

## LA DISSOLUTION DU MARIAGE :

### الطلاق AT-TALÂQ

---

*Dans la conception islamique, le mariage, contrat consensuel, peut prendre fin par le consentement mutuel des deux époux. Jusqu'ici, la législation musulmane est plus logique que les législations occidentales qui, ayant fait du mariage un contrat consensuel, n'ont pas admis le divorce par consentement mutuel. Mais là où commence l'anomalie, c'est lorsqu'on accorde au mari le droit de répudier sa femme, sans motifs, tandis que celle-ci n'est nullement armée d'un droit égal. Il est vrai que la femme mécontente de son mari, peut obtenir du qâdî la répudiation de sa propre personne ( تطلق نفسها toutalliq nafsaha ); mais les deux situations ne sont guère identiques.*

*Ainsi, en dehors du décès de l'un des époux, qui met fin au mariage, toutes les autres causes de dissolution du mariage sont groupées sous le nom générique de talâq ( طلاق ), répudiation, auquel on accole un autre mot pour caractériser chaque situation particulière. C'est ainsi que l'on a :*

1° Le Ṭalâq al-Khoul' ( طلاق الخلع ), ou répudiation moyennant rançon, la femme payant quelque chose à son mari pour obtenir de lui qu'il la répudie. Généralement, elle lui abandonne la portion de sa dot payable à terme ( الكالي al-kâlî ).

2° Le Ṭalâq al-Moubârât ( طلاق المباراة ) ou répudiation

par décharge mutuelle. Le mari renonce au droit de répéter la portion de la dot payée au comptant (naqd نقد), et la femme à réclamer la portion payable à terme (kâli, كالي).

Dans les deux cas ci-dessus, la rupture du lien conjugal a lieu du consentement des deux époux. Dans les cas suivants, c'est le ṭalâq ou répudiation proprement dite; l'un des époux impose sa volonté à l'autre.

3° Le ṭalâq (طلاق), répudiation, que le mari est libre d'imposer à sa femme, sans aucun motif. Elle est encourue par la prononciation de certaines paroles, qui, en tous cas, ne doivent laisser aucun doute sur l'intention du mari. La recherche de cette intention entraîne les jurisconsultes musulmans dans des subtilités et des classifications d'une grande complexité. Cette recherche de l'intention a d'autant plus d'importance aux yeux des juristes musulmans, qu'à côté de la répudiation pure et simple, il existe la répudiation triple, aṭ-ṭalâq bith-thalâth (الطلاق بالثلاث).

Dans le premier cas, le mari conserve le droit de reprendre sa femme, tant qu'elle est dans le délai de retraite légale, appelé 'idda (عدة); il exerce alors le droit de retour, radj'a (رجعة).

Dans le second cas, au contraire, la répudiation est irrévocable; l'ex-mari ne peut se réunir de nouveau à celle qui était sa femme, qu'autant que celle-ci a contracté avec un tiers un autre mariage, effectivement consommé puis rompu.

4° Le ṭalâq peut être aussi l'œuvre de la femme. Mais celle-ci n'ayant qu'une capacité juridique restreinte, la législation veut qu'elle en soit relevée, ou plutôt que sa personnalité juridique soit complétée par le juge. C'est donc, en réalité, de la décision du qâdî que découle la répudiation demandée par la femme. Aussi, à l'inverse de la répudiation prononcée par le mari, celle qui dérive de la sentence judiciaire est-elle irrévocable, elle n'admet pas de radj'a (retour).

\*  
\* \*

*A côté de la répudiation, ṭalâq, il existe d'autres situations juridiques, dans lesquelles le lien conjugal est rompu ou, quelquefois, simplement relâché, par la volonté du mari seul. Tels sont :*

1° Al-Ilâ (الإيلاء) ou serment de continence. Rien de plus fréquent, dans la vie d'un Musulman, que ces petites scènes domestiques, où, pour un rien, il jure de ne plus avoir de rapports physiques avec sa femme. Si ce serment est fait pour une durée de plus de quatre mois, et s'il est observé, il entraîne une répudiation irrévocable. S'il est violé, c'est l'expiation à la charge du mari<sup>1</sup>.

2° Adh-Dhîhâr (الظهار) ou assimilation injurieuse. Elle est encourue par la prononciation de phrases comme celles-ci, de la part du mari : Tu es pour moi comme le dos de ma mère. Dans ce cas, le mariage n'est pas rompu ; la cohabitation seule est illicite. Mais, si, au bout de quatre mois, le mari n'expie pas volontairement son serment, le qâdî peut, à la requête de la femme, prononcer la répudiation irrévocable.

3° Al-Li'ân (اللعان), qui est à la fois une accusation d'adultère et un désaveu de paternité. A défaut de quatre témoins pour prouver l'adultère de la femme, le mari jure quatre fois que sa femme est coupable et se voue à la malédiction d'Allah, au cas où il aurait menti. La femme, à son tour, doit jurer quatre fois qu'elle est innocente, et se voue également à la colère d'Allah dans le cas où elle aurait menti. La répudiation est alors prononcée aux torts de celui des deux époux qui refuse de jurer. Si tous les deux jurent, ignorant lequel a menti, le qâdî prononce la dissolution du mariage, et cette rupture est irrévo-

1. Cf. Qoran, Sourate II, v. 225, 226.

*cable : les époux ainsi séparés ne pourront jamais plus se réunir.*

\*  
\* \*

*Après la dissolution du mariage, par décès du mari ou par répudiation, la femme entre en retraite légale ; c'est la 'idda (عدة), dont le but est d'éviter la confusio sanguinis, ou confusion de part.*

*La 'idda de répudiation (عدة الطلاق 'iddat at-ṭalâq) dure trois qouroû (قرو) ou périodes menstruelles, ou encore, pour les femmes qui ne sont plus réglées, trois mois. En cas de grossesse, elle se prolonge jusqu'à l'accouchement.*

*La 'idda de décès (عدة الوفاة 'iddat al-wafât) dure quatre mois et dix jours.*

*Pendant la durée de la 'idda, la femme a droit au logement et à la nafaqa (entretien), et le mari peut reprendre sa femme, s'il ne l'a pas frappée d'une répudiation triple.*

*A côté de la 'idda, une institution analogue s'applique aux relations illégitimes ; c'est l'istibrâ (استبراء) espèce de délai de viduité que doit observer toute femme qui a été soumise à la copulation par un autre que son mari. L'istibrâ dure trois qouroû ou trois mois. Son expiration « indique la franchise de l'utérus ».*

## LA DISSOLUTION DU MARIAGE

**Répudiation. — Divorce.**

**Serments en matière de répudiation.**

**Retraite légale et délai de viduité.**

**Entretien.**

**Accusation d'adultère et Désaveu de paternité.**

**Droit de garde des enfants.**

---

### RÉPUDIATION : طلاق ṬALÂQ

Un individu ayant quatre femmes, voit l'une d'elles sortant sa tête hors de la lucarne : « Si je ne te répudie pas, lui dit-il, que toutes tes compagnes soient répudiées. » Une fois entré à la maison, il ne reconnut plus la coupable. Que décider ?

Selon les uns, il doit les répudier toutes, comme dans le cas où il aurait oublié quelle est celle de ses femmes qu'il a répudiée.

Selon d'autres, il suffit qu'il en répudie seulement trois. Cette solution ne doit pas faire de doute ; car, si la quatrième femme conservée par le mari, est bien celle qui a sorti sa tête de la lucarne, la répudiation a frappé les trois autres, comme le voulait le mari. Si, au contraire, elle est

au nombre des trois répudiées, en réalité, elle devait être seule répudiée, mais comme on ne pouvait pas l'identifier, on s'est préservé de l'erreur en répudiant deux autres avec elle. De sorte que la quatrième ne peut être touchée par la séparation, pas plus que le mari n'est tenu de la répudier.

(T. IV, p. 190.)

Un individu répudie sa femme, et la teneur de l'acte de répudiation implique que le mari était, en ce faisant, sain de corps et d'esprit. Après son décès, sa femme établit un autre acte, dont il résulte que la répudiation a eu lieu au cours d'une maladie qui a abouti à la mort du mari. Quant au premier acte, il y est constaté, par l'attestation de nombreux témoins de la localité même et des environs, que le mari vaquait à ses affaires, soit à pieds, soit monté. Que décider ?

On doit appliquer l'acte qui établit l'état de santé du mari, vu que la femme n'a aucune exception à lui opposer. C'est dans ce sens, que le jurisconsulte Ibn Al-'Awwâd a rendu sa *fétwa* au mois de Rāmaḍān de l'année 508 de l'hégire.

(*Ibn Al-Hâdj*. T. IV, p. 303.)

Est-il permis à une femme répudiée de partir en voyage avec son ex-mari, afin d'élever l'enfant qu'elle a eu de lui, quand on craint que cet ex-mari, homme de peu de confiance, ne cohabite avec la femme ?

