BnF Gallica

# La judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite / O. Pesle,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BnF Gallica

Pesle, Octave (1889-1947). Auteur du texte. La judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite / O. Pesle,.... 1942.

**1/** Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus ou dans le cadre d'une publication académique ou scientifique est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source des contenus telle que précisée ci-après : « Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France » ou « Source gallica.bnf.fr / BnF ».
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service ou toute autre réutilisation des contenus générant directement des revenus : publication vendue (à l'exception des ouvrages académiques ou scientifiques), une exposition, une production audiovisuelle, un service ou un produit payant, un support à vocation promotionnelle etc.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

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

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

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

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

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

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

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

16.F
160

O. PESLE
DOCTEUR EN DROIT
MAITRE DE CONFÉRENCES
A L'INSTITUT DES HAUTES-ÉTUDES MAROCAINES
RABAT

●

# LA JUDICATURE
# LA PROCEDURE
# LES PREUVES
## DANS
# L'ISLAM MALÉKITE

●

Imprimeries Réunies
de la « Vigie Marocaine » et du « Petit Marocain »
CASABLANCA

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

# LA JUDICATURE
# LA PROCÉDURE
## LES PREUVES
## DANS
# L'ISLAM MALÉKITE

16° F
460

## DU MEME AUTEUR :

**L'adoption en droit musulman.** — Ed. Montégut à Alger.

**Le contrat de safqa au Maroc.** — Ed. Moncho à Rabat.

**La donation dans le rite malékite.** — Ed. Moncho à Rabat.

**Le testament dans le rite malékite.** — Ed. Moncho à Rabat.

**Nouveaux regards sur l'Islam.** — Ed. Moncho à Rabat.

**Le mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord.** — Ed. Moncho à Rabat.

**La traduction du Coran,** en collaboration avec Si Ahmet Tidjani. — Ed. Moncho à Rabat.

**La répudiation chez les Malékites de l'Afrique du Nord.** — Ed. Moncho à Rabat.

**Les contrats de louage chez les Malékites de l'Afrique du Nord.** — Ed. Moncho à Rabat.

**La vente dans la doctrine malékite.** — Ed. Moncho à Rabat.

**Les voix des marches de France.** — Edtions du Moghreb à Casablanca.

**Exposé pratique des successions dans le rite malékite.** — Editions du Moghreb à Casablanca.

**La théorie et la pratique des Habous dans le rite malékite.** — Editions du Moghreb à Casablanca.

**L'organisation de la Justice du Chra par le Makhzen.** — Editions des Imprimeries Réunies à Casablanca.

**Le crédit dans l'Islam malékite.** — Editions des Imprimeries Réunies à Casablanca.

DAR
336628

O. PESLE

DOCTEUR EN DROIT
MAITRE DE CONFÉRENCES
A L'INSTITUT DES HAUTES-ÉTUDES MAROCAINES
RABAT

# LA JUDICATURE
# LA PROCEDURE
# LES PREUVES
## DANS
# L'ISLAM MALÉKITE

Imprimeries Réunies
de la « Vigie Marocaine » et du « Petit Marocain »
CASABLANCA

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R.F.
IMPRIMÉS

# EN MARGE D'ABEL BONNARD

*Sur moi l'action glisse. Sans doute est-elle trop souvent triviale ? Oui, j'entends, le savoir faire et le savoir vivre suffisent pour rehausser la plus insignifiante pose et je n'en médirai pas. Les apparences, l'étiquette ont leur prix mais à condition qu'elles reposent sur un fond solide. Dès qu'elle ne sont plus le complément d'une valeur réelle, elles s'affaissent jusqu'à la niaiserie. C'est sitôt fait de prendre une bulle de savon pour un Montgolfier. A mes yeux, l'action enviable ne s'est jamais montrée sous l'aspect de ses détails. J'ai toujours pensé à des plans, à des systèmes et des chaînes d'actes, et j'ai toujour cru que le véritable homme d'action n'agit pas tous ses actes mais l'acte qui additionne tous les autres et qui est peut être lui-même, à vrai dire, moins un acte qu'une idée. L'action est alors comme dévorée par l'enthousiasme de l'idée. L'auteur de l'acte l'accomplit sans le sentir.*

*Mes souvenirs ne sont donc pas des souvenirs d'action mais des souvenirs d'idée. Mémoire, fidèle servante, tu es pour moi comme une cité dont les perspectives se transformeraient sans cesse, dans laquelle on ne passerait jamais par la même rue, dont on ne traverserait jamais le même jardin ou le même pont, dont on ne boirait jamais à la même fontaine, cité sans murs d'enceinte, cité d'un périmètre infini. Comme la cité illusoire, tu es illimitée et mouvante, o ma mémoire, féerie idéale, refuge de l'insaisissable : visions, auditions, sensations, réminiscences, signes du langage, asile du passé, irréel sablier aux grains d'or. Fidèle servante, assurément,*

*Mère des souvenirs, maîtresse des maîtresses,*

*grâce à qui, même dans la prison d'une chambre, je suis en liberté, je vois, j'entends, je sens. Parfois, tu te confonds avec mon être. Quand je parle, c'est toi qui ali-*

*mentes mon discours, c'est avec tes souvenirs, avec la longue tresse serrée de tes souvenirs que je nuance mon langage, n'est-il pas vrai ? ô ma mémoire. Et comme ton fond d'images augmente et varie sans cesse, mes mots, mes mots ponctuels, plastiques, obéissants, peuvent se prêter à toutes les variantes, pittoresques ou fades,*

*Comme montent au ciel les soleils rajeunis.*

*Oh ! ces deux choses, mémoire et parole, qui tantôt n'en font qu'une et tantôt se dédoublent, mystère inviolable de l'accouplement !*

*Mes souvenirs sont des souvenirs de lecture. Les livres ont rempli la plus grande partie de ma vie et en ont été le digne agrément. Pour mieux dire, ils en ont été les solides tuteurs. Comme ils m'ont bien secouru, comme ils m'ont bien soutenu sur la pente de mes dégoûts et de mes abandons ! pareils aux genêts et aux pampres qui fixent les dunes de sable dans les pays chauds. Si tout n'est pas aridité en moi, s'il y a un peu d'humus et quelques verts bosquets dans les champs irréels de mon esprit, c'est grâce à eux.*

*Clairières, haltes, carrefours dans la sombre forêt des jours, rayons de soleil là où la hache du bûcheron a abattu les arbres, les livres élus sont comme autant de coins de ciel dans la morne monotonie des lectures quotidiennes. Les œuvres capitales font trouée, tandis que se serrent en rangs pressés les volumes intéressants ou médiocres. A certaines époques de ma vie, il a suffi d'un livre pour secouer toute ma sensibilité, pour l'imprégner d'une fièvre ardente, pour donner à mes rêveries une tension extrême, tournant à une émouvante fatigue, à un ensorcellement d'un art très doux. Souvent, à l'influence de l'auteur, s'ajoute un détail sur le temps ; heure du jour, température, saison, créant une correspondance précise entre le paysage réel et intellectuel. Ma poitrine a battu à bien des strophes, mon cœur s'est gonflé à bien des proses (c'était le jour, c'était la nuit, dans un jardin, sur un divan, sur un balcon, etc...), tout l'être ravi et anéanti à mesure que mes yeux suivaient sur la page blanche les*

*mots insignes de beauté ou le frais éclat d'une pensée rajeunie. Les minutes les plus émouvantes de ma vie, c'est aux écrivains de ma race que je les dois, minutes bénies, seules minutes*

*...où j'ai vécu.*

*Attendez ! voici un souvenir à l'accent bohémien, comme tout ce qui touche à la jeunesse et à ses enthousiasmes indécis. Un soir, au sortir du théâtre, peur d'insomnie ou curiosité impatiente, je ne sais plus, je demandai un livre à Esquéré* (1). *Je dus insister car ce qu'il appelait en montant la voix « mon caprice » lui semblait passablement déraisonnable. La tempête soufflait, et les plus impénitents noctambules regagnaient leur logis. En maugréant, par la fenètre de son troisième étage (il habitait alors place des Grands-Hommes), il me lança un petit livre broché qui tomba dans l'eau et la boue et que j'enfouis avec précaution dans la poche de mon pardessus. Puis, sous une pluie « étalant d'immenses traînées », à travers des sautes de vent, je me hâtai vers Servandoni. A peine dans ma chambre, je sortis le livre mouillé, modeste brochure à 0 fr 65 centimes, ornée d'une vignette sur fond jaune. C'était « Sylvie » de Gérard de Nerval. L'heureuse aubaine ! Je connaissais l'histoire curieuse et navrante du délicat écrivain, peintre inégalé du bassin*e *de l'Ile-de-France, mais pas ses œuvres. Installé dans mon vaste lit, je commençai le beau conte d'amour, j'ouvris l'innocent écrin des jeux et danses de village. Par une étrange coïncidence, il débutait comme ma propre nuit par une sortie de théâtre, ce redoutable temple de la fiction, ce « lieu d'épreuves ». Comment décrire le plaisir que je pris à le*

(1) Esquéré avait une certaine notoriété chez les étudiants de B... parce qu'un pan de sa chambre était tapissé de livres, parce que, chez lui, il portait robe comme mandarin de lettres et parce que sa thèse « Le mythe de la grève générale », inspirée des idées de Georges Sorel, avait intéressé la Faculté. Il entra dans le Contrôle Civil du Maroc mais n'y resta pas, aussi peu séduit que possible par l'âme musulmane. La dernière fois que je le vis, ce fut en 1918 au poste de Sidi Bennour où il était venu rendre visite à son fidèle ami, Noël Contard, devenu par la suite Chef du Corps des Contrôles.

*lire ? Il suffira de savoir qu'il figure pour moi une des plus pures émotions livresques de ma jeunesse, le plus vert de mes paradis littéraires.*

*C'est une promenade au pays de son enfance, dans le Valois, que nous fait faire Gérard avec Sylvie. Les descriptions champêtres y alternent avec de lointaines réminiscences, avec la nostalgie à peine voilée d'un retour sur le passé. Mêlés au récit, Senlis, Othys, Loisy, Chaalis, la forêt d'Ermenonville, le côteau de Montméliant épellent leur consonances agrestes ainsi que d'anciens vestiges de la France du roi, comme lui abandonnés, le donjon de la Tournelle, le manoir de Pontarmé, les quatre tours de Bertrand Fosse.*

*Le Valois, ce sont des bois et encore plus des eaux, le plus élégant des paysages d'eau ; à travers ses champs et ses futaies élancées courent des eaux vives comme celles de la « Nonette » et de la « Thève » qui « bruit parmi les grès et les cailloux », s'étalent des eaux paisibles qui « brillent à travers les branches des saules et des coudriers », stagnent des étangs. Le délicat lettré qu'est Gérard ne s'attendrit pas seulement à la vue d'un passé poudreux, la maison de son oncle et son perroquet, la chaumière de la tante de Sylvie où il se déguisait en jeune marié avec elle, l'auberge de la Croix d'Or et le père Dodu, mais aussi aux traces des hommes, aux roches druidiques de Loisy, à des débris d'édifices romains, au Temple de la philosophie, à la tombe de Rousseau, l'excentrique ermite d'Ermenonville.*

*Autant que la campagne du Valois, les belles villageoises de son pays natal attirent Gérard. Comme chevalier de l'arc, dans son jeune âge, il a connu Adrienne, une frêle fillette, qu'il retrouve jeune fille « irrésistible », « digne de l'art antique ». Il revoit Sylvie, compagne des jeux de son enfance, l'une des plus belles filles de Loisy, que la lecture de la Belle Héloïse n'a pas « perdue » et qui sourit avec malice aux déclarations de son ancien ami. L'une est entrée dans un couvent, l'autre a épousé le Grand Frisé, le frère de lait de Gérard, pâtissier à Danmartin. Et si Gérard a quitté Paris au sortir du théâtre, c'est pour fuir Aurélie, une actrice de grand talent qui joue ses pièces à la Porte Saint-Martin et dont il est follement*

*épris. Mais il ne réussit pas plus à l'attendrir que les autres. Aurélie, Adrienne, Sylvie, trois femmes apparaissent tour à tour dans le conte ingénu. Les a-t-il aimées ? Il le croit. Mais Aurélie le détrompe. Ce n'est pas elles qu'il a aimées, ce sont ses rêves, ses pleurs, ses désespoirs, ses tendresses.. ce n'est même pas l'amour. Où donc est-il ? s'écrie alors Gérard. Pour des êtres comme lui, rien n'est sur terre, tout est au ciel, même la littérature, et c'est pourquoi ils écrivent si bien.*

*Quand un livre émeut, il tient éveillé ou à demi-éveillé. Je fus long à m'endormir. Le rêve, pas plus que l'action, ne peut se passer d'autrui. On ne rêve pas seul, on a des frères de rêve, des chefs de rêve aussi, dont on subit l'emprise, aux thèmes desquels on est soumis d'avance. Du Valois, cette nuit-là, par le chemin des aventures, je passai à mon Afrique natale. Où je suis né, sur le continent noir, il n'y a pas d'eaux douces ourlées de joncs ou d'osiers, il y a des marines, de l'eau salée, brillante. Des montagnes couvertes d'eucalyptus géants et de térébinthes s'affaissent presqu'à pic sur des plages de sable blanc où courent les fluorescences de l'iode. C'est sur ces plages que jeunes gens et jeunes filles s'ébattent, bras nus, pieds nus. Les filles ont les traits un peu forts. la peau hâlée par le sud et la mer ; leurs dents, leurs yeux, leurs cheveux ont plus d'éclat, leur esprit moins de nuances ; au coin des lèvres, au fond de leurs pupilles, pas de mélancolie, cette brume de l'âme. Aurélie, Adrienne, Sylvie, noms bien aimés qui ont transporté Gérard, très clairs timbres du Septentrion. Dans ma mémoire, ils mettaient en branle d'autres syllabes assonancées à la voix des sirènes, au chant des flots bleus.*

*Il n'y a pas trace de romantisme dans Sylvie. Aucune éloquence dans l'affabulation ou le style n'en gâte la simplicité. Une légère teinte de fantasque, à peine perceptible, qui sera très imitée par la suite, (je pense au Grand Maulnes, aux romans de Julien Green, etc...) en font l'authentique originalité. Le court récit m'était toujours apparu comme un des chef-d'œuvres de l'inspiration facile, du don d'écrire sans effort et sans recherche qui efface si heureusement la personnalité de l'écrivain et je le chérissais comme tel. Il n'en est rien, à ce qu'assure M.*

## VI

*Gauthier-Ferrières dans une récente étude. Sylvie a été écrite avec une peine extrême alors que Gérard se trouvait déjà dans la maison de santé du Docteur Dubois. Il faudrait donc se méfier des jugements littéraires si on ne s'en méfiait déjà. Mais qui croit encore à la critique transcendante et qui doute que juger en littérature, c'est parler avec son cœur des écricains qu'on admire et qu'on estime ?*

---

*Au début du siècle, Laurent Tailhade dénonça « le pays du mufle ». Ayant écrit Hélène, le plus pur sonnet des lettres françaises, le fier latin changea brusquement de manière. Gêné dans sa délicatesse foncière par la valetaille, il la prit à partie et la cribla de traits. Il ne pouvait supporter que la France devienne un pays de toc et de pacotille et que le ton fut donné à Paris par les parvenus. Il eût quelques sarcasmes qui prirent bien le vent, une gouaille qui fendit magistralement le flot. Mais à bout de nerfs, il ne fut plus maître de sa rhétorique et partit à la dérive, emporté par ses outrances sur les brisants d'une rive mortelle.*

*Perdu dans la rumeur parisienne, l'incident fit peu de bruit. L'alarme avait été donnée néanmoins. La France perdait de sa noblesse native et les gens de goût commençaient à s'en rendre compte. Il y eût vers la même époque et à la suite d'autres réactions mais dans des genres très différents. Taine, Barrès, Jules Lemaître, Bourget, Maurras, Bainville, firent croisade pour le retour aux traditions du passé. Les Français qui tenaient à la grandeur de leur patrie, qui ne désespéraient pas de son rôle historique jadis si éclatant, osaient à peine les lire, émus par les critiques acerbes qu'ils suscitaient. L'opinion publique, hélas ! déjà mélangée, avec une assurance folle, les représentait comme les contempteurs dangereux du progrès, comme volontairement et sadiquement aveugles aux rayons vermeils de la sociologie de l'avenir. L'atroce malentendu broyait les cœurs honnêtes.*

*Un écrivain domina la fin de la société écroulée à l'armistice, c'est Abel Bonnard. Cette société, il l'a abhorrée, en ayant mesuré tous les désordres et l'irréparable dé-*

*séquilibre, mais sans le dire. Contre la décadence de la noblesse, il lutta à sa manière, qui était de mettre celle-ci sur un piédestal. Tout est noble chez Abel Bonnard et noble instinctivement, son fond d'idées, les sujets traités, le style. Par tout l'être, il repousse la vulgarité, ce triste état si peu français. Pour ceux qui croyaient dans la France, il était un réconfort puissant, la leur montrant sous son jour favorable et vrai, celui de l'élégance, élégance des manières, des sentiments et de l'esprit. J'ai parlé tantôt des livres, des poudres d'or que certains déposent au fond de nos consciences, de leur décantation miraculeuse. Dans les temps troubles qui ont précédé la dernière guerre, les livres d'Abel Bonnard ont été pour beaucoup d'entre nous des toniques, des baumes énergiques, d'actifs principes de moralité, comme cet « onguent merveilleux » dont il parle quelque part, qui « rendait tous les blessés sains et gaillards ».*

*
**

*Peu d'écrivains ont employé autant que lui sans jamais lasser, du reste, le mot palais, que ce soit dans son sens propre ou figuré : palais de l'esprit, palais de l'imagination, palais de rêve, palais d'amour, palais de la vertu. Il a aimé d'un œil sensuel les vrais palais, surtout ceux de France et d'Italie, il les a visités avec enthousiasme, il les a décrits avec les mots de leurs art et de leur technique, de leurs matériaux aussi, de leur majesté ou de leur emphase ; il a rêvé d'un rêve ardent les palais fictifs, tantôt les élevant sur une cîme, les hissant jusqu'à l'azur pour en faire une image littéraire, tantôt les bâtissant dans une cuvette sur une basalte sombre et résistante pour en faire une allégorie philosophique. Une de ses premières œuvres s'appelle le Palais Palmacamini. Pour nous dire comment un jeune homme bien né, élevé par des femmes, « craignant tout sauf les périls », découvre l'amour, Abel Bonnard nous transporte en Italie, chez le prince Palmacamini, qui, sachant qu'on bouleverse la plus illustre capitale du monde, ne sort plus, « choye jalousement dans son cœur, comme un avare du passé, l'image de l'ancienne Rome, avec ses deux*

*ponts, ses couvents, ses vignes ». Horace de Chintreuil est reçu avec « l'aimable aisance des vieilles mœurs » par l'illustre vieillard qui lui montre et lui explique les magnificences du palais ou lui dépeint le temps où les sages avaient des « chambres tranquilles, pour y penser justement, où les amis conversaient à loisir dans de beaux jardins ». Les pièces rares des riches collections, les sages propos du vieillard émeuvent le jeune homme mais sans le détourner de ce qu'il cherche pour n'avoir pu le prendre encore. A la fin d'une courte intrigue, il le trouve et d'une façon charmante et inattendue et il sort du royaume étrange où il a acquis « sa nouvelle dignité d'homme », ébloui. La fugue à Ostie évoque avec force l'ivresse sensuelle du jeune homme, l'associe à celle de la nature, à celle des poètes du passé, et enchasse dans des pierreries superbes des maximes saisissantes : « La merveille de la vie est l'amour. L'amour est la seule liberté des hommes. L'âme est délivrée par des baisers ». On accède aux plus brutales réalités comme à un trésor caché par des sous-bois en sève, sous un ciel tamisé.*

*Par leur masse imposante, leurs reliefs en pierre, les palais séduisent Abel Bonnard, mais pour d'autres raisons aussi. Bien que destinés à un seul ou à une famille, ils sont édifiés avec les prestations d'un groupe, d'un clan, d'une clientèle, quelquefois avec leur conseil. Dans leur conception, il y a quelque chose de collectif. Quand le château-fort est menacé, les villageois s'y réfugient, car il a été aménagé pour défendre toute la région. Il y a dans les palais urbains des salles d'armes, de réception, de conseil, car c'est un peu la chose de la clientèle, son lieu de ralliement, l'emblême de son union. C'est si vrai que, quand le maître ou la famille disparaît, le palais devient naturellement un bâtiment d'Etat, l'abri d'un service public ; ainsi se retrouve sa destination primitive, le droit du maître n'ayant été que passager. Le palais participe de la gloire de la nation, de sa durée. La villa du commerçant enrichi conçue pour un seul homme, aussi grandiose et jolie qu'elle soit, est vendue par le marchand de biens à un autre commerçant enrichi. Les proportions du palais, les désirs, les goûts et la foi qui l'ont voulu, la grandeur qui y survit sans relâche, en font l'œuvre des*

*hommes et non de l'homme et lui confèrent un brevet de pérennité que n'a pas la villa, œuvre factice.*

*Abel Bonnard aime les palais parce qu'il a une conception aristocratique de l'humanité. Toute société ne lui est sensible que dans la perspective de ses hiérarchies, dans l'alignement de ses rangs. L'ensemble des hommes lui apparaît « comme une pyramide dont la matière devient plus précieuse, à mesure que la surface en est plus réduite, de sorte que, faite d'abord d'un métal grossier, elle n'est qu'or et diamant à la pointe où elle finit ». Les mots : dessus, dessous émaillent en abondance sa prose étincelante, surpris dans l'éclat de quelque métaphore insolite. « Portés au-dessus de leur propre vie, grand seigneur au-dessus des choses, des hommes qui se retrouvent au-dessus de leur destin », de pareilles expressions, comme des instruments d'idéale mesure, évoquent l'échelle fictive sur laquelle montent et descendent les hommes et qui gradue leurs vertus. Les mots : inférieur et supérieur sont non moins fréquents sous sa plume. Mais si le supérieur l'attire, s'il en parle avec délices, s'il lui dédie quelque haute et pure maxime ennoblie d'une image précieuse, il ne prête à l'inférieur qu'une indispensable attention. Par contraste, la matière n'apparaît dans son œuvre que comme un décor accessoire, tout au plus bon à fournir des comparaisons à l'artiste. En conclure que le plan moral existe seul pour lui, serait en donner une très fausse idée. Il a trop de raffinements dans le goût, trop de nuances dans l'esprit, pour être un rigoriste. Quand tant de choses relèvent l'homme, auxquelles il est sincèrement attaché, la vertu ne saurait être à ses yeux l'unique critère du mérite. Sous de multiples angles, il est trop averti pour se laisser prendre aux mythes de la vertu, il sait qu'il faut en secouer de temps à autre les légendes, qu'il est sage sinon nécessaire de l'envisager par rapport aux espaces et aux époques si l'on veut sainement en apprécier les effets.*

*L'idéal moral est un signe d'aristocratie. Mais il n'y a pas que lui. Comment concevoir une élite sans intelligence? La grandeur d'une conception postule l'intelligence comme la platitude en accuse l'absence. Dès qu'une société manque d'intelligence, elle abdique toute suprématie, elle*

*tend à devenir un instrument. A supposer que l'intelligence ait des faiblesses, cela peut nuire à l'exécution de ses projets mais sans rien ôter de leur justesse et de leur dimension. La brume peut cacher la coupe de granit rose qui abrite un lac de montagne, un orage en troubler la surface limpide, mais l'eau solitaire recouvre très vite sa rose transparence, comme l'intelligence reprend ses droits, son pacte inné avec la grandeur. Lesseps représente l'intelligence trahie. Bien que compromises par les appétits des financiers, ses conceptions inaugurent la plus durable des légendes.*

*Non moins que l'intelligence, l'art a sa place dans une société noble. Et pourtant les artistes ne péchent pas par excès de vertu. Par état, ils rompent avec les préjugés, ils s'adonnent à la fantaisie. Ils aiment l'espace incivilisé où tout est à l'envers, où chacun trace sa voie suivant son caprice, la bohême. Mais contre la stérile bassesse ils sont protégés par leur idéal, par la primauté de leur penchant sur leurs intérêts, par la folle surenchère qu'ils ajoutent au plus insignifiant de leur songe. Quel pharisien sacrilège oserait rayer des lettres françaises les noms de Baudelaire, Verlaine et Rimbaud, ces « voyous de génie ! » Chez eux, maligne Subversion, le blasphème a des arômes d'oraison, l'infernal le front du divin. Arrivé aux confins d'une certaine perfection, qui est proprement la sienne, l'artiste est au-dessus de la morale, porté par ses mystiques visions du fini à l'infini, cette zone d'ardente lumière et de folie où plus rien ne se démontre.*

*La société pyramidale rêvée plus haut, ne rejettera même pas l'expérience. Celle-ci, il est difficile de l'acquérir en restant dans les voies régulières. Qui ne s'est pas frotté au pire, se fait une fausse idée du meilleur. Peut-il se dire voyageur celui qui n'a connu que les sleepings, à qui les fondrières de la piste ont été épargnées ? Qui n'a pas plongé dans certains milieux, n'a pas été mêlé à certaines expériences, n'a pas cotoyé certaines compromissions, n'a qu'une expérience de vie rose. La vie « dangereuse », celle qui enseigne, comporte des rudesses à quoi il faut s'être frotté, des pestilences qu'il faut avoir*

*surmontées, si l'on veut s'élever au-dessus de la naïveté des goûts simples et de leur bonhommie sucrée.*

*Evidemment, intelligence, art, expérience, ces éléments n'ont place dans une société hiérarchisée qu'autant qu'ils sont capables de l'enrichir, qu'ils rejoignent une certaine noblesse. Abel Bonnard conçoit l'élan des sociétés comme une constante ascension vers le mieux, une sourde irritation contre la moyenne stagnante.*

*Il y a peu d'écrivains français qui n'aient un penchant moraliste. Abel Bonnard n'échappe pas à la règle. C'est que la morale est au centre de la condition humaine, qu'elle en explique tous les ressorts. L'homme n'est pas libre de ses expériences, la nature pèse sur lui du poids de toutes les lois physiques, sa physiologie le prédétermine fâcheusement. Fixer la part du limité dans l'homme et la part de l'illimité, pour lui permettre d'aller jusqu'au bout du limité, c'est à ce calcul, le plus passionnant de tous, que se livre plus ou moins consciemment la science morale depuis sa genèse. Le feu dévorant que certains philosophes ont mis dans cette arithmétique mouvante en souligne l'importance. Nietzehe n'y a-t-il pas laissé sa raison ? Abel Bonnard est parmi ceux qui ont cherché la solution avec le plus de fougue, mais avec une fougue de latin, et c'est ce qui donne à la fois tant de force et de grâce à sa tentative. De l'illustre allemand, il se rapproche par la franchise, par la haute intégrité avec lesquelles il dispose ses chiffres, mais il est moins excessif, moins pessimiste. D'hérédité et de tradition chrétienne, il n'a pas pu penser au delà du mal, mais il a pensé au delà du bien avec l'absolu et le courage du visionnaire.*

*
**

*Le sujet n'est à peu près rien, la personnalité de l'écrivain est à peu près tout dans un livre. C'est tout au plus s'il y a des affinités entre le sujet et l'auteur. Il faut toute la balourdise du lecteur moyen pour croire à l'importance du sujet en littérature, toute l'ingéniosité des journalistes pour entretenir le mythe de l'actualité. Ou, en d'autres termes, l'importance du sujet ne se pose que pour les auteurs médiocres.*

## XII

*Comme toutes les fortes natures, Abel Bonnard ne se plait que dans le normal, j'allais dire l'éternel, et c'est ce qui explique qu'il n'ait traité que des sujets d'inspiration courante. Il a publié deux romans : la « Vie et l'Amour » et « Le Palais Palmacamini », qui sont des oasis de fraîcheur, des paysages de verte tendresse. Il a écrit des livres de voyage, en Chine, au Maroc, Océan et Brésil, d'un exotisme écarlate, comme pâmés au fond de la couleur et de l'arôme des mots. Il a abordé la biographie avec Saint François d'Assises et la vie amoureuse de Stendhal. Il a traité des sujets de psychologie pure comme l'Enfance, l'Amitié, l'Argent, et d'histoire politique comme le Drame du Présent. Par la diversité de son goût, il se rattache au type de l'écrivain universel, que tout intéresse, dont l'appétit s'aiguise à tous les problèmes un peu graves. A part les sciences, il est très informé du mouvement des idées, que ce soit dans les arts, les lettres ou la politique. Mais, dominé par la passion du style, il limite volontairement ses horizons, il ne s'accorde pas toute l'ampleur qu'il pourrait. Ses œuvres sont comme autant de médailles d'une somptuosité raffinée qui, par le fini et le brillant de l'exécution, sont dignes de figurer dans les vitrines composées avec le goût le plus sévère.*

*« Saint François d'Assise » est un joyau vivant. Il a toutes les perfections que peut prendre un métal précieux entre les mains d'un artiste et, en même temps, sous ses mordorures, on distingue un souffle, on entend les battements d'un pouls. L'ornement est irradié d'une telle sensibilité qu'il dégage une âme. C'est une œuvre aisée, chaude, palpitante, pleine d'une décence insigne. Sur un fond d'idées sages et nobles, passent les détails excentriques de la vie du Saint, excentriques à force d'être surhumains. J'ai déjà dit l'impression profonde faite sur moi par ce livre (v. «Echo du Maroc» du 12 décembre 1938). Bien différente par le sujet et la facture est la « Vie Amoureuse d'Henri Beyle ». De tout autre que l'auteur, pour expliquer un tel contraste, on penserait qu'il a voulu éprouver sa virtuosité, voir jusqu'où pouvait atteindre son art des nuances, jusqu'où pouvaient plonger les antennes de sa curiosité. Mais sa maîtrise le met au-dessus d'un calcul aussi compliqué. Autant, chez lui, les discipli-*

*nes sont constantes dans l'exécution, autant la liberté, l'aptitude à goûter l'instant, un goût marqué pour les hauts vents, semble dominer son caractère. Il a écrit la « Vie Amoureuse de Beyle » par plaisir, par affinité très chère, parce qu'il « passe pour lui du plus tendre amour à la plus chère admiration » comme dit Stendhal pour Shakespeare. Non, ce n'est pas le sujet qui a de l'importance en littérature, combien compte plus l'amour qu'on lui porte.*

*De Saint François, il est tenu un peu loin par le respect, il en parle comme d'un personnage inaccessible, hors de l'ordre commun, avec lequel il n'a aucun rapport sensible ; de là l'objectivité auguste du récit, son tour presque hagiographique si ce n'était la noble familiarité qui réchauffe toutes ses œuvres. Avec Stendhal, combien il est plus à l'aise ! sa personnalité transperce à travers le récit, par instants, il se trahit, il s'épanche presque et, sous cette impression, il écrit le plus personnel de ses livres. A son insu, son cher grand homme l'influence, le subjugue, le force à une communion inattendue qui va jusqu'à une délicieuse imitation. Pour parler de lui plus librement, il dépouille son style, il l'éteint, il lui lâche une rêne jusque là un peu haute. Le ton lui-même descend d'un degré car il y a chez Stendhal des côtés pittoresques, des saillies incongrues, des tocades passagères de bohémianisme, qui nécessitent une touche plus légère. Le plan, l'enchaînement des idées, le train du récit sont aussi moins tendus. Ce n'est pas que la délicieuse biographie manque de charpente, mais c'est une charpente plus grâcieuse, conçue avec plus d'abandon, avec plus de cordialité.*

*Jamais Stendhal n'a été mieux compris. Je ne sais absolument rien d'Abel Bonnard, pas le plus petit trait de caractère, mais je m'imagine, sans autre indice que l'attentive lecture de ses œuvres, qu'il a de nombreuses ressemblances avec son modèle. L'absence d'ambition de Stendhal, qui lui a épargné bien des bassesses, il me semble la déchiffrer dans son peintre très prude. Si ce dernier ne va pas jusqu'à s'amuser ouvertement de soi, ce plaisir supérieur du subtil grenoblois, l'imperceptible ironie répandue sur son œuvre accuse une heureuse tendance au dédoublement. Cette timidité foncière de Stendhal, sous*

*laquelle s'abritent toutes les rêveries d'une sensibilité folle, n'est-ce pas sa réplique que reflète l'idéal forcéné de son biographe, l'arbitraire adorable de certains de ses propos ? Et cette discrétion d'amoureux chevaleresque, « incroyable, folle », ne la retrouve-t-on pas plus élargie, presque générale, chez Abel Bonnard, incapable du moindre argument de personne, si ménager de l'amour propre et de l'intimité d'autrui. Il y a comme une vague complicité du peintre pour le modèle qui donne au portrait une touche très véridique et qui explique l'impression de double vie qu'il donne. A l'arrière plan de Stendhal, on croit entrevoir la frange de son frère en délicatesse, on croit entendre la musique intérieure de son fervent admirateur.*

*Abel Bonnard n'est pas moins à son aise dans les sujets abstraits, qui surexcitent à merveille les ressources de sa rhétorique. On peut expliquer clairement sinon avec élégance toutes les idées, mais quand il s'agit des sentiments, la gamme est si vaste et comporte des ténuités telles que les mots sont souvent rebelles. Les mots, cette masse si lourde à certains, entre ses mains expertes, deviennent une argile enchantée, épuisent toutes leurs finesses sous son fluide ensorcelleur, obéissent aux moindres inflexions de sa sensibilité. Le verbe a ses miracles et on y croit en lisant l' « Amitié », cette étude psychologique à la fois si relevée par l'écriture et si pénétrante par l'analyse. Le miracle consiste à avoir donné à une infinité de nuances d'un ordre abstrait une couleur aussi éclatante, une facture aussi aimable qu'à un paysage ou à un objet d'art. L'amité dans ses rapports les plus variés, avec la condition humaine, l'âge, le sexe, est étudiée selon ses affinités et ses nostalgies. Tous ses degrés, depuis l'amitié tempérée jusqu'à l'amitié ardente, sont examinés et dépeints avec une minutie très exacte. La qualité des personnes entre qui l'amitié se noue tient une grande part dans la complexité de ce sentiment, aussi l'auteur pince-t-il toutes les cordes de cette harpe compliquée ? il distingue les simples habitudes, les alliances passagères, les commerces entre médiocres, l'amitié du grand homme, les unions magnifiques entre hommes supérieurs. Et au-dessus de tout il distingue le ciel étoilé de l'amitié, d'une amitié qui est à tout le monde et à personne, l'amitié des bienfai-*

*teurs de l'humanité, l'amitié des gloires posthumes. Sous une pluie de méthaphores et d'images, le beau sentiment livre ses secrets, laisse entendre les pulsations les plus sourdes de son cœur. Sincère, l'auteur nous confie en finale analyse comment le solitaire peut se passer d'amitié en atteignant « l'art supérieur de tout négliger en restant capable de tout accueillir ».*

*
**

*Sans le vouloir, j'ai fait en passant de nombreuses allusions au style d'Abel Bonnard. C'est qu'il est difficile de détacher un grand écrivain de son style. Il fait corps avec lui-même comme la peau avec la chair. Peut-être est-ce encore plus vrai d'Abel Bonnard que d'un autre ? Chez lui, le sens idéologique et le sens artistique se mêlent dans une proportion si harmonieuse qu'il est impossible de les distinguer. On ne saurait faire allusion à ses idées sans faire allusion à son style et, à l'inverse, on ne saurait faire allusion à son style sans faire allusion à ses idées.*

*Pendant longtemps, la critique a distingué les écrivains d'idées et les écrivains d'images ou, selon une terminologie plus pédante et moins claire, les écrivains idéo-émotifs et les écrivains sensuels. Abel Bonnard a le privilège de ne pouvoir être classé dans aucune des deux catégories, d'être à la fois un écrivain d'idées et un écrivain d'images. Il est un penseur très affiné et un non moins exceptionnel artiste de style. Nous l'avons entrevu plus haut donner aux idées abstraites une allure concrète en les enveloppant dans quelque comparaison scintillante ou en les plongeant dans la blanche phosphorescence d'une image visuelle. La conduite et la disposition de la pensée remarquables chez lui sont à base de sensations, se lient constamment à des souvenirs de l'œil et de l'oreille. Le monde extérieur avec ses couleurs, ses formes, sa grâce mouvante vient se mêler à son monde intérieur, à sa pensée, à ses associations d'idées, monde incolore, froid, austère, comme pour l'éclairer. Enlevez les images et l'émotion de l' « Amitié »,*

***paysage choisi***
***à l'univers des lettres,***

*et vous n'aurez plus qu'une très savante et extraordinaire dissertation. A l'abstrait, il communique l'éclat du concret et, à l'inverse, il insuffle au concret un peu de l'âpre gravité de l'abstrait, un peu de son charme psychique. Si nous l'étudions moins sommairement, nous montrerions comment, avec une égale aisance, il donne à ses descriptions. à ses peintures, à ses tableaux de la nature, à son style narratif, en somme, une aura spirituelle, avec quel art il le charge d'un peu de pensée. Trop concret, le style finit par lasser, comme un album d'images en couleur, sans notice, sans la moindre légende. Une allusion philosophique, une remarque psychologique, un souvenir d'histoire et le paysage est moins monotonement vert, le plan trop systématique des formes est caressé par le rayon d'une allégorie, la tendre haleine d'une notion. Alors, la mer n'est pas seulement « salubre, libre et guerrière », c'est aussi « la mer d'Ulysse, la mer d'Aphrodite, la mer de Circé ».*

*Pour lui, alchimiste aux longues manches, concret et abstrait*

*sont deux étoiles sur la mer,*

*dont il amalgame les argenteries flottantes avec une tranquille audace.*

*
**

*Où ai-je connu Abel Bonnard ? Pas au sortir du théâtre, mais à l'époque récente où « jamais la politique ne pressait autant les français ». C'était vers* 1936. *Des articles de lui paraissaient dans les journaux d'opinion. Comme un demi siècle plus tôt, Jules Lemaître, il avait sacrifié ses livres, son beau métier d'écrivain, à la lutte. Sa lucidité politique m'éblouit d'un seul coup. Le compte exact de notre doit et avoir était établi par le plus précis des comptables, la conscience nationale était scrutée par le plus perspicace des psychologues. Le goût du vrai, le sens de l'histoire française, l'imagination créatrice l'incitaient à donner les conseils les plus judicieux, les remèdes les plus appropriés. Etait-ce assez tôt ? Je ne crois pas. Nos*

*faiblesses remontaient à un trop lointain passé et nous déterminaient comme une véritable loi physique, inéluctables. Sans doute la croyance dans les miracles est une force, et non négligeable, mais elle n'est pas tout. Néanmoins, ses avis motivés créaient un coin d'air salubre, ses convictions relevées de pudeur et d'un très ferme tact entraînaient. L'attaque personnelle, l'affreuse prise à partie n'entachaient aucune de ses critiques. En* 1938, *parurent les « Modérés », chef-d'œuvre de clairvoyance où il ramène tout à d'exactes proportions, les hommes, les choses, les réputations, les idées, les intérêts, l'histoire, où il dénonce tous les alibis, dissipe tous les mensonges, éclaire toutes les duperies, sans l'ombre de la moindre acrimonie personnelle ou de la plus légère bravade. Hélas! ce beau livre de raison où dans la forme la plus passionnante l'expérience de la vie politique atteint le plus haut degré, n'eut pas le succès qu'il méritait et qui eût été opportun.*

*Au cours de ces impressions, je n'ai pas dit qu'Abel Bonnard était poète, mais j'y ai constamment pensé. Il a commencé dans les lettres par des livres de poésie : Les Familiers, les Royautés, etc... Je parlais d'un poète et je le savais, car sans cela je me le serais bien mal expliqué à moi-même, j'aurais bien mal saisi l'origine de mon enthousiasme. Pour communiquer certains états, il faut être poète. Il faut être soi-même au-dessus des contingences communes pour élever autrui, au-dessus de ses intérêts personnels pour l'initier aux fastes de l'intérêt général. Mais c'est précisément parce que le poète ne se trouve jamais à la place que lui assigne son destin, qu'il le dépasse de tout l'arc en ciel de son imagination, qu'il mérite ce nom. Essentiellement, le poète est un être épris d'éternité, en lutte sourde contre l'oubli, ne souriant qu'aux présages de l'immortalité, ne souhaitant qu'une entrée,*

*...l'entrée au temple de mémoire.*

*Jamais l'affreuse nuit ne le prend tout entier car il n'accepte pas la commune mesure de la fosse et du néant. Aspirant avec force au midi de la renommée, le poète élu et comblé ne cesse de s'augmenter et partant de se sur-*

*monter. C'est un surhomme. Rémy de Gourmont, penseur original et puissant, mais qui a eu tort de penser par delà sa patrie et sa religion, partage l'espèce animale, douée de raison ou non, en deux catégories, les vertébrés et les invertébrés, c'est-à-dire les animaux qui résistent et ceux qui succombent. Abel Bonnard est un vertébré d'espèce aristocratique, à la souple épine dorsale de jongleur sacré; non content de s'être acquis les titres les plus enviables à la postérité, il veut que sa patrie résiste, vive, reprenne sa course au zénith. Aidons-le et comme lui :*

*Obéissons au sang qui coule dans nos veines.*

***Octave PESLE.***

# LA JUDICATURE, LA PROCÉDURE, LES PREUVES DANS L'ISLAM MALÉKITE

Il ne suffit pas de dire ce qui est juste, il faut encore que « le juste soit fort », il faut que force reste au juste ou ce qui est supposé en être l'expression, la loi. Pour cela, il faut que la loi soit sanctionnée. C'est pourquoi on trouve dans toutes les législations un ensemble d'institutions destinées à empêcher que la loi reste lettre morte, à assurer le respect des droits que chaque individu tient d'elle. Notre but, ici, est d'étudier ces institutions dans l'Islam malékite.

