il alla ensuite à Fès, puis au Riff où il remplit les fonctions de mufti, qu'il abandonna pour se rendre en Egypte en 1314 (1896). Il séjourna dans ce pays un certain temps afin d'y enrichir ses connaissances, puis il partit pour La Mecque sur l'invitation de l'Emir Sid Aoun Er-Rafiq qui lui offrait la charge de mufti selon l'Ecole Malékite. Il remplit convenablement sa mission, ce qui lui valut une bonne réputation et de la considération dans les deux cités sacrées ; il fut iman des quatre rites.

L'Emir le maria à une mecquoise et lui donna une préférence sur les autres ouléma.

Il revint au Maroc en visiteur. Il vit le Sultan Moulay Abdel Hafidh, à Fès, en 1325 (1908), qui lui réserva un bon accueil, reconnut ses mérites et lui offrit l'hospitalité. Il lui confia, en outre, la direction des conférences impériales, ce qui augmenta sa renommée.

En 1328 (1910), il repartit à La Mecque pour ramener sa famille, et en 1329 (1911) le Sultan le nomma cadî à Marrakech, charge qu'il abandonna en 1330 (1912) pour devenir Vizir de la Justice. Par la suite il se vit également confier la présidence du Tribunal d'Appel du Chra ; il conserva le Viziriât jusqu'en 1344 (1926).

Ses professeurs furent en Egypte les cheikhs : Chihab Ahmed Rifai, El Balaqi, Mohammed Taimouh, Salim El Bachri, Mohammed Bakhit, Mohammed Mahmoud Ech-Changuiti.

La licence d'enseigner lui fut conférée, durant son séjour aux Lieux Saints, par de nombreux savants, Hijaziens, Hindous, Yemenites, Syriens et Iraquiens.

Il reçut comme distinctions les ordres suivants : Commandeur du Ouisam Alaouite, Commandeur de la Légion d'Honneur, une décoration Belge du Premier Ordre, les Palmes Académiques, le degré le plus élevé de l'Ordre Tunisien, le Mérite Agricole.

Ses œuvres : Un commentaire sur la Mouatta de Malek ; un commentaire sur le Mokhtassar de Khahil. Des écrits sur les sources de Hadith. Tous ces ouvrages existent encore dans sa bibliothèque à La Mecque. Il laissa également des notes sur l'ouvrage « El Amali » d'Abou Ali El Qali.

Si Bouchaïb Doukhali avait une grande érudition ; ses conférences étaient des véritables merveilles de méthode. Il donnait presque chaque jour des consultations sur le hadith, expliquait le Coran et la littérature, sans préparation, spontanément, avec une rare facilité et une lumineuse mémoire. Jusqu'à la maladie dont il mourut, il continua à être entouré de la grande estime du Maghzen qui l'appela souvent à l'honneur de présider des cérémonies publiques et du Gouvernement du Protectorat qui le considérait comme un haut conseiller technique dans toutes les questions d'ordre judiciaire. Sa mort est une grande perte.

SI ABDALLAH BEN SOUDA.

Traduit par Si Messaoud Chigueur.

Note. — Élégie lue à la cérémonie rituelle le quarantième jour de son décès, à Rabat, par Si Mohamed El Mehdi el Hajoui, juge au Haut Tribunal chérifien, fils du Vizir de l'Instruction publique à Rabat.

Ta mort afflige l'Orient et l'Occident :

Une fine lame d'Islam est brisée.

Le malheur frappe notre communauté entière :

Du plus profond de son sein tu es arraché.

Perte amère pour le culte orthodoxe,

C'est un immense chagrin qu'il en ressent.

L'affliction est générale.

Car ton mérite était universel.

Dans chaque demeure, le deuil,

Dans toute poitrine, un cœur ulcéré,

Nous t'aurions servi de rançon ;

Nos yeux te pleurent abondamment.

Un sort fatal anéantit tes mérites ;

Un pilier d'Islam s'est écroulé.

Mes condoléances à la religion, à ses fidèles,

Tu fus toujours leur ferme soutien.

Mes sympathies à tout l'Islam :

Ta perte qu'il déplore, l'affecte tout entier.

A l'honneur de l'Islam que je voudrais consoler.

Le maître qui n'est plus, consacra sa vie.

Tombeau, tu nous le caches,

Tout comme le couchant cache un astre au déclin,

Tombeau, te voici gouffre d'une mer de science ;

Jamais terre pourtant, n'engloutit d'Océan.

En toi, est descendu un cœur généreux,

Un verbe éloquent, un esprit étincelant.

La science (1) hélas ! s'éclipse après son maître.

La tradition perd en lui une autorité.

L'enseignement (2) ! o Abou Choïb, dépérira après toi,

Lui qui florissait de ton temps.

Nous ne pleurons pas seulement ta mort,

Nous pleurons aussi tes leçons qui nous sont ravies.

Les protecteurs de la loi (1) faiblissent chez nous ;

La source de la vraie science semble tarir.

L'espoir de l'érudit diminue,

La culture de l'esprit est frappée de sécheresse.

Sur notre terre, tu étais pour la science une pluie bienfaisante ;

Tes connaissances débordantes la fertilisaient.

Propagandiste assidu du bon enseignement

Tu combattis l'odieuse hérésie et en dispersas les éléments.

Encore enfant, tu aspiras aux grandes œuvres ;

Elles s'offrirent à toi et aussitôt les espoirs d'apparaître.

Plein de résolution, tu allas vers ton idéal

Et ta volonté tenace surmonta les obstacles.

(1) Musulmane.

(2) Religieux.

Pour arriver aux honneurs tu ne fut point distrait.
 Ce n'est pas en jouant qu'on parvient au pinâcle.
 Parti vers l'Orient, armé de sage philosophie ;
 Tu en revins avec une science qui éclaire l'Occident,
 Dans nos contrées tu rénovas la tradition,
 Et par elle, tu vivifias un domaine inculte.
 La diffusion des préceptes aux solides références,
 Mit un terme à l'hostile confusion.
 Cette emprise (al Fateh el Moubine) (1) — fut véritablement pour toi le
 [prélude (Mowatta).
 Du succès (Içaba) d'une formation (Tahdib) qui reconforte les cœurs
 [(Ellobb)

Tu expliquas la révélation divine,
 Et, grâce à ce viatique, le pays frappé d'inertie se reprit à vivre.
 Tu dévoilas ainsi le souffle de l'éloquence (Rouh el Bayane)
 Dont les merveilles resplendirent dans les ténèbres.
 Et plongeant alors dans la mer de perles (Bahr el Youahir)
 Sans craindre de couler au fond du gouffre.
 Tu en retiras des bijoux de versets choisis,
 Par l'agencement desquels tu réfutas l'argument du doute.
 Pour beaucoup (Ibn Katsir) tu fus le bon maître (Nafi) ;
 Qu'à ton mérite, il suffise de citer : (Al Basri, Ibn Acim.)
 En droit musulman combien as-tu su adapter la doctrine de Malek
 Au feu de laquelle tu allumas ton éclatant flambeau.
 Iman de premier plan,
 On te cite aussi comme un maître chez les savants,
 Et supérieures encore à ces connaissances culturelles,
 Furent ces vertus morales qui te caractérisèrent :

Volonté ferme d'acquérir le savoir,
 Malgré les difficultés, en dépit des obstacles ;
 Dignité de caractère dans l'art d'instruire,
 Affabilité d'une douceur de zéphyr ;
 Accueil très sympathique, bienveillance
 Inclivée au pardon ; modestie sans affectation ;
 Intégrité irréprochable ;
 Esprit de Justice toujours au service du Droit.
 Tous traits de caractère des plus nécessaires
 A nos ulema, imbus de science juridique,
 L'éducation morale, est, en effet, la plus riche des parures.
 Et l'esprit résolu est le plus beau.
 Le plus grand facteur de vitalité d'un peuple,
 C'est une jeunesse sans tache, de moralité parfaite.
 Jeunesse donc, qui sérieusement travaille à t'élever,
 Toi, qui par l'instruction, veux la renaissance du peuple ;
 Ces qualités du défunt te montrent d'abord,
 Que la résolution d'un homme vaut tout un parti,
 Et ensuite, qu'avec de tels mérites
 Un homme s'attire l'affection de tous les cœurs ;

(1) Les mots entre parenthèses et quelques autres, qui sont les titres d'ouvrages connus de théologie dogmatique ou de Droit Musulman, ont aussi une signification utilisée par l'auteur.

Prends donc exemple sur pareille noblesse d'âme, pour réaliser tes espoirs,
 Si vraiment, tu veux progresser normalement.
 Agis de même dans ton désir de culture
 Sans te soucier des dangers ni des fatigues, des absences lointaines.
 Et reviens-nous aussi avec des connaissances
 Dont la vulgarisation chez nous sera notre réconfort.
 Telle fut, Grand Dieu, la vie de celui que nous avons perdu.
 Mais dont le souvenir restera un symbole.
 Semblables vertus méritent qu'on les redise
 Aux admirateurs des beaux caractères.
 Je pleure longuement quand je les rappelle,
 Mais c'est pour moi un doux soulagement.
 Je voudrais pour perpétuer dans le monde sa grande mémoire
 Ecrire des vers immortels.
 Des vers écoutés de partout et conservés
 Comme l'expression d'une merveille des temps.
 Des vers qui apprennent comment dans notre pays
 Nous savons honorer les grands hommes.
 Résignez-vous, vous (1) qui fûtes son émule,
 Son sincère et fidèle ami.
 Comme deux pôles de science, vous serviez en ce pays,
 De guides à une réforme dont nous apprécions les fruits ;
 Et vous, ses fils, supportez patiemment cette perte,
 C'est le plus grand malheur qui puisse frapper le monde.
 Mais de l'épreuve qu'ils supportent,
 Les patients seront doublement dédommagés.
 Tombeau ! que des flots de miséricorde dont tu bénéficieras,
 Se déversent sans cesse sur celui que tu abrites sous terre.
 Et toi, qui nous quittes à jamais, toi pour qui
 Nous aurions fait sacrifice de nous-mêmes,
 Sois toujours, l'objet des bénédictions divines.

SI MOHAMMED BEN EL MEHDI EL HAJOUÏ.

(1) S. E. Sid Mohamed El Hajoui, Vizir de l'Enseignement Musulman au Maroc.

G. Bousquet. — Précis élémentaire de Droit Musulman (malékite et algérien). — Chez Soubiron à Alger et Guethner à Paris, 1935. 25 francs.

Le but que se proposait l'auteur a été largement atteint : les étudiants de droit musulman sont aujourd'hui, en Algérie, aussi favorisés que ceux des autres matières. Ils ont désormais un ouvrage permettant de compléter ou, pour ceux qui ne peuvent suivre les cours de remplacer l'enseignement oral du professeur. Cet ouvrage est simple, net et clair conformément au souci de l'auteur. Cela lui vaudra la reconnaissance de tous les étudiants. (1) Marquons cet événement d'un *albo lapillo*. Malgré la modestie de l'auteur, affirmons que la portée d'un semblable effort dépasse, de beaucoup, le cadre restreint et purement étudiantin qui lui a été volontairement assigné. Il est impossible, en effet, de ne pas saluer en ce Précis l'accession des études de Droit musulman au rang altier où avaient, d'emblée, été placées toutes les autres disciplines juridiques. L'auteur a ainsi mérité non seulement la gratitude des étudiants, mais encore celle de tous ceux qui, modestement et au prix d'un labeur écrasant sinon rebutant, se sont consacrés depuis un siècle à l'étude des textes où sont enfermés, en désordre, les enseignements et la jurisprudence qui forment ce que nous appelons, en une expression qui souligne notre ignorance, *le droit musulman*.

