

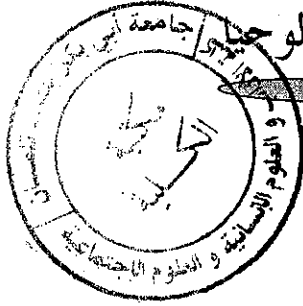
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

مجل تحت رقم 1/177  
تاريخ 27 AVR 2000  
الرقم

كلية الآداب و العلوم الإنسانية و العلوم الاجتماعية  
قسم الثقافة الشعبية

1285/16



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الأنتروبولوجيا

بعضوان:

## العرف و بعض تطبيقاته في مادة الأحوال الشخصية

تحت إشراف:

الأستاذ شايف عكاشة

من إعداد الطالب:

مصطفى بركة

### لجنة المناقشة

أ. دكتور شايف عكاشة، مشرفا

أ. دكتور كحلولة محمد، رئيسا

دكتور كريب رمضان، عضوا

دكتور رمضان محمد، عضوا

دكتور طول محمد، عضوا

السنة الجامعية 2003 - 2004

## مقدمة

إن الأسرة بالرغم من صغر حجمها فهي أقوى نظم المجتمع ،  
و هي النظام الذي عن طريقه نكتسب إنسانيتنا ، كما لا توجد طريقة أخرى  
لصياغة بني الإنسان سوى تربيتهم في أحضان الأسرة ، و بذلك فإن كل  
شخص ينتمي بشكل ما لأسرة واحدة على الأقل ، و من هنا تعد الأسرة المهده  
الحقيقي للطبيعة الإنسانية وهي بذلك الوعاء الجامع لكل التراكمات من عادات  
وتقاليد و أعراف مختلفة ، و قد تكون غير متجانسة .

و بتعبير ثان ، إن الأسرة هي اللبنة الأساسية التي يقوم عليها  
المجتمع و تجدر الإشارة إلى أن الخوض في دراستها مضي بسبب أن الدراسة لا  
تكون ممكنة و هادفة ، إلا إذا كانت من الخارج لكمال الرؤية ، و مع ذلك  
سنحاول جمع أكثر عدد ممكن من المقومات و المميزات من الداخل بالرغم من  
قصورية النظرة .

و المهم ، إن الأسرة مليئة بالرواسب فهي إما متأثرة أو مؤثرة بتلك  
المكتسبات ، و هذا ما يجعل هذه الدراسة معقدة باعتبار أن الأسرة في مكانتها  
تدحرج بين النظرة الكلية و الجزئية ( Vue Macro et Micro ) ،  
ففي داخل المجتمع ينظر إليها بالنظرة الجزئية و في هذا المقام لا تكون الأسرة إلا  
لبنة من لبنات متعددة يحويها المجتمع ، و في هذا السياق يصبح المجتمع هو معيار  
الكلية ، و الفرد الذي يعيش داخل الأسرة يعتبر جزءا فعلا داخل هذه الأخيرة  
و يشكل هذا المفهوم النظرة الجزئية .

من هنا تصبح أهمية الموضوع جلية ، خاصة لما نبرز مدى تأثير الأسرة بالمجتمع الذي لا يستقر على حال ، و مدى صمود الأسرة من تلك التصرفات المنسوبة لأفرادها و هم يرغبون في التحرر من بعض الطقوس و العادات سيما داخل المجتمعات المتدينة ، و من باب الأولى فإن المجتمع الإسلامي قد رسم أشكال قيام الأسرة و جعل بعض الضوابط و النواميس لاستمرارها .

إذن ، هذه الدراسة تحاول الإجابة على بعض المكتسبات المنصوص عليها في الدين و السنة ، و هي في حقيقتها و أصلها آمرة لا يجب مخالفتها شرعا

و هذا لقيام هيكل الأسرة الأساسي و بعضها يعتبر ملزما كذلك في حالة نشوب خلافات داخلية للأسرة ، فيؤخذ به لفض النزاعات .

هكذا فإن النصوص القرآنية و السنية و غيرها من المبادئ الأساسية للتشريع الإسلامي تكتسي الصبغة الإلزامية في التطبيق على كل الحالات المعروضة ، و من بينها العرف الذي قد يختلف من مجتمع إلى آخر و كونه جامدا أو بطيء التغير ، فإنه يطرح إشكالية أخرى تتمثل في مدى إمكانية الجمع بين المجتمع المتطور و العرف الجامد أو البطيء التغير في صيرورة المجتمع و من خلاله الأسرة . و قد تنشأ كذلك في حالة انعدام النص القرآني أو السني مشاكل لا تحل إلا باللجوء و الاستئناس بالأعراف و التقاليد مسألة قد تجرنا إلى مصاعب تتمثل في تناقض الأعراف ، و في بعض الأحيان انعدامها .

ولذلك نجد أن المشرع الجزائري ، نص في المادة 222 من قانون الأسرة على أنه في حالة انعدام النص ، يجب الأخذ بالمبادئ الأساسية للشريعة

الإسلامية ~~موجودة~~ منها على سبيل المثال : العرف الذي قد يكون هو الآخر موجودا و لكنه متناقضا أو متضاربا مع عرف آخر (1) .

و بناء على هذا ، فالدراسة لا تخلو من إثارة وضيعات أخرى كحالة وجود النص (القرآني أو السني) مع وجود عرف كان موجودا قبل الإسلام و لم ينه عنه ، و هذا تقرير سكوتي و هو ما يعرف في الفقه بالتنازع الإيجابي و لأهمية المسألة البالغة ، رأينا من الضروري إبرازها و لو من أجل رسم آفاق و حدود الدراسة .

و من أجل الخوض في هذا الموضوع ، ارتأينا إتباع خطة دراسية تشتمل على أربعة فصول بحيث أن كل فصل يحتوي على ثلاثة مباحث و كون أن العرف ليس له وجود إلا داخل المجتمع الذي بدوره يتكون من مجموعة أسر ، و بذلك فإن الفصل الأول مخصص لدراسة الأسرة باعتبارها لبنة أساسية في المجتمع ، و بذلك سنوضح المراحل التاريخية في بلورة الأسرة : من حيث ملاحظتها و مميزاتهما ، و آثار المحيط فيها .

أما الفصل الثاني ، فقد خصص لمعالجة العرف بوصفه عاملا أساسيا يساهم في تشكيل الأسرة من حيث أحوالها الخاصة ، مثل : الزواج و الطلاق و باقي الطقوس .

و من هنا كان لابد من تعريفه و ذكر أنواعه . أما موضوع الأحوال الشخصية فقد يبدو لكثير من الناس أنه موضوع غامض ، لهذا حرصنا على

---

(1) - المرجع : القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان ، عام 1404 الموافق لـ: 09 يونيو 1984 الذي يتضمن قانون الأسرة .

إعطاء بعض التعريفات المتداولة فيه و كذلك إبراز الجدلية القائمة بين أمور الأحوال الشخصية و العرف .

و بما أن العرف يعد عاملا أساسيا يؤثر في إنشاء المجتمع برمته ، فهو يعتبر مصدرا احتياطيا في الفقه الإسلامي ، و لذلك تثار مسألة أساسية تتمثل في جدلية مواكبة العرف للتشريع و من هنا تجدنا قد خصصنا لهذه المسألة الهامة فصلا ثالثا بعنوان : العرف مصدر للتشريع الإسلامي .

أما الفصل الرابع و الأخير ، فإنه خصص لمعالجة المسائل المثارة عند انعدام النص الشرعي (القرآني أو السني) ، و الإحالة على المبادئ الأساسية للشرعية الإسلامية التي تحتوي من ضمن محتوياتها على العرف ، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup> ، و قبله القانون المدني في المادة الأولى منه<sup>(2)</sup>

و انتهينا من كل ما سبق إلى محاولة حصر بعض النتائج أو الملاحظات التي نراها مجدية و مفيدة لكل من تناول هذا الموضوع بالبحث و الدراسة من طرف الدارسين بعدنا .

---

(1) - المرجع : القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان ، عام 1404 الموافق لـ:

09 يونيو 1984 الذي يتضمن قانون الأسرة .

(2) - القانون المدني

# الفصل الأول

الأسرة لبننة أساسية

في المجتمع:

إن التركيبات الاجتماعية عديدة و متنوعة و متفاوتة الدرجة و المستوى في علاقاتها بالمجتمع ككل ، غير أن الأسرة تعتبر من أهم هذه التركيبات و هي محور أساسي من حيث طابعها المميز بشريا ، ثقافيا ، اجتماعيا ، بيولوجيا ، و لدورها الأساسي و الحساس في تحريك المجتمع ، و تغيير اتجاهه .

إن العائلة بكل ما تحمله من دلالات ، هي الخلية القاعدية و النواة المنتجة للمجتمع و لكيانه الروحي و المادي (1) .

و الواقع أن جميع الناس في المجتمعات ماضيا و حاضرا ، ولدوا و تربوا في أسرة تتكون في أساسها على الأقل من ثلاثة أفراد ينتمون إلى جيلين فقط: جيل الآباء و جيل الأبناء ، و هي تشمل على شخصين بالغين: الذكر و الأنثى اللذان يعرفان بالأبوين البيولوجيين للأطفال ، اللذان يقومان في العادة بالالتزامات الاقتصادية تجاه الوحدة الأسرية و داخلها تحدد كل القواعد و المعايير الناتجة عن الضغوطات الاجتماعية ، و الأبناء و الآباء و كل أفراد الأسرة يشعرون بوجوب احترام هذه المعايير و السلوكات و بالتالي يصبح الفرد غير قادر أن يعيش خارج وسط الأسرة (2) .

و الملاحظ أن أشكال الأسرة تعددت نتيجة الظروف التاريخية التي مرت بها و عليه من الملائم إيجاد و إضافة إلى كلمة أسرة صفة لتحديد شكلها

(1) - العائلة : عاداتها و تقاليدھا بين الماضي و الحاضر- محمد سعیدی-مجلة إنسانيات- ص 41 عدد 04 سنة 1998.

(2) - الأسرة و الحياة العائلية : دار النهضة العربية - ص 39 - الدكتورة سناء الخوري

و بذلك يطلق عليها مصطلح "الأسرة الممتدة" على الجماعة التي تتكون من عدد الأسر المرتبطة ، التي تقيم في مسكن واحد ، و هي لا تختلف كثيرا عن "الأسرة المركبة" أو "الأسرة المتصلة" (3) .

و نظرا إلى أن اللغة العربية أغنى من اللغات الأخرى في المصطلحات القرآنية فإنها تستخدم كلمة "أسرة" "Famille" لتشير إلى الجماعة المكونة من الزوج و الزوجة و أولادها غير المتزوجين الذين يقيمون معا في مسكن واحد في نفس الوقت ، الذي يطلق عليه مصطلح "العائلة" ليشير إلى الأسرة الممتدة "Famille extensive" المكونة من الزوج و الزوجة و أولادها الذكور و الإناث غير المتزوجين ، و الأولاد و زوجاتهم و أبنائهم و غيرهم من الأقارب كالعم و العمة و الابنة الأرملة ، و هؤلاء جميعا يقيمون في نفس المسكن و يشاركون في حياة اقتصادية و اجتماعية واحدة تحت راية الأب الأكبر أو رئيس العائلة (1) .

و الجدير بالذكر أن الأسرة قد تأثرت بصورة عامة بالتغيرات التاريخية، و الاقتصادية و العمرانية التي مرت بها على المجتمعات في مختلف أنحاء العالم ، فتغير بناؤها و انكشفت وظائفها ، إلا أن الأسرة النواة "Famille Cellule" ظلت مركز التناسل و مصدر الرعاية الأولية المباشرة ، و مع كل النتائج التي طرحها التغير و خاصة في مجال الاتجاه نحو الفردية أو العزلة القرابية إلا أنه في كثير من أنحاء العالم حتى في أكثر أجزائه الصناعية تقدما ، لازال الفرد يمر خلال حياته بنمطين مختلفين من الأسرة النواة ، فهو يولد في أسرة مكونة منه

(3) - العائلة : عاداتها و تقاليدها بين الماضي و الحاضر-محمد سعيدي-مجلة إنسانيات- ص 41 عدد 04 سنة 1998.

(1) - محمد عاطف غيث : علم الاجتماع - دار المعارف - ص 10 إلى 12 .



و من إخوانه و والديه ، تسمى أسرة التوجيه "Famille Orientation"  
، و عندما يتزوج الفرد يترك أسرته و يخلق لنفسه أسرة نواة أخرى تتكون منه  
و من زوجته ، تسمى حينئذ أسرة إنجاب

## " Famille de Procréation " (2)

و مهما يكن ، فإن دراسة أشكال و أنواع الأسر لا يقصد من  
خلالها الغوص في هذا الموضوع ، و إنما تدرس من أجل إظهار أنواع الأسر  
للقوف على مسألة هامة تكمن في المحافظة على بعض الأعراف و العادات و  
التقاليد ، لأنها مرهونة بخصوصية الأسرة من حيث تنوعها .

## المبحث الأول: الأسرة في الأمر القديم:

(2) - للتوسع أنظر : المرجع السابق - ص 12 و ما يليها .

إن كل مجتمع مهما كانت انطلاقة لا يخلو من أنه متكون من أسر زوجية و هذا منذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان على وجه الأرض، و بذلك تكون الأسرة ظاهرة اجتماعية عالمية منذ زمن بعيد، وتقوم الأسرة الزوجية بعدة وظائف مهمة كالوظيفة الجنسية، الاقتصادية، التناسلية والتربوية، مع الملاحظة أنها رهينة التطور التدريجي حسب الزمان و المكان . والدارسة المتأنية لمسائل الأسرة، تجرنا إلى إثارة لب الموضوع المتمثل في المرأة باعتبارها محورا أساسيا يفرز جميع المعطيات المتدرجة بين السلب والإيجاب حسب الظروف .

### وضعية المرأة :

إن الأسرة القديمة كانت بموجب تقاليد و عادات و طقوس تعامل المرأة معاملة مجحفة ، ففي بلاد ما بين النهرين كان التشريع السوموري لا يقيم وزنا لحق المرأة الشخصي ، و لا يعطي اعتبارا لرأيها إطلاقا « فإذا قالت امرأة لزوجها ، لست زوجي أي إذا أرادت أن تطلقه ، ألقيت في النهر » (1) .

و أما شريعة "مانو" بالهند فكانت لا تعترف بالحق الشخصي للمرأة ، و كانت تعتبرها عنصرا عرضيا لا يقوم بذاته ، بل تابعة لأبيها أو لزوجها أو لولدها و إذا اندثر هؤلاء تضم إلى رجل من أقاربها ، و هي مطالبة بأن تظهر أمام زوجها بالتدلل و الخشوع (2) .

و إذا انتقلنا إلى الصين نجد المرأة تعد وجه النحس و عنوان الشقاء ، فميلادها نكبة حتى أنها إذا كبرت احتفت في الحجرة لكي لا تنظر في وجه

(1) - عمر فروخ : الأسرة في التشريع الإسلامي - ص 13 - .

(2) - ويل ديورانت : قصة الحضارة - المجلد الأول - ص 178-179 - .

الإنسان ، و هذه الحالة القائمة اجتازت بلاد الصين إلى غيرها من البلدان ،  
و ساهمت بقدر وفير في تدهور حالة المرأة و انعدام شخصيتها (1) .

أما في بلاد اليونان فكان ينظر إليها كمخلوق نجس، فهي: " بلية الآلة  
" (2) . كما نجد مكانة المرأة عند الرومان في الحضيض ، حيث جردت من

إنسانيتها

و اعتبرت حيوانا نجسا محرما عليه الدخول إلى المعابد ، و بالتالي فالجنة ليست  
من نصيبها كما أن أنوثتها كانت في نظر القانون سببا من أسباب انعدام  
أهليتها ،

و بالتالي فهذه النظرة للإنسانية كانت متفشية عموما في كل  
المجتمعات القديمة ، بما فيهم العرب في الجاهلية ، حيث قال عمر بن الخطاب  
رضي الله عنه: «والله إن كنا في الجاهلية ما نعد للنساء أمرا» (3) و يبدو للوهلة  
الأولى ، أنه يوجد ارتباط كبير بين مصطلحي الزواج

و الأسرة حتى أن هناك ميلا لاستخدامهما في نفس الوقت ليشار إلى  
نفس الشيء ، و لكنهما في الحقيقة ليسا شيئا واحدا ، فالزواج عبارة عن  
تزاوج منظم بين الرجال و النساء على حين يجمع معنى الأسرة بين الزواج  
و الإنجاب . و تشير الأسرة كذلك إلى مجموعة من المكانات و الأدوار المكتسبة

(1) - مونيك بيتر : المرأة عبر التاريخ - ص 54 .

(2) - ويسل ديورانت : قصة الحضارة - المجلد 2 ، الجزء 1 - ص 168 .

(3) - سلم جامع القبح : كتاب النكاح - باب ذا الإبلاء و اعتزال النساء - ج 3 -

عن طريق الزواج و الإنجاب ، و هكذا نجد من المؤلف اعتبارها شرطا أوليا  
لقيام الأسرة ، و اعتبارها نتاجا للتفاعل الزواجي (4) .

و بذلك ليس الزواج و التزاوج شيئا واحدا ، فالأول مفهوم  
سوسيولوجي أما الثاني فهو مفهوم بيولوجي ، فظاهرة التزاوج معروفة عند  
أنواع أخرى من الحيوانات بينما الزواج مقصور على البشر فقط .

هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الزواج هو نظام اجتماعي  
يتصف بقدر من الاستمرار و الامتثال للمعايير الاجتماعية ، و من هنا يتحلى  
أن الزواج نظام عام في جميع المجتمعات ، سواء في الماضي أو الحاضر .

و تجدر الإشارة إلى أن هناك معايير اجتماعية مختلفة تفسر معنى الزواج  
، منها المعيار الاجتماعي التقليدي الذي ينظر للزواج كظاهرة مقدسة "  
Phénomène Sacré" أو نظام إلهي مقدس خلقه الله و أكدته الشرائع  
السماوية . أما المعيار التقليدي الآخر فهو أوسع نطاقا بشكل واضح ، لأنه  
يؤكد أن الزواج و الأسرة يرتكزان أساسا حول الالتزامات الاجتماعية ، و هو  
في هذا يتفق مع المعيار السابق إلا أنه يختلف معه في نقطة معينة ، فبينما يرتكز  
المعيار الأول على السلطة في يد الله ، فإن المعيار الثاني يركزها في يد الرجل .  
و القيمة الأولى في معنى الزواج هي المحافظة على الاحترام الاجتماعي و الامتثال  
لرغبات الأقارب و المجتمع المحلي (1) .

(4) - الأسرة و الحياة العائلية : الدكتورة سناء الخوري - ص 43 .

(1) - الأسرة و الحياة العائلية : الدكتورة سناء الخوري - ص 43 و ما يليها .

## المبحث الثاني ملامح و مميزات الأسرة الجزائرية:

تعتبر المؤسسة العائلية في الجزائر حاليا كما هو الحال في بلدان المغرب العربي و عموما في العالم الثالث ، عبارة عن شيء مختلف و بصفة محسوسة كما كانت عليه منذ نصف جيل فقط . فالعائلة الجزائرية الحالية ، تحتوي على علامات توحى بأوضاع غير معتادة و سلوكات أخرى ، و كذلك تصرفات و أنماط من العلاقات الاجتماعية الموجودة في أحضان الجماعات الاجتماعية الحالية ، إنها مؤشرات و علامات تساعد على فهم المؤسسة العائلية في الجزائر ، بينما كانت العائلات الكبرى إلى غاية سنة 1962 تجمع الأسلاف و الأخلاف في حدود القصوى للسكن المشغول في الوسط الحضري و كان ذلك هو الفائدة العامة على حسب ما يبدو (1) .