En Islam, la sanction de la loi s'obtient par le concours de trois sortes d'institutions :

1° l'organisation judiciaire qui suppose une autorité chargée d'appliquer la loi aux contestations qui lui sont soumises et de faire exécuter ses décisions ;

2° la procédure ou ensemble de règles destinées à fixer la marche des procès devant l'autorité judiciaire ;

3° les modes de preuve, c'est-à-dire les moyens auxquels les particuliers doivent recourir pour prouver leurs droits et leur faire produire leurs effets.

*
**

Ces institutions sont étudiées dans les traités de rite malékite sous une même rubrique intituée : « Des jugements et des preuves » (في الاقضية والشهادات).

On sait qu'il n'en est pas de même dans la législation française. La partie du droit concernant l'organisation judiciaire n'est pas codifiée. On la trouve éparpillée dans un certain nombre de lois, décrets et ordonnances : décret des 16-24 août 1790, loi du 20 avril 1810, loi du 30 août 1883, modifiée elle-même par plusieurs lois et décrets, loi du 28 avril 1919. La procédure est exposée dans le Code de Procédure Civile. C'est le Code Civil qui traite des preuves (Art. 1315 et suivants).

On a regretté que ces institutions ne forment pas une seule matière, qu'elle n'aient pas été embrassées d'un même coup d'œil. Il y a une connexité évidente entre l'organisation judiciaire et la procédure, entre le juge et les règles qu'il applique. Pourquoi, dès lors, en vue de mieux lier les rapports, en vue d'obtenir une plus intime harmonie, ne pas avoir présenté les règles de l'une et l'autre institution dans un même corps législatif ? Beaucoup de bons esprits déplorent que les preuves soient étudiées dans le Code Civil et leur assignent comme place logique le Code de Procédure Civile. C'est, en effet, le plus souvent, au cours des débats judiciaires que les preuves sont utilisées, alors que les actes où la preuve n'est pas concomitante à un procès sont assez rares (mariage, etc...). Bref, on s'explique assez mal les intervalles laissés entre ces institutions après avoir constaté qu'elles concourent au même but, qui est de résoudre les confits d'intérêt entre particuliers, qui est de juger.

Ces regrets sont-ils fondés ? Je ne crois pas. La loi française n'a fait ici que suivre son penchant pour la dissociation des idées qui, tant s'en faut, ne présente pas que des inconvénients. On s'en convaincra en la comparant au penchant si diamétralement opposé de la loi musulmane qui, elle, est tout affinité pour leur agrégation. On saisira en même temps sur le vif quelques-unes des différences profondes qui séparent les deux lois. Pour rendre les idées plus claires, la loi française les sépare, les découpe, les aère; la loi musulmane les cimente, en faisant un bloc. Dissociée, la loi française se laisse plus facilement contourner par l'esprit, l'œil circule plus à l'aise à travers les allées. Unifiée, la loi musulmane est moins accessible, plus secrète ; même de ses pratiquants les mieux doués, elle exige

un rude effort de compréhension. La loi française se prête aux rctouches, est remaniable et, partant, variable. La loi musulmane est défendue contre les caprices des juristes ou leur versatilité par sa masse lisse et tend ainsi à la constance ; elle est presque intangible.

*
**

Cette étude est divisée en trois livres :
un premier livre consacré à l'organisation judiciaire ;
un deuxième à la procédure ;
un troisième aux preuves.

# LIVRE PREMIER

## L'ORGANISATION JUDICIAIRE DE L'ISLAM

Il y a une organisation judiciaire classique des pays d'Islam. C'est celle que nous allons exposer. Sans doute, est-elle plus idéale que réelle ? Elle supposerait, pour être réelle, qu'il y a encore des pays musulmans pleinement soumis aux règles du droit public orthodoxe, ce qui n'est pas. Peu ou prou, depuis près d'un siècle, les divers Etats musulmans ont subi des dominations étrangères et une organisation judiciaire étrangère s'est superposée à la leur, ou bien ont été soumis à des influences étrangères et leur organisation propre s'est altérée. S'agissant de la première hypothèse, on pense aux Indes Néerlandaises, aux Indes, à l'Afrique du Nord et à la Tripolitaine; s'agissant de la deuxième, on pense à l'Egypte et à la Turquie.

Pourtant, le droit public musulman a moins pâti qu'on pourrait croire au contact de la pensée étrangère. C'est qu'il incline à l'éternel, c'est qu'il puise à des sources intarissables. Ces sources, le Coran et la Sounna, sont d'origine révélée. Elles inspirent un profond respect aux Musulmans qui, sous aucun prétexte, ne s'en laissent écarter. Leur caractère religieux n'en impose pas moins aux puissances protectrices qui les ont à peine troublées. Si dans chaque système politique il y a quelque chose de permanent, combien plus accusé encore est le penchant conservateur dans les systèmes issus d'une révélation !

Ce n'est donc pas une page d'histoire qu'on écrit en exposant la théorie classique de l'organisation judiciaire en pays d'Islam. Ce n'est pas non plus une page d'actua-

lité. Mais rarement l'actualité n'est restée aussi proche de l'histoire, l'histoire n'a été plus présente dans l'actualité. Pour mieux nous expliquer, comparons en quelques mots le régime politique et le régime religieux de la France au cours des siècles. Entre les méthodes de gouvernement des premiers rois et celles des derniers chefs de la Troisième République, quelle différence ? Si ce n'est que l'esprit général de la nation a sans doute peu varié, comment reconnaître dans les dernières institutions de la France quelque chose des premières. Le bouleversement est total. « Ceci a tué cela ». L'organisation religieuse, elle, n'a subi qu'un changement notoire. L'Eglise a perdu ses pouvoirs judiciaires, mais la hiérarchie de son personnel, ses services, sa discipline sont à peu près les mêmes. On continue à reconnaître ceci dans cela. Bref, pour revenir à notre sujet, l'organisation judiciaire classique des pays d'Islam domine encore très efficacement leur organisation actuelle, la pénètre de sa sève, l'iradie de sa vie. C'est le même arbre mais qu'on a taillé d'une façon un peu différente sous l'empire de la nécessité. Il n'y a qu'en Turquie où la taille correspond à un goût nouveau, est inspirée par une révolution.

Pour bien comprendre l'organisation judiciaire des pays musulmans, il faut ne pas perdre de vue que l'Islam est une théocratie. Cette espèce de gouvernement a été assez peu étudiée et est assez mal connue. Montesquieu ne la considère pas comme une espèce distincte et semble la confondre avec l'espèce despotique. En traitant de la nature de l'Etat despotique, il fait sans cesse allusion aux princes d'Orient, à leurs « vizirs », à leurs « bachas », à leur sérail, comme si, dans son esprit, théocratie et despotisme étaient synonymes (Esprit des Lois, Livre II, Ch. V - Livre III, Ch. IX). Plus loin, quand il expose les lois relatives au gouvernement despotique (Esprit des Lois, Livre V, Ch. XIV), il n'indique pas la loi divine. Quand il parle du ressort du gouvernement despotique (Esprit des Lois, Livre V, Ch. XIV), il indique la crainte mais non la foi. Or le gouvernement théocratique est le gouvernement de Dieu, la loi d'un tel gouvernement est la loi de Dieu. Comment donc Montesquieu pourrait-il dire des choses exactes sur la théocratie alors qu'il en parle en termes si peu précis et qu'il n'en discerne même pas les principaux caractères ?

La théocratie a suscité peu de sympathie. C'est que beaucoup d'auteurs, comme Proudhon, voient dans cette espèce de gouvernement « la source du pouvoir absolu ». Lamartine a été particulièrement dur pour elle : « Je déteste « la théocratie, parce qu'elle revendique la tyrannie au nom « de Dieu et qu'elle la perpétue en la sacrant. » Supportable en Orient où elle est née, elle choque l'Occident. Pour l'Occident, c'est une espèce périmée, transitoire. Son seul mérite est de faciliter le passage de la vie errante à la vie sédentaire, condition indispensable de la civilisation. Mais une fois cette œuvre accomplie, elle doit disparaître si on ne veut pas voir s'obscurcir chez les peuples qui y sont soumis les plus belles facultés de l'esprit. « Le manque ab- « solu de liberté, d'initiative, de personnalité affaiblit les « caractères et amène à la suite de ces maux des maux « plus grands encore et qui en sont la conséquence, la « paresse, la misère, la dégradation morale. » (P. Larousse, Dictionnaire du XIX^e^ siècle, T. 15, p. 77.) Ce tableau est poussé au noir. Sans doute en soumettant l'homme à un certain nombre de prescriptions immuables, la théocratie diminue en lui le sentiment de l'indépendance mais n'est-il pas outré de dire qu'elle l'abêtit, l'appauvrit et le dégrade. Qui niera, par ailleurs, que ces prescriptions s'inspirent du bien de l'homme, qu'elles aient en vue d'assurer son équilibre physique et moral et que par là leur tyrannie est bienfaisante. Que l'homme s'améliore par lui-même ou sous l'action des commandements de Dieu, le but atteint est le même ; seuls les moyens diffèrent. En définitive, dans ce procès de la théocratie, il faut surtout voir une réaction de l'Occident, une forme de sa passion pour la liberté et l'égalité. Quant à la vue tirée de la biologie, à savoir que la théocratie assure la transition entre la vie nomade et la vie sédentaire et que ce soit là son seul mérite, elle semble assez peu exacte. Déjà contestable dans le monde animal, le transformisme l'est beaucoup plus dans le monde moral. Il y a des millénaires qu'à part de courts intervalles, l'Egypte est adonnée à des théocraties diverses et qu'elle occupe dans le monde une place qui n'est pas inférieure à celle que lui assignent les ressources de ses territoires et les vertus de ses habitants.

A la vérité, quand on s'est intéressé à la théocratie on

en connaissait très mal un des modèles les plus expressifs, l'Islam. Ce sont surtout les théocraties anciennes, hindoue, mazdéenne, égyptienne, restées assez obscures, qui ont alimenté les réflexions des historiens et des philosophes. Quand par hasard ceux-ci font allusion à l'Islam, c'est à un Islam très conventionnel, à quelques traits très superficiels entrevus par des voyageurs comme Ricard et Chardin. On n'a guère de bons documents sur l'Islam que depuis un demi-siècle. Qu'en penser avant qu'aient paru les travaux d'Ostrorog, de Fagnan, de Sunck-Hurgronge, de Goldziher ? Depuis, l'Islam n'étant pas compris dans le cycle des études secondaires, sa connaissance demeure l'apanage de quelques spécialistes. Jamais l'énorme système n'a été mis à la portée de la masse.

Les états musulmans sont gouvernés par Allah, le dieu révélé par Mahomet. Sur terre, Allah a un représentant unique, le khalif (خليفة) ou successeur, qu'on appelle aussi l'imam (إمام) ou directeur parce que c'est lui qui dirige la prière, ou encore sultan (سلطان) ou prince des croyants (امير المومنين). Nous emploierons l'expression imam, qui est la plus répandue et celle qui résume le mieux le rôle du personnage qu'elle désigne. L'imam qui remplace le Prophète sur terre a une double mission : « Défendre la Foi et gouverner ce monde. » Il la remplit en déléguant ses pouvoirs temporels à un Vizir (Vizir de délégation ou Vizir d'exécution) qui les délègue lui-même à d'autres fonctionnaires (pachas et caïds) et en déléguant ses pouvoirs spirituels aux cadis. Ce qui frappe dans ce système, c'est son extrême simplicité, c'est le nombre infime de fonctionnaires entre lesquels se partagent le gouvernement et l'administration du pays. La loi étant révélée, il n'y a pas de corps législatif. Réduites en un très petit nombre de mains, les responsabilités s'établissent facilement. Ce n'est pas comme dans les Etats surchargés de conseils anonymes. D'où l'inutilité d'organismes de contrôle. Les dépenses en personnel sont très réduites. D'énormes pouvoirs étant concentrés sur quelques têtes, gouvernement et gouvernés con-

muniquent entre eux sans peine. La souplesse s'unit ainsi à la simplicité.

Le grand ressort d'un tel système est la foi. Il postule la croyance dans l'origine divine de la loi et de l'autorité gouvernementale. Cette croyance, c'est Mahomet qui l'a répandue et l'a fait accepter par les premiers adeptes de l'Islam, les Arabes, (O croyants, obéissez à Dieu, obéissez au Prophète et aux Chefs que vous vous serez donnés. Coran, Trad. Pesle et Tidjani. Sourate des Femmes, p. 52, vers. 58). Depuis, elle a été acceptée par tous les peuples qui ont embrassé l'Islam. En se soumettant à la loi (شرع) et à l'autorité gouvernementale, c'est à Dieu que les Musulmans se soumettent, car l'une et l'autre émanent de lui. Quand l'imam et ses délégués permettent et défendent certaines choses, ce n'est pas en leur propre nom, pour en avoir apprécié eux-mêmes la bonté ou la nocivité, c'est parce que Dieu les a permises ou défendues. Il y a donc bien un pouvoir absolu en Islam mais ce pouvoir n'est pas celui d'un homme, c'est le pouvoir de Dieu, d'Allah. Sans doute, les Musulmans, comme ils le proclament eux-mêmes, sont des esclaves, mais ce sont les esclaves de Dieu (عباد الله) et non les esclaves d'un maître (ربوبية). Ainsi s'explique le mot très connu : « Nous, Musulmans, ne reconnaissons « point de maîtres parmi nous, hormis Dieu. » (Bidhaoui, I-211).

On ne saurait appeler despotisme l'emprise de Dieu sur les hommes. Qu'on compare le prince despote, tel que le décrit Montesquieu (Esprit des Lois, L. V, Ch. XIV, p. 57) et Allah, tel qu'il apparaît dans le Coran, on ne franchira pas seulement le seuil d'une belle antithèse, on mettra en évidence les effets d'une grave erreur. « Un tel prince a « tant de défauts, dit Montesquieu, qu'il faudrait craindre « d'exposer au grand jour sa stupidité naturelle. » Allah, au contraire, c'est la perfection morale, c'est la sagesse souveraine, c'est l'omniscience, c'est la toute puissance, c'est l'Etre qui possède l'attribut des attributs, celui de déterminer le bien et le mal. Croire en Dieu, c'est avant tout distinguer le bien et le mal selon lui et non selon soi. L'homme

n'est qu'ignorance. Pour ne pas nuire à ses semblables, pour ne pas commettre d'injustice, il a besoin d'un guide et il ne saurait en avoir de meilleur qu'Allah. Autre chose est de subir la tyrannie d'un prince et d'entretenir malgré soi l'éclat de sa niaise et coûteuse étiquette et autre chose est de subir la tyrannie d'Allah, de se soumettre à ses prescriptions, de confesser la foi, de prier, de jeûner, de se purifier, de faire l'aumône, de faire le pèlerinage, de faire la guerre sainte. D'un côté, une tyrannie qui impose les caprices d'un égoïsme sans contrôle, de l'autre une tyrannie qui incline aux actes méritoires et à l'état de grâce, d'un côté une tyrannie concrétisée par un personnage sans noblesse, de l'autre une tyrannie invisible, d'un côté une tyrannie qui pousse au désespoir et aux luttes fratricides, de l'autre une tyrannie qui crée la paix entre les croyants. A la vérité, il n'y a aucune commune mesure entre l'un et l'autre de ces états.

Pour être impartial, il faut indiquer que le despote ne correspond pas fatalement au type dépeint par Montesquieu. On peut aussi bien concevoir un despote usant de l'absolutisme pour le bien de ses sujets, et on obtiendrait un personnage enchanteur. Réciproquement, une tyrannie divine peut s'adresser à de tièdes croyants ou, pire encore, à des hypocrites. La simulation produit les plus funestes effets dans les régimes autoritaires. Sans une foi zélée, un gouvernement théocratique risque de verser dans la pire des déliquescences, ses sujets se plaisant plus aux apparences qu'à la certitude. L'Islam le montre. En pleine ferveur, la forte religion conquiert un vaste empire, puis, revenant à la lettre, elle tombe dans un dolent quiétisme.

Sur le plan matériel, la théocratie semble moins bien exposée à la réussite que les autres espèces de gouvernement. Une tendance à la piété, au recueillement, un excès de vie intérieure la préparent assez mal à la recherche et à l'exploitation des richesses. Sur ce point il est possible qu'il y ait infériorité de la théocratie, bien que cette infériorité ne lui soit pas nécessairement attachée. Mais, sur le plan moral, elle supporte la comparaison avec toutes les autres espèces. Modérée par la crainte de Dieu, rattachée à Lui par l'observation de ses commandements, res-

pectant les droits du peuple, non dans le peuple qui les ignore mais dans la justice divine qui les a fixés, elle se présente comme la conception la plus propre au gouvernement des âmes. Par son union constante avec Dieu, elle participe de son éternité. Chez les peuples, en qui la foi demeure, même quand elle a perdu de sa rigueur, elle s'inscrit d'une façon étonnante dans la continuité de l'histoire. Elle a la fixité d'une religion. Comme le Pape est le successeur de Saint Pierre, l'imam en Islam est le successeur de Mahomet. La présence d'Allah sur terre est assurée par son ministre qui l'incarne, applique sa loi, dirige sa prière et ainsi donne à ses desseins sur le monde un enchaînement jamais rompu. Pour qui aime les institutions bien assises qu'approuve une longue série de siècles, que ne cesse d'agrandir la durée, même quand elles n'ont pas le consentement de tous, la théocratie apparaît comme un refuge vénérable au milieu de la diversité et de la dispersion des tentatives humaines. S'il est vrai que la sagesse politique consiste, selon le mot de Bossuet, « à demeurer « dans l'état où un long temps a accoutumé le peuple », l'immobilité de la théocratie ne la condamne pas. Car, qu'on y prenne garde, c'est de l'immobilité de sa structure, du principe de son organisation qu'il est ici question, car rien n'empêche les croyants, dans le cadre politique auquel ils sont attachés, de faire varier leur activité économique à l'infini.

Après ces remarques, on comprendra mieux comment se présente l'organisation judiciaire des pays d'Islam et on sera moins surpris par son caractère sacerdotal. A la tête de chaque pays musulman, il y a un imam, lieutenant d'Allah sur terre, à qui celui-ci délègue tous ses pouvoirs, dont le plus essentiel, le pouvoir judiciaire. Ce pouvoir, l'Imam, l'exerce rarement en personne, il en délègue lui-même l'exercice à des personnages appelés cadis. Dans les grandes circonscriptions, le cadi délègue lui-même ses pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ou naïbs (نايب) qui le suppléent entièrement. Quand on sait qu'imam et cadis ont comme attribution essentielle de diriger la prière (soin dont ils se reposent, dans la pratique, sur un imam de carrière), ils apparaissent comme de véritables prêtres. Par d'autres

indices, leur fonction s'apparente à un sacerdoce. Ils appliquent la loi de Dieu, ils jugent en son nom ; tous les actes judiciaires débutent par la formule sacramentelle : « Louange à Dieu » (الحمد لله). Aux débuts de l'Islam, le cadi siège à la mosquée. Le temple de Dieu est aussi le temple de la justice. L'ambiance du prétoire est une ambiance religieuse. Les parties s'assignent mutuellement par une formule d'inspiration confessionnelle : « Par Dieu et la loi « divine » (انى بالله وبالشرع). La partie apprend la sentence qui la condamne par ces mots : « Espoir en Dieu » (رجاء في الله).

Ce court aperçu ne laisse apparaître que deux des personnages sur lesquels repose l'organisation judiciaire des pays d'Islam : l'imam et le cadi. Il y en a un troisième qui, pour être moins important, n'en est pas moins essentiel, le consulteur ou muphti. Comme nous le verrons, l'Islam exige des cadis moins de science juridique que de qualités morales. La science juridique est détenue par le muphti qui donne des consultations aux parties. Ces consultations citent les textes de loi qui se rapportent à l'espèce dont est saisi le cadi; elles aident celui-ci à motiver sa décision. Le muphti tend à empêcher que la loi soit méconnue, soit mal interprétée, aidant ainsi à son maintien. Dans un système où les piliers de la loi sont éternels, c'est une fonction de confiance et de grand crédit.

Un plan se dégage tout naturellement de ce qui précède. Nous étudierons dans trois chapitres distincts :

l'Imam,

le Cadi,

le Muphti (1).

**N. B.** — Les institutions qui vont être décrites sont celles qui ont fonctionné au début de l'Islam quand celui-ci était en plein rayonnement. Il va sans dire qu'elles ont subi de nombreuses retouches du fait des modifications politiques et sociales survenues dans la plupart des Etats musulmans depuis les dernières années du 19e siècle, au contact des institutions européennes.

# CHAPITRE PREMIER

## L'IMAN (الامام)

Notre but n'est pas d'étudier la fonction de l'imam en détail, ce qui serait très long, étant donné que l'imam a le pouvoir absolu, qu'il cumule ainsi tous les attributs de la souveraineté. Mais l'imam est le juge suprême, il est à la tête de la hiérarchie judiciaire en pays musulman et, à ce titre, nous ne saurions nous dispenser de dire sur lui l'essentiel.

Avant tout, l'imam est le mainteneur de l'Islam, c'est-à-dire du dogme religieux et de la foi. C'est ce qui ressort de la définition suivante d'Ibn Salamoun : « Par imam « on entend la succession d'un individu au Prophète en vue « de maintenir les règles de la loi divine et de conserver « le dogme dans un esprit qui en rende l'observation obli- « gatoire à toute la nation. » (الامامة عبارة عن خلافة شخص للرسول في اقامة قوانين الشرع وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الامة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 187).

On remarquera qu'Ibn Salamoun fait passer la loi avant le dogme.

Chef suprême de la magistrature musulmane, l'imam est juge. Les trois premiers imams, Abou Beker, Omar, Othman n'ont délégué leur pouvoir judiciaire à personne et ont jugé eux-mêmes (ولم يستفض ابو بكر ولا عمر ولا عثمان وانما كانوا يلون الحكم بانفسهم ) (El Aïqad El Mounedhem, p. 188).

En général, dans les gouvernements de pouvoir absolu,

le pouvoir judiciaire est le principal apanage de la souveraineté. En France, le roi s'engage, par le serment du sacre, à faire bonne justice à son peuple. « Les rois, a « proclamé le Chancelier de l'Hôpital, ont été élus pre- « mièrement pour rendre la justice. » Le premier juriste qui fut appelé à juger à la place de l'imam est Ali Ben Abi Taleb (El Aïqad El Mounedhem, p. 188).

Les imams ne semblent pas avoir cessé leur fonction judiciaire de plein gré mais parce que requis par des devoirs plus impérieux. C'est lorsqu'Ali entra en guerre avec les hérétiques qu'il désigna Chariah pour rendre la justice à sa place (El Aïqad El Mounedhem, p. 188). En fait, ce sont les complexités sans cesse plus grandes du gouvernement qui éloignèrent peu à peu l'imam du prétoire. De sa fonction de juge, il n'exerça plus alors que deux prérogatives, celle d'évoquer certaines affaires ou de réformer les sentences des cadis. Sa tâche essentielle fut alors de nommer les cadis et de les contrôler. « C'est une obligation pour « lui de ne pas laisser ses Etats sans cadis. » (وينصب على الامام ان ينصب للناس قاضيا) (Qaouanin, p. 293).

Dans les Etats où s'est faite la séparation des pouvoirs, la fonction de juge a perdu de son prestige. En exerçant lui-même cette fonction, le Chef de l'Etat lui donne un relief puissant et l'exhausse.

Les conditions requises pour pouvoir être nommé valablement imam sont au nombre de six. Il faut être :

1° *Du sexe masculin* (وشروطها المتفق عليها ستة الاول الذكورية). C'est une des nombreuses applications du principe que l'homme est supérieur à la femme. « Les hommes « ont le pas sur les femmes. Par les dons qu'il leur a « octroyés, Dieu les a élevés au-dessus des femmes. » (Coran Trad. Pesle et Tidjani. Sourate 4, p. 50). On conçoit dès lors que les femmes soient écartées de la magistrature suprême. Les diverses institutions qui se sont succédées en France ont montré le même ostracisme à l'égard de la femme. Pourtant, d'après Montesquieu, le gouvernement

des femmes a donné d'heureux résultats dans de nombreux pays. « Dans les Indes, on se trouve très bien du gou-
« vernement des femmes. Selon M. Souith, on se trouve
« aussi très bien du gouvernement des femmes en Afri-
« que. Si l'on ajoute à cela l'exemple de la Moscovie et
« de l'Angleterre, on verra qu'elles réussissent également,
« et dans le gouvernement modéré et dans le gouvernement
« despotique. » (Esp. des Lois, Liv. VII, ch. XVI);

2° *pubère* (البلوغ). Dans les gouvernements monarchiques, le pouvoir se transmettant par hérédité, peut échoir à des mineurs. Il y a là un inconvénient qui est nécessairement attaché à l'espèce monarchique et auquel on remédie par l'institution de la régence. Cet inconvénient est inconnu des régimes théocratiques chez lesquels la transmission du pouvoir se fait en principe par élection. S'ils sont sages, les électeurs n'éliront pas un mineur mais, pour parer à une faiblesse possible, la loi leur interdit d'en élire ;

3° *de condition libre* (الحرية) L'esclave étant privé en principe de tout droit politique, on comprend qu'il ne puisse accéder à une magistrature qui donne la faculté de les exercer tous. Mais cette magistrature étant éligible en Islam, on conçoit que le choix des électeurs puisse se porter sur un esclave et que la loi ait cru dès lors devoir interdire formellement un tel choix. D'autant plus que le mépris de l'esclave n'est pas aussi invétéré qu'on pourrait le croire. Il y a, en effet, des pays où les esclaves peuvent être nommés dans les emplois civils. « Cependant, dit Montesquieu, il
« y a des pays où on donne aux esclaves eunuques toutes
« les magistratures. Au Tonkin, dit Damprir, tous les man-
« darins civils et militaires sont eunuques. » (Esp. des Lois, Livre XV, Ch. XIX);

4° *craindre Dieu* (الورع) (dans le sens : avoir une bonne conduite) et être honorable (العدالة). Sont censés avoir ces deux qualités ceux qui sont admis à témoigner. A l'inverse ne peuvent pas être nommés imams ceux qui ne sont pas admis à témoigner (وكيف يتصدى لها من ترد شهادته) (El Aïqad El Mounedhem, p. 187) ;

5° pouvoir faire l'*effort intellectuel* (الاجتهاد) nécessaire pour être en état de rendre des jugements et donner sans aide des consultations basées sur des citations ou des inductions personnelles (ان يكون من اهل الاجتهاد من الاحكام الشرعية يستقل بالفتوى في النوازل نصا واستنباطا لا يفتقر الى غيره) (El Aïqad El Mounedhem, p. 187 et 188).

A cause de l'essence divine de la loi, l'appliquer, juger selon elle, est l'attribut le plus important de la puissance publique en Islam. On conçoit dès lors qu'on exige de l'imam la capacité voulue pour rendre des jugements. Il y a plus. On exige de lui les connaissances juridiques et la pénétration d'esprit nécessaires pour donner des consultations, la consultation étant considérée comme une activité plus difficile que celle de juger. Bref, l'imamat suppose chez celui qui l'exerce la connaissance approfondie de la loi. On pense à l'expression « prêtre de la loi » employée dans les Ecritures Saintes et on se dit qu'elle conviendrait assez bien à l'imam. Un détail montre bien qu'aux yeux des Musulmans, le pouvoir de juger est la manifestation la plus caractéristique du commandement. En Afrique du Nord, les Musulmans désignent les fonctionnaires d'autorité (administrateurs, fonctionnaires, officiers des Affaires Indigènes, etc...) sous le nom de juges (الحاكم).

6° avoir *l'autorité suffisante* (الكفاية). On comprend dans ce mot des aptitudes diverses, comme celle « d'émet-
« tre un avis éclairé sur les affaires où sont en cause les
« intérêts des Musulmans, de mettre de l'ordre dans leurs
« affaires, de lever des troupes, de défendre les points vul-
« nérables du pays, d'appliquer les peines prévues par le
« Coran et les peines capitales avec équité, de soustraire
« l'opprimé à l'action de l'oppresseur, de ne pas montrer
« de faiblesse dans l'exercice de toutes ces attributions. »
(El Aïqad El Mounedhem, p. 188).

C'est là le côté temporel des fonctions de l'imam.

D'après les gens de la tradition, il y aurait une septième condition exigible pour pouvoir être élevé à la dignité

d'imam. Il faudrait appartenir à la tribu des « qoreïches », dont est issu le Prophète. Cette condition découlerait de la parole du Prophète : « Mettez les Qoreïches en avant et ne les précédez jamais. » (قدموا قريشا ولا تقدموها).

Les hérétiques ne tiennent pas cette condition pour indispensable (El Aïqad El Mounedhem, p. 188). Pour El Maouardi, elle s'impose aux Musulmans orthodoxes (v. El Ak ham El Soulthania, trad. Ostrorog, p. 163, 4, 5, 6). Notons que la famille régnante à Tunis n'est pas d'origine qoreïchite.

Les principales attributions de l'imam sont au nombre de dix :

1° le maintien du dogme ;

2° l'exécution des décisions judiciaires ;

3° la protection de la vie de l'homme et des biens contre toute attaque ;

4° l'application des peines prévues par le Coran ;

5° la défense des frontières ;

6° la conduite de la guerre sainte ;

7° la perception et la répartition des aumônes ;

8° la fixation des traitements et des charges du Trésor ;

9° la nomination d'hommes sûrs et de bon conseil aux postes de gouvernement. C'est là une tâche capitale qui exige de l'imam une grande droiture et une profonde connaissance des hommes et de la vie. Elle engage terriblement sa responsabilité. « D'après la tradition, le Khalif « Omar a dit : celui qui nomme un cadi par complaisance « prend à charge la moitié des pêchés qu'il commet et celui « qui nomme un cadi dans l'intérêt de Dieu et des Musul- « mans est l'associé de tout le bien qu'il fait. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 191).

Les nominations faites par l'imam ne sont pas limitées au temps pendant lequel il est en exercice. Elles survivent à sa mort, elles subsistent après sa retraite ou sa destitution (وكذلك ان مات الامام فلحكامه الحكم حتى يعزلوا ولا يتعزلون بموته) (El Aïqad El Mounedhem, p. 191).

10° l'application personnelle aux affaires. (El Ahkam El Soulthania d'El Maouardi, Tr. Ostrorog, p. 161, 2, 3, 4, 5).

Ainsi l'imam cumule les pouvoirs civils et militaires. Est-ce une bonne chose ? Montesquieu a tout à la fois posé et résolu la question : « Mettra-t-on sur une même tête « les pouvoirs civils et militaires ? Il faut les unir dans « la république et les séparer dans la monarchie. » (Esp. des Lois, Livre V, Ch. XIX). Dans les gouvernements théocratiques qu'omet Montesquieu, on ne voit aucune bonne raison de séparer les pouvoirs. Leur réunion permet, en revanche, d'embrasser tous les problèmes dans une même vue et ainsi de mieux les dominer et de mieux les résoudre. Tout dépend, dès lors, du choix de l'imam. L'imam est-il juste ? La crainte de Dieu l'invitera à exercer les deux pouvoirs dans l'intérêt exclusif de la communauté. Est-il injuste ? Il les exercera mal l'un et l'autre. Après cela, on comprend la portée de la tradition suivante : « Le prophète a dit : « Personne ne sera plus près de Dieu au jour de « la résurrection, après le règne de l'Elu, que l'imam juste « et plus loin que l'imam injuste. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 189).

Le Musulman régulièrement investi de la dignité d'imam ne saurait en être exclu sans raison valable. On trouve dans Ibn Salamoun : « El Maali a dit : celui qui réunit les « sept conditions requises et à qui l'imamat est conféré, « s'impose à tous et on ne saurait l'exclure en l'absence « d'une cause valable. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 188).

*
**

*De l'investiture de la fonction d'imam* (الولاية)

Au lieu d'investiture, Ostrorog et Fagnan emploient l'expression « collation », montrant ainsi qu'ils considèrent l'imamat comme un sacerdoce. L'Islam — nous sommes de cet avis — est une véritable Eglise, mais étant donné ses aspirations temporelles, peut-être est-il excessif d'en parler dans un style purement ecclésiastique.

Nous serons brefs.

L'imamat se confère de deux manières :

1° par le choix de ceux qui ont pouvoir de lier et de délier (اهل العقد والحل), c'est-à-dire par ceux que leur intelligence, leur sagesse et leur science prédisposent à choisir le Musulman convenant le mieux à l'imamat ;

2° par l'attribution qu'en fait l'imam antérieur.

En ce qui concerne le premier mode, est-il nécessaire que tous les gens qualifiés participent à l'élection ? Non. d'après la majorité des auteurs. S'autorisant de ce que le premier imam, Abou Beker, a été investi par cinq électeurs, de nombreux auteurs pensent que ce chiffre est nécessaire et suffisant. D'après l'école de Koufa, trois électeurs suffisent. Une autre école admet que l'imamat est valablement conféré par un seul, Ali ayant été élu par Abès seulement.

Lorsque deux imams sont reconnus en même temps, l'investiture est défectueuse, car il n'est pas permis qu'il y ait simultanément deux imams dans la même nation. Sur la façon de mettre un terme à cette situation irrégulière, les avis sont contradictoires et confus.

En ce qui concerne le deuxième mode, l'attribution par l'imam en place, il repose sur un précédent fameux, la désignation d'Omar par Abou Beker comme son successeur. L'imam qui transfère son titre à un successeur doit rechercher le plus digne et le mieux à même de réaliser les conditions exigées (V. El Ahkam El Soulthania Trad. Ostrorog et Fanian).

*
**

*Des compétitions et luttes intestines auxquelles donne lieu l'imamat. — Des investitures illégales.*

On peut classer sous trois rubriques les développements consacrés à cette matière par Ibn Salamoun :

1° La ville où siège l'imam est assaillie.

Les assaillants aspirent uniquement à capturer l'imam. On distingue :

a) l'imam est-il juste ? C'est un devoir pour les habi-

tants de combattre les assaillants (فان كان عدلا كان حقا على المسلمين قتالهم) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193) ;

b) l'imam est-il injuste ? Les habitants l'abandonneront à son sort (اذا كان الامام غير عدل فانه لا ينبغي للمسلمين ان يقاتلوهم) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193). Malek donne comme conseil aux habitants de se terrer chez eux (فان كان مثل هذا فاقعد في منزلك) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193).

Les assaillants visent à capturer l'imam et à piller la ville. On distingue :

*a*) l'imam est-il juste ? Les habitants le défendront et défendront leurs biens ;

*b*) l'imam est-il injuste ? Les habitants l'abandonneront (فانهم لا يقاتلون اذا كان الامام جائرا) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193) et adresseront un avertissement aux assaillants (يقاتلون بعد المناشدة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193).

Si l'avertissement reste sans effet, ils les combattront.

2° alors qu'un imam est en place, un individu cherche à se faire élire (قدما الى بيعته) et obtient des suffrages. On distingue :

*a*) l'imam en place est-il juste ? le deuxième imam élu est mis à mort (ان المبايع الثاني يقتل اذا كان الامام عدلا) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193).

*b*) le premier imam a-t-il été élu dans des conditions irrégulières, sous l'empire de la crainte par exemple, et agit-il en despote ? Son élection sera annulée (فان كان مثل هؤلاء فلا بيعة له تلزم اذا كانت بيعته على الخوف) et l'élection du

deuxième imam validée s'il est juste (والبيعة للثاني ان كان عدلا) (El Aïqad El Mounedhem, p. 193).

3° Ibn Salamoun distingue trois investitures illégales :

*a*) « un Musulman accède à l'imamat grâce au consen-
« tement de toute la communauté à cause de son esprit de
« justice ou bien il accède en intrus. L'ensemble des Mu-
« sulmans accepte cet état de fait, rend hommage au pre-
« mier imam ainsi intronisé, consacrant de la sorte sa
« capacité. C'est un devoir pour les Musulmans de desti-
« tuer le deuxième imam. »

*b*) « un Musulman accède à l'imamat par la force sans
« élection. Pendant son gouvernement, il se montre juste
« à l'instar des plus justes imams. C'est un devoir pour
« les Musulmans d'accepter ses conseils, de lui obéir et
« de faire en sorte qu'on ne lui occasionne pas d'ennuis
« et qu'il reste en place. »

*c*) « un Musulman s'empare de l'imamat par la violence
« sans consultation préalable puis invite les gens à l'élire
« alors qu'il s'avère comme ne respectant ni les biens,
« ni les personnes. Une fois en place, il s'assagit, domine
« ses adversaires, met fin à la guerre civile qui détruit la
« religion et la fortune, répand le sang et déchaîne les
« passions particulières et collectives. On se rend compte
« alors que se soumettre et lui obéir est le meilleur moyen
« d'éviter le mal et les pertes de vie humaine. C'est un
« devoir d'obéir à ses décisions et de payer l'impôt s'il
« le réclame. » (El Aïqad El Mounedhem, pp. 193 et 194).

# CHAPITRE DEUXIEME

## LE CADI (القاضي)

Ce chapitre est divisé en cinq sections :

*Section Première.* — De la nomination et de la révocation du Cadi.

*Section deuxième.* — De la compétence du Cadi.

*Section troisième.* — De ses attributions.

*Section quatrième.* — Des conditions requises pour être nommé cadi et des obligations imposées au Cadi.

*Section cinquième.* — Des rapports des cadis entre eux.