La lecture du Précis de M. Bousquet procure encore la satisfaction de constater que l'auteur est arabisant; il aborde ainsi les études de droit musulman avec toute l'autorité qui est l'apanage des romanistes pour les études de droit romain. Sans doute l'alma mater des études juridiques musulmanes en Afrique du Nord a compté dans son sein des arabisants, mais cette culture arabe n'était pas assez poussée pour permettre à ses détenteurs de scruter les textes juridiques de langue arabe avec la sûreté que les romanistes apportent dans l'étude des textes de droit romain.

Là se trouve la faiblesse de l'Ecole Algérienne de Droit Musulman. Ne disposant que de traductions insuffisantes, la Doctrine Algérienne a toujours enseigné que le droit musulman d'Algérie se trouvait enfermé dans deux « sommes » différentes : le fiqh ou « droit classique idéal de l'Islam » encore appelé la « Loi musulmane » proprement dite ; la jurisprudence des tribunaux d'Algérie et de Tunisie composant le ressort de la Cour d'Appel d'Alger et qui est appelée le « droit positif algérien ». La variante introduite récemment dans cette distinction fondamentale par

(1) A la même époque, la même préoccupation de venir en aide aux étudiants engendrait au Maroc la publication d'un précis élémentaire de droit musulman de l'école malékiste d'occident, dont cette revue a donné le compte-rendu. Revue 1935-1936 VII, 2.

la découverte faite par M. Milliot de l'amal d'occident n'a projeté sur l'obscurité régnante qu'une faible lumière parce que l'amal a été considéré par rapport au machhour comme la jurisprudence par rapport à la doctrine dans notre propre droit. La réalité est tout autre.

Le fiqh n'est nullement le droit classique idéal de l'Islam. Il n'est pas la « loi musulmane » et M. Bousquet émet avec raison l'opinion que le droit musulman n'existe pas (p. 13 et 14).

Un simple examen des systèmes juridiques en vigueur dans les pays musulmans montre qu'il existe autant de fiqh ou de systèmes que de cantons musulmans distincts. Cela ne date pas d'aujourd'hui. Les docteurs musulmans pour distinguer l'école hanéfite de l'école malékite disaient « le droit des Iraquiens » dans le premier cas ; le « droit des gens de Médine » dans le second. Il n'existe pas un « fond commun de droit » valable pour tous les pays musulmans. La seule affirmation que l'on puisse émettre, d'après les textes arabes que l'on peut consulter, est que, dans l'ensemble des systèmes juridiques que l'on rencontre dans le monde musulman, il existe quatre écoles sunnites et que parmi ces quatre écoles, une seule intéresse l'Afrique du Nord ou Maghreb : l'école malékite. Or, l'école malékite a eu son siège et son foyer en Espagne musulmane. Chassée d'Espagne elle a été recueillie par le Maroc et son siège est, depuis le début de xvii^e siècle, la ville de Fès.

La simple lecture des ouvrages de droit légués par l'Espagne musulmane montre que le fiqh malékite est réparti entre deux masses de solutions juridiques, de jurisprudences : le machhour ou jurisprudence ancienne et l'amal ou jurisprudence nouvelle. C'est par le procédé de l'amal que l'école malékite s'est renouvelée. On est frappé de constater que la doctrine comme la jurisprudence en Algérie n'ont connu que le machhour. On l'explique en observant que le droit musulman n'a été connu en Algérie des Français que par la traduction du précis de Sidi Khalil appelé parfois le « code » de Khalil. Or, les juristes espagnols musulmans notent tous que le précis de Khalil est un recueil de machhour, c'est-à-dire de jurisprudence ancienne. L'école juridique musulmane française d'Algérie a donc ignoré et ignore encore l'amal ou jurisprudence nouvelle de l'école malékite, celle qui est contenue dans le « Miyar » par exemple et dans d'autres ouvrages analogues qui sont tous postérieurs au x^e et au xi^e siècles de notre ère. C'est d'autant plus grave que l'amal a enregistré tous les progrès économiques, sociaux et culturels de l'Espagne musulmane. L'opposition entre le machhour et l'amal était d'ailleurs sanctionnée par une règle catégorique exprimée par tous les auteurs andalous, notamment Aboul'asbarh Ibn Sehl, cadi en chef de Cordoue dans ses « ahkam el Koubra » ou « décisions de principe » : « le fait par un cadi de s'écarter de l'amal de son ressort enta-

che sa décision d'une nullité radicale ». Or, on sait que dans l'école malékite « contre les jugements des voies de nullité ont cours ». C'est par ce moyen que la suprématie de l'amal sur le machhour était assurée.

C'est ce mécanisme qui a été retenu par l'Ecole Egyptienne moderne pour permettre le rajeunissement du droit en Egypte. Il est curieux d'observer, en regard, la persistance de l'Ecole Algérienne et de la Cour d'Alger dans l'application du seul machhour ; c'est ainsi que la connaissance de l'amal et son enseignement, avec le machhour doit donner à l'amal la physionomie complète de l'école malékite. On s'apercevra alors que cette école s'applique admirablement à l'état présent de l'Afrique du Nord française et notamment au développement qui s'est effectué à notre contrat en Algérie et en Tunisie d'une bourgeoisie qui n'existait jusqu'alors qu'au Maroc.

Il y a là matière à une réouverture solennelle, sous l'égide de la France, de la porte de « l'effort » juridique qui n'a été fermée que pour le « machhour ». Elle est liée à une rénovation des études d'arabe en Afrique du Nord.

Nul patronage plus qualifié ne s'offre à cette réouverture que celui de l'école d'Alger et de maîtres comme M. Bousquet.

G. SURDON.

Traduit par Si Ahmed Tijani.

Octave Pesle et Ahmed Tidjani. — Le Coran. — Traduction, dictionnaire juridique, historique, géographique. Chez Larose à Paris et Moncho à Rabat. 1936. 50 francs.

Le rôle important joué par le *Coran* dans l'établissement de la loi et du dogme islamiques explique le nombre relativement considérable des traductions de ce livre qui ont vu le jour en Europe comme celles de Fluegel, Du Ryer, Garcin de Tassy, Gunther Wahl, Uhleman, Georges Sale, Kasi-mirski et j'en oublie. Les traducteurs ont d'ailleurs obéi à des mobiles fort divers. Les uns, comme L. Marracci, n'ont conçu leur tâche que comme un travail préliminaire à une réfutation de l'Islam. D'autres, comme Savary, ont eu surtout en vue de faire connaître un livre capital pour la compréhension des idées religieuses d'une partie de l'humanité. D'autres enfin, avec des fortunes diverses, se sont efforcés de faire uniquement œuvre de savants, sans se demander si une translation trop littérale du texte arabe d'une allure si heurtée, si elliptique, voire si illogique ne choque pas le lecteur européen jusqu'à le rebuter.

Il semble que la version nouvelle offerte au public français par MM.

Pesle et Tidjani ait été inspirée par le désir de réagir contre cette textualité excessive. D'une manière générale, on peut penser que la fidélité au texte original n'a pas eu à souffrir de cette conception. Il est des cas cependant où l'on aurait souhaité une traduction plus serrée. Ainsi :

Au lieu de :

III, 94. Dis-leur : Dien est la sincérité même. Suivez le culte d'Abraham. le modèle de la droiture, qui ne s'est jamais compromis avec les Idolâtres.

IV, 91. Il est inconcevable qu'un musulman en tue un autre si ce n'est involontairement. Celui qui en aura tué un autre involontairement devra affranchir un esclave de même confession.

XXIV, 58. ...Les femmes qui n'enfantent plus et qui n'espèrent plus se marier, peuvent se mettre en tenue légitime.

LIV, 1. L'heure du jugement dernier approche où la lune volera en éclats.
2. Quand ils voient un signe, ils s'en détournent en disant : « C'est la magie qui se perpétue ».

Il faudrait plutôt :

Dis : Allah a énoncé la vérité. Suivez la religion d'Abraham, le *hanîf*, qui ne fut point parmi les polythéistes. (Sur les notions bruyantes du terme *hanîf*, voir Encyclopédie de l'Islam, à ce mot).

Il ne doit pas arriver à un Croyant de tuer un croyant, sauf par erreur. Qui a tué un croyant par erreur. (devra) affranchir un esclave croyant ;

Celles des femmes ayant atteint la ménopause et qui n'espèrent plus connaître (l'homme) peuvent déposer leur voile.

1. L'Heure est proche. La lune s'est fendue.
2. S'ils voient un prodige, ils s'en détournent disant : « Magie perpétuelle ! ».

Conçue dans cet esprit, on comprend fort bien que MM. Pesle et Tidjani n'aient point voulu affecter l'allure d'un travail savant, alourdi de notes et de commentaires. On peut se demander néanmoins jusqu'à quel point le lecteur non initié pénétrera les innombrables obscurités, saisira les allusions à des faits historiques ou à des récits légendaires qui pullulent dans le texte, évaluera l'importance des dispositions juridiques ou des notions dogmatiques éparses dans l'ouvrage. (Ainsi les préceptes sur les successions condensés en 9 versets, ont fourni à Luciani un commentaire de 550 pages!). Sans doute, on trouve à la fin du volume un dictionnaire des notions juridiques fort bien fait mais qui ne saurait être complet. Sans doute on trouve là également un index des noms géographiques et historiques mais ces indices ne peuvent suffire à éclaircir toutes les difficultés rencontrées au cours de la lecture.

Ainsi l'allusion à la bataille de Honeïn (chapitre IX, verset 25) aurait appelé une courte explication. M. Pesle l'a d'ailleurs lui-même senti et, par exemple, à propos du chap. V, verset 105 : « Ce n'est pas Dieu qui a institué la Bahîra et le Hadîm » incompréhensible sans une note, il a jugé

nécessaire dans sa Préface p. X, d'expliquer ce qu'il faut entendre par ces noms. On souhaiterait donc qu'une publication spéciale vînt très prochainement compléter ce premier travail par des annotations complètes.

Quoi qu'il en soit, il faut rendre hommage à MM. Pesle et Tidjani d'avoir tenté de mettre à la disposition du public français une version du Coran qui s'inspire d'idées originales. Leur tentative part d'une ambition trop louable et porte sur un sujet trop difficile pour qu'il n'en soit pas tenu compte quand on examine leur travail sans esprit de dénigrement.

M. BLACHERE.

Traduit par Si El Mehdi ben Abdeljelil.

Auguste Werner. — Docteur en droit de l'Université de Genève. — Essai sur la réglementation de la nationalité dans le Droit Colonial Français. Chez Sirey, libraire, Paris. 1936. 30 francs.

M. Werner présente une étude d'un réel intérêt qui donne une vue d'ensemble et détaillée sur un sujet aussi complexe qu'est le problème de la nationalité française dans les diverses parties de l'empire colonial.

L'auteur a su diviser méthodiquement les difficultés, et répartir par provinces juridiques les différentes colonies. Répartition qui ne se modèle ni sur l'histoire, ni sur la géographie, mais qui est imposée par la réglementation même de la nationalité, fragmentaire, décousue et souvent capricieuse.

L'intérêt de l'ouvrage est renforcé en outre par de judicieuses remarques que l'auteur, qui est de nationalité suisse, se permet de faire avec une franchise, parfois rude, sur le caractère incohérent et versatile que dénote notre législation coloniale en matière de nationalité, « dont l'évolution déroute et surprend toujours ».