S'il est possible d'écrire [aux autorités] de la localité, où ils vont s'établir, de les tenir éloignés l'un de l'autre, au moment de leur arrivée, et si, d'autre part, il est possible d'éviter que la femme voyage, au départ, avec son mari, et de la séparer de lui à l'arrivée, le but est atteint.

Sinon, ils ne partiront pas.

(*As-Souyoûrî*. T. III, p. 207.)

Un individu ayant répudié sa femme, en épouse une autre. Il stipule dans le contrat de mariage de celle-ci que, *s'il reprenait* sa première femme, celle-ci serait, par le fait même, répudiée. Mais, dans son engagement, il n'a pas dit : « si je la reprenais *au détriment de ma seconde femme* ». Or, cette dernière étant sortie de sa puissance maritale, par répudiation ou décès, cet individu désire reprendre sa première femme (la répudiée), en soutenant que son intention n'était pas de s'interdire pour toujours la faculté de reprendre sa femme, mais seulement tant que la seconde femme serait dans sa puissance maritale (عصمة 'iṣma). Que décider ?

La répudiation s'impose au mari dès qu'il reprend sa première femme, que la seconde soit encore ou non dans sa puissance maritale. Il ne sera pas ajouté foi à sa prétention, quant à l'intention qu'il aurait eue, et cela dès qu'il est actionné en exécution de l'engagement qu'il a pris devant témoins. Quant à son intention, elle lui profite dans ses rapports avec Allah, son Créateur.

Il est entendu que, s'il n'a pas eu l'intention dont il s'agit, la répudiation s'impose à lui dès qu'il reprend sa première femme, mais elle cesse d'être obligatoire s'il la reprend encore une fois, après une nouvelle répudiation.

(*Ibn Roushd.* T. IV, p. 299.)

Un individu dit à sa femme : « Sois répudiée, jusqu'au moment de la mort<sup>1</sup>. »

De quoi est-il tenu ?

Cette question est la même que celle du mari qui dit à sa femme : « Sois à jamais répudiée<sup>2</sup>. » C'est une répudiation triple.

(*Aboû 'Imrân.* T. IV, p. 282.)

1. انت طالق الى الممات.

2. انت طالف ابدًا.

Un individu possédé d'un mauvais génie (قرين *qarîn*) se dispute avec sa femme et lui dit : « Je te répudie », sans que, dans son for intérieur, il se soit proposé la répudiation. Que décider ?

La répudiation ne s'impose pas au mari, si sa langue a devancé son intention. Mais il n'en est ainsi que si le mari vient lui-même solliciter une *fétwa* (consultation juridique) sur son cas. Au cas où il serait tenu en vertu d'une preuve testimoniale, on n'admettra pas son excuse, car les mots « *Je te répudie* » se passent de la nécessité de l'intention de répudier.

Cependant, si les témoins étaient au courant de son état d'aliénation mentale et croient, par les indices de son état, qu'il était dans une crise au moment de la prononciation des termes en question, on le laissera ensemble avec sa femme.

(T. IV, p. 216.)

Un individu répudie sa femme dans son cœur, sans articuler aucune parole. Est-il tenu de répudier sa femme ?

Non ; en donnant la préférence à l'une des deux opinions qui ont été émises à ce sujet. C'est l'opinion à laquelle s'est rangé Ibn 'Abd Al-Ḥakam.

*Aboû Moûsâ 'Isâ b. Mouḥammad b. Al-Imâm.*

(T. IV, p. 218.)

Un individu ayant eu une dispute avec son épouse, celle-ci lui dit : « Si les femmes avaient le droit de répudier les maris, je t'aurais répudié. » Sur quoi, le mari répondit : « Eh bien, sois répudiée cent fois ! »

Puis cet individu prétendit qu'avant son mariage, il avait eu des relations illégitimes avec celle qui est devenue sa femme et les a continuées jusqu'au mariage sans

*istibrâ* (délai de viduité). Au cas où cela serait établi, aura-t-il le droit de reprendre sa femme ?

On n'admettra pas cette déclaration du mari, après la répudiation triple, et la preuve testimoniale relative aux dits rapports illégitimes sera repoussée ; à moins qu'un empêchement légitime n'ait mis obstacle à ce que les témoins portassent l'affaire devant la justice, et ne se soit prolongé de façon que l'information de la justice n'ait pu avoir lieu qu'après la disparition de l'empêchement. Dans ce cas, les témoins seront entendus, et il sera décidé conformément à leur déposition.

(T. IV, p. 216.)

Un individu dit à sa femme : « Tu es répudiée, si tu ne touches pas le ciel<sup>1</sup>. »

C'est une répudiation subordonnée à une condition impossible ; elle n'oblige pas le mari<sup>2</sup>.

(*Abou-l-Hasan Aş-Şaghîr*. T. IV, p. 188.)

Un individu dit à sa femme : « Va, tu es plus libre que le lièvre dans la plaine de... ». Quelle répudiation encourt-il ?

Selon Ibn 'Attâb, c'est la répudiation triple. Selon Ibn Al-Qaţţân, c'est la répudiation simple, révocable, à moins que le mari n'ait eu l'intention d'en prononcer une triple.

(*Ĥamdîs*. T. IV, p. 186.)

Un individu, voulant répudier sa femme, vient trouver le notaire ( *موتق* *mouaththiq*) et lui dit : « Dresse-lui son

1. C'est le même exemple que l'on trouve dans le droit romain : *Si cœlum digito tetigeris* (si tu touches le ciel du doigt).

2. Comparez l'article 1172 du Code Napoléon.

acte de répudiation, mais ne le date pas, en attendant que je demande conseil. » Le notaire écrivit la teneur de l'acte de répudiation, sans la date, et cela se passait en présence d'un *ṭālib*<sup>1</sup>, qui témoigne en faveur du mari que la rédaction de l'acte n'a eu lieu que sous réserve de consultation préalable. Que décider ?

La répudiation ne s'impose pas au mari, tant qu'il n'en a pas pris la ferme résolution. Il n'est pas non plus tenu du serment, vu les circonstances ci-dessus.

(T. IV, p. 185.)

Un individu vend sa femme à un autre, pour plaisanter. De quoi est-il passible ?

Les *faqîhs* sont partagés sur cette question. Selon les uns, le mari sera tenu de répudier sa femme, car, en matière de répudiation, la plaisanterie a le même effet que si l'on agissait au sérieux. Selon d'autres, il n'y a pas de répudiation nécessaire dans ce cas, mais le *qâdî* se rangera à celle des deux opinions qu'il lui plaira. Il peut également infliger au mari, pour avoir ainsi plaisanté, une correction qu'il jugera convenable, soit en l'humiliant, soit en l'emprisonnant pendant peu de temps. En tous cas, nul autre que le *qâdî* ne peut s'immiscer dans cette affaire.

(*Aboû 'Abd Allah Al-Ḥaffâr*. T. IV, p. 140.)

Un homme du peuple dit à sa femme : « Si tu fais ceci, tu ne resteras plus dans la maison. »

Quelle espèce de répudiation sa femme encourt-elle ?

C'est la répudiation triple. Telle est l'opinion du célèbre Al-'Abdoûsî.

(*Aboû Ishâq Ibrahîm Al-Qârî, Aboû-l-ḥasan Aṣ-Ṣaghîr*.  
T. IV, p. 126.)

1. Étudiant, en général, et, spécialement, en droit (fiqh). Au pluriel, on dit *ṭoullâb* ou *ṭalaba*, qu'on transcrit souvent : *ṭolba*.

Un individu dit à sa femme : « Tu seras répudiée, *le jour* où Un Tel arrivera de voyage. » D'après Ibn Schâs, si Un Tel n'arrive que la *nuit*, le mari n'encourra pas le parjure, à moins que son intention n'ait été de subordonner la répudiation à l'arrivée, même pendant la nuit.

Cette opinion est contraire à la *Moudawwana*. Que décider ?

Cela dépend de l'intention du mari, lequel par le mot *jour* a pu ne pas exclure la nuit<sup>1</sup>.

(*Ibn Marzouq*. T. IV, p. 116.)

Un individu répudie sa femme par une répudiation unique, conformément à la Sounna. Puis le destin voulut que les suggestions de Satan le poussèrent à cohabiter avec elle, sans qu'il ait eu l'intention, en ce faisant, de reprendre sa femme. Entre temps, il usa de son droit de reprendre sa femme et demeura avec elle pendant tel laps de temps qu'Allah a voulu. Mais s'étant souvenu de ce qu'il avait fait, il la répudia de nouveau.

La reprise est-elle valable ? La seconde répudiation est-elle obligatoire vis-à-vis de la femme ?