## SECTION PREMIERE

### De la nomination et de la révocation du Cadi

*De la nomination du Cadi.* — L'exercice de la fonction de Cadi constitue ce qu'on appelle une « obligation de suffisance » (والقضاء فرض كفاية) (El Qaouanin d'Ibn Djouzi, p. 293). Par « obligation de suffisance », on entend une obligation n'incombant pas à chaque individu mais à l'ensemble de la communauté. Pourvu qu'un membre de la communauté la remplisse, la communauté est tenue quitte. L'obligation de suffisance devient une obligation individuelle lorsqu'un seul individu se trouve en mesure de l'accomplir. Lors donc que la fonction de cadi est offerte à un individu, il est tenu de l'accepter, s'il ne se trouve personne autre susceptible de l'exercer en dehors de lui

( اذا تعين عليه ويجب عليه الدخول فيه وذلك اذا لم يكن في جهته من يصلح للقضاء غيره ) (Qaouanin, p. 293).

Il y a plus. Au cas où un Musulman est investi de la fonction de cadi, il ne saurait la refuser ( ومن ابى عن الولاية اجبره عليها ) (Qaouanin, p. 203). Qui est digne de servir l'Islam, ne saurait s'abstenir.

L'aspect général d'une pareille question n'a pas échappé à Montesquieu : « Les lois doivent-elles forcer un citoyen « à accepter les emplois publics ? Je dis qu'elles le doivent « dans le gouvernement républicain, et non pas dans le « monarchique. » (Esp. des Lois, Livre V, Ch. XIX). L'Islam s'apparente beaucoup plus au gouvernement républicain qu'au gouvernement monarchique. Voilà qui confirme la justesse de l'affirmation de Montesquieu.

Aucune fonction n'engage plus la conscience d'un individu que la judicature. Aussi bien la loi musulmane croit-elle devoir donner quelques conseils aux candidats cadis. Un peu de déontologie n'est pas déplacé ici ! C'est un emploi qu'on « ne doit pas briguer » dit Ibn Djouzi ( لا ينبغي لاحد ان يطلب القضاء ) (Qaouanin, p. 293). C'est, en effet, une profession pleine d'embûches dans laquelle on risque son salut à chaque instant. Le Prophète a dit : « sur « trois cadis deux vont en enfer et un au paradis. Celui qui « va au paradis est celui qui connaît la loi et l'applique. « Sur les deux qui vont en enfer, l'un connaît la loi mais « ne l'applique pas, l'autre ne la connaît pas. » Il a dit aussi : « L'homme qui sera le plus loin de Dieu le jour « de la résurrection est celui que Dieu aura investi d'une « autorité dans la nation du Prophète et qui s'en sera « montré indigne. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 189).

On comprend dès lors qu'Ibn Djouzi conseille de refuser une telle fonction à ceux qui sont sollicités ( وان ادعى عليه فالاولى له الامتناع ) (Qaouanin, p. 293). Toutefois, ils doivent l'accepter lorsqu'ils sont seuls dignes de l'exercer

parce que, comme nous l'avons vu, c'est une « obligation de suffisance » (فيجب عليه الدخول فيه وذلك اذا لم يكن في جهته من يصلح للقضاء غيره) (Qaouanin, p. 293).

La fonction de cadi n'est pas vénale. Elle ne constitue pas une charge comme la fonction de juge en France avant 1789. Le cadi tient ses pouvoirs de l'imam qui l'investit par une des formules en usage : « Je t'investis, je te nomme, « je te charge. » (V. Bruno et Gaudefroy-Demombynes. Le Livre des Magistratures d'El Wancherisi, p. 28). L'investiture est rarement orale; elle se fait par lettre. Elle s'accompagne, en général, de la remise d'un cachet en argent portant gravés le nom du cadi et celui de la circonscription qui lui est dévolue.

La fonction de cadi est gratuite. Aussi investit-on de préférence les gens ayant une fortune personnelle. Quand le cadi est pauvre ,l'imam lui fait des dons (وان كان فقيرا واذى اغناه الامام). A-t-il des dettes ? L'imam les paie (عنه ديونه) (Qaouanin, p. 295).

La fonction de cadi n'est pas héréditaire. « Est nulle « la nomination à un poste de cadi faite en considération « de ce que le père de la personne nommée a exercé comme « cadi avec capacité. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 191).

Le cadi ne peut pas se désigner un suppléant à moins que ce droit lui ait été accordé dans sa lettre d'investiture (وليس للقاضي ان يستخلف الا ان يجعل له ذلك في ولايته). Toutefois, d'après une opinion isolée, il aurait ce droit en cas d'absence ou de maladie. Sahanoun a exprimé un avis contraire (فقيل له ان يستخلف عند عذر السفر او المرض وقيل لا يستخلف اصلا وهو قول سحنون) (El Aïqad El Mounedhem, p. 191).

En revanche, le cadi peut déléguer sans autorisation spéciale tout ou partie de ses pouvoirs à des mandataires (نواب) pour siéger en ses lieu et place sur certains points de sa

circonscription. En ce cas, les mandataires agissent sous la responsabilité du cadi.

## De la révocation du Cadi

Comme dans les régimes de pouvoir absolu, la fonction publique est assez mal garantie en Islam. La garantie de l'inférieur, c'est l'authentique supériorité du supérieur, ce n'est pas la lettre d'un règlement. C'est assez difficile à concevoir quand on a vécu en régime républicain.

Le droit de révocation est reconnu à l'imam, mais la loi reste assez vague sur la façon dont l'imam peut l'exercer. Elle n'indique que deux cas où il y a lieu à révocation :

— celui où le cadi est convaincu de malversation ;
— celui où il est atteint d'une infirmité grave.

« Asbagh a dit : l'intégrité n'est pas une condition exigée « pour être investi de la fonction de cadi mais l'absence « d'intégrité est une cause de révocation. Il en est de même « lorsque le cadi est aveugle, sourd ou muet. On l'investit « mais on le révoque par la suite ». El Aïqad El Mounedhem, p. 188). La même règle est posée par Ibn Rachid (Loubab El Loubab, p. 259).

En cas de révocation, celle-ci a-t-elle lieu de plein droit sans que l'imam ait à la prononcer, ou faut-il qu'il y ait révocation expresse ? La question est controversée.

« La mauvaise conduite du Cadi, dit Ibn Rachid, entraîne- « t-elle sa révocation ? Il y a deux dires. Selon certains au- « teurs, elle l'entraîne de plein droit. Selon Asbagh, elle ne « l'entraîne pas mais c'est une obligation pour l'imam de « la prononcer. » (Loubab El Loubab, p. 259). Suivant l'avis qu'on adopte, la révocation partira du jour de la faute ou du jour du prononcé de la révocation.

De certains textes, il résulte que la plus grande latitude est laissée à l'imam dans l'application de cette peine.

On cite des cas où l'imam révoque par bon plaisir sans que cela paraisse choquer. « Omar révoqua Saad connu « pour son intégrité et ses bonnes mœurs. Quand on révoque « quelqu'un sans juste ressentiment, c'est une obligation

« d'avertir le public, comme Omar le fit pour Saad. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 192). Voilà une autre cause de révocation un peu moins arbitraire : « Le Cadi ne doit pas « être trop rusé. Omar révoqua Ziad pour cela. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 188).

L'imam doit-il tenir compte des critiques portées contre le Cadi ? La question est délicate : « Ibn Rouchd a été in- « terrogé au sujet d'un cadi, objet de plaintes réitérées de « la part d'environ cinquante hommes de sa circonscrip- « tion, hommes du peuple et hommes de condition mêlés, « connus pour leur bonne foi. Es-tu d'avis qu'il y ait là « motif à révocation ? Il a répondu : « Si le Cadi a la « réputation d'un homme juste, loyal et bon et que ceux qui « ont demandé sa révocation soient suspects à un titre « quelconque, il ne convient pas de le révoquer et de « l'écarter des affaires. » (El Aïqad El Mounedhem,, p. 192).

*Appendice.* — Le Cadi est-il responsable à raison d'actes commis dans l'exercice de ses fonctions quand ils sont censés être dommageables pour les justiciables ? Peut-on intenter contre lui une action devant un autre cadi ? En d'autres termes, la prise à partie existe-t-elle dans le rite ? Il ne semble pas. Ibn Salamoun s'exprime ainsi : « Sur ce point, Acha- « hab a dit : l'imam ne saurait autoriser les justiciables à « intenter une action contre les cadis dont ils ont à se plain- « dre pour deux raisons : la première, c'est que le cadi peut « être irréprochable et cela nuirait à sa réputation ; la « deuxième, c'est que le cadi peut être un homme de mau- « vaise foi, se montrer plus retors que les plaignants dans « la lutte judiciaire et l'emporter. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 192). Rappelons qu'en France, sous l'ancien régime, la partie condamnée pouvait provoquer le juge au combat judiciaire et recourir au « jugement de Dieu » (Ordonnance de 1540).

Voisine de cette hypothèse, mais beaucoup plus nette, est celle où le juge avoue lui-même sa propre turpitude. Par exemple, le juge avoue avoir été intentionnellement injuste ou s'être trompé volontairement (افراره بتعمد الجور والخطأ) (Loubab El Loubab, p. 259). La voie judiciaire est ici inutile puisqu'il y a aveu. D'autant que le rite prend des sanc-

tions contre le Cadi et même contre celui qui exécute sa décision en en connaissant le caractère immoral. Le rite distingue suivant que l'aveu précède la sentence du Cadi ou lui succède :

— la précède-t-il ? Le cadi pourra l'annuler. Quant à lui, il remboursera le préjudice causé, sera puni, destitué et ne pourra plus jamais être investi des fonctions de juge (ثم ان اتلف مالا غرمه وادب وعزل ولا يولى ابدا) (Loubab El Loubab, p. 259).

— lui succède-t-il mais avant l'exécution ? Par exemple, la sentence a-t-elle condamné le pseudo délinquant à la peine du talion ou le pseudo-débiteur au remboursement de la créance ? Le Cadi pourra l'annuler et elle ne sera pas exécutée (وله ان يرجع ما لم يبت يريد ما لم يقتض او ياخذ المال) (Loubab El Loubab, p. 259).

— lui succède-t-il et se place-t-il après l'exécution ? La sentence devient définitive et le cadi doit réparation du dommage causé.

Au cas où le dommage consiste en ce que la peine du talion (prononcée par erreur par le cadi) a été exécutée, comment se fera la réparation (ولو فال بعد القصاص اخطأت)? En principe, le cadi est assimilé à un criminel et condamné au paiement du prix du sang. Mais les avis varient sur le paiement. D'après Ibn El Qacem et Achahab, si le prix du sang est supérieur au tiers du tarif minimum *, le paiement incombe à la famille du cadi (فقال ابن القاسم واشهب ذلك على عاقلة الامام). Sahanoun, lui, met le paiement à la charge du cadi (وقال سحنون ذلك في ماله) (Loubab El Loubab, p. 259). Suivant une opinion isolée, le cadi n'est tenu à rien.

(1) Le prix du sang n'est pas taxé d'une façon uniforme pour le même délit. Il y a un prix minimum et maximum et le prix mis à la charge du délinquant varie suivant ses ressources, son degré de responsabilité, les circonstances de son délit, etc...

# SECTION DEUXIEME

## De la compétence des cadis

Paragraphe premier. — De la compétence ratione materiae.

Parmi les particularités de l'organisation judiciaire musulmane, quatre trouvent place ici :

1° il n'y a pas plusieurs ordres de tribunaux comme dans l'organisation française (justice de paix, tribunaux de première instance, tribunaux de commerce, etc.), il n'y a qu'un tribunal : celui du cadi. Sans doute, trouve-t-on, en certains pays d'Islam, d'autres fonctionnaires ayant des pouvoirs judiciaires, mais si faibles qu'on peut ne pas en tenir compte. Ce sont : le magistrat de renvoi (صاحب الرد), le surveillant du marché (محتسب) et le collecteur des impôts. (V. Bruno et Gaudefroy Demonbynes. Le Livre des Magistratures d'El Ouancharissi). Les deux derniers ne sont pas uniquement des juges. Leurs attributions judiciaires sont peu de chose à côté de leurs autres attributions. Le premier est compétent en matière de fraude et de tromperie sur la mesure et le poids des marchandises, le second en cas de contestations sur l'assiette de l'impôt. Notons qu'avec le temps, les attributions judiciaires de ces fonctionnaires sont tombées en désuétude. Quant au magistrat de renvoi chargé des « affaires où la solution n'apparaît pas au cadi », il semble bien n'avoir existé qu'en Espagne musulmane et n'y avoir joué qu'un rôle effacé.

On peut donc dire que la compétence du cadi est universelle (elle embrasse toutes les matières) et qu'elle est illimitée (on ne tient pas compte du chiffre de la demande). En introduisant son instance devant le Cadi, le justiciable musulman est sûr de ne pas se tromper. Le cadi est toujours compétent, quel que soit l'objet et le montant de la demande, à condition que la requête introductive d'instance soit régulière ;

2° il n'y a pas de collège judiciaire. Le cadi est seul juge.

3° il n'y a pas de privilèges de juridiction parce qu'il

n'y a pas certains états sociaux privilégiés en Islam. Alors que dans l'ancienne France, les nobles et les clercs étaient jugés par des tribunaux d'exception, les Musulmans, quel que soit leur rang social ou religieux, sont jugés par l'imam ou ses délégués. Les chorfa, par exemple, qui, comme descendants du Prophète, ont droit à des égards spéciaux au sein des communautés musulmanes, sont justiciables des mêmes tribunaux que les autres musulmans. Les cadis, dans leurs procès entre eux, saisissent un autre cadi. Il n'y a qu'une justice en Islam, celle de l'imam et de ses délégués. Rappelons qu'en France, ce n'est que depuis le décret des 16-24 août 1790, titre II, article 16, que « tous les citoyens « sans distinction plaident en la même forme et devant les « mêmes juges, dans les mêmes cas. » L'Islam, lui, n'a jamais distingué entre les croyants. Ceux-ci sont égaux devant la justice. Par ce côté de ses institutions, l'Islam a des affinités avec le gouvernement républicain.

4° en principe, il ne doit y avoir qu'un cadi par circonscription (ولا يجوز اثنان فاكثر) (Qaouanin, p. 296). Certains auteurs admettent toutefois qu'il peut y en avoir deux ou plusieurs à condition que chacun d'eux ait des attributions distinctes (ويجوز ان ينصب في البلد قاضيان واكثر من ذلك ويكون كل واحد منهم يختص بجهة او بنوع من الاحكام) (El Aïqad El Mounedhem, p. 190). L'un, par exemple, jugera en matière personnelle, l'autre en matière immobilière, etc.

Paragraphe deuxième. — De la compétence ratione personae.

A cause du principe du juge unique, il n'y a pas de compétence ratione materiae pour les cadis. En revanche, il y a une compétence ratione personae, c'est-à-dire qu'un cadi a le droit de connaître d'une affaire à l'exclusion des autres.

La compétence ratione personae dans le rite est dominée par deux règles :

— le cadi compétent est celui du domicile du défendeur. C'est la vieille règle du droit romain qu'on retrouve dans

toutes les législations un peu évoluées : « Actor sequitur forum rei ». « Le jugement doit être rendu par le cadi du « domicile du défendeur », a dit Ibn El Qacem, un des parangons du rite ( وانما يكون الحكم حيث المدعى عليه في مذهب ابن القاسم) (El Aïqad El Mounedhem, p. 198). C'est ce qu'a rapporté Ibn Habib, d'après Mouthref. Asbagh a émis le même avis; exceptionnellement est compétent le cadi du lieu en matière immobilière. De nombreuses raisons pratiques militent en faveur de cette règle. Les titres de propriété sont établis chez les cadis du lieu. Si un transport ou une expertise sont nécessaires, la formalité est plus facile à accomplir par le cadi du lieu, ainsi de suite...

Cette règle a été longtemps controversée. Mais elle a fini par s'imposer et est actuellement appliquée dans tous les pays d'Islam. Ses opposants ont été les disciples d'Ibn El Qacem qui, sans souci des avantages offerts par la compétence ratione loci, ont voulu ériger la règle d'Ibn El Qacem en règle universelle. « On rapporte dans le livre du Djidar « qu'Aïssa ben Dinar a été interrogé au sujet d'un habitant « de Cordoue ayant une ferme et une maison à Djian. Un « habitant de Djian lui intente un procès à propos de ces « biens. Il émet la prétention de traîner l'habitant de Cor- « doue devant le cadi de Djian, là où se trouvent les im- « meubles. Pourra-t-il le faire ? Il a répondu. Il n'a pas « ce droit. Bien au contraire, le cadi compétent est celui du domicile du défendeur. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 198 et 199). Mouthref a dit . « Au cas où le demandeur ren- « contre le défendeur dans un lieu autre que celui de la « situation des immeubles, il n'a pas le droit de le traîner « devant le cadi où sont situés les immeubles. S'il le rencon- « tre dans le lieu où sont situés les immeubles, il peut le « traîner devant le cadi du lieu. » (El Aïqad El Mounedhem).

Puis une solution intermédiaire a été envisagée par certains auteurs. La procédure peut être faite devant le cadi du domicile du défendeur mais le jugement doit être rendu par le cadi de la situation des immeubles. « On trouve dans les « jugements d'Ibn Sahal que si un plaideur rencontre son

« adversaire dans un lieu autre que celui de la situation des « immeubles, la procédure peut être faite devant le cadi du « lieu de la rencontre jusqu'à ce qu'il n'y ait plus que la « décision à rendre. A ce moment, le cadi du lieu de la « rencontre renverra l'affaire devant le cadi de la situation « des immeubles pour qu'il juge. » (El Aïqad El Mouned-hem, p. 148).

La règle que le cadi compétent en matière immobilière est celui du lieu de la situation des immeubles a été posée par des auteurs considérables. Ibn El Madjichoun a dit à propos des procès portant sur les immeubles : « La compétence « incombe au cadi du lieu de la situation des immeubles. » (قال ابن الماجشون انما يكون النظر حيث المدعى فيه)

El Fadhil a dit : « C'est là l'avis d'Ibn Qinana et de Saha-« noun. » (قال فضل وهو مذهب ابن كنانة وسحنون)

(El Aïqad El Mounedhem, p. 198).

*
**

A part cela la compétence des cadis présente certaines particularités dues à ce que le principe de l'autorité de la chose jugée n'existe pas dans le rite.

1° le cadi a le droit d'annuler sa propre décision.

Quatre hypothèses peuvent se produire :

*a*) le cadi a rendu un jugement contraire au Coran, à « la Sounna ou au consentement unanime de la commu-« nauté musulmane ou bien il a rendu un jugement basé « sur une opinion isolée. Lui et son successeur pourront l'an-« nuler. »

*b*) « il a rendu son jugement sur des présomptions et des « conjectures sans connaissance et sans étude des textes. « Lui et son successeur pourront l'annuler. »

*c*) « il a rendu un jugement après avoir étudié les textes « puis il s'aperçoit que sa décision est contraire à la bonne « décision. On discute sur le point de savoir s'il a le pou-« voir de l'annuler ou non. Son successeur n'aura pas le « droit de l'annuler. »

Ibn Rachid est parmi les auteurs qui autorisent le cadi à annuler sa décision en pareil cas (في نقضه احكام نفسه وله ذلك اذا تبين له الخطأ) (Loubab El Loubab, p. 259).

*d*) il a eu l'intention de juger conformément au rite, puis « il a commis une négligence et a appuyé son jugement sur « un autre rite. Il peut l'annuler, lui, mais pas un autre. » (Ces textes sont extraits des Qaouanin, p. 294).

*e*) Ibn Rachid cite une autre hypothèse où le cadi peut annuler sa propre décision, c'est lorsque « l'espèce donne « lieu à plusieurs avis, qu'il s'est décidé pour l'un et qu'il « a jugé conformément à un autre par étourderie. » (Loubab El Loubab, p. 259) (Id dans El Aïqad El Mounedhem, p. 201).

2° le cadi a le droit d'annuler les décisions de ses collègues.

Trois hypothèses peuvent se produire :

*a*) « les jugements ont-ils été rendus par un collègue juste « et ayant les connaissances professionnelles suffisantes ? « Il ne saurait en empêcher l'exécution que s'il y trouve « une erreur évidente ne prêtant pas à discussion. Lorsque « la preuve d'une telle erreur est rapportée, le cadi annule « les décisions de son collègue. »

*b*) « les jugements ont-ils été rendus par un collègue « juste mais ignorant ? Il ratifie ceux qui ne contiennent « pas d'erreur et annule ceux qui en contiennent. »

*c*) « les jugements ont-ils été rendus par un collègue in- « juste ? Trois avis ont été émis :

« ils seront tous annulés sans exception. C'est l'avis ex- « primé par Ibn El Qacem dans la Moustakharadja :

« ils ne seront annulés en aucun cas. C'est l'avis exprimé « par Abdelmalek ;

« on distingue. On exécute ceux de ces jugements qui sont « équitables et non suspects et on annule ceux qui sont in- « justes et suspects.

(Toutes ces citations sont tirées du Loubab El Loubab, p. 259).

3° l'annulation du jugement n'a pas lieu sur l'initiative du cadi mais sur la demande de la partie condamnée.

Cinq hypothèses sont prévues :

A. — « Le condamné prétend qu'il y a inimitié entre « lui et le juge ou entre lui et le fils du juge ou entre son « père et le père du juge. S'il prouve sa prétention, l'annu- « lation s'impose. »

B. — « Le condamné prétend avoir omis de produire une « pièce. On rejette sa demande. »

C. — « Le condamné produit une pièce dont il prétend « avoir ignoré l'existence pendant le procès. Ce cas donne « lieu à cinq avis :

*a*) « Ibn El Qacem a dit : « On tient compte de sa pièce. « Si son contenu est de nature à faire annuler le jugement, « on l'annule » ;

*b*) « d'après Sahanoun, on n'en tient pas compte ;

*c*) « le cadi Bel Mouaz a dit : « si le condamné pré- « sente cette pièce au cadi même qui a rendu le jugement, « celui-ci l'annule. S'il la produit chez un autre cadi, ce- « lui-ci ne l'annule pas. »

*d*) « le condamné prouve qu'un témoignage pris contre « lui est caduc comme provenant d'un individu ayant été « récusé pour mauvaise conduite. Cette preuve entraîne-t- « elle l'annulaton du jugement ? Il y a deux dires : Ibn « El Qacem s'est prononcé en faveur de l'annulation; Acha- « hab et Sahanoun ont dit qu'il n'y a pas lieu à annula- « tion. »

*e*) (pour ne pas exécuter le jugement), le condamné prétend qu'il n'y a pas eu procès chez le cadi. Le cadi riposte : « Tu as fait un procès à ma barre, je t'ai adressé l'interpel- « lation finale, tu n'as rien produit et je t'ai condamné. » Asbagh a dit : « le dire qui fait foi est celui du cadi. D'après « le Djelab, on n'admet le dire du cadi que s'il produit une « preuve. El Lakhmi a dit : « Et cette manière de voir est « bien celle qui convient aux cadis de notre époque. »

(Toutes ces citations sont tirées du Loubab El Loubab, p. 260).

*Appendice*. — 1° Quel est le tribunal compétent lorsqu'une ou les deux parties sont tributaires ?

*a*) l'une des deux parties seulement est tributaire ( اذا كانت خصومة بين مسلم وذمي ). Le tribunal du cadi est compétent (حكم بينهما بحكم الاسلام) ;

*b*) les deux parties sont tributaires. On distingue :

— s'agit-il d'actes de violence, d'usurpation et d'abus du droit, le cadi est seul compétent ( وان كانا ذميين حكم بينهما بحكم الاسلام في باب المظالم من الغصب والتعدي وبحد الحفوف )

— au cas où le procès porte sur tout autre chose, les parties peuvent saisir à leur choix le tribunal du cadi ou leur propre tribunal (وان تخاصما في غير ذلك ردوا الى اصل دينهم الا ان يرضوا بحكم الاسلام ). (Voir sur la même question : Loubab El Loubab, p. 254).

(Toutes ces citations sont tirées des Qaouanin, p.p 296 et 297).

2° Le cadi peut-il instrumenter en dehors de sa circonscription ? La réponse implique un certain nombre de distinctions :

a) une chose est certaine, c'est qu'il ne peut pas juger (ولو اجتمع الخصمان عنده لم ينظر بينهما) (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

*b*) Une autre chose est non moins certaine, c'est qu'il peut se renseigner auprès du cadi chez lequel il se trouve en déplacement sur la moralité de témoins ayant déposé devant lui dans sa circonscription (ولـه ان يسأل عمن شهد عنده في بلده) (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

*c*) peut-il recevoir des témoignages ? La question est controversée. Ibn Salamoun commence par lui refuser ce droit (وكذلك لا يسمع القاضي اذا احتل بغير عمله من بينته تشهد عنده في شئ) (El Aïqad El Mounedhem, p. 199). Puis il

cite une consultation d'Asbagh d'après laquelle il aurait une telle licence. « J'ai interrogé Asbagh au sujet d'un cadi se « trouvant en dehors de sa circonscription. Un individu se « présente à lui, lui fait connaître qu'il a une créance con- « tre un justiciable de sa circonscription et lui demande « d'entendre des témoins sur place. Il a répondu : le cadi « peut entendre ces témoins et recueillir leurs témoignages. « Au cas où cet individu lui demande d'agréer ces témoi- « gnages, il interrogera, s'il le veut, le cadi de la circons- « cription. Si ce dernier lui certifie qu'aucun suspicion ne « pèse sur les témoins, ce sera suffisant. « (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

*d*) au cas où la preuve d'une obligation a été faite par un individu chez un cadi qui se trouve hors de sa circonscription, celui-ci peut-il en rendre compte au cadi du lieu où est domicilié le débiteur de l'obligation ? La réponse est négative. « Ibn Sahel a dit : « Ayant été saisi de l'espèce « suivante, j'ai sollicité l'avis de notre maître Abou Moham- « med Ben Atab. Cette espèce est relative au cadi qui se « trouve dans un autre endroit que celui de sa circonscrip- « tion et à qui un individu prouve qu'il est créancier d'une « obligation. Le créancier demande à ce cadi de communi- « quer par la voie d'usage la preuve qu'il a établie auprès « de lui au cadi du lieu de son adversaire. Ibn Atab m'a « répondu : cela n'est pas permis. J'ai objecté : pourtant « s'il le fait. Il m'a répondu : cela est nul. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

## SECTION TROISIEME

### Des attributions du cadi

Le cadi n'est pas seulement un juge. Son rôle est énorme. Et bien qu'il n'ait que la troisième place (après l'imam et le vizir) dans la hiérarchie des fonctions publiques, « il « occupe le premier rang par son importance, par le pres- « tige et la considération qui l'entourent, surtout s'il vient « s'y ajouter la direction de la prière ». (Le Livre des Magistratures d'El Wancharisi, par M. M. Bruno et Gaude-

froy Demombynes, page 31). A vrai dire, il a la charge de tous les intérêts moraux et matériels du territoire où il exerce. Il doit y faire régner la paix publique en frappant les délinquants de toute sorte. Il est le protecteur de tous les faibles, de tous ceux qui ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits : mineurs, fous, faillis, esclaves, femmes, enfants, abandonnés, absents, etc. Les preuves sont établies sous son contrôle et sous sa responsabilité. Il veille à la bonne administration des constitutions pieuses. Il répartit le butin. Il fixe la trêve entre les Musulmans et les infidèles. Il fixe le taux de l'impôt foncier, etc. Bref, en faisant obtenir son droit à chacun et en exigeant une bonne tenue morale de tous, le cadi doit assurer le respect de l'Islam.

On trouve énumérées avec des variantes les attributions du cadi dans tous les ouvrages de doctrine. Certains auteurs appuient sur le côté professionnel de ces attributions, d'autres sur le côté moral. Nous reproduirons l'énumération d'Ibn Djouzi. L'auteur andalou distingue dix attributions :

1° trancher entre les parties par une transaction si elles y consentent ou par une décision exécutoire (الفصل بين المتخاصمين اما بصاح عن تراضي واما باجبار على حكم نافذ) ;

2° punir les oppresseurs coupables d'usurpation et de violence, faire triompher les opprimés et faire obtenir son droit à chacun (قمع الظالمين على الغصب والتعدي وغير ذلك ونصرة المظلومين وايصال كل ذي حق الى حقه) ;

3° appliquer les peines prévues par le Coran et assurer le respect des droits de Dieu (اقامة الحدود والقيام بحقوق الله تعالى) ;

4° juger en matière de crimes et coups et blessures (النظر في الدماء والجراح) ;

5° veiller aux biens des orphelins et des fous et à ce que ceux-ci soient pourvus de tuteurs testamentaires en

vue de la conservation de leurs biens (النظر في اموال اليتامى والمجانين وتقديم الاوصياء عليهم حفظا لاموالهم) ;

6° surveiller les habous (النظر في الاحباس) ;

7° exécuter les testaments (تنفيذ الوصايا) ;

8° passer les conventions de mariage des femmes lorsque celles-ci n'ont pas de représentant matrimonial ou lorsque celui-ci les empêche de se marier (عقد نكاح النساء اذا لم يكن لهن ولي او عضلهن الولي) ;

9° veiller aux questions d'utilité publique concernant les routes (النظر في المصالح العامة من طرقات المسلمين وغير ذلك). El Ouancharisi, plus explicite, dit : veiller aux questions d'utilité publique, par exemple empêcher tout empiètement sur les rues ou places, supprimer les saillies des murs et les bâtiments qui ne se justifient pas ;

10° prescrire le bien et interdire le mal en paroles et en actions (الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل) (Qaouanin, p. 293).

De toutes les attributions, celle-ci n'est pas la plus négligeable. Le cadi doit être un modèle de vertu et exalter la morale de l'Islam.

## SECTION QUATRIEME

### DES CONDITIONS REQUISES POUR ÊTRE NOMMÉ CADI ET DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AU CADI

*Paragraphe premier.* — Des conditions requises pour être nommé Cadi.

Ces conditions sont de deux sortes : obligatoires (واجبة) et méritoires (مستحبة).

Les conditions obligatoires sont au nombre de dix. Le cadi doit être :

Musulman (مسلم) ;

doué de raison (عاقل) ;

pubère (بالغ) ;

du sexe masculin (ذكر).

Cela s'accorde bien avec l'esprit du Coran qui proclame à l'envi la supériorité de l'homme. Aussi est-on assez surpris d'apprendre que le rite hanéfite autorise la femme à juger en matière immobilière et que Tibari l'a autorisée à juger en toute matière (واجاز ابو حنيفة قضاء المرأة في الاموال واجازه الطبري مطلقا). En droit public français, l'incapacité de la femme a persisté à travers tout l'ancien droit. Ainsi, est-il admis qu'elle n'a point accès aux fonctions publiques. La T.A.C. de Bretagne, art. 88, déclare que « nulle femme ne sera tuteresse, curateresse, ni juge ».

libre (حر) );

avoir l'usage de l'ouïe (سميع);

avoir l'usage de la vue (بصير);

avoir l'usage de la parole (متكلم).

De nombreux auteurs considèrent que ce ne sont pas là des conditions nécessaires pour être nommé cadi mais que la perte de ces facultés constitue des causes de révocation (واما كونه سميعا بصيرا متكلما فغير شرط ولاية من ليس كذلك منعقدة لكن يجب عزله) (Loubab El Loubab, p. 254) (Voir plus haut, Livre Premier, Ch. deuxième, Section deuxième).

honorable (عدل) ;

avoir la science juridique (عارفا بما يقضي به) (Qaouanin, p. 294).

***

Les conditions méritoires sont au nombre de quinze :

1° « il faut que le cadi connaisse le Coran et la Souinna

« à un degré lui permettant de rendre des jugements confor-
« mes à la loi sans imiter aucun imam (idem dans El
« Aïqad El Mounedhem, p. 189) ;

2° « qu'il connaisse la langue arabe » (id. dans Loubab El Loubab, p. 254) ;

3° « qu'il sache mettre en forme d'actes les conditions « des parties », c'est-à-dire qu'il doit posséder la science notariale ;

4° « qu'il soit scrupuleux dans l'exercice de sa religion « (ان يكون ورعا في دينه) et la scrupulosité (le mot ne « me plaît pas mais c'est celui qui traduit le mieux le « mot arabe) est une qualité supérieure à l'honorabilité » (id, dans El Aïqad El Mounedhem, p. 188) ;

5° « qu'il soit riche. S'il est pauvre, l'imam l'enrichira « (c'est-à-dire le secourra pécuniairement) et lui paiera ses « dettes » (idem El Aïqad El Mounedhem, p. 188) ;

6° « qu'il soit patient » ;

7° « qu'il soit ferme et grave sans se mettre en cour-roux » ;

8° « qu'il soit longanime, d'un abord facile » ;

9° « qu'il soit compatissant, qu'il prenne soin des veu-« ves et des orphelins » ;

10° « qu'il se montre prudent pendant les délibérés pré-« cédant les jugements » (idem dans Loubab El Loubab, p. 254) ;

11° « qu'il reste insensible aux critiques et aux pressions « des gens influents »;

12° « qu'il soit parmi les gens pris en exemple » ;

13° « que son ascendance soit connue, qu'il ne soit ni « enfant adultérin, ni le fils d'une femme contre qui a « été prêté le serment d'anathème » (Loubab El Loubab, p. 254) ;

14° « qu'il n'ait pas subi une peine punie par le Coran « ( حد ) ou s'il l'a subie, qu'il se soit repenti » (idem dans Loubab El Loubab, p. 254 et dans El Aïqad El Mou-nedhem, p. 188) ;

15° « qu'il soit vif et non indolent » (id dans Loubab El Loubab, p. 254).

Toutes ces citations sont tirées des Qaouanin, p. 295.

*Paragraphe deuxième.* — Des obligations imposées au Cadi (آداب القاضي).

Elles sont au nombre de vingt. Le Cadi doit :

1° « siéger dans un lieu où puissent accéder le faible « et le fort. Suivant de vieux errements, le cadi siège dans « la mosquée. Il a paru préférable à certains hommes de « science que le cadi siège en dehors de la mosquée pour « que les femmes ayant leurs règles et sortant de couche, « les juifs et les chrétiens puissent accéder jusqu'à lui. « Il doit mettre les parties sur un pied d'égalité quant « à l'endroit du prétoire qu'il leur assigne, quant aux « audiences, quant à leur audition, quant aux observa- « tions qu'il leur adresse (idem dans El Aïqad El Mou- « nedhem, p. 194). Il ne doit pas préférer le dignitaire à « l'homme du peuple, le riche au pauvre, le plaideur pré- « sent au plaideur absent. »

2° « il doit siéger à intervalles espacés pour pouvoir « se reposer ; il ne doit pas siéger de nuit ou les jours « de fête. Bref, il doit se plier aux exigences du public « et non pas plier celles du public à soi. Il ne doit pas « siéger, dit Ibn Salamoun, par trop gros temps de pluie « quand les chemins sont embourbés car cela gêne le « public. Il ne doit pas siéger entre les deux prières « du « dohor » (ظهر) et de l'« aser » (عصر), ni entre « les deux prières du soir. Il ne doit pas siéger les jours « où on égorge le bétail, le jour de la rupture du jeûne, « le jour du départ pour la Mecque et le jour du retour » (El Aïqad El Mounedhem, p. 190).

3° « il ne doit pas juger en état de colère ou affamé ou altéré » ;

4° « il doit consulter les hommes de science et se con- « former à leurs dires » (idem dans Loubab El Loubab, p. 254) ;

5° « il ne doit pas donner de consultations sur les af-
« faires litigieuses ni entendre les moyens de l'une des
« parties en l'absence de l'autre ;

6° « ne pas accepter de dons si ce n'est de proches qui
« ne le gratifient pas à cause de ses fonctions. »

Ibn Salamoun a consacré de longs développements aux tentatives de corruption des fonctionnaires. Nous citerons les passages les plus expressifs : « Un gouverneur ayant
« dit au Prophète, un tel m'a offert un cadeau, le Pro-
« phète le lui retira en disant : si tu étais resté dans la
« chambre de tes père et mère (pour dire : si tu étais
« resté simple particulier), est-ce que les gens t'auraient
« apporté des cadeaux ? »

Ibn Habib a dit : « tout profit réalisé par un gouver-
« neur en dehors de ses biens propres ou par un cadi dans
« sa fonction ou par tout autre agent musulman, l'imam le
« confisquera au profit de la communauté musulmane. »

« Omar avait l'habitude, quand il désignait un gouver-
« neur, de faire l'inventaire de sa fortune personnelle
« de façon à pouvoir évaluer dans quelle proportion elle
« augmenterait par la suite. Quand celle-ci avait augmenté
« dans des proportions excessives, Omar en confisquait la
« moitié. Malek rapporte qu'il confisqua ainsi la moitié
« de la fortune d'Abou Horeira, d'Abou Moussa et d'au-
tres. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 190).

« Omar Ben El Khatab écrivit à un de ses gouverneurs :
« évite de ne te soucier que de ton ventre comme les bêtes
« dont l'unique souci est d'engraisser et qui étouffent sous
« le poids de la graisse. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 189).

7° « ne demander aux gens ni objet, ni prêt, ni autre
« chose » ;

8° « ne rien acheter pour son propre compte ni avoir
« un domestique attitré pour les achats de peur qu'on ne
« lui fasse des prix de faveur » ;

9° « ne pas juger au profit d'une personne en faveur
« de qui il lui est interdit de témoigner, comme au profit
« de son fils et de son père. En pareil cas, il appartient

« au cadi de renvoyer l'affaire à un de ses collègues. Par « contre, le cadi peut juger contre elle. »

Les causes de récusation contre le cadi sont ici les mêmes que contre le témoin.

10° « ne pas juger contre son adversaire. Par contre, « le cadi peut juger en sa faveur. »

Même observation que ci-dessus.

11° « réprimander celui des deux adversaires qui a injurié « l'autre dans le prétoire » ;

12° « punir celui des deux adversaires qui lui a nui ou « l'a insulté ou a médit de lui ou l'a accusé d'injustice. En « pareil cas, la répression vaut mieux que le pardon. »

13° « éviter de se mêler aux gens ou de se promener en « leur compagnie si ce n'est en cas de besoin »;

14° « éviter de rire et de plaisanter » ;

15° « s'adjoindre un secrétaire et un interprète dignes « de foi » (idem dans El Aïqad El Mounedhem, p. 194).;

16° « surveiller les prisons et élargir ceux qui s'y trou- « vent sans droit »;

17° « éviter les festins hormis les repas de noce et s'abs- « tenir de toute nourriture quand on assiste à ces derniers » (id. dans El Aïqad El Mounedhem, p. 194).

18° « ne réformer les jugements de son prédécesseur que « s'il est connu pour son injustice. Il peut annuler ses « propres décisions quand elles lui apparaissent contraires « au droit »;

19° « surveiller ses huissiers et les empêcher de molester « les gens » ;

20° « enquêter secrètement sur la conduite de ses témoins « pour pouvoir distinguer entre le témoin honorable et « celui qui ne l'est pas. »

Inutile de dire qu'aucun cadi ne saurait remplir toutes ces conditions qui feraient de lui une perfection, un modèle inaccessible. C'est bien ce que pensent les auteurs. « Malek a dit : je ne sache pas que toutes ces qualités soient réunies « aujourd'hui chez un seul cadi. Celui qui en réunit seu-

« lement deux : la science et la scrupulosité, est nommé.
« Ibn Habib a dit : à défaut de la science, le cadi doit
« avoir la raison et la scrupulosité : la scrupulosité l'empê-
« che de se prononcer trop hâtivement ,la raison l'incite à
« bien s'informer. » (Loubab El Loubab, p. 254).

## SECTION CINQUIEME

### Des rapports des cadis entre eux

Deux observations s'imposent :

— les moyens de communication ont été rares et précaires dans les divers pays d'Islam jusqu'au début du XIXème siècle ; les gens circulaient difficilement, la correspondance était souvent pillée ;

— de faux envoyés pouvaient se présenter aux cadis de la part de leurs collègues; de fausses lettres pouvaient être remises; la signature et le cachet du cadi étaient imités. Ces manœuvres frauduleuses étaient fréquentes.

De là les moyens assez compliqués employés à l'époque pour permettre aux cadis de communiquer entre eux. Dans certains pays, ceux-ci ont été simplifiés mais pas dans tous. Nous nous bornerons à les indiquer tels quels.