Dans une première partie, M. Werner expose les principes généraux. Il étudie en particulier les différentes catégories de ressortissants français que l'on rencontre dans les colonies : citoyens, sujets, protégés et administrés français.

Il souligne à bon droit que la soumission intégrale au droit français proprement dit et la qualité de citoyen français, sont deux éléments solidaires. Le propre du citoyen français est d'être intégralement soumis au droit français.

Définir la qualité de sujet français est un problème délicat puisqu'aucune loi générale ne règle cette situation. Le propre du sujet est

d'être originaire d'une colonie. Il est français, mais n'a pas la qualité de citoyen, n'est pas soumis au statut français. Au regard du droit français, la notion de sujet a surtout un caractère négatif.

En ce qui concerne les protégés, l'auteur signale que si la France leur ménage une nationalité distincte, c'est elle qui, en fait, règle cette nationalité. Au regard du droit international, les nationaux des protectorats sont des étrangers de moindre condition et au point de vue du droit français, ils sont des étrangers privilégiés, et en fait, sinon en droit, leur situation se rapproche beaucoup de celle des sujets.

Si les administrés de Syrie, du Liban et de la concession de Kouang-Tchéou ont une nationalité propre, par contre, ceux des mandats B : du Cameroun et du Togo, ainsi que les indigènes du condominium franco-britannique des Nouvelles-Hébrides sont apatrides.

L'auteur examine également le problème des métis dans les colonies.

Dans une seconde partie, M. Werner étudie la réglementation de la nationalité dans chacune des colonies. Cette réglementation, est très variée et ne forme nullement une législation cohérente. Saint-Pierre et Miquelon, n'est pas régie comme les Indes Françaises ; celles-ci sont soumises à un régime très différent de celui de la Réunion, de l'A.O.F. de la Nouvelle-Calédonie, etc... Les habitants de la petite île de Sainte-Marie de Madagascar sont citoyens, alors que ceux de la grande île sont sujets. Ceux des trois communes de plein exercice du Sénégal et les anciens sujets du roi Pomaré V de Tahiti, sont également citoyens. Seuls, les indigènes de la côte des Somalis ne peuvent accéder à la qualité de citoyen, la législation coloniale n'ayant encore prévu pour ces indigènes aucun mode de « naturalisation ».

L'étude que l'auteur a faite de la réglementation de la nationalité au Maroc est incomplète. Il ignore en particulier le principe de l'allégeance perpétuelle qui régit la nationalité marocaine et le fameux article 15 de la Convention de Madrid. Il commet d'autre part une erreur, quand il soutient que les individus qui naissent au Maroc de ressortissants des Etats-Unis tombent, à la deuxième génération, sous le coup du dahir du 8 novembre 1921 et sont investis jure soli de la nationalité marocaine. Ces individus conservent la nationalité américaine de leur père puisqu'ils bénéficient, par suite du régime des capitulations, du privilège de l'exterritorialité.

Néanmoins l'ouvrage de M. Werner, première étude générale du problème de la nationalité dans les colonies, est sérieux. Ecrit dans un style très clair, il constitue, pour sa matière, un précieux traité de droit colonial. C'est également un livre très suggestif. Après sa lecture, on réfléchit à la politique coloniale, à ce problème de l'assimilation de l'indigène, que l'auteur

qualifie de mythe, à toute cette réglementation si diverse dans le temps et dans l'espace. « La variété juridique, écrit M. Werner, appartient à la vie et comme tout ce qui est vie, elle porte en soi à la fois la contradiction qui peut causer sa perte et le dynamisme qui seul permet et justifie le succès ». Dynamisme qui empêche de vieillir. Ce qui perdit Rome fut sa vieillesse. La France doit échapper à ce péril et conserver un des plus prodigieux empires de l'histoire. »

Paul DECROUX.

Traduit par Si Tahar Maoui.

Dinet et El haj Sliman ben Ibrahim. — La vie de Mohamed, prophète d'Allah. — 1937. Chez Maisonnave à Paris : 45 francs.

La vie de Mohammed vient s'ajouter à toutes ces biographies musulmanes dont la floraison, ces dernières années, notamment en Egypte (1), fut remarquable.

Certes, on en goûtera moins les méthodes exégétiques que la chaleur et la couleur narratives : une extraordinaire netteté de lignes et de teintes, dans un texte qu'illuminent çà et là des reproductions de tableaux, nous rappelle heureusement que l'un des auteurs fut un de nos grands peintres orientalistes.

Du point de vue du juriste et de l'historien, tout n'est pas à dédaigner de ces subtiles correspondances entre le paysage arabe et la Loi révélée, jaillies à tout instant d'une prose visionnaire. Ces correspondances, on le sait de reste, ne sont pas négligées par la critique occidentale, fût-elle la plus sévèrement érudite. Car la vérité de l'ambiance est souvent un sûr garant de l'exactitude historique.

« Ce sont des traditions qui nous ont guidés. Nous nous sommes contentés de choisir celles qui nous semblaient les plus caractéristiques, de les situer dans leur milieu... et de les regarder à travers notre expérience de la vie musulmane du désert saharien. » (p. 4), (2)

Ainsi s'expriment les auteurs. C'est dire que dans cette Vie du Prophète, la teinte arabe est intense. La première poussée de la foi, à travers les groupes du Hijâz, est décrite par quelqu'un qui sait l'importance de ces clans bédouins dont l'originalité a frappé des observateurs tels que Ro-

(1) Citons les ouvrages de Taha Hussein, Muhammad Hsein Haykal, Tawfiq el Hakim, Ibrahim Ramzi, Labib ar Riyachi, etc...

(2) Voir les attributs et les paroles de Dieu, la justice et l'injustice dans El Irchad par Imam el Haramein, au V^e siècle. Edité par Luciani, 1938, chez Leroux à Paris.

bertson Smith ou Jaussen. Le sociologue goûtera particulièrement l'histoire de l'alliance avec les deux clans de Yathrib (p. 94), et celle de la fraternité contractuelle nouée entre Ansar et Muhajirun (p. 115). Ibn Khaldun a fait, on le sait, une large part à cet immense facteur historique que fut, singulièrement au Maghreb, l'esprit clannique, açabîyya, et à la notion de pacte, si riche de sens et de mots : *hîlf walâ*, *çohba*, etc... « La force cohésive des pactes », écrit-il, « équivaut à celle du sang » (1). M. G. Marçais, parmi les historiens occidentaux, y a le premier consacré quelque développement (2), et c'est là, croyons-nous, une voie extrêmement féconde.

Une autre chose qui frappe, c'est la vie de ce portrait, et jusque dans le détail physique (p. 265). Ce n'est point là chose indifférente pour le Croquant. Comme le disent justement les auteurs... « la préoccupation constante de tous les musulmans, à quelque race qu'ils appartiennent, est d'imiter en toutes choses, dans les actions les plus humbles comme les plus hautes de l'existence, les habitudes du Prophète ». (p. 6).

Voici donc, en français, la première vie *exemplaire* de Mahomet, puisée aux sources traditionnelles des Hadith. On sait que pour le Sunnite, c'est là une source juridique importante. Les moindres actions du prophète ont nourri, indépendamment de leur vertu émotionnelle, ou de leur appel mystique à *l'imitation*, une innombrable exégèse et des prolongements juridiques à l'infini.

Il est bon que les auteurs aient retracé les principales réformes islamiques dans le cadre de la société arabe et de la vie prophétique : limitation de la polygamie (institution du *çadaq* (p. 269), du jeûne (p. 118), etc... Il est bon qu'ils aient insisté sur le caractère de droit divin de la loi islamique ; sur cette « descente » du Coran pendant les dernières nuits de ce mois de Ramadan qui devait rester l'une des périodes les plus intenses de la vie mystique musulmane ; sur ce cachet si propre à l'Islam d'intégration religieuse complète, d'état théologique à la Comte.

La tendance est féconde de replonger les *'uçûl* dans l'ambiance authentique qui seule permet de les comprendre historiquement.

Je n'en veux pour exemple que l'institution de l'aumône (p. 119), ou de la *zakât*. Sur ce dernier sujet a paru récemment un article arabe (3), dont il ne sera pas inutile de présenter ici une brève analyse, de façon à montrer combien la considération de ces « origines » peut être riche d'enseignements.

(1) Edition d'El Azhar 1920, p. 108 cf pp. 114, 153.

(2) *Les Arabes en Berbérie*, p. 706 sq. cf. aussi article de Poliak sur la féodalité islamique dans *Revue des études islamiques* 1936 III.

(3) M. Sadiq el Mahrazi *Majallat Zitunia*, Avril 1937.

Dès le début de l'article, une citation coranique place le sujet à sa véritable profondeur. Une étude sémantique, même sommaire, permet de démêler, sous ce terme de *zakât* :

a) la vieille conception sémitique de rachat, illustrée par de nombreux passages de la Bible : il faut prélever une part sur la récolte du champ, le croît du troupeau, de peur de voir leur fécondité tarir.

b) à cela vient s'ajouter la notion d'aumône purificatrice, purification non plus magique, mais déjà morale : presque la vertu de charité considérée en son efficace interne.

c) c'est avec l'Islam qu'apparaît, selon l'auteur de l'article, l'aumône de droit public, aspect social de la *zakât*, qui évolue dès lors vers l'aspect moderne d'impôt.

Il est certain que l'institution, telle qu'elle est, contient une synthèse remarquable des diverses notions, primitives ou élaborées, analysées plus haut. Ajoutons-y la part de l'anecdote (*hadith*), et de l'allusion particulière (*qathiat caïn*). Telle est la synthèse typique que chaque verset du Livre, interprété par la Sunna, offre à la vie religieuse et juridique du Musulman.

Pour le chercheur occidental, on se doute de l'utilité que présentent ces sources traditionnelles. C'est là le type même des matières où l'érudition musulmane et la critique européenne peuvent utilement se compléter et se servir l'une l'autre.

Ceci nous mènerait bien loin de cette *Vie de Mohammed*, riche en couleur et en foi, qui mérite l'intérêt du grand public, par son évocation si vivante de la première geste islamique, et de l'historien, par cela même qu'elle l'écartera un moment de la science de laboratoire.

J. BERQUE.

Traduit par lui-même.

Meylan. — Les mariages mixtes en Afrique du Nord. — Préface de M. Niboyet, professeur à la Faculté de Droit de Paris. — Librairie du Recueil Sirey, 22, rue Soufflot, Paris, (5').

La famille mixte nord-africaine. -- La différence de race et de religion dans le mariage est un vieux sujet de discussion remis sur le tapis par la législation hitlérienne interdisant toute relation sexuelle entre juifs et allemands, pour conserver la prétendue pureté de la race germanique, suivant une orgueilleuse pensée qui avait eu déjà son expression en 1912 dans une résolution du Reichstag contre les unions entre allemands et indigènes

des colonies. Dans les pays qui n'ont pas le préjugé du sang et où la loi n'édicte aucun empêchement à mariage d'ordre ethnique ou confessionnel, la vie sociale n'en a pas moins ses exigences ou ses convenances qui réfrèment sans les abolir les brusques instincts individuels de la séduction esthétique et du désir sensuel. L'union libre est une chose, la mariage en est une autre. La dignité et les chances de durée de ce dernier reposent sur une communion difficilement compatible avec une trop grande opposition de conditions sociales, de croyances religieuses, voire de convictions politiques. Ainsi peut-on expliquer qu'aujourd'hui encore, autour de Nîmes, dans les combes fermées des Cévennes et même dans la plaine largement ouverte de la Vaunage, il y ait peu de mariages entre catholiques et protestants. C'est aussi pourquoi les villes les plus cosmopolites de France, Nice et Marseille, n'offrent pas beaucoup d'exemples d'unions entre conjoints n'ayant pas la même nationalité.