Si, depuis la cohabitation jusqu'au moment où cet individu a repris sa femme, il s'est écoulé le temps nécessaire pour l'*istibrâ* (délai de viduité), la reprise est valable, à la condition qu'elle ait été accompagnée d'un *wali* (représentant de la femme), d'une dot et de témoins, comme pour le mariage initial. Le mari pourra ainsi reprendre sa femme après la répudiation et même avant l'expiration de la *'idda* (retraite légale).

Au cas où, depuis le moment de la reprise, il ne se serait pas écoulé le délai nécessaire pour l'*istibrâ*, la cohabitation postérieure à la reprise n'est pas valable. Si le

1. Réponse abrégée.

mari a répudié de nouveau, il ne pourra reprendre sa femme qu'après l'expiration du délai d'*istibrâ*, à compter de la dernière répudiation. Il faut de plus le concours d'un *walî*, d'une dot et des témoins attestant le consentement des époux à reprendre la vie commune.

(*Ibn Al-Hâdj*. T. IV, p. 40.)

Un individu marie sa fille *bikr* (بكر)<sup>1</sup> moyennant une dot (à payer par le mari). Puis l'époux demande au père de la jeune fille la résiliation du mariage, que celui-ci lui accorde.

Tout cela s'était passé, du reste, avant la consommation du mariage. Que décider ?

D'après Ibn 'Abd Al-Hakam, l'époux devra répudier, par une répudiation unique, ladite jeune fille, sans qu'elle ait droit à aucune partie de la dot promise par le mari, si celui-ci ne l'a pas encore payée. Si le père l'a touchée, il en devra la restitution au mari.

Selon Ibn Al-Hâdj, si les choses se passent avant la consommation du mariage, c'est une décharge de la puissance maritale, et elle se résout en une répudiation triple. Au demeurant, Allah le sait mieux que personne.

(T. IV, p. 304.)

## DU DIVORCE : خلع KHOUÛL

Une femme obtient de son mari le divorce (خلع *khoul'*), moyennant la totalité de son reliquat de dot payable à terme

1. Jeune fille, *vierge* ou *non*, qui n'a pas encore été mariée une seule fois.

(كاليها), et moyennant décharge de ce dont il est tenu envers elle, à raison d'un enfant à la mamelle qu'elle a eu de lui, comme vêtements et autres frais d'entretien, et cela jusqu'au moment où le mari aurait cessé d'en être légalement tenu. Elle y a consenti, à la condition que le mari ne lui retirerait pas l'enfant, qu'elle change de résidence en se transportant de Méquinez à Sâlé, ou de Sâlé à Méquinez.

La femme perd-elle son droit à la garde de l'enfant, en se remariant? Est-elle tenue de payer les frais d'entretien jusqu'à l'époque convenue, à la personne, — père de l'enfant ou autre, — qui revendique la garde de l'enfant?

La femme perd son droit de garde en se remariant; ce droit passe à celui à qui il doit légalement revenir. La mère sera, dans ce cas, tenue des frais d'entretien et du vêtement de son enfant, conformément aux stipulations du père, et jusqu'à l'époque convenue. Elle paiera tout cela à celui qui est chargé de prendre soin de l'enfant, père ou autre. En effet, c'est à ces conditions que le mari a accordé le divorce et lâché de sa main la puissance maritale. C'est donc une condition qui oblige la femme et une convention à titre onéreux valable, à laquelle elle ne peut échapper.

(*Abd Allah Al-Wânaghîli*. T. IV, p. 5.)

Une femme mariée obtient son divorce (*khoul'*) en faisant abandon à son mari de tout le reliquat de sa dot payable à terme et d'autres avantages matrimoniaux spécifiés dans l'acte de divorce, et en s'engageant à ne pas se remarier avant l'expiration d'un délai d'un an à partir de la date du divorce. Au cas où elle se remarierait avant cette époque, elle s'engage à payer à son mari la valeur de cent *mihqâls mourâbiṭyya*. Cette convention est-elle valable?

Le *khoul'* est valable, mais la condition est nulle. La femme aura le droit de se remarier avant l'expiration du délai d'un an, sans rien devoir pour cela.

(*Ibn Al-Hâdj et Ibn Roushd. T. IV, p. 5.*)

Un individu accorde le *khoul'* à sa femme, à condition qu'elle s'est engagée avec sa mère, envers lui, à pourvoir à l'entretien de la fille qu'elle a eue de lui, tant que ladite fille restera avec sa mère. La grand'mère meurt au bout d'une année environ, et ses héritiers réclament le partage de la succession. De son côté, le mari divorcé réclame la part de la succession qui doit revenir à sa propre fille, à raison de l'engagement que la grand'mère avait contracté conjointement avec la femme divorcée. Que décider ?

On estimera ce que devrait coûter l'entretien de la fille jusqu'au jour où le père cesserait d'en être tenu. On y procédera au moyen d'une estimation moyenne, sans pencher d'un côté ni de l'autre. Puis, on prélèvera sur la succession la moitié de la somme estimée, et on la déposera entre les mains d'un homme de confiance. Sur cette somme, on prendra la moitié des dépenses d'entretien, au fur et à mesure des besoins. Si, au moment où la fille cesse d'être légalement à la charge de son père, il y a un reliquat de ladite somme déposée, il sera versé aux héritiers.

(*Aboû 'Oulhmân Al-'Ouqbânî. T. IV, p. 6.*)

---

## SERMENTS EN MATIÈRE DE RÉPUDIATION :

ایمان AIMÂN ; ایلاء ÎLÂ ; ظہار ḌHIHÂR

Un individu jure de répudier sa femme s'il faisait telle chose. Puis la femme qui était en sa puissance meurt. Reste-t-il tenu par son serment, en ce qui concerne les femmes qu'il pourrait épouser par la suite, s'il faisait la chose dont il avait juré de s'abstenir ?

La répudiation ne s'impose au mari que pour la femme qui était en sa puissance le jour où il a proféré le serment. Mais il n'est tenu de rien, en ce qui concerne les femmes qu'il a pu épouser après son serment et avant son parjure.

(*Abou Zakariyyâ Yaḥyâ b. Djâbir Al-Baṭwî (ou Al-Boutouwi)*. T. IV, p. 66.)

Un individu, père d'un enfant non encore pubère, vit celui-ci, au moment où il faisait paître des chevreaux, porter à l'un d'eux un coup qui l'a renversé. Il jura alors, *par les serments obligatoires* (الایمان اللازمة), d'infliger à son fils le même traitement qu'au chevreau. Ainsi, l'ayant frappé, il le renversa par terre, et l'enfant resta dans cette position pendant un bon moment de la journée. Quand il revint à lui, le chevreau ne s'était pas relevé de son renversement : il était mort.

L'intention du père ayant été de renverser seulement son fils, comme celui-ci l'avait fait pour le chevreau, et non de le tuer en cas de mort de l'animal, puisqu'il ignorait que celui-ci mourrait du coup, cette intention

profite-t-elle au père, ou bien doit-il être considéré comme parjure, et tenu comme tel de répudier sa ou ses femmes ?

Si les faits sont tels qu'ils sont rapportés plus haut, le père est délié de son serment par le traitement qu'il a infligé à son fils, car tel était le but de son serment.

(*Sîdî 'Alî Barakât Al-Baroûnî*. T. IV, p. 205.)

Un individu jure par la répudiation en langue berbère, sans qu'il ait eu une intention précise. En cas de parjure, comment son serment doit-il être interprété ?

La règle est qu'il faut interpréter les termes d'après l'intention. Si l'individu n'a pas d'intention, ce sera d'après le *'ourf* (*coutume*) en usage chez celui qui a juré et non ailleurs.

A défaut de *'ourf*, c'est d'après la signification la moins rigoureuse que ce terme a dans la langue étrangère.

(*Ibn 'Arafa*. T. IV, p. 204.)

Un individu donne l'hospitalité à quelques personnes, parmi lesquelles se trouvait un homme que la femme du maître de la maison trouvait insupportable. Elle reproche à son mari de l'avoir introduit, et celui-ci jure, par les serments obligatoires (الإيمان اللازمة *al-aimân al-lâzima*), « que cet homme ne passera cette nuit que chez moi, et dans ma chambre ». Cet individu et ses compagnons ayant dû sortir pendant la nuit, le mari commet-il un parjure ?

Si l'homme en question est resté la majeure partie de la nuit dans la chambre, le mari n'encourt pas de parjure. Il en sera de même, si l'intention du mari était que nul ne ferait sortir de la chambre l'individu en question, mais que celui-ci pourrait sortir lui-même s'il le désire.

Si, au contraire, son intention était que cet individu

devait passer *toute la nuit* dans la chambre, il encourt le parjure (au cas où l'individu sort, même spontanément). En cas d'absence d'intention, si l'interprétation normale de son serment indique que le mari entendait dire que nul ne devait faire sortir l'individu de la chambre, il y a encore parjure, si l'homme sort lui-même, de son plein gré.