Correspondre avec un autre cadi se dit « Khatabâ » (خطب), c'est-à-dire communiquer ; le moyen légal de communiquer s'appelle le « Khitab » (خطاب) qui signifie « apostrophe » ou « lettre » dans son sens le plus courant.

*
**

Les cas dans lesquels les cadis correspondent entre eux sont au nombre de trois (وللقاضي ان يخاطب قاضيا اخر باحد ثلاثة اشياء) :

a) le cadi signifie à un autre qu'il a rendu un jugement définitif (الحكم الذي حكم به في قضية بعد نفوذه).

Cette signification suppose que le cadi ne peut exécuter lui-même sa propre décision, comme lorsque la partie condamnée ne se trouve pas dans sa circonscription.

b) le cadi fait connaître à un autre que des témoins ont déposé devant lui à propos d'une affaire, qu'il a accepté leurs témoignages et qu'il tient désormais pour valable qu'il rende son jugement dans cette affaire (واداء الشهود وقبولهم المتضمن الثبوت على ان يحكم فيها المكتوب اليه).

Cela suppose que la preuve ne peut êt e faite devant le cadi compétent pour juger.

c) le cadi fait connaître à un autre qu'il a simplement recueilli le témoignage de personnes déterminées et il invite son collègue à s'assurer de l'honorabilité de ces personnes et à juger (بمجرد اداء الشهود على ان ينظر المكتوب اليه في تعديلهم ثم يحكم).

Ici, le cadi n'ayant pu s'assurer de la moralité des témoins, invite son collègue à le faire à sa place.

*
**

Les moyens par lesquels les cadis correspondent entre eux sont au nombre de trois :

*a*) le cadi fait prendre témoignage contre lui qu'il a fait un acte quelconque, par exemple qu'il a recueilli un témoignage ou qu'il a jugé, puis les témoins qui ont recueilli son témoignage vont en témoigner devant le cadi qu'il désire informer de cet acte (إما بإشهاد القاضي على نفسه بالحكم او الثبوت او الاداء ثم يشهد من شهد عليه بذلك عند القاضي الاخر).

Il est inutile d'insister sur la complication d'un tel système.

*b*) le cadi informe son collègue par lettre (ان يكتب اليه).

« Les anciens auteurs exigeaient alors que témoignage

« fût pris contre lui du contenu de la lettre ou bien que « le contenu de la lettre fût bien de son écriture ou bien « que la lettre fût revêtue de son cachet, cachet connu de « l'autre cadi. » (Voir développements très clairs donnés dans El Aïqad El Mounedhem, p. 200, sur ce point).

*c*) Il l'informe de vive voix (بالمشافهة).

Ce moyen de correspondre est contraire à un principe d'ordre général selon lequel les cadis ne sauraient faire aucune communication valable quand ils se trouvent en dehors de leur circonscription. Ce principe est ainsi posé par Ibn Salamoun : « Lorsque celui qui notifie le jugement « ne se trouve pas dans sa circonscription, la notification « n'est pas valable. Lorsqu'il se trouve dans sa circons- « cription et que le cadi auquel il le notifie de vive voix « ne se trouve pas dans la sienne, il ne saurait en faire « état. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 200).

Aussi n'y a-t-il qu'un cas où l'emploi de ce moyen ne soulève aucune difficulté, c'est lorsque les circonscriptions de deux cadis sont voisines, que chaque cadi se porte aux confins de sa circonscription et que l'un fait une communication à l'autre (ان يكونا متجاورين ويكون كل واحد منهما في طرف عمله يعلم احدهما الاخر بثبوت الحكم فذلك جائز). (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

Hormis ce cas, la légalité d'un tel moyen est contestée. Pour Ibn Djouzi, il est nul en raison du principe énoncé plus haut (وهي غير كافيه لان احدهما في غير محل ولايته ومن كان في غير موضع ولايته لم يقبل خطابه). Ibn Salamoun, lui, constate qu'à la longue le principe n'a plus été observé. « Ibn Sahel a dit : j'ai demandé à Ibn Atab : « Est-ce qu'au cas où une obligation a été prouvée chez « un cadi contre un justiciable d'une autre circonscrip- « tion et où ce cadi en informe son collègue de vive voix, « cette information a la même valeur qu'une lettre éma- « nant de sa circonscription ? Il m'a répondu : une telle « information n'a pas la même valeur. Ibn Sahel a dit : « j'ai vu les juristes de Thitla considérer comme licite le

« fait par un cadi, de passage dans une ville, de notifier « verbalement un jugement au cadi de cette ville. Ce der- « nier tenait cette notification verbale pour l'équivalent « d'une notification écrite régulière. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 199).

(Toutes ces citations sont tirées des Qaouanin, p. 247, à part celles d'Ibn Salamoun).

*
**

## Questions accessoires

*Première question.* — Quid, lorsque le cadi auquel la correspondance est adressée, meurt ou bien est révoqué ? Son successeur est tenu d'en exécuter les prescriptions (اذا مات القاضي المكتوب اليه او عزل لزم من ولى بعده اعمال ذلك الخطاب) (Qaouanin, p. 297).

*Deuxième question.* — Le cadi qui reçoit des instructions d'un de ses collègues par lettre, est-il obligatoirement tenu de les exécuter ? Non. Il les exécute s'il sait son collègue compétent mais il ne les exécute pas dans le cas contraire (اذا خاطب قاضي قاضيا فان عرف انه اهل للقضاء قبل خطابه وان عرف انه ليس اهلا له لم يقبله) (Qaouanin, p. 297).

## CHAPITRE TROISIEME

### LE CONSULTEUR (المفتي)

Le Cadi représente l'action; il reçoit les témoignages, il dirige la procédure, il juge. Le consulteur représente la méditation; il cherche, il confronte, il pense pour le cadi. Le cadi asseoit le plus souvent ses décisions sur les consultations produites par les parties. Nous avons vu plus haut que c'est un devoir pour lui « de consulter les hommes de science ». Cadi et consulteur se complètent l'un l'autre.

La condition essentielle requise chez le consulteur est de connaître la loi, d'être versé dans la science juridique. A priori, le consulteur est supérieur au cadi en connaissances théoriques. Très souvent, le consulteur est en même temps professeur de droit. L'ignorance de la loi équivaut à son non être. Par son activité, le consulteur maintient la loi en vie, l'empêche de s'engourdir, de devenir caduque.

Dans la connaissance de la loi, il y a bien des degrés. On classe généralement les consulteurs en trois catégories :

1° une première catégorie comprend les hommes de science qui croient dans le caractère véridique du rite malékite (طائفة اعتقدت صحة مذهب) et y acquiescent (تقليدا) sans exiger de preuve (بغير دليل).

Cette catégorie s'impose uniquement d'apprendre par cœur les dires de Malek et de ses compagnons sur les questions de droit (واخذت نفسها بحفظ مجرد اقواله واقوال اصحابه في مسائل الفقه) sans faire effort pour en comprendre le

sens (دون التبفه فبي معانيها), en distinguant entre le vrai découlant des principes du faux qui s'en écarte (بتمييز الصحيح منها الجاري على اصوله من السفيم الخارج).

Elle n'atteint pas le degré d'assurance lui permettant de rattacher par analogie les cas d'espèce aux principes (لم تبلغ درجة التحفيق بمعرفة فياس البروع على الاصول).

2° une deuxième catégorie groupant les hommes de science qui croient au caractère véridique du rite de Malek pour l'avoir découvert dans les principes (بان لها ايضا من صحة اصوله). Ces hommes de science n'apprennent pas seulement par cœur les dires de Malek et de ses compagnons mais font effort pour en comprendre le sens. Ils arrivent ainsi à discerner le vrai qui découle des principes du faux qui s'en écarte. Ils acquièrent un degré d'assurance tel qu'ils peuvent rattacher par analogie les cas d'espèce aux principes. Cela parce qu'ils connaissent les règles du Coran, celles qui permettent de distinguer entre l'abrogeant et l'abrogé, entre le précis et l'imprécis, entre le particulier et le général (عالمة باحكام الفرأن عارفة باحكام الناسخ منها والمنسوخ والمفصل من المجمل والخاص من العام), parce qu'ils connaissent les dires des Compagnons du Prophète, de leurs suivants et des savants des métropoles qui leur ont succédé, les points sur lesquels ils s'accordent et ceux sur lesquels ils s'opposent (عالمة بافوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الامصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه) et parce qu'ils connaissent la langue dans une mesure leur permettant de distinguer entre les acceptions des mots et d'adapter les citations aux cas qui se posent (عالمة من علم اللسان بما تفهم به معاني الكلام عارفة بوضع الادلة فيها مواضعها).

3° une troisième catégorie groupant les hommes de science autorisés à donner des consultations en toute matière. Leurs consultations reposent sur l'effort de compréhension personnel, sur l'analogie (des cas soumis) avec les sources du droit : Coran, Sounna et sur l'accord des imams sur le lien unissant les deux sources précédentes et l'espèce envisagée (وهي التي يصح لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الاصول التي هي الكتاب والسنة واجماع الائمة بالمعنى الجامع بينهما وبين النازلة).

***

Chacune de ces trois catégories de consulteurs n'a pas les mêmes pouvoirs :

1° la première est celle qui présente le moins de garanties au point de vue des connaissances et de l'initiative. Elle est toute crédulité et son activité entière est guidée par l'esprit d'imitation. On peut donc craindre qu'elle discerne mal les rapports des cas d'espèce avec la loi et elle n'est pas admise à donner des consultations (فلا يصح لها بما علمته وحفظته من قول مالك). Ce qui surprend un peu car on comprend assez mal qu'on reconnaisse la qualité de consulteurs à des gens qui n'ont pas le droit de donner des consultations.

« Toutefois, il est permis à cette catégorie de se donner « à elle-même des consultations sur ses propres affaires « lorsqu'elle ne trouve personne à qui s'adresser. Elle imi- « tera alors Malek ou un de ses compagnons. »

2° la deuxième offre plus de garanties. Si elle croit au caractère véridique du rite, c'est qu'elle l'a discerné d'elle-même. Elle a donc un peu plus d'esprit critique.

Elle est admise « à donner des consultations d'après « les dires de Malek et de ses Compagnons lorsque ceux-ci « lui sont apparus fondés, tant sur les affaires où elle « est consultée que sur ses propres affaires. Mais elle

« ne saurait donner des consultations basées sur son inter-
« prétation personnelle à propos d'espèces sur lesquelles
« les dires de Malek et de ses compagnons font défaut car
« elle ne possède pas l'entier pouvoir d'interprétation
« personnelle qui permet de rattacher les espèces aux prin-
« cipes. »

3° la troisième est celle qui a le pouvoir d'interprétation personnelle (اجتهاد).

Elle est autorisée, comme nous l'avons vu, à donner des consultations en toute hypothèse.

(Toutes ces citations sont extraites d'El Aïqad El Mounedhem, pp. 203, 204, 205 et 206).

*
**

Ibn Salamoun fait suivre ces détails techniques de quelques propos sur la consultation que nous croyons utile de résumer.

Au fond, la grande difficulté de la consultation est de raisonner par analogie ou pour dire plus simplement de bien discerner le « rapport des choses ». Or, il y a des analogies apparentes (فياس جلي) sur la véritable nature desquelles un signe très net ne laisse aucun doute (لان المعنى الذي يجمع بين الفرع والاصل فد يعلم قطعا بدليل قطعي) et qu'on trouve signalées dans les ouvrages de droit et il y a des analogies cachées (فياس خبي) qu'on ne peut discerner que par induction (وفد يعلم بالاستدلال).

Seuls les consulteurs de la troisième catégorie, ceux qui ont le pouvoir d'interprétation personnelle, sont admis à les découvrir. Ce pouvoir, à l'analyse, n'est pas autre chose que celui de créer de nouvelles normes juridiques, d'augmenter le champ de la loi.

L'art de la consultation ne s'acquiert pas seulement par de longues études et il ne suffit pas pour l'exercer d'avoir appris par cœur de nombreuses règles de droit. C'est une grâce divine, c'est. comme dit Ibn Salamoun, une lumière que Dieu envoie à qui il veut (وانما هو نور يضعه الله حيث يشاء). Ceux qui se sentent illuminés par une telle grâce peuvent s'arroger le droit de donner des consultations. De même que les plaideurs peuvent demander des consultations à ceux en qui ils sentent l'illumination.

Dans les lois d'origine révélée comme la loi musulmane, il n'y a jamais rien de strict. Après avoir fondé une hiérarchie des consulteurs sur la capacité, Ibn Salamoun admet que l'inspiration divine peut y suppléer en partie. Les docteurs de l'Islam n'éprouvent ainsi aucune gêne à allier le surnaturel à la raison, insensibles aux contradictions que cela entraîne.

*
**

Que doit faire un cadi touchant les espèces dont il est saisi et sur lesquelles il ne trouve aucun texte dans les ouvrages de Malek et de ses disciples ? Il ne les jugera qu'après avoir consulté les hommes de science ayant pouvoir d'interprétation personnelle ou sachant raisonner par analogie, s'il s'en trouve dans sa circonscription. Si le cadi juge d'après sa seule inspiration alors qu'il n'a pas le pouvoir d'interprétation personnelle ou d'après la consultation d'un consulteur n'ayant pas ce pouvoir, il outrepasse ses droits ; l'imam lui ordonnera de s'abstenir de juger en de pareilles espèces lorsqu'il n'y a pas de consulteur à pouvoir d'interprétation personnelle dans sa circonscription (El Aïqad El Mounedhem, pp. 203, 204, 205 et 206).

# LIVRE DEUXIEME

## LA PROCEDURE

L'acte par lequel on porte un droit devant le cadi s'appelle la demande (مفال). A la demande succède la réponse (جواب) par laquelle le défendeur prend parti au regard de la demande. Le défendeur peut être présent, mort ou absent. Les actions que la demande met en mouvement se répartissent en plusieurs catégories. Au cours du procès, le cadi assigne des délais aux parties, invite chacune d'elles à opposer ses moyens lors d'une production de pièce par l'autre, rend des ordonnances de forclusion, condamne à fournir caution. Le Cadi met en demeure les parties d'administrer la preuve ; les actes produits par chaque partie peuvent être valables en la forme et se contredire quant au fond. Le cadi juge. En matière immobilière le cadi tiendra compte de la possession. Le cadi peut être récusé.

*
**

Les développements qui vont suivre sont puisés chez des auteurs vivant il y a quatre ou cinq siècles. Mais on sait que les institutions évoluent lentement en Islam. Seules varient les matières dans lesquelles le pouvoir d'interprétation personnelle peut s'exercer. Nous ne négligerons pas, du reste, d'indiquer les rares variations intervenues à notre connaissance.

# CHAPITRE PREMIER

## DE LA DEMANDE (مقال)

Une question essentielle domine cette matière, celle de savoir comment on différencie le demandeur du défendeur (في الفرق بين المدعي والمدعى عليه). Son importance a été soulignée en ces termes par Saïd Ibn El Moussib : « qui « distingue bien le demandeur du défendeur n'est pas em- « barrassé pour les départager. » Il existe un certain nombre de définitions sur l'un et sur l'autre. Entre autres, on peut citer celle d'Ibn El Moussib lui-même : « Le deman- « deur est celui qui dit : voilà ce qui est, et le défendeur « celui qui dit : voilà ce qui n'est pas. » (والمدعي هو من يقول فد كان كذا والمدعى عليه هو من يقول لم يكن). Un autre auteur a dit : « le demandeur est celui qui provoque son « adversaire en justice, le défendeur est celui qui est pro- « voqué. » (المدعي هو الذي دعا صاحبه الى الحكم والمدعى عليه هو المدعو). Un critérium précis a été donné par plusieurs auteurs : « le demandeur est celui dont le dire est le plus « faible parce que contraire à une convention ou à l'état « normal des choses et le défendeur est celui dont le dire « est conforme à la coutume ou à l'état normal des choses « ou à une induction. » (المدعي هو من كان قوله اضعف لخروجه عن معهود او لمخالفة اصل والمدعى عليه هو من ترجح قوله بعادة او موافقة اصل او قرينة). On trouve un crétérium à peu près analogue dans les Aïqad El Mounedhem d'Ibn Sala-

moun : « la différence entre le demandeur et le défendeur est « la suivante : celui dont le dire est contraire à l'état normal « des choses ou à la coutume a position de demandeur : « celui dont le dire est conforme à l'état normal des choses « est le défendeur. » ( وتحديد البرف بين المدعي والمدعى عليه ان من كان فوله على خلاف الاصل او العرف والعادة فهو المدعي والذي يوافق فوله ذلك فهو المدعى عليه). (El Aïqad El Mounedhem, p. 195). On croit lire les commentaires consacrés par les civilistes français à l'article 1315 du Code Civil.

Les citations qui précèdent sont extraites des Qaouanin, pp. 298 et 299, à l'exception de celle d'Ibn Salamoun. Pour compléter ces développements, Ibn Djouzi cite un exemple :

« Un individu intente une action à l'effet de se faire « reconnaître créancier d'un autre. Son dire étant faible, « il est demandeur; le dire de celui qui est cité est plus « fort et il est défendeur parce que l'état normal des cho- « ses est que les gens ne se doivent rien entre eux. Si le « demandeur prouve son droit et que le défendeur prétende « l'avoir payé, il devient demandeur à son tour parce que « l'état normal des choses est qu'on ne rembourse pas ses « créances. » (Qaouanin, pp. 298 et 299). Le défendeur allèguant un acte ayant mis fin à sa situation de débiteur, à savoir le paiement, il lui incombe de faire la preuve de cet acte. Il devient ainsi demandeur : reus in excipiendo fit actor.

La position de demandeur ou de défendeur peut également résulter d'une induction ( قرينة ) ou présomption.

« Par exemple, une chose est revendiquée entre les mains « de celui qui la possède. Le dire du possesseur est pré- « férable (parce que sa possession fait présumer qu'il est « propriétaire) et il est défendeur. Le dire du revendi- « quant est faible et il est demandeur. » (Qaouanin, p. 299).

Parodiant la fameuse parole du Prophète : la preuve incombe au demandeur et le serment au défendeur ( البينة

على المدعي واليمين على من انكر), Ibn Djouzi tire des développements qui précèdent la règle suivante : la preuve incombe à celui dont le dire est faible et le serment à celui dont le dire est fort ( البينة على من ضعف قوله واليمين على من قوي قوله ) (Qaouanin, p. 299).

*
**

Il n'appartient pas au cadi d'impartir la position de demandeur à l'une des deux parties. Cette position appartient à celle qui prend la première la parole devant lui. Car le cadi doit absolument éviter de prendre partie dans le débat et se garder de toute initiative pouvant faire naître le plus léger doute sur ce point. « Le cadi, dit Ibn Sala-
« moun, dira aux parties laquelle de vous est demande-
« resse ? Si l'une d'elles répond : moi et que l'autre
« acquiesce, elle prendra la parole et l'autre se taira
« jusqu'à ce qu'elle ait fini de parler. Si toutes les deux
« répondent moi, le cadi les fera sortir jusqu'à ce que
« l'une se présente devant lui. Celle-ci sera demanderesse.
« C'est là l'avis d'Ibn Habib qu'a rapporté Asbagh. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 194). Pourtant, quelques auteurs se montrent moins rigoureux sur ce point. « Il est dit dans
« la Maouna que le cadi écoute celle des parties qui parle
« la première et qu'au cas où elles ne s'entendent pas,
« il tirera au sort entre elles. En émettant un pareil
« avis, l'auteur a eu en vue la tradition suivante : Deux
« hommes portèrent leur différend devant le Prophète.
« L'un d'eux lui dit : O Phophète de Dieu, juge moi d'après
« le Livre de Dieu. L'autre, qui était le plus instruit, dit :
« j'accepte, o Prophète de Dieu, juge nous d'après le
« Livre de Dieu et permets que je parle le premier. Le
« Prophète lui dit : parle. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 195).

Ces textes laissent supposer que l'instance s'engage par des paroles. Il ne faut pas s'en étonner car la loi musulmane postule que tous les actes juridiques peuvent se

conclure oralement. L'habitude de coucher par écrit les témoignages de ceux qui y assistent est le fruit d'une lente et longue évolution. Il n'y a pas toujours eu auprès du cadi des témoins honorables ou adoul pour mettre en forme d'actes les déclarations des parties.

*
**

La demande doit être précise (ويشترط ان يكون محققة (Loubab El Loubab, p. 255). Ibn Salamoun dit en termes assez proches : « On n'écoute pas la demande tant qu'elle n'est pas précisée. » (ولا تسمع الدعوى حتى تكون معلومة ) (El Aïqad El Mounedhem, p. 195). Et il cite à titre d'exemple un certain nombre de demandes imprécises : « Si le demandeur se borne à dire : j'ai une créance « contre un tel... on ne reçoit pas sa demande jusqu'à ce « qu'il la précise. Ne sont pas recevables également les « demandes ainsi libellées : « je crois avoir une créance « de tant... contre un tel... »; « un tel me doit le dixième « d'une part indivise »; « il m'est redevable d'un certain « nombre de dinars sans faire connaître l'origine de sa « créance. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 195).

Ibn Salamoun cite un exemple authentique où l'imprécision de la demande a entraîné son rejet : « On rapporte « qu'un individu cita Bachir ben Atab devant le cadi « Mohamed ben Smaa. Montrant son adversaire au cadi, « il lui dit : « Cet homme s'est porté caution envers moi « de la personne d'un tel. » Mohamed Ben Smaa dit à « Bachir : « Qu'apposes-tu à cela ? Bachir lui répondit : « Il ne t'appartient pas de m'interroger à ce sujet car la « demande de cet individu n'a pas plus de valeur qu'une « simple information. Cette information ne saurait être « considérée comme une demande en garantie et consti- « tuer une action contre moi. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 194 et 195).

## CHAPITRE DEUXIEME

## DE LA REPONSE (جواب)

Une fois la demande exposée, le cadi ordonne au défendeur de répondre (اذا فرغ المتكلم امر خصمه بالجواب) (El Aïqad El Mounedhem, p. 195).

La réponse peut consister en :

un aveu (اقرار) ;

une dénégation (انكار) ;

un refus (امتناع).

*L'aveu.* — D'après Ibn El Athar — la jurisprudence est fixée dans ce sens — lorsque le défendeur avoue et qu'il est pris acte séance tenante de son aveu, le cadi le condamne sans adresser l'iadhar ou interpellation à son adversaire (اذا اقر وشهد عند القاضي باقراره في المجلس فقال ابن العطار يقضي عليه بغير اعذار) (Loubab El Loubab, p. 256).

Il va de soi que le défendeur se condamnant soi-même par son aveu, cette formalité devient superflue. Cependant, certains auteurs plus férus de formalisme que de logique exigent que l'interpellation soit adressée au demandeur pour que le cadi puisse condamner le défendeur à remplir son obligation (وقال غيره لا يقضى عليه إلّا بعد الاعذار ثم يامره بانصاف غريمه) (Loubab El Loubab, p. 256).

Si le défendeur avoue, dit Ibn Djouzi, on le condamne (وان اقر قضي عليه باقراره) (Qaouanin, p. 300).

*La dénégation.* — Elle doit être faite en termes précis (واما الانكار فيشترط ان يكون صريحا) (Loubab El Loubab, p. 256). « On n'acceptera pas du défendeur qu'il dise : « je ne crois pas qu'un tel... soit mon créancier. S'il dit : « un tel... n'a aucun droit sur moi », Ibn El Qacem a dit : « on n'admettra pas une telle réponse, Mouthref et Ibn « Madjichoun ont dit : « on l'admettra ». (Loubab El Loubab, p. 256).

Lorsque le défendeur nie le bien fondé de la demande, on invite le demandeur à faire la preuve (وان انكر طولب المدعي بالبينة) (El Qaouanin, p. 300).

Le demandeur produit-il une preuve ? On interpelle le défendeur (اعذر فيها للمطلوب). Nous verrons plus loin en détail en quoi consiste cette interpellation et les effets qu'elle produit. Y acquiesce-t-il ou bien prétend-il la combattre et n'y parvient-il pas ? on le condamne. Au cas où le demandeur ne produit pas de preuve, il jurera après avoir prouvé qu'il y a eu des pourparlers entre lui et le défendeur (وان لم تكن بينة احلف بعد ثبوت الخلطة) (Loubab El Loubab, p. 256) et celui-ci sera condamné. Le fait qu'il y a eu des pourparlers (خلطة) entre deux parties fait présumer que l'acte juridique (négotium juris) prétendu par l'une d'elles a été effectivement conclu, par exemple que l'autre s'est reconnue débitrice envers elle. A l'heure actuelle, la preuve qu'il y a eu des pourparlers n'est plus exigée et on se contente du serment pur et simple du demandeur.

***

Qu'arrive-t-il lorsqu'après avoir nié l'existence du droit prétendu par le demandeur, le défendeur produit un acte qui en implique l'existence ? On distingue suivant que l'action intentée par le demandeur est une action personnelle mobilière ou immobilière. Si c'est une action personnelle mobilière, l'acte du défendeur n'a pas de valeur ; si c'est une action immobilière, les avis sont partagés.

*Première hypothèse.* — L'action est une action personnelle mobilière. Par exemple, actionné en paiement d'une créance, le défendeur commence par en nier l'existence. Puis, il prétend l'avoir payée et produit un acte de quittance. On n'accordera aucun crédit à ce document car la première allégation du défendeur en fait apparaître le caractère mensonger (ان ادعى القضاء وقد تقدم منه انكار لا تسمع دعواه ولو اتى بالبينة لانه اكذبها) (Loubab El Loubab, p. 256). Autre exemple. Actionné en restitution d'un dépôt, le dépositaire nie l'existence du dépôt. Puis, se ravisant, il prétend l'avoir restitué. On n'accepte pas son dire (وكذلك ان كانت وديعة فادعى بعد الانكار ردها فلا يقبل) (El Aïqad El Mounedhem, p. 196).

*Deuxième hypothèse.* — L'action est une action immobilière. On ne saurait mieux faire que de reproduire les développements consacrés à cette hypothèse par Ibn Salamoun.

« El Badji a cité le cas d'un héritier entre les
« mains de qui un de ses co-héritiers revendique un bien.
« L'héritier nie que le bien dépende de la succession, puis
« on prouve que le bien appartenait au de cujus. Les con-
« sulteurs de l'époque ont émis l'avis que le bien devait
« être partagé entre le négateur et les autres héritiers et
« que sa dénégation ne saurait lui porter préjudice. Il a
« dit : ce qu'il y a lieu de retenir du dire des consulteurs
« d'après Ibn El Qacem, c'est que la dénégation ne nuit
« pas au dénégateur quand il s'agit d'immeubles. C'est là
« l'avis d'Ahmed ben Abdallah et d'autres savants. D'après
« le dire des savants de Cordoue, on ne distingue pas
« suivant que la dénégation concerne des immeubles ou des
« créances et la dénégation nuit au négateur. C'est là le
« dire d'Ibn El Athar dans son formulaire notarié. Dans
« les Jugements d'Ibn Sahel, on trouve ceci au sujet d'une
« maison revendiquée entre les mains du possesseur. Le
« défendeur prétend n'avoir conclu aucune opération avec
« le revendiquant. Puis il produit un acte établissant qu'il

« a acheté la maison à ce dernier. Ibn Loubaba, Abdallah « Ben Yaya, Ibn Oualid ont dit : le fait d'avoir nié ses rela- « tions d'affaires avec lui infirme l'acte de vente. Ibn « Sahel a dit : ils ont assimilé ce cas à celui où le débi- « teur nie ses dettes. Ibn El Qacem distingue entre les im- « meubles et les dettes. Il a dit : on fait produire effet « à la preuve en matière d'immeubles si le défendeur « excipe d'une excuse valable, comme de l'absence ou de « l'ignorance. Houssein ben Acem a rapporté que la preuve « n'est d'aucune utilité contre la dénégation aussi bien en « matière de créances qu'en matière d'immeubles. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 196 et 197).

***

Quid ? lorsque le procès a lieu avec un mandataire et que le débiteur oppose à celui-ci : « Ton mandant m'a « donné quittance » (ولو كان خصامه مع الوكيل فقال موكلك ابرأني) (Loubab El Loubab, p. 256). D'après Ibn Kinana, le mandataire jurera qu'il ignore l'existence de la quittance et obtiendra le remboursement à moins que son mandant ne soit proche. On écrira alors à celui-ci pour qu'il jure (فقال ابن كنانة يحلف الوكيل ما علم ببراءته ويأخذ إلّا ان يكون موكله قريبا فيكتب اليه فيحلف) (Loubab El Loubab, p. 256). Ibn El Qacem a émis un autre avis : le mandataire ne jurera pas et on attendra le créancier (وقال ابن القاسم لا يحلف الوكيل وينتظر صاحب الحق) (Loubab El Loubab, p. 256).

*Le refus.* — De même que la procédure française prévoit le défaut faute de conclure et le défaut faute de comparaître, la loi musulmane distingue suivant que le défendeur refuse de répondre ou de comparaître.

Lorsque le défendeur refuse de répondre, on le met en prison jusqu'à ce qu'il obtempère (وان امتنع من الاقرار

ولانكار سجنه القاضي حتى يفر او ينكر) (Qaouanin, p. 300).

Ibn Rachid dit qu'on peut l'y contraindre également par la bastonnade (Loubab El Loubab, p. 256).

Lorsque le défendeur refuse de comparaître, le cadi dispose de plusieurs moyens pour l'y contraindre :

*a*) il met ses biens sous main de justice et fait fermer la porte de sa demeure (يكتب بعفلة ضياعه ومنافعه وسد بابه ليضطره ذلك الى الحضور). Ce moyen est indiqué par Sahanoun ;

*b*) il l'envoie quérir par un aoun (huissier) et les frais d'aoun sont mis à sa charge (وجب القاضي معه اعوانه كان على المطلوب اجرة العون). Ce moyen est indiqué par Sahanoun ;

*c*) il le fait saisir chez lui (ومن الناس من قال يهجم عليه في داره) ;

*d*) « il envoie deux adoul avec des femmes et des aouns à son domicile. Les aouns se postent à la porte ; « les « femmes pénètrent et fouillent l'intérieur. Les prises sont « ensuite partagées. Ce moyen fut employé pour la pre- « mière fois par Omar à l'égard de la fille d'Abi Kaafa ». (Toutes ces citations sont extraites des Aïqad El Mounedhem, p. 198).

La perquisition est faite par des femmes et non par des hommes pour empêcher que ceux-ci se trouvent en présence des femmes du défendeur récalcitrant et que son harem soit violé.

Modèle de réponse :

Louange à Dieu,

« Un tel... dit être créancier d'un tel... pour une somme « de tant de dinars représentant le prix d'une vente qu'il « lui a consentie avant les présentes. Cette somme est restée « à la charge du débiteur jusqu'aux présentes, celui-ci

« n'ayant versé aucun acompte. En même temps que lui,
« a comparu un tel... qui a confirmé sa déclaration. Le
« défendeur a opposé à ce que dessus une dénégation ab-
« solue dans laquelle il a persisté. Le demandeur a pris
« connaissance de sa réponse et a maintenu sa demande.
« La justice les départagera. »

Dont Acte. (El Aïqad El Mounedhem, p. 195).

## CHAPITRE TROISIEME

# DES PROBLEMES POSES PAR LA COMPARUTION DU DEFENDEUR

Le défendeur peut ou comparaître ou être mort ou être absent (الدعوى اما ان تكون على حاضر او ميت او غائب) (Loubab El Loubab, p. 255).

### SECTION PREMIÈRE

Le défendeur est présent. Deux hypothèses sont possibles:

il est capable (رشيد) ou il est incapable (سفيه), qu'il soit pubère (بالغ) ou non (صبي).

1° Lorsque le défendeur est capable, le cadi le met en demeure de répondre (ان كان رشيدا لزمه القاضي الجواب) à moins que son action ne soit pas recevable (إلّا ان يشهد العرف ببطلان دعواه).

Nous verrons au chapitre suivant qu'il y a des actions que le cadi ne reçoit pas parce que vouées à un échec certain. Il évite ainsi des frais et une perte de temps au demandeur ;

2° lorsque le défendeur est incapable, le rite distingue suivant que l'acte ou le fait juridique sur lequel porte le procès engage sa responsabilité ou non.

L'engagent-ils ? (كانت الدعوى مما لو ثبتت بالبينة فضى)

(عليه بها في امواله) le cadi invitera le demandeur à faire **la preuve** (كلف اقامة البينة بذلك).

Ne l'engagent-ils pas ? le cadi obligera le demandeur à retirer sa demande (وإلّا امره بالكف عنهما).

Quels sont les actes et faits juridiques qui engagent la responsabilité de l'incapable ? Ce sont sans nul doute ses délits et quasi délits, comme la perte ou la détérioration de la chose d'autrui, les actes de violence, le vol à la tire, la rapine, les coups et blessures, l'homicide volontaire et involontaire (والذي يفضي به في امواله لاستهلاك والغصب والاختلاس والنهب والجراح والقتل عمدا او خطاء). (Voir sur ce point Morand. Etudes de Droit Musulman Algérien. L'interdiction, p. 145.)

Quels sont les actes et faits juridiques qui n'engagent pas l'incapable ? Ce sont ceux où le demandeur a pris de son plein gré l'initiative de l'acte ou du fait (بخلاف ما كان عن طوع من الفائم كالمناولة والبيع والابتياع والسلف) comme lorsqu'il a conclu un acte de vente ou d'achat ou de prêt avec l'incapable ou comme lorsqu'il lui a remis un objet à porter (et que celui-ci l'a cassé).

*
**

Il y a des actes et faits juridiques qui prêtent à controverse sur le point de savoir s'ils obligent l'incapable et dans quelle mesure. « Ibn Rachid cite le cas où son tuteur testa-
« mentaire remet à l'incapable une certaine somme d'ar-
« gent pour faire du commerce en vue d'éprouver ainsi
« son aptitude à administrer ses biens. Le commerce tourne
« au détriment de l'incapable et celui-ci devient débiteur.
« D'après une opinion isolée, le débiteur est obligé dans
« la mesure de la somme remise et non dans celle du mon-
« tant de la dette. Ibn El Qacem a dit dans la Moudaouana
« que le mineur n'est nullement obligé car l'épreuve qu'il

« a subie n'a pas mis fin à la tutelle. Au cas où c'est un « étranger qui lui a remis la somme, l'incapable n'est « obligé que dans la mesure de la somme qui lui a été « remise. »

Il est également délicat de savoir dans quelle mesure s'oblige l'esclave. Voici ce que dit Ibn Rachid à ce sujet : « A supposer qu'un individu demande à exercer la peine « du talion contre un esclave, le cadi mettra à même « celui-ci de répondre. S'il avoue et qu'il ait été autorisé « par son maître à faire du commerce, il est assimilé à un « homme libre (il est obligé par ses faits et actes). S'il « n'a pas été autorisé, on soumettra son aveu à son maître « qui le ratifiera ou le désavouera. Si son maître l'a « affranchi avant qu'on sache le parti qu'il a pris, il sera « obligé. » (Toutes ces citations sont extraites du Loubab El Loubab, p. 255).

## SECTION DEUXIEME

### Le défendeur est mort

Lorsque l'instance est dirigée contre un mort, le cadi ne la reçoit qu'autant que le demandeur prouve la mort et quels sont les héritiers (فان كانت الدعوى على ميت فلا يسمعها الفاضي الا بعد ثبوت الموت والوراثة). Au cas où un héritier capable avoue la mort, le demandeur n'est pas tenu de la prouver.

« Lorsque le demandeur prouve la mort et l'existence « de la créance, le cadi adresse l'iadhar à l'héritier, c'est- « à-dire le met en mesure de parer à cette preuve, puis le « demandeur prête le serment d'el qadha (ثم حلف يمين القضاء) ou serment relatif à une libération prétendue. « (Par ce serment, le demandeur jure n'avoir pas été rem- « boursé par le mort de sa créance). » En voici les termes : Je jure que je n'ai pas reçu d'un tel, fils d'un tel, décédé, quoi que ce soit de la somme qu'il a été

reconnu me devoir par devant le magistrat un tel, fils d'un tel. Je n'ai fait remise gracieuse d'aucune partie de cette dette et n'ai chargé personne de la recevoir en tout ou partie. (V. Tohfa d'Ibn Acem. Trad. Houdas et Martel, p. 99). « Si les héritiers sont pubères et capables et ne « réclament rien au demandeur ni au nom du mort, ni « en leur nom personnel, le demandeur n'est pas tenu « de prêter le serment d'el qadha, d'après Ibn Chaaban. « Le contraire est soutenu dans les « Nouader ». Certains « auteurs ont dit : Le serment est nécessaire car on peut « craindre la survenance d'un autre héritier ou d'une « autre dette. »

(Ces citations sont extraites du Loubab El Loubab, pp. 256 et 257).

## SECTION TROISIEME

### Le défendeur est absent

Et d'abord, peut-on juger contre l'absent ? Non, dit le rite hanéfite. Oui, dit le rite malékite, à l'exception d'Ibn Sahanoun (Qaouanin, p. 297).

Le jugement contre l'absent donne lieu à trois hypothèses :

1° l'absent n'est pas très éloigné du lieu du tribunal, il s'en trouve à deux ou trois jours de marche ( غائب فريب الغيبة على مسيرة اليومين والثلاثة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 202).

Le cadi l'invite à comparaître par lettre cachetée ou simple lettre ou par messager (او احضره القاضي بخاتم كتاب او رسول) (Qaouanin, p. 297).

S'il excipe d'une excuse valable, d'une maladie par exemple, le cadi l'autorise à se faire représenter ( وان اعتذر بمرض او شبهه امره بالتوكيل) (Qaouanin, p. 297 et 298).

S'il s'obstine à ne pas comparaître sans excuse, le cadi le fait comparaître de force (وان تغيب بغير عذر احضره الفاضي فهرا) (Qaouanin, p. 298). Sur l'ordre du cadi, l'aoun ou l'huissier s'en saisit et le traîne devant la mahakma. Cela rappelle l'in jus vocatio de la procédure romaine, ou sommation verbale faite en termes solennels par le demandeur. Ainsi sommé, le défendeur était obligé de suivre le demandeur, sinon celui-ci pouvait, pour vaincre sa résistance, le saisir et l'entraîner de force devant le magistrat. (V. Gaston May. Eléments de Droit Romain, p. 608).

Si on ne parvient pas à le faire comparaître, le cadi fait apposer les scellés sur sa maison (وان لم يوجد طبع على باب داره) (Qaouanin, p. 298), rend un jugement contre lui et l'exécute sur ses biens (حكم عليه وبيع عليه ماله من اصله) (El Aïqad El Mounedhem, p. 202). Toutefois, le cadi ne saurait rendre son jugement sans lui avoir adressé l'iadhar (يعذر عليه) (El Aïqad El Mounedhem, p. 202) ou interpellation destinée à lui permettre de discuter les moyens du demandeur.

D'après Ibn Salamoun et Ibn Rachid, le cadi peut recourir à cette procédure non seulement en matière de créances mais encore en matière de revendication de meubles, immeubles et animaux et en matière de répudiation et autre (ويحكم عليه ايضا في استحقاق الاصول والحيوان والعروض وجميع الاشياء من طلاق وغيره) (Loubab El Loubab, p. 257).

Une fois le jugement rendu, on n'autorise plus le défendeur à produire (ولا ترجى له حجة) (Loubab El Loubab, p. 257). En style de procédure française, on dirait que le défendeur n'est pas admis à faire opposition au jugement devenu définitif.

2° l'absent se trouve à dix jours de marche ou plus du

tribunal (غائب بعيد الغيبة على ميسرة العشرة لايام وشبهها)
(El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

Le cadi peut rendre un jugement contre lui sauf en matière de revendication d'immeubles, meubles, créances et animaux (بهذا يحكم عليه فيما عدا الاستحقاق للرباع والاصول والديون والحيوان والعروض) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

Le cadi n'est pas tenu de lui adresser l'iadhar (من غير اعذار) (El Aïqad El Mounedhem, p. 257). C'est une garantie de moins pour lui que dans le cas précédent.