Les quelques individus qui agissent autrement que le commun n'excitent pas seulement la curiosité, ils mettent dans l'embarras les magistrats. Le mariage mixte soulève des difficultés juridiques qui ne comportent pas des solutions tranchantes, uniformes, définitives. Il pose de multiples questions de forme et de fond, d'abord quant à sa célébration devant l'autorité laïque ou religieuse, puis quant à ses effets devant le juge pour la détermination de la loi applicable soit à l'état des personnes et au régime de leurs biens, soit à la dissolution du lien conjugal.

Dans une thèse de doctorat, très étendue et très poussée, M. Meylan a étudié les mariages mixtes en Afrique du Nord. D'abord à Rabat, puis à Casablanca, l'auteur a assisté à cette pittoresque mêlée qui a été au Maroc, pendant ce dernier quart de siècle, une répétition de l'activité colonisatrice manifestée depuis un demi-siècle en Tunisie, depuis un siècle en Algérie. M. Meylan s'en tient aux mariages mixtes spécifiquement nord-africains, c'est-à-dire aux unions entre européens et autochtones de l'Afrique du Nord (sujets musulmans français d'Algérie, sujets musulmans ou israélites marocains ou tunisiens).

Au premier abord, le problème du rapprochement et de la fusion des races par le mariage mixte paraît d'un brûlant intérêt en Afrique méditerranéenne où des apports successifs ont juxtaposé des types de population très différents. Ce problème a intéressé les littérateurs autant que les politiciens ou les juristes. Il a été traité pittoresquement dans le roman *Zézia*, par Paul Dumas au début de sa carrière. Il a préoccupé Maurice Violette dans le livre où l'ancien Gouverneur Général se penche sur l'avenir de l'Algérie.

Comme la statistique révèle qu'ils restent des phénomènes accidentels, des événements sociaux rares sinon inaperçus (on en compte 408 au Maroc de 1927 à 1932, soit, moins d'une centaine par an, pour une popula-

tion de 4 millions et demi d'indigènes et de 172.500 européens), les controverses pour ou contre les mariages mixtes apparaissent en fin de compte purement théoriques. Que ceux qui les blâment se rassurent donc, que ceux qui les prônent sachent bien qu'ils prêchent dans le désert.

Le mariage mixte nord-africain mettant en opposition le droit écrit moderne dont relève le conjoint européen et le droit coutumier traditionnel du conjoint autochtone, fait naître ce que Bartin appelle le conflit type-colonial, suscitant en Algérie un conflit de lois sans conflit de souverainetés, en Tunisie et au Maroc, un conflit entre souveraineté protectrice et souveraineté protégée. Le défaut d'unité légale de l'Afrique du Nord se manifeste dans le livre de M. Meylan qui met en relief la diversité des aspects du droit du mariage mixte en Algérie où règne exclusivement la souveraineté française, en Tunisie et au Maroc, où cette souveraineté s'allie aux souverainetés beylicale et chérifienne. Le seul trait commun dans les trois pays est l'absence de textes législatifs et l'existence d'une jurisprudence abondante, souple et variée. M. Meylan a exploré cette réalité vivante pour y découvrir les sources où s'est élaboré le droit nord-africain de la famille mixte. Il a relevé dans la Revue algérienne, le Journal des Tribunaux de Tunisie, le Penant et le Recueil des arrêts de la Cour de Rabat, près de deux cents décisions des Cours d'Alger et de Rabat et des tribunaux algériens, marocains et tunisiens. Si la statistique démontre la rareté des mariages mixtes le grand nombre des décisions judiciaires les concernant prouve la difficulté de la recherche précise des accommodations qu'ils imposent.

Il n'y a véritablement mariage mixte nord-africain que si chacun des époux conserve avec sa nationalité ou les modalités spéciales de cette nationalité, sa condition juridique distincte, régie pour l'européen par son code civil national, pour l'autochtone par sa coutume arabo-berbère ou hébraïque remontant au Coran, à la coutume berbère ou au Talmud. Avec la fusion des nationalités les conflits se trouvent évités. De l'étude des mariages mixtes doivent donc être éliminés tous les cas où une femme nord-africaine ayant une nationalité propre (marocaine ou tunisienne) embrasse celle de son mari européen. Le problème de la nationalité de la femme envisagée comme conséquence du mariage est traité par M. Meylan dans le chapitre des Effets du mariage sur les personnes. Les solutions jurisprudentielles se trouvent groupées, à la table alphabétique, sous le mot Femme Mariée. On pourra les compléter, utilement en se reportant au livre très documenté de M. Paul Decroux, modestement intitulé : Essai sur la nationalité marocaine.

Avant d'aborder l'étude de la formation des effets et de la dissolution du mariage mixte, M. Meylan pose la question primordiale de la possibilité ou validité d'un pareil mariage. Si la différence de race ou de religion

ne constitue pas dans le système juridique purement pratique et utilitaire de la plupart des législations dites occidentales, un empêchement au mariage, il en serait autrement au regard des doctrines traditionnelles nord-africaines pénétrées d'esprit oriental. En droit islamique, le musulman pourrait s'unir à une chrétienne ou une juive. (L'origine du mariage dans l'humanité, trad. française, p. 330). On connaît au Maroc l'exemple du chérif d'Ouezzan marié à une anglaise. Mais, la musulmane ne pourrait épouser un infidèle (Surdon, Précis élémentaire de droit musulman de l'école malékite d'Occident, N° 48). Le droit coutumier berbère varierait selon les tribus. M. Meylan cite, d'après Turbet et Desnottes, la prohibition du mariage mixte chez les Beni-Ouarain, sa possibilité dans la région d'Itzer, sauf entre juifs et berbères. L'étude des différentes coutumes berbères à cet égard reste à faire. En droit mosaïque, le mariage serait nul, suivant la vieille coutume traditionnelle, si les époux ne sont pas tous deux israélites. Comment régler le conflit entre législations européennes permissives et statuts nord-africains prohibitifs ? Saisies de la difficulté, la Cour d'Appel d'Alger en 1928 et la Cour de Cassation en 1931, l'ont tournée en affirmant l'absence de textes impératifs écrits, susceptibles d'être pris en considération. M. Meylan, qui critique les motifs de cette jurisprudence, justifie sa solution en faisant intervenir la théorie des qualificatifs : pour le juge français lié par ses qualifications nationales, le fait d'appartenir à une confession religieuse n'est pas une qualité constitutive de l'état des personnes. Cette application de la construction du maître Bartin est admissible en Algérie ; elle nous paraît discutable au Maroc.

La question de la validité extrinsèque ou formalisme auquel est assujéti le mariage mixte varie selon qu'il est célébré en Algérie, en Tunisie ou au Maroc. Il y a régime restrictif en Algérie et liberté en Tunisie. Les formes musulmanes et hébraïques sont inégales en Algérie où le Cadi et le Rabbín sont incompétents dès lors qu'un des conjoints n'est pas musulman ou israélite. En Tunisie en décide que le conjoint européen procède régulièrement en usant d'une forme locale dont aucune disposition écrite n'interdit l'emploi aux non-musulmanes, ou non-israélites. Au Maroc, la jurisprudence est divisée. La légalité des formes religieuses admise par la Cour de Rabat et les tribunaux de Rabat et de Marrakech, est rejetée par le Tribunal de Casablanca. Il serait intéressant d'examiner le formalisme observé dans les différentes tribus berbères. Le recours à une forme coutumière locale, ne pourrait à notre sens, être licite que si les dispositions coutumières au fond, n'interdisaient pas le mariage mixte, comme dans les Beni Ouarain par exemple.

L'exercice du droit des époux ayant un statut différent, est source de conflit au point de vue de la compétence soit judiciaire, soit législative. Les conflits de juridiction, M. Meylan — soit dit en passant — néglige de

les examiner ou les écarter. Signalons simplement le principe admis par la Cour de Rabat en 1928 et en 1932, de la compétence française pour le divorce entre une femme européenne et son mari marocain.

Les conflits de lois posent la question de savoir si le statut de chacun des conjoints peut et doit rester intangible ou s'il doit y avoir sacrifice et dans ce cas quel est celui des deux dont la loi personnelle l'emportera. Les solutions ne peuvent que dériver de l'une et de l'autre prédominance : celle du statut masculin sur le statut féminin, celle du statut européen écrit sur le statut nord-africain non écrit.

L'étude de M. Meylan embrasse toutes les relations personnelles et patrimoniales des conjoints et s'étend aussi à la condition de leurs enfants. Son titre pourrait être : La famille mixte en Afrique du Nord. Il nous est impossible d'entrer dans la détail de la réglementation jurisprudentielle minutieusement étudiée par l'auteur et qu'il a reprise en 1935 dans un article de la Revue critique de droit international. Bornons-nous à observer que l'option pour le statut européen, déduite par la jurisprudence algérienne de la comparution à l'Etat-Civil, ne saurait être admise au Maroc, où il est impossible de faire régir le fond en considération de la forme. Le cumul des statuts divergents est théoriquement séduisant. En pratique, il est difficile de le faire fonctionner. La jurisprudence tunisienne est très flottante : tantôt elle restreint les droits du mari autochtone, tantôt elle les modifie, tantôt elle admet que le mari conserve ses droits, mais qu'ils ne peuvent influencer sur l'état de la femme (faculté de répudier, Tunis 1913, contre Tunis 1922 ; répudiation sans effet à l'égard de la femme, Tunis 1908).

Dans son appréciation de la jurisprudence abondante et variée qu'il a minutieusement colligée, M. Maylan a témoigné d'une pénétration et d'une compréhension très vive du milieu nord-africain. Cependant, sur certaines questions, comme celle du *ghit* ou répudiation more judaico, il nous permettra les objections de l'ancien que nous sommes, en désaccord avec l'ardeur novatrice du jeune qu'il est. L'union d'israélites français d'Algérie (et entre parenthèse la situation débordait du cadre de l'étude de M. Meylan) ayant été dissoute par un divorce selon le Code Civil, le statut personnel français n'est plus en jeu si la femme actionne son ex-mari en dommages-intérêts pour refus de délivrance du *ghit*. La seule question qui se pose est de savoir si le mari, en s'engageant à respecter des convictions religieuses, a contracté une obligation valable. La demanderesse se prévaut d'un engagement signé et veut faire constater qu'il n'est pas tenu. C'est ce qu'on décidé les Cours d'Alger et de Rabat. L'honnêteté privée comme l'honnêteté publique sont liées au respect de la parole donnée.

Cette simple réserve sur une question de détail, n'enlève au livre de

M. Meylan aucun de ses mérites. A travers les évolutions, incertitudes et contradictions apparentes de la jurisprudence, il a dégagé les traits essentiels du droit de la famille mixte en Afrique du Nord, de 1836 à nos jours. S'il n'y a pas une théorie unitaire de ce droit, c'est qu'il n'y a pas d'une part, uniformité légale du milieu indigène nord-africain, pas plus qu'il n'y a unité ethnique de ce milieu, c'est d'autre part que des conceptions diamétralement opposées et cependant également dignes de respect, séparent le droit familial oriental et le droit occidental. Les nord-africains, sans être purement orientaux ont l'esprit oriental en ce qu'ils sont fortement attachés à leurs institutions traditionnelles.