Enfin, à défaut d'intention et de sens normal du serment, le parjure est encouru par suite des termes mêmes du serment.

En effet, le mari a juré que l'homme passerait la nuit chez lui, et il se trouve qu'il ne l'a pas passée.

(*Ibn Al-Hâdj*. T. IV, p. 302.)

Un individu jure par les serments obligatoires et le voyage à La Mecque <sup>1</sup>, pour obliger sa femme à se lever et à souper *avec* lui. La femme refuse et, malgré la réitération de cette invitation du mari, elle refuse encore. Le mari commence alors à souper tout seul, puis la femme se lève et se met au repas avec lui.

Entre le moment où elle s'était levée et le serment proféré par le mari, il s'était écoulé un court laps de temps. Que décider ?

Le mari encourt, pour s'être parjuré, la répudiation et l'obligation d'accomplir le voyage de La Mecque <sup>2</sup>.

En effet, il avait juré que sa femme se lèverait pour manger avec lui dès le commencement du souper ; la femme ne l'ayant pas fait, la répudiation est encourue par le mari.

(T. IV, p. 302.)

1. Il s'agit ici encore du serment entraînant répudiation en cas de parjure.

2. *خنت بالطلاق والبتات*.

Un individu jure de ne pas faire cuire son pain dans un four situé tout près de son domicile, à cause de l'aversion qu'il a pour le boulanger qui le détient. Une femme, de la maison de cet individu, prend le pain de celui-ci et le porte au four dont il s'agit, où le boulanger en question le fait cuire. Le mari encourt-il le parjure ?

Le mari n'est en aucune façon tenu à raison de son serment, car il avait seulement juré de ne pas faire cuire son pain dans le four en question. Or, il ne l'a pas fait et n'a ordonné à personne de le faire à sa place.

S'il avait juré que son pain ne serait pas cuit dans tel four, certes il encourrait le parjure.

(*Ibn Roushd.* T. IV, p. 303.)

Un individu s'étant disputé avec sa femme, celle-ci lui dit : « Que je sois tenue d'un jeûne d'un an, si jamais je consentais à moudre pour toi le grain, tant que je resterais avec toi ! » Et le mari de répondre : « Et puissé-je être tenu de la répudiation triple, si je payais à n'importe qui les frais de la mouture ! »

Le mari encourt-il le parjure, quand sa femme charge une autre de lui moudre son grain, avec ou sans salaire ?

Si c'est la femme elle-même qui a traité, et moyennant salaire, pour la mouture du grain ; si c'est elle aussi qui a payé de ses deniers ledit salaire, point de parjure à la charge du mari. Mais si elle a payé les frais de la mouture avec les deniers du mari qui a juré, et si, l'ayant su, il y a consenti, il sera tenu de la répudiation triple, s'il y a une preuve testimoniale, et alors même qu'il prétendrait, pour s'excuser, qu'il a juré simplement de ne pas payer de sa propre main. Au contraire, on ajoutera foi à sa déclaration, s'il n'y a pas de témoins.

(*Miṣbâḥ b. Mouḥammad b. 'Abd Allah Al-Yâliṣoûlî.*  
T. IV, p. 283.)

Un individu demande en mariage, pour son fils, la main de sa nièce (fille de son frère). Son frère refuse de lui accorder la main de sa fille, et le demandeur en mariage jure, par la répudiation, de n'assister avec son frère à aucune fête de famille, à aucun deuil. Le frère meurt et le jureur désire assister au lavage du corps, à l'ensevelissement, aux condoléances et à la prière des morts qui sera dite sur son frère. Commet-il un parjure en ce faisant ?

On ne saurait dire qu'on *assiste avec quelqu'un* après sa mort. Le but de celui qui a juré a été de causer de la peine à son frère en le laissant seul, dans des occasions où, d'habitude, les proches parents se réunissent ensemble. Ce but ne saurait être atteint après la mort du frère.

Si, au contraire, il a entendu dire qu'il n'assisterait à aucune fête ou deuil de son frère, son but aura été de s'éloigner de lui et de cesser toutes relations avec lui ; dans ce cas, il y aurait parjure s'il assistait à l'une des cérémonies mentionnées ci-dessus.

(*Aboû-l-Qâsim ibn Al-Barâ*. T. IV, p. 266.)

Un individu reçoit son salaire pour un travail qu'il n'a pas encore commencé. Est-il parjure, lorsqu'il jure<sup>1</sup> qu'il ne possède rien.

Oui, car il est propriétaire de son salaire, dont il supporte seul les risques.

(T. IV, p. 186.)

Un individu ayant une jolie femme, lui dit : « Si jamais un œil te voit, tu seras répudiée. » Que décider ?

S'il a voulu dire qu'il en sera ainsi au cas où elle se

1. Dans cette *fétwa* et autres semblables rapportées par Al-Wanscharîsi, au chapitre de la « Répudiation », il s'agit toujours du serment de répudier sa femme si tel événement ne se produit pas, etc. Il y a donc lieu de suppléer cette idée, même dans le silence du texte.

dévoilerait et se montrerait, il n'encourra rien, tant que ces faits ne se seront pas produits. Mais s'il a entendu dire qu'aucun œil ne doit la voir, il se parjurera dès qu'un œil la verra.

(*Ibn Aḍ-Ḍābiṭ*. T. IV, p. 184.)

Un individu a juré de ne jamais épouser de veuves. Désirant maintenant épouser une jeune fille (*bikr*), il craint que, par suite de quelque accident, elle ne soit plus vierge. Dans ce cas, lui sera-t-il permis de rester avec elle ?

Oui, car, même dans ce cas, elle n'est nullement veuve.

(*Aboû 'Abd Allah Al-Mawwâq*. T. IV, p. 164.)

Un individu dit à sa femme : « Je jure que si tu sors d'ici, jusqu'au jour où je rentrerai de voyage, tu seras répudiée. » Comme ils habitent une maison prise en location, que décider si le propriétaire expulse la femme ?

Si la femme n'est pas sortie de son plein gré, le mari n'encourt point de parjure; mais elle doit rester continuellement dans la maison où elle aura déménagé ?

(*Ibn Loubâba*. T. IV, p. 149.)

Un individu est assailli chez lui par une troupe de cavaliers, sous prétexte de se saisir inopinément d'une femme, qu'ils ne trouvèrent pas. L'un des assaillants frappa le maître de la maison d'un coup de sabre, en lui demandant de jurer, par la répudiation triple, que ladite femme n'était pas en son domicile. Il jura alors par la répudiation triple, que la femme était partie pour Tâzâ. Il prétend n'avoir juré que par suite de la contrainte. Que décider ?

S'il est établi que cet individu craignait pour sa personne s'il ne jurait pas, qu'il appréhendait d'être tué ou frappé de nouveau avec l'épée comme il l'a été la première

fois, il est admis sans conteste qu'il n'encourt pas de parjure, s'il ne s'est pas proposé le serment dans son cœur, et s'il n'a juré que d'une manière extérieure et par sa langue, pour éviter un mal. En effet, la contrainte n'a d'empire que sur ce qui est externe, jamais sur ce qui est interne.

Mais si, en ne jurant pas, il craignait, non pour sa personne, mais pour la femme uniquement, les avis sont partagés sur le point de savoir s'il est ou non coupable de parjure. L'opinion la plus répandue est qu'il l'est, mais l'opinion préférable est qu'il ne commet pas de parjure.

(*Al-'Abdoûsi*. T. IV, p. 81.)

Un individu perdit une vache et, ayant appris qu'elle était entre les mains d'une certaine tribu, envoya son frère pour la chercher. Celui-ci ne la ramena point et prétendit ne l'avoir pas trouvée. Mais on informa le propriétaire de la vache que son frère l'avait vendue, et celui-ci, interrogé par lui à ce sujet, nia de la façon la plus formelle. L'autre jura par la répudiation triple de ne pas lui adresser la parole tant qu'il ne lui aura pas restitué sa vache même, ou une autre qu'il agréerait. Ils restèrent ainsi un certain temps sans se parler, jusqu'au jour où le frère acheta une vache et l'amena à l'autre, qui l'agréa aux lieu et place de la sienne. Depuis, il lui adressa la parole.

Puis, la vache ayant été revendiquée et le prix restitué par le vendeur, le frère qui a juré se trouve-t-il ainsi en état de parjure ? Doit-on adopter la négative et considérer la revendication comme un cas fortuit, sans influence sur les serments, de même qu'il n'en est pas tenu compte en d'autres matières ?