Par contre, on ne l'autorise plus à produire après le jugement, comme dans le cas précédent (ولا ترجى له حجة من ذلك).

***

Telle est la doctrine dominante. Ibn El Madjichoun et Sahanoun s'en écartent sur de nombreux points. Pour eux, le cadi est compétent dans ce cas pour juger contre l'absent en toute matière (في هذا انه يحكم عليه في جميع الاشياء من الاصول وغيرها) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203). Il désignera un mandataire à l'absent et lui adressera l'iadhar (يوكل اليه وكيل يعذر اليه) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203). Il sera préférable et plus prudent pour le cadi d'autoriser le défendeur à produire après jugement, car le mandataire ad hoc peut ignorer les moyens de preuve dont dispose l'absent (والصواب ارجاء الحجة اذ قد لا يعرف الوكيل حجته فارجاء الحجة احوط) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

3° l'absent se trouve dans un lieu très éloigné comme une ville d'Afrique, d'Andalousie ou de Perse et on est sans nouvelles de lui (والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من

افريفية والمدينة من الاندلس وخراسان) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

En pareil cas le cadi peut juger contre l'absent en toute matière (وبهذا يحكم عليه في كل من الديون والحيوان والاصول وغيرها) et l'admet à produire après jugement (وترجى له الحجة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

***

« L'absence proche et lointaine auxquelles il est fait allu-
« sion plus haut, s'entendent lorsque les routes du pays sont
« sûres et fréquentées. Lorsque les routes ne sont ni sûres
« ni fréquentées, on juge contre l'absent, même s'il est
« proche, et on l'autorise à produire après jugement.

« Celui qui se trouve séparé du continent par un bras
! de mer mais dispose d'un passage court et sûr pour le
« traverser, est assimilé à celui qui est sur le continent.
« Lorsqu'il ne dispose pas d'un passage, on lui applique
« les règles de l'absent éloigné. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 203).

# CHAPITRE QUATRIEME

## DU CLASSEMENT DES ACTIONS
## (في مراتب الدعاوي)

Le rite classe les actions en quatre catégories :

1° les actions irrecevables par suite de l'impuissance absolue du demandeur à en rapporter la preuve ( دعوى لا تسمع ولا يمكن المدعي عن اثباتها) (Qaouanin, p. 299). Ces actions sont tellement insoutenables que le défendeur n'est pas tenu de prêter serment pour les repousser malgré la maxime du Prophète : « la preuve incombe au demandeur et le serment au défendeur » ( ولا يجب على المنكر يمين).

Comme exemples de ces actions, on peut citer celles ayant un caractère dubitatif, comme lorsque le demandeur dit : « je crois que tu me dois tant... »

2° les actions irrecevables comme étant contredites par l'ordre établi (وهي ما يفضي العرف بكذبها) (Qaouanin, p. 299). Par exemple, quelqu'un accuse un homme de bonne vie et mœurs de s'être livré sur lui à des violences, une femme accuse un homme de bonne vie et mœurs de l'avoir violée, un individu revendique une maison contre celui qui la possède et s'en gère en propriétaire depuis de longues années en sa présence, sans qu'aucune interdiction légale ou toute autre cause valable (liens de parenté ou co-propriété avec le possesseur) l'aient empêché d'exercer une action contre le possesseur. Dans tous ces cas, le cadi refuse d'entendre le demandeur, ne l'autorise pas à faire la preuve

et ne défère pas le serment au défendeur ( لا تسمع دعواه ولا بينته ولا يمين على الاخر) (Qaouanin, p. 299). (Voir sur le même sujet Loubab El Loubab, p. 255 et 256).

3° les actions recevables (دعوى تسمع) et pour lesquelles on demande au demandeur de faire la preuve ( ويطالب بالبينة ).

Elles sont caractérisées par ceci que si le demandeur ne rapporte pas la preuve, le serment est déféré au défendeur à condition que le demandeur prouve qu'il y a eu des pourparlers ou tractations entre lui et le défendeur ( فان اثبته وإلّا وجب اليمين على المنكر بعد ان يثبت المدعى ان بينه وبينه خلطة من بيع او شراء او شبه ذلك) (Qaouanin, p. 299).

Le fait qu'il y a eu des pourparlers entre les deux parties litigantes fait présumer qu'elles ont conclu un acte juridique et c'est pourquoi le rite défère le serment au défendeur pour faire tomber cette présomption. Il faut, en outre, cela va sans dire, que l'action soit vraisemblable et qu'elle n'ait pas nettement un caractère mensonger. Entrent, par exemple, dans cette catégorie d'action, les actions en recouvrement de créance.

Les auteurs qui ont mis à la charge du demandeur de prouver qu'il y a eu pourparlers sont Ali Ben Abi Taleb, les sept savants et Malek. Omar Ben Abdelaziz a dit : « le « serment incombe au défendeur quand il y a eu pourpar- « lers entre les parties litigantes. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 216). Les rites hanéfite et hanbalite n'exigent pas cette preuve qui est tombée en désuétude de nos jours. (Voir sur le même sujet Loubab El Loubab, p. 256 et Ibn Salamoun, p. 216).

La preuve qu'il y a eu pourparlers résulte de l'aveu du défendeur, du témoignage de deux témoins et du témoignage d'un seul témoin avec serment.

(Ces observations sont extraites des Qaouanin, p. 299).

4° les actions recevables et qui entraînent l'obligation de

jurer pour le débiteur en l'absence de pourparlers ( دعوى تسمع ويجب على المدعى عليه اليمين بنفس الدعوى دون خلطة ).

Ces actions correspondent aux cinq espèces suivantes :

— un individu prétend avoir remis à un artisan quelque chose à faire ou à réparer ( من ادعى على صانع منتصب للعمل انه دفع له شيئا يصنعه له ) ;

— un individu accuse de vol un autre individu sur qui pèsent des soupçons ( من ادعى السرقة على متهم بها ) ;

— un individu déclare avoir une créance contre un autre au moment de sa mort ( من قال عند موته لي دين عند فلان ) ;

— un malade en voyage prétend avoir confié son bien à un autre ( المريض في السفر يدعى انه دفع ماله لفلان ) ;

— un étranger prétend avoir confié un dépôt à un autre ( والغريب اذا ادعى انه اودع وديعة عند احد ).

(Toutes ces citations sont tirées des Qaouanin, p. 299 et 300).

# CHAPITRE CINQUIEME

## DES DELAIS (اجال)
## DE L'INTERPELLATON (اعذار)
## DE LA FORCLUSION (تعجيز)
## DE LA CAUTION (جميل)

---

### SECTION PREMIERE

### Des délais (اجال).

Dans la procédure française, les délais sont fixés par la loi. Celle-ci obéit à deux ordres de préoccupation : éviter que les procès traînent en longueur, donner aux parties le temps nécessaire pour bien établir leurs preuves.

Le rite laisse la fixation des délais à l'entière discrétion du cadi (وذلك راجع الى اجتهاد الحاكم) (Qaouanin, p. 300).

Cela s'explique d'autant mieux qu'à l'époque où le rite a élaboré cette règle, le progrès mécanique n'avait unifié ni les moyens de communication, ni la vitesse des moyens de transport en pays d'Islam. Tel allait à pied, tel à âne, tel à mule ou à cheval, suivant ses moyens, tel voyageait seul, tel en caravane, etc. Suivant que les pistes étaient détrempées ou sèches ou poussiéreuses, les distances parcourues par unité de temps étaient très variables. Tel trajet qui n'exigeait que trois jours de marche au printemps, en exigeait le double en hiver et quelquefois une crue déjouait tout calcul. Un autre facteur qui influait sur la durée des parcours était la sécurité. En cas d'insécurité, de nombreuses

précautions devenaient nécessaires qui retardaient la marche des voyageurs. Le rite était donc sage en donnant toute latitude au cadi en cette matière.

Généralement le cadi fait varier le délai suivant l'importance de l'affaire et la distance des lieux où les parties désirent constituer leurs moyens de preuve. Par exemple, le demandeur ou le défendeur disent au cadi : je désire faire établir un acte de notoriété ou de filiation, etc., dans telle ville qui se trouve à telle distance de la mahakma et le cadi fixe le délai en conséquence ( اذا طولب المدعي بالبينة وضرب له في ذلك اجل على قدر الدعوى وقرب البينة وبعدها) (Qaouanin, p. 300). Si, dit Ibn Rachid, l'une des parties prétend avoir un moyen de preuve sur place, dans la ville même du lieu de la mahakma, le cadi lui donne jusqu'à la fin du jour pour la produire. Si la preuve se trouve dans un endroit éloigné, le cadi lui impartit le délai qu'il juge utile ( ان ادعى ان له بينة حاضرة اجل في احضارها بقية يومه ويؤجله في الغائبة بقدر ما يراه) (Loubab El Loubab, p. 256).

Modèle d'acte impartissant un délai :

Louange à Dieu,

Le Cadi a interpellé un tel... au sujet d'un acte de réserve qu'il tient pour probant. L'interpellé a répondu qu'il a des défenses à opposer à cet acte. Avec l'autorisation de qui a pouvoir pour fixer les délais et juger de leur utilité, il lui a été imparti un délai de quinze jours à courir du lendemain des présentes.

Dont acte (El Aïqad El Mounedhem, p. 201).

Bien que la plus large initiative soit laissée au cadi en matière de délais, il y a cependant des usages. Généralement, le cadi accorde trois délais successifs, soit d'une même durée, soit d'une durée dégressive. Il lui arrive également de grouper ces délais en un seul. Il appartient au cadi, dit Ibn Salamoun, d'additionner ou de diviser les délais (للحاكم ان يجمع الاجال او يفرقها) (El Aïqad El

Mounedhem, p. 202). Les usages tiennent compte pour la fixation des délais de la nature de l'affaire. Hormis les délais en matière immobilière, dit Ibn Salamoun (qui sont de quinze jours), les délais sont au nombre de trois, le premier comprenant huit jours, le second six, le troisième quatre (وهي غير الاصول ثمانية ايام ثم ستة ثم اربعة El Aïqad El Mounedhem, p. 202). Ces délais consacrés par l'usage ont été d'abord fixés par les auteurs du rite en tenant le plus largement compte possible des besoins des plaideurs (قال ابن الحاج والذي حده اهل العلم من ضرب الاجال هو اقصاء ما يؤجل فيه اذا لم يقنع بافل من ذلك El Aïqad El Mounedhem, p. 202). Leur existence facilite la tâche des cadis, car étant donné la propension des parties à demander de très longs délais, les cadis évitent leurs récriminations en les appliquant purement et simplement (والمعلوم منه انما يطلب ان يوسع عليه فلذلك استمر العمل على ان يضرب له ما حد العلماء من الاجل El Aïqad El Mounehem, p. 202).

Quand il le juge utile, le cadi ajoute aux délais ordinaires un délai de rigueur de trois jours, qu'on appelle dans la terminologie juridique musulmane délai d'ultime répit. (تلوم). Ce qui caractérise ce délai, c'est qu'il ne peut être suivi d'aucun autre, c'est qu'il met un terme à la faculté de produire de la partie à laquelle il est accordé, après son expiration.

Modèle d'acte de délai de rigueur.

Louange à Dieu,

Le cadi accorde à un tel... un délai de trois jours à courir du lendemain des présentes, délai d'ultime répit, venant en suite des trois délais précédemment accordés.

Dont Acte.

(El Aïqad El Mounedhem, p. 201).

En même temps qu'il étudie les délais de procédure, Ibn Rachid traite du délai de grâce, qui est le délai demandé par le débiteur pour le paiement de sa dette et pour qu'il soit sursis aux poursuites. On sait qu'en droit français, ce délai, qu'on appelle aussi terme de grâce, est institué par l'article 1244, al. 2 du Code Civil et est étudié à propos des Contrats et Obligations. Respectant le classement des juristes musulmans, nous étudierons le délai de grâce, à cette place, sans souci du classement plus logique de la loi française.

Le terme de grâce est demandé par le débiteur au cadi. Quelquefois le débiteur ne demande pas un seul délai mais l'échelonnement de ses paiements. Si le débiteur, dit Ibn Rachid, répond qu'il entend se libérer mais demande un délai, le cadi lui accordera le délai qui lui paraîtra convenable ( لو اجاب الى اداء الحق لكنه سأل النظرة انظره القاضي بقدر ما يراه ). Suivant une opinion isolée, c'est au créancier qu'il appartient de fixer le délai ( وقيل ذلك الى صاحب الحق).

Parfois, le débiteur allègue qu'il n'a pas d'argent liquide mais des biens fonds. Le cadi lui fixe alors un délai pour rapporter la preuve de son allégation (ان ادعى العدم وليس عنده غير الاصول اجله في اثبات ذلك بقدر ما يراه). La rapporte-t-il ? le cadi interpelle le créancier. Si ce dernier la tient pour valable ou s'avère incapable de la combattre, le cadi déférera le serment au débiteur, l'élargira et lui donnera un délai de deux mois pour vendre ses immeubles ( واذا اثبتت ذلك اعذر فيه الى الطالب فان سلمه او عجز عن المدفع حلفه وسرحه واجله في بيع الاصول نحو شهرين). En même temps, il exigera de lui une caution d'exécution. Puis il lui fixera un délai pour procéder à la vente. Si le débiteur refuse de vendre, il le met en prison et lui inflige la

واخذ منه حميلا بالمال ثم يامره بعد الاجل بالبيع ) bastonnade
(فان ابى ضيق عليه بالسجن والضرب.

(Ces citations sont extraites du Loubal El Loubab, p. 256).

## SECTION DEUXIEME

### De l'interpellation (الاعذار)

Une des règles les mieux établies du combat judiciaire est de faire en sorte que les parties luttent à armes égales. En particulier, il ne faut pas que l'une des parties puisse marqur un avantage sans que l'autre ait été mise à même d'y parer. Comme conséquence de cette règle, chaque partie est tenue de communiquer à l'autre toute pièce qu'elle verse au procès. Bien plus, il faut que l'autre puisse l'examiner avec toute l'attention voulue. De l'avis des consulteurs, dit Ibn Salamoun, et la jurisprudence des cadis est fixée en ce sens, il est nécessaire que la partie à laquelle la partie adverse communique une pièce notariée ou autre en vue d'une réponse puisse l'examiner (والذي جرت به الفتوى عند العلماء ومضى به العمل عند القضاة في الذي يوقف خصمه على وثيقة او توقيف ليقضي جوابه ان ينظر الى الوثيقة والتوقيف

(El Aïqad El Mounedhem, p. 195 et 196). Au cas où cette pièce contient de nombreux articles et soulève des points de droit controversés, la partie adversaire ne saurait être contrainte d'y répondre sans en avoir obtenu copie (فان تضمن فصولا كثيرة ومعاني مختلفة فلا يكلف الموقف الجواب على ذلك حتى ياخذ نسخة). (El Aïqad El Mounedhem, p. 196). Par contre, si la pièce ne contient ni articles, ni points de droit ignorés de la partie adverse et qu'une simple lecture permette à celle-ci de la comprendre, elle sera tenue d'y répondre sans qu'on lui en donne copie (وان لم يكن فيهما من

الفصول والمعاني ما يجهل وعلم انه يفهم جميع ذلك عند قراءته ولا يعطى نسخة منه ويجبر على الجواب (El Aïqad El Mounedhem p. 196). Les droits de la défense se combinent ici avec le souci de ne pas faire durer le procès trop longtemps.

Mais comment une partie saura-t-elle que la partie adverse a produit une pièce? Par une interpellation du cadi, par ce que les auteurs malékites appellent l'iadhar. L'iadhar consiste à prévenir une partie que la partie adverse a produit une pièce et à l'inviter à la combattre par tous moyens en sa possession. Pour cela, le cadi l'interpelle en ces termes : « As-tu des moyens à faire valoir ? » (واعذر اليه بابقيت لك حجة). (Voir Khalil, Trad. Seignette, p. 448, art. 1453).

C'est cette interpellation qui a donné son nom à la formalité.

Il y a deux formes d'iadhar : l'iadhar dont nous venons d'esquisser les traits et l'iadhar final.

1° *L'iadhar.* — Comme le montre le modèle d'acte de délai reproduit plus haut, l'iadhar est toujours assorti d'un délai. Le cadi signifie à la partie que la partie adverse a produit une pièce, l'interroge, l'interpelle suivant le mot consacré, pour savoir si elle a des défenses et dans l'affirmative lui accorde un délai. Il y a donc lieu, en principe, à autant d'iadhar dans une procédure qu'il y a de pièces produites par l'une et l'autre partie. Du reste, chaque fois que le cadi adresse l'iadhar à une partie, les deux adoul qui instrumentent dans le procès en prennent acte. Preuve est ainsi faite que le cadi a accompli cette formalité dont l'omission peut laisser planer des doutes sur l'impartialité des débats.

La règle que chaque production donne lieu à iadhar n'est pas absolue. Il y a des cas où le cadi peut se dispenser de cette formalité. Khalil en énumère un, celui où les témoins comparants à l'acte ne sont pas récusables. Voici comment il s'exprime : « Le juge est dispensé de l'iadhar « lorsque la qualité des témoins ne permet pas de les ré- « cuser, tels sont :

« 1° le témoin de ce qui s'est passé à l'audience ;
« 2° le témoin délégué par le juge pour une constatation ;
« 3° l'enquêteur secret ;
« 4° le témoin d'une honorabilité et d'une impartialité notoires ;
« 5° le témoin qui serait dangereux pour ses récusateurs. » (Khalil, Trad. Seignette, p. 449, art. 1455).

Cette exception, à notre connaissance, n'a pas suscité de controverse dans le rite et pourtant elle est d'une logique contestable. S'il n'existait qu'un moyen de défense, celui de récuser les témoins d'un acte ou d'un fait juridique, la dispense d'iadhar prescrite par Khalil serait pleinement justifiée, mais on peut très bien combattre un acte ou un fait par d'autres moyens, reconnaître par exemple que son adversaire a bien acquis tel immeuble, comme en témoignent des témoins irrécusables, tout en soulevant la nullité de la vente comme faite par un incapable. Comme le dit excellemment M. Milliot : « L'iadhar n'est pas adressé, « croyons-nous, en tant seulement qu'invitation à faire va- « loir des moyens de reproche contre les témoins. Mais le « défendeur à la preuve peut discuter le témoignage par « d'autres moyens. » (Milliot, Recueil de Jurisprudence Chérifienne, T. I, p. 156).

D'autres auteurs citent comme cas où le cadi est dispensé de la formalité d'iadhar celui où l'une ou l'autre partie font un aveu en pleine audience devant le cadi. L'usage est fixé dans ce sens mais la légitimité en est contestée par certains. « Au cas où un individu avoue, dit Ibn Rachid, et où « témoignage est pris de son aveu séance tenante devant le « cadi, Ibn El Athar a dit : le cadi le condamne sans « adresser l'iadhar à son adversaire. L'usage est fixé dans « ce sens. D'autres auteurs ont dit : « il ne le condamnera « qu'après avoir adressé l'iadhar à son adversaire. » (Loubab El Loubab, p. 256).

Le même cas est rapporté par Ibn Salamoun en termes assez voisins : « Quant à l'aveu fait par l'une ou l'autre partie et dont témoignage est pris séance tenante en pleine « audience, Isaaq Ben Ibrahim dit qu'il rend caduque la « formalité de l'iadhar de l'avis des auteurs anciens et

« modernes. Mohamed ben El Fakhar a repoussé cette « opinion et a dit : l'iadhar est nécessaire. Ibn Sahal a dit : « cette dernière opinion a été émise par analogie avec celle « que le cadi peut juger un acte ou un fait juridique sur « la connaissance directe qu'il en a, mais l'usage s'est fixé « conformément à l'opinion d'Isaaq Ben Brahim et d'Ibn « El Athar. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 200).

Puis Ibn Salamoun ajoute : « J'ai remarqué que certains « cadis opéraient ainsi : lorsque les adoul assistent comme « témoins à un aveu pendant une audience mais n'en pren- « nent pas acte immédiatement et ne rapportent leur témoi- « gnage que plus tard au cadi, celui-ci adresse l'iadhar à « l'adversaire, à la différence de ce qui se passe lorsqu'ils « en prennent acte immédiatement. Il en est de même lorsque « les adoul gardent le souvenir d'un aveu, n'en rendent « compte au cadi et n'en prennent acte qu'après. Le cadi « devra soumettre leurs témoignages à l'iadhar ». (El Aïqad El Mounedhem, p. 200).

Voilà qui est clair. La règle la plus essentielle en matière de témoignage — que nous étudierons plus loin — est que le cadi ne saurait juger en se basant sur ses propres témoignages, sur des faits et actes dont il a été témoin en personne. Ainsi, ayant assisté à un aveu, il ne saurait en tenir compte dans son jugement. Par contre, le cadi a toute latitude pour faire état d'un aveu dont ont été témoins les adoul et dont ils ont pris acte. Ceci dit, on comprendra que si les adoul ont pris acte de l'aveu séance tenante devant le cadi, celui-ci n'adressera pas l'iadhar à l'adversaire de l'avouant tandis que s'ils en ont pris acte quelque temps après, il l'adressera. Dans la première hypothèse, en effet, il n'est pas possible à l'avouant de revenir sur son aveu; preuve en a été prise sur le champ et, par son aveu, l'avouant s'est condamné soi-même, a reconnu l'existence de l'acte ou du fait qu'on lui oppose, par exemple, qu'il a emprunté à son adversaire ou qu'il lui a porté des coups. Dès lors, il devient tout à fait inutile de mettre son adversaire en mesure de se défendre contre un moyen de preuve qui lui donne gain de cause, qui établit d'une façon indubitable le bien-fondé de sa demande. Tandis que dans la deuxième hypothèse, la preuve de l'aveu n'est pas irréfragable, l'avouant pouvant revenir

sur son aveu et le nier jusqu'à ce qu'il en soit pris acte et, dès lors, la formalité de l'iadhar n'est pas superflue.

Enfin, il n'est pas permis d'adresser l'iadhar au défendeur quand il est absent, impubère ou incapable. En pareil cas, pour pallier l'absence d'interpellation, le demandeur prête le serment d'el qadha (ou de libération prétendue) (وان كان المدعى عليه غائبا او صغيرا او سفيها حلف المدعي بعد ثبوت حقه يمين القضاء وتقوم هذه اليمين مقام الاعذار) (Qaouanin, p. 300).

2° L'iadhar final (الاعذار النهائي).

Quand la procédure est terminée, obligation est faite au cadi d'adresser simultanément à l'une et l'autre partie une dernière interpellation pour lui demander s'il lui reste encore quelque moyen à produire. L'interpellation est faite en ces termes : « Te reste-t-il une preuve à produire ? » C'est ce qu'on appelle l'iadhar final. MM. Houdas et Martel ont noté très justement l'analogie qu'il y a entre l'iadhar final et l'obligation faite par l'article 363 du Code d'Instruction Criminelle au Président de la Cour d'Assises de demander à l'accusé s'il n'a rien à ajouter pour sa défense quand il a été déclaré coupable par le jury. (V. Tohfa d'Ibn Acem, trad. Houdas et Martel, p. 36, note 42).

Quand les adoul ont certifié que l'iadhar final a été adressé à chaque partie, l'une d'elles ne saurait demander l'iadhar en vue de prouver que cette formalité n'a pas été accomplie. Car de cette preuve les adoul recueilleraient témoignage et il serait à craindre que cette même partie mette encore en doute ce nouveau témoignage et demande pour cela l'iadhar et ainsi de suite... Il y aurait ainsi un enchaînement d'iadhar sans fin, comme disent les auteurs musulmans, et, par ce moyen, une partie pourrait empêcher la justice de suivre son cours. Voir la note très claire consacrée à cette hypothèse par MM. Houdas et Martel dans leur traduction de la Tohfa (p. 37, vers. 81).

## SECTION TROISIEME

### De la forclusion (تعجيز)

Que se passe-t-il lorsque le délai de rigueur accordé par le cadi à l'une ou l'autre partie expire sans qu'elle ait produit aucune pièce ? Le cadi prend acte de sa carence et lui fait défense de produire à l'avenir (واذا انقضى التلوم عجزه وحكم عليه بقطع حجته). L'acte ainsi établi porte le nom d'acte de forclusion (تعجيز) ou acte constatant l'impuissance à produire. Il faut bien mettre un terme à la faculté de produire des parties et la contenir dans de raisonnables et justes limites si l'on veut mettre un terme aux procès ; de là l'utilité et la nécessité de la forclusion.

La forclusion peut être prononcée par le cadi aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur. Acte en est pris par les adoul ou témoins instrumentaires qui assistent le cadi (ويعجز القاضي كل واحد من الخصمين ويشهد بذلك ويقطع حجته وسواء كان طالبا او مطلوبا). Evidemment, après l'accomplissement de cette formalité, le cadi ou son sucesseur (si le cadi a été remplacé ou est mort en cours de procédure) ne saurait accepter aucune preuve de la partie déchue (ثم لا ينظر له هو ولا من جاء بعده ان جاء ببينة في قضيته تلك).

D'après une opinion isolée, la partie déchue a le droit de produire une pièce si elle jure en avoir ignoré l'existence (وقيل يقضى له بها اذا حلف انه لم يعلم بها). (Qaouanin, p. 303).

Il y a cinq matières dans lesquelles le cadi n'a pas le droit de prononcer la déchéance de l'une ou l'autre partie, à savoir en matière d'affranchissement, de répudiation, de parenté, de habous et de chemins publics. A supposer même que le cadi prenne une telle décision, celle-ci est sans effet

et la partie est toujours admise à produire des moyens quand elle en trouve (إلّا في العتق والطلاق والنسب فعجز الطالب عن ذلك كلا عجز وينظر له متى جاء ببينة في ذلك). Cette manière de voir a été exprimée par Ibn El Qacem, Ibn Ouahab et Achahab, sans que ces auteurs aient distingué entre le demandeur et le défendeur.

On s'explique l'exception faite par le rite en ces matières. Celles-ci se distinguent des autres en ce qu'elles donnent naissance à un droit de Dieu ou, comme nous dirions en droit français, en ce qu'elles mettent en cause l'ordre public. Supposons, par exemple, qu'une femme se prétende répudiée alors qu'elle ne l'est pas effectivement, que son mari soit impuissant à rapporter la preuve contraire et que la répudiation soit prononcée par le juge. Au cas où elle se remarie, cette femme commet l'adultère puisqu'elle n'est pas déliée du premier mariage. Dieu exige donc qu'un terme soit mis à un tel crime si possible, et c'est pourquoi le mari ne sera jamais forclos, pourra toujours produire s'il trouve des moyens. De même, le habous étant consacré à des œuvres pieuses ou d'utilité publique, sa nature doit pouvoir être prouvée à tout instant, aucune forclusion ne peut être opposée à qui peut prouver cette nature. Sur ce point, voir Milliot, Recueil de Jurisprudence Chérifienne, Tome 3, page 147, décision du cadi de Fès; cette décision se termine ainsi : « Lui adresse l'iadhar pour qu'il fasse appel « ou produise ultérieurement toutes consultations d'ou- « lema, *la forclusion ne pouvant être prononcée contre les « habous.* »

Ibn Salamoun cite d'autres auteurs qui n'admettent pas que la forclusion puisse être prononcée dans les matières précitées. « Ibn Madjichoun a dit : il en est de même au « cas où un individu introduit une action à propos des « matières susindiquées et se révèle impuissant soit à en « prouver le bien fondé, soit à prouver l'honorabilité de ses « témoins. S'il lui a accordé un délai, le cadi ne saurait le « déclarer forclos car on est dans une matière où la preuve « doit être acceptée dès qu'elle se présente. Ibn Habib a dit : « et il vaut mieux qu'il en soit ainsi ». Ces auteurs ne

distinguent pas suivant qu'il s'agit du demandeur ou du défendeur. Pour d'autres auteurs, la forclusion peut être prononcée contre le défendeur. Asbagh et Sahanoun ont dit touchant la forclusion du demandeur : « A quelque moment « qu'il prouve son droit, on doit juger en sa faveur. Quant « au défendeur, on le déclare forclos et l'on n'admet plus « aucune preuve de lui ensuite. »

D'après certains auteurs, la forclusion ne serait pas admise en matière de coups et blessures (وفيل في الذماء انه لا يعجز فيها ). Ibn Djouzi cite les coups et blessures parmi les matières ne donnant pas lieu à forclusion et, en revanche, ne cite pas les chemins publics (ويصح التعجيز في كل دعوى إلّا في خمسة اشياء : في العتق والطلاق والنسب والاحباس والدماء). (Qaouanin, p. 303).

(Toutes ces citations sont extraites d'El Aïqad El Mounedhem, pp. 201 et 202).

## SECTION QUATRIEME

### De la caution (الحميل)

Il ne s'agit pas ici d'une caution volontaire ou conventionnelle, c'est-à-dire d'une caution librement consentie par l'une des parties à l'autre. Il s'agit d'une caution judiciaire, c'est-à-dire d'une caution imposée par le juge.

Ibn Rachid indique deux cas dans lesquels le cadi peut imposer caution :

— en matière de délais pour produire ;
— en matière de termes de grâce.

Au cas où le cadi accorde un délai à un plaideur pour produire une pièce qui ne se trouve pas dans le lieu du procès, il lui impose de donner un gage ou une caution. (ويؤجله في الغائبة بقدر ما يراه بعد رهن او حميل). (Loubab El Loubab, p. 256).

Au cas où la partie condamnée demande un terme de grâce pour vendre ses biens fonds et désintéresser son créancier, le cadi exige d'elle une caution quand il la lui accorde (او اجله في بيع الاصول نحو شهرين واخذ منه حميلا)

(Loubab El Loubab, p. 256).

Ibn Djouzi, lui, dit que, d'après Ibn El Qacem, le demandeur n'a pas le droit de demander une caution au défendeur tant qu'il n'a pas produit au moins un témoin ; nous dirions en droit français tant qu'il n'a pas fourni un commencement de preuve (ليس للمدعي ان يطلب المدعى بضامن عند ابن القاسم حتى يقيم على دعواه شاهدا) (Qaouanin, p. 302). Lorsque le demandeur a produit un témoin, le juge condamne le défendeur à donner une caution jusqu'à ce qu'il rende son jugement (وحينئذ يحكم عليه بالضامن الى ان يحكم بينهما) (Qaouanin, p. 302). Si la cause porte sur une matière où la caution n'est pas admise, comme s'il s'agit d'infractions punies par le Coran, le cadi mettra les biens du défendeur sous séquestre (فان كان فيما لا يصح فيه الضمان كالحدود حبس له ان اتى بشاهد) (Qaouanin, p. 302).

Brissaud note que dans l'ancien droit français la caution judiciaire s'applique aux objets les plus divers : « on donne « des cautions pour garantir le paiement d'une dette, pour « comparaître en justice, pour fournir des preuves, pour « exécuter un jugement » (V. Brissaud, Manuel d'Histoire du Droit Français, p. 529). Notons, de notre côté, que la caution judiciaire n'a pas complètement disparu dans le droit français moderne et qu'il en subsiste encore un cas. Aux termes des articles 135 et 439 du Code de Procédure Civile, le juge peut imposer de donner caution quand il ordonne l'exécution provisoire d'un jugement.

## CHAPITRE SIXIEME

# DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE AU COURS DE L'INSTANCE

Cette matière suppose connue celle de la preuve qui ne sera étudiée qu'au Livre suivant. Aussi croyons-nous indispensable, pour éclairer les développements qui suivent, de rappeler ici un des principes essentiels du rite en l'espèce, à savoir que la manière de faire la preuve varie d'après les matières juridiques auxquelles se rattachent l'acte ou le fait qu'on désire prouver. Par exemple, si l'acte qu'on désire prouver est un acte se rattachant au statut personnel, comme un mariage ou une répudiation, le rite exige le témoignage de deux témoins mâles, si c'est un acte se rattachant au statut réel, comme une vente, le témoignage d'un témoin mâle et le serment du demandeur suffisent.

***

Une fois les délais d'usage impartis par le cadi expirés, trois hypothèses sont possibles (اذا انقضى الاجل فله ثلاثة احوال) :

— le demandeur produit le témoignage de deux témoins (اما ان ياتي بشاهدين) ;

— il ne produit que le témoignage d'un seul témoin (او بشاهد) ;

— il ne produit aucun témoignage (او لا ياتي بشئ).

*Première hypothèse.* — Le demandeur produit deux té-

moins mâles honorables (وهي ان ياتي بشاهدين عدلين).
Cette sorte de témoignage est admise à l'égard de tous les actes et faits juridiques (في جميع الحقوق) à l'exception de l'adultère. Ou bien le demandeur produit un témoin mâle et deux témoins femmes (او برجل وامرأتين) dans une espèce où cette sorte de preuve est admise (حيث يحكم بذلك), comme par exemple, dans une espèce ayant trait à un salaire.

Le cadi adresse alors l'iadhar au défendeur.

L'alternative suivante a lieu :

— ou bien le défendeur avoue n'avoir aucune défense à opposer à la demande de son adversaire, auquel cas le cadi juge au profit de ce dernier (قضى له) ;

— ou bien le défendeur prétend avoir une défense à opposer à son adversaire (فان ادعى ان له مدفعا او مقالا).

Par exemple, il se dit en mesure de récuser les témoins de son adversaire ou de prouver qu'il y a inimitié entre eux et lui (كتجريح الشهود او عداوة بينه وبينهم). Le cadi l'autorise à faire valoir sa défense et lui impartit un délai (مكن من الدفع وضرب له اجل في ذلك), Si, par la suite, il s'avère impuissant à prouver sa défense, ou que le cadi le déclare forclos après l'avoir interpellé, il sera condamné (فان اعترف ان ليس له مدفع ولا مقال او عجز بعد التمكين من الاعذار اليه قضى عليه).

*Deuxième hypothèse.* — Le demandeur produit un seul témoin honorable (وهي ان ياتي بشاهد واحد عدل).

De deux choses l'une :

— ou bien l'espèce dans laquelle le demandeur présente une telle preuve a pour objet un droit réel immobilier ;

— ou bien elle a pour objet un acte du statut person-

nel, comme un mariage ou un affranchissement ( ولا يخلو ان يكون في الاموال او في الطلاق ).

1° Dans le cas où l'espèce porte sur un droit réel immobilier ( فان كان في الاموال او فيما يئول اليها ), l'alternative suivante est possible :

*a*) ou bien le demandeur appuie le témoignage de son unique témoin par un serment ( حلف مع شاهده ) et le cadi juge à son profit ( وقضى له ) sous réserve que le témoin soit d'une honorabilité manifeste ( بشرط ان يكون بين العدالة ). Au cas où le demandeur produit le témoignage de deux femmes à la place de celui d'un homme, la solution est la même ( وان شهد له امرأتان حلف معهما ) ;

*b*) ou bien le demandeur refuse d'appuyer par serment le témoignage du témoin mâle ou celui des deux femmes ( فان نكل المدعي عن اليمين مع الشاهد او المرأتين ). Le serment est alors référé au défendeur ( انقلبت اليمين على المدعى عليه ). S'il jure ( فان حلف ), il échappe à l'action du demandeur ( برئ ), il est complètement libéré à son égard. S'il lui réfère le serment ( وان نكل ), il est condamné ( قضى عليه ).

2° Lorsque l'espèce a pour objet un acte du statut personnel, on distingue suivant qu'il s'agit d'une répudiation ou d'un affranchissement ou bien d'un mariage ou d'une répudiation permettant le retour.

*a*) S'il s'agit d'une répudiation ou d'un affranchissement, le demandeur n'appuiera pas le témoignage du témoin par serment ( وان كان في الطلاق او في العتاق لم يحلف المدعى مع شاهده ).

En ce cas, obligation est faite au défendeur de jurer

(ووجبت اليمين على المدعى عليه). S'il jure, il est quitte à l'égard du demandeur (وان حلف برئ). S'il défère le serment à ce dernier, que se passe-t-il ? (وان نكل). Trois avis sont en présence. D'après Achahab, on le condamne. Ibn El Qacem a dit : « On l'emprisonne pendant un jour pour qu'il « avoue ou jure. S'il s'obstine à ne prendre aucun de ces « deux partis, on le relâche. »

Le troisième avis est celui de Sahanoun : « on l'em- « prisonne sans délai jusqu'à ce qu'il avoue ou jure »

*b*) S'il s'agit d'un mariage ou d'une répudiation permettant le retour, ni le demandeur, ni le défendeur ne jurent et tout se passe comme si le demandeur n'avait pas de témoin (وان كان في النكاح او الرجعة او غير ذلك لم يحلف المدعي ولا المدعى عليه وكان الشاهد كالعدم).

***

Une double circonstance peut compliquer cette deuxième hypothèse :

*a*) le demandeur qui a un témoin est impubère. Le serment de l'impubère ne l'engageant pas devant Dieu, est dépourvu de valeur légale. Alors que faire ? (ان شهد شاهد واحد لمن لا تصح منه اليمين كالصغير). Le rite indique la solution suivante. Le défendeur doit prêter serment. S'il refuse, il est condamné (وجبت اليمين على المشهود عليه فان نكل قضى عليه). S'il jure, il est quitte (وان حلف برئ).

« D'après une opinion isolée, le défendeur attendra « jusqu'à ce que l'impubère devienne capable, époque à « laquelle il l'invitera à jurer. Si le demandeur jure, on « fera droit à sa demande. S'il refuse, le défendeur jurera « et sera dégagé à l'égard du demandeur. Si le défendeur « refuse de jurer, on le condamnera. »

*a*) le demandeur décède avant d'avoir prêté serment. Ses héritiers jureront en ses lieu et place et obtiendront

gain de cause (يفوم الورثة مي اليمين مع الشاهد مقام موروثهم فيحلفون معه حيث يحلف هو ويقضى لهم).

*Troisième hypothèse.* — C'est celle où le demandeur ne produit aucun témoignage (وهي ان لا ياتي المدعي بشيء).

A s'en tenir à la lettre de la règle célèbre : « la preuve incombe au demandeur et le serment au défendeur », le défendeur devrait prêter serment en toute hypothèse, même quand le demandeur ne fournit aucune preuve, comme dans la nôtre. Interprétée d'une façon aussi stricte, cette règle aboutirait à ceci qu'un individu pourrait impunément introduire une action sans preuve contre un autre, uniquement dans un but vexatoire, pour le faire jurer. Passant outre à cette conséquence fâcheuse, les chafeïtes ont admis l'interprétation littérale. L'attitude des malékites est plus nuancée. Ils décident d'abord que « l'introduction d'une instance est « insuffisants à elle seule pour imposer le serment » (ولم يلزم شيء بمجرد الدعوى). Puis pour dire si le défendeur doit prêter serment ou non, ils distinguent suivant la matière qui fait l'objet de l'instance :

1° s'agit-il d'une matière pour la preuve de laquelle la loi exige le témoignage de deux témoins ? par exemple, l'instance porte-t-elle sur un mariage, une répudiation, un affranchissement, un lien de parenté, un patronage, un homicide volontaire ? le défendeur n'est pas tenu de prêter serment (ان كان مي الاشياء التي لا تقبل فيها الى شاهدان وذلك ما عدا الاموال كالنكاح والطلاق والعتاق والنسب والولاء وقتل العمد لم تجب اليمين على المدعى عليه) et le serment n'est pas référé au demandeur (ولم تنقلب على المدعي) ;

2° s'agit-il d'une matière pour la preuve de laquelle la loi se contente du témoignage d'un homme et de deux femmes ? par exemple, l'instance a-t-elle pour objet un droit réel immobilier ? le défendeur est tenu à serment après que le demandeur a prouvé qu'il y a eu des « pour

parlers » dans les cas où le rite exige une telle preuve (وان كان بمي الاموال وما يئول اليها مما يقبل فيه رجل وامرأتان بحينئذ تجب اليمين على المنكر بعد اثبات الخلطة او دونها حيث لا يشترط).