و لا بد أن نشير إلى أن تطور العائلة في الجزائر يندرج ضمن التنمية العامة للبلاد التي يحاول المجتمع تحقيقها في مختلف النواحي التربوية ، الثقافية ، الاجتماعية و الاقتصادية

كما نشير أيضا إلى أن العائلة الجزائرية ليست مطبوعة بطابع التحولات السريعة التي حدثت في المجالات السياسية و الاقتصادية خاصة منها الثورة الصناعية المتسارعة ، بل التطور العائلي في الجزائر يتحرك ببطيء شديد ، إذ لا يمكن ملاحظته إلا بعد مرور أجيال

(1) - العائلة الجزائرية : التطور و الخصائص الحديثة - الأستاذ مصطفى بوتفوشة - ص 28 .

## المبحث الثاني ملامح و مميزات الأسرة الجزائرية:

تعتبر المؤسسة العائلية في الجزائر حاليا كما هو الحال في بلدان المغرب العربي و عموما في العالم الثالث ، عبارة عن شيء مختلف و بصفة محسوسة كما كانت عليه منذ نصف جيل فقط . فالعائلة الجزائرية الحالية ، تحتوي على علامات توحى بأوضاع غير معتادة و سلوكات أخرى ، و كذلك تصرفات و أنماط من العلاقات الاجتماعية الموجودة في أحضان الجماعات الاجتماعية الحالية ، إنها مؤشرات و علامات تساعد على فهم المؤسسة العائلية في الجزائر ، بينما كانت العائلات الكبرى إلى غاية سنة 1962 تجمع الأسلاف و الأخلاف في حدود القصوى للسكن المشغول في الوسط الحضري و كان ذلك هو الفائدة العامة على حسب ما يبدو (1) .

و لا بد أن نشير إلى أن تطور العائلة في الجزائر يندرج ضمن التنمية العامة للبلاد التي يحاول المجتمع تحقيقها في مختلف النواحي التربوية ، الثقافية ، الاجتماعية و الاقتصادية

كما نشير أيضا إلى أن العائلة الجزائرية ليست مطبوعة بطابع التحولات السريعة التي حدثت في المجالات السياسية و الاقتصادية خاصة منها الثورة الصناعية المتسارعة ، بل التطور العائلي في الجزائر يتحرك ببطء شديد ، إذ لا يمكن ملاحظته إلا بعد مرور أجيال

(1) - العائلة الجزائرية : التطور و الخصائص الحديثة - الأستاذ مصطفى بوتفوشة -

و من المعلوم ، إن الطموح الزائد عن اللزوم في الوصول إلى  
العصرنة يجعل من العائلة التقليدية و بنيتها توحى بأنها في طريق الزوال ،  
و العجيب أن الحنين إلى الماضي كما يقول الأستاذ مصطفى بوتفنوشت في  
كتابه "العائلة الجزائرية" ، له وجوده سبق في هذا الطموح نفسه في الممارسة  
الاجتماعية . تبقى هذه البنية الاجتماعية سواء في مضاعفاتها أدنى آثارها ،  
و ذلك في أحضان الجماعات الاجتماعية الموجودة .

و في بعض الأحيان ، تتحول هذه الممارسات الاجتماعية المتهيجة  
في اتساع أهمية التقاليد القديمة نفسها مثل: (عادات الزواج ، الطلاق  
و العلاقات الاجتماعية في التعاون) . و في البنية المترلية الاقتصادية ، تضعف  
أكثر فأكثر بسبب تحولات قاعدتها المادية الاقتصادية ، تضعف هذه البنية و  
لكن تتحول إلى أخرى جديدة صادرة عنها بما يتماشى مع القواعد الاجتماعية  
، الهيكلية ، تحطيم إعادة هيكلة اجتماعية في البنية الاجتماعية . العائلة الجديدة  
هناك آثار الإصرار و الثبات ، لازالت بصامتها في الوظيفة الاجتماعية  
و العائلية (1) .

و مهما يكن ، فإن العائلة هي إنتاج اجتماعي يعكس صورة  
المجتمع الذي توجد و تتطور فيه ، ففي مجتمع سكوني تبقى البنية العائلية مطابقة  
له ، و في مجتمع تطوري فإن العائلة تتحول حسب إيقاع و ظروف التطور لهذا  
المجتمع . كانت العائلة المسلمة على مدى قرون من نوع العائلة البطريقية

---

(1) - GARDET (Louis) - *L'islam, religion et commun ante-Paris de Brenner 1970-*  
Page 324

الإكثانية ، و تطور الأخلاق يميل إلى تفتيت هذا النوع القديم لصالح العائلة الحديثة (2) .

و الملاحظ أن العائلة الجزائرية هي عائلة موسعة ، حيث تعيش في أحضانها عدة عائلات زوجية و تحت سقف واحد "الدار الكبيرة" عند الحضر ، و "الخيمة الكبيرة" عند البدو ، إذ نجد من 20 إلى 60 شخص و أكثر يعيشون جماعيا و ثلاثة إلى أربعة أجيال .

و الملاحظ أيضا أن العائلة الجزائرية هي عائلة بطريقية ، بمعنى أن الأب فيها و الجد هو القائد الروحي للجماعة العائلية ، ينظم فيها أمور تسيير التراث الجماعي و له مرتبة الخاصة تسمح له بالحفاظ ، و غالبا بواسطة نظام محكم على تماسك الجماعة المترلية (3) .

كما أن العائلة الجزائرية هي عائلة إكثانية، بمعنى أن النسب فيها ذكور و الانتماء أبوي و انتماء المرأة أو ( الأم ) ، يبقى انتماؤها لأبيها .

و الميراث ينتقل في خط أبوي من الأب إلى الإبن الأكبر حتى حافظ على صفة الإنقسام للتراث (1)

و من المؤكد أن العائلة الجزائرية هي عائلة لا منقسمة ، أي أن الأب له مهمته و مسؤوليته على الأشياء: (البنات يتركن المترل العائلي عند الزواج) و (الأبناء المنحدرين من أبناؤه و الأبناء المنحدرين من أبناء أبناؤه) ،

---

(2) - ART.169 - C. ( Page 15 - BOUTEFNOUCHET ) أنظر الملحق - (2)  
Famille .

(3) - ART.169 - C. ( Page 15 - BOUTEFNOUCHET ) أنظر الملحق - (3)  
Famille .

(1) - للتوسع راجع الملحق رقم 01.



فالخلف الذكور يترك الدار الكبيرة و يكون عدد من الخلايا مقابلا لعدد الأزواج .

و الجدير بالذكر أن مصطلحات البطريقية ، الإكنازية ، اللانقسام لا تشير إلى حقائق مختلفة لهذه ، لكنها تعني نفس الحقيقة الواحدة معقدة منذ البداية مما يجعل هذه الأسرة عائلة خاضعة لمبدأ التماسك الداخلي و الخارجي ، و بعض المؤلفين حددوا دلالة العائلة "LAAYLA" بالأسرة ، و الحال أن هذا المصطلح العربي يمكن أن يطلق أيضا على العائلة الزوجية التي تعيش في أحضان الأسرة .

و المهم ، إن المصطلح العربي "العائلة" يخبئ في ثناياه القيم المقدسة و ليس قيما حقوقية . إنها علاقات دم و تشخيص لعلاقات الجزائري لهذه القيم و الارتباطات<sup>(2)</sup>.

في هذا المضمار ، لم يتردد الأستاذ مصطفى بوتفنوشت في إلحاق مصطلح التماسك بمصطلح العصبية الذي فسره ابن خلدون بتطور القبائل نحو السلطة ، و العصبية تكرر أكثر من غيرها مبدأ التماسك في الأساس الاجتماعي للجماعة المتزلية . تبدو أن الجماعات الاجتماعية ، المتزلية مشحونة بالقيم الروحية و الأخلاقية و هي أهم من القيم المادية التي توضع في المقام الثاني<sup>(1)</sup> .

---

(2) - العائلة الجزائرية : التطور و الخصائص الحديثة - الأستاذ مصطفى بوتفنوشت - ص

(1) -G.LABICA Politique et religion chez Ibn Kheldoun, essai sur l'idéologie musulmane, SNED Alger-1968 .

و لذلك تسيطر فكرة الوفاء لتقاليد الأجداد ، لأن الرجوع إلى التقاليد أثناء حياة الفرد ، هو إرغام يتقبله و يتحملة الفرد إزاء المواقف الخاصة بتصرفات متميزة مثل الحفلات و المناسبات الخاصة أو الاستثنائية . و في المقام الثاني تأتي قواعد معرفة كيفية أخذ الأمور من طرف الفرد في أحضان العائلة ، و بذلك تنمو روح احترام الجماعة قبل احترام الذات ، و من تم يكون مثال الشرف أكبر دليل على ذلك .

## المبحث الثالث العائلة من التقليدي إلى العصري :

إن المجتمع الجزائري التقليدي قائم على الشريعة الإسلامية ، و بذلك فإن النظام القانوني السائد فيه يأخذ الطابع الديني في المسائل اللصيقة بحياة الناس الخاصة ، و يعتبر المذهب المالكي محورا أساسيا تدور حوله جميع المسائل ، سواء كانت نزاعية أو رضائية مثل: الزواج ، الطلاق ، حصر التركة و توزيعها... إلخ . غير أن الملاحظ أنه طرأ تغييرا عميقا مس القانون العام و القانون الخاص ، بعدما كان القانون في النسيج الاجتماعي القديم من اختصاص (الجماعة) (1) ، و بالأخص قاضي المحكمة . و انجرت عن هذه الحالة مقاومة وطنية تسعى إلى رفض تطبيق القانون المدني الفرنسي غداة الاستقلال (2) .

و مهما يكن فإن الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال الفرنسي ، كانت تحتكم أو تخضع لأحكام و قواعد الفقه الإسلامي و للمعاملات و الأعراف المحلية ، غير أنه ابتداء من سنة 1831 ، عمدت الأيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي و جعله يدور في دائرة فلسفة قانون نابليون خدمة للأغراض الاستعمارية في تطبيق مجال أحكام الشريعة الإسلامية ، و تفكيك وحدة التشريع الجزائري و على هذا الأساس ، حارب المشرعون الاستعماريون الفقه الإسلامي مدعين أنه نظام ديني فقط ، كالقانون الكنسي المسيحي و أنه نظام قانوني غير قابل للتطور و الحركة ، ملؤه بالجمود و يعتمد على الفلكلور الشعبي و الأعراف و

(1) - للتوسع راجع الملحق رقم: 02 - مبادئ القانون الجزائري العام ، القانون الجزائري العربي.

(2) - العائلة الجزائرية : التطور و الخصائص الحديثة - الأستاذ مصطفى بوتفوشنت - ص

الأفكار التقليدية ، و هذا ما قامت به آنذاك الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية في الجزائر العاصمة ، في القضاء على أحكام الفقه الإسلامي ، وإحلال محلها أحكام القانون المدني الفرنسي (3) (4).م جاءت عدة محاولات تشريعية أخرى للتدخل في مسائل الأحوال الشخصية و نظام العائلة الجزائرية ، نذكر منها قانون 02 ماي 1930 المتضمن الخطة و سن الزواج و مرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية ، و الأمر الصادر في: 23 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي ، و القوانين الصادرة في: 11 جويلية 1957 و المتعلقة بأحكام المفقود و الوصاية و الحجز و كيفية إثبات الزواج و الأمر الصادر في: 4 أبريل 1959 ، و المرسوم الصادر في: 17/09/1959 المتعلق بتنظيم الزواج و انحلاله في الجزائر .

و قد قام مراسل موران ، الذي وضع سنة 1916 مشروعا لقانون الأحوال الشخصية ، و لكنه بقي حبرا على ورق نتيجة المقاومة الشعبية الرامية إلى تحصين عقيدته و أصالته و حضارته الإسلامية .

أما بعد الاستقلال فقد صدر القانون رقم: 157/62 المؤرخ في: 1962/12/31 ينص على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة ، و ذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني و بعد ذلك صدر قانون

---

(3) - الدكتور بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة ص 18 (من هؤلاء الفقهاء) : موران  
Morand  
و بوسكي Bousquet- لارشار Larcher و سوليس Solus و كانك Canac و زايس Zays

(4) - للتوسع أكثر راجع الملحق رقم 03 المتضمن الزواج المختلط.

63/06/29، المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية و الأوامر  
الصادرة في: 66/06/23 و 69/09/16 و 71/09/22 و الخاصة بكيفية إثبات الزواج ، و قد ألغى المشرع الجزائري  
بموجب الأمر المؤرخ في: 73/07/05 القوانين الفرنسية الداخلية ، ابتداء من:  
1975/07/01<sup>(1)</sup>.

نلاحظ مما سبق ذكره عن الأسرة داخل المجتمع ، أنها مرت من  
حيث التقنيات المنظمة لها بعدة مراحل امتازت بتشريعات مختلفة ، و لكن  
المستقر عليه إما رسميا أو عرفيا هو التمسك الشديد بمبادئ الشريعة الإسلامية  
فيما يخص المسائل الشرعية ، و كذلك التمسك ببعض الأعراف و التقاليد في  
إنجاز بعض الطقوس .

و يمكن كذلك القول ، أن التمسك بالأعراف يبقى مستمرا حتى  
داخل المجتمعات التي يظهر عليها التطور الخارجي في مواكبة الحياة التي  
أصبحت تمتاز بتحولات اجتماعية للأسس العائلية ، الاجتماعية ، الاقتصادية ،  
السياسية و القانونية . و هذا له صلة وثيقة بتطور المرأة: التعليم المعمم ، التطور  
الصناعي ، نظام القيم ، و التطور الثقافي بحيث تندرج هذه الأطراف ضمن  
جدلية التقليدي ، العصري و تكون التطور العائلي نفسه .

هكذا هز المظهر الديموغرافي منذ قرن تقريبا ، البنية الاجتماعية  
بدلا من أن يكون هرم الأعمار متزنا مثل فرنسا حيث عدد السكان جامد  
و غير متحرك فهو عديم الاتزان لصالح الشباب الذين تبلغ أعمارهم أقل من :  
20 سنة كنتيجة مباشرة لهذه الوضعية .

(1) - الجريدة الرسمية لسنة : 1973 - ص 678 .

إذن فإن سيطرة الشيوخ تم التغلب عليها بواسطة القوة العددية من

جهة

و مستوى التعليم لدى فئة الشباب الذين تقل أعمارهم عن : 20 سنة من  
جهة أخرى .

أما المظهر الثاني للتغير الاجتماعي فهو ذو طابع إنساني أو نفساني  
، و هو دخول المرأة الجزائرية في الحياة العامة . و تطور المرأة هذا هز بنفس  
الطريقة البنية الاجتماعية التقليدية التي تم من خلالها تحديد دور المرأة و الذي  
هو داخل البيت في وسط العائلة نفسها و ليس في الحياة العامة .

و لا بد من الإشارة إلى أن الفتاة في المجتمع الجزائري تمثل بنسبة 58  
% من نسبة الشباب الذين تقل أعمارهم عن: 20 سنة، و تمثل الفئة النسوية  
من السكان من حيث الناحية العددية في سنة: 1975 نسبة 50 % من العدد  
الإجمالي ، أي 08 ملايين من بينهم 04 ملايين أقل من: 30 سنة و لذلك  
يعتبر الوزن العددي و البشري للمرأة سببا من أسباب تطور البنية الاجتماعية  
الجزائرية التقليدية<sup>(1)</sup> .

أما المظهر الثالث من التغير الاجتماعي ، فهو ذو طابع اجتماعي  
تربوي إن محور الأمية حددت نسبتها في سنة: 1962 بـ: 75 % ، قد  
تناقصت إلى 45 % من جملة السكان ، و هذا المظهر الاجتماعي التربوي  
يطرح نفسه عنصرا محركا في تطور المجتمع الجزائري و تطلعه نحو التطور

(1)- العائلة الجزائرية : التطور و الخصائص الحديثة - الأستاذ مصطفى بوتفوشت - ص 229 سنة

1984 ديوان المطبوعات الجامعية.

و التحكم في ثروات الأرض و تحويل المعادن و تحسين المنتج . و هذا المظهر هو نقطة اختلاف بين البنية الاجتماعية المعاصرة و التقليدية .

و أما المظهر الخامس للتطور فهو التطور الاجتماعي الاقتصادي ، إذ هو يلتقي مباشرة مع المظهر الاجتماعي المهني بحركة قوية جدا ، أفرزها المجتمع الجزائري المعاصر في إطار ما سنسميه بالانطلاقة الاقتصادية ، أو الرغبة في الخروج من التحلف للوصول إلى التطور الاقتصادي للأمة .

# الفصل الثاني

العرف وأثره على

الأحوال الشخصية:



إن العرف في كل الأحيان ينشأ في بدايته من رحم المجتمع ، و بذلك فهو ملازم له و ينعدم الوجود بدونه ، و المجتمع نقصد به في هذه الدراسة تلك المجموعة من المعتقدات الوجدانية ، التي تحدد بصفة جلية تركز الشخص ككيان متميز له معالم واضحة تظهر من خلالها اتجاه حياته و تطوره ، لا يكون إلا في كنف مجموعة مسائل مقدسة يصعب التنازل عنها أو تبديلها . و العرف يلعب دورا هاما في صلب مادة الأحوال الشخصية ، و عليه نكون ملزمين بإعطاء التعريفات الضرورية للعرف ، و كذا الأحوال الشخصية تباعا .

## المبحث الأول: تعريف العرف وأنواعه: (1)

### المطلب الأول: تعريف العرف:

العرف هو الأمر الذي تتفق عليه جماعة من الناس في محيط حياتها (2)، أما العادة فهي العمل المتكرر من الأحاد والجماعة . إذا اعتادت الجماعة أمرا من الأمور صار في النهاية عرفا لها ، و عليه يجوز القول إن العادة إذا تكررت لدى الجماعات دون اعتراض عليها أو مخالفتها ، صارت عرفا لها . و العرف بمفهومه الاصطلاحي ، عرفه الخرجاني في كتابه: تعريفات العرف بأنه هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطبائع بالقبول (3) .

و عرف العادة بقوله ، هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول و عادوا إليه مرة بعد أخرى (4) .

و في رسالة «نشر العرف» لابن عابدين ، أن العادة مأخوذة من المعاودة و هي بتكرارها و معاودتها مرة بعد أخرى ، صارت معروفة و مستقرة

(1) - لقد سبق إلى تعريف ( العرف ) كل من: 1-ديدي عمر:.....

2-سعد الله محمد:.....

(2) - أصول الفقه: أبو زهرة - ص 230 - .

(3) - مصادر التشريع الإسلامي: الأستاذ محمد تقية 1994 - ص 161 - .

(4) - مصادر التشريع الإسلامي: الأستاذ محمد تقية - ص 161 - .

في النفوس و العقول متلقاة بالقبول من غير علاقة و لا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية<sup>(5)</sup> .

و القول إن هذا الحكم ثابت بدلالة العرف و العادة ، فهي من باب التأكيد لا من باب التأسيس ، و بذلك لا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف

و قد عرفه الدكتور عبد الكريم زيدان بقوله «العرف هو ما ألفه المجتمع و اعتاده و سار عليه في حياته من قول أو فعل»<sup>(1)</sup> ، و العرف كما يتضح من هذا التعريف قد يكون قوليا أو فعليا ، و قد يكون عاما أو خاصا و هو بجميع أنواعه قد يكون صحيحا أو فاسدا<sup>(2)</sup> .

### المطلب الثاني : أنواع العرف :

مما تقدم تبين أن العرف ينقسم إلى عرف عملي و قولي ، و كل من هذين القسمين قد يكون عاما أو خاصا .