S'il a adressé la parole à son frère *après* la revendication de la vache, il s'est parjuré et a encouru la répudiation triple. Mais si, depuis la revendication, il ne lui a pas

adressé la parole, la controverse porte sur le point de savoir s'il a encouru le parjure pour avoir parlé à son frère dans l'intervalle entre la réception de la vache et sa revendication. Le désaccord est basé sur le point de savoir s'il faut tenir compte du sens littéral des serments ou de l'intention. Le mieux pour l'individu en question est de reconnaître son parjure. Si, au contraire, il opte pour le parti inverse, le désaccord sera porté devant son épouse et, si elle adopte le même parti que lui, tous deux s'en tireront sains et saufs. Au cas où la femme se rangerait à l'opinion qui admet le parjure, le différend sera porté devant le qâdî, et celui-ci ne pourra trancher que dans le sens du parjure, qui est l'opinion la plus accréditée.

(*Al-'Abdoûsi*. T. IV, p. 82.)

Un individu jure de ne point manger de telle viande faisandée. Peut-il manger de la graisse fondue provenant de cette viande ?

Si des miettes de pain avec lequel on a mangé ladite viande faisandée, sont becquetées par des poulets, sera-t-il permis à l'individu qui a juré, de manger de ces poulets, étant donné que les miettes de pain ont été touchées par le bouillon (ou la sauce) fait avec la viande en question ?

Si la graisse provient de la viande faisandée qui a été l'occasion du serment, il ne pourra, en aucune façon, en manger. Mais si elle provient de la même brebis, dont une partie de sa viande a été faisandée, il pourra en manger, car tel n'est pas l'objet de son serment. Quant aux poulets qui ont becqueté les miettes, il peut en manger sans encourir aucune condamnation.

(*Aboû Sa'îd Faradj ibn Loubb*. T. IV, p. 94.)

Un individu épouse une femme et stipule spontanément

ment<sup>1</sup>, en faveur de celle-ci, au moment de la conclusion de son mariage avec elle, que toute autre femme qu'il épouserait dans la suite serait répudiée par le fait même de son mariage avec elle. Cet homme ayant épousé une femme, celle-ci fut déclarée répudiée. Quand elle eut terminé le temps de sa retraite légale ( *عِدَّة* 'idda), il l'épousa de nouveau. Le serment fait par le mari produit-il de nouveau son effet?

Oui, le serment produit de nouveau son effet, toutes les fois que cet individu épouse ladite femme. Je ne sache pas qu'il y ait aucune dissidence à ce sujet. La controverse qui existe porte uniquement sur l'opinion d'Ibn Al-Qâsim, au sujet de l'influence continue du serment, dans le cas d'une femme *individuellement désignée*. Si le mari dit à sa femme : « Si j'épouse, toi vivante, Une Telle, qu'elle soit répudiée » et que, l'ayant épousée une première fois, il l'épouse de nouveau (après répudiation), on se demande si le serment doit produire encore son effet sur son second mariage. Là est la controverse.

(*Ibn Roushd. T. IV, p. 293.*)

Que décider au sujet d'un homme qui s'engage par serment envers sa femme de la répudier si l'on peut dire de lui qu'il est un homme vil ( *رذل* *radhl* ) ?

Si cet homme mange dans les boutiques des tripiers ou des marchands de *harîsa*<sup>2</sup> ( *هريسة* ), il commet un parjure. Mais, s'il se contente d'acheter chez eux et d'apporter le comestible à la maison ou dans sa boutique et de l'y manger, il n'y a pas de parjure.

(*T. IV, p. 256.*)

1. Comme on le verra par la suite, il s'agit d'un engagement par serment.

2. Mets préparé avec du blé mondé cuit en bouillie avec beurre, viande, etc.

Un individu étant décédé, deux hommes viennent témoigner qu'à une époque antérieure à sa mort, il avait juré de répudier sa femme et s'était parjuré. La femme aura-t-elle une part quelconque dans sa succession ?

Quelle retraite légale doit-elle accomplir, celle exigée après décès, ou celle requise après répudiation ?

Si les deux témoins étaient présents et s'ils ont gardé le silence à ce sujet, jusqu'à ce que l'individu fût mort, on leur infligera une flagellation douloureuse, et leur déposition ne sera pas admise.

Si, ayant été absents, ils sont revenus après le décès du mari, leur déposition sera admise, la femme observera la *'idda* de répudiation ( *عدة الطلاق* ) et aura droit à la succession.

Si, pendant l'absence des témoins, c'est la femme qui meurt, et si les témoins, une fois de retour, attestent que le mari l'avait répudiée définitivement, cette déposition sera reçue et le mari n'aura aucun droit sur la succession de la femme.

(*Ibn Habîb*. T. IV, p. 357.)

Que décider, lorsqu'un mari, parlant de sa femme, dit : « Qu'elle me soit défendue, comme la viande de porc. »

Si son intention, en disant ces mots, n'a pas été de prononcer une répudiation triple, il n'encourra qu'une *seule* répudiation par laquelle la femme recouvrera la liberté de sa personne. Tel est le *'ourf* (droit coutumier) aujourd'hui. Il n'en était pas ainsi autrefois. C'est pour cela que, dans ce cas, la *Moudawwana* décide qu'à moins d'intention contraire, la répudiation encourue est la répudiation triple, pourvu qu'il y ait eu déjà cohabitation.

(*Mouhammad ibn Yoûsouf Aş-Şabbâgh*. T. IV, p. 141.)

Un individu, ayant eu une dispute avec sa femme parce

qu'elle s'était refusée à son invitation, lui dit : « Je te considère comme une morte, et ne viendrai vers toi qu'en cas de nécessité. » Que décider?

La prohibition ne s'impose pas au mari.

(*Ibn 'Arafa*. T. IV, p. 183.)

---

**RETRAITE LÉGALE : عِدَّة IDDA**  
**ET DÉLAI DE VIDUITÉ : اسْتِبْرَاء ISTIBRÂ**

Un individu meurt, laissant une veuve, qui, après *dix* jours, reçoit la visite du frère du défunt. Ce frère passe la nuit dans la même chambre que la veuve, *conformément à la coutume ('ourf) en usage dans la région*<sup>1</sup>. Il est admis, chez eux, en effet, que lorsqu'un individu meurt, son frère ou son proche parent s'empresse d'accourir au domicile du défunt où il entre (auprès de la veuve), pour indiquer par là que nul ne peut, dès ce moment, la demander en mariage, et qu'elle est réservée pour ce frère ou ce proche parent, à l'exclusion de tout autre.

Puis, la femme ayant été mise à l'écart du frère du défunt, auprès de gens de bien, elle prétendit, depuis la mort de son mari, qu'elle était enceinte de ses œuvres. Elle ne cessait de [le] crier chaque mois, jusqu'à l'expiration des quatre mois et dix jours, délai de la retraite légale (*'idda*) après décès. Dans l'intervalle, elle a eu plusieurs fois ses menstrues.

1. Il est regrettable que l'auteur n'indique pas le pays où existe cette coutume.

Ayant été interrogée, ensuite, au sujet de la grossesse qu'elle avait prétendue, elle répondit : « Je n'étais pas enceinte, ni dans le doute de l'être ; je l'avais cru tout d'abord, mais je ne le crois plus du tout maintenant. »

Des femmes expertes qui l'ont visitée, ont déclaré qu'elle n'est pas enceinte. [Dans ces conditions], cette femme est-elle licite pour le frère du défunt sus-indiqué, vu que le délai de la *'idda* après décès est expiré, et que la veuve a eu plusieurs fois ses menstrues dans l'intervalle et après la nuit passée chez elle par le frère du défunt ?

Oui.

(*Qâsim Al-'Ouqbânî*. T. IV, p. 352.)

Une femme est épousée par un individu, durant la maladie dont il meurt avant l'annulation<sup>1</sup> de ce mariage ; doit-elle ou non se conformer à la *'idda* (*retraite légale*) requise après le décès du mari<sup>2</sup>, et qu'il y ait eu ou non cohabitation ?

C'est à la *'idda* après décès qu'elle devra se conformer, que le mariage ait été ou non consommé. On a prétendu que cette question devait être résolue de la même manière que celle du mariage (nul), au sujet duquel on est en désaccord sur le point de savoir si, avant l'annulation, il comporte ou non la répudiation et les autres conséquences du mariage.

D'après l'opinion apparente d'un autre auteur, la femme n'est tenue que de l'*istibrâ* (délai de viduité), quand il y a eu cohabitation, par cette raison que ladite femme n'a pas droit à la succession de son mari.

(*Ar-Rammâh*. T. IV, p. 329.)