Le défendeur jure-t-il ? il rend la demande caduque (فان حلف برئ).

Refuse-t-il le serment ? celui-ci est référé au demandeur (ان نكل تنقلب اليمين على المدعي).

Le demandeur jure-t-il ? il entre en possession de son droit. Refuse-t-il de jurer ? il n'a droit à rien (فان حلف اخذ حقه وان نكل فلا شيء له).

Condensant en une formule brève toutes les déductions tirées de cette troisième hypothèse, Ibn Harits a dit : « Tout « individu qui doit prêter serment ou à qui on doit le « prêter en matière d'immeubles et de coups et blessures « et qui le refuse, doit le référer à son adversaire, que « celui-ci le demande ou non. Si celui à qui le serment est « référé le refuse, il est débouté s'il est demandeur et il « est condamné à payer s'il est défendeur. » (وكل من وجبت اليمين له او عليه فمي الاموال او الجراح خاصة ونكل عنها فلا بد من رد اليمين على صاحبه طلب ذلك خصمه او لم يطلبه فان نكل من انقلبت عليه اليمين بطل حقه ان كان طالبا وغرم ان كان مطلوبا).

***

De ce qui précède, il résulte qu'un droit réel immobilier peut être prouvé de six façons :

par deux témoins (بشاهدين) ;

par un témoin et le serment du demandeur (بشاهد ويمين المدعي) ;

par deux témoins femmes et le serment du demandeur (بامرأتين ويمين المدعي) ;

par un témoin et le refus de prêter serment du défendeur (وبشاهد ونكول المدعى عليه) ;

par deux témoins femmes et le refus de prêter serment du défendeur (بامرأتين ونكول المدعى عليه) ;

par le serment du demandeur et le refus de prêter serment du défendeur (يمين المدعي ونكول المدعى عليه).

(Toutes ces citations sont extraites des Qaouanin, pp. 300, 301, 302).

***

Chacune des deux parties administre la preuve de ses allégations conformément aux prescriptions de la loi, par exemple produit deux témoins dans la matière où la loi les exige, en produit un et jure dans la matière où la loi le permet et ainsi de suite...

Si les allégations prouvées se contredisent puisqu'un procès par état suppose deux allégations contradictoires (واذا تعارضت البينات), que fera le cadi ? Il tâchera de les concilier si possible (وان امكن الجمع بينهما الجمع). Si elles sont inconciliables, il cherchera à déterminer laquelle des deux est préférable (وان لم يمكن صير الى الترجيح).

Pour dire laquelle des deux preuves est préférable, le cadi dispose de quatre critérium :

1° est préférable la preuve dont les témoins sont le plus honorables et non celle dont le nombre de témoins est le plus grand (زيادة العدالة بخلاف زيادة العدد) ;

2° à égalité d'honorabilité, c'est la preuve qui a la plus grande force probante qui l'emporte. Ceci au dire d'Achahab. Par exemple, à supposer que se trouvent en présence une preuve par deux témoins, une autre par un témoin homme

et deux témoins femmes et une troisième par un témoin et le serment, c'est la première qui est préférée (قوة الحجة فال اشهب يقدم الشاهدان على الشاهد واليمين وعلى الشاهد والمرأتين). Ce critérium n'est pas admis par Ibn El Qacem. Pour lui, c'est le critérium d'honorabilité qui devra jouer en pareil cas et c'est, par exemple, la preuve par un témoin et le serment qui sera préférée, à supposer que ce témoin soit plus honorable que les autres ;

3° un autre critérium est la possession en matière immobilière. La preuve de celui qui a la possession est préférée à celle de celui qui ne l'a pas quand elles sont égales par ailleurs (اليد بتقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافي مع يمينه). Abdelmalek Ibn Madjichoun n'admet pas ce critérium. Selon lui, la preuve du possesseur ne lui est d'aucune utilité et celle du demandeur doit lui être préférée car seul le demandeur a le droit de faire la preuve d'après la fameuse tradition : « La preuve incombe au demandeur, etc... » Rarement, l'interprétation littérale d'un texte n'a abouti à une aussi piètre conclusion !

4° une preuve montre qu'un individu est propriétaire depuis plus longtemps ou indique l'acte ou le fait juridique en vertu duquel il est devenu propriétaire. Ce sont là des causes de préférence (اشتمال احدى البينتين على زيادة تاريخ او سبب ملك). Si une preuve établit qu'un individu est propriétaire depuis un an et qu'une autre établisse qu'il est propriétaire depuis plus longtemps, c'est cette dernière preuve qui doit l'emporter. Si une preuve n'indique pas le moyen par lequel l'une des parties a acquis la propriété et qu'une autre l'indique, cette dernière preuve est préférée. Si une preuve établit que l'une des deux parties est en possession et que l'autre établisse que l'autre partie a la propriété, cette dernière preuve est préférée.

(Toutes ces citations sont tirées du Loubab El Loubab, p. 265).

# CHAPITRE SEPTIEME

## DU JUGEMENT (الحكم)

Quand le cadi a instruit l'affaire, qu'il a invité les parties à produire leurs pièces et à se les communiquer mutuellement, qu'il a statué sur les incidents soulevés en cours d'instance, il juge. C'est là le jugement définitif (حكم نهائي) qu'il ne faut pas confondre avec les divers jugements préparatoires ou interlocutoires (حكم غير نهائي) que le cadi peut être amené à rendre pendant l'instance, comme lorsqu'il condamne une partie à donner caution ou lorsqu'il ordonne la mise sous séquestre de l'objet litigieux, etc.
Généralement, le cadi lit sa décision rédigée en brouillon sur une feuille volante aux adoul qui en prennent acte par écrit, en présence des parties ou non, ou bien il se contente de remettre son brouillon aux adoul pour qu'ils le transcrivent. Le jugement doit donc être rédigé par écrit. (Voir Mokhtassar de Sidi Khalil. Trad. Seignette, p. 450, art. 1458). Pour que l'acte sur lequel est transcrit le jugement soit opposable à tous, il faut qu'il contienne ce qu'on appelle le tesdjil (تسجيل). C'est l'apposition par le cadi de son paraphe dans la teneur même du jugement. Le jugement assorti du tesdjil commence ainsi :

« Après qu'il a été authentiquement établi en présence
« du très docte juriste, cadi de telle ville... (ici un blanc
« suffisant pour que le cadi y appose son paraphe) que.....
« (ici la teneur du jugement : par exemple, que la mai-
« son, objet des débats, est bien la propriété de telle par-
« tie.....) .....et se termine par une formule qui rappelle un

« peu la formule exécutoire des jugements français : « Le « cadi a prononcé un jugement complet et l'a rendu exé- « cutoire et obligatoire avec toutes ses conséquences. »

*
**

A tort ou à raison, l'action en revendication immobilière passe pour être la plus délicate à instruire par le juge. Aussi les auteurs indiquent-ils comment s'articule la procédure quand elle a pour objet une action de ce genre. Voici le schéma très concis et très saisissant qu'a donné Ibn Djouzi d'une telle procédure :

Lorsque deux parties se disputent la propriété d'une chose, les trois situations suivantes sont possibles :

— la chose se trouve entre les mains de chacune d'elles (اما ان يكون الشئ المدعى بيد كل واحد منهما) ;

— la chose ne se trouve entre les mains d'aucune d'elles (واما ان لا يكون بيد واحد منهما) ;

— ou bien la chose se trouve entre les mains de l'une d'elles seulement (واما ان يكون بيد واحد منهما).

Dans les deux premières situations, les parties sont ou toutes deux demanderesses ou toutes deux défenderesses (وهي كل واحد من هذين الوجهين يكون كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه لانهما متسويان في الدعوى).

Dans la troisième situation, est défenderesse la partie qui a la possession à l'exclusion de l'autre et demanderesse l'autre (فيكون من حازه مدعى عليه ويكون الاخر مدعيا).

Lorsque les parties sont toutes deux demanderesses, il incombe à chacune de prouver qu'elle a la propriété et qu'elle l'a conservée jusqu'aux débats.

Trois choses sont alors possibles :

— une d'elles apporte la preuve qui convient ;

— toutes les deux l'apportent ;

— aucune d'elles ne l'apporte.

*a*) lorsqu'une d'elles apporte la preuve seulement, le cadi juge en sa faveur (بان اقامها احدهما حكم له به) ;

*b*) lorsque toutes les deux l'apportent, on juge en faveur de celle dont les témoins sont le plus honorables (وان اقامها كل واحد منهما حكم لمن كانت بينته اعدل) ; lorsque les témoins des deux parties sont égaux par l'honorabilité, on partage la chose contestée entre elles (وان تساوت البينتان فبي العدالة قسم بينهما), après leur avoir fait prêter serment qu'elles sont bien propriétaires (بعد ايمانهما) ;

*c*) lorsqu'aucune d'elles ne l'apporte, on partage la chose contestée entre elles après leur avoir fait jurer qu'elles sont bien propriétaires (وان لم يكن لواحد منهما بينة قسم ايضا بينهما بعد ايمانهما).

***

Au cas où il y a lieu à partage de la chose entre les deux parties, comment se fait-il ? On distingue :

1° si les revendications des parties sont égales, si, par exemple, chaque partie revendique la totalité de la chose, on la partage entre elles ;

2° si les revendications des parties sont inégales, si, par exemple, l'une revendique la totalité de la chose et l'autre le tiers, il existe deux procédés de partage différents, l'un préconisé par Malek, l'autre par Ibn El Qacem.

*a*) d'après Malek, on recourera au système de l'augmentation (عول) employé en matières successorale, que certains commentateurs français appellent réduction proportionnelle (مذهب مالك انه يقسم بينهما على قدر الدعاوي وتعول عول الفرائض).

Par exemple, si une partie revendique la totalité de la chose et l'autre la moitié, on augmentera la chose d'une

moitié, car une partie revendique deux moitiés et l'autre une moitié (تعول بنصف لان احدهما ادعى نصفين والاخر نصفا). On partagera la chose en trois fractions égales, dont deux seront attribuées à la partie qui revendique la totalité de la chose et une à celle qui n'en revendique que la moitié (يقسم على ثلاثة يكون لمدعى الجميع اثنان ولمدعى النصف واحد).

b) d'après Ibn El Qacem, on partage la chose entre les deux parties au prorata de leurs revendications et on attribue en exclusivité à l'une d'elles la fraction qui n'est pas revendiquée par l'autre (ينقسم على قدر الدعاوي ويختص صاحب الاكثر بالزيادة التي وقع تسليم الاخر له فيها).

Par exemple, si une partie revendique la totalité de la chose et l'autre la moitié, on attribue les trois quarts de la chose à la première et le quart à l'autre (يكون لمدعي الجميع ثلاثة ارباع ولمدعي النصف ربع). En effet, la partie qui revendique la moitié de la chose a reconnu les droits de l'autre sur l'autre moitié qui lui est, en conséquence, attribuée à titre privatif (لان مدعي النصف قد سلم في النصف الاخر لمدعي الجميع فيختص به). Puis on partage entre elles la moitié restante (ويقسم بينهما النصف المتنازع فيه).

***

Lorsque la chose contestée est un immeuble et que l'une des parties s'en trouve en possession, deux hypothèses sont possibles :

ou bien cette partie a la possession légale, c'est-à-dire a possédé l'immeuble un temps suffisant pour opposer la prescription aux tiers (فلا يخلو الذي حازه ان يكون بيده مدة الحوز) ;

ou bien elle ne l'a pas (او اقل).

A. — Si elle a la possession légale (et par possession légale, on entend celle qui dure dix ans entre non parents et cinquante ans entre parents ( وان بقي مدة الحوز واكثر ) (d'après وهي عشرة اعوام بين الاجانب وخمسون بين الاقارب) une opinion isolée, la possession cinquantenaire est réduite à quarante ans quand on l'exerce au vu et au su de l'adversaire et qu'il garde le silence ( وفيل اربعون مع حضور خصمه وعلمه وسكوته ) — la revendication du demandeur est irrecevable et on ne l'autorise pas à faire la preuve ( لم تسمع دعواه ولم تقبل بينته), à moins qu'il ne prouve que la possession du défendeur est précaire, par exemple qu'il possède à titre de locataire ou de métayer, etc... ( إلّا ان اثبت انه بيد الحائز على وجه الكراء او المسافاة او الاعتمار او شبه ذلك ).

B. — Si la partie en possession n'a pas la possession légale, on invitera le demandeur à faire la preuve de son droit ( وان كان له افل من مدة الحوز طولب المدعي بإثباته ببينة ).

*a*) s'il fait cette preuve, on jugera à son profit après qu'il aura juré n'avoir ni vendu l'immeuble, ni en avoir transféré la propriété, ni l'avoir fait sortir de son patrimoine ( وان اثبته استحفه بعد ان يحلف انه ما باعه ولا فوته ولا خرج عن ملكه ) ;

*b*) s'il ne la fait pas, on jugera au profit du possesseur après qu'il aura juré n'avoir ni vendu l'immeuble, ni en avoir transféré la propriété, ni l'avoir fait sortir de son patrimoine ( وان لم يثبته قضى به لحائزه بعد ان يحلف انه ما باعه ولا فوته ولا خرج عن ملكه ) ;

*c*) s'il refuse de prêter serment, le demandeur jurera

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE ALGÉRIENNE R.F.

et on jugera en sa faveur ( وحكم حلف المدعي فان نكل له به) ;

*d*) Si le demandeur refuse de jurer, l'immeuble restera entre les mains du possesseur (بفي بيد المدعي فان نكل الحائز ).

⁂

Les témoignages tendant à prouver la propriété d'une chose sont soumis à des dispositions spéciales. Si la chose contestée est un meuble, elle doit être produite autant que possible devant le cadi et les témoins doivent la montrer quand ils déposent de façon à éviter toute erreur sur son identité ( الشهادة على اثبات الشئ المدعى فيه تكون على عينه فيحضر حين اداء الشهادة وتؤدي على عينه). Si la chose contestée est un immeuble, le cadi se rendra lui-même sur les lieux avec les témoins (adoul) ou bien il enverra sur les lieux avec les témoins ceux qui ont instrumenté à propos de la possession et ceux-ci diront à ceux-là : voilà le terrain qui a fait l'objet de nos témoignages devant le cadi (وان كان عفرا وفيه القاضي اليه مع الشهود او وجه شهود الحيازة على الشهود فيقولون لهم هذا هو الذي شهدنا به عند القاضي ).

⁂

Au cours de l'instance en revendication, le cadi est appelé à rendre des jugements avant dire droit. Ibn Djouzi cite les jugements suivants :

1° si la chose revendiquée est un objet mobilier ou un animal, le cadi ordonnera sa mise sous séquestre jusqu'à ce qu'il rende son jugement (ان كان المدعى فيه عرضا او حيوانا امر القاضي بائفاه حتى يحكم فيه). L'entretien de l'esclave et de la bête de somme pendant le séquestre incombe

à celui qui prouve son droit de propriété sur eux par la suite (ونبفة العبد والدابة فبي مدة لايفاب على من يثبتا لـه).

2° la chose revendiquée est un immeuble ;

*a*) si le revendiquant fournit un témoin seulement, le cadi interdira au possesseur de faire subir à l'immeuble aucune transformation (وان كان عفارا فان افام الطالب شاهدا واحدا منع الذي هو بيده من احداث شئ فيه) ;

*b*) si le revendiquant fournit un deuxième témoin, le cadi enlèvera la disposition de l'immeuble au possesseur, lui interdira d'en jouir et en ordonnera la fermeture, si c'est une maison, jusqu'au prononcé du jugement définitif (ان افام شاهدا ثانيا اخرج من يده ومنع من التصرف فيه واغلق ان كان دارا حتى ينفذ الحكم فيه).

(Toutes ces citations sont extraites des Qaouanin, p. 305 et 306).

# LIVRE TROISIEME

## DES PREUVES
## ( الشهادات )

Les modes de preuve admis par la loi française sont au nombre de cinq, à savoir : la preuve littérale, la preuve testimoniale, le serment, l'aveu et les présomptions. Ceux admis par la loi musulmane sont les mêmes à une ou deux exceptions près.

Dire que la preuve testimoniale et la preuve littérale se confondent dans le rite serait excessif, mais dire qu'elles se différencient mal l'une de l'autre est sans doute assez exact. Nulle part dans les textes, on ne les distingue. Il n'est question que de preuve testimoniale. Au début de l'Islam, du reste, l'écriture est à peu près inconnue en Arabie, les moyens d'écrire très rudimentaires (on écrit sur des peaux de mouton ou des omoplates de chameau...) et on s'explique dès lors très bien que la preuve littérale n'ait pour ainsi dire tenu aucune place dans les préoccupations du Prophète et des Suivants lorsqu'ils élaborèrent la théorie de la preuve. Pour eux, la preuve testimoniale est la preuve par excellence. Le témoignage de deux témoins remplissant certaines garanties morales et religieuses fait preuve juridique complète en n'importe quelle matière et quelle que soit l'importance des intérêts en jeu, que ce témoignage soit écrit ou non.

Toutefois, à mesure que l'art d'écrire s'est répandu avec le temps, les musulmans ont pris l'habitude de faire prendre acte par écrit des témoignages, du moins dans les villes et

pour les conventions les plus importantes. C'est que les témoignages écrits offrent des avantages au point de vue de la preuve que n'ont pas les témoignages non écrits. Par exemple, les deux témoins qui ont assisté à une convention de mariage, en ont pris par écrit les principales dispositions et ont dressé un acte qu'ils ont remis aux parties. La preuve de la convention ainsi mise par écrit sera plus facile à rapporter par la suite. Il suffira à l'une ou l'autre partie de produire cet acte devant un juge pour qu'il fasse foi jusqu'à preuve contraire. En l'absence de cette formalité, l'administration de la preuve est moins simple. Les deux témoins ou l'un d'eux ont pu décéder entre temps et il faudra alors recourir à ce qu'on appelle le témoignage rapporté (شهادة على شهادة), c'est-à-dire que les parties devront produire deux autres témoins tenant de la bouche des premiers qu'ils ont assisté à la convention de mariage. Or la preuve par témoignage rapporté suscite des controverses quant aux formes dans lesquelles elle doit être faite et est plus difficile à établir que la preuve directe, toutes choses égales. Bref, le fait de mettre par écrit les témoignages préconstitue la preuve d'une façon plus parfaite et en facilite à l'extrême l'administration au moment du procès.

Pourtant, la preuve testimoniale étant restée la preuve par excellence dans la doctrine et la preuve littérale n'étant encore à vrai dire qu'une forme évoluée de la preuve testimoniale (on peut encore à l'heure actuelle prouver par témoins contre les écrits, de même qu'on n'est pas tenu de passer acte de toutes choses excédant une certaine somme dans les pays de chrâa), comme la doctrine, nous n'étudierons que la preuve testimoniale.

Dans le rite, le cadi n'est pas admis à tirer une présomption d'un fait qu'il a perçu directement. Mais il peut tirer une présomption d'un fait établi par témoignage. Donc pas de témoignage, pas de présomption. La présomption n'est donc pas un mode de preuve à proprement parler mais un mode de raisonnement permis à propos d'un témongnage.

En définitive, le rite n'admet que trois modes de preuve :
la preuve testimoniale ;
le serment ;

l'aveu.
Nous consacrerons un chapitre à chacun d'eux.

***

Trois grands principes dominent la matière des preuves :
1° le cadi ne peut pas juger en se basant sur ses propres témoignages, à savoir sur les choses qu'il a vues ou qu'il a entendues directement (لا يحكم بعلمه فبي شئ من الاشياء) (El Aïqad El Mounedhem, p. 200). Cela se comprend. Le rôle du cadi consiste, en effet, à interpréter des témoignages. Or le cadi est à priori suspect quand il interprète son propre témoignage car il est juge et partie. Le cadi a pu mal voir, mal entendre; comment pourra-t-il s'en rendre compte ? Ses sens et son jugement dépendent l'un de l'autre. Qui ne sait le rôle que tiennent les sympathies et les antipathies inconscientes dans le témoignage ? Comment le cadi discernera-t-il les siennes ? Même si un aveu a été fait en présence du cadi, il ne peut en faire état ; pour cela il faut que l'aveu ait été recueilli par les deux témoins ou adoul qui instrumentent auprès de lui (كان مما أفر به احد الخصمين عنده ام لا إلّا ان يشهد عليه بذلك شهيد اعدل) (El Aïqad El Mounedhem, p. 200). Là encore on peut craindre qu'intentionnellement ou non le cadi recueille mal l'aveu. Bref, juger c'est principalement apprécier des témoignages, discerner et fixer leur valeur juridique et morale. Or, il n'y a personne au-dessus du juge pour apprécier ses témoignages et, d'autre part, nous venons d'entrevoir les graves inconvénients qu'il y aurait à lui permettre de les apprécier lui-même. C'est pourquoi le cadi n'est pas admis à appuyer son jugement sur ses témoignages personnels.

Par contre, le cadi peut tenir compte de ses informations et perceptions personnelles pour habiliter et reprocher les témoins (ويعتمد القاضي على علمه فبي التجريح والتعديل اتفاقا). Pourquoi cette différence ? Elle est assez dif-

ficile à expliquer. Car quand le cadi habilite ou reproche un témoin, il rend une espèce de jugement, jugement avant dire droit, si l'on veut, moins important qu'un véritable jugement, mais jugement tout de même. Et la suspicion qui pèse sur son information personnelle dans cette hypothèse n'est pas moins justifiée que dans la précédente. Pourtant le rite autorise non seulement le cadi à faire état de son information personnelle en cette matière mais encore l'encourage à la développer. Chaque cadi est tenu d'avoir auprès de lui un homme de confiance ( معزكي ) chargé de faire des enquêtes secrètes ou tout au moins discrètes sur la moralité des témoins. En somme, le cadi est considéré comme faillible pour apprécier ses propres perceptions excepté quand celles-ci ont pour objet la moralité des témoins.

Le rite n'autorise pas le cadi à dire : j'ai vu un tel... tuer un tel... ou bien je sais d'une façon indubitable qu'un tel... a tué un tel... et, en conséquence, je le condamne à la peine prévue par le Coran, mais il l'autorise à dire : j'ai entendu un tel... mentir, je sais d'une façon indubitable qu'un tel... a l'habitude de mentir et je le lui reproche.

2° la preuve est très strictement réglementée dans le rite. D'abord le rite détermine le champ d'application de chacun des modes de preuve. Puis il fixe la valeur probante de chacun d'eux. Pour la preuve testimoniale, par exemple, il fait varier la façon dont elle doit être administrée d'après la matière juridique à laquelle se rattachent l'acte ou le fait qu'il s'agit de prouver. L'acte a-t-il trait à une question d'état : mariage, répudiation, etc. ? il ne pourra être prouvé que par deux témoins du sexe masculin. A-t-il trait à des biens, à un droit de patrimoine : vente, location, etc.? il pourra être prouvé par le témoignage d'un homme et de deux femmes et ainsi de suite... (Voir plus loin, Section Deuxième). Dans un pareil système, le pouvoir d'appréciation personnelle du cadi est enserré dans d'étroites limites. Quand la preuve a été établie dans une matière déterminée conformément aux prescriptions du rite, le cadi est tenu de la considérer comme faite et de rendre une décision en conséquence, alors même qu'une telle preuve n'entraîne

pas sa conviction. Cette conception supprime-t-elle la liberté de décision du juge autant que certains auteurs le prétendent ? Est-il exact qu'elle « réduise l'office du juge à une « fonction mécanique et automatique », comme l'ont écrit MM. Colin et Capitant ? Ici, une distinction s'impose. C'est exact au moment où le cadi rend sa décision. Mais il convient de dire, si l'on veut parer aux lacunes d'une vue fragmentaire, qu'il y a un moment où l'initiative personnelle du cadi joue, c'est celui où il apprécie si les témoins sont bien dans les conditions voulues pour témoigner, celui où il accepte ou reproche leur témoignage. Sans doute, là encore le cadi est lié par des règles mais moins strictes.

3° le système qui vient d'être esquissé se rattache au système dit de la preuve légale, caractérisé par ceci, comme nous l'avons vu, que le juge est tenu de considérer la preuve comme faite lorsque certaines preuves strictement réglementées par la loi lui sont fournies. A ce système s'oppose, comme on sait, celui de la preuve morale où les preuves ne s'imposent au juge qu'autant qu'elles entraînent sa conviction, où le juge conserve un pouvoir souverain d'appréciation, quelles que soient les preuves fournies. Certaines législations emploient les deux systèmes. En France, par exemple, on emploie l'un ou l'autre système suivant le mode de preuve auquel on recourt et la preuve morale est imposée en matière criminelle.

Dans le rite seul fonctionne le système de la preuve légale, sans qu'on distingue entre la matière civile et criminelle.

# CHAPITRE PREMIER

## DE LA PREUVE TESTIMONIALE

---

## SECTION PREMIERE

### DES CONDITISNS REQUISES POUR POUVOIR TÉMOIGNER

(في شروط الشهود)

Ces conditions sont au nombre de six :

être Musulman (الاسلام) ;

être doué de raison (العقل) ;

être libre (الحرية) ;

être pubère (البلوغ) ;

être honorable (العدالة) ;

être de bonne vie et mœurs (المروءة).

1° la qualité de Musulman est une condition exigée par tous les rites (اما الاسلام مشترط اجماعا). Toutefois, le rite hanéfite autorise le Musulman en voyage à recourir au témoignage des infidèles pour son testament (إلّا ان ابا حنيفة اجاز شهادة الكفار على الوصية في السفر). La nécessité a fait plier la règle ici.

2° la raison est une condition exigée par tous les rites (والعقل مشترط اجماعا). Il va de soi que le témoignage d'un

individu qui ne jouit pas de l'entière intégrité de ses facultés est suspect.

3° la qualité d'homme libre est exigée par tous les rites, excepté par les Dahirites et Ibn Mendour (واما الحرية مشترطة خلافا للظاهرية وابن المنذر). On n'admet pas le témoignage de l'esclave (ولا تقبل شهادة العبد), dit Ibn Rachid (Loubab El Loubab, p. 260).

4° on exige que le témoin soit pubère en toute matière (واما البلوغ فيشترط في كل موضع). Il y a pourtant une matière où le témoignage des enfants est admis, comme nous le verrons plus loin, à savoir en matière de blessures.

L'enfant est considéré comme impubère tant qu'il n'a pas de pollutions nocturnes, fût-il âgé de quinze ans (ولا شهادة من لم يبلغ الحلم وان بلغ خمسة عشر عاما) (Loubab El Loubab, p. 260). Ibn Ouahab autorise l'enfant âgé de quinze ans à témoigner (واجاز ابن وهب شهادته اذا بلغ ذلك).

Faut-il que le témoin soit émancipé ? il y a controverse (وفي الرشد خلاف).

5° l'honorabilité est exigée par tous les rites. « *Est* « *considéré* comme honorable celui qui évite les gros pé- « chés et est attentif à ne pas en commettre de petits. On « n'accepte pas le témoignage de celui qui a commis un « gros péché, comme de celui qui est coupable d'adul- « tère, a bu du vin, a calomnié. »

L'honorabilité est définie à peu près en mêmes termes par Ibn Rachid (Loubab El Loubab, p. 260) et par Ibn Salamoun (El Aïqad El Mounedhem, p. 210).

Quand un témoin est-il tenu pour honorable ? Le cadi, comme nous l'avons vu, est seul juge de la moralité d'un témoin. Il convient donc de distinguer entre le cas où le cadi connaît le témoin et celui où il ne le connaît pas.

Le connaît-il ? Il a un pouvoir d'appréciation souverain pour le déclarer lui-même honorable ou non (ويعتمد الحاكم على علمه في العدالة وفي التجريح) (El Aïqad El Mounedhem, p. 210). Ne le connaît-il pas ? Il faudra que deux témoins eux-mêmes honorables attestent son honorabilité et le déclarent habile à témoigner. C'est la formalité dite de l'habilitation ou purification (تزكية). Deux témoins sont indispensables lorsque l'attestation d'honorabilité est donnée en public dans le prétoire. Mais il se peut que le cadi fasse faire lui-même une enquête en secret et alors un seul témoin suffit (وعلى قول الواحد العدل في السر واما في العلانية فلا بد من اثنين) (El Aïqad El Mounedhem, p. 210).

Ibn Salamoun donne le modèle suivant d'acte d'habilitation :

Louange à Dieu,

Les témoins comparants connaissent un tel... savent qu'il est parmi les gens honorables et de bonne foi et qu'il n'a cessé d'être dans cet état jusqu'aux présentes.

Dont Acte.

Les témoins certificateurs doivent autant que possible employer les mots : honorable (عدل) et agréé (رضى). Nous avons traduit plus haut ce dernier mot par de bonne foi. MM. Houdas et Martel rendent agréé par celui dont le témoignage est agréable à Dieu. Ces deux adjectifs sont devenus sacramentels et certains auteurs exigent leur emploi à peine de nullité.

« Si les témoins certificateurs se sont contentés de dire « à propos du témoin à habiliter : il n'est pas mal ou « son état n'est pas mal, il n'y a pas habilitation. S'ils « ont dit : c'est le meilleur des hommes ou bien nous ne « connaissons pas meilleur que lui, il y a habilitation » (El Aïqad El Mounedhem, p. 210). Au cas où un plaideur reconnaît l'honorabilité d'un témoin produit par son adver-

saire, l'habilitation devient superflue (El Aïqad El Mounedhem, p. 210). Mais un plaideur ne saurait agréer le témoignage d'un maudit ou d'un infidèle, car c'est un droit de Dieu que les témoins soient exempts de telles tares (El Aïqad El Mounedhem, p. 210).

L'attestation d'honorabilité doit être faite en présence du témoin à moins que celui-ci soit connu et ne puisse être confondu avec un autre par son aspect extérieur et son nom (El Aïqad El Mounedhem, p. 210). Lorsqu'une attestation d'honorabilité a été faite devant le cadi en faveur d'un témoin et que celui-ci est appelé à témoigner une deuxième fois, la première attestation est sans valeur à moins qu'elle n'ait été faite à une date très rapprochée. Ce n'est qu'autant que l'honorabilité d'un témoin a été constatée à plusieurs reprises, que la formalité de l'habilitation n'est plus exigible (El Aïqad El Mounedhem, p. 210).

En plus des conditions requises chez les témoins ordinaires, les témoins certificateurs doivent remplir trois autres conditions, à savoir :

*a*) il faut qu'ils connaissent les règles de l'habilitation (ان يكون عارفا بالتزكية) ;

b) qu'ils puissent se rendre compte des conditions de vie de l'habilité par sa fréquentation et les rapports de voisinage (ان يكون مطلعا على احوال المزكى بمجاورته او مخالطته له).

*c*) qu'ils soient du sexe masculin. Les femmes ne peuvent pas plus habiliter qu'elles ne peuvent reprocher (ان يكون ذكرا فلا يجوز تعديل النساء ولا تجريحهن).

6° de nombreux auteurs exigent que le témoin soit de bonne vie et mœurs. Pour Ibn Rachid, « être de bonne « vie et mœurs, c'est se garder contre le mal, suivre le « bon chemin, être discret, vaincre ses convoitises, ne pas « être effronté, enfin c'est éviter tout mauvais sujet dont « la fréquentation est susceptible d'entraîner la perte de « la foi. » Enfin, condition essentielle, le témoin de bonne

« vie et mœurs ne doit pas être lui-même reprochable ». (Loubab El Loubab, p. 260).

(Toutes ces citations sont extraites des Qaouanin, pp. 307 et 308, à l'exception de celles dont la source est indiquée).

*
**

Ces six conditions sont exigées chez le témoin au moment où il dépose et non pas au moment où il recueille un témoignage (في حين اداء الشهادة). Quand il recueille un témoignage (واما في حين تحملها), on exige seulement de lui qu'il soit éveillé et mette de l'ordre dans ses perceptions sans se soucier qu'il soit Musulman ou non, honorable ou non, libre ou bien esclave. « Au cas où un témoignage a « été annulé parce que son auteur était esclave ou infi- « dèle ou impubère, etc..., et que celui-ci change d'état, « on ne l'autorise pas à témoigner sur les choses à propos « desquelles son témoignage a été autrefois annulé. » (Qaouanin, p. 309).

## SECTION DEUXIEME

### Des causes de reproche

Le témoin peut présenter certaines particularités qui rendent son témoignage suspect. Dans ce cas, il appartient au cadi de ne pas l'admettre à témoigner, de le reprocher, comme on dit dans la terminologie française.

Les causes pour lesquelles un témoin peut être reproché sont nombreuses dans le rite.

On distingue entre les causes permanentes qui, lorsqu'elles existent, interdisent de témoigner en toute circonstance (فسم يمنع من القبول مطلقا) et les causes intermittentes qui n'interdisent de témoigner que lorsque certaine

circonstance prévue par la loi se produit (وفسم يمنع على جهة).

1° *Causes permanentes.* — C'est toute manière d'être chez le témoin inconciliable avec l'honorabilité et la bonne conduite (كل وصب مناف للعدالة والمروءة اولهما) « Ibn El « Qacem et Achahab citent parmi ces causes la débauche, le « fait d'entendre des chanteuses. Ibn Kinana cite le fait « de fabriquer de la fausse monnaie même sans intention « délictuelle et le fait de manquer à la prière du ven- « dredi trois fois consécutives sans excuse. On cite encore « le fait de ne pas se prosterner, ni s'agenouiller dans les « prières obligatoires et surérogatoires, de fuir le combat, « de croire aux innovations, aux jugements basés sur les « astres, etc... Certains auteurs, comme Ibn Djouzi, se « montrent plus rigoureux encore : est nul, dit-il, le té- « moignage de celui qui se livre d'une façon habituelle « au jeu d'échec ou de jacquet. » Et un peu plus loin, il ajoute : « Toute action portant atteinte à la considération, « fût-elle permise, rend caduc le témoignage, comme l'ac- « tion de manger dans la rue, de marcher pieds nus, de « sortir nu, etc... » (Qaouanin, p. 308).

D'après quelques docteurs, ces différents travers ne rendraient pas leur auteur à tout jamais incapable de témoigner. Ils n'entraîneraient qu'une incapacité passagère : « Ibn Loubaba dit dans la Moualafa que celui qui a bu du « vin sans être condamné à la peine prévue par le Coran « et s'est repenti, est admis à témoigner et qu'il n'est pas « reprochable à l'avenir pour cette faute. Certains auteurs « ont dit : le témoignage du voleur, du tueur, du pilleur, « etc... est recevable lorsqu'il s'est repenti. Pour d'autres, « le repentir est insuffisant, il faut que des présomptions « certaines fassent apparaître que les coupables se sont « défaits de leurs mauvais penchants ».

« D'après une opinion faible, il faut qu'un délai d'un « an se soit écoulé depuis l'accomplissement de la faute, « d'après une autre opinion, un délai de six mois suffit. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 213).

Ibn Djouzi cite les mendiants parmi les personnes dont

le témoignage n'est pas admis d'une façon permanente (شهادة السؤال الذين يتكببون الناس لعدم الثفة بهم).

(Qaouanin, p. 309). Ibn Salamoun dit que le témoignage des mendiants n'est pas admis quand l'intérêt en cause est important mais qu'il est admis quand il est modique (شهادة السؤال في الكثير لا تجوز شهادتهم فيه فان كان يسيرا جازت) (El Aïqad El Mounedhem, p. 211).

Acte de reproche (modèle)

Louange à Dieu,

Les témoins comparants aux présentes déclarent connaître un tel... qui a témoigné dans telle affaire... savoir qu'il s'adonne à la boisson, ou qu'il assiste d'une façon assidue à des réunions de chanteuses, ou qu'il se livre à l'usure, ou que son témoignage n'est pas admis et que sa conduite porte à critique à cause de ses mauvaises pratiques religieuses et de son manque d'orthodoxie et qu'il n'a pas cessé d'être dans cet état jusqu'aux présentes.

(Dont Acte).

(El Aïqad El Mounedhem, page 213).

2° *Causes intermittentes.* — On classe ces causes en deux catégories :

A. — La première cause est constituée par le manque de clairvoyance (تغفل).

Une condition exigée chez le témoin est qu'il soit suffisamment clairvoyant pour dépister les ruses de ceux qui sollicitent son témoignage (يشترط ان يكون متحرزا يومن عليه التحيل).

Ibn Abd El Hakam a dit : « L'homme instruit, éminent, « mais bonasse et susceptible de tomber dans les embûches « qu'on lui tend, n'est pas admis à témoigner si ce n'est « dans les cas où il ne saurait être trompé. »

B. — La deuxième cause est le soupçon (يتهام).

Il y a six cas où le témoin prête à soupçon :

*a*) le premier, c'est lorsqu'il a un intérêt personnel à témoigner ou lorsqu'il évite un dommage en témoignant (ان يجر لنفسه منفعة او يدفع عنها مضرة).

Exemples : un individu témoigne contre un de ses successibles marié qu'il a commis l'adultère (l'intérêt ici est que l'adultère entraîne la peine de mort par lapidation et que le témoin héritera du successible) ; un individu témoigne qu'un autre a fait un testament à son profit et au profit de tierces personnes (l'intérêt ici est de devenir légataire) ; un individu, créancier d'un failli, témoigne que le failli est créancier lui-même d'autres personnes (l'intérêt ici est d'augmenter les chances d'être payé). (Voir Qaouanin, p. 308 et El Aïqad El Mounedhem, p. 211).

*b*) prête à soupçon l'affection basée sur la parenté ou l'alliance (تاكيد الشبهة بالنسب او السباب).

« On n'accepte pas, dit Ibn Djouzi, le témoignage de « l'enfant envers son père et ses grands parents du sexe « masculin et féminin, ni le témoignage de l'un d'eux en- « vers lui, d'après l'opinion dominante, de même qu'on « n'accepte pas le témoignage de l'époux envers l'épouse « et réciproquement. On n'accepte pas le témoignage du « tuteur envers son pupille. On discute sur le témoignage « du frère envers son frère. D'après une opinion isolée, « on l'accepte s'il a une conduite irréprochable, d'après « une autre opinion, on l'accepte s'il n'est pas sous la « dépendance de son frère. On discute sur le point de « savoir si sont valables le témoignage du beau-frère en- « vers le beau-frère, de l'ami envers l'ami, du père envers « son beau-fils, de la mère envers son beau-fils, de l'en- « fant en faveur d'un de ses parents contre l'autre, d'un « père en faveur d'un de ses enfants contre l'autre ». (Qaouanin, p. 308).

Voir les longs développements consacrés à cette cause de reproche par Ibn Salamoun (El Aïqad El Mounedhem, pp. 210 et 211).

Notons que le père et le fils sont admis à témoigner

وشهادة الاب مع ولده جائزة على الفول (المعمول به) en même temps.

*c*) prête à soupçon l'inimitié due à un motif d'ordre terrestre, comme lorsqu'elle a pour origine une question d'argent, d'honneur, d'emploi (من العداوة في امر دنيوي مال او جاه او منصب).

« On n'accepte pas le témoignage de l'ennemi contre « l'ennemi, dit Ibn Djouzi, ni le témoignage de l'une des « deux parties litigantes contre l'autre » (Qaouanin, p. 308).

Au contraire, l'inimitié due à un motif d'ordre religieux ne prête pas à soupçon à moins qu'elle ne dépasse la mesure (بخلاف الدينية إلّا ان يؤدي الى افرط الاداء).

Par exemple, un fidèle a quelques ressentiments contre un autre parce qu'il observe mal les pratiques religieuses. Ce n'est pas une cause de reproche, à moins que ce ressentiment ne tourne à l'aversion.

*d*) prête à soupçon l'empressement à dissiper une mauvaise opinion (الحرص على زوال التفييد).