#### أولا : العرف العملي :

العرف العملي هو ما اعتاد الناس عليه من أعمال ، كالبيع بالتعاطي و تقسيم المهر إلى مؤجل و معجل و دخول الحمامات العامة ، بدون تعيين مدة المكوث فيها و لا مقدار الماء المستهلك .

(5) - سلم الوصول : للأستاذ عمر عبد الله - ص 240 - .

(1) - الوجيز في أصول الفقه : الدكتور عبد الكريم زيدان - ص 213 - .

(2) - الوجيز في أصول الفقه : الدكتور عبد الكريم زيدان - ص 213 - .

## ثانيا : العرف القولي :

هو ما تعارف الناس عليه في بعض ألفاظهم ، بأن يزيدوا بها معنى معين غير معنى الموضوع له ، كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى و إطلاق اسم اللحم على غير السمك ، و إطلاق اسم الدابة على ذوات الأربع من الحيوانات مع أن هذا اللفظ في الأصل ، وضع لما يدب على الأرض .

## ثالثا : العرف العام و الخاص :

إن العرف بنوعيه العملي و القولي ، قد يكون عاما إذا شاع و فشا في جميع البلدان الإسلامية و سار عليه جميع الناس في هذه البلاد ، و الخاص ما شاع في قطر دون قطر أو بين أرباب حرفة معينة أو صنعة معينة .

فمن العرف العملي العام الاستمتاع و دخول الحمامات العامة ، و من العرف العملي الخاص تقسيم المهر إلى معجل و مؤجل فهو موجود في بعض الأقطار الإسلامية دون البعض الآخر ، و من العرف القولي العام إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع و لا يطلقونها على الإنسان و لفظ الطلاق على إزالة الرابطة الزوجية . و من العرف القولي الخاص ، الألفاظ التي اصطلح عليها أهل العلوم و أصحاب الحرف و الصناعات التي يريدون بها المعاني الاصطلاحية ، دون معانيها اللغوية (1) .

## رابعا : العرف الصحيح :

(1) - الوجيز في أصول الفقه : الدكتور عبد الكريم زيدان ص 214 - .

إن العرف الصحيح هو الذي لا يتعارض و لا يخالف أي نص من نصوص الشريعة ، أو لا يفوت مصلحة معتبرة و لا يجلب مفسدة راجحة ، كتعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى مخطوبته من ثياب و نحوها ، يعتبر هدية و لا يدخل ضمن المهر و كتعارفهم على دعوة المعارف و تقديم القهوة و الحلوى إليهم .

### خامسا : العرف الفاسد :

فمن الثابت أن العرف الفاسد هو الذي يكون مخالفا لنص الشارع ، أو يجلب ضررا أو يدفع مصلحة ، كتعارف الناس على استعمال العقود الباطلة كالأستقراض بالربا من الأفراد و مثل اعتيادهم على الميسر ( كاليناصيب ، سباق الخيل ، لعب الورق أخذ البقشيش ، الرشوة ، تبديل العملة ، و نحو ذلك ) (2) .

### المبحث الثالث : تعريف الأحوال الشخصية :

المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية "Statut Personnel" الأوضاع التي تكون بين الإنسان و أسرته و ما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية ، و التزامات معنوية أو مادية داخل الأسرة ، و لم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية إلا حديثا حيث أطلق الفقهاء اسم "الأحوال

(2) - مصادر التشريع الإسلامي : الأستاذ محمد تقية - الطبعة 164 ص 163 .

إن مصطلح الأحوال الشخصية مستمد في حقيقته من الأنظمة الغربية و بذلك لا نجد له أي استعمال عند فقهاء الإسلام قديما الذين كانوا يبحثون في أحكام الأسرة في أبواب الفقه المختلفة من زواج و مهر و نفقات و طلاق و نسب و حجز و وصية و ميراث (2) .

إن موضوع الأحوال الشخصية في حقيقة الأمر ، يرجع إلى أقسام ثلاثة رئيسية معروفة في الفقه الإسلامي ، و هي :

أحكام الزواج و ما يترتب عليه من صداق و نفقة و رضاعة و حضانة و طلاق و عدة (3) ، غير أن رابطة الزواج هذه تنجر عنها تلك الرابطة التي من خلالها تنشأ رابطة زوجية ، تحول لكلا الطرفين الحق في التوارث .

2- أحكام الأهلية و الحجز و النيابة الشرعية و الوصاية على الصغير

و غيره و الوصية و أنواعها .

3- أحكام الميراث و ما يتعلق به ، و تسمى في الفقه الإسلامي بأحكام الفرائض .

هكذا يتضح أن قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ: 09 جوان

1984 جاء متضمنا لهذه الأقسام ، دون ذكر لمصطلح الأحوال الشخصية

و أول من استعمل هذا الاصطلاح في بداية هذا القرن ، هو الفقيه المصري

(2) - المادة 13 من قانون تنظيم القضاء المصري ، الصادر عام 1939 .

(3) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الدكتور بلحاج العربي - ص 14 .

محمد قدرى باشا الذي حرر مجموعة فقهية سماها بـ: « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » (1) .

و الملاحظ أن محكمة النقض المصرية ، قررت خلال سنة 1934 على أن مدلول الأحوال الشخصية ، هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها آثارا في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى أو كونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سنه أو مجنونًا أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية أو الشرعية (2) .

كان القضاء في البلاد العربية و الإسلامية ، يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في حل و معالجة جميع المنازعات و المسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة و بذلك كان مصدر النصوص المتضمنة المسائل الشخصية ، مقتبسة من الكتاب و السنة و فتاوى الصحابة و الفقهاء ، على اختلاف مذاهبهم و مشاريعهم الدينية (3) .

و خلال نهاية القرن 19 ، بدأ التشريع الإسلامي ينكمش و يضمحل شيئا فشيئا حتى أصبح لا يهتم إلا بمسألة الأحوال الشخصية و هنا تجدر الإشارة إلى أن كلمة أحوال شخصية ، قد تتسع في مفهومها إلى أبعد ما

---

(1) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الجزء الأول-الدكتور بلحاج العربي-ص 14 .

(2) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الجزء الأول-الدكتور بلحاج العربي-ص 14 .

(3) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الجزء الأول-الدكتور بلحاج العربي-ص 16 .

ذكر سابقا لأن في باب المعاملات قد يفرض على مسلم التعاطي مثلا : بتجارة مربية و هذه في نظرنا مسألة تمس لب الأحوال الشخصية في مفهومها التعاملي و لا بد من الإشارة إلى أن الفصل بين قضاء الأمور الشخصية و باقي المسائل المدنية الأخرى ، جاء بعد ما سيطرت الحضارة الغربية على الدول الإسلامية و استعمل هذا الفصل من طرف الحضارة الغربية ، ليس احتراما لمشاعر المسلمين و إنما للسيطرة عليهم في باقي مسائل الحياة دون عناء و من ثم قام نظام قضاء يعتمد على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية و غيرها من المسائل المتعلقة بالمعاملات ، كما ساعد على ذلك أيضا وجود قوانين صاغت الفقه الإسلامي بأسلوب حديث ، دون التقيد بمذهب فقهي معين (1) .

وبعد تلك الحقبة ، تميز عصر النهضة الفقهية الحديثة بصدور قانون حقوق العائلة العثماني سنة :1917 ، و القوانين المصرية المختارة في الفقه الإسلامي من سنة:1920 إلى غاية 1952 وهي:قانون حقوق العائلة الأردني (1951) ، قانون الأحوال الشخصية السوري (1953) ، مجلة الأحوال الشخصية المغربية (1957) ، قانون الأحوال الشخصية العراقي (1959) ، قانون المحاكم الشرعية السوداني (1967) و أخيرا قانون الأسرة الجزائري (1984) (2) .

---

(1)- J.M VERDIER . *Les grands Tendances de l'évolution du -1- droit des personnes et de la famille dans les pays musulmans* . Edition 1968 - Page 1051 .

(2) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الجزء الأول-الدكتور بلحاج العريبي ص 16 .



## المبحث الثالث آثار العرف في الأحوال الشخصية :

لقد استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من فقه مالك بن أنس رحمه الله و أستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة ، و أخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك ، و أعتد كذلك على بعض القوانين العربية التي سبقت مع بعض التعديل أحيانا و مخالفتها أحيانا أخرى ، بما يوافق المصلحة المحلية و الأعراف التي تعارف عليها الناس في المجتمع الجزائري . و بذلك جاء الأمر 75/58 الصادر في: 1975/09/26 والمتضمن للقانون المدني الجزائري و الذي يجعل من مادته الأولى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي ، تأتي بعد النصوص التشريعية مباشرة (1) .

كما أن المحكمة العليا أقرت في قراراتها مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي بدون منازع (2) ، كما يظهر من نص المادة الثانية من

---

(1) - المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري 75/58 المؤرخ في : 1975/09/26 .

(2) - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : الدكتور بلحاج العربي - ص 21 -

دستور 1989 على أن « دين الدولة الرسمي ، هو الإسلام » (3) فضلا على  
المواقف السابقة .

و مهما يكن ، فإن المبدأ عند الشارع الجزائري و هو الرجوع إلى  
مبادئ الشريعة الإسلامية في فض جميع النزاعات ، و جاء قانون الأسرة الصادر  
بتاريخ: 09 جوان 1984 في مادته 222 ، أنه كل ما لم يرد النص عليه في  
هذا القانون ، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية (4) .

لهذا ، و بموجب الإحالة المنصوص عليها بفحوى المادة: 222 من  
قانون الأسرة فإن النزاعات المتضمنة مسائل الأحوال الشخصية قد تلجأ إلى  
العرف في فضها عند انعدام النص ، لأن هذا الأخير يعتبر مصدرا من مصادر  
التشريع الإسلامي و ذلك للأسباب التي ستبين في الفصل الثالث (5) .

---

(3) - قانون الأسرة : 09 جوان 1984 - المادة : 222 .

(4) - قانون الأسرة : ص 52.

(5) - للتوسع ارجع الى الملحق رقم 04، اجتهادات المحكمة العليا.

# الفصل الثالث

العرف مصدر للشريع الإسلامي:

لقد اعتبر فقهاء الشريعة قديما و حديثا على اختلاف مذاهبهم العرف أصلا من أصول الانبساط و دليلا من الأدلة ، تبني عليه كثيرا من الأحكام الفقهية و بذلك فإن العرف يعتبر مصدرا مشتركا بين المذاهب . ففي الاشتباه لابن نجيم ، أن اعتبار العادة و العرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا (1) ، و قال العربي في كتابه " أحكام القرآن " عند تفسيره لقوله تعالى :

﴿ ولينفق ذو سعة من سعته ﴾ و العادة دليل أصولي ، بين الله عليه الأحكام ، و ربط به الحلال و الحرام (2) .

---

(1) - الأمم الجصاص في أحكام القرآن - الجزء الأول - ص 478 .  
(2) - مصادر التشريع الإسلامي : الأستاذ محمد تقية - ص 164 - .

## المبحث الأول: حجية العرف

من المؤكد أن العرف في الشرع له اعتباره لذا عليه الحكم قد يذار، فمن استقراء أقوال الفقهاء القدامى و المتأخرين واتباع الفروع الفقهية، نجد كثيرا من الشواهد و العبارات الدالة على أثر فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث راعوا في كثير من الأحكام الفقهية عرف الناس و عاداتهم و منها : المعروف عرفا كالمشروط شرطا (المشروط عرفا كالمشروط شرعا) - العادة المحكمة - الثابت بالعرف كالثابت بالنص - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

و مهما يكن ، فإن التعويل في هذا الباب على العرف و العادة ثابت إذ يقول بعض الفقهاء: «إن المدركة فيها العرف و إن مستند الفتوى العرف و العادة» ، فهذه الأقوال و أمثالها ، لا تدع مجالاً للشك في أن العرف يرجع إليه الفقيه و القاضي و المفتي في معرفة الأحكام الشرعية و تطبيقها على الوقائع و الجزئيات عندما لا يوجد نص من الشارع.

و تجدر الإشارة إلى أن الله سبحانه و تعالى ، أقر بعض الأعراف التي كانت سائدة في الجاهلية ، و كذا سكوت الصحابة و التابعين و تابعين التابعين و العلماء و الفقهاء على بعض الأعراف ، يعتبر إجماعاً سكوتياً يمكن أن تقام عليه الحجة في إصدار الحكم الشرعي صحيحاً ، و قد تحصل نفس النتيجة في حالة إقراره من طرف البعض و السكوت عنه من طرف البعض الآخر.

إذن بما أن العرف يعتبر مصدراً يعتد به ، يجب أن تتوفر بعض الشروط

منها :

أولاً : يشترط في العرف ألا يكون مخالفاً للفقهاء ، بمعنى أن يكون عرفاً صحيحاً غير فاسد و قد جاء في الاثوان كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ، فإذا أثبت العرف حكماً مخالفاً لما أثبتته النص ، يعمل بالنص و يعد العرف المخالف و لا يعتد به لأن النص أقوى من العرف .

و بذلك يكون المقصود بالعرف المخالف للنص هو ما كان مخالفاً له من كل وجه بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية و ذلك كالعرف الجاري التعامل به في بيع الربا ، أما إذا لم تكن هذه الكيفية فلا يعد مخالفاً للنص فيعمل به في دائرته و يعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف ، كما في عقد الاستنصاغ فهو في الحقيقة بيع المعلوم ، و بيع المعلوم في الشريعة لا يجوز و لكن جاز الاستنصاغ لتعامل الناس به بدون إنكار فيعمل به (للعرف) و يمنع ما عداه ، أخذاً بقاعدة بيع المعلوم لا يجوز<sup>(1)</sup> .

ثانياً : أن يكون العرف مضطرباً أو غالباً عند أهل العرف ، و معنى الاضطراب أن تكون العادة كلية بمعنى أنها لا تختلف ، و قال في هذا الصدد ابن نجيم في كتابه " الاشتهار و الفطائر " : (...). إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية و الزواج ، انصرف البيع إلى الأغلب لأنه المتعارف فينصرف المطلق إليه .

و قد يعبر على الاضطراب بالعموم ، أي يكون العرف مستيقضاً شائعاً بين أهله و معروفاً عندهم . و معنى الغلبة أن تكون أكثرية بمعنى أنها ، لا تختلف كثيراً والغلبة أو الاضطراب إنما يغيران إذا وجدا عند أهل العرف ، لا في الكتب الفقهية لاحتمال تغييرها .

(1) - مصادر التشريع الإسلامي ، الأستاذ تقيية محمد ، ص 166

أما في حالة ما إذا كان العرف مشتركا و متساويا ، و بدون مرجح فلا يعتبرو يبعد العمل به (2).

### ثالثا :

أن يكون العرف الذي يحتمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه ، بمعنى أن يكون سابقا على وقت التصرف و يستمر إلى زمانه فيقارنه . و هذا يلجأ إلى تفسير حجج الأوقاف و الوصايا و البيوع و وثائق الزواج و ما يرد فيها من شروط و اصطلاحات على عرف المتصرفين ، الذي كان موجودا في زمانهم لا على عرف حادث بعدهم ، فمثلا لو وقف شخص غلة عقاره على العلماء أو على طلبة علم .

و كان العرف القائم وقت الوقف يصرف معنى العلماء ، إلى من له خبرة في أمور الدين دون شرط آخر و أن المقصود بطلبة العلم هم طلبة العلم الديني ، فإن غلة العقار تصرف لهؤلاء جميعا ، والعرف الطارئ يمكن أن يغييهم كذلك وغيرهم (1)

### رابعا :

أن يكون العرف مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين ، فإذا وجد شرط أو نص لأحدهما وجب العمل بمقتضى الشرط أو النص ما دام الشرط صحيحا .

(2) - مصادر التشريع الإسلامي، الأستاذ تقيية محمد، ص 167

(1) - للتوسيع راجع الملحق رقم 5

و لا يلتفت للعرف ، فلو كان العرف بين الناس على أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري ، و اتفق المتعاقدان على أن يكون ذلك على البائع عملاً بهذا الاتفاق و لا عبرة للعرف مع النص على مخالفته (2) ، و القاعدة هنا " ما يثبت بالعرف بدون ذكر ، لا يثبت إذا نص على مخالفته " (3) .

و العرف كقاعدة عامة هو ما راح إليه العلامة أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني في كتابه "حاشية" (العرف الجاري بين الناس في موضع التداعي بين اللفظ المحمل في الوثيقة أو لفظ الشاهد أو أحد المتداعيين ، و يخصص العام و يفسر المبهم و يقيد المطلق (4) .

---

(2) - سلم الوصول - ص 244 - الأستاذ عمر عبد الله .

(3) - القواعد : ص 178 للعز ابن عبد السلام - الجزء 2 .

(4) - حاشية : ص 369 لابن عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني .



## المبحث الثاني تطور الأسرة في أحضان عرف جامد :

الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية في تركيبة المجتمع ، فإنها تخضع لتأثير بعض العوامل لم تكن موجودة في الماضي ، إذ تندرج ضمن إفرازات الحاضر التي في مجملها تؤول إلى التغيير .

و بذلك فإن الأسرة تعيش في المجتمع و للمجتمع ، من تم نجد أنفسنا في عملية نوعا ما معقدة تتمثل في ترويض مسألتين متلازمتين ، واحدة ثابتة بعاداتها و أعرافها و الأخرى مفروض عليها التغيير و عدم الاستقرار .

و بتعبير آخر ، إنها حالة تجسد فعلا تلك الجدلية الموجودة بين السكون و التحرك ، فالأسرة باعتبارها أحد منشطي المجتمع ، تمتاز بالسكون و الثبات في أحياء طقوسها و أعرافها إلا أنها من جهة أخرى ، نراها مع باقي الأسر تغير من العوامل الأساسية لعدم ثبات المجتمع .

و تفسير هذا ، إن الأسرة في مجال علاقة أفرادها ببعضهم البعض ، عند إحياء الأعياد الدينية و أفراحها مثل الزواج و الخطبة إلخ... ، تراها متماسكة محافظة على عاداتها و لكن في السنوات الأخيرة فإن الإطار العام أثر فيها أيما تأثير ، إذ أصبح أفراد الأسرة يتعلمون و يلتحقون بالجامعات ، فيها يتلقون معارف جديدة تجعلهم ينسلخون بصفة شبه كلية من رواسب الماضي ، و لغة التعلم هي الأخرى تؤثر بصفة مباشرة في تكوين الفرد ، و بذلك قد نجد أحيوان مختلفين في نظرهم إلى الأسرة .

و تجدر الإشارة كذلك إلى أن نمط العيش الذي تغير بصفة جذرية ، بين الماضي و الحاضر هو سبب آخر لجعل عادات و أعراف الأسرة مهددة بالتغيير ، إلا ما تعلق منها ببعض الأمور (الزواج) في جانبه الشرعي ، أما الجانب الاحتفالي فقد أصبح مندثرا ، لأن طريقة الاحتفال تغيرت رأسا على عقب .

و في هذا الشأن يقول الدكتور سعيدي محمد: " فإن هذه الممارسات أنتجها الوجدان الشعبي ، تلبية لرغبات المعيشة ، فظلت حية بحياته تتحرك بحركاته على مدى تاريخه الثقافي و الاجتماعي و السياسي و الاقتصادي المحلي ، بكل ما تمتاز به و ما تحمله بين طياتها من عراقة و أصالة و واقعية و جماعية.... إن هذه النقلة العائلية من نمط إلى آخر لم تكن سالمة و لم تكن بريئة أو مجانبة ، فقد أصابت الذات العائلية في عمق كيانها و في جسدها الاجتماعي و الثقافي ، حيث زلزلت بنيتها الداخلية و فتت عناصرها منتجة بذلك في كثير من الأحيان صراعات عنيفة بين الفرد و العائلة و المجتمع ، الأمر الذي أدى في كثير من المواقف و المواقع ، إلى بروز ظاهرة الازدواجية الثقافية و الاجتماعية في بعض الممارسات لدى العائلة الواحدة التي أصابها تمزق و انشقاق بين عادات و تقاليد محلية ، و عادات و تقاليد داخلية أو جديدة سواء المستحدثة منها محليا أو المستوردة بلغة أهل الاقتصاد (1) .