Une bédouine répudiée, ou veuve, prétend qu'elle est

1. En principe, on ne peut contracter que dans l'état de santé.

2. Le délai, dans ce cas, est de quatre mois et dix jours.

enceinte, puis, ayant dépassé de beaucoup le délai de la *retraite légale* (*idda*, عِدَّة), elle est demandée en mariage, autorise [ceux qui doivent contracter le mariage en son nom], se marie, et consomme le mariage. Puis, ayant accouché d'un enfant au bout de *six mois* ou plus, son premier mari, ou ses héritiers, revendique l'enfant, en s'en tenant à la première déclaration de la femme (qu'elle était enceinte). De son côté, le second mari revendique l'enfant, invoquant le silence de la femme au moment de la conclusion du contrat de mariage en son nom, et aussi la naissance de l'enfant à son terme. Que décider ?

Si la femme a dit qu'elle s'était mariée après l'expiration de la *'idda*, et qu'elle s'était aperçue ensuite qu'elle n'était pas enceinte, l'enfant qu'elle mettra au monde six *mois*<sup>1</sup> ou plus après la consommation du mariage et les menstrues, appartiendra au *second* mari. A défaut de menstrues, ou en cas d'accouchement avant six mois de mariage, l'enfant appartiendra au premier mari. Tels sont les textes du rite et les règles qu'ils posent ; je n'ai pas vu autre chose.

(*Aboû Mahdi 'Îsâ Al-Ghoubrîni*. T. IV, p. 324.)

Une femme, ayant perdu son mari, entre en *retraite légale* (عِدَّة, *'idda*), pendant quatre mois et dix jours. Puis, après avoir attendu un mois, elle se remarie et son époux consomme le mariage avec elle. Elle met un enfant au monde deux mois après la conclusion de son second mariage. Que décider ?

Sache que l'enfant se rattache au premier mari, pendant cinq ans (depuis la mort de celui-ci), lorsque la femme l'a mis au monde, chez le second mari, avant six mois de mariage. Le second mariage sera annulé sans qu'il soit besoin

1. Comprenez les articles 312 à 314 du Code civil.

de répudiation, et les ex-époux ne pourront jamais plus se remarier ensemble, car il y a eu mariage durant la *'idda*. La femme aura droit au montant de sa dot à l'encontre du mari, tant pour la partie payable comptant, que pour celle qui l'est à terme, pourvu qu'il n'y ait pas eu fraude de sa part, en ce qui concerne la grossesse. Au cas où il y eu fraude de sa part, le mari pourra répéter contre elle la dot, sauf à lui en abandonner un quart de *dinâr*, ou trois *drachmes* exactement.

Selon certains auteurs, il ne sera pas ajouté foi à la déclaration de la femme qu'elle ignorait sa grossesse, car c'est une chose qu'elle trouve dans son ventre ; elle serait seulement excusable en cas d'erreur dans le calcul de la *'idda*, lorsque la supputation est faite au mois.

(*Ibn Al-Fakhhâr*. T. IV, p. 327.)

Une femme répudiée prétend, pendant toute une année (depuis la répudiation), qu'elle soupçonne d'être enceinte (مستراة, *moustarâba*). Que décider ?

Elle sera examinée par les femmes et, si celles-ci déclarent qu'il y a un soupçon de grossesse (ريبة, *riba*), elle continuera à demeurer dans la maison de son époux, ou dans celle qu'il a louée à son intention. Elle jurera qu'elle n'a pas eu ses règles pendant le laps de temps écoulé, et restera ainsi [dans cette maison], depuis cette époque jusqu'à l'expiration de *cinq années*, la plus longue durée de la gestation.

Que si elle refuse de jurer, elle n'aura plus droit au logement et sera expulsée de la maison où elle accomplissait sa retraite légale (*'idda*).

(*Ibn Al-'Attâr*. T. IV, p. 357.)

Un individu enlève une femme de son plein gré et dis-

paraît avec elle pendant un certain temps, jusqu'au jour où elle devint enceinte de ses œuvres. Puis lorsqu'elle eut accouché, cet individu, ou un autre, voulut l'épouser. Cela est-il permis ?

Si la femme a accouché après qu'elle a été mise définitivement à l'écart du *ravisseeur*, de sorte qu'il ne lui était plus possible d'avoir commerce avec elle, elle pourra se marier soit avec lui, soit avec un autre. Mais s'il était en mesure de cohabiter avec elle à l'époque de l'accouchement, il faut nécessairement le délai de l'*istibrâ*.

(*Sa'id Al-'Ouqbâni*. T. IV, p. 323.)

Un individu disparaît dans le pays du Maghreb, et sa femme fait établir par un acte qu'il était mort en se basant sur ce qu'elle l'a pleuré au vu et au su de tout le monde, et se remarie avec un autre, qui consomme le mariage avec elle. Deux ans après, le premier mari apparaît ; peut-il élever quelque réclamation ?

Le second mariage devient caduc par l'arrivée du premier mari. Quant à la femme, elle doit observer un délai de viduité du second mariage nul, délai de trois menstrues, si elle les a, sinon, de trois mois, ou jusqu'à l'accouchement si elle est enceinte. Ce délai passé, elle est restituée à son premier mari, sans qu'il soit besoin d'exercer le droit de retour, et sans qu'on puisse infliger une correction à la femme ou au second mari, car tous deux sont excusables, par suite de l'acte testimonial qui établissait la mort du premier mari. En effet le mariage était valable avant l'arrivée de ce dernier, et sa nullité n'est apparue que par la survenance du premier mari, qui a mis en évidence l'erreur des témoins.

(T. IV, p. 167.)

Un individu cohabite avec son esclave, puis celle-ci est

revendiquée (par le véritable propriétaire), et l'individu en question l'achète du revendiquant. Peut-il continuer avec elle la cohabitation ou doit-il attendre le délai d'*istibrâ* ?

Il ne pourra avoir commerce avec elle qu'après l'expiration du délai d'*istibrâ*, contrairement à ce qui aurait lieu, si cet individu avait affranchi ladite esclave, puis l'avait épousée.

Selon d'autres, l'*istibrâ* n'est pas nécessaire, car il n'y a pas, ici, analogie avec le cas de l'esclave déposée, car l'individu dont il s'agit avait librement commerce avec cette esclave, et il vient de s'apercevoir qu'elle ne lui appartient pas.

On peut rapprocher de cette question, celle du père qui cohabite avec l'esclave de son fils, et qui se trouve tenu de lui en payer la valeur. Selon Ibn Al-Qâsim, dans ce cas, le père continuera librement ses relations avec l'esclave. Selon d'autres l'*istibrâ* est nécessaire, à moins qu'on ne soutienne qu'il existe en faveur du père une présomption de propriété sur les biens de son fils<sup>1</sup>, vu que, dans ce cas, le père n'est pas passible du *ḥadd* (peine corporelle définie). C'est comme si l'esclave était sa propriété. Dans l'espèce présente, au contraire, l'individu en question n'a, en réalité, aucun droit de propriété sur ladite esclave. La question est donc différente.

(*Ibn Aboû Zaid*. T. IV, p. 329.)

1. الا ان يقال ان للاب شبهة في مال ولده.

## ENTRETIEN : نفقة NAFAQA

Un individu désirant faire un voyage, qui devait le retenir deux ans loin de son domicile, en informa sa femme et lui dit : « Si tu consens à continuer la vie commune, tu n'auras droit à aucuns frais d'entretien durant mon absence. Sinon, je te répudie. » La femme consentit, mais lorsque son mari s'absenta, elle réclama son entretien. Que décider ?

Cette convention oblige la femme.

(*Ibn Aboû Zaid. T. IV, p. 16.*)

Quelle différence y a-t-il entre la femme d'un absent<sup>1</sup> et l'esclave concubine de ce même absent ? Pourquoi, en l'absence de provision alimentaire, l'épouse peut-elle obtenir son divorce contre l'absent, tandis que la concubine ne peut pas obtenir son affranchissement ?

La raison en est que la femme est dans une situation supérieure à celle de l'esclave concubine. Ne vois-tu pas que, si le mari se refuse à la copulation, il est condamné envers l'épouse, tandis qu'il ne l'est pas envers la concubine<sup>2</sup> ?

(*Ibn Aboû Zaid. T. IV, p. 15.*)

Une femme réclame, durant l'absence de son mari, et

1. Le mot *absent* est pris ici dans son sens juridique (مفقود *mafquûd*), c'est-à-dire une personne qui a disparu de son domicile et dont on n'a plus de nouvelles.

2. L'esclave concubine est celle qu'on désigne, en droit musulman, sous le nom de أم ولد *oumm walad* (mère d'enfant) : c'est l'esclave rendue mère par son maître ; elle est affranchie de droit à la mort de celui-ci.

prouve dûment qu'elle manque des frais d'entretien. Le qâdî lui impartit un délai ; puis, ayant prêté serment et dégagé sa personne des liens du mariage, elle obtient du qâdî l'autorisation de se remarier, et son nouvel époux consomme le mariage avec elle. Mais le premier mari arrive et prouve que les frais d'entretien étaient à la charge de sa femme. Que décider ?