Il y a, tout de même, sous la divergence et la diversité des statuts, certaines ressemblances fondamentales, certains éléments essentiels qui permettent des solutions justes. Nords-Africains pénétrés de dogme oriental et européens imbus de morale occidentale sont bénéficiaires à des degrés inégaux d'une même civilisation méditerranéenne et respectueux d'un ordre familial reposant sur l'autorité maritale et l'autorité paternelle.

L'esprit méditerranéen, avec son idéal de liberté et de tolérance, contraire au préjugé de la race supérieure ou à la brutalité des solutions définitives maintient en harmonie juridique les statuts divergents du couple mixte, comme il assure l'ordre politique entre groupes aux tendances philosophiques et aux mœurs opposées.

P. LERIS.

Traduit par Si Ahmed Bennani.

Capitaine interprète Aspinion. — Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : Coutumes des Tribus zayanes. — Edition Moynier à Casablanca, 1937. 35 francs.

L'interprète Capitaine Aspinion était particulièrement qualifié pour l'élaboration et la réussite d'un tel ouvrage ; un séjour de douze ans en Maroc Berbère, sa qualité d'officier interprète au Bureau des Affaires Indigènes de Khénifra, lui ont permis de s'assimiler les mœurs du pays et d'en pénétrer profondément le sens et la couleur ; son rôle de Commissaire du Gouvernement auprès des Tribunaux Coutumiers l'a mis à même d'étudier sous l'angle des litiges, les ressources de ces coutumes, leur champ d'application et les solutions qu'elles offrent ; parfait berbésisant enfin, il put, grâce à l'aide précieuse que lui apportait sa connaissance des divers dialectes berbères, et lorsque le moment fut venu de mettre son ouvrage au point aller chercher de douar en douar les dernières touches de son sujet.

En entreprenant ce travail, l'auteur a visé, nous dit-il, un triple but : — apporter une étude consciencieuse sur les coutumes des Zayans — doter

les Tribunaux Coutumiers d'une documentation utile — simplifier la tâche des spécialistes qui entreprendront d'élaborer la synthèse du Droit Coutumier Berbère Marocain.

Il n'est pas douteux que cet ouvrage clair, méthodique et ordonné, d'une lecture attrayante, d'une présentation matérielle impeccable, assorti d'un recueil de décisions types dont les motifs sont très heureusement mis en relief, atteindra son but et ne manquera pas d'être apprécié de tous ceux qui s'intéressent aux choses du Droit Berbère.

Pour la construction de ce livre, l'auteur a écarté à dessein le cadre « déformant » du droit romain et du code civil. L'étude est divisée en cinq grandes parties dont les quatre premières sont consacrées au droit public, au droit pénal, au droit privé et au droit immobilier. La cinquième est constituée par un recueil de jugements rendus dans certains cas types par les Tribunaux coutumiers, clairement rattachés au corps de l'ouvrage par des repères habiles, et qui forment une sorte d'illustration des règles exposées dans le texte lui-même. Ce plan de « synthèse » a l'intérêt de donner à l'ensemble des coutumes étudiées, une physionomie de droit propre, de préciser la structure particulière de cet ensemble, tout en faisant ressortir la manière dont ces coutumes se comportent dans les différents domaines de la communauté dont elles sont l'expression.

Passionnés d'indépendance, attachés à leur particularisme, hostiles aux intrusions qui pouvaient leur valoir un maître étranger, les Berbères sont depuis le fond des âges restés semblables à eux-mêmes, peu atteints par le souffle des invasions romaines, à peine marqués par l'empreinte de l'Islam. Avec cette précision cependant que chez les Zayans, une certaine influence du chrâa est à signaler ainsi que la présence de nombreux mots arabes parmi les termes juridiques. M. Aspinion fait remonter cette ingérence à l'époque du grand chef Berbère Moha Ou Hammou el Harkati Ez-zayani, qui, ambitieux et épris d'autorité, s'était fait conférer à la fin du siècle dernier par le Sultan, le titre de Caïd et le commandement de six cents soldats. La présence de ces arabes à Khénifra, la capitale zayane, ne pouvait pas manquer d'exercer une certaine influence sur la population berbère. Mais le chrâa n'a pas dépassé le domaine de la foi et de la morale, et le droit coranique lui-même a été rejeté, l'Orf Zayan continuant d'être la « coutume », qui se répète oralement de génération en génération, et peut même se modifier suivant les nécessités de l'heure, contrairement à la Loi musulmane, émanation de la révélation divine, et comme telle, immuable.

De ce que les Zayans ont une âme primitive, ce serait une erreur cependant d'induire que leur loi est nécessairement simpliste, et leurs coutumes réduites à quelques usages fondamentaux ; la lecture de ces coutumes

permet de constater leur abondance et leur complexité, la précision et la graduation savante de certaines de leurs prescriptions. Et ces Berbères, dont la vie actuelle ne diffère pas, à peu de chose près, de ce qu'était celle des Berbères de Jugurtha, il y a deux mille ans, connaissent et appliquent les principes de certaines « théories » qui semblent communément être l'appanage de mondes plus modernes ou plus civilisés : théories des « dommages-intérêts, de l'absence, de l'inaliénabilité de la dot immobilière de la femme, de la responsabilité civile pour autrui, etc...

Plus que tout autre, un principe domine la coutume zayane et lui donne son armature particulière : c'est l'effacement de la personnalité de l'individu devant celle du groupement. Ce groupement peut être une famille, un clan, un douar, une tribu, mais quel qu'il soit, l'intérêt de cette collectivité absorbera l'intérêt individuel ; et lorsque l'individu agira, il engagera ou entraînera juridiquement les autres individus de son groupe, leur profitant ou leur nuisant de ce fait.

Cette conception qui se rencontre d'ailleurs dans presque toutes les sociétés primitives, provient de ce que le manque de sécurité a obligé les Berbères à former des groupements stables, homogènes, capables de se défendre et de faire respecter leurs patrimoines. Tout naturellement, en face du danger commun, les intérêts individuels ont été amenés à se fondre, à disparaître, sous l'intérêt du groupe, à ne vivre et à ne se retrouver qu'en lui. A cette cause politique s'ajoutent la pauvreté du sol, le climat rude des pays berbères, qui n'ont pas peu contribué à rendre indispensable une telle solidarité.

Les conséquences de ce principe se retrouvent dans tous les domaines de la Loi : — qu'il s'agisse du Droit Public, où il préside à la formation des groupements : famille, clan, fraction, douar, tribu, confédération : — du droit privé, basé sur une famille large qui comprend tous ceux qui sont soumis à l'autorité d'un même chef, qu'ils soient ou non du même sang — du droit pénal, qui ignore ce que nos droits modernes appellent la personnalité de la peine, et qui édicte les règles d'une étroite solidarité entre le délinquant, sa famille et même son clan — du droit immobilier enfin, des biens fonciers importants restant indivis entre des familles ou des clans entiers.

Le contrôle français a respecté les coutumes zayanes. Et si certaines pratiques ont été adoucies, si certaines ont évolué à notre contact, les Tribunaux Coutumiers, organisés autour des premières jamâa judiciaires, appliquent strictement les règles existantes, en s'efforçant de tenir compte de la vie et de l'ambiance indigènes, de leurs mentalités et de leurs conceptions, pour interpréter le sens de ces règles et parvenir aux décisions les plus rationnelles et les plus équitables.

C'est ce souci qui ressort nettement à la lecture des jugements que M. Aspinion a choisis pour son livre, parmi les décisions rendues par les quatre Tribunaux Coutumiers Zayans : Aït Harkat de Khénifra, Aït Harkat de Guelmous, Aït bou Haddou, et Aït Krat. Et pour être dépouillés d'un certain formalisme ou d'un style strictement juridique — qui conviendraient d'ailleurs mal à la justice expéditive nécessaire — ces arrêts n'en constituent pas moins de très beaux exemples de décisions « de justice » au sens fort du terme.

Très certainement séduit par son sujet, M. Aspinion a estimé qu'il devait en fixer les traits d'une manière complète et précise. Il s'est acquitté de ce soin de la meilleure manière, et nous tenons à rendre hommage à son talent en signalant ici la belle documentation qu'il nous a procurée. Souhaitons que d'autres ouvrages paraissent sur de si utiles sujets.

Alice DESTREZ.

Traduit par M. Francis Guay.

J. Berque. — *Les pactes pastoraux chez les Beni Mesquine (Contribution à l'étude des contrats nord-africains).* Alger. — Imprimerie Carbonel, 1936.

Qu'on ne cherche pas dans ce travail, en dépit du titre, des analyses proprement juridiques. Elles ont été délibérément écartées par l'auteur : il s'est attaché surtout à dégager la signification historique et sociologique, la valeur nord-africaine du contrat qui lie le maître et le berger, dans une tribu marocaine de mœurs archaïques dont la principale richesse est le mouton, et le principal souci, le pacage d'été : le cheptel transhume en masse vers le Nord. M. Berque pose en principe que « les liens pastoraux ne se comprennent qu'une fois est mis au jour, grâce à l'étude du cas Beni Mesquine, le caractère d'imprégnation collective qu'offrent la transhumance, paroxysme de vie tribale, et, plus généralement, la circulation des troupeaux. »

Des réserves sont à faire sur la tendance du chap. I où l'auteur paraît invoquer, contre l'école de la Géographie humaine, le fait qu'à côté des conditionnements strictement physiques et économiques, il en est d'autres, purement moraux : en l'espèce, des options de groupes, basées sur d'anciennes alliances ou des lois historiques encore peu élucidées. Et d'abord, je ne crois pas qu'il soit de bonne méthode, même sociologique, d'opposer le « social » au « naturel » : pareille distinction les défigure l'un et l'autre. En outre, si M. Berque a bien vu que la transhumance traduit une des lois de symbiose du nomade et du sédentaire, il ne s'est pas préoccupé, semble-t-il, de la signification générale de ces agencements périodiques et collectifs entre propriétaires de bêtes et propriétaires de pacages ou de chaumes : il s'agit là d'un caractère qui dépasse l'Afrique du Nord, et je renvoie

là-dessus l'auteur aux maîtres de l'histoire rurale, MM. Marc Bloch, Dion et Roupnel.

Malgré le rejet initial de la méthode juridique, le plan, qui est, on s'en doute bien, un plan « à tiroirs », suit l'ordre traditionnel : conclusion du contrat, forme, contenu, etc...

C'est à l'époque de la tonte, « moment sociologique important », que le contrat se conclut, avec une famille plutôt qu'avec un individu, celui-ci devant présenter certaines aptitudes magiques. Il est oral, mais formaliste, testimonial, solennel : il se scelle par un repas communiel, et une patriarcale remise de la robe de laine et de la houlette, insignes de la fonction. Et surtout par un « prêt rituel ». Car ces avances qui caractérisent le pacte Beni Meskine comme la plupart des contrats agricoles de l'Afrique du Nord, M. Berque les considère comme « un outil de conservatisme social, de persistance statutaire, contre lequel la seule arme du berger sera la fuite rituelle ». Car, intentionnellement irrécouvrables, elles sont destinées à enchaîner au maître un débiteur insolvable et famélique. La rémunération consiste en cadeaux, d'origine magique, et en un pourcentage d'un quart sur le croît.