و بذلك فإن حالة الأسرة اليوم ، يكتنفها التناقض بين الاحتباس داخل الأعراف و التقاليد و بين رغبة أفرادها في مواكبة العصر بمستجداته الغير المألوفة ، و رغم هذه السرعة في التطور نحو الرغبة في التعبير ، إلا أن أفراد الأسر كثيرا ما يحترمون الطقوس المتعلقة بالمسائل الشرعية المتضمنة أحوالهم الشخصية .

(1) - العائلة : عاداتها و تقاليدها بين الماضي و الحاضر- الدكتور محمد سعيدي -

إنسانيات - ص 44-45 - عدد 04 - 1998 .

## المبحث الثالث: جدلية مواكبة العرف للشرع

العرف كونه وليد إرادة أفراد المجتمع التي فرضت السلوك المعتاد (1) ، فهو يعبر بصدق عما يريده المجتمع ، مما يجعله يعيش نوعا من الديمقراطية المباشرة (2) و كذلك فإن نشوء القاعدة العرفية على النحو السابق ، يجعلها ملائمة لظروف أفراد المجتمع ويكفل تطورها بطريقة طبيعية مما يجعلها ملائمة بصفة دائمة لتلك الظروف ، و ملية لمتطلبات الأفراد وحاجاتهم .

والعرف أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية ، إذ الاعتياد على سلوك معين يتطلب زمنا طويلا حتى يستقر في أدهان الأفراد ، و هو بذلك لا يمكنه الاستجابة السريعة لحاجات الجماعة الحديثة المتجددة التي لا تحمل البطء ، لذا فقد فاقه التشريع من هذه الناحية لأنه أسرع منه في مواجهة المتطلبات المتجددة ، و لذلك يلاحظ أن الأغلبية الساحقة للقواعد القانونية التي تنظم الحياة في المجتمعات الحديثة هي قواعد تشريعية ، أي أن التشريع قد تفوق على العرف من حيث الواقع ، إذ انهزم العرف أمامه .

و هنا تجدر الإشارة إلى أن هذا المنظور ، يجب أن لا يؤخذ به بصفة كاملة لأن أفراد المجتمع في كثير من الأحيان في تعاملاتهم لا يلجؤون للنص و التشريع و يفضلون التعامل عرفيا (كالزواج العرفي - الطلاق العرفي - البيع العرفي ) ، إما لأن النص التشريعي يفرط في فرص الشكليات ، و إما لضرورة احتشامية أو لأسباب ضريبية مثل : الرسوم أو لعدم جوازية التصرب تشريعا رغم

(1) - سمير عبد السيد تاغو : النظرية العامة للقانون - طبعة 1986 - ص 424 .

(2) - الدكتور محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون - ص 171

أنه مباح شرعا ، وهذا يدفعنا إلى إثارة ملاحظة هامة ، تكمن في تضارب النص التشريعي مع النص الشرعي و هذه مسألة لا تندرج ضمن البحث ، و على العموم أينما وجد مجتمع وجد قانون . هذا ما قاله الرومان (ubis societas- ibis-jus)<sup>(3)</sup> ، و هذا للدلالة على أن القاعدة سواء كانت عرفية أو مكتوبة فهي تحتوي على عنصر الإلزام وتختلف في الجزاء و مهما يكن ، فإنها تحترم ويتم اللجوء إليها في فض النزاعات أو إجراء التصرفات من حيث الإنشاء .

و الأعراف باعتبارها قانونا غير مكتوب ، يتكون تدريجيا و يفتقر إلى الوضوح و التحديد ، الأمر الذي يجعل الثبوت من وجودها و تحديد مضمونها صعبا أو قد يثير الشك حول معرفة تاريخ بدء سريانها ، و ذلك على عكس التشريع الذي تضي عليه الكتابة ميزة الوضوح و الثبات و السهولة في الوقوف عليه .

والعرف قد لا يشمل إقليم الدولة كله ، فقد تعدد الأعراف داخل الدولة الواحدة ، مما يؤدي إلى تعارضه مع وحدة القانون الواجبة للدولة لتجسيد مبدأ السيادة و ما يترتب على ذلك من اختلاف القواعد العرفية ، التي تنظم مسألة واحدة باختلاف الأعراف المحلية ، و ذلك على خلاف التشريع الذي يعتبر عاملا هاما في تحقيق الوحدة الوطنية عن طريق توحيد النظام القانوني في الدولة (1) .

إن التخلص من العرف إذا ثبت أنه لم يعد صالحا للمجتمع ، ليس أمرا سهلا نظرا لما طبع عليه الناس من نزعة المحافظة على القديم ، بما تحمله هذه النزعة من حب التقليد و الحرص على المؤلف ، و ذلك ما قد يعرقل مسيرة المجتمع نحو

(3) - حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية - طبعة 1976 - ص 14-15 .

(1) - الدكتور محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون - ص 171-172 .

الأفضل و هذا على عكس التشريع الذي يلغى بسرعة كلما انعدمت مصلحة المجتمع فيه .

و مهما يكن فإن العرف هو أول مصدر للقانون عرفته الإنسانية ، فهو أسبق في النشأة من التشريع ، إذ كان هو المصدر الذي كانت توحى به الفطرة في المجتمعات البدائية التي كانت المحافظة على التقاليد فيها شديدة و كانت الحياة فيها بسيطة ، بحيث لم تكن ضرورات حياتها تستدعي تدخل السلطة الحاكمة لها لفرض قواعد قانونية أو لحمل أفرادها على طاعتها ثم إن هذه السلطة لم تكن من القوة تمكينها من ذلك ، فبدأ العرف يتكون تحت ضغط حاجات أفراد الجماعات القديمة ، فظهرت قواعده في العمل نتيجة تواتر اتباع الأفراد لسنة معينة في تنظيم شأن من شؤون حياتهم الاجتماعية ، مع اعتقادهم في إلزامها و ما يتصل بذلك من وجوب تسليط الجزاء ، على من ينتهك ما تقضي به أحكامها .

غير أن العرف و إن كان يوافق نمط الحياة في تلك الجماعات ، فإنه يتقدم المدينة وتضخم المجتمعات و تعقد أوجه الحياة و تشعب العلاقات و تعارض المصالح و تشابكها أصبح عاجزا عن مواجهة مستلزمات الحياة .

ففسح المجال للتشريع الذي انعقدت له الغلبة اليوم في أغلب المجتمعات ، بما في ذلك المجتمعات التي اشتهرت بأن قوانينها ذو طابع عرفي كإنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية ، و بذلك اكتفى العرف و هو كما رأينا مصدر بطيئا في إنتاج القاعدة القانونية ، بالبقاء إلى جانب التشريع كمصدر احتياطي - تكميلي ، يلجأ إليه القاضي عند انعدام النص .

# الفصل الرابع

العرف عند انعدام النص:

لقد بات واضحا ، إن دور العرف كمصدر احتياطي للتشريع ، أو لفض الخلافات الناجمة في مواد الأحوال الشخصية، يبرز أساسا في حالة انعدام النص أو ما يعرف بالفراغ القانوني و من هنا يستعين القضاة في فصلهم بالعرف، و ذلك إما باللجوء إليه في تفسير مواد قانونية أي لاستنباط ما يعرف بحكمة التشريع التي في أساسها تدور حول حماية مصلحة ، أو جلب منفعة أو درء مفسدة أو غير ذلك.

و مهما يكن، فقد تثار عدة مسائل من هذا القبيل، في عدة مواضيع لها صلة بمادة الأحوال الشخصية. فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها لا يستطيع معه دوام العشرة، بين أمثالهما يجوز لها أن تطالب بالتفريق، وحينئذ تطلق إذا تبث الضرر و عجز عن الإصلاح بينهما.

هكذا ، يدل أن المقصود بالضرر في هذا المجال و على ما جرى به القضاء ، هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها ، بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة و لا ترى الصبر عليها ، و لما كان النص لم يحدد وسيلة إضرار الزوج لزوجته و الذي يخول لها الحق في طلب التطلاق ، فإن لها أن تستند التذليل على حصول المضارة إلى كل أو بعض صور المعاملة (1) ، و في هذه الحالة يرجع إلى ما هو متعارف عليه عند الناس ، للوقوف على الضرر الحقيقي الذي يعتمد عليه في فك الرابطة الزوجية (2) .

(1) - موسوعة الأحوال الشخصية : المستشار معوض التواب - الجزء الأول - ص 520 .

(2) للتوسع راجع الملحق رقم 6

## المبحث الأول: قانون الأسرة بين النص وانعدامه

إن التشريع على العموم ، ما هو إلا امتدادا لعرف سابق باستثناء ما ورد فيه نص شرعي ، إما في القرآن الكريم أو السنة الشريفة أو في اجتهادات الفقهاء التابعين للمذاهب الأربعة .

و انطلاقا من هذا المنظور ، فإن العرف يلعب أدوارا أساسية في فض النزاعات المطروحة على القضاء في مختلف أقسامه ، حسب أنواع القضايا من حيث مواضعها

و أطرافها ، و بذلك قد يكون العرف عاملا أساسيا في تفسير النص التشريعي و قد يكون مكملا له في حالة قصوره ، و قد يحل محل النص في حالة انعدامه .

على أي حال ، فإن المشرع الجزائري على العموم ، أعطى مركزا متميزا للعرف ففي بعض المسائل يوصى بموجب نص تشريعي على تطبيق العرف ، كونه دائما في طليعة صدور النصوص . بمعنى أن العرف قد ينضج مع وجود النص ، و في حالة نفور الناس من النص لعدم ملاءمته فإن الناس ينشئون عرفا بينهم ، و لما يدب ربح من الزمن فإن النص يلغى و يحل محله عرفا آخر .

و الملاحظ أن القضاء الجزائري في هذا المضمار ، قد قطع أشواطا معتبرة و كرس من خلالها تطبيق أعراف في حل المسائل العالقة التي لم يرد فيها نص .

و من ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن تطبيق هذا المفهوم ، يضعنا أمام مشاكل إجرائية متعددة إذ أن التساؤل المطروح ، يكمن في عدة مسائل



مثل : جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة ، و لمبادئ العدالة و لمبادئ  
الشريعة .

### أولا : جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة :

لقد وجدت النصوص التشريعية المكملة ، لتكملة ما نقص من شروط  
العقد في حالة السكوت عن تنظيم هذه الشروط ، و ذلك على خلاف القواعد  
الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها (1) .

و في التفني ، يوجد كثير من النصوص التشريعية المكملة التي في مفهوم  
النظرية العامة للقانون يجوز مخالفتها ولو بالعرف ، و هنا توخى المشرع الجزائري  
في قانون الأسرة هذه النظرية ، لما جعل الإيجاب و القبول صحيحين بكل لفظ يفيد  
معنى النكاح شرعا إلا أنه في الفقرة الثانية من المادة : 10 من قانون الأسرة ، أجاز  
الإيجاب و القبول الصادرين من العاجز أو العاجزة ، بكل ما يفيد معنى النكاح لغة  
أو عرفا كالكتابة أو الإشارة (2) .

### ثانيا : حالات الإحالية النصية على العرف :

في بعض الأحيان تنظم بعض المسائل بموجب نص تشريعي ، إلا أن  
وقت تطبيقه قد تظهر مشاكل خاصة بتوضيح المضمون ، و في هذا العدد توجد  
عدة أمثلة في القانون المدني الجزائري ، منها ما جاء في المادة : 1/365 التي تنص  
( إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع ، كان البائع مسؤولا عما ينقص منه حسب ما

(1) - مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون - الدكتور محمد سعيد جعفر - ص 194 .

(2) - قانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان ، عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون  
الأسرة .

يقضي به العرف ) (3) و كذا ما جاء في المادة : 02/107 التي تقتضي ما يلي :

( لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة حسب طبيعة الالتزام ) (4) ،

و المادة : 1/387 ( يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك... ) ، و المادة : 1/388 ( يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك )

(1) ، و المادة : 2/111 ( إذا كان محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات ) (2) و أخيرا فإن المادة : 65 من القانون المدني ، هي الأخرى تحيل على العرف ( إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد ملزما ، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة ) (3) .

(3) - القانون المدني الجزائري : الأمر رقم : 58/75 مؤرخ في : 20 رمضان ، عام 1395 الموافق لـ : 1975/09/26 المتضمن القانون المدني - ص 87 .

(4) - القانون المدني الجزائري : الأمر رقم : 58/75 مؤرخ في : 20 رمضان ، عام 1395 الموافق لـ : 1975/09/26 المتضمن القانون المدني - ص 22 .

(1) - القانون المدني الجزائري : الأمر رقم : 58/75 مؤرخ في : 20 رمضان ، عام 1395 الموافق لـ : 1975/09/26 المتضمن القانون المدني - ص 93 .

(2) - القانون المدني الجزائري : الأمر رقم : 58/75 مؤرخ في : 20 رمضان ، عام 1395 الموافق لـ : 1975/09/26 المتضمن القانون المدني - ص 24 .

(3) - القانون المدني الجزائري : الأمر رقم : 58/75 مؤرخ في : 20 رمضان ، عام 1395 الموافق لـ : 1975/09/26 المتضمن القانون المدني - ص 15 .

و يلاحظ مما تقدم أن المشرع الجزائري اعتمد أسلوب الإحالة النصي ، إما لإيضاح المضمون ، و إما لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين و إما للوقوف على نية المتعاقدين .

و السبب الرئيسي لهذه الإحالات ، يعود إلى أن القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يطرح عليه ، و جعل من هذه الحالة جنحة تعرف بإنكار العدالة و خصص لها عقاب بموجب المادة : 136 من قانون العقوبات (4) .

### المادة : 136 من قانون العقوبات :

يجوز محاكمة كل قاضي أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف ، بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك و يصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ، و يعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دج ، و بالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة (1) .

---

(4) - الأمر رقم : 156/66 المؤرخ في : 18 صفر 1386 الموافق لـ : 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات .

(1) - الأمر رقم : 156/66 المؤرخ في : 18 صفر 1386 الموافق لـ : 08 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات .

## المبحث الثاني: قانون الأسرة بين النص والاجتهاد

إن قانون الأسرة الجزائري ، يهتم بتنظيم أمور الأحوال الشخصية المتعددة و المتنوعة ، و يظهر من ممارسة بعض الإشكاليات أنه لا تعني فقط حالات انعدام النص و إنما تعني غموضه أو فضفاضة معانيه ، حالة تستوجب اجتهاد من لهم القدرة على ذلك

وما دام أن الأحوال الشخصية كلها مسائل لصيقة بالحياة الخاصة للمواطن فإن الفقه له دور عظيم في بلورة مبادئ الشريعة الإسلامية ، ذلك أن القرآن و السنة و هما مصدران أساسيان ، جاءا متضمنين المبادئ الكلية و القواعد العامة لأحكام الدين الإسلامي ، مع تفصيل بعض الأحكام التي تنظم حقوق الله و مصالح العباد ، فقام الفقهاء ببيان مجال و شروط تطبيق تلك المبادئ و القواعد و الأحكام على الوقائع المختلفة في أزمنة و أماكن كذلك مختلفة . و هذه النظرة توجي بدراسة النقاط التالية :

### 1- الفقه : Doctrine

الفقه اصطلاحاً لا يخرج عن المعنيين :

أ- يقصد بالفقه ، مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون و هم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم ، و يستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد أو يعلقون على أحكام القضاء .

ب- و قد يطلق هذا المصطلح على مجموعة فقهاء القانون ذاقهم (1) .

(1) - مدخل إلى العلوم القانونية : الوجيز في نظرية القانون - الدكتور سعيد جعفرور - ص 205 - دار الأمل .

والفقه بمعناه السابق ، يظهر في الواقع بأعمال ذات طبيعة و أشكال مختلفة صادرة عن أساتذة القانون الجامعيين، وعن القضاة والمحامين والموثقين وبذلك يمكن القول أن الفقه هو عبارة عن الآراء المنشورة لرجال القانون (2) .

و الفقه قديما كان مصدرا رسميا كما هو الحال في الشريعة الإسلامية ، إلا أنه حديثا أصبح شرائع العصر مصدرا تفسيريا مجردا من صفة الإلزام .

## 2- القضاء : La Jurisprudence

يقصد بالقضاء أحد المعنيين :

أ- يطلق هذا اللفظ ، للدلالة على السلطة القضائية أو الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة و الذي يتكون من مجموع المحاكم ، و المجالس الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها .

ب- و قد يطلق هذا اللفظ ، للتعبير على مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم ، و قرارات المجالس على إتباعها والحكم بها عند تطبيقها (1)

على أي حال ، فقد كان القضاء أحد مصادر الإلزام بالقواعد القانونية في الشريعة الإسلامية في عهدها الأول و خاصة في عهد الخلفاء الراشدين (2) غير أن عظمة متزلة فقهاء الشريعة الإسلامية لم تمكن القضاء من المحافظة على هذا الدور ، إذ أدت هذه المتزلة الرفيعة للفقه إلى بسط سلطانه على

(2) - استثناء حجج : أساسيد الأطراف في الخصومة .

(1) - المادة 268 من الأمر رقم 154/66 بتاريخ 1966/6/8 " يحيل على المهبة القضائية التي تعاد إليها القضية بعد النقص إذ تطبق حكم الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانون التي قطع فيها المجلس الأعلى " .

(2) - اسحاق ابراهيم منصور : نظريات القانون و الحق و تطبيقهما في القوانين الجزائرية- الطبعة 2- ص 163.

القضاء الذي غدا مجرد تطبيق لآراء الفقهاء بل أن العمل كان يجري على اختيار  
القضاة ، من بين الفقهاء البارزين ذوي التفسيرات و الشروح الفقهية التي كانوا  
يستنبطون قواعدها من مختلف مصادر الشريعة ، و هذا ما جعل القضاء يمتزج  
بالفقه (3) .

و بذلك ، فإن القاضي كان فقيها و الفقيه كان قاضيا و من ثم كان  
من الصعب تمييز القضاء عن الفقه (4) .

و هذا أيضا ما جعل القضاء ينتهي في كثير من المجتمعات الإسلامية ،  
إلى التقيد بمذهب فقهي ، و إلزام القضاة بالحكم على مقتضى آرائه (1) و هذا ما  
يبدو واضحا اليوم بالنسبة للجزائر ، حيث يلزم القضاة في كثير من المسائل  
المعروضة عليهم التي لا تجد في نفس الأسرة أحكاما تنظمها بالرجوع إلى أرجح  
الأقوال في المذهب المالكي باعتبار مبادئه ، مصدرا احتياطيا طبقا لمسائل الأحوال  
الشخصية .

---

(3) - مدخل إلى العلوم القانونية : محمد سعيد جعفرور - ص 209 .

(4) - عبد المنعم فرج الصديق : أصول القانون - ص 183 .

(1) - حسن كيرة : المرجع السابق .

## المبحث الثالث: الإحالة و تناقض الأعراف

إن الإحالة الواردة في المادة : 222 من قانون الأسرة بالصيغة التالية  
:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة  
الإسلامية " (1).

يرشح الموضوع إلى إثارة العديد من المسائل ، قد تثير أمورا مستعصية  
و الخوض فيها لفظها يستلزم جهدا كبيرا ، للوصول إلى النتائج المرجوة من  
الشرعي الذي من المفروض أنه يهدف في النهاية إلى حماية مصلحة التشريعية  
و كسب منفعة اجتماعية.