Le second mariage sera dissous, et la femme retournera auprès de son premier mari, si Allah le veut.

(*Aboû Bakr ibn 'Abd Ar-Rahmân. T. IV, p. 14.*)

Un individu épouse une femme ayant un enfant d'un premier lit, et s'engage envers elle à pourvoir à l'entretien de cet enfant tant que durera le mariage. Puis, il la répudie par une répudiation unique, et, à l'expiration de la *'idda*, l'épouse de nouveau. Le mari continue-t-il à être tenu de l'entretien de l'enfant, alors qu'il ne s'y est pas engagé à l'occasion de ce deuxième mariage ? En est-il tenu seulement pour le temps qui reste à courir sur le délai de révocation de la répudiation ? Doit-il également le vêtement, alors qu'avant la répudiation il ne s'était engagé qu'à l'entretien (*nafaqa*) ?

L'entretien est à la charge du mari pour tout le temps pendant lequel il peut revenir sur sa répudiation, car, selon Mâlik et tous ses partisans, « pendant la durée du mariage » est synonyme de « pendant la durée de la puissance maritale ».

Quant au vêtement, je suis d'avis qu'il ne doit pas en être tenu, à charge par lui de prêter serment que par *nafaqa* il a entendu promettre la nourriture seulement, non le vêtement.

Ibn Zarb et d'autres savants sont d'un avis contraire. Mais je ne partage pas leur manière de voir, car, bien que le mot *nafaqa* ait un sens large, il a été restreint par

l'usage presque universel, comme désignant les aliments seulement à l'exclusion du vêtement.

(*Ibn Roushd.* T. IV, p. 12.)

Un individu épouse une femme, qui a deux enfants d'un premier lit, et pourvoit à leur entretien pendant une durée de huit années, époque à laquelle ils moururent. L'époux réclame maintenant à la succession des enfants le montant de ses déboursés. La femme prétend que son mari s'était engagé, envers elle, à l'entretien de ses deux enfants, mais elle n'en a aucune preuve. La réclamation du mari est-elle fondée ?

Si les enfants avaient une fortune personnelle, quand le mari dépensait pour eux, il aura un recours pour tous ses déboursés, à moins que la femme ne *prouve* qu'il s'y était engagé envers elle, comme elle l'avait prétendu.

(*Ibn Marzoûq.* T. II, p. 5.)

Un individu répudie sa femme, dont il a un enfant. La femme se remarie, puis s'oblige envers son premier mari à pourvoir à l'entretien de l'enfant qu'elle a eu de lui, pour un certain nombre de mois. L'enfant ayant trouvé à s'employer moyennant quelques *dirhems*, à qui reviendront ces derniers ?

D'après Ibn 'Attâb, ils reviennent à la mère, qui s'en aidera pour l'entretien de l'enfant.

D'après Ibn Al-Qattân, ils seront mis de côté pour l'enfant, car c'est une partie de son patrimoine.

D'après Ibn Kauthar, l'opinion d'Ibn 'Attâb, qui attribue les *dirhems* à la mère, est la meilleure, car l'enfant n'a pas de patrimoine propre, tant qu'il est sous la puissance d'un autre.

(T. IV, p. 9.)

## ACCUSATION D'ADULTÈRE DÉSAVEU DE PATERNITÉ : لعان LI'ÂN<sup>1</sup>

Un individu répudie sa femme et se dispose à partir en voyage. Mais le père de la femme dit : « Ma fille est enceinte ; donne-lui les frais d'entretien nécessaires, ou fournis-lui une caution, jusqu'au moment de l'accouchement. » Un homme qui assistait à cette discussion dit : « Je me porte caution envers la femme, au cas où elle mettrait au monde un enfant. » Or, il se trouva que la femme accoucha d'un enfant ; mais le mari nie qu'il fût de ses œuvres. Le qâdî invoqua contre lui l'engagement spontané de la caution pour l'entretien de l'enfant à naître, en présence du mari, qui gardait le silence et qui, n'ayant pas désavoué, avait consenti à endosser la paternité de l'enfant.

L'enfant se rattache-t-il au mari, et celui-ci encourt-il, dans ce cas, le *ḥadd* (peine corporelle définie) ?

Si le mari a accepté l'engagement de la caution pour l'entretien de l'enfant à naître, et s'il vient ensuite à naître un enfant, dont la conception peut se placer à une époque antérieure à l'engagement de la caution, — en prenant en considération la durée de gestation la plus courte, — dans ce cas, il sera tenu obligatoirement d'accepter la paternité de l'enfant. De plus, il subira le *ḥadd*, pour avoir désavoué l'enfant.

1. Le mot لعان désigne en réalité une action mixte qui prend tantôt le caractère d'une accusation d'adultère, tantôt celui d'une action en désaveu de paternité.

Ce n'est pas ici le lieu, comme on l'a prétendu, d'écarter le *ḥadd*, à raison de ce que l'on est en matière de présomption, car il s'agit, dans l'espèce présente, d'une accusation d'adultère (لعان *li'ân*), à raison de laquelle la femme a un droit légitime de poursuivre le mari. Quelle présomption y a-t-il en faveur du mari? — Si la paternité de l'enfant ne lui a pas été attribuée malgré lui, la femme eût été déclarée coupable d'adultère. C'est donc en réalité une accusation d'adultère. Or, au point de vue de la condamnation au *ḥadd*, c'est la même chose, selon nous, de porter directement ou indirectement une accusation d'adultère.

(*Aboû 'Imrân*. T. IV, p. 54.)

Une femme ayant perdu son mari, commence par dire qu'elle est enceinte, puis que *son fœtus s'est endormi* (رقد جنيني *raqad djanîni*)<sup>1</sup>. Elle le disait encore jusqu'au jour où elle fut demandée en mariage et même jusqu'à l'époque de la conclusion du contrat. Le second mari a dressé un acte de preuve testimoniale (بينه *bayyina*), où des femmes attestent que la veuve avait ses règles avant la conclusion du mariage.

Êtes-vous d'avis d'admettre l'aveu de la femme qu'elle était enceinte, — vu que la femme dont le fœtus s'est endormi ne cesse pas, comme on le sait, d'avoir ses règles, — et d'attribuer, dans ce cas, la paternité de l'enfant au

1. C'est une croyance assez répandue chez les Arabes que le fœtus peut *s'endormir* (يرقد) pour se *réveiller* (يقيق) même après plusieurs années. C'est ainsi que l'on voit une veuve mettre au monde, trois ou quatre ans après la mort de son mari, un enfant, qui ne se rattache à son prétendu père que par les liens de la filiation la plus problématique. L'auteur de ces lignes a vu, en Tunisie, des Bédouines de soixante et même soixante-dix ans affirmer qu'elles portent dans leur sein *un endormi* depuis dix ou quinze ans (عندي الراقد *indî er-râqid*).

premier mari ? Ou bien, estimez-vous que l'existence prouvée des règles enlève toute valeur à la déclaration de la femme qu'elle était enceinte d'un fœtus endormi, et que l'enfant se rattache ainsi au second mari ? J'ajoute que l'accouchement a eu lieu à un terme normal depuis la date du second mariage.

Si la femme a persisté à prétendre qu'elle était enceinte, jusqu'au moment de la conclusion du second mariage, ce mariage est nul ; il n'y a pas de présomption de paternité contre le deuxième mari, et l'enfant se rattache au premier (le défunt). Il en serait ainsi même au cas où la femme dirait, au moment de la conclusion du contrat, qu'elle n'a plus aucun soupçon de grossesse et se déclare en état d'être demandée en mariage.

(*Qâsim Al-'Ouqbânî*. T. IV, p. 352.)

Une femme, devenue veuve, est soupçonnée d'être enceinte. Les sages-femmes qui l'ont visitée sont partagées, les unes la déclarant enceinte, les autres hésitant à déposer en ce sens. Après un an et demi, elle contracte un mariage, se marie effectivement et consomme le mariage après cinq mois de fiançailles. Cinq mois après, elle accouche d'un enfant, dont le *second* mari revendique la paternité, en prétendant qu'il a eu des relations avec la femme *avant* la célébration du mariage.

Doit-on admettre la déclaration du mari, quant aux relations anticipées qu'il a alléguées ? Est-il besoin, au contraire, d'une preuve testimoniale attestant l'isolation, étant donné que le représentant (ولي *walî*) de la femme nie que celle-ci se soit trouvée isolée avec son fiancé ?

L'enfant se rattache au second mari. C'est à la déclaration de celui-ci qu'il faut se référer, lorsqu'il affirme qu'il a eu des relations avec sa femme à une époque où la con-

ception de l'enfant peut se placer. En effet, si le mari n'avouait pas lui-même ses relations anticipées, il serait quand même présumé en avoir eu [avec sa fiancée], et l'enfant se rattacherait à lui.