Cette cause de reproche se présente sous deux aspects :

α. — Celui dont on a annulé le témoignage pour une cause quelconque (mauvaise conduite, impuberté, infidélité, etc.) et qui témoigne dans le même sens après que son état a changé (par exemple, il est devenu vertueux), verra de nouveau son témoignage annulé parce qu'on le soupçonne d'avoir témoigné ainsi pour éviter la honte d'être taxé de menteur (ان ترد شهادة بفسق ثم يصير عدلا فيشهد بها فانها ترد لتهمته على دفع عار الكذب). (Voir sur le même sujet El Aïqad El Mounedhem, p. 212) ;

β. — Celui qui a subi une peine est suspect de témoigner sur quelqu'un susceptible d'encourir la même peine. On redoute qu'il ne cède à la tentation de l'accuser dans le but d'augmenter le nombre de gens condamnés à cette

peine et de rendre ainsi celle-ci moins infamante. Une peine que tout le monde subit, n'est plus une peine. C'est d'une psychologie très pénétrante. Toutes ces mesures sont contenues dans un seul mot signifiant l'action de rendre égal (التأسي). Est suspect celui qui est susceptible, par son témoignage, de rendre égal à lui-même dans l'infériorité et non dans la supériorité, cela va de soi. « On n'autorise pas l'enfant adultérin à témoigner en matière d'adultère, ni celui qui a subi une peine coranique à témoigner à propos de cette même peine ». (El Aïqad El Mounedhem, p. 212).

*e*) est suspect celui qui montre de l'empressement soit à recueillir un témoignage, soit à exprimer un témoignage, soit à le faire accepter (الحرص على الشهادة في التحمل والاداء والقبول).

α) comme empressement à recueillir un témoignage, on cite le cas de celui qui se cache pour surprendre les paroles d'autrui (اما التحمل فكالمختبي في رواية). D'après l'opinion dominante, un tel témoignage est valable (والمشهور ان ذلك لا يضر) Le cadi Bel Mouaz met comme condition à la validité que celui dont on surprend les paroles n'ait pas été attiré par tromperie dans le lieu où on l'écoute et ne soit ni craintif, ni faible (وفيده محمد بما اذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائف وغير ضعيف). D'après une opinion isolée, il n'est pas permis de se cacher pour recueillir un témoignage car on risque de ne pas entendre toutes les paroles. On peut témoigner en pareille circonstance quand on a entendu l'aveu sans aucune ambiguité (وقيل لا يجوز ان يختبي ليشهد مخافة ان لا يحيط بها علما) (Voir à ce propos les Qaouanin, p. 312).

β. — Comme exemple d'empressement à déposer, on peut citer le cas de celui qui dépose sans que le sujet du témoignage le lui demande, ce dernier étant présent et alors que l'intérêt en cause est un bien (واما الحرص على الاداء بمثل ان يبدأ بالشهادة قبل ان يطلبها منه صاحبها وهو حاضر وان اداها والحق مالي سقطت). Une telle déposition est nulle (). Ce qui incombe au témoin, c'est d'informer de la consistance du témoignage celui à qui il profite, s'il sait que celui-ci l'ignore (والذي ينبغي ان يعلم صاحبها ان علم انه غير عالم بها). Par exemple, un adel a reçu témoignage d'un mourant qu'il se reconnaît débiteur de cent dinars envers Ahmed ; il devra en informer ce dernier. Ibn Djouzi recommande également au témoin d'informer le sujet du témoignage mais de ne déposer qu'à sa demande (من كانت عنده شهادة لرجل لا يعلم بها صاحبها فليخبره بها ثم يؤديها عند الحاكم ان طلبه صاحبها بالاداء). (Qaouanin, p. 312).

Au cas où le sujet du témoignage est absent, le témoin doit-il déposer ? il y a deux opinions en présence (ولو كان صاحبها غائبا فهي وجوب القيام بها فولان).

Lorsque le témoignage porte sur un acte ou fait juridique donnant lieu à un droit de Dieu (c'est-à-dire soulevant une question d'ordre public) et que les effets immoraux de l'acte ou du fait cessent avec lui, comme s'il s'agit d'un adultère ou du fait de boire du vin, il est préférable pour le témoin de ne pas déposer sans y être sollicité, à moins qu'il n'y ait récidive (ولو كانت الشهادة حقا لله تعلى ولا يستدام فيه التحريم يستحب كتمها إلّا في المشتهر).

Lorsqu'au contraire les effets immoraux de l'acte ou du fait juridique ne cessent pas avec lui, comme lorsqu'il

s'agit d'une répudiation ou d'un affranchissement ou de la remise de la peine du talion, c'est une obligation pour le témoin de déposer (وان كانت مما يستدام فيه التحريم وجب الرفع وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص). Par exemple, un individu en a entendu un autre répudier sa femme. Si le mari continue à cohabiter avec celle-ci, il commet un adultère qui ne prendra fin que par la dissolution du mariage. Les conséquences immorales du fait juridique, à savoir ici la cohabitation, ne cessent pas avec lui, puisque lui-même ne cesse pas et se prolongent autant que lui. Dieu et son ordre sont alors atteints d'une façon particulièrement sensible, le scandale persévérant (sed perseverare diabolicum). Le seule remède est que le témoin prenne l'initiative de déposer, de dénoncer la répudiation au cadi de façon à lui permettre de faire cesser la vie commune et par cela même le scandale. Il n'y a plus ici empressemeni suspect de la part du témoin, indélicate désinvolture, mais l'accomplissement d'un strict devoir.

(Voir les développements consacrés à ce cas très curieux dans les Qaouanin, p. 312, et dans El Aïqad El Mounedhem p. 212. Ces deux auteurs indiquent comme actes et faits juridiques qu'il y a devoir pour le témoin de dénoncer : la collactation (الرضاع) et le habous (الوقف).

*f*) l'empressement a pour objet de faire accepter le témoignage (واما الحرص على القبول). Par exemple, le témoin, après avoir témoigné, jure que son témoignage exprime bien la vérité (مثل ان يشهد شهادة ويحلف على صحتها).

*g*) la dernière cause intermittente de reproche est l'invraisemblance (الاستبعاد).

Elle a pour origine la parole du Prophète : « Le témoi-« gnage du campagnard sur le citadin n'est pas admis. » (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل شهادة البدوي على الفروي).

On trouve suspect qu'un citadin recoure au témoignage d'un campagnard pour un acte ou fait juridique passé en ville (لانه تهمة ان يدع اهل الحاضرة ويشهد اهل البادية). (El Aïqad El Mounedhem, p. 211). En effet, il y a là quelque chose d'invraisemblable qui suscite la méfiance. Pourquoi invoquer le témoignage de gens frustes et lourdauds résidant loin du lieu où les choses se sont passées alors que les gens ne manquent pas sur place, par surcroît plus instruits et plus éveillés. Aussi le rite interdit-il au citadin de faire appel à un tel témoignage excepté dans trois cas :

— lorsque le citadin a séjourné parmi les campagnards (فان سكن الحضري عندهم جازت شهادتهم عليه) (El Aïqad El Mounedhem, p. 211).

— lorsque le citadin étant en voyage, les campagnards ont vu et entendu des choses l'intéressant (وكذلك ان شهدوا على شيء رأوه او سمعوه في السفر شهادتهم جائزة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 211).

— lorsqu'il s'agit de coups et blessures, délits à l'exécution desquels la solitude est propice (ما يطلب به الخلوات كالدماء) (Qaouanin, p. 309).

(Toutes ces citations sont extraites du Loubab El Loubab, pp. 261 et 262, à l'exception de celles dont l'origine est indiquée).

***

De quelques règles relatives au reproche.

1° on ne peut reprocher un témoin que pour un motif précis. Toutefois, les experts en témoignage peuvent reprocher un témoin pour un motif vague (ولا يشهد بالتجريح مجملا إلّا اهل المعرفة وان لم يكونوا من اهل المعرفة فلا بد من تفسير الجرحة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 213).

2° on ne saurait reprocher un témoin que si on est plus honorable que lui (لا يجرح الشاهد إلّا من هو اظهر منه عدالة).Lorsque le reproche a pour cause l'inimitié, on peut reprocher un témoin d'égale honorabilité ou d'honorabilité inférieure (إلّا ان جرحه بالعداوة فيجوز تجريح من هو مثله او دونه) (Qaouanin, p. 311).

3° reproche-t-on à un témoin un fait punissable d'une peine coranique et rapporte-t-on la preuve de ce fait ? la peine doit être infligée au témoin (فان شهد فيه بما يجب فيه الحد فانه يحد اذا ثبت ذلك) (El Aïqad El Mounedhem p. 213).

4° un groupe de personnes témoigne-t-il que le témoin est reprochable et un autre groupe témoigne-t-il qu'il est habile ? C'est le premier témoignage qui l'emporte (واذا شهد قوم بالتجريح وشهدا اخرون بالتعديل عمل بالتجريح) (El Aïqad El Mounedhem, p. 213). Le témoignage des gens qui reprochent est plus complet car ceux-ci savent ce qui se passe dans le tréfonds du témoin, connaissance que n'ont pas ceux qui habilitent (وشهادة المجرحين اتم لانهم علموا من الباطن ما لم يعلمه المعدلون) (El Aïqad El Mounedhem, p. 213). Tel est l'avis d'Ibn Nafia et de Sahanoun et c'est dans ce sens que s'est fixé l'usage. D'après une opinion faible, on donne la préférence au témoignage provenant des témoins les plus honorables (فيل ينظر الى اعدل البينتين) (El Aïqad El Mounedhem, p. 213).

# SECTION TROISIEME

## Des diverses sortes de témoignage
## (في مراتب الشهادات)

Comme nous l'avons vu, la façon dont le témoignage doit être administré varie d'après la chose à prouver. Tout n'est pas sur le même plan dans la vie juridique de l'homme. Suivant ses dispositions héréditaires, ses tendances actuelles, l'influence du milieu, etc., l'homme attache plus d'importance à tel acte plutôt qu'à tel autre. Chez les peuples où le sens familial est très développé, rien n'est plus sacré que les droits de famille; chez ceux où domine la passion du bien-être, le respect des droits de patrimoine l'emporte et ainsi de suite... Le tempérament de chaque collectivité se reflète dans sa conception de la preuve comme dans un miroir. Dans le rite, plus un acte ou fait juridique a de prix, plus la preuve testimoniale en est difficile à faire. Voilà un critérium plein de sagesse. La protection des institutions varie d'après le respect qu'elles inspirent, l'attachement qu'on leur prodigue. Ce critérium n'est pas le seul. Il y en a d'autres. Les principes d'organisation familiale et sociale d'un peuple expliquent quelquefois aussi certaines particularités de sa preuve testimoniale. Par exemple, dans le rite où la séparation des sexes commande la vie domestique, seules les femmes sont admises à constater entre elles certaines particularités physiologiques, comme les menstrues, l'allaitement, etc.

Ainsi la preuve testimoniale revêt les formes les plus variées, que voici :

1° la preuve de droit commun est la preuve par deux témoins mâles (شهادة الرجلين). Elle a sa source dans le Coran. « Provoquez le témoignage de deux hommes d'en- « tre vous » (Voir Trad. Pesle et Tidjani, Sourate de la Vache, p. 23, verset 280). Le témoignage de deux hommes prouve tous les droits, aussi bien les droits de famille (حقوق الابدان) que les droits de patrimoine (حقوق المالية)

à l'exception de l'adultère (وهي جائزة في كل شئ على الاطلاق إلّا الزنا). Dans certaines matières, le rite se contente d'une preuve plus simple, par exemple du témoignage d'un homme et du serment en matière de biens. Il va de soi que la preuve par deux hommes est à plus forte raison admise dans ces matières en vertu de l'axiome : « Qui peut le plus, peut le moins ».

Il résulte de ce qui précède que les droits de famille ne peuvent être prouvés que par le témoignage de deux hommes, qui est le témoignage le plus difficile à établir. La famille, c'est ce par quoi se conserve la vie, la force, la foi nationale et religieuse. Pour que la famille soit honorable, il faut que les preuves la concernant ne se fassent pas à la légère.

2° le témoignage d'un homme et de deux femmes constitue preuve en matière de biens (شهادة الرجل الواحد والمرأتين وهي جائزة في الاموال). Cette sorte de témoignage elle aussi est tirée du Coran : « Si vous ne trouvez pas « deux hommes, mandez un homme et deux femmes parmi « les personnes agréées à témoigner, de façon que si l'une « d'elles oublie un détail, l'autre le lui rappelle. » (Trad. Pesle et Si Ahmed Tidjani. Sourate de la Vache, p. 28, verset 280).

Voilà une nouvelle manifestation de l'infériorité de la femme. Son témoignage a une valeur moitié moindre que celui de l'homme. Bien plus, il n'est pas admis en matière de droits de famille mais seulement en matière de droit de patrimoine. S'agit-il d'intérêts moraux ? On écarte le témoignage de la femme. S'agit-il d'intérêts matériels ? On l'admet. Voilà qui rabaisse singulièrement le rôle juridique de la femme dans la société musulmane !

Ibn Salamoun donne un aperçu des principales matières dans lesquelles cette sorte de témoignage est admis, à savoir en matière « de délais de procédure, d'option, de « chefâa, de salaire, d'homicide par imprudence, de dom- « mages pécuniaires, d'annulation de contrats, de pacte de

« rachat, de mandat de gestion de biens et de testament. »

3° le témoignage d'un homme honorable appuyé par le serment du demandeur constitue preuve (شهادة الشاهد الواحد العدل مع اليمين). Ce genre de témoignage est admis en matière de biens, d'entretien gratuit d'enfants (كفالة), de pourparlers, de mandat, de mariage d'une femme répudiée par baïn. Il y a controverse sur le point de savoir s'il est admis en matière de talion consécutif à une blessure volontaire et en matière d'habilitation et de reproche de témoins.

La licéite de ce genre de témoignage a été parfois contestée. « El Machour a dit dans l'Istighna : on n'admet ce « témoignage chez nous que dans le cas où un individu « produit un acte de témoignage notarié dont les témoins « sont morts à l'exception d'un seul. Le demandeur jure « et on juge à son profit. »

4° constitue preuve également le témoignage de deux femmes appuyé par le serment du demandeur (شهادة المرأتين وهي جائزة في الاموال خاصة). Ce témoignage n'est admis qu'en matière de biens.

5° le témoignage de deux femmes quand il s'agit de choses que l'homme ne peut examiner lui-même, comme l'accouchement, les malfaçons de l'organe sexuel, le premier vagissement de l'enfant, les menstrues (شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجل كالولادة وعيوب النساء والاستهلال والحيض).

L'imam Chafaï exige le témoignage de quatre femmes en pareille matière. Pour Abou Hanifa, le témoignage d'une seule suffit (وقال الشافعي لا بد من اربع نسوة واجاز ابو حنيفة شهادة امرأة واحدة) (Qaouanin, p. 310).

6° le témoignage des enfants (شهادة الصبيان). Il n'est admis que dans une hypothèse et sous réserve que certaines

conditions soient réunies. L'hypothèse est celle d'une rixe entre enfants au cours de laquelle l'un d'eux est blessé. Voilà les conditions. Il faut :

— que deux enfants au moins témoignent ;
— qu'ils témoignent avant de se séparer ;
— que leurs témoignages soient concordants ;
— ou que l'un des enfants soit grand.

Le témoignage des enfants est-il admis dans la même hypothèse en cas de mort ? La question est controversée.

7° le témoignage des compagnons de route entre eux est admis par nécessité d'après leur tenue extérieure ( شهادة الرفقة بعضهم على بعض في التوسم وهي جائزة للضرورة ).

Des gens d'une même contrée ou de deux contrées différentes voyagent ensemble. En cours de route, une contestation surgit entre eux. Le cadi pourra admettre leurs témoignages les uns envers les autres sans les connaître et en se fiant seulement aux apparences, à leur mine bonne ou mauvaise. Pour cela, il aura un pouvoir discrétionnaire, excepté dans les matières très graves, comme en cas d'infraction punie par le Coran ou de violence ( ولا تجوز في الحدود والغصب ). Toutefois si l'un d'eux a une main coupée (on sait que le vol entraîne la perte de la main criminelle d'après le Coran), ou porte des traces de fustigation, et que le cadi ait des doutes sur sa moralité, il pourra rejeter son témoignage.

Les compagnons, eux, ne pourront pas se reprocher entre eux ( ولا تجريح للخصم فيهم ).

Le pouvoir du cadi d'accepter le témoignage de gens dont il ignore l'identité est reconnu par Ibn Rouchd en ces termes : « Ibn Rouchd a dit : le témoignage de gens in-
« connus (مجهول الحال) est valable par nécessité en cas de
« voyage et en considération de ce principe controversé
« qu'un témoin est présumé honorable jusqu'à preuve
« contraire. Pour certains auteurs modernes, le témoignage

« de l'individu non identifié est valable quand l'intérêt en « jeu est minime .»

« Le témoignage des spoliés est admis contre les spolia- « teurs. Si des voyageurs témoignent que leurs compagnons « leur ont coupé la route et les ont dépouillés de leurs « biens, on admet la première partie de leur témoignage, de « l'avis général, mais on n'en admet la deuxième partie, « d'après Ibn El Qacem, que si les biens sont de peu d'im- portance. Cet auteur a dit : « si un voyageur témoigne « que des biens lui ont été enlevés en route ainsi qu'à ses « compagnons, son témoignage vaut en ce qui concerne les « biens de ses compagnons mais est nul en ce qui concerne « ses propres biens s'ils sont importants. Ibn El Habib « et Mouthref ont dit : son témoignage vaut aussi bien en « ce qui concerne l'agression que le dépouillement de ses « compagnons et le sien. On n'admet pas une partie de « son témoignage sans l'autre. »

Ces derniers auteurs semblent avoir fait leur, en l'occurrence, le principe de l'indivisibilité de la preuve.

8° une autre sorte de preuve testimoniale est la preuve par commune renommée (شهادة بالسماع الفاشي).

Les témoins ne témoignent pas ici sur ce qu'ils ont vu ou entendu directement mais témoignent qu'ils ont entendu dire telle ou telle chose par un très grand nombre de personnes.

Les conditions requises pour que le témoignage par commune renommée soit valable sont au nombre de quatre :

*a*) il faut que les propos dont les témoins se font les échos émanent de gens honorables (لا يجوز إلّا من العدول على العدول ولا تكون عن غيرهم).

b) il faut que les témoins qui rapportent la commune renommée soient au nombre de deux. D'après Ibn Madjichoun, ils doivent être au nombre de quatre (وتجوز فيها شهادة عدلين فيه وبه الحكم وقال ابن الماجشون اقل ما يجوز في ذلك اربعة شهداء).

*c*) il faut que les témoins aient entendu les propos qu'ils rapportent d'un nombre tellement élevé de personnes qu'ils ne puissent plus les identifier, sans quoi cette sorte de témoignage se confondrait avec celle que nous verrons un peu plus loin et où on rapporte le témoignage de personnes déterminées (قد تواطأ ذلك عندهم وكثر وفشا حتى لا يدرون ولا يحيطون ممن سمعوا ذلك من كثرة ما سمعوا به من الناس من اهل العدل وغيرهم).

*d*) il faut que l'acte ou le fait juridique donnant lieu à commune renommée remonte à une époque éloignée, sans quoi on ne s'expliquerait pas qu'on n'en trouve plus les témoins directs. Par époque éloignée, il faut entendre quinze ans, d'après Ibn Habib (ولا تجوز إلّا فيما طال زمانه فال ابن حبيب والطول الخمسة عشر عاما).

La preuve par commune renommée n'est admise que dans les vingt matières suivantes : mariage, allaitement, grossesse, accouchement, mort, parenté, patronage, liberté, habous, dommages, nomination et révocation de cadi, nomination de tuteur, testament, donations anciennes, acquisitions anciennes, serment dit qassama, foi religieuse, habilitation et reproche de témoins.

La commune renommée n'est pas admise comme moyen de preuve pour prouver que le revendiquant est propriétaire de la chose mais elle est admise pour prouver que le possesseur est propriétaire quand sa possession remonte à une époque éloignée, comme quarante et cinquante ans (ولا تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في اثبات ملك لطالبه وانما تجوز للذي هو في يديه بشرط حوزه لو سنين كثيرة كالاربعين والخمسين) (Qaouanin, p. 313).

9° l'adultère et la pédérastie se prouvent par le témoignage de quatre témoins mâles ayant assisté ensemble à l'œuvre coupable. Il faut qu'aucun doute ne subsiste dans l'esprit des assistants sur la perpétration du crime. Suivant

l'image réaliste d'Ibn Rachid, ceux-ci doivent avoir vu l'organe sexuel de l'homme pénétrer dans celui de la femme comme le pinceau dans le pot d'antimoine ( الزنا واللواط ويثبت بشهادة اربعة ذكور مجتمعين غير متبرفين برؤية واحدة انه ادخل برجه في برجها كالمرود في المكحلة). Le cadi est admis à poser aux témoins en matière d'adultère des questions aussi précises qu'en matière de vol : quelle est la chose volée ? d'où vient-elle? comment a-t-elle été volée ? où a-t-elle été transportée ? (وللحاكم ان يسألهم كما ان يسأل في السرقة ما هي ومن اين وكيف والى اين).

La peine applicable à l'adultère est la plus sévère des peines édictées par le Coran, à savoir la lapidation. Ce n'est pas particulier à l'Islam. Dans toutes les législations un peu anciennes, la répression de l'adultère est particulièrement dure. A Rome, la femme est chassée à coups de fouet à travers les rues de la ville (Tacite). Dans la vieille France, on applique aux coupables les supplices les plus horrifiants (Lire le supplice de Mortimer dans Froissard). En compensation, la loi se montre extrêmement exigeante pour l'établissement de la preuve. Passe encore d'appliquer de tels supplices, mais encore faut-il être sûr qu'ils soient mérités. C'est ainsi qu'à Agen, les coupables devaient être pris en flagrant délit par le bailli et deux consuls (Brissaud, Manuel d'histoire du Droit Privé, p. 62). De là aussi les quatre témoins du rite. Finalement la preuve est tellement difficile à faire que la peine est rarement appliquée, ce qui est le vœu secret du législateur (V. sur la même question : Loubab El Loubab, pp. 264 et 265, et Qaouanin, pp. 309 et 310).

10° la preuve sur l'écriture (الشهادة على الخط).

On distingue suivant que le témoin témoigne sur sa propre écriture (شهادة الشاهد على خط نفسه) ou sur l'écriture d'autrui (شهادة الشاهد على خط شاهد غيره).

*a*) on admet le témoignage de la personne qui reconnaît

un acte écrit de sa main, que cet acte concerne le droit de famille ou le droit de patrimoine. Cette reconnaissance est assimilée à un aveu ( والصحيح من مذهب مالك ان الشهادة على المقر جائزة في الاموال والطلاق والعتاق وغيره كاقراره). L'hypothèse est celle où un individu a affranchi un esclave ou bien a répudié sa femme par écrit. Le rite l'autorise à témoigner qu'il est l'auteur de l'écrit.

Ibn El Madjichoun a prétendu que cette sorte de témoignage n'est admissible qu'en matière de biens seulement mais son opinion est restée isolée.

*b*) sont valables les témoignages par lesquels on déclare reconnaître l'écriture d'une personne morte ou absente (واما الشهادة على خط الشاهد الميت او الغائب فلا تجوز إلّا فيما كان مالا من الاموال). Cete sorte de témoignage n'est admise qu'en matière de biens, d'après la pratique courante. Elle n'est pas valable en matière de répudiation, d'affranchissement et dans toutes les matières où ne sont pas admises la preuve par femmes ou par un seul témoin appuyé d'un serment.

Il résulte des citations ci-après que cette sorte de preuve, avant d'être admise dans les conditions qui viennent d'être dites ci-dessus, a donné lieu à de nombreuses controverses.
« Ibn Zarb a dit : l'usage chez nous était de n'accepter cette
« sorte de preuve qu'en matière de habous de famille.
« Ibn Harits a dit : « j'ai entendu le cadi de la circons-
« cription de Cordoue, Mohammed Ben Aïssa, autoriser
« à témoigner sur les écritures des témoins en matière
« de dot. Ibn Rouchd a dit : Ibn Habib a rapporté d'après
« Mouthref, Ibn Madjichoun et Asbagh, que le témoignage
« sur l'écriture n'est pas admis en matière de répudiation,
« d'affranchissement et de peine coranique. »

*Témoignage sur écriture* (modèle)

Louange à Dieu,

Les témoins comparants aux présentes ont examiné la preuve écrite d'un tel... établie à telle occasion et ont exa-

miné avec la plus grande attention la forme de ses lettres. IIs ont acquis la certitude que cette preuve émane bien de lui et qu'elle est écrite de sa main. Ils savent que le précité était réputé pour être un homme honorable et pour être autorisé à témoigner au moment de l'établissement de cette preuve.

Dont Acte.

Pour que l'individu sur l'écriture duquel porte le témoignage puisse être considéré comme absent, il faut qu'il se trouve à une distance telle que celui qui la parcourt soit autorisé à supprimer deux inclinaisons (ركعة) dans sa prière وقدر الغيبة التي تجوز فيها الشاهدة على خط الشاهد الغائب مسافة القصر).

Pour qu'un individu soit admis à témoigner sur sa propre écriture, suffit-il qu'il la reconnaisse ou faut-il en outre qu'il se souvienne du contenu de l'acte ? Malek a successivement émis deux avis différents sur ce point. Il a d'abord dit que le témoin pouvait témoigner sans se rappeler le contenu de l'acte lorsque l'écriture n'en était pas effacée, puis il a fait obligation au témoin de se souvenir au moins d'une partie de l'acte.

11° une autre sorte de témoignage est celle qui consiste à rapporter le témoignage d'autres témoins (الشهادة على الشهادة). Elle est admise dans le rite en n'importe quelle matière (وذلك في جميع الحقوق). Chafaï l'a interdite en matière de droits de Dieu et Abou Hanifa en matière de talion (ومنعها الشافعي في حقوق الله وابو حنيفة في القصاص).

Pour qu'un individu puisse rapporter le témoignage d'autres témoins, il faut trois conditions :

a. — il faut que celui qui rapporte le témoignage y ait été autorisé par celui dont il le tient (ومن شرطها ان يشهد الشاهد على شهادته).

b. — ou bien il faut qu'il ait entendu lui-même le témoin déposer en justice (فان رآه يؤديها فكذلك).

c. — ou bien il faut que celui dont on rapporte le témoignage soit dans l'impossibilité de témoigner soi-même, soit qu'il soit mort, malade ou absent et se trouvant à une distance où la loi ne lui fait pas obligation d'aller témoigner (ولا تسمع إلّا بموت الاصل او مرضه او غيبته كان لا يلزم الاداء منه).

Il y a une personne dont on peut toujours rapporter le témoignage, même si elle est présente, c'est la femme (إلّا المرأة فانه ينقل عنها وان كانت حاضرة).

Deux témoins sont suffisants pour rapporter le témoignage de deux autres témoins, dit Ibn Djouzi (ويكفي شاهدان في نقل شهادة شاهدين). (Qaouanin, p. 312). Cette affirmation est discutable. D'après Ibn Salamoun, le témoignage d'un témoin ne pourra être rapporté que par deux témoins. C'est ainsi que le témoignage de droit commun, qui est constitué par deux témoins, ne pourrait être rapporté que par quatre témoins, que le témoignage en matière d'adultère, qui est constitué par quatre témoins, ne pourrait être constitué que par seize témoins (ويشهد على كل شاهد اثنان من غير شهود الاصل ويكتفى بشهادتهما عن الاخر وقال عبد الملك لا بد من شاهدين اخرين سواهما وفي الزنا اربعة على كل واحد من الاربعة وروى مطرف لا بد من ستة عشر).

Au cas où le témoignage qu'on rapporte est reproché pour cause d'inimitié, le témoignage rapporté devient nul par cela même (واذا بطل الاصل بجرحة من عداوة وغيرها بطل الفرع).

Au cas où celui dont on rapporte le témoignage confond d'imposture le rapporteur avant que le juge ait rendu sa décision, on annule le témoignage du rapporteur (ان كذب لاصل البرع فبل الحكم بطلت الشهادة). Le confond-t-il après ? les avis sont partagés. Ibn El Qacem a dit : le jugement est exécuté et le rapporteur n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il a causé à celui dont il a rapporté mensongèrement le témoignage. Ibn Habib a dit : « On «annule le jugement. D'après une opinion isolée, on exé- « cute le jugement et le rapporteur convaincu de men- « songe est tenu de réparer le dommage » (وبعده يمضي على فول ابن الفاسم ولا غرم وفال ابن حبيب ينفض وفيل يمضي ويغرم لاصل).

« Dans le Montharib, Asbagh a été interrogé sur le « point de savoir si un fils peut rapporter le témoignage « de son père qui est un homme honorable dont le témoi- « gnage est accepté. Il a répondu : le fils ne peut pas plus « rapporter le témoignage du père que le père ne peut « rapporter le témoignage du fils. Et de toute personne « dont on ne peut pas habiliter le témoignage, on ne peut « pas rapporter le témoignage. »

(Toutes ces citations sont extraites des Aïqad El Mounedhem, pp. 206, 207, 208 et 209).

## SECTION QUATRIEME

### Des obligations qui incombent au témoin

En tête de cette question, une définition du témoignage n'est pas inutile. La plus exacte et la plus complète, de l'avis général, est celle d'Ibn Rachid : « Le témoignage « consiste à dire ce qu'on sait d'un acte ou fait accompli « par une personne déterminée et obligeant celle-ci. En « exigeant que la personne soit déterminée, on différencie

« le témoignage d'une simple relation (حقيقتها الاخبار عن تعلق امر بمعين يوجب عليه حكما وبفيد التعيين تعارف الرواية) (Loubab El Loubab, p. 260).

1° On distingue dans le témoignage deux choses :

— le fait de recueillir le témoignage (التحمل) et le fait de déposer (الاداء).

Est-ce une obligation pour un Musulman d'accomplir l'un ou l'autre de ces actes ? C'est ce qu'on appelle une obligation de « suffisance », c'est-à-dire qu'elle n'incombe pas personnellement à chaque Musulman mais à l'ensemble de la communauté. Pourvu qu'un Musulman l'accomplisse, la loi se trouve satisfaite. Comme toutes les obligations de suffisance, celle-ci se transforme en une obligation personnelle lorsqu'il n'y a personne d'autre pour l'accomplir (وكلاهما فرض كفاية إلّا ان تعين) (Qaouanin, p. 311).

En ce qui concerne la constatation des faits, elle n'incombe à celui qui y assiste que si on a besoin de son témoignage et qu'on craigne que les droits se perdent s'ils ne sont pas constatés (اما التحمل فلا يجب على الشاهد ان يتحمل إلّا ان يفتقر اليه ويخشى تلف الحقوق لعدمه) (Qaouanin, p. 311).

En ce qui concerne la déposition, elle n'incombe à celui qui a constaté les faits qu'autant qu'il y est obligé personnellement, c'est-à-dire lorsqu'il est seul à avoir constaté les faits ou que les autres témoins ont une excuse (واما اداء الشهادة فيجب على من تحملها اذا كان متعينا وذلك اذا لم يشهد غيره او تعذر اداء سائر الشهود) (Qaouanin, p. 311).

2° Que se passe-t-il lorsque celui qui a constaté les faits se trouve dans un lieu éloigné ? est-il tenu de venir déposer ou non ? On distingue. Il n'est tenu de déposer que si son éloignement est assez faible, à savoir un berid (12 mille) ou deux (ودعي لادائها من مسافة قريبة كالبريد)

والبريدين) (Qaouanin, p. 311). Lorsque l'éloignement est plus grand, il n'est pas tenu (ولا يلزمه الاداء على ابعد من ذلك) (El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

3° le témoignage est en principe gratuit (ولا يجوز اخذ الاجارة على الاداء لانه واجب) (Qaouanin, p. 311).

Au cas où le témoin accepte une gratification quelconque, c'est un cas de reproche et son témoignage est nul (وان فعل فهي جرحة فيه وتبطل شهادته) (El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

Même le témoin éloigné et à qui le rite fait obligation de déposer, n'a droit à aucune indemnité. Toutefois, le rite tolère qu'on mette une monture à sa disposition (ولا يجوز ان ينتفع منه على ذلك بشيء إلّا ان يعطيه دابة يجيء عليها خاصة) (El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

Que se passe-t-il lorsque le témoin qui se trouve à une distance assez éloignée pour être dispensé de déposer, s'impose bénévolement le déplacement ? Il a droit à une monture et à des provisions de bouche, qu'il en ait besoin ou non (El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

4° le témoin ne saurait témoigner d'une façon vague. Il n'est autorisé à témoigner que sur les choses qu'il connaît d'une façon parfaite pour les avoir vues ou entendues (لا يجوز للانسان ان يشهد إلّا بما علمه يقينا لا يشك فيه اما برؤية او سماع) (Qaouanin, p. 312).

5° l'aveugle peut témoigner sur ce qu'il a entendu ou sur ce qu'il a palpé avec ses mains (شهادة الاعمى جائزة فيما وقع له العلم به بسماع الصوت او لمس او غير ذلك ما عدا النظر) (Qaouanin, p. 309).

5° convaincu de faux, le témoin est puni. On l'emprisonne, on lui donne la bastonnade et on le promène dans

la rue sous les huées et les coups de la foule ( اذا عثر على شاهد الزور عوقب بالسجن والضرب ويطاف به في المجالس ) Ibn El Arbi a dit : on noircit son visage ( يسود وجهه ) et on n'admet plus jamais son témoignage (Qaouanin, p. 309).

## SECTION CINQUIEME

### Des différentes qualités de témoins (في مراتب الشهود)

Les témoins sont plus ou moins sincères. Le rite a été ainsi amené à établir entre eux une véritable hiérarchie. En prenant comme critérium la sincérité, ou ce qu'il appelle l'honorabilité ( العدالة ), il les classe en six catégories :

1° le témoin d'une honorabilité irréprochable ( العدل المبرز في العدالة ). Son témoignage doit être admis en toute matière et la seule cause de reproche admissible contre lui est l'inimitié ( فتقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل فيه التجريح إلّا بالعداوة ). « Le témoin irréprochable ne peut être ré-« cusé que pour une inimitié évidente », *dit Ibn El Acem* (Trad. Houdas et Martel, p. 49, vers. 104).

Ibn Salamoun définit le témoin irréprochable « celui « qui est d'une honorabilité parfaite et qui sait en quoi « consistent les conditions de validité du témoignage et « il ajoute : on ne pose jamais de questions à un tel « témoin et on ne peut le reprocher que pour cause d'ini-« mitié » (El Aïqad El Mounedhem, p. 212).

2° le témoin honorable mais pas irréprochable ( العدل غير المبرز ). On accepte son témoignage en toute matière et il peut être reproché pour n'importe quelle cause ( فتقبل شهادته في كل شيء ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها ).

« Le témoin seulement honorable, dit Ibn Salamoun, est « celui qui peut être reproché pour inimitié ou tout autre « cause et auquel on peut poser des questions » (El Aïqad El Mounedhem, p. 212).

3° le témoin qui a les apparences de l'honorabilité ( الذي تتوسم فيه العدالة ) ;

4° le témoin qui apparemment n'est ni honorable, ni reprochable ( الذي لا تتوسم فيه العدالة والجرحة ) ;

5° le témoin qui est apparemment reprochable ( الذي تتوسم فيه الجرحة ) ;

Les témoins entrant dans ces trois dernières catégories ne sont admis à témoigner que s'ils ont été habilités par deux autres témoins honorables ( فلا تقبل شهادة هؤلاء الثلاثة دون تزكية ). Nous avons vu plus haut en quoi consiste la formalité de l'habilitation ( تزكية ) ou purification.

6° le témoin contre qui existe une cause de reproche connue ( المعروف بالجرحة ).

On n'accepte son témoignage que s'il a été habilité. Et est seul capable de l'habiliter celui qui connaît son repentir et sait qu'il s'est défait de la cause de reproche existante contre lui auparavant ( فلا تقبل شهادته حتى يزكى وإنما يزكيه من علم توبته ورجوعه عما جرح به ).

(Toutes ces citations sont tirées des Qaouanin, p. 310).

## SECTION SIXIEME

### De la rétractation ( في رجوع الشاهد عن شهادته )

Le témoin peut revenir sur son témoignage, soit qu'il reconnaisse après coup s'être trompé, soit qu'il avoue avoir intentionnellement travesti la vérité.

On distingue selon que le témoin se rétracte avant ou après que le juge a rendu sa décision :

1° le juge n'a pas encore rendu sa décision ( ان رجع قبل الحكم بها ).

Dans ce cas, le juge surseoit à juger et sa rétractation n'engage pas la responsabilité du témoin (لم يحكم ولم يلزمه شيء).

Emporte-t-elle pour celui-ci déchéance de témoigner à l'avenir ? S'il a été victime d'une erreur, non. ( جازت شهادته فيما يستقبل ). S'il a fait sciemment une fausse déclaration, oui. (ولم تقبل شهادته فيما يستقبل ).

2° le juge a rendu sa décision ( ان رجع بعد الحكم ).

La rétractation du témoin n'a pas pour effet d'annuler la décision du juge d'après l'opinion dominante ( لم ينقض الحكم عند الجمهور ). El Aouzaï et Saïd Ben El Moussib ont émis une opinion contraire ( خلافا للاوزاعي وسعيد بن المسيب ).

Le témoin qui se rétracte après la décision du juge est-il responsable des dommages causés par son témoignage erroné ? Cela dépend.

A supposer qu'il prétende avoir été victime d'une erreur ? le croit-on ou non. On le croit si c'est un témoin irréprochable. Dans l'hypothèse contraire, il y a controverse ( وتقبل قوله انه شبه عليه ان كان مبرزا باتفاق وان لم يكن مبرزا على اختلاف ) (El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

Au cas où il est admis qu'il y a erreur, le témoin n'est pas responsable.

Lorsque le témoin ne peut prouver son erreur et que son intention délictuelle est nettement prouvée, il est puni

et est responsable des dommages causés à autrui par ses déclarations mensongères (واذا لم يات في رجوعه بما يشبه وتبين انه تعمد الكذب والزور اذب ويضمن ما تلف من المال) ((El Aïqad El Mounedhem, p. 214).

Comment joue pratiquement la responsabilité du témoin faussaire ? Cela dépend de l'acte ou du fait juridique sur lequel a porté le faux témoignage. Partant de cette observation, Ibn Djouzi distingue un certain nombre d'espèces que nous croyons devoir reproduire :

— lorsque le faux témoignage porte sur une somme d'argent, le témoin la rembourse. Par exemple, le témoin a affirmé qu'Ahmed devait cent dinars à Zaïd et le juge a condamné Ahmed à rembourser cette somme à Zaïd, le témoin devra la rembourser lui-même à Ahmed (ان شهادته التي رجع عنها بعد الحكم ان كانت في مال لزمه غرمه) ;

— lorsque le faux témoignage porte sur un délit emportant réparation pécuniaire, le témoin rembourse celle-ci, que son erreur soit volontaire ou non, d'après le rite hanéfite. D'après Achahab, il ne la rembourse que si son erreur est volontaire (وان كانت في دم لزمه غرم الدية في الخطاء والعمد وافقا لابي حنيفة وقال اشهاب ينقض منه في العمد) ;

— lorsque le faux témoignage porte sur une infraction punie par le Coran, l'auteur de l'infraction subit la peine, que le témoin se rétracte avant ou après le jugement. Au cas où la peine encourue est la lapidation, on discute sur le point de savoir si le témoin doit payer le prix du sang de la personne lapidée ou s'il doit lui-même être tué (وان كانت في حد فان رجع قبل الحكم حد وان رجع بعده حد ايضا فان كان الحد رجما فاختلف هل توخذ منه الدية او يقتل) ;

— lorsque le faux témoignage porte sur un affranchissement, le témoin rembourse le prix de l'esclave à son maître (وان كانت في عتق لزمه قيمة العبد لسيده) ;

— lorsque deux témoins témoignent faussement qu'il y a eu répudiation avant la consommation du mariage, ils remboursent chacun à la femme la moitié de sa dot ( ان كانت بي طلاق قبل الدخول لزم الشاهدين نصف الصداق).