و نظرا لتشعب الموضوع حين الإحالة ، فإن القضاء يجد نفسه أمام  
معضلات قانونية يستعصي فضها باعتبار أن كل أطراف الخصومة يرغبون في  
كسب المعركة معتمدين في ذلك على أعرافهم الخاصة، و تجدر الإشارة إلى أن  
قانون الأسرة مليء بهذه المسائل و منها ما ورد في المادة 53 المتضمنة التطبيق  
للضرر ، مع العلم أن مشكلة المضرة تكون نسبية من أسرة إلى أخرى انطلاقا من  
أعرافهم فمثلا نجد الضرب مباحا عند البعض و قد نجده جريمة عند البعض الآخر و  
بذلك فإن التجانس في الرؤى مفقود و عند إثارة هذه المسألة فإن الاجتهاد يبقى  
السييل الوحيد لفض النزاع إلا أن الوصول إلى تلك الغاية تمر بالضرورة على عرف  
أو عادة. و إن دل ما تقدم على شيء ، فإنما يدل على قوة العرف و تأثيره والدور  
الفعال الذي يلعبه في كل المستويات ، و لا سيما على مستوى التشريع.

(1) - قانون رقم 11-84 مؤرخ في : 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ: 09 جوان 1984 الذي  
يتضمن قانون الأسرة .

# القائمة

الشائع هو ذلك الصواب أن كل القوانين المكتوبة كانت عرفا متداولاً بين الناس و الجماعات ، و قد عاشت هذه المجموعات أحقاباً طويلة تحت كنف الأعراف و التقاليد حتى وصلت بعد فترة إلى تقنينها .

و تطور مفهوم إلزامية العرف ، جاء بعد أن تطورت مفاهيم القوة و الغلبة التي كانت سبباً مباشراً في إنشاء المجتمعات في أشكالها المتطورة .

و باعتبار أن العرف من حيث إنشائه فهو في ديمومة ، و هذا يعني أن العرف سيلزم القاعدة القانونية المكتوبة باستمرار من أجل حل محلها إذا انعدمت - أو من أجل تفسيرها إذا شابها غموض - و هو في النهاية نواة نشوئها .

فالعرف إذن ، يعد مصدراً من مصادر التشريع الوضعي و يعد مصدراً من مصادر التفسير للمبادئ الإسلامية و ذلك بشروط ، سبق ذكره .

و الحال هكذا ، فهذا لا يعني أن المسألة بسيطة ، بل هي معقدة خاصة في حالة تعدد الأعراف المتضمنة نفس المواضيع و اختلاف الأطراف ، و بذلك فإن الإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة ، ليست دائماً إيجابية باعتبارها تسعى إلى وجود سند لحل ما لم يرد فيه نص ، و إنما قد تكون بوابة مفتوحة على مناهات لا نهاية لها تؤول بالقضايا إلى الاستعصاء .



و أمام هذا الاحتمال الأكثر سلبا ، يكون من الصواب الإقدام على تقنين الأعراف لتوحيد المرجعية الشرعية و القانونية لتوحيد الأحكام و القرارات ، و بالتالي إلى توحيد نظرة المجتمع إلى فكرة الإنصاف التي يبني عليها الاستقرار .

و في مثل هذه الحالة ، فإن القضاة قد يجدون أنفسهم مجردون من النصوص للفصل ، و لتفادي مثل هذه الوضعيات يكون من اللائق منذ الآن التفكير في السعي من أجل العمل على إيجاد صيغة للتقليل من الإحالة ، لأنها في كثير من الأحيان لا تكون منفذا لفض النزاع بقدر ما تكون سببا لتفاقمه .

و بذلك فإن العرف يبقى سائدا دائما في طريقة القيام بالطقوس للاحتفال بالمناسبات كالزواج و الخطبة إلخ... . إلا أنه بات من الضروري الحسم في المسائل التبعية كالمنازعات المتعلقة بطلب مادة الأحوال الشخصية ، كالتراجع عن الخطبة و كذا الخلافات التي تنظمها توابع العصمة بعد الطلاق ، إذ يستحسن أن تخضع تلك المسائل إلى سلطان الإرادة الذي يجب أن يفرغ في عقود و اتفاقات مستقلة تسري عليها مبادئ القانون المدني ( العقد شريعة المتعاقدين ) ، و عليه تؤول المسألة نحو انشطار عقد الزواج إلى عقدين منفصلين ، الأول ينصب على العلاقة ذاتها و الثاني ينصب على توابع العلاقة .

# قائمة المراجع المعتمد عليها في البحث

## المراجع:

1. أبو زهرة، المسائل الفقهية.
2. إسحاق إبراهيم منصور ، نظرية القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائية الطبعة الثانية 1990
3. أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني
4. ابن عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني (حاشية)
5. الإمام الجصاص ، أحكام القرآن الجزء الأول
6. الأمر 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات
7. الجريدة الرسمية لسنة 1973
8. العز ابن عبد السلام ، القواعد الجزء الثاني
9. المصحف الشريف
10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة
11. حسن فرج ، المدخل الى العلوم القانونية الطبعة 1976
12. سلم جامع القبح ، كتاب باب النكاح و الاعتزال.
13. سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون 1986.
14. سناء الخوري، أسانيد الأطراف في الخصومة.
15. سناء الخوري، الاسرة والحياة العائلية ، دار النهضة العربية.
16. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه
17. عبد المنعم فرح الصدق، أصول القانون.
18. عمر عبد الله ، سلم الوصول
19. عمر فروخ ، الأسرة في التشريع الاسلامي
20. قانون التنظيم القضائي المصري 1939
21. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة

22. محمد تقية ، مصادر التشريع الاسلامي سنة 1994
23. محمد سعدي جعفرور ، مدخل الى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرة القانون
24. محمد سعدي، جامعة تلمسان، العائلة عاداتها و تقاليدها بين الماضي و الحاضر، مجلة إنسانيات صفحة 41 عدد 4 سنة 1998.
25. محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعارف
26. مصطفى بوتفوشة، العائلة الجزائرية ، التطور و الخائص الحديثة
27. معوض التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول
28. مونيك بيتر ، المرأة عبر التاريخ
29. ويل ديورانت، قصة الحضارة ، المجلد الأول
30. Gardet louis , « l'islam religion et communauté » Paris de Brouner 1970
31. G.Labica « politique et religion chez ibn khaldoun essai sur l'idéologie musulmane » SNED Alger 1968
32. J.m Verdier, « les grands tendances de l'évolution du droits des personnes et de la famille dans les pays musulmans » 1968.



# الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول : الاسرة لبنة اساسية في المجتمع	05
المبحث الأول: الاسرة في الامم القديمة	09
المبحث الثاني : ملامح و مميزات الاسرة الجزائرية	12
المبحث الثالث : العائلة من التقليدي الى العصري	17
الفصل الثاني : العرف و اثاره في مادة الاحوال الشخصية	22
المبحث الأول :تعريف العرف و انواعه	24
المطلب الأول : تعريف العرف	24
المطلب الثاني : انواع العرف	25
المبحث الثاني : تعريف الاحوال الشخصية	27
المبحث الثالث : آثار العرف في الاحوال الشخصية	31
الفصل الثالث : العرف منصر للتشريع الاسلامي	33
المبحث الأول : حجية العرف	35
المبحث الثاني : تطور الاسرة في أحضان عرف جامد	39
المبحث الثالث : جدلية مواكبة العرف للتشريع	41
الفصل الرابع : العرف عند انعدام النص	44
المبحث الأول : قانون الاسرة بين النص و انعدامه	46
المبحث الثاني : قانون الاسرة بين النص و الاجتهاد	50
المبحث الثالث : الاحالة و تناقض الاعراف	53
الخاتمة	54
قائمة المصادر و المراجع	56
الملاحق :	58
الفهرس	59

## مخوياته

- |              |    |
|--------------|----|
| النسب        | -1 |
| التترييل     | -2 |
| la filiation | -3 |
| تعليق        | -4 |

## الملحق رقم :

### النسب:

النسب هو إحقاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد ، فالنسب هو إحدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان وانسجام التشريع مع آثاره ومن هذا المنطلق كانت أهمية النسب تؤكدتها القواعد التالية :

### 1/ النسب امتداد حضاري :

فهو نظام يحقق إشباع حاجة روحية على قدر عالي من الأهمية في حياة الإنسان، هذه الحاجة هي رغبة الشخص في الخلود و تطلعه إلى البقاء و لا يجد بداً من الوصول إليه إلا عن طريق أبنائه إذ يفنى المرء و هو قانع على أنه ما يزال حيا لأن أبنائه سيواصلون انجازه من حيث توقف عليه هو، سيعادون أعداءه و سيثأرون لظلمه و يدودون عما بناه من عز و شرف .

كما يغوص الفرع عن طريق أصوله في أعماق التاريخ، فمن خلاله يتلذذون بانتصار آباءهم وأجدادهم و تأخذهم العزة بالبناء الحضاري الذي هو جهد أصولهم فتطول عمر الشخص بذلك عن عمره الحقيقي.

### 2/ النسب يحفظ الكرامة البشرية:

تأبى الطبيعة البشرية سبل القبح و الفضيحة و تتشبت بالنظافة و الصفاء و تعتنق كل ما من شأنه أن يوصل إلى هذا الغرض و لذلك فالنسب طريق يبعد العار عن الولد و أمه. و كانت مريم إبنت عمران عليها السلام تفضل الموت على أن تلد بدون الطرق الشرعية المتعارف عليها قبل أن تعرف حقيقة الأمر كإحساس منها بالذنب و بخطورة الفضيحة التي تأباها الطبيعة البشرية فقال القرآن الكريم : " يا ليتني مت قبل هذا و كنت نسيا منسيا " <sup>1</sup>

### 3/ النسب إقرار بنعم الله:

لقد أوجب الشارع سبحانه و تعالى نسبة الشخص إلى أصله و منع المغالطة بهدف مخالفة ما قضى الله به و جعله سنة في خلقه فقال : " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله

نسب و صهرا و كان ربك قديرا " <sup>2</sup> ، و قال صلى الله عليه و سلم : " من أدعي إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه نعمة الله و الملائكة و الناس أجمعين لا يقبل الله منه تصرفا و لا عدلا "

وبذلك تبدو أهمية النسب و نثار عدة مشاكل في إثباته و المدة التي يثبت فيها نسب الطفل من أبيه هي التي لا تقل عن 6 أشهر و لا تزيد عن 10 أشهر ابتداء من ليلة الدخول من زواج شرعي أو فاسد وهذا ما قضت به المادة 42 من قانون الأسرة، فقد نصت : " أقل مدة الحمل 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر " و فيها قد أخذ المشرع الجزائري بما اتفق عليه الفقه الإسلامي من حيث تحديد المدة الدنيا لثبوتها بنص قرآني كريم و اجتهد معتمدا على ما تؤديه التجربة والخبرة (العرف) الطبية في تحديد أقصاها و هو اجتهاد موفق.

أما ثبوت أدناها فقد استخلصها الفقهاء من قوله تعالى: " و وصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرها و وضعته كرها و حملة و فصالها ثلاثون شهرا " <sup>3</sup>

فأجروا عملية حسابية طرحوا المدة التي تضمنتها آية أخرى من الآية السابقة فبقت المدة الدنيا 6 أشهر و قال تعالى في الآية الثانية : " و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " <sup>4</sup> ، و لما كانت مدة الرضاعة هي عامين فقط فيبقى من الثلاثين شهرا ستة، كما ذكر الله تعالى في آية أخرى : " و وصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وحملة وفضاله في عامين " <sup>5</sup>.

ولما كان الأمر كذلك فإن اجتهاد المشرع الجزائري الذي جعل المدة 10 أشهر هو اجتهاد موفق ذلك لأن العرف و العادة و النتائج الطبية تقف إلى جانب هذا الاجتهاد و تدعمه إضافة إلى أن تحديد الفقهاء لها بالسنوات لم يستند لدليل من الكتاب و لا من السنة.

<sup>2</sup> آية 57 من سورة الفرقان

<sup>3</sup> آية 25 سورة الأحقاف

<sup>4</sup> آية 233 سورة البقرة

<sup>5</sup> آية 14 سورة لقمان



## ملحق رقم \_\_\_\_\_ :

القانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984  
يتضمن قانون الأسرة.

### الفصل السابع:

#### التنزيل

المادة 169 : من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه بعدة و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية :

Art 169 : si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dan la vocation à la succession du de cujus selon les conditions ci après définies.

# XI.

## A. — LA FILIATION

### DIVISION

#### SECTION I

PRÉSUMPTION LÉGALE DE LÉGITIMITÉ .....	1-3
POSSESSION D'ÉTAT ET PREUVE DE LA FILIATION.....	4-6
DROIT MUSULMAN ET JURISPRUDENCE .....	7-19
- Règle <i>pater is est</i> .....	8-9
a) <i>Preuve</i> .....	10-11
b) <i>Jurisdiction compétente</i> .....	12-13
c) <i>Législation algérienne</i> .....	14-16
d) <i>Possession d'état et actes de notoriété</i> .....	17-19

#### SECTION II

LES COUTUMES KABYLES .....	20
- Enfant conçu pendant le mariage .....	20-21
- Enfant conçu hors du mariage .....	22
- Durée gestation légale .....	23-26

#### SECTION III

POURVOI EN RÉVISION .....	27-28
---------------------------	-------

#### SECTION I

##### Présomption légale de légitimité

1. - En droit français, la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil. C'est là le mode de preuve *régulier, absolu et normal* de la filiation légitime.

2. - L'enfant conçu pendant le mariage, confère à celui-ci une présomption légale de légitimité en déclarant qu'il a pour père le mari. C'est la traduction, dans notre droit civil, de la règle romaine *pater is est nuptiae demonstrant*.

Cette présomption pèse encore sur le mari, alors même que l'enfant serait né plus de trois cents jours après l'ordonnance de non-conciliation et postérieurement au prononcé du jugement du divorce.

3. - Et cette présomption est encore si forte, dit la Cour de cassation, que tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception, et par suite, alors même qu'il serait né moins de 180 jours après le mariage. (Cass. civ. 8 janvier 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 264 ; req. 23 septembre 1940, *Gaz. Pal.* 1940, 2, 154.)

Cette évolution de la jurisprudence est remarquable, car la Cour de cassation répudie complètement la jurisprudence antérieure (arrêt du 28 juin 1869, D.P. 1869, 1, 335) faisant ainsi bénéficier de la légitimité un enfant né moins de 180 jours après la célébration du mariage de ses père et mère et qui avait été conçu à un moment où chacun d'eux était de son côté engagé dans les liens d'un précédent mariage non encore dissous.

Cette thèse est encore contredite par les auteurs qui s'étaient ralliés aux considérants de l'arrêt de 1869. (DALLOZ R. P. *Filiation*, n° 48 ; COLIN et CAPITANT, *Cours de droit civil*, p. 269).

#### POSSESSION D'ÉTAT ET PREUVE DE LA FILIATION

4. - A défaut d'acte de naissance, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit ; mais, il faut nécessairement que l'enfant ait toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que le père l'ait traité comme son enfant et ait pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il ait été reconnu constamment pour tel dans la société et qu'il ait été reconnu pour tel dans la famille.

Notons que cette énumération de faits établissant la possession d'état n'est point limitative et laisse aux juges du fait le pouvoir d'apprécier souverainement les circonstances qui sont propres à l'établir. (Toulouse 26 avril 1893, D.P. 1894, 2, 556 ; Cass. req. 8 mai 1894, 1, 400.)

5. - Enfin, la preuve de la filiation peut se faire par témoins, à la condition qu'il y ait un commencement de preuve par écrit ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits constants sont assez graves pour déterminer cette admission.

Et le commencement de preuve par écrit résultera de titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés qui émanent d'une partie engagée dans la contestation.

Les lettres missives sont réputées comprises sous les mots actes publics ou privés. (Cass. requ. 26 février 1912, D.P. 1913, 1, 470.)

6. - Seuls les *tribunaux civils* sont compétents pour statuer sur les réclamations d'état qui sont *imprescriptibles* à l'égard de l'enfant.

#### DROIT MUSULMAN ET JURISPRUDENCE

7. - En droit musulman pur il n'y a, à vrai dire, aucun mode spécial ou particulier de preuve pour l'établissement d'une filiation.

Suivant Sidi Khalil, lorsque deux individus aptes à témoigner, frères par exemple, témoignent en faveur d'un troisième, attestant ainsi qu'il est leur frère, la parenté de ce troisième est établie.

Cependant, pour M. Norès, il est nécessaire que ce *témoignage judiciaire* soit appuyé du serment prêté dans les formes légales. (Art. 312; *Essai de codification du droit musulman algérien, statut personnel.*)

8. - Mais, dans le droit musulman moderne, soumis à l'influence des juristes français, la filiation légitime s'établit par la preuve du mariage régulier des père et mère et la constatation que la naissance de l'enfant remonte bien à une époque où la présomption légale conservait toute sa force juridique.

La règle « *pater is est...* » de droit naturel, demeure applicable en matière musulmane et conserve toute sa force de présomption légale, même en Afrique du Nord et non pas seulement en Algérie. (J. P. Kerrata 26 avril 1922, R.A. 1929, 2, 24; Alger 27 janvier 1910, ROBE 1910, p. 393); 2 janvier 1934, ROBE 1934, p. 174; 30 novembre 1936, *Recueil Norès* n° 770.)

Enfin, la filiation des enfants nés d'un mariage annulé est considérée comme légitime. (Alger, Ch. R. M. 21 mai 1946, pr. NÉGRIN, arrêt n° 128 des minutes du greffe.)

9. - La présomption légale de cet adage produit ses effets, en droit musulman, alors même que les époux déclareraient *tous deux* que la paternité d'un enfant né pendant leur union doit être attribuée à un étranger.

Cette règle cesse seulement d'être applicable lorsque le mari a désavoué l'enfant pour cause d'adultère de la mère. (Alger 2 janvier 1934; ROBE 1934, p. 175.)

a) *Preuve de la filiation.*

10. - Pratiquement la filiation s'établit par témoignage, sous forme d'une fréda. C'est le cadi du lieu d'origine qui est compétent pour l'établissement de cette fréda.

Et la jurisprudence décide que cette filiation est prouvée par le témoignage de deux hommes ou d'un homme et de deux femmes. (Alger, Ch. R. M. 16 décembre 1913, *Recueil Norès* n° 111.)

11. - Mais la fréda, qui a surtout pour but essentiel d'établir l'arbre généalogique constatant la filiation et les droits revenant à chacune des parties dans une *succession*, ne peut être exigée comme preuve exclusive de la filiation, quand celle-ci résulte notamment d'une présomption légale et de titres notariés. (Alger, Ch. R. M. 30 novembre 1936, pr. POUYANNE, *Recueil Norès* n° 770.)

b) *Juridiction compétente.*

12. - Lorsque la déclaration de la naissance n'a pas été faite en temps utile ou n'a pas été inscrite sur les registres de l'état civil, le *tribunal civil* demeure seul compétent pour donner à un musulman un acte de naissance.

De même, pour procéder à une rectification. (T. Bougie 3 janvier 1945, greffe musulman n° 610.)

Cependant, il ne peut jamais attribuer à l'enfant dont il constate la naissance, une filiation légitime quand celle-ci est contestée.

13. - La preuve de cette filiation ne peut être alors rapportée que devant la juridiction musulmane compétente. (Alger, 1<sup>re</sup> ch., 27 décembre 1933, R.A. 1935, 2, 17.)