(*Qâsim Al-'Ouqbânî*. T. IV, p. 353.)

Une femme veuve vint s'établir à Fâs et déclara qu'elle était enceinte. Puis, *sept* ans après, elle accoucha d'un enfant, qui était d'une ressemblance frappante avec son père (le mari décédé). Le défunt, ayant laissé des enfants, ceux-ci admirèrent le nouveau-né à la succession de leur père, vu la ressemblance qu'ils lui trouvèrent avec ce dernier. Ils y acquiescèrent de plein gré et n'élevèrent aucun doute à son sujet. Que décider ?

J'ai consulté sur cette espèce notre *schaikh* Aboû-l-Ḥasan, dont je conserve l'écrit.

En conformité de vue avec lui, j'ai écarté de la femme le *ḥadd* (peine corporelle définie), rattaché l'enfant à son père, à moins que celui-ci, de retour<sup>1</sup>, ne le désavoue par le *li'ân* (accusation d'adultère, ou action en désaveu, لعان), s'il plaît à Allah.

(*'Abd Al-Azîz Al-Qarwî*. T. IV, p. 335.)

Un individu quitte sa famille pour raison de commerce, et reste absent pendant une durée d'environ trois ans. Pendant son absence, sa femme l'assigna devant la justice et obtint sa répudiation après avoir prêté serment.

Sa *'idda* étant expirée, elle se remaria. Le second mari demeura un certain temps avec elle, puis s'absenta à son tour. Pendant son absence, la femme ayant appris la rési-

1. Il est dit, au commencement de la *fétwa*, que la femme est *veuve*, par conséquent que le mari est *mort*. Pour admettre la possibilité de son retour, il faudrait supposer qu'il était seulement *absent*.

dence de son premier mari, qui habitait une autre ville que celle où elle était, alla le trouver ; mais elle ne l'informa point de la répudiation qu'elle avait obtenue ni de son second mariage. En conséquence, elle demeura avec lui comme elle était auparavant. Le mari était dans l'ignorance de tout ce qui s'était passé, jusqu'à ce qu'elle ait eu de lui des enfants. Puis, ayant appris la répudiation et le second mariage de sa femme et qu'elle était dans la puissance maritale du second mari, l'époux actuel *s'abstint* de sa femme.

Les enfants nés dans ces conditions se rattachent-ils à leur père ? La femme est-elle passible du *ḥadd* ? Admettra-t-on en sa faveur l'excuse tirée de l'ignorance, si elle l'invoque ?

Quant aux enfants, ils se rattachent à leur père. La femme est passible d'un châtement douloureux, si les choses sont telles que vous les avez dites. Mais si elle a agi sciemment, elle encourra le *ḥadd*.

(*Ibn Louayy*. T. III, p. 87.)

---

## DROIT DE GARDE DES ENFANTS : HIḌĀNA<sup>1</sup>

Un individu répudie sa femme, dont il a eu une fille. La femme s'étant remariée, son premier époux lui laisse

1. Le mot *حضانة* a une signification complexe, qu'on ne saurait rendre par un seul mot français. Il s'entend de tous les soins donnés à l'enfant. Mais comme de tous les droits qu'il confère sur la personne de l'enfant, le plus important est le droit de garde, nous avons choisi celui-ci comme titre de notre paragraphe.

la garde de son enfant, pendant une durée de trois années (depuis le second mariage). A-t-il le droit, s'il le désire maintenant, de lui retirer son enfant ?

Si le père a laissé la fille chez sa mère, après le mariage de celle-ci, pendant la durée susdite, il y a là un consentement qui lui fait perdre son droit à la garde de l'enfant. Il faut donc restituer la fille à sa mère, sous la garde et la surveillance de laquelle elle devra rester. Le père paiera les frais d'entretien.

Cette décision est rapportée dans l'ouvrage d'Abou Ishâq At-Tounisi (le Tunisien).

(T. IV, p. 348.)

Une femme ayant un jeune enfant est répudiée par son mari. Elle se remarie avec un autre, et le père reprend son enfant pour l'élever. Puis le second époux et le père de l'enfant meurent tous les deux ; la femme a-t-elle le droit de reprendre son enfant pour l'élever à partir du décès du mari et du père ?

La femme n'a aucun moyen de reprendre l'enfant, qui sera revendiqué par celui des parents du père auquel revient ce droit, après celui-ci. Le motif est qu'en se remariant, la femme a perdu son droit de garde.

(*Ibn Zarb*. T. IV, p. 39.)

Que décider au sujet d'une femme qui abandonne son enfant à la mamelle, au point qu'il meurt faute de lait ?

La *dîa* (prix du sang) est à la charge de la *'âqila* de la femme. Cette question est analogue à celle des voyageurs auxquels on refuse l'eau et qui meurent de soif. Dans ce cas aussi, le prix du sang est à la charge de la *'âqila* de ceux qui ont refusé l'eau.

(*Ibn Haroûn*. T. IV, p. 348.)

Que décider si un père se plaint de ce que son fils *major* lui désobéit ainsi qu'à sa mère?

Le jeune homme qui a déjà des pollutions nocturnes (pubère) et qui est maître de sa conduite, n'est plus sous la surveillance de ses parents, mais il reste tenu de ses devoirs envers eux et doit s'acquitter envers eux deux ou envers le survivant de ce qu'Allah lui a imposé.

(*Al-Qābist*. T. II, p. 213.)

# APPENDICE

---

## COMMUN ALLAITEMENT<sup>1</sup>

رضاع RIDÂ.

Deux femmes ont allaité chacune l'enfant de l'autre, à une même époque; ces enfants grandissent et d'autres naissent après eux, sans que les mères allaitassent d'autres enfants que les deux sus-indiqués. Est-il permis aux derniers-nés de se marier entre eux<sup>2</sup> ?

Chacun des enfants allaités par la mère des autres ne peut valablement se marier avec aucun des enfants de sa nourrice, que ceux-ci soient nés avant ou après lui. Quant

1. La collactation (رضاع) constitue un empêchement au mariage, et un empêchement *dirimant*; de sorte qu'elle constitue tantôt un obstacle à la conclusion du mariage, tantôt une cause de sa dissolution, s'il est déjà conclu.

2. On sait que le Qoran prohibe le mariage entre frères et sœurs de lait. Comme le dit un jurisconsulte, Ibn Mandhoûr, « la prohibition du mariage n'atteint que ceux qui ont tété la même mamelle, à une même époque, ou à des époques différentes ». نما المانع من التزويج هو لو التقما ثديا واحدا. مجتمعين او مفترقين.

aux enfants nés postérieurement, ils ont le droit de se marier les uns avec les autres.

(*Ibn Abou Zaid. T. IV, p. 358.*)

Un individu épouse une femme, consomme le mariage avec elle, le tout en présence de la mère et des frères et sœurs de la femme. Ils restent huit ans tous ensemble dans la même ville. Après ce laps de temps, l'épouse prétendit que sa mère avait allaité le mari. Ceci se passait après la mort de la mère.

Depuis, elle ne cessait pas de le tracasser en lui disant : « Ma mère t'a allaité, répudie-moi. » Le mari lui répondit : « Je ne te répudierais que lorsque tu auras prouvé contre moi que ta mère m'a allaité. Deux témoins, habitants de ladite ville, assistèrent les époux, et, la femme ayant dit : « Répudie-moi », le mari répondit : « Soit, je te répudie si ta prétention, en ce qui concerne le fait de l'allaitement, est prouvée. » Les deux témoins ont pris acte de ces déclarations. Mais il n'existe, en faveur de la femme, aucune preuve que sa mère a allaité le mari. Que décider, étant donné que la mère était morte quatre mois après la consommation du mariage de sa fille ?

S'il est avéré que la répudiation a été subordonnée à la preuve de l'allaitement, que la déclaration du mari forme un tout complet qui ne comporte pas d'autre interprétation et si, d'autre part, le fait de l'allaitement n'est pas prouvé, la femme demeurera dans la puissance de son mari, sans qu'il ait besoin d'exercer son droit de retour (ou reprise, *radj'a*). Si, au contraire, l'allaitement est prouvé, la femme n'étant pas en la puissance de son mari, celui-ci sera condamné à se *séparer* d'elle, sans répudiation, car c'est un mariage nul, de l'avis unanime de la doctrine, et qui, selon cette même unanimité, ne saurait être l'objet

d'une répudiation. Le mari restituera à la femme ce qu'il a reçu d'elle à titre de *khoul'*, pour la répudier, car le *khoul'* est la contre-valeur fournie par la femme pour se dégager de la puissance de son mari. Or, il se trouve qu'elle n'était pas en sa puissance ; tout ce qu'il recevra d'elle est donc un profit illégitime.

(*Al-'Abdoûsî. T. IV, p. 79.*)