Au passage, des notations concrètes : sur l'ambiance authentique du témoignage dans la coutume marocaine, sur la vieille notion de « secessio » du débiteur, sur la curieuse coutume de la « zejbat et toraâ ». Plus loin, M. Berque expose encore la thèse suivante : Le gardiennage au quart des Beni Meskine, est le pendant, en matière pastorale, du Khamessat. Tout comme celui-ci, il présente cette complexité qui a si fort préoccupé les juristes, depuis Abou Ali el Maâdni jusqu'à MM. Rectenwald et Milliot. L'élément caractéristique, c'est un certain rapport, un certain équilibre entre deux modes de rétribution : les cadeaux magiques, invariables, et le pourcentage sur le croît proportionnel : « Equilibre instable, qui, à un stade plus avancé, se décompose : le cadeau tend vers le salaire, le pourcentage vers l'association pure et simple. Cette filiation idéale n'est pas démentie, autant qu'on puisse le dire, par la réalité statistique et géographique ».

Par ailleurs, ces avances, destinées, selon M. Berque, à lier perpétuellement le berger au maître, à créer entre eux un rapport permanent et bilatéral, une sorte de vassalité, plongent le contrat dans l'atmosphère archaïque des « contrats statutaires du Sémitisme ». Ce qui compte, ce n'est pas cette délégation, cette commission d'homme à homme, du capital au travail, qui intéresserait les modernes : c'est le statut créé : le gardiennage Beni Meskine n'est qu'une clientèle en marche vers la spécialisation. Un mot marocain la définit, le mot « Sohba ».

A la Sohba, nous dit-on, se ramèneraient quelques-unes des notions mères de l'histoire moghrébine : outre les pactes pastoraux, ces alliances

entre familles, mises par Ibn Khaldoun sous leur véritable jour, et cette loi mystérieuse de symbiose des groupes arabo-berbères déjà entrevue par Masqueray.

Nous nous abstiendrons de critiquer les idées de M. Berque, qui sont présentées sous la forme d'hypothèses, et valent surtout comme suggestions, mais il y aurait grand intérêt à développer le goût de la monographie dans le genre de celle de M. Berque. M. le Contrôleur civil Matte en fit une sur un sujet du même genre ; « Etude juridique, sociale et économique des contrats d'élevage en usage dans les tribus du Gharb (1931). De pareils travaux, convenablement sériés et multipliés, permettront seuls d'entrevoir, dans sa réalité historique, le comportement original, devant la vie, de cet homme moghrébin qui nous intéresse à juste titre, parce qu'il est notre ami, et que nous devons l'aider, le conseiller, le soutenir.

Paul ZEYS.

Traduit par Si Mohamed Hajoui.

Madame Alix Woytt-Gisclard. — L'assistance aux indigènes musulmans au Maroc. Préface de M. Ch. César Bru, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Toulouse. Librairie Sirey, Paris. 1936. 50 francs.

Cet excellent ouvrage, après avoir décrit l'état de l'assistance au moment de l'établissement du Protectorat expose le système actuel de l'Assistance marocaine dans ses caractéristiques, en retraçant son organisation initiale, les étapes successives de son évolution et de la réglementation qui s'y rapporte.

L'auteur s'est attachée à établir, les résultats obtenus et escomptés, tant dans le domaine médical que social. Elle a envisagé par ailleurs les mesures propres à favoriser le développement et l'efficacité de cette assistance. La question de l'Assistance est importante au premier chef au Maroc, parce qu'elle est la pierre angulaire de la sollicitude de l'Etat Français à l'égard des populations autochtones.

Le Maréchal Lyautey a dit que les Indigènes étaient beaucoup plus attirés par leur cœur que par l'esprit. De tous les bienfaits que la France apporte aux Marocains, l'Assistance qui touche à la santé, aux conditions primordiales d'existence, à la vie même des individus, sera toujours le plus sensible et le plus vite apprécié. L'assistance est le meilleur facteur d'attrance. Elle est d'une opportunité incontestable, qui prend encore plus de relief en période de crise économique où la misère et le paupérisme augmentant, les devoirs du Protectorat se trouvent accrus.

Avant le Protectorat, l'Assistance n'existait pas au Maroc, en tant qu'institution officielle, administrative. Laisse à l'initiative individuelle, elle est alors inspirée par l'idée religieuse et se traduit par la charité privée et les institutions bienfaites à caractère pieux. La charité est prè-

chée instamment par le Coran. Elle est une des règles fondamentales de l'Islam. L'aumône, les bonnes œuvres à l'égard du pauvre, de l'orphelin, de celui qui a faim, qui souffre, sont des devoirs impérieux auxquels nul vrai croyant ne saurait se soustraire ; cette charité est très pratiquée chez les Musulmans. Chaque famille aisée a ses pauvres qu'elle nourrit. Nul ne repousse le mendiant, ni l'enfant abandonné à sa porte.

Ce devoir d'Assistance suscite des fondations charitables comme les Habous dont l'action fut des plus bienfaitantes, augmentant chaque année sa très utile activité. Par ailleurs, le culte des Saints, inspire les institutions de bienfaisance telles que les Zaouias, et les asiles des Sanctuaires, ceux-ci destinés à abriter les malades venus chercher la guérison sous l'influence du pouvoir quasi divin du Saint.

La première organisation de l'Assistance au Maroc a été l'Assistance médicale aux Indigènes. En effet, à l'aube de toute colonisation, l'Assistance sous sa forme médicale, s'est toujours révélée comme la meilleure institution à l'égard des indigènes et le moyen le plus efficace de les gagner par la confiance. Elle s'imposait au Maroc dans un double but humanitaire et utilitaire. Le pays, était, en effet, ravagé par les épidémies les plus destructives, typhus, peste, choléra, variole, qui décimaient les indigènes périodiquement. A côté de ces fléaux, des endémies les plus répandues, le paludisme, la syphilis, le trachome, les affections dysentériques et la tuberculose, atteignaient la population. Contre ces maux, les indigènes étaient sans défense.

Dès 1912, trois éléments essentiels furent à la base du programme d'action : assistance médicale, hygiène, prophylaxie ; mais à cette préoccupation urgente s'est ajoutée celle de l'Assistance aux faibles, aux déshérités de la vie, en un mot de l'Assistance sociale. Envisagée dans son organisation actuelle, cette mission de protection générale des indigènes se réalise par des Services techniques de Santé et d'Hygiène et le Service administratif de l'Assistance, institutions créées par le Protectorat auxquelles sont venues s'adjoindre diverses œuvres dues à l'initiative privées contrôlées et subventionnées par les Pouvoirs Publics et dont l'activité complète celle des organismes officiels.

Ainsi se trouve dégagée cette formule caractéristique de toute l'Assistance indigène : coopération de l'Assistance publique avec l'Assistance privée, la première s'exerçant dans le domaine médical et prophylactique, la seconde plus spécialement dans le domaine social. Dans le domaine médical, l'Assistance se présente sous deux formes qui concourent l'une et l'autre au but général de protection sanitaire, l'Assistance médicale fixe et l'Assistance médicale mobile.

Mme Woytt-Gislard décrit les diverses catégories de formations sanitaires : Hôpitaux, infirmeries, dispensaires spécialisés, maternités, groupes sanitaires mobiles, sections de prophylaxie, et nous montre leur ac-

tivité, et la réaction, vis-à-vis de cette assistance médicale des indigènes qui, dans les masses populaires, sont encore empreints de préjugés et d'incrédulité, à l'égard de la médecine. C'est aussi le rôle magnifique du « toubib » français qui étudie et l'influence qu'il peut avoir sur l'indigène dont il sait gagner la confiance et l'amitié.

L'auteur, après avoir examiné s'il serait possible d'instituer l'Assistance à domicile surtout afin d'atteindre les femmes musulmanes, qui ne sortent que peu de leur habitation, expose, avec des statistiques à l'appui, les progrès énormes réalisés au Maroc dans la lutte contre les grandes épidémies et endémies. Elle commente la réglementation, signale les caractéristiques juridiques de cette Assistance médicale indigène, très souple, prudente, s'adaptant à la mentalité indigène, en sauvegardant ses coutumes.

C'est pourquoi dans le domaine social, l'Assistance est presque entièrement laissée à l'initiative privée ; celle-ci se manifeste par la création d'œuvres qui, constituées en associations déclarées, peuvent bénéficier de l'appui financier des Pouvoirs Publics. Les Œuvres de Bienfaisance privée s'attachent non seulement à la lutte contre le paupérisme, à la protection des malheureux de toutes sortes, mais encore et surtout à la sauvegarde de la race, par la protection des mères et surtout des enfants chez lesquels la mortalité est encore grande. A cette œuvre, importante entre toutes de la sauvegarde de l'enfance, se consacrent de nombreuses Gouttes de Lait dont l'activité, porte les bienfaits jusque dans les régions les plus reculées. Non seulement l'Assistance indigène doit s'exercer dans le domaine médical et social, mais aussi dans le domaine économique. L'auteur relate comment l'action bienfaisante du Protectorat se traduit par des réalisations nombreuses tendant à relever la prospérité du pays et le niveau de vie de ses habitants : crédit agricole, vulgarisation du matériel et des méthodes perfectionnées de culture, défense du fellah contre l'usure, lutte contre le chômage, amélioration de l'habitat indigène, lutte contre la disette, etc...

En conclusion, l'auteur trace les grandes directives du programme des diverses mesures à envisager pour développer et perfectionner l'Assistance, pour assurer à l'indigène des classes pauvres et laborieuses une existence meilleure et au peuple marocain tout entier qui mérite notre sympathie et notre sollicitude, ces conditions de protection sociale, nécessaires à son meilleur développement.

Cette Œuvre d'Assistance générale sera facilitée et rendue plus efficace par une coordination plus étroite de toutes les activités poursuivant ce même but, et enfin, par l'appui moral des Marocains éclairés qui, apportant leur précieuse collaboration, favoriseront la plus grande confiance de leurs coreligionnaires moins instruits dans l'action bienfaisante de la France au Maroc.

Traduit par le Capitaine Ben Daoud.

A. Cohen. — Docteur en Philosophie de l'Université de Londres. Rabbín de la Synagogue de Birmingham. « *Le Talmud* » exposé synthétique du Talmud et de l'enseignement des Rabbins sur l'Ethique, la Religion, les Coutumes et la Jurisprudence. — Payot, Paris, 1933.

« Le Talmud », titre qui évoque la vaste compilation des discussions rabbiniques, réunies dans des in-folio volumineux, et qui contient la tradition juive, la morale, la théologie, la médecine, la botanique, la zoologie, tout ce dont un peuple peut parler pendant des siècles et des siècles, semble échapper, par sa nature particulière, à un bref exposé synthétique. Que se soit Rab Asché au IV^e siècle, Rabbina au V^e, Maïmonide au XI^e siècle, tous les Rabbins qui ont essayé de colliger les enseignements des docteurs de la loi, ont avoué que l'œuvre était ardue et que, malgré les trente années et plus de travail, il leur était impossible de fixer ne varietur, le flot mouvant de la vie juive. Si le Talmud, a, en effet, été arrêté dans sa forme écrite, au V^e siècle, il n'en a pas moins été continué par les Tossafistes (Glossateurs), et quand on parle du Talmud, on fait allusion à l'enseignement qui se dégage du Talmud, éclairé, commenté, rendu clair par les explications des Rabbins, postérieurs à la clôture du Talmud (V^e siècle) tel que Raschi, Rabbín français du XI^e siècle. Il ne faut pas perdre de vue que la rédaction du Talmud n'a pas été commandée par le souci de réaliser un code, ou de mettre de l'ordre dans le « fatras » des discussions de savants, mais par la nécessité de sauver de la destruction, les enseignements des Rabbins. Les persécutions religieuses de Palestine et de Babylonie obligèrent les maîtres de la pensée juive à garder par écrit, les précieuses doctrines transmises jusqu'alors oralement.