Il y a, en effet, deux actions bien distinctes, l'action en inscription sur les registres de l'état civil et l'action d'état, cette dernière étant soumise à des conditions de recevabilité très strictes que les parties ne sauraient éluder.

c) *Législation algérienne.*

14. - En Algérie, depuis la loi du 23 mars 1882, sur l'état civil des indigènes, l'acte de naissance est désormais le mode régulier et normal de la filiation, exactement comme en droit civil. (Alger 29 décembre 1928, R.A. 1929, 2, 171, *Recueil Norès* n° 470.)

les registres de l'état civil, laquelle attestation sera ensuite adressée par le cadi au procureur de la République de l'arrondissement, lequel fera d'office les diligences nécessaires pour faire rendre un jugement déclaratif de naissance... » (Circulaires des 12 juillet 1929 et 24 août 1931 ; *L'Etat civil en Algérie*, H. BÉNET, p. 221 et s.)

19. - Au dernier état de la jurisprudence (et en dehors des prescriptions ci-dessus) la preuve de la filiation ne peut résulter d'actes de notoriété dressés hors la présence des héritiers. (Alger, Ch. R. M. 13 juin 1945, arrêt n° 13 des minutes du greffe, pr. pr. KNERTZER.)

## SECTION II

### Coutumes kabyles - Evolution de la coutume

20. - Suivant la coutume kabyle, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, mais cette présomption ne saurait jouer à l'encontre du mari qui conteste être le père, pour un enfant conçu hors du mariage. (J. P. Kerrata 26 avril 1922, R.A. 1929, 2, 24; T. Tizi-Ouzou 6 février 1930, ROBE 1934, 2, 230.)

21. - Et lorsque l'enfant est conçu pendant le mariage, le mari ne peut désavouer l'enfant, même en excipant de son impuissance naturelle.

Les Kabyles n'admettent pas la paternité naturelle. L'enfant né en dehors du mariage est tué ainsi que la mère. (HAN. et LET., t. 2, p. 187.)

22. - Le tribunal de Tizi-Ouzou, dans un esprit de justice et d'humanité, a déclaré cependant admissible, *contrairement aux kanouns*, la preuve de la maternité pour un enfant conçu hors du mariage. Et, proclame-t-il, si la femme établit que son mari est réellement le père de l'enfant, elle trouve dans le droit naturel et dans l'évolution de la coutume constatée par la jurisprudence, la justification d'une demande en attribution de dommages-intérêts (6 février 1930 préc.). Dans cette espèce, la femme avait accouché moins de quatre mois après la célébration régulière du mariage.

La durée légale *minima* de la grossesse est cependant de six mois. (T. Alger 16 janvier 1934, pr. KNERTZER, ROBE 1934, p. 151, solution implicite.)

23. - La durée de la gestation légale, en droit musulman, est de neuf mois et dix jours ou dix mois et dix jours, s'agissant de

mois lunaires. Après le veuvage ou la répudiation, la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après une certaine période nommée délai d'expectative ou aïdda.

24. - L'aïdda de la veuve est de quatre mois et dix jours, celui de la femme répudiée de trois mois et dix jours. Or, il est de règle, en droit kabyle comme en droit musulman, que l'enfant né de la veuve ou de la femme répudiée avant la fin du sixième mois écoulé après l'aïdda appartient au premier mari. (*La filiation en droit kabyle*, L. DÉROULÈDE, R.A. 1899, 1, 25 ; J.P. Kerrata, 26 avril 1922 préc.).

25. - Dans quelques villages, le délai de la gestation légale est de neuf mois, sans tenir compte de l'aïdda, mais seulement si la femme, avant le second mariage, a déclaré devant témoins qu'elle était enceinte. Si elle n'a pas fait cette déclaration, l'enfant né dans cette période appartient au second mari, s'il le réclame.

N'est-ce point là, disait le regretté juriste L. Déroulède, un véritable danger pour l'application de la règle *pater is est...* danger dû, en grande partie, à la courte durée de l'aïdda ? La confusion de part est aussi possible.

26. - Depuis la loi du 23 mars 1882, l'enfant kabyle prouvera sa filiation légitime par la production de son acte de naissance.

A défaut de l'acte de naissance, la possession de l'état d'enfant légitime suffira ; mais, cette possession pourra être contestée et la preuve devra être rapportée soit par titre, soit par témoins.

### SECTION III

#### Pourvoi en révision

27. - Avec le décret du 25 mai 1892, la violation des règles du droit musulman et des coutumes berbères en matière de preuve ne pouvait donner lieu à pourvoi, et ce par une application *stricto sensu* des dispositions dudit décret.

Mais, l'ordonnance du 23 novembre 1944 stipule que les parties ont la faculté de se pourvoir en annulation pour les violations concernant le statut personnel, les successions, les immeubles non francisés, le *mode de preuve* du droit musulman et des coutumes berbères, les conflits de rites ou de coutumes (art. 38).

28. - La chambre de révision musulmane sera donc utilement saisie pour les violations relatives aux modes de preuve en matière de filiation.

C'est ainsi que la reconnaissance d'un cohéritier faite par deux héritiers irréprochables établit la filiation. Or, sous l'empire du décret de 1892, la violation ou la fausse application de ce mode de preuve ne donnait lieu ni à pourvoi en révision ni en cassation. Avec l'ordonnance de 1944, au contraire, il y aurait lieu à pourvoi en annulation devant la chambre de révision musulmane.



الأستاذ بن شيخ لحسين

---

# مبادئ القانون الجزائي العام

---

النظرية العامة للجريمة  
العقوبات وتدابير الأمن  
أعمال تطبيقية  
القانون العرفي الجزائي  
لقرية تاسلنت (منطقة أقبو)



إن القاعدة العامة السائدة في توزيع التركة تتحصر أساسا في إثبات النسب و هو إلحاق الخلف بالسلف أي إسناد الفرع للأصل وبعدها تحصر التركة لتوزع على الورثة حسب الأنصبة المحددة سلفا بموجب النصوص القرآنية حسب الحالات.

إن هذه القاعدة العامة قد لا تسري في حالة التنزيل المنصوص عليها في المادة 169 من قانون الأسرة إذ أن هذه الأخيرة تحصر الوصية الواجبة إلا للذكور من أبناء الهالك، و في هذه الحالة فإن مسألة إسناد النسب تأخذ بكل نسبية.

و بالرجوع إلى تاريخ سن التنزيل نلاحظ انه خص سوى الذكور واستثنى الإناث والحكمة من ذلك ظهرت بعد الفتوحات الإسلامية التي كان يقوم بها المسلمون و كانت الفروع تتوفى قبل الأصول و من أجل إنصاف الأموات سمح للأحفاد بحل محل أصلهم في تركة جدهم بنسبة مساوية لنسبة أبيهم كما لو بقي حيا.

و بعد الاستقلال أبقى المشرع الجزائري على هذه الفكرة إنصافا لأبناء الشهداء و بعد صدور قانون الأسرة كرس هذا المبدأ في المادة 169.

و خلال الممارسة فإن كثيرا من الموثقين لما كانوا يحررون الفرائض فإنهم كانوا يتعرضون لشكاوى من طرف أبناء الإناث كونهم كانوا لا يستفيدون من هذا الإجراء و قد توبع كثير من الموثقين على أساس تزوير و استعمال المزور.

و قد فصل القضاء في هذا المسألة بأن لا وجه للمتابعة و سبب الإبهام الوارد في المادة 169 نابع من النص الفرنسي و النص العربي، إذ بالرجوع للنص الفرنسي نلاحظ أنه أكثر وضوحا من النص العربي الذي يعتبر مبهما في صياغته.

و في الجزائر منذ صدور قانونه 23 مارس 1822 المنظم للحالة المدنية فإن النسب يثبت عادة بعقد الازدياد المنبثق عن عقد زواج رسمي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Alger, 29/12/1928, RA 1929, 2 , 171 Recueil Norès n° 470.

## محتويات

مبادئ القانون الجزائري العام القانون العرفي الجزائري لقرية تاسلنت (منطقة أقبو).

## القانون العربي الجزائري لقريبة تاسلنت

(منطقة أقبو)

- 1 - كل من يسرق من منزل أثناء الليل ، يدفع إذا ثبت الفعل ضد: مؤسسة « ثاجمعت » ( غرامة قدرها خمسون ريالاً ، و خمسين ريالاً أخرى تعويضا لملك المنزل إضافة إلى إرجاعه الأشياء المسروقة مادام في حيازته ، أو يعرض صاحبها عن قيمتها .
- 2 - كل من يسرق من حديقة مزروعة بالخضر يدفع إذا ثبت الفعل ضد: مؤسسة « ثاجمعت » خمسة وعشرين ريالاً كغرامة مالية ، وخمسة وعشرون ريالاً أخرى لملك الحديقة ، إضافة إلى دفعه لملك الحديقة قيمة ما سرقه نقدا .
- 3 - كل من يطلق عيارا ناريا بواسطة بندقيته على شخص آخر يدفع مائة ريال غرامة لمؤسسة « ثاجمعت » إذا لم تصب الضحية بجروح ، و في حالة إصابتها بجروح فإنه تطبق عليه عقوبة القصاص ( أي يطلق عليه العيار الناري ، كما أطلقه على الشخص الآخر ) ، غير أنه إذا تنازلت الضحية عن حقها في الانتقام فإنها تتلقى ثمن دمها حسبما يحدده القاضي .
- 4 - إذا ارتكب الشخص جريمة القتل العمدي فان القبيلة تستولي على جميع أمواله بما في ذلك حقه في المياه ، و يقتص منه بقتله أو

مؤسسة ثاجماعت ( la djemaa ) هي الجمعية العامة لسكان القرية و لها رئيسها .

- 5 - كل من يضرب آخر بسيف أو ساطور و لم تحدث جروح فإنه يدفع خمسين ريالاً غرامة ، و إن حدثت جروح للضحية فإنه تطبق قاعدة القصاص ، غير أنه إذا تنازلت الضحية عن حقها في الانتقام فإنها تتحصل على ثمن دمها حسبما يحدده القاضي .
- 6 - يعاقب بشنانية ريلات غرامة كل من يهدد آخر بواسطة سيف أو ساطور دون أن يضربه به .
- 7 - كل من يضرب آخر بواسطة عصا أو حجر يدفع خمسة ريلات غرامة ، و يكون للضحية الحق في الانتقام أو الحصول على ثمن الجروح إذا رضيت بذلك ، و إذا لم تصب بجروح فلا محل للتعويض .
- 8 - كل من يهدد آخر بواسطة العصا أو الحجر دون ضربه يدفع ريالاً واحدا لمؤسسة « ثاجمعت » .
- 9 - إذا صرخت امرأة طالبة النجدة إنقاذاً لشرفها (محاولة الاغتصاب) و محرر بذلك تقرير إلى مؤسسة « ثاجمعت » فإن الفاعل يدفع خمسين ريالاً غرامة لمؤسسة تيمشوط<sup>2</sup> . زيادة عن قيام مؤسسة « ثاجمعت » بكسر سقف منزله . و إذا لم تعرض القضية على مؤسسة « ثاجمعت » فلا محل لتطبيق الغرامة .

1 - من النادر أن تقبل الضحية الدية ، فعالما ما يفرّ الفاعل من القرية تفاديا للانتقام.

2 - تعني تيمشوط التوزيع ، و يتعلق الأمر بالأموال المستعملة في شراء الثيران أو الكباش ، والتي يوزع اسمها بين سكان القرية في الأعياد مثل عيد بدء موسم الحرث Iwedjiven

- 14 - كل من يخالف محظورات (Défenses) الرئيس يدفع ريالين غرامة ما لم يكن مرخصا له بذلك من قبل هذا الأخير ، و تتعلق هذه المحظورات بأملكه و ليس بأملك الغير .<sup>(1)</sup>
- 15 - كل من غاب عن اجتماع لمؤسسة « تاجممت » يدفع ريالين غرامة و كل من لم يحضر أثناء المناداة يدفع ريع ريال ، ما لم يرخص له من قبل رئيس « تاجممت » .
- 16 - إذا تشاجر شخصان أو ثلاثة أو أربعة فيما بينهم فإنه يدفع كل واحد منهم نصف ريال غرامة ، و في حالة العود الأولى ريالا واحدا غرامة و في العود الثانية غرامة قدرها دورو (Douro) ، و في الثالثة اثنان دورو .
- 17 - كل من يقطع شجرة يعوض قيمتها نقدا للمالك ، و تحدد تلك القيمة من قبل شيوخ القرية.
- 18 - كل من يسرق حيوانا قصد استهلاكه في الخفاء (Thaseglouth) ، يدفع للمالك تعويضا قدره خمسة وعشرون ريالا ، وإذا رفع هذا الأخير شكوى للرئيس فتطبق عليه غرامة قدرها خمسون ريالا حتى و لو كان الحيوان المسروق دجاجة ، و يعوض السارق إضافة إلى ذلك ثمن الحيوان المسروق .
- 19 - كل من يسرق المسافرين يدفع خمسين ريالا غرامة .
- 20 - كل من يسرق في الأسواق يدفع مائة ريالا غرامة ، خمسون منها

<sup>1</sup> هذا النص خاص بالخطر في بدء جني الزيتون أو التين ما لم ترخص تاجماعت بذلك.

- 10 - كل من يسرق ليلا أو نهارا لتجفيف التين (A'ddmech) أو عتقة فإنه يدفع تعويضا للمالك إذا ثبت الفعل ضده ، و يعوض إضافة إلى ذلك قيمة ما سرقه ، و إذا رفعت الشكوى إلى مؤسسة « تاجممت » فإنه يدفع عشرين ريالا غرامة ، ولا محل لدفع الغرامة إن لم ترفع الشكوى .
- 11 - كل من فوجئ من قبل المالك و هو يسرق فوق أشجاره : التين ، الزيتون ، الرمان ، العنب أو التين المذكور (A'ddekar) ، فإنه يدفع للمالك التعويضات التي يطلبها منه هذا الأخير كما يدفع زيادة على ذلك غرامة قدرها عشرة ريالات لمؤسسة « تاجممت » و إذا لم ترفع الشكوى إلى رئيس « تاجممت » ، فلا محل لدفع الغرامة.
- 12 - كل من تشاجر مع امرأة يدفع غرامة قدرها خمسون ريالا ، سواء كانت المرأة هي البائدة بالاعتداء أم لا ، غير أنه إذا كانت المرأة هي البائدة بالاعتداء فإن زوجها هو الذي يدفع الغرامة التي يحددها الرئيس .
- 13 - كل من يرعى مواشيه في أرض الغير يدفع ريالين ، إذا ما فوجئ من قبل رئيس « تاجممت » و إذا كان المالك هو الذي فاجأه فلا يكون محالا إلا للتعويض .
- وتتمثل الأراضي المحظور فيها إطلاق الحيوانات في تلك المزرعة بالزيتون ، التين ، حقول الملف ، حدائق الخضر ، الحقول ، أشجار الدرر (Aslen) .

- عشرة ريالات غرامة إضافة إلى إعادته الأنصبة كما كانت عليه قبل الاعتداء ويرجع ما أخذه ، أو يعوض قيمته نقدا .
- 38 - كل من يحرق منزلا أو شجرة زيتون أو عنب أو تين يدفع :
- مائة ريال بالنسبة للمنزل : خمسون لصالح « ثاجمعت » ، والخمسون الأخرى للمالك .
  - عشرة ريالات لـ " ثاجمعت " غرامة بالنسبة للزيتون أو العنب أو التين إضافة إلى قيمة الخسائر التي يدفعها نقدا للمالك .
- 39 - كل من مات عنده ثور ، بقرة ، أو نمجة له الحق في إلزام « ثاجمعت » في أن تشتري اللحم بدافع النجدة تطبيقا للعرف . ( )
- 40 - يجب على كل من يبيع منزلا ، أو حقلًا به أشجار مثمرة ، أو حقلًا للرعي ، أو حديقة للخضر أن يعلن ذلك لإخوته وأقاربه وشركائه و سكان القرية إذا كان البيع لصالح شخص من غير أهل القرية ، فإذا أراد أحد من هؤلاء الحلول محل المشتري فعليه دفع ثمن المبيع للبائع خلال مدة ثلاثة أيام تبدأ من يوم البيع .
- 41 - كل من يُخفي الحقيقة إصرارا بالغير أو يشهد شهادة الزور ، أو ينظم إلى أحد الأطراف المتنازعة يدفع عشرة ريالات غرامة .
- 42 - لا تقبل شهادة الشخص ضد شخص آخر ، و يكون معروفًا عنه بأنه عدوه .

يقوم الرئيس بتحديد كمية اللحم التي يجب أن يشتريها كل شخص من سكان القرية .

43 - إذا لم تعرف الحقيقة وكان الإنكار هو القائم في قضية ما فإنه يلجأ إلى اليمين الحاسمة الجماعية . ( )

### • ملاحظة :

يعود تاريخ هذا القانون العرفي لقربة تاسلنت القريبة من مدينة أقبو، للنصف الأول من القرن السابع عشر الميلادي ، و نشر للمرة الأولى في المجلة الإفريقية ( بالفرنسية ) خلال سنتي 1858 و 1859 ، و عندها اقتبسنا النص و ترجمناه إلى العربية .



فاليمين لا توجه إلى أطراف النزاع ، بل إلى سبمة أشخاص من أسرة كل طرفين المتنازعين .

## محتويات

الزوج المختلط في شمال إفريقيا .

## CHAPITRE III

### SECTION IV

#### Les mariages mixtes

108. - Le droit musulman ne prohibe pas d'une façon absolue les mariages entre musulmans et non musulmans. Il a autorisé, pour les musulmans, les mariages avec les femmes « Kittabiah », c'est-à-dire des chrétiennes ou des juives, à l'exclusion des idolâtres et des païennes.

« N'épousez point les femmes idolâtres tant qu'elles n'auront pas cru. Une esclave croyante vaut mieux qu'une femme libre idolâtre, quand même celle-ci vous plairait davantage. Ne donnez point vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'auront pas cru. Un esclave croyant vaut mieux qu'un incrédule libre, quand même il vous plairait davantage. » (S. 2, v. 220.)

De ces prescriptions koraniques, les docteurs musulmans en ont conclu que le fait, pour le musulman, de se marier ou de cohabiter avec une femme non musulmane, est en général blâmable mais néanmoins il est toléré si la femme est libre, chrétienne ou juive.

109. - Les coutumes berbères sont parfois plus sévères. Le mariage n'est admis qu'entre musulmans ; une femme berbère ne peut être donnée comme épouse qu'à un homme pratiquant l'islamisme. L'homme qui veut épouser une femme de religion différente ne peut le faire que si, par son influence, il l'amène à abjurer sa foi pour embrasser l'Islam. (NORÈS - MEYLAN, *Les mariages mixtes en Afrique du Nord*, p. 49.)

Dans d'autres régions, au contraire, le mariage est possible entre chrétiens et berbères.

110. - La prohibition pour une musulmane d'épouser un non musulman est formelle ; c'est, en effet, la crainte pour le législateur musulman de voir la femme subir l'ascendant de son mari et embrasser la religion de celui-ci.

Des juristes français et notamment le regretté doyen Morand ont estimé que cette règle ne devrait pas être sanctionnée par nos tribunaux algériens, son application allant à l'encontre du but politique et juridique poursuivi par la France en Algérie et de l'œuvre de rapprochement entreprise dans cette province méditerranéenne.



## LES CONFLITS ENTRE LA LOI FRANÇAISE ET LA COUTUME MUSULMANE

a) *Mariage d'une femme chrétienne avec un musulman.*

111. - Les conflits entre la loi française et la coutume musulmane ne sont pas des conflits de droit international privé et c'est toujours la loi française qui, en dernière analyse, doit recevoir application quand le droit musulman serait inconciliable avec le droit français. (En ce sens T. Oran 4 juin 1945, ROBE 1945 et note DULOURT; C. Alger 22 mai 1944, ROBE 1945.)

Partant de ce principe absolu, il a été jugé que la chrétienne qui épouse un musulman ne devient pas musulmane, même si elle en adopte la religion.