*
**

En cas de faux témoignage, le juge encourt-il une responsabilité ? On se rappelle que le juge doit s'assurer par lui-même de la moralité des témoins et vérifier s'ils remplissent bien les conditions exigées par le rite. Si le juge s'est trompé sur la moralité d'un témoin, il n'est pas responsable car c'est là quelque chose de très difficile à établir, et à propos de quoi la faillibilité est permise. Mais s'il a fait erreur sur une condition, comme lorsqu'il a admis le témoignage d'un esclave ou d'un infidèle, il est responsable (اذا حكم حاكم بشهادة شاهدين ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهما لم يضمن ما اتلف بشهادتهما ولو قامت بينة بكفرهما او رقهما ضمن ).

(Toutes ces citations ont été extraites des Qaouanin, pp. 313 et 314, hormis celles dont la source est indiquée).

# CHAPITRE DEUXIEME

## DU SERMENT ( اليمين )

Le serment est un acte par lequel on prend Allah (le Dieu de l'Islam) à témoin de la vérité d'un fait ou d'un engagement.

Pour que le serment soit valable, il faut que celui qui le prête soit responsable de ses actes devant Dieu. La responsabilité religieuse en Islam commençant avec la puberté, le serment de l'impubère n'a pas de valeur.

### SECTION PREMIERE

### De la formule du serment ( في المحلوف به )

La formule du serment n'est pas laissée à l'initiative du jureur. Il y a une formule fixée par le rite, qui est la suivante : Par Dieu en dehors de qui il n'y a pas d'autre Dieu que lui ( بالله الذي لا إله إلّا هو ). D'après l'opinion dominante, cette formule est la même, quels que soient les droits qu'on fasse valoir ( هو لكل حالف في جميع الحقوق على المشهو ). D'après une opinion isolée, cette formule doit être suivie des mots suivants : qui connaît l'avenir et de la première sourate du Coran, lorsque les serments à prêter sont des serments d'anathème (serment par lequel le mari accuse sa femme d'adultère ou désavoue une paternité) et le serment dit d'el qassama (serment que prête l'accusé sur lequel pèsent de graves soupçons et qui

comporte cinquante dénégations) (وفيل يزاد في الفسامة والله عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم). Toujours d'après une opinion isolée, le Juif devra faire suivre la formule sacramentelle des mots : qui a porté le Pentateuque à Moïse (وفيل يزيد اليهودي الذي انزل التوراة على موسى) et le chrétien devra la faire suivre des mots : qui a porté l'Evangile à Jésus (الذي انزل الانجيل على عيسى).

## SECTION DEUXIEME

### Des termes du serment

Evidemment, le serment ne saurait consister en termes vagues, en simples allusions (لا تصح فيها التورية) ni comporter aucune réserve (ولا ينفع الاستثنا).

Lorsque le jureur affirme un acte ou un fait accomplis par lui, que l'acte ou le fait soit positif ou négatif, il doit employer une formule directe : je jure que... (ثم ان الحالف ان حلف على ما ينسبه الى نفسه حلف على البت في النبي والاثبات). Par exemple, je jure que j'ai acheté cette maison, je jure que je n'ai pas commis telle infraction (ان يحلف على البت) (Loubab El Loubab, p. 258). L'affirmation ainsi faite sous la foi du serment ne comporte aucune réserve, ne laisse place à aucun doute, tranche d'une manière absolue (بالبت) le point contesté quant au jureur. Il en est de même lorsqu'il jure à propos d'un acte ou fait positif accompli par une autre personne que lui. Exemple : le jureur jurera que son père a remboursé telle créance, qu'il a passé tel contrat de location... Car le jureur peut avoir une certitude absolue touchant un fait positif accompli par autrui ; il a pu assister à l'acte

de quittance, à l'acte de location. C'est ce qui correspond au serment que les civilistes français appellent le serment de connaissance.

Tandis que le jureur ne saurait affirmer de la même façon tranchante, coupante, un fait négatif, qui lui ne tombe pas sous les sens, ne se manifeste pas d'une façon concrète, en d'autres termes, sur l'existence duquel il lui est impossible d'avoir une certitude absolue. Le jureur emploiera alors une forme plus circonspecte : je jure *qu'à ma connaissance*, un tel n'a pas fait ceci ou cela. Exemple : je jure qu'à ma connaissance mon père n'a pas affranchi tel esclave ou n'a pas répudié ma mère ou ma belle-mère ( إلّا فيما ينسب الى غيره من النفي ) (Loubab El Loubab, p. 258). C'est ce que les civilistes français appellent le serment de crédibilité ( وان حلف على ما ينسبه الى غيره حلف على البت في الاثبات وعلى العلم في النفي ).

Qui est-ce qui arrête les termes du serment ? Qui est-ce qui dit : le jureur devra employer telle et telle expression et non telle autre, jurer ceci et non cela ? On voit l'importance que revêt la question. Les avis sont partagés à l'extrême. On discute, dit Ibn Salamoun, « sur le point de « savoir si les termes du serment sont arrêtés par le « jureur ou s'ils sont arrêtés par celui à qui on prête « serment. D'après une opinion isolée, les termes du ser- « ment sont arrêtés par celui à qui on prête serment lors- « que le jureur a été sollicité et par le jureur lorsque ce- « lui-ci jure de son propre gré. » ( واختلف هل على نية الحالف او على نية المحلوف له وقيل ان كان مستحلفا باليمين على نية المحلوف له وان كان متطوعا باليمين على نية الحالف ) (El Aïqad El Mounedhem, p. 216). Ibn Djouzi, lui, exprime un autre avis : « les termes du serment en matière de « jugements, dit-il, sont arrêtés par celui qui défère le ser- « ment, à savoir le cadi. » ( واليمين في الاحكام كلها على نية المستحلف وهو القاضي ). Cet avis est assurément le plus

raisonnable. Seul, le cadi peut arrêter les termes du serment d'une façon impartiale.

## SECTION TROISIEME

### Des diverses espèces de serment

Il y a quatre espèces de serment (ان اليمين اربعة انواع):

1° le serment de celui qui nie le bien fondé d'une action intentée contre lui quand cette action porte sur un droit de patrimoine (تكون لرفع الدعوى كالمدعى عليه بمال وينكره). Les droits de patrimoine dans le rite se distinguent des droits de famille quant à la preuve par ceci qu'il faut deux témoins du sexe masculin pour prouver les derniers tandis qu'il suffit du témoignage d'un seul témoin mâle appuyé du témoignage de deux femmes ou d'une prestation de serment pour prouver les premiers.

Chaque fois qu'une action tendant à faire valoir un droit de patrimoine est exercée contre une personne, celle-ci est tenue de jurer si elle nie. « Le serment de celui qui « nie, dit Ibn Acem, est toujours exigé dans les questions « ayant trait aux biens. » (Tohfa trad. Houdas et Martel, p. 101, vers. 217). Ce serment est connu dans la doctrine et dans la pratique sous le nom de serment négatoire (يمين الانكار).

Anciennement, le juge ne déférait le serment au défendeur qu'autant que le demandeur prouvait l'existence de « pourparlers » entre lui et son adversaire antérieurement à l'acte ou au fait litigieux (وشرط توجهها ثبوت الخلطة ان كانت الدعوى يقبل فيها الشاهد واليمين). (Loubab El Loubab, p. 257). Ces pourparlers faisaient présumer que l'acte ou le fait litigieux avaient bien eu lieu, constituaient un indice dans ce sens. Aujourd'hui, la preuve des « pourparlers » est tombée en désuétude.

Pourtant, il n'est pas inutile d'en dire quelques mots, ne serait-ce que par curiosité historique. Cette preuve n'était exigée qu'autant que l'acte juridique ayant donné naissance au litige était un acte non usuel ( ثم حيث اعتبرنا الخلطة فانما نعتبرها فيما كان من الدعاوي غير مشبهة عرفا). (Loubab El Loubab, p. 257). Mais lorsque l'acte était un acte usuel, un acte de pratique courante, on ne l'exigeait pas (فاما ما يشبه فلا يحتاج الى ثبوت خلطة). (Loubab El Loubab, p. 258). Comme actes de pratique courante, Ibn Rachid cite les dépôts effectués chez les parents, le dépôt confié par un voyageur à un de ses compagnons de route, le fait de confier un objet à un artisan pour le faire transformer ou réparer, l'achat à un vendeur de profession, la reconnaissance d'une dette in articulo mortis, etc... Donc, au cas de contestation sur un dépôt confié à un parent le déposant était tenu de prouver l'existence de pourparlers et ainsi de suite... La preuve des « pourparlers » se faisait par l'aveu ou par un seul témoin. La question était contestée de savoir si le demandeur devait appuyer le témoignage du témoin par serment ou non.

Pour que le serment négatoire soit valable, il faut qu'il contredise d'une façon très précise l'objet de la demande. Au cas où la formule du serment est trop générale, elle est insuffisante, d'après certains auteurs, pour paralyser la demande (وان حلف على مطابقة الانكار برئ اتفقا وان حلف على اعم من ذلك فبيمينه خلاف). Par exemple, un vendeur prétend ne pas avoir été payé du prix de la marchandise par l'acheteur. L'acheteur lui défère le serment. Si le vendeur jure n'avoir rien touché de l'acheteur sur le prix de vente, il est délié de l'obligation de livrer. S'il jure n'avoir plus d'obligation envers l'acheteur, la question est controversée.

2° le serment par lequel le demandeur appuie le témoignage de son témoin ( يمين المدعي مع شاهده).

Le demandeur n'a qu'un témoin alors que le rite en exige deux d'une manière générale (le rite a fait sien en principe le vieil adage : testis unus, testis nullus). Dans certaines matières énumérées précédemment, le rite tient la preuve pour faite en pareil cas lorsque le demandeur jure que le témoin dit bien la vérité (يحلف انه شهد له بالحق)
Un tel serment, comme le dit excellemment Ibn Rachid, a pour but de renforcer la demande (لتصحيح الدعوى كاليمين مع الشاهد) (Loubab El Loubab, p. 257).

Serment complétant le témoignage d'un seul témoin (modèle) :

Louange à Dieu,

« Avec l'autorisation du cadi de tel endroit, un tel.... « a prêté serment à l'endroit et dans les conditions fixées « par la loi. Il a dit : « Par Dieu en dehors de qui il n'y « a pas d'autre Dieu, certes un tel... porté comme témoin « dans tel acte, a témoigné conformément à la vérité et son « témoignage est pertinent et sincère.

« Ceux qui ont assisté à ce serment, ont été dûment « autorisés par le Cadi à cela et l'ont recueilli entière- « ment, en témoignent par les présentes.

Dont Acte.

(El Aïqad El Mounedhem, p. 218).

Ibn Salamoun cite une hypothèse où le demandeur n'a pas besoin de compléter le témoignage du témoin par serment, c'est celui où le défendeur à qui le serment est déféré le refuse. « Si le défendeur, dit-il, refuse de prêter « serment et que le demandeur ait un témoin, on jugera « en faveur de ce dernier car le témoignage d'un témoin a « une plus grande force probante que celle d'une prestation « de serment ». (El Aïqad El Mounedhem, p. 218).

« Au cas où le défendeur avoue le droit du demandeur « qui n'a qu'un seul témoin, celui-ci ne sera pas tenu de « jurer qu'il a un droit contre le défendeur mais seulement « que son témoin a bien dit la vérité tandis que, d'après

« Ibn Bethal, il devra jurer à la fois qu'il a un droit « contre le défendeur et que la déposition de son témoin « est sincère. » (El Aïqad El Mounedhem, p. 218).

Quid ? lorsque le demandeur refuse d'appuyer le témoignage de son unique témoin par serment puis produit un deuxième témoin. « Cette hypothèse a donné lieu à trois « avis :

« *a*) le deuxième témoin est joint au premier et le « demandeur a gain de cause ;

« *b*) le demandeur devra appuyer le témoignage du « deuxième témoin par serment pour avoir gain de cause ;

« *c*) le demandeur sera débouté. S'il a été nanti de « son droit, il le restituera ». (El Aïqad El Mounedhem, page 218).

3° le serment par lequel le défendeur écarte une action (لانتفائها).

Exemple : le demandeur a un témoin mais il n'a pas la capacité juridique voulue pour jurer valablement. Si le défendeur dénie les droits du demandeur par serment, l'instance est suspendue jusqu'à ce que le demandeur soit en état de jurer valablement (كالحالف على نفي حق ثبت لصغير بشاهد) ;

4° le serment relatif à une libération prétendue qu'on appelle indifféremment iamin el qadha (يمين القضاء) et iamin el istibra (يمين الاستبراء).

Ce serment est exigé quand le créancier ou le débiteur sont morts ou absents. Il a pour but d'éviter dans la mesure du possible que la même personne paie deux fois la même chose. Il consiste dans l'affirmation faite par le créancier ou ses représentants (en cas de mort ou d'absence de celui-ci) que le débiteur ne s'est pas libéré, ni qu'abandon de sa créance lui a été fait sous une forme quelconque.

Serment relatif à une libération prétendue (modèle) :

Louange à Dieu,

Un tel... avec l'autorisation du cadi de telle circonscription... a prêté serment à l'endroit et dans les formes prescrites par la loi. Il a dit : Par Dieu en dehors de qui il n'y a pas d'autre Dieu que lui, je n'ai rien touché de la somme inscrite dans tel acte, ni en petite ni en grande quantité, je ne l'ai pas donnée, je n'en ai pas fait abandon. je ne l'ai pas déléguée, je n'ai exigé pour sa sûreté ni caution ni gage et je ne suis pas sorti de cette situation en tout ou partie par un moyen quelconque. Cette somme m'est encore due par mon débiteur, un tel..., a figuré au passif de son patrimoine et à sa charge jusqu'à sa mort et figure encore à l'heure actuelle au passif de sa succession.

Ceux qui ont assisté à ce serment et en ont recueilli la teneur, en témoignent par les présentes.

(Dont Acte.)

(El Aïqad El Mounedhem, p. 218 et 219).

1° Une personne morte ou absente est créancière d'une autre. Ses représentants (les héritiers de la personne morte ou le mandataire de l'absent) poursuivent le débiteur. Celui-ci se prétend libéré mais s'avère impuissant à rapporter la preuve de sa libération. La procédure varie quelque peu suivant qu'il s'agit d'une personne morte ou absente.

A. — S'agit-il d'un mort ? Le cadi déférera le serment d'el qadha à ses héritiers pour qu'ils jurent non pas que l'obligation subsiste mais qu'à leur connaissance le paiement n'a pas été effectué (يحلف الورثة على نفي العلم)

(El Aïqad El Mounedhem, p. 219).

Les héritiers prêtent-ils ce serment ? Le débiteur est condamné à payer.

B. — S'agit-il d'un absent ? on distingue suivant qu'il se trouve à une distance proche, comme deux ou trois jours de marche, ou à une distance éloignée :

*a*) se trouve-t-il à une distance proche ? On attendra qu'il se rende au lieu du procès ou on lui écrira de s'y rendre pour qu'il prête serment.

Voici comment l'hypothèse est rapportée dans les Aïqad El Mounedhem :

Abdelhakam a dit : « si le mandataire d'un absent « réclame le paiement d'une créance appartenant à son « mandant et que le débiteur riposte : j'ai remboursé ton « mandant et j'ai le droit de lui faire jurer que je ne l'ai « pas remboursé, on avisera : si le mandant se trouve à « une distance proche, on attendra jusqu'à ce qu'il vienne « ou bien on lui écrira. »

Et un peu plus loin, on trouve : Abdelhakam a dit : « si « l'absent se trouve dans un lieu proche, le débiteur ne « paiera pas tant que l'absent n'aura pas juré. » (او فريب الغيبة فلا يؤدي إلّا ان يحلف) (El Aïqad el Mounedhem, page 220).

*b*) se trouve-t-il à une distance éloignée ? les avis sont partagés sur ce qu'il y a lieu de faire.

D'après Ibn Kinana, le mandataire jurera qu'à sa connaissance son mandant n'a pas été remboursé par le débiteur et celui-ci sera condamné à payer (انه يحكم عليه ويحلف الوكيل انه ما يعلم ان موكله قبض منه شيئا) (El Aïqad El Mounedhem, p. 220).

D'après Ibn Abdelhakam, le débiteur sera tenu de payer sans qu'il y ait lieu à serment de la part du mandataire (وقرق ابن عبد الحكم بين ان يكون بعيد الغيبة فيؤدى او فريب الغيبة فلا يؤدى إلّا ان يحلف).

2° le débiteur est une personne morte ou absente.

A. — s'agit-il d'un mort ? comme il est possible que le débiteur se soit libéré de son vivant sans qu'on le sache, le créancier devra prêter le serment d'el qadha à ses héritiers.

B. — S'agit-il d'un absent ? le créancier dispose d'une double voie pour engager l'instance : ou faire comparaître l'absent en personne ou le mettre en demeure de consti-

tuer mandataire. Que l'absent comparaisse ou que ce soit son mandataire, le créancier devra prêter le serment d'el qadha (وسئل عيسى عن الرجل يثبت حفا عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج في ذلك او يوكل فقال يستحلف في الوجهين جميعا خرج او وكل انه ما قبض) (El Aïqad El Mounedhem, p. 220).

D'après une opinion isolée, le créancier jurera si l'absent est représenté par un mandataire mais ne jurera pas si l'absent se présente en personne (وقيل يستحلف اذا وكل ولا يستحلف اذا خرج) (El Aïqad El Mounedhem, p. 220).

*
**

A supposer que le débiteur ne s'acquitte pas après avoir été condamné et que le créancier le poursuive en exécution, celui-ci devra-t-il prêter à nouveau le serment d'el qadha ? La question a suscité des controverses. L'opinion dominante s'est prononcée pour la négative. Comme l'a très finement noté Ibn Salamoun, poussée à un tel degré la suspicion devient infernale et n'a plus de limites. Quand le créancier a prêté serment à la mosquée, il lui reste un trajet à parcourir jusqu'au tribunal du cadi pour être payé. Faudra-t-il le suspecter d'avoir été payé pendant ce trajet et l'obliger à prêter de nouveau serment et ainsi de suite... sans fin ? (لاحتمال ان يكون حقه قد وصل اليه مع من بعث اليه به معه في طريقه من المسجد الجامع الى دار القاضي الى ما لا نهاية له) (El Aïqad El Mounedhem, p. 221).

Le serment d'el qadha ne se prête donc qu'une fois. « Il « n'est pas utile, dit Ibn El Qacem, que ce serment soit « renouvelé, même s'il s'est écoulé ensuite un long espace « de temps. » (Tohfa trad. Houdas et Martel, p. 101, vers. 216).

(Toutes ces citations sont extraites des Qaouanin, p. 306, à l'exception de celles dont l'origine est indiquée).

## SECTION QUATRIEME

### Du lieu et du moment où on prête serment

1° Du lieu du serment.

Lorsque la contestation donnant lieu à serment porte sur une somme de quatre dinars et plus, le serment doit être prêté à la mosquée.

Le jureur jure-t-il dans une mosquée ordinaire ? Il jurera debout, la face tournée vers le Sud. (يمي المسجد قائما مستقبل القبلة). Jure-t-il dans une mosquée de ville ? Il jurera sur la chaire (وان كان يمي مسجد المدينة حلف على المنبر). Il ne jurera pas sur la chaire dans n'importe quelle mosquée.

Lorsque la contestation donnant lieu à serment porte sur une somme inférieure à trois dirhems ou à un quart de dinar, le jureur jure assis à l'endroit de la mosquée à cela désigné ou à tout autre endroit ( ان حلف على اقل من ثلاثة دراهم او ربع دينار حلف قاعدا حيث يقضي عليه من مسجد او غيره).

La femme de noble famille qui ne sort que la nuit (المخضرة), prête serment de nuit à la mosquée lorsque la somme contestée est importante. Elle prête serment dans sa chambre lorsque la somme est inférieure à un quart de dinar.

Les chrétiens et les juifs prêtent serment dans leur temple, à l'endroit qu'ils vénèrent le plus.

Lorsque le serment incombe à un malade, il le prête dans son domicile si mieux n'aime son adversaire en retarder la prestation jusqu'à sa guérison ( واذا وجبت اليمين على مريض فان شاء خصمه احلفه يمي موضعه او اخره الى ان يبرأ).

Lorsque le serment est le serment de qassama, le jureur se tourne du côté des villes saintes, La Mecque et Médine, et du sanctuaire sacré.

Lorsque le jureur se trouve à une distance proche d'une ville métropole, comme dix mille, il se tourne pour jurer du côté de cette ville. Abou El Messaab a dit : le jureur se tourne du côté de toute ville qui se trouve à trois mille environ.

2° Du moment du serment.

Un moment n'est imposé au jureur qu'au cas où il prête le serment de qassama ou d'anathème (lian). Il jure alors après la prière de l'après-midi et le cadi envoie deux témoins assister à son serment (واما الزمان فبي كل وقت إلّا في القسامة واللعان فيحلف بعد صلاة العصر ويوجه القاضي شاهدين للحضور على اليمين).

(Toutes ces citations sont extraites des Qaouanin, p. 307).

## SECTION CINQUIEME

### Du refus de prêter serment (النكول)

Le refus consiste dans l'emploi des termes suivants par celui à qui incombe le serment : je ne jure pas (لا احلف) ou bien je refuse (انا ناكل). Ou bien celui à qui incombe le serment dira au demandeur : jure, toi (او يقول للمدعي احلف) ou encore refusera pendant très longtemps de jurer (او يتمادى على الامتناع من اليمين).

D'après Ibn Rachid, ce sont là des façons parfaites de manifester son refus et celui qui y recourt n'est plus admis à jurer par la suite s'il en manifeste le désir (وليس له ان يرجع الى اليمين). Si, dit Ibn Salamoun, celui qui a refusé d'une façon parfaite revient sur son refus, on n'accepte plus son serment (فان قال بعد تم نكوله انا احلف لم يقبل). (El Aïqad El Mounedhem, p. 218).

Mais celui à qui incombe le serment peut très bien laisser passer un long intervalle de temps avant de jurer sans être forclos, s'il n'a pas refusé de jurer. « Ibn Atab a été interrogé au sujet de quelqu'un à qui incombe le serment et qui l'a référé au demandeur. Ce dernier reste un long temps dans l'expectative puis se décide à jurer. Le défendeur lui dit alors : « Je ne t'autorise plus maintenant à jurer. » Il a répondu : « Celui à qui le serment a été référé le prêtera, qu'il se soit écoulé un laps de temps court ou long » (El Aïqad El Mounedhem, p. 218).

C'est un devoir pour le cadi d'informer celui qui refuse des conséquences de son acte (وينبغي للقاضي ان يشرح له حكم النكول). D'après Ibn Rachid, il l'avertira en ces termes :

« Si tu refuses, le demandeur jurera et prendra ce sur quoi « a porté son serment s'il est pubère. S'il est impubère, il « le prendra sans serment. En deviendra-t-il propriétaire « ou cela sera-t-il sous séquestre ? Il y a deux avis. »

Le serment peut incomber au demandeur quand il a un témoin, comme nous l'avons vu. Quid s'il refuse de le prêter ? D'après Ibn Rachid, « le cadi dira au défendeur : « jure ou si tu refuses, tu rembourseras. Si tu jures et « que le demandeur dispose de ses biens (soit majeur), ses « droits deviendront caducs. Si le demandeur est incapable « de gérer ses biens, la solution est la même d'après Ibn « El Qacem et Asbagh. Ibn Madjichoun a dit : il conservera « ses droits et il sera sursis jusqu'à sa majorité, date à laquelle il jurera. S'il refuse, le demandeur ne jurera pas « une deuxième fois. »

(Ces textes sont tirés du Loubab El Loubab, p. 258).

## SECTION SIXIEME

### De quelques règles de procédure relatives au serment

Au cas où le créancier défère le serment à son débiteur et que celui-ci trouve une preuve dont il ignorait l'exis-

tence, il a le droit de la produire à condition de confirmer par serment son ignorance. Il n'est pas forclos par le fait que le serment lui a été déféré (واذا استحلف صاحب الحق غريمه وظهرت له بينة لم يعلم بها فله القيام بعد يمينه انه لم يعلم بها ولا يضره استحلافه). Lorsqu'il connaît l'existence de la preuve, il n'a pas le droit de la produire (وان كان يعلمها فلا قيام له بها). (Voir sur la même règle Qaouanin d'Ibn Djouzi, p. 309).

Au cas où le serment est obligatoire et que l'une des parties demande d'en hâter la prestation alors que l'autre demande de la retarder, on fait droit à la demande de celle des parties qui désire une prestation rapide (وجبت اليمين فاراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها او العكس فتعجيلها واجب لمن طلب ذلك منهما).

Lorsque la demande comporte plusieurs chefs, il incombe au demandeur de les réunir de telle sorte que le défendeur n'ait qu'un seul serment à prêter (ومن وجبت له على رجل يمين ببعض ما جرى بينهما فقال المدعي عليه اجمع مطالبك ان كنت تزعم ان لك عندي غير هذا الذي تريد احلافي عليه لاحلف في جميع ذلك يمينا واحدة فهو قول المدعى عليه).

Le fils ne peut pas plus référer le serment à son père qu'il ne peut le faire mettre en prison (ولا يحلف الابن اباه ولا يسجنه). (Toutes ces citations sont extraites des Aïqad El Mounedhem, pp. 217 et 218).

## SECTION SEPTIEME

### DES DIVERS ÉTATS DU SERMENT

**Ils sont au nombre de quatre :**

1° celui à qui le serment incombe peut jurer (ان تكون اليمين ممكنة). Il jure et appréhende le droit litigieux sans réserve aucune (فيحلف القائم ويستحق مطلقا).

Au cas où le demandeur a un témoin mais n'a pas la capacité voulue pour gérer ses biens, il y a deux avis en présence :

D'après Malek, on suspend l'affaire jusqu'à ce que l'incapable soit émancipé (ويؤخر حتى يرشد), devienne capable. C'est l'avis d'Ibn El Qacem ;

— selon un avis différent, l'incapable jure. A supposer qu'il refuse le serment, le défendeur, lui, jurera et échappera à l'action du demandeur. Celui-ci ne pourra plus jurer, une fois émancipé.

Si le demandeur qui a un témoin est capable de gérer ses biens, s'il est émancipé ou si c'est un esclave autorisé à faire du commerce, et qu'il refuse de prêter serment, le défendeur jurera et échappera à son action (او اذا نكل الرشيد العبد المأذون عن اليمين مع الشاهد حلف المطلوب وبرئ). S'il s'agit d'un esclave non autorisé qui refuse de prêter serment, son maître prêtera serment à sa place (ولو نكل غير الماذون حلف سيده واستحق) et appréhendera le droit.

2° celui à qui le serment incombe est dans l'impossibilité de jurer (ان تكون غير ممكنة).

Exemples : un témoin appuie la prétention d'une personne décédée qui laisse un héritier atteint d'imbécillité. Evidemment, ce dernier ne pourra pas jurer, compléter ainsi la preuve du de cujus et obtenir le droit qui figure dans son

patrimoine. D'après Sahanoun, en jurant, le défendeur deviendra quitte envers l'héritier et, en ne jurant pas, devra payer à la succession le droit prétendu par le de cujus

أن يقوم شاهد بحق لميت ووارثه اخرس بفال سحنون يحلف) المدعى عليه ويبرأ ولا غرم).

Un individu témoigne qu'un autre a habousé un de ses biens au profit des pauvres. Le bénéficiaire du témoignage ici est constitué par les pauvres, auxquels le rite ne reconnaît pas la personnalité morale, et qui ne peuvent pas appuyer le témoignage du témoin par serment. Le propriétaire pourra paralyser le témoignage du témoin en jurant qu'il n'a pas opéré la constitution habous prétendue.

3° celui à qui incombe le serment ne peut pas jurer dans le présent mais pourra jurer dans l'avenir (أن تكون غير ممكنة حالا وممكنة مآلا). Exemples :

— un témoin témoigne au profit *d'un fou* (معتوه). Il témoigne, par exemple, que le fou est créancier de telle personne ou qu'il a acquis tel bien de telle personne, etc. Pour paralyser le témoignage du témoin, le défendeur devra jurer. Jure-t-il ? Il est quitte envers la demande ou sinon il est tenu d'y faire droit. A supposer qu'il jure et que le fou recouvre la raison et complète le témoignage du témoin par son serment, le fou aura gain de cause ;

— un témoin témoigne au profit d'*un impubère* (صغير). Celui-ci a-t-il un tuteur et est-ce lui qui a passé l'acte, objet du témoignage ? c'est lui qui complètera le témoignage du témoin par son serment ou, à défaut, il indemnisera son pupille. Si ce n'est pas lui qui a passé l'acte, l'hypothèse donne lieu à trois dires dans le rite : Malek a dit : l'impubère jurera et c'est là une opinion qui est restée isolée. Ibn Kinana a dit : le père de l'impubère jurera. Ibn El Mouaz a dit : le défendeur jurera et c'est là l'opinion suivie. Au cas où le défendeur jure, convient-il de mettre sous séquestre la chose litigieuse si c'est une chose déterminée comme une maison ou une propriété rurale ou une chose dont on peut craindre la perte ? il y a deux opinions. Lorsque le défen-

deur refuse de jurer, on le dessaisit de la chose. Le dessaisit-on de la propriété de la chose ou met-on seulement la chose sous séquestre ? il y a deux opinions. D'après la deuxième opinion, l'impubère jure quand il atteint sa puberté. S'il refuse, le défendeur jure et devient quitte ;

— un témoin témoigne au profit *d'un absent* (غائب). S'il témoigne que l'absent est créancier, le juge ne jugera au profit de l'absent que s'il constitue un mandataire. S'il témoigne que tel individu a usurpé une chose appartenant à l'absent, le juge déférera le serment à l'individu désigné. S'il refuse de prêter serment, la chose soi-disant usurpée sera mise sous séquestre jusqu'au retour de l'absent.

4° le serment incombe à plusieurs personnes. Les unes peuvent jurer, les autres non (ان تكون ممكنة من بعض دون بعض).

Par exemple, un individu témoigne qu'un autre a habousé sa maison au profit de ses fils et de ses petits-fils à naître jusqu'à extinction. Pour compléter le témoignage du témoin, seuls pourront jurer ceux des bénéficiaires du habous qui sont en vie à l'exception de ceux qui ne le sont pas encore.

Le rite est très partagé sur la solution que comporte un tel cas. Il n'y a pas moins de quatre avis :

— d'après Bel Mouaz, aucun des bénéficiaires ne pourra jurer ;

— Ibn El Madjichoun a dit qu'il suffira que le plus grand nombre des membres d'un groupe de descendants jure pour que la preuve soit faite ;

— il a également dit qu'il suffit qu'un des descendants à qui incombe la preuve jure pour que celle-ci soit faite à l'égard de tous, présents, absents ou descendants à naître ;

— d'après une opinion faible, la preuve n'est établie qu'à l'égard de ceux qui jurent. Quant à ceux qui refusent de jurer, leurs droits deviennent caducs et le serment est référé à celui contre qui le témoignage a été dirigé, c'est-à-dire le constituant prétendu.

(Toutes ces citations sont extraites du Loubab El Loubab, pp. 263 et 264).

## CHAPITRE TROISIEME

## DE L'AVEU (في الاقرار)

### SECTION PREMIERE

### QUI A QUALITÉ POUR AVOUER ?

On accepte l'aveu de n'importe qui, à l'exception de six personnes (وكل مقر يقبل اقراره الا ستة), à savoir :

— l'enfant (الصبي) ;

— le fou (المجنون). On n'accepte leur aveu en aucun cas (فلا يقبل اقرارهما مطلقا) ;

— l'esclave (العبد). On accepte son aveu pour tout ce qui a trait au droit de famille, à l'exception de ce qui a trait au droit de patrimoine (يقبل اقراره فيما يرجع الى بدنه كالحدود دون ما يرجع الى المال).

— l'incapable de gérer ses biens (السفيه), que les commentateurs français appellent souvent le mineur quant aux biens. On accepte son témoignage en matière d'infractions punies par le Coran mais pas en matière de biens (فيقبل اقراره في الجنايات والحدود دون الاموال) ;

— le failli (المفلس) ;

— le malade (المريض). On n'accepte pas son aveu en faveur de celui pour qui il est suspect d'attachements, comme

un proche ou un ami, qu'il soit son héritier ou non, à moins que ses co-héritiers y consentent. On l'accepte dans tout autre cas (او فريب من بمودته لمن يتهم افراره فلا يقبل صديق ملاطف سواء كان وارثا او غير وارث إلّا ان يجيزه الورثة ويقبل فيما سوى ذلك).

Au cas où le malade renonce à un de ses droits en faveur d'un de ses héritiers, de deux choses l'une ;

— ou bien l'héritier est tenu de prouver la renonciation du malade lorsqu'il l'invoque et alors celle-ci ne lui est d'aucune utilité, car s'il ne la prouve pas, il est tenu de remplir le malade de son droit ;

— ou bien l'héritier est cru sur parole lorsqu'il évoque la renonciation du malade et celle-ci est pour lui d'un plein secours.

Celui qui avoue quelque chose à son détriment et au détriment d'une autre personne, est obligé par son aveu mais celui-ci n'oblige pas l'autre personne ; vis à vis de celle-ci, son aveu vaut comme témoignage. C'est ainsi qu'on n'accepte pas l'aveu fait par le tuteur au détriment de son pupille ni l'aveu fait par le père au détriment de son fils impubère ou pubère mais leurs aveux valent comme témoignages. Celui qui avoue quelque chose en sa faveur et à son détriment, on admet son aveu pour ce qui est contre lui et non pour ce qui est en sa faveur.

## SECTION DEUXIEME

### Des termes de l'aveu (في المقر به)

De deux choses l'une : ou bien les termes qu'a employés l'avouant sont précis et alors celui-ci est tenu par son aveu en matière de biens, d'infractions punies par le Coran ou de talion (اذا كان اللفظ بينا لزمه ما اقر به من مال او حد او قصاص) ;

ou bien les termes qu'il a employés sont imprécis et don-

nent lieu à interprétation. On leur attribue alors le sens le plus manifeste (ان كان لفظا مجتملا حمل على اظهر معانيه).

Ibn Djouzi cite un très grand nombre d'espèces où la jurisprudence a été amenée à interpréter des aveux imprécis. Nous en reproduirons quelques-unes :

— l'avouant a dit : je suis redevable de quelque chose envers un tel. S'il prétend avoir voulu dire par là : la plus petite chose qui puisse être possédée, on admet son interprétation ;

— l'avouant a dit : je suis redevable d'un bien envers un tel. S'il prétend avoir voulu dire par là : un grain ou un denier (c'est-à-dire la vingt-neuvième partie d'une mouzouna), on admet son interprétation sous réserve qu'il jure. D'après une opinion isolée, on ne l'admet pas s'il prétend avoir voulu désigner par là un bien inférieur au minimum de la quantité imposable.

— l'avouant a dit : je suis redevable envers un tel d'une somme importante ou d'une forte somme. D'après une opinion isolée, on assimilera cette espèce à celle où l'avouant a dit : je suis redevable d'une chose. D'après une autre opinion isolée, on estimera qu'il a voulu dire par là mille dinars. Et ainsi de suite.

## SECTION TROISIEME

### De la rétractation (في الرجوع عن الاقرار)

On distingue deux hypothèses :

— si l'aveu porte sur un droit de l'homme, la rétractation n'est pas admise (وان اخر بحق المخلوق لم ينفعه الرجوع);

— si l'aveu porte sur un acte donnant lieu à un droit de Dieu, comme sur un adultère, sur un acte d'ivrognerie (وان اقر بحق لله كالزنى وشرب الخمر), une nouvelle distinction est faite :

— si l'avouant se rétracte par suite d'erreur, on admet sa rétractation (فان رجع الى شبهة قبل منه) ;

— s'il ne se rétracte pas pour cause d'erreur, il y a deux opinions en présence (وان رجع الى غير شبهة فبينه فولان) :

d'après une opinion, qui est celle d'Abou Hanifa et Chafaï, on admet sa rétractation (فيل يقبل منه ووافا لهما) ;

d'après une autre opinion, qui est celle d'Hooussein El Basri, on ne l'admet pas (وفيل لا يقبل منه ووافا للحسن البصري).

# TABLE DES MATIÈRES


LIVRE PREMIER. — L'organisation judiciaire de l'Islam 4

CHAPITRE PREMIER. — L'imam ..... 12

CHAPITRE DEUXIÈME. — Le cadi ..... 21

SECTION PREMIÈRE. — De la nomination et de la révocation du cadi ..... 21

SECTION DEUXIÈME. — De la compétence du cadi 27

SECTION TROISIÈME. — Des attributions du cadi.. 34

SECTION QUATRIÈME. — Des conditions requises pour être nommé cadi et des obligations imposées au cadi ..... 36

SECTION CINQUIÈME. — Des rapports des cadis entre eux ..... 42

CHAPITRE TROISIÈME. — Le consulteur ..... 46

LIVRE DEUXIÈME. — La procédure ..... 51

CHAPITRE PREMIER. — De la demande ..... 52

CHAPITRE DEUXIÈME. — De la réponse ..... 56

CHAPITRE TROISIÈME. — Des problèmes posés par la comparution du défendeur ..... 62

SECTION PREMIÈRE. — De la présence du défendeur ..... 62

SECTION DEUXIÈME. — De la mort du défendeur 64

SECTION TROISIÈME. — De l'absence du défendeur 65

CHAPITRE QUATRIÈME. — Du classement des actions 70

CHAPITRE CINQUIÈME. — Des délais, de l'interpellation, de la forclusion, de la caution ..... 72

SECTION PREMIÈRE. — Des délais ..... 72

SECTION DEUXIÈME. — De l'interpellation .... 76

SECTION TROISIÈME. — De la forclusion ..... 81
SECTION QUATRIÈME. — De la caution ..... 83

CHAPITRE SIXIÈME. — De l'administration de la preuve au cours de l'instance ..... 83

CHAPITRE SEPTIÈME. — Du jugement ..... 94

LIVRE TROISIÈME. — Des preuves ..... 100
CHAPITRE PREMIER. — De la preuve testimoniale.... 105
SECTION PREMIÈRE. — Des conditions requises pour pouvoir témoigner ..... 105
SECTION DEUXIÈME. — Des causes de reproche .. 109
SECTION TROISIÈME. — Des diverses sortes de témoignage ..... 119
SECTION QUATRIÈME. — Des obligations qui incombent au témoin ..... 129
SECTION CINQUIÈME. — Des différentes qualités de témoins ..... 132
SECTION SIXIÈME. — De la rétractation ..... 133
CHAPITRE DEUXIÈME. — Du serment ..... 137
SECTION PREMIÈRE. — De la formule du serment 137
SECTION DEUXIÈME. — Des termes du serment.. 138
SECTION TROISIÈME. — Des diverses espèces de serment ..... 140
SECTION QUATRIÈME. — Du lieu et du moment où on prête serment ..... 147
SECTION CINQUIÈME. — Du refus de prêter serment 148
SECTION SIXIÈME. — De quelques règles de procédure relatives au serment ..... 149
SECTION SEPTIÈME. — Des divers états du serment 151
CHAPITRE TROISIÈME. — De l'aveu ..... 154
SECTION PREMIÈRE. — Qui a qualité pour avouer 154
SECTION DEUXIÈME. — Des termes de l'aveu .. 155
SECTION TROISIÈME. — De la rétractation .... 156



VISA N° 4928

Imprimeries Réunies
CASABLANCA

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 00781319 1