M. A. Cohen, grâce à ses études rabbiniques et profanes a voulu, avant tout, donner un aperçu général de cette vaste fresque de la pensée juive. Il ne dissimule pas les grandes difficultés de cette œuvre de vulgarisation. Avec beaucoup de talent, il réussit à mettre de l'ordre dans l'exposé de questions souvent impossibles à séparer.

L'auteur, dans son livre de 470 pages, ne réserve que 50 pages, le chapitre X, pour exposer le droit criminel, le droit civil et la procédure des israélites, seuls sujets qui intéressent la Revue Marocaine. Le défaut de toute œuvre de vulgarisation est de vouloir embrasser tout. « Qui trop embrasse mal étroit ». La difficulté de résumer le Talmud apparaît surtout quand on veut, en quelques chapitres, exposer le système législatif juif. On consultera certes avec fruit ce chapitre X, mais il eût été souhaitable que l'auteur y mît plus de clarté dans son exposition. M. Cohen nous parle des tribunaux, des juges et témoins, des jugements, des peines, sous la rubrique : Droit criminel, procédure civile et criminelle, et des dommages, de la propriété des objets trouvés, du dépôt et du prêt, de la location,

de la vente et de la livraison, de la prescription, des successions, sous celle du droit civil. Quant au mariage et au divorce, il faut nous reporter au chapitre V. Tout cela manque de coordination. Une introduction sur le droit juif, n'aurait pas été superflue. Il est indéniable que la partie juridique du Talmud est celle qui attire beaucoup la curiosité scientifique. On peut se référer aux ouvrages nombreux publiés sur ce point par exemple: Zuri, Droit talmudique, 1921, en hébreu, et diverses études sur des sujets précis comme notamment : Divorce par L. Kadouch, etc., etc...

Quoiqu'il en soit, pour bien comprendre la position du Talmud par rapport au droit, il est nécessaire de ne pas séparer le chapitre X de l'ouvrage de M. Cohen, des autres chapitres. Il faut lire tout le livre et considérer le tout dans son ensemble pour avoir une opinion sur le Talmud et le droit talmudique.

A cette condition, le travail de M. A. Cohen mérite tous les éloges. Il a joué la difficulté de faire rentrer en peu de pages, tout l'enseignement de plusieurs siècles de la pensée juive et il y a réussi.

Les chapitres sur la vie de famille, sur la vie sociale, complètent heureusement le chapitre X sur le droit.

Cet ouvrage mérite sa place, à côté des livres de Israël Abrahams, de Julien Weill, et de Darmesteter.

L. KADOUCH.
Traduit par Ammar.

Mohammed Omar el Hajoui. — Histoire diplomatique du Maroc (1900-1912). Chez Maisonneuve, Paris 1937. 15 francs.

Le neveu de S. E. le Délégué du Grand Vizir à l'Instruction Publique au Maroc, Si Mohammed El-Hajoui, vient de faire paraître une « Histoire diplomatique du Maroc » à partir de 1900 jusqu'au traité de Protectorat du 30 mars 1912.

Sujet que l'on peut penser bien aride... Si Mohamed El-Hajoui, cependant, a su le rendre attachant, en replaçant dans l'atmosphère du moment chacun des accords intervenus soit entre l'Empire Chérifien et les nations d'Europe, soit entre certaines de ces dernières au sujet de l'Empire Chérifien.

Ainsi a-t-il fait de son ouvrage, qui aurait pu n'être qu'un fastidieux exposé, une sorte de récit romancé comme on aime que soient aujourd'hui les livres d'histoire.

Histoire qui, en l'espèce se prête à merveille à cette forme, car on pourrait tout aussi bien l'écrire : histoires.

Que d'« histoires », en effet, sont ces joutes diplomatiques et finan-

cières par lesquelles les puissances européennes se disputaient la consolidation de leur influence au Maroc !

Que d'histoires, les unes tragiques, d'autres bouffonnes, d'autres ni gaies ni tristes, mais toutes intéressantes à entendre conter.

On peut dire que Si Mohamed El-Hajoui a su leur donner tout leur attrait.

C'est même à ceci qu'il s'est particulièrement attaché : restituer l'ambiance qui a amené tel ou tel fait, ou telle suite de faits au bout desquels un traité est apparu nécessaire.

Ainsi son livre est-il une longue et minutieuse explication, qui ne dédaigne pas de se faire au besoin anecdotique, des états d'esprit successifs, qui, chez les Sultans régnants et dans le peuple marocain, ont commandé les relations de l'Empire Chérifien avec les différentes nations européennes et l'évolution de son attitude vis-à-vis de chacune d'elles.

Il n'est pas possible de résumer un tel ouvrage ; on ne peut qu'indiquer son intérêt et c'est ce que nous pensons avoir fait.

Pour conclure Si Mohammed El-Hajoui écrit : « Le marocain aspire au respect et aux égards dus à tout être humain par ses semblables ; et *« pour y atteindre, il demande une instruction plus large et plus généralisée »*.

Ce remède préconisé ne nous paraît pas totalement efficace : il est tout-à-fait légitime de témoigner au Marocain le respect dû à tout être humain ; et il est, d'autre part, souhaitable que l'instruction lui soit plus largement dispensée ; mais nous pensons que le respect ne sera pas commandé par l'instruction ; il ne peut avoir qu'un seul fondement stable : la notion de « l'éminente dignité de la personne humaine » — et celle-là n'est pas affaire d'instruction, mais d'éducation.

Seulement, l'éducation, nul n'en parle ; d'où la tendance de croire l'instruction la panacée universelle, de quoi on n'est pas éloigné d'attendre des miracles !

Pour produire des miracles — notamment ceux de la mutuelle compréhension, de la collaboration et de l'amitié, — il n'est, pour en produire, qu'une seule idée, à la fois musulmane, chrétienne et même, peut-on dire, naturelle : celle de la fraternité humaine. Cette idée, toutefois, il ne faudrait pas seulement la connaître et y souscrire : d'un côté comme de l'autre, il faudrait la vivre et il ne faut pas que chacun attende de voir l'autre commencer.

Pierre CAVILLON.

Traduit par M. Neigel.

Chapitre VIII. — DROIT COMPARÉ

10 janvier 1936 (15 chaoual 1354)

Arrêt de la Chambre des Requêtes de l'Ouzara, (à Tunis) (n° 2778) jugeant que, selon le rite malekite, les actes antérieurs à l'interdiction sont valables

Vu l'arrêt de la Chambre civile de l'Ouzara, rendu le 6 mai 1935 entre Hadj Salem ben Mohamed Triki, agissant comme tuteur de Hadj Ahmed el Feki, d'une part, et Mahmoud ben Hadj Ahmed el Feki, d'autre part ;

Vu le pourvoi recevable en la forme de ce dernier ;

Attendu, en fait, que suivant procuration en date du 5 juin 1932, le nommé Hadj Ahmed el Feki a donné procuration au nommé M'hamed ben Hadj Mohammed el Masmoudi à l'effet de signer pour lui un contrat de vente portant sur un jardin, sis à Sfax et les constructions y édifiées, vente par lui consentie au profit de son fils Mahmoud moyennant un prix de 50.000 francs ; que le même acte donne quittance du paiement de cette somme ;

Que par jugement du Charaa en date du 9 juin 1932, Hadj Ahmed el Feki a été déclaré interdit pour débilité mentale ; que l'acte de mise en tutelle daté du 2 juillet 1932, lui désigne comme tuteur le nommé Hadj Salem ben Mohammed Triki, son gendre ;

Que, suivant requête en date du 24 avril 1933, ce dernier a assigné Mahmoud ben Hadj Ahmed el Feki en expulsion d'une chambre dépendant de l'immeuble édifié sur le jardin objet de la vente ;

Que le défendeur s'est prévalu de sa qualité d'acquéreur ;

Que l'arrêt entrepris a fait droit à la demande, motif pris de ce que la date de la mise en tutelle, était antérieure à celle de la vente ;

Sur le moyen unique du pourvoi : pris d'une erreur manifeste et d'une violation et fausse application de la loi ;

Attendu qu'il est de principe en droit musulman que l'interdiction n'a son effet que du jour du jugement et que les actes antérieurs à l'interdiction sont valables selon l'école de Malek (voir Sidi Khelil numéros 501 et 502) ;

Que ces règles ont été consacrées au Code tunisien des obligations aux articles 3 et suivants ; (Décret du 15 décembre 1906).

Attendu qu'en l'espèce Hadj Ahmed el Feki a été frappé d'interdiction pour faiblesse d'esprit par jugement du Charaa en date du 9 juin 1932 ; que, si cette décision est antérieure à la formalisation du contrat de vente, elle est postérieure à la procuration donnée à ce sujet ; que cette procuration constitue incontestablement un engagement du mandant accepté par l'acquéreur qui a payé le prix, lequel engagement ne peut que produire son plein et entier effet à l'égard des parties contractantes ayant la capacité légale de contracter au moment où il a été passé ;

Que c'est donc à tort et en violation des principes du droit que les juges du fond ont décidé de faire droit à la demande et de renvoyer devant le Charaa en ce qui concerne la validité de la vente ;

Par ces motifs : Casse l'arrêt entrepris et renvoie l'affaire devant la chambre civile de l'Ouzara autrement composée, pour nouvel examen.

Président : M. Guillemot. — Commissaire du Gouvernement : M. Longobardi. — Oukil : M. Mohammed El Annabi.

Traduit par M. Amor Mnaouar.

29 mars 1938 (27 moharrem 1357)

Arrêt de la Chamque des Requêtes de l'Ouzara à Tunis (n° 3005) jugeant que le bénéfice du droit d'occupation (Décret beylical du 2 juillet 1935) est accordé au tunisien musulman qui a cultivé d'une manière directe et non interrompue par lui-même ou par ses ancêtres, une parcelle rurale habous depuis une date antérieure à 1894 quel que soit le titre de l'occupation (location, sous-location, métayage, concession gratuite, etc...)

Vu le jugement du tribunal régional de Béjà, rendu en dernier ressort le 20 juin 1936, entre Mabrouk ben Mansour ben Farjallah, demandeur d'une part, et la fondation habous « Smadhi » défenderesse d'autre part ;

Vu le pourvoi recevable en la forme du demandeur ;

Attendu, en fait, que Mabrouk ben Mansour ben Farjallah a demandé au tribunal régional de Béjà de lui reconnaître la qualité d'occupant sur une terre dépendant de l'henchir « Kef Eddaroughi », fondation Smadhi, conformément aux dispositions du décret du 2 juillet 1935 ; qu'il a produit à l'appui de sa prétention un relevé de quittances d'achour délivré par la Direction Générale des Finances, duquel il résulte qu'il a cultivé dans l'henchir de 1894 à 1933 sans interruption ;

Que le jugement entrepris a rejeté la demande motif pris de ce qu'il était établi que la terre litigieuse avait été donnée en location à des tiers de 1900 à 1920 ;

Sur le moyen pris d'une violation de la loi :

Attendu que l'article 2 du décret du 2 juillet 1935 (1) accorde le bénéfice d'un droit d'occupation à tout tunisien musulman, installé personnellement sur un fonds rural habous qui détient et cultive une parcelle dépendant de ce fonds, d'une manière directe et continue, soit lui-même, soit par ses ancêtres, depuis la 33^e année au moins qui précède celle du décret du 17 juillet 1926 ;

Qu'il résulte de ce texte, qui ne fait d'ailleurs que reproduire le principe qui constituait la base du décret du 17 février 1926, (1) que le bénéfice de la législation réglementant le droit d'occupation sur les fonds ruraux habous doit être reconnu au détenteur qui remplit les conditions prescrites, quelque soit le titre de son occupation : location, sous-location, métayage, concession, gratuite, etc...