L'acte par lequel une personne abjure la religion chrétienne pour se faire musulmane, en effet, est un acte *essentiellement religieux* ne pouvant produire aucun effet civil, puisque l'abjuration n'a d'autre but que de changer de religion et non de nationalité.

En principe, chacun des deux époux conserve son statut personnel.

112. - En cas de conflit entre les deux statuts, c'est le statut de la femme chrétienne française qui doit l'emporter, par la raison concluante de droit public que les lois générales et fondamentales de la France doivent prévaloir sur les lois et coutumes en pratique en Algérie. (Alger, 30 juin 1919, ROBE 1921, p. 39.)

La loi du 10 août 1927 sur la nationalité ne saurait recevoir aucune application en cette matière. C'est une loi qui ne concerne que les étrangers. Le musulman, de par l'effet de dispositions législatives (Sénatus-Consulte du 14 juillet 1865, loi du 4 février 1919, ordonnance du 7 mars 1944), est lui-même français; tout en continuant à être régi par la loi musulmane en ce qui concerne son statut personnel, sa succession...; dès lors, s'il y a conflit entre le statut de la femme française et celui du mari musulman, c'est bien la loi française qui devra la régler.

113. - C'est donc la loi française qui doit régir la forme et les effets du mariage d'une femme française avec un musulman; notamment ce mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil.

La femme doit participer à la dévolution des biens de la succession de son mari comme commune en biens, à défaut de contrat

de mariage et dans les conditions prévues par la loi française pour la liquidation et le partage de la communauté légale. (T. Sidi-Bel-Abbès 14 février 1933, R.A. 1941, 2, 15.)

Elle conserve son statut personnel et les enfants issus d'un semblable mariage suivent la condition juridique de la mère. (C. Alger 29 juin 1938 ; T. Alger 7 avril 1938, R.A. 1941, 2, 21 et 22.)

Enfin, si ce mariage mixte célébré en la forme musulmane est nul pour vice de forme, il peut cependant valoir comme mariage putatif lorsque les époux ont cru de bonne foi s'unir dans les liens d'un mariage valable. Il produit alors les mêmes effets qu'un mariage valable.

b) *Mariage d'une femme musulmane avec un citoyen français.*

114. - La Cour d'appel d'Alger avait jugé que par son mariage avec un citoyen français, la femme musulmane acquiert la condition juridique de son mari. (17 novembre 1906, R.A. 1908, 2, 46 et note.)

Les juristes Larcher et Rectenwald soutenaient cette doctrine, comme résultant *a fortiori* de la disposition de l'article 12 ancien du code civil qui rend française l'étrangère épousée par un Français.

Mais, par la suite, nos tribunaux algériens ont jugé différemment en stipulant que par le seul fait de son mariage avec un citoyen français, la femme musulmane d'Algérie n'acquiert pas la plénitude des droits reconnus à la femme française. (T. Philippeville 1<sup>er</sup> février 1934, R.A. 1935, 2, 19.)

En effet, les textes législatifs en vigueur ayant décidé que les musulmans d'Algérie sont Français, mais conservent leur loi musulmane.

115. - La législation algérienne ne possède aucun texte sur cette question de la femme musulmane; il y a là une lacune que le législateur s'est préoccupé de combler, mais notre lourd appareil législatif n'a pas permis d'obtenir ce texte en temps utile.

En effet, le projet de loi adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 16 mars 1928, pour régler les conflits entre la loi française et le statut algérien en matière d'état des personnes, portait dans son article 1<sup>er</sup> :

« La femme musulmane d'Algérie qui épouse un citoyen français suit la condition de son mari. La Française qui épouse un

musulman d'Algérie demeure soumise à son statut d'origine... » (J.O. du 17 mars 1928, Déb. parlem., p. 1666.)

C'est l'absence de ce texte (non voté par le Sénat) qui a entraîné la solution préconisée par le tribunal de Philippeville.

Mais, ce n'était pas l'avis du regretté juriste Réctenwald, pour lequel la musulmane d'Algérie est française, mais non étrangère. La loi du 10 août 1927 ne lui est pas applicable. En se mariant à un citoyen français elle ne change pas de nationalité ; en se mariant, au surplus, devant l'officier de l'état civil français avec un citoyen français, la femme manifeste explicitement son intention de renoncer définitivement à son statut personnel.

Le législateur de 1944 n'a pas, non plus, trouvé une solution : le décret du 23 novembre 1944 portant application des dispositions de l'ordonnance du 7 mars 1944 et l'ordonnance du 7 mars 1944 n'ont visé que les Français musulmans du *sexe masculin* !

c) *Mariage d'une femme née d'un musulman citoyen français avec un musulman. - Caractère du mariage.*

116. - L'enfant d'un musulman algérien, né postérieurement à l'accession de ce dernier aux droits de citoyen français, est lui-même citoyen français ; il ne peut, par voie de conséquence, même si c'est une fille, contracter valablement mariage avec un musulman demeuré soumis au statut personnel musulman, que devant l'officier de l'état civil français. Le mariage contracté en la forme musulmane est *inexistant* ; cependant, il est admis que pareille union a les effets d'un mariage putatif à l'égard de l'époux de bonne foi et les enfants mineurs qui en sont issus.

117. - Les enfants sont alors considérés comme légitimes et, étant nés en Algérie, terre purement française, d'une mère elle-même française, sont de plus citoyens français et soumis entièrement à la seule loi française.

Leur tutelle organisée en la forme musulmane serait nulle. (T. Blida 31 décembre 1931, R.A. 1932, 2, 105.)

C'est qu'en effet, la loi applicable pour déterminer les effets du mariage putatif n'est pas celle sous laquelle les parties ont contracté l'union incriminée, mais bien la loi *personnelle* de l'époux de bonne foi dont le consentement a été surpris, puisque c'est en faveur de ce dernier qu'ont été édictés les articles 201 et 202 du code civil. (En ce sens C. Alger, 24 décembre 1946, Pr. THUAIRE ROBE 1946.)

Pour Rectenwald, le mariage « inexistant » ne pourrait produire aucun effet juridique. Rien ne sort du néant. Le mariage inexistant n'est pas né à la vie juridique, il est mort né. C'est une tentative qui a avorté. S'il y a nullité, même nullité absolue, ce mariage pourra sortir ses effets dans une certaine mesure.

118. - La seule condition pour qu'il y ait mariage putatif, c'est la *bonne foi*. Il faut que l'un des deux époux ait ignoré complètement la cause qui viciait le mariage ; en un mot, aux yeux des époux ou de l'un d'eux, il faut que le mariage ait présenté toutes les apparences d'un contrat parfait, d'une union régulière et légale sous toutes ses formes.

Nous avons pu constater combien, dans les mœurs musulmanes actuelles, la bonne foi de l'épouse est évidente, alors qu'elle n'avait aucune possibilité de se rendre compte des « formes » du mariage et de sa « validité ».

d) *Le musulman est devenu citoyen français postérieurement à son mariage en la forme musulmane.*

119. - Il a été jugé que l'accession à la qualité de citoyen français par un musulman n'a pas pour but et pour effet de changer *ipso facto* le statut personnel de la femme épousée en la forme musulmane antérieurement à cette citoyenneté. (T. Bougie 23 octobre 1934, ROBE 1936, p. 175, R.A. 1936, 2, 34 et note DULOIT.)

Dans cette espèce, la bonne foi de l'un des époux, la femme, était indéniable : mariée depuis plus de vingt ans, suivant la loi musulmane, elle fut chassée du domicile conjugal et complètement abandonnée. Le mari, qui avait obtenu quelque temps avant les faits la qualité de citoyen français, en profita pour plaider l'inexistence de son mariage célébré en la forme musulmane.

Le tribunal a répondu très juridiquement que pareille union produit les effets du mariage putatif à l'égard de l'époux de bonne foi.

La bonne foi, en effet, peut exister même au cas d'erreur de droit, sans qu'il y ait à distinguer suivant que l'erreur de droit a porté sur la forme de l'acte ou sur la capacité des contractants. (Cass. civ. 30 juillet 1900, D.P. 1901, 1, 317). D'ailleurs cette bonne foi est toujours présumée. (Cass. civ. 5 novembre 1913, D.P. 1914, 1, 281.)

*Dernier état de la jurisprudence.*

119<sup>1</sup>. — Mais, la Cour d'appel d'Alger s'inspirant de l'ordonnance du 23 novembre 1944 est allée beaucoup plus loin — et nous approuvons entièrement cette interprétation du législateur de 1944 — en décidant que lorsqu'un musulman, déjà marié sous les formes de la loi musulmane, est admis à la jouissance des droits de citoyen, les actes qu'il a régulièrement accomplis avant le décret de naturalisation en conformité de son statut personnel, doivent être respectés et son mariage doit être considéré comme valable au regard de la loi française, sans régularisation devant l'officier de l'état civil. Dès lors, son divorce est également soumis à la loi française. (1<sup>re</sup> ch., 27 juin 1946, pr. Lrvi, ROBE 1946.)

e) *Femme espagnole ayant épousé en la forme musulmane un musulman algérien.*

120. — La femme étrangère qui épouse un musulman d'Algérie devient elle-même française. Elle perd son statut personnel étranger et acquiert, non pas le statut personnel musulman, mais le statut personnel français, alors même que son mariage ait été contracté en la forme musulmane, pourvu qu'il y ait bonne foi. (C. Alger 12 février 1903, ROBE 1903, p. 159, note NORÈS.)

Il s'agissait, dans cette espèce, d'une Espagnole ; l'enfant né de ce mariage acquiert la plénitude du statut personnel français, alors même qu'il pratiquerait la religion musulmane.

f) *Femme musulmane (arabe) épousant un kabyle.*

121. — La femme musulmane (arabe) qui épouse un kabyle suit le statut de son mari : c'est donc conformément aux coutumes kabyles que doivent se régler les effets du mariage et ceux de sa dissolution. (T. Alger 28 déc. 1933, pr. KNERTZER, R.A. 1935, 2, 76.)

g) *Epoux de rites différents.*

122. — La jurisprudence, à défaut de texte de droit algérien, avait stipulé que lorsqu'un musulman a épousé une femme d'un rite différent, la loi à appliquer est celle du mari. (T. Blida 2 novembre 1933, ROBE 1934, p. 72.)

Et elle jugeait que le fils de leur union est, à défaut de stipulation contraire dans les conventions matrimoniales, régi par le rite du père. (Alger 13 décembre 1903, ROBE 1906, p. 226 ; 9 janvier 1911, ROBE 1911, p. 37.)

Le législateur de 1944 a paré à cette lacune en posant que lorsque le père et la mère n'appartiennent pas au même rite, les enfants sont soumis au rite du père. (Art. 4, alinéa 3 de l'ordonnance du 23 novembre 1944.)

h) *Importance du mariage contracté devant l'officier de l'état civil français.*

123. - Le mariage contracté, en la forme française, devant l'officier de l'état civil français, par deux musulmans algériens, constituent une renonciation au statut personnel musulman des deux époux.

Et la femme demeure astreinte au devoir de fidélité tant que ce mariage n'est pas dissous en conformité des règles de la loi française. (Cass. 29 janvier 1936, R.A. 1936, 2, 141, ROBE 1937, p. 130 et note DULOUT.)

124. - Pour le professeur Roussier-Théaux, à partir de cet acte, une option spéciale gouvernera non seulement les conditions de forme et de fond dudit acte, mais encore toutes ses conséquences.

En se mariant devant l'officier de l'état civil français, en la forme française, le musulman algérien renonce bien à invoquer les prescriptions du droit musulman touchant les effets du mariage et sa dissolution. (Tunis 23 novembre 1891, R.A. 1892, 2, 2.)

Ce mariage doit donc produire toutes les conséquences que la loi française y attache. La loi du 23 mars 1882 sur l'état civil en Algérie n'est qu'une loi « d'ordre purement administratif » qui n'édicte, spécialement en ce qui concerne le mariage, que de simples formalités tendant à constater une « célébration antérieure », mais n'atteignant ni les conditions ni les formes dans lesquelles il peut être valablement contracté suivant la loi musulmane. (En ce sens, Alger 31 mai 1905, ROBE 1906, p. 67.)

125. - Au point de vue juridique, il existe donc une différence fondamentale entre le mariage *déclaré* à l'officier de l'état civil (simple formalité administrative) et le mariage *célébré* devant lui en conformité des articles 165 et s. du code civil.

La comparution devant l'officier de l'état civil de deux musulmans pour contracter mariage suppose renonciation aux droit et

coutumes qui les régissent pour se soumettre définitivement aux règles de la loi française, en vertu de l'option de législation. (V. *Option* ; ordonnance du 23 novembre 1944.)

A partir de la célébration de ce mariage civil, les règles du droit français relatives au divorce, à la séparation judiciaire de biens sont seules applicables. (En ce sens, KEHL, *L'état civil*, Oran, 1931 ; LARCHER et RECTENWALD, t. 2, p. 472.)

## مخويات

1/ ملف رقم 34784 قرارا بتاريخ 1984/11/19 الصادر عن غرفة الاحوال

الشخصية المحكمة العليا ( تطلق الزوجة )

2/ ملف رقم 43889 قرارا بتاريخ 1986/12/15 الزواج اثباته بشهادة

امراتين . نقض و ابطال



قضية (ك ع) ضد (ب ف)

- تطليق الزوجة - شروطه - عجز الزوج عن مباشرة زوجته - انتظار الزوج مدة سنة للعلاج -  
بقاء الزوجة طيلة المدة بجانب بعلاها .

(احكام الشريعة الإسلامية الاجتهاد القضائي)

- متى كان من المقرر في الفقه الاسلامي - وعلى ماجرى به القضاء انه اذا كان الزوج عاجزا عن  
مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، وان الاجتهاد القضائي استقر على  
ان تكون الزوجة اثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها ، فان لم تتحسن حالة مرضه حكم  
للزوجة بالتطليق فان القضاء بما يخالف احكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة  
الاسلامية .

- اذا كان الثابت ان قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا ان الفترة  
التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسديا تعد  
كافية لاثبات عجزه المستمر عن ذلك ، والحال ان الاجتهاد القضائي استقر على ان السنة التي  
تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها فان هؤلاء القضاة خالفوا  
مبادئ واحكام الشريعة الاسلامية فيما قضوا به ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار  
المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن .

المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر، وبعد المداولة القانونية أصدر  
القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما بعدها من ق ا م .

بعد الاطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعون المودعة يوم 21 مارس

وبعد الاستماع الى السيد ابن حبيص المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد  
تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة .

حيث أقام (ك ع) بواسطة محاميه الاستاذ بوضياف الطيب طعنا يرمي الى نقض القرار  
الصادر بينه وبين زوجته (ب ف) يوم 1982/6/22 عن مجلس قضاء المدينة الذي قضى بالغاء  
الحكم الصادر يوم 1981/12/21 من محكمة المدينة ايضا القاضي بالزام الزوجة بالعودة فورا  
الى بيت الزوجية وامهل الزوج سنة كاملة لعله يستطيع الوصول اليها ثم حكم من جديد بتطبيق  
المستأنفة لرفع الضرر عنها كما حكم على المستأنف بآداء لها 500 دج كعدة و300 دج كنفقة  
الاهمال السابقة و1000 دج كمتعة .

وحيث ان الطعن يستند الى وجه وحيد ! مأخوذ من مخالفة الاشكال الجوهرية في  
الاجراءات وذلك لان قضاة الاستئناف لم يحترموا قواعد الشريعة الاسلامية وحكموا بالتطبيق  
قبل منح الطاعن مهلة سنة للمعالجة اثناءها وهذا يخالف احكام الشريعة الاسلامية ، فلهذه  
الاسباب يطلب الطاعن نقض القرار المطعون فيه .

وحيث ان المطعون ضدها لم تجب عن الطعن .

عن وجه الطعن الوحيد : المأخوذ من مخالفة الاشكال الجوهرية في الاجراءات بدعوى ان  
قضاة الاستئناف لم يحترموا في حكمهم قواعد الشريعة الاسلامية المنصوص عليها في باب عيوب  
الخير .

ولكن حيث ان عجز الطاعن على مباشرة زوجته المذكورة جسما ثابت باعترافه  
وبشهادتين طبيتين وحيث يستفاد من مراجعة الحكم المعاد ومن القرار المتقدم ان الزوجين  
المتخاصمين لم يصفاء فرج الزوج حتى يتبين هل ان هذا المرض يرجى شفاؤه ام لا ، واكتفى  
كل واحد منها بادعاءات لم تثبت ثبوتا واضحا .

وحيث ان الفقه الاسلامي قرر في مثل قضية الحال ضرب اجل سنة كاملة للزوجة لعله  
يتحصل على البرء وان الاجتهاد القضائي استقر ان تكون الزوجة اثناء تلك المدة بجانب بعلمها  
وبعد انتهاءها ان لم تتحسن حالة مرضه فيحكم بالتطبيق .

وحيث ان قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا ان الفترة التي مكثت  
فيها الزوجة سابقا بدار زوجها بدون استطاعة هذا الاخير مباشرتها جسما تعد حجة كافية

لأبواب عجزه المستمر عن ذلك وان مرضه لا يرجى زواله .  
وحيث ان هذا الاقتراض لا يقبل شرعا حيث ان الاجتهاد القضائي استقر ايضا ان السنة  
التي تمنح لزواج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها .  
وحيث ان القرار المتقدم قد جاء حينئذ مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية وان وجه الطعن  
صحيح الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض .

### فلهذه الأسباب

قرر المجلس الاعلى نقض القرار المطعون فيه الصادر يوم 1982/6/22 عن مجلس قضاء  
المدينة واحالة القضية والاطراف الى نفس المجلس مركب من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد  
طبقا للقانون وعلى المطعون ضدها المصاريف القضائية .

وامر بتبليغ هذا القرار برمته إلى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعي من  
السيد النائب العام لينكتب يهامش الاصل بواسطة كتابة الضبط .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع عشر من شهر  
نوفمبر سنة اربع وثمانين وتسعمائة والى ميلادية من قبل المجلس الاعلى غرفة الاحوال الشخصية  
المتركية من السادة :

الرئيس	حمزاوى احمد
المستشار المقرر	ابن حيلص عبد المجيد
المستشار	قاضي حنفي عبد القادر

وبمخضر السيد تقية محمد النائب العام المساعد وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب  
الضبط .

ملف رقم 43889 قرار بتاريخ : 1986/12/15

قضية : (أ.ج) ضد : (خ.ف)

زواج - إثباته - بشهادة امرأتين - نقض

(أحكام الشريعة الإسلامية)

من القواعد المقررة شرعا أن النزاع في الزوجية اذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد او السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - ان القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ان المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.  
بعد المداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه : بناء على المواد 231.233.239.244.257 وما بعدها من ق.أ.م.  
بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن المودعة يوم 13 فيفري 1985 وعلى مذكرة الجواب التي قدمتها المطعون ضدها.  
بعد الاستماع إلى السيد / حمزاوي أحمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد تقي محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة.  
حيث أقام السيد (أ.ج) بواسطة محاميه الأستاذ عمار ابن ضيف الله طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء وهران بتاريخ 16/09/1984 الملغى للحكم الصادر من

محكمة نفس المدينة يوم 1984/02/27 القاضي بفصل نسب الطاعن عن البنت (ن.خ) وعدم وجود أي زواج ديني أو قانوني بين الأول والثانية ومن جديد صرح القرار بوجود الزواج المذكور المتعقد امام جماعة من المسلمين بمدينة وهران وذلك في شهر ماي سنة 1975. وتسجيله بالحالة المدنية ببلدية وهران والحقاق نسب المذكورة المولودة في يوم 1978/03/27 وتسجيلها بدورها بالحالة المدنية باسم (أ.ج). كما صرح بالطلاق بين الطرفين وتسجيله والاشهاد بتنازل (خ.ف) عن توابع العصمة ونفقة البنت مستقبلا وعن 50 ألف دينار التي افترضتها للطاعن.