Attendu qu'en rejetant la demande pour le seul motif que la parcelle litigieuse avait été louée à des tiers pendant un certain temps, sans rechercher si, pendant ce même temps, le demandeur n'avait pas réellement occupé comme sous locataire, ainsi qu'il le prétendait et sans considérer les justifications par lui produites le tribunal de Béjà a perdu de vue ce principe fondamental ;

(1) Ce décret beylical est publié dans les codes annotés de la Tunisie par Paul Zeys qui vont paraître prochainement.

Que la décision entreprise encourt, en conséquence, la cassation.

Par ces motifs : Casse la décision entreprise et renvoie l'affaire devant le tribunal régional de Béjà autrement composé pour nouvel examen.

Président : M. Guillemot. — Commissaire du Gouvernement : M. Longobardi. — Oukil : M. Rouahi.

Traduit par M. Amor Mnaouar.

2 février 1937 (21 kada 1355)

Arrêt de la Chambre des Requêtes de l'Ouzara à Tunis, (n° 2817) jugeant que les Tripolitains, sujets coloniaux italiens, sont justiciables en Tunisie des tribunaux tunisiens

Vu le jugement du tribunal de la Driba rendu en dernier ressort, le 25 juin 1935, confirmant une ordonnance du Président du même tribunal ordonnant l'expulsion de Brahim ben Hadj Mohammed Trabelsi et de son frère Taieb d'une maison d'habitation, sise à Tunis ;

Vu le pourvoi du ministère public ;

Sur le moyen unique du pourvoi pris d'une violation des règles de la compétence en ce que Taieb ben Hadj Mohammed Trabelsi ayant justifié être né à Tripoli vers 1891 serait justiciable des tribunaux français ;

Attendu qu'aux termes du décret du 19 juin 1914 promulguant l'accord intervenu le 29 mai 1914 sur le Statut des Tunisiens en Lybie et des sujets coloniaux italiens en Tunisie : « les sujets coloniaux italiens en Tunisie et les Tunisiens en Lybie jouissent des mêmes droits et privilèges que leurs coreligionnaires étrangers sujets de la nation la plus favorisée sous la réserve de la disposition prévue à l'article 3 en ce qui concerne le régime judiciaire. »

Attendu que cet article 3 dispose que « en attendant que les Hautes parties contractantes soient à même de concilier leurs points de vue respectifs sur la question de principe, les sujets coloniaux en Tunisie seront, pendant une période de cinq ans justiciables des mêmes tribunaux que leurs coreligionnaires indigènes. »

Attendu que l'accord du 29 mai 1914 n'ayant pas été dénoncé sur ce point à l'expiration du délai de cinq ans, il convient de considérer ce délai comme prorogé par tacite reconduction ;

Que cette thèse se trouve corroborée par la position prise par le Ministère des Affaires Etrangères sur les conditions d'application de cet accord ;

Que notamment dans une dépêche n° 1987, en date du 27 octobre 1934, relative au règlement des successions des ressortissants français en Lybie, le Ministère des Affaires Etrangères qui traitait avec le Gouvernement Italien, considère que cet accord est toujours en vigueur dans son intégralité en matière de statuts des Tripolitains ;

Attendu par suite que le litige soumis au tribunal de la Driba ressortissait bien de la compétence des tribunaux tunisiens ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

Président : M. Guillemot. — Commissaire du Gouvernement : M. Longobardi.

Traduit par M. Amor Mnaouar.

17 safar 1357 (18 avril 1938)

Jugement du kadi de Laghouat décidant que l'enfant né 9 mois et 15 jours après le mariage régulier de la mère a pour père le second mari et non le premier mari qui était absent depuis trois années lui avait notifié sa répudiation

Au sein du prétoire de la mahakma de Laghouat, territoire militaire de Ghardaïa.

Et par devant le kadi y occupant actuellement le siège, le très docte sid Hadj Aïssa Bachir ben Ahmed, assisté de ses deux assesseurs,

A comparu : le sieur Benkouider Mohammed ben Toumi, originaire du Ksar-el-Hirane, âgé de 39 ans, suivant carte d'identité n° 167, lequel plaident par l'organe de sid Cheniguel, oukil judiciaire près la mahakma de céans, a formulé les prétentions suivantes :

(*Exposé de la demande*) : Ma femme, Benaïa Yamina bent Abdelkader, de Laghouat, âgée de 28 ans, d'après sa carte d'identité N° 75, a quitté le domicile conjugal et est retournée chez son père. Lorsque je lui ai demandé de reprendre la vie commune, elle s'y est refusée. Je désire la voir revenir auprès de moi.

(*Envoi du premier avertissement*). La dite dame n'ayant pas assisté à l'exposé de la demande, il lui a été adressé un premier billet d'avertissement en date du 5 avril 1938, l'invitant à comparaître à la mahakma.

(*Réponse de la défenderesse*) : Au jour fixé, la dite dame a comparu : il lui a été donné lecture de l'exposé ci-dessus. Elle a ainsi répondu : Je ne retournerai pas chez le demandeur en raison de ce que, lors de mon mariage avec lui, je me trouvais dans un état douteux de grossesse ; depuis, j'ai accouché d'un garçon ; ainsi, je m'étais mariée avec le demandeur pendant mon aïdda (retraite légale, délai de viduité) ; de ce fait, je suis affranchie légalement de son autorité maritale ; c'est ainsi que je lui demande de procéder au renouvellement de notre union et de pourvoir à mes besoins vestimentaires et autres.

(*Réplique du demandeur*) : aux allégations avancées par la défenderesse quant à l'état douteux de grossesse, je répons : ma femme a eu ses menstrues alors qu'elle se trouvait sous mon autorité maritale ; c'est la preuve de la vacuité de son sein ; par suite, il n'y a eu aucun état douteux de grossesse, d'autant plus que l'enfant est né neuf mois et quinze jours après la date du mariage, mariage constaté par acte dans les écritures de la mahakma de céans ;

(*Titres du demandeur*) : à l'appui de ses dires, le demandeur a produit les pièces suivantes : 1° une copie de l'acte de mariage reçu par cette mahakma, le 15 avril 1937, N° 248 ; 2° un extrait des registres officiels de l'état civil de la commune de Laghouat duquel il résulte que l'enfant en question est né le 20 janvier 1938 et est inscrit comme fils non pas du demandeur, mais de Bahrouh Djelloul ben Mohamed ;

En cet état, le Cadi a invité la défenderesse à présenter ses moyens de défense à l'encontre des prétentions du demandeur relatives à la durée de l'union conjugale, aux menstrues qu'elle a eues, et à l'époque à laquelle remonte la naissance de l'enfant.

Elle a répondu que dans le courant de l'année 1935, son premier mari l'a quittée, qu'au cours de l'année 1937, alors qu'il était toujours absent, il lui a été notifié qu'il l'avait répudiée, que dans cette même année (1937) elle a épousé le demandeur.

Jugement : Le Cadi avant compris la nature du différend divisant les parties,

Il lui est apparu que les arguments du demandeur ont plus de valeur que ceux de la défenderesse, et ce, pour les raisons que voici :

1° La défenderesse a épousé le demandeur après avoir accompli la « aïdda » consécutive de sa répudiation par son premier mari : le remariage serait devenu prohibé pour elle si son soupçon sur sa grossesse avait été certain.

2° La défenderesse a eu ses menstrues alors qu'elle était sous la puissance maritale du demandeur : la menstruation est une preuve de la vacuité de la matrice ainsi que l'enseigne le cheikh Derdiri quand il commente le passage suivant du « Précis » de Cheikh Khalil, au chapitre de l'aïdda :

« ...Au contraire, (il n'y a pas lieu de consulter les femmes) quand il s'agit d'une fillette (impubère) pouvant être sujette à menstrues, et arrivée au même rang que celles dont l'aïdda est compté par « Kor » (période intermenstruelle)... »

3° L'enfant est né neuf mois et quinze jours après la date du mariage, puisque le mariage a eu lieu le 3 safar 1356 (15 avril 1937) et que la défenderesse a accouché de cet enfant le 18 kaâda (20 janvier 1938) de la même année.

Ces faits viennent à l'appui des dires du mari (le demandeur).

En effet, le cheikh El Kharachi dit à ce sujet : Lorsque la femme a accompli la retraite légale d'attente, « aïdda »

à laquelle elle était soumise à la suite de sa répudiation ou du décès (de son mari) accouche en deçà du terme extrême de la gestation (dont le point de départ est le dernier acte de cohabitation) alors qu'elle n'a pas pris un époux autre que le précédent, (auteur de sa grossesse) ou bien lorsque, s'étant remariée avant ou après une menstruation unique, elle accouche avant qu'il se soit écoulé une période de six mois à courir de la date de la conclusion du mariage ou une période (équivalente) produisant les mêmes effets ; dans ces cas, la paternité de l'enfant conférée à celui qui est cause de l'aïdda de la femme, (c'est-à-dire son précédent mari) que ce mari soit vivant ou mort, à moins qu'étant encore de ce monde, il n'use de la procédure d'anathème (liane) pour désavouer l'enfant, sans que puisse nuire ou préjudicier à la femme, l'aveu de la fin de son aïdda :

et plus loin, l'auteur poursuit sa leçon en ces termes : mais si la femme accouche au bout de six mois après la date du contrat de remariage, ou dans un délai produisant mêmes effets ou d'une plus longue durée, l'enfant est attribué au second mari ;

Le dit commentateur s'exprime comme dessus à propos des dires ci-après reproduits de cheikh Khalil au chapitre de l'aïdda : ...« L'enfant dont la femme est accouchée après l'aïdda avant que se soit écoulée la durée extrême de la gestation est attribué au précédent mari à moins que celui-ci ne désavoue l'enfant en prononçant l'anathème ;

Il appert de l'esprit de ces textes que si la femme met au monde l'enfant six mois après la date du contrat de remariage, c'est le deuxième mari qui doit être réputé père de l'enfant.

Or, il est établi (dans l'espèce) que l'enfant est né après écoulement d'une période de neuf mois et quinze jours à compter de la date du contrat de remariage. (Par ailleurs) le système ci-dessus est corroboré par ce que rapporte dans son recueil célèbre « En-Naouazil » le Cheikh Bouabdallah sidi Mohammed El Mahdi el-Ouazzani à propos d'une consultation de-

LIBRAIRIE MODERNE PIERRE COUSIN

Fondée en 1911

10, Avenue Dar El Maghzen, Rabat - Téléph. : 24-68

Librairie Générale et Technique - Droit - Classiques.
Editeur de la Revue Marocaine de Législation et
Jurisprudence Chérifiennes, par M. Paul Zeys.

CETTE REVUE EST IMPRIMEE PAR LES

IMPRIMERIES REUNIES

Rue Georges Mercié à Casablanca

*qui effectue tous travaux d'impression, de reliure,
d'affiches, de registres, en langue française et arabe
aux meilleurs prix*

UNDERWOOD S.A.

LA MARQUE DE REPUTATION MONDIALE

PRESENTE

Ses nouveaux modèles de machines à Ecrire...

STANDARDS... PORTATIVES...

EN CARACTERES ARABES

Catalogue Franco sur demande

UNDERWOOD S.A.

21, Rue Paul Lelong, PARIS (2e)

Téléphone : Provence : 97-51 à 97-58