وقد استند محامي الطاعن على وجهين.

الوجه الأول : مأخوذ من مخالفة القانون الصادر يوم 1963/06/29 مع الأمر المؤرخ في 1971/9/22 وانتهاك المواد 9 و18 و22 من ق، س الجديد والقصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني.

وذلك أن كل هذه القوانين تستبعد اعطاء الصبغة الشرعية للزواج اذا لم يكن مسجلا بالحالة المدنية أو صدر حكم باثباته بناء على توافر اركانه.

والمطعون ضدها عجزت عن احضار بيثة تشهد لها بان علاقتها بالطاعن كانت نتيجة زواج شرعي فيه الايجاب والقبول والولي والصداق والشهود ومن ثم لم تكن تلك العلاقة أو المعاشرة بين الطرفين زواجا شرعيا واثباته من طرف اقضاة القرار على أساس الوقائع والمقابلة الشخصية ومذكرات الطرفين ومجموع أوراق الملف وقول الشيخ خليل وركنه ولي وصداق وشاهد عدل كما جاء في قرارهم هو اثبات بدون دليل.

واذا كانت الادلة في تقديرها من صلاحياتهم فإن هذا مرهون بعدم تحريف أو تشويه البيئات وفي القضية فلا أقوال الشهود ولا مستندات الملف فيها ما يثبت حصول أركان الزواج المذكورة مضافا إلى هذا ان تصريحات المطعون ضدها بالمحكمة واضحة في أنه لم ينعقد بينها أي زواج وقد استقر الاجتهاد القضائي حول هذا الموضوع على أن الاشهاد بالزواج لا بد أن يكون كاملا ومتضمنا لجميع شروط الزواج حتى يفيد اليقين الذي لا يكون عن طريق المخالطة الجنسية واكتفاء القرار بالقول بأن الزواج ثابت بدون تعليل جعله ناقص البيان مستوجب النقض.

الوجه الثاني : مأخوذ من مخالفة المواد 48 - 49 - 22 (ق.س) والتناقض في الأسباب وانعدام الأساس القانوني وذلك ان القرار أمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية لاثباته رسمياً وقضى بالطلاق قبل تسجيله في حين أن هذا الأخير هو حل عقد الزواج حسب تعريف المادة 48 قبله والحكم به لا يصدر إلا بعد اجراء محاولة الصلح بين الزوجين وهو ما خالفه القرار مما يعد خطأ منه في تطبيق القانون يؤدي إلى نقضه.

وقد أجاب محامي المطعون ضدها بأن القرار المطعون فيه وقع التماس إعادة النظر فيه امام المجلس الذي اصدره وهو اجراء لا يجوز الطعن فيه امام المجلس الاعلى قبل الفصل في الالتماس كما أن القرار المطعون فيه لا يخالف قانون 63/06/29 أو نصوص الامر المؤرخ في 1971/9/22 كما لا يخالف نصوص ق . س التي احتج الطاعن بها وطالب برفض الطعن. وحول السببين معا المستدل بهما على طلب النقض.

التنازع في الزوجية كما نص عليه في شرح القضية سيدي خليل بان ادعاها احدهما وأنكرها الآخر فان اثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو بالسماع الفاشي يقول الشاهد أن في الأولى انها حضرا العقد مبينين اركانها وفي الثانية يقولان انها سمعا غير مامره من الثقات وغيرهم أن فلانا زوج لفلانة أو أن فلانة امرأة فلان والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين فلا تقبل فيه شهادة رجل مع اليمين ولا شهادة رجل مع امرأتين. كما أن شهادة النساء وحدهن ولو تعدون وحضرن عقد الزواج وفصلن اركان الزواج فليس لشهادتهن أي اعتبار ولا يثبت بها الزواج إذ شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة والرابعة من انواع الشهادات الشرعية في الثالثة تقبل شهادة امرأتين مع الرجل في المال وما يؤول الى المال والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما لا يطع عليه الا النساء كما في الحيض. وفي هذا الصدد يقول صاحب التحفة.

ورجل بامرأتين يعتقد في كل ما يرجع المال اعتمد وفي اثنين حيث لا يطلع الا النساء كالحيض مقتع يلحق بهذا الرضاع والولادة والاستهلاك وغيوب الفرج.

وعليه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه فانه يتبين منه أنه جاء خاليا من أية حجة أو بيينة تدل على وجود الزواج الذي تدعي المطعون ضدها أنه وقع بينها وبين الطاعن فبقطع النظر عن أقوال المرأتين المذكورتين في وقائع وحيثيات القرار واستبعاد شهادتهما ولو شهدتا بحضور مجلس العقد

فان أية علامات دالة على وجوده بعض الاحتمال في حصول الزواج لا يمكن اخذها من القرار القاضي بوجوده ما لعدم وجودها و إما لعدم وجودها وإما لتقصير المجلس بالاستماع إلى الجماعة التي قال انه وقع أمامها مما جعل قراره مخالفا لاحكام الشريعة ومخطأ في فهم انواع الشهادات في الفقه.

وغير مرتكز على أي اساس شرعي وبذلك كان النعي عليه بما جاء في السبين في محله مما يعرضه للنقض.

وحيث أن السيد النائب العام طلب من جانبه في ملتمسه الكتابي الذي قدمه في القضية وكذلك في الجلسة نقض القرار لمخالفته النصوص الفقهية والقواعد القانونية.

### لهذه الاسباب

قرر المجلس الاعلى غرفة الاحوال الشخصية قبول الطعن شكلا ونقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس وهران بتاريخ 16/09/1984 واحالة القضية لنفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وعلى المطعون ضدها المصاريف القضائية. بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر ديسمبر سنة ستة وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الاعلى غرفة الاحوال الشخصية المترتبة من السادة :

حمزاوي أحمد الرئيس المقرر

حسداد علي المستشار

جماد علي المستشار

وبمحضر السيد تقية محمد الحامي العام وبمساعدة السيد ديلش صالح كاتب الضبط.

## محتويات

1/ قرار رقم 17 ملف رقم 26545 بتاريخ 1982/01/25 غرفة الاحوال

الشخصية .

2/ قرار رقم 003 بتاريخ 11 جانفي 1982 ( غرفة الاحوال الشخصية )

3/ قرار 1991/04/23 ملف رقم 71727 ( غرفة الاحوال الشخصية )

4/ قرار بتاريخ 1986/09/22 ملف رقم 43594

5/ du régime dotal



لقد نظمت الشريعة الاسلامية مسألة اليمين في متاع البيت وجعلتها  
على من يقوى عضده العرف وتأييده القرائن .  
واليمين على هذا النحو يمين شرعية لا يتوقف اداؤها على طلب  
الخصم .

التنازل عن الحضانة باختيار الحاضن مانع من اعادتها اليه ، وفي  
تأجيل ( ولا تعود بعد الطلاق أو فسخ الفاسد على الأرجح أو الاسقاط ) .  
بار رقم 17 ملف رقم 5/255 بتاريخ 1982/1/25 ( فرقة الاحوال الشخصية ) .

### ان المجلس الاعلى

جلسته العائلية المنعقدة بقصر العدالة نهج عيان رمضان الجزائر .  
بعد المدونة القانونية أصدر القرار التالي :  
بناء على المواد / 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما بعد منها

وبعد الاطلاع على مسودح أوراق ملف الد. ب. و على تريعة الطعن المودعة  
1981/02/1 .

وبعد الاطلاع على السيد حمزاوي أحمد الرئيس المقرر في تائوة تقريره  
والى السيد تقي محمد المحامي العام في طلباته المكتوبة .  
حيث أقام السيد شيالي زين العايد بين طعنا يرمي الى نقض القرار الذي  
مجلس قضاء تلمسان بتاريخ أول يونيو سنة 1980 الموافق مبدئيا على  
صادر من محكمة نفس المدينة القاضي بالطلاق بين الطاعة والمطعون ضده  
دينار كنفقة شهرية للمطلقة ابتداء من يوم 1979/02/21 تنتهي بتاريخه  
دينار متعة ، والف دينار مصاريف الوضع ، واسناد حضانة البيت المشتركة  
بينها وابقاء الكلام للزوجة فيما يخص القلادة التي تطالب بها .

وتعد يلا للحكم باشهاد للمطلقة باليمين التي ادتها امامه حول القلادة الذهبية المشار اليها وثلاث شالات ، وعلى الزوج بتكديها من ذلك أو قيمة الأولس المقدره بـ : 10.510 دينار ، والثانية حسب سعر السوق و 600 دينار نفقة العدة ، كما أسند الحضانة للام وبالاتفاق عليها من طرف أبيها بمقدار 150 دينار شهرها ابتداءً من يوم التسليم ويحق هذا الأخير في رؤية بنته .

وقد استند الطاعن في طعنه على خمسة أسباب :

السبب الأول : مأخوذ من مخالفة الاشكال الجوهريه للاجراءات .

وذلك أن قضاة القرار المطعون فيه قرروا من تلقاء أنفسهم أن تكون اليمين على المطعون ضدها كما قرروا تلقائياً أيضاً أن تكون تأديتها أمامهم من غير أن يصدر قراراً تميمياً بذلك مما يعد اضراراً لحقوق الاطراف ومخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية التي تنص على أن حلف اليمين يكون بالجامع الكبير ، وقد استند عارض الطاعن في جعل تلك اليمين على المستأنفة زيادة على أن الأمر بها لا يسند وأن يكون بقرار .

السبب الثاني : مأخوذ من تجاوز السلطة .

وذلك أن المدعون ضدها لم تطلب في عريضة الاستئناف سوى سوابق وشال واحد والحكم لها بالحلقة وثلاث شالات هو حكم بأكثر مما طلب .

السبب الثالث : مأخوذ من مخالفة المادة 343 من القانون المدني .

وذلك أنه حسب المادة المذكورة فإنه لا يجوز لأحد الاطراف اسناد اليمين الى الطرف الآخر كما أن المادة 344 من نفس القانون تنص على أن الواقعة التي توجه عليها اليمين يجب أن تكون متعلقة بالشخص التي وجهت اليه وليس الأمر منسحباً على هذا القبيل فالحلقة موضوع اليمين تخص الاب وليس الابن طبقاً للفاطورة التي قدمت للمجلس زيادة على أن توجيه اليمين تقع لتدعيم دليل غير تام وهذا ما لم تقدمه المطعون ضدها مما يعد انتهاكاً للمادة 348 من القانون المذكور ورفضاً لموقف الطاعن المتمثل في الفاتورة المشار اليها والتي تعد كيداية دليل ثم انه فيما يخص الحضانة فالام تخلت عن بنتها بالمستشفى وفي وقت كانت في حاجة اليها وهو تصرف يحرّمها من الحضانة ويحمل اسنادها اليها فيه مخالفة لنصوص الشريعة

الاسلامية ، ومتناقض مع الحكم في اشهادها بتنازلها عن حضانة ابنتها منذ ولادتها .

السبب الرابع : مأخوذ من عدم كفاية الاسباب وتناقضها .

وذلك انه ذكر في القرار ان الطاعن استظهر بفاتورة الحلقة ثم ذكر فيه ايضا انه لم يقدم أى دليل على انها تخصه كما اعتبر فيه دخول الحلقة في الصداق بينما عقد الزواج لا يشير اليها ولا هي مذكورة فيه مضافا الى ذلك انه لا يعتبر بل حلي اشتراه أحد افراد عائلة الزوج مخصصا لفائدة المرأة المخطوبة .

السبب الخامس : مأخوذ من فقدان الاساس القانوني .

وذلك ان المجلس اثنى بالمادة 353 من القانون المدني في موضوع توجيه اليمين في حين انها تم موضوعا آخر مما جعل قراره بعيدا عن التأسيس الشرعي له يؤدى مع بقية الاسباب الى الغائه .

فيما يخص الاسباب المثارة مستحقة باستثناء الفرع الرابع من السبب الثالث والفسر الثالث من السبب الرابع .

من المعروف فقها حول اختلاف الزوجية في متاع البيت ان ما يخص النساء للنساء ، وما يخص الرجال للرجال اذا لم يثبت العكس ، وفي التحفة ، وان متاع البيت فيه اختلاف فالقول قول الزوج ، فما به يليق كالسكين ، وما يليق للنساء ، الحلي ، اذا ما تأتى مع يمين بل منهما فيما يليق به ، ومن ثم فائمين في هذه الحالة ليست في حاجة الى المطالبة بها بل هي يمين قررها الشارع وجعلها على من يريئانه العمد وتقوى دعواه القرائن ، والزوجية هنا معضدة بهما ولذلك كانت اليمين عليها تكون موضوع النزاع خاص بالنساء ولا تتوقف على طلب منها أو عن خصمها . وأما فيما يخص مكان ادائها فالطاعن حضر وقت حلقها ولم يعارض ولا يذنب ان يكون ذلك بالمسجد وتبعاً لذلك فاتارته له لأول مرة أمام المجلس الا على غير

كما أن الادعاء بأن القلادة ليست مما اهدى للزوجة بل مشتاة باسم الاب من القضاة مما لهم من سلطة واسعة في اثبات الوقائع أثبتوا باستنتاجات مقبولة وتعليقات شرعية انهم من مله ما اهدى للزوجة وان النعي عليهم في هذا الجانب ليس شرعي

محلّه لدخوله في السلطة التقديرية المعطاة لهم وعدم خضوع عملهم هذا لرقابة المجلس الاعلى ، كما ان التدليل بالمادة 353 في موضوع اليمين المستندة للمطعون ضد ماوهي في حقيقة الأمر تتكلم على شيء آخر وهو البيع فإضافة الى ما تقدم من أن اليمين قررها الشارع ونصت عليها القواعد الفقهية فان ذلك يعد خطأ مادياً لا تأثير له لا شكلاً ولا موضوعاً الأمر الذي يترتب عنه رفض الأسباب جميعها لورودها متشابهة في ميناها ومحتاها الا ما استثنى منها اعلاه وهما الفرع الرابع من السبب الثالث والفرع الثالث من السبب الرابع المتعلقان بالحضانة .

حيث ان الحضانة تعطى للام التي تأتي في أول قائمة التجماع الحاضنة تفضيلاً من الشارة لها على غيرها في الشبكية وهو ما حصل فعلاً للمطعون عندها فقد كانت الحضانة من نصيبها ولم ينازعها احد فيها الا أنها تنازلت عنها بطريقة مشبهة تاركة البيت المتنازع على حضانتها بالمستشفى حين أخذها ابوها منه ورأى ذلك اثباتاً بالتنازل بوسائل قانونية واجراءات معتبرة مصرحة أمام المفتد بتنازلها عنها لفائدة ام الزوج بل بتنازلها عن الحضانة كلية مؤكدة ذلك أمام القاضي قبل من سيبل بعد هذا الى ابقاء الحضانة لها ان ذلك يخالف النص الفقهي بقول خليل في باب الحضانة ، ولا تعود بعد التنازل أو فسخ الفاسد على الأرجح إلى الاستسقاط أي اذا استقطعت الحضانة حقها منها بتفسير عذر بقاء على نفسها حق للحاضنة (( الجزء الثاني صفحة 473 )) ومثل ذلك في ابن عسّم عند قوله : وهي على المشهور لا تعود ان كان سقوطها بتزويج قس من والحاضنة هنا استقطعت حقها باختيارها ومن ثم فاننصوص المذكورة تمنع عودة الحاضنة اليها والمجلس بما ذهب اليه فقد خالف ما ذكر ووجب نقض قراره في هذا الجزء وبدون أسئلة .

فلهذه الأسباب

قرر المجلس الاعلى نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء تلمسان يوم 1980/06/01 نقضاً جزئياً فيما يخص الحضانة، دون احالة ، وقضى على المطعون ضدها بالمصاريف القضائية .

وأمر بتبليغ هذا القرار برمته الى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه  
بسعي من السيد النائب العام ليكتب بهامش الاصل بواسطة كاتب الضبط.  
بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العامة المنعقدة يوم الخامس والعشرين  
من شهر يناير سنة اثنتين وثمانين وتسعمائة والف ميلادية من قبل المجلس الاعلى  
غرفة الاحوال الشخصية ، المتركة من السادة :

الرئيس المقـرر

حمزاوى أحمد

المستشار

قاضي حليقي عبد القادر

المستشار

يسعد احسن

مساعدة السيد سليح الشريف كاتب الضبط وبحضور السيد تقيية محمد المحامي العام .

## أحوال شخصية

- يجب نفس القرار الذي يصح عقده لم تتم الحيازة فيها هذه الحيازة التي هي شرط تمام العقد .
- العقد قال مالك لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت دار سكنه خرج منها .
- ملف رقم 25554 قرار رقم 003 بتاريخ 11 جانفي 1982 . (غرفة الاحوال الشخصية) .

## ان المجلس الاعلى

في جلسته العاشرة المتعقد بقصر العدالة بهج عاب رمضان الجوازسره .  
بعد المناقشة الكابولية اصدر القرار التمسالي رقم :  
بناء على الدواد 221 و 233 و 239 و 244 و 257 و بعد ما منقح ج 30 .  
وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدامري وغيره من المطعونين  
المودسة يوم 28/10/1980 . ومذكرة الجواب التي قدمتوا المطعونين بعدها  
بواسطة محاميها الاستاذ / علي يحيى يوم 10/03/1981 .  
وبعد الاستماع الى السيد قاضي حليفي عبد الكادر المستشار المقرر  
في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد تقي محمد المحامي العام في طلباته  
المكتوبة .  
حيث اقام دحو عبد الرحمان طعنا بواسطة محاميه الاستاذ / الطويل  
مسعود يطلب نفس القرار الصادر عن مجلس قضاء ورقلة يوم 4 ماي 1980 الموافق  
على الحكم المعاد الصادر من محكمة ورقلة يوم 28 جانفي 1980 الذي قضى  
بالزام المدعى عليه (الطاعن) كفيده وعدم التعرض للمدعية في ملكية السدار

الموهوبة لها من طرفه .

و حيث للوصول الى النقص يستند الطاعن الى خمسة أوجه :

الوجه الأول / ويشمل ثلاثة فروع :

الفرع الأول / يأخذ على القرار المنتقد مخالفته الاجراءات التي تقررها المادة 141 من ق.ج.م.م. بدعوى انه خال من ذكر اسم ممثل النيابة وذكر احوال الطف على النيابة العامة .

الفرع الثاني / يأخذ عليه خلوه من صحة الاجراءات التي تطلبها أحكام المادة 13 من ق.ج.م.م. واعتدائه على وثيقة باطلة في شكل رسمها مخالفة لاحكام الموسوم رقم 70 - 99 من تاريخ 15 / 12 / 70 المتضمن تنظيم التوثيق .

الوجه الثاني / يدعى على القرار خلوه من القاعدة القانونية التي تجعله في مصاف القرارات المرجحة فقد اعتمد آراء ضعيفة وانتهى به الى حيازة رغم بطلان شكلها ولم يتعرض لكتابات العارض الذي ساء محل العقاب .  
الوجه الثالث / يأخذ على القرار المنتقد خرق الشريعة الاسلامية بتجاوزها الام فقط و سكت عن البت التي هي طرف ثان في النزاع ونم تعرض لكتابتها في الخصام و حق الاعتصار الذي تمنحه الشريعة للأب .

الوجه الرابع / يأخذ على القرار المنتقد عدم مناقشته الفروق في الهبسات بين هبة المنقول و هبة العقار الثابت التي تحكمها اجراءات تطهيرها حقوق السيادة الوطنية في تملك العقار والاطيان ، والفرق فيه بين المواطنين والاجانب و هذه إحدى النظريات الملغية لعقد العتية ورغم عدم الحيازة فقد اعتبر القرار صحة العتية .

الوجه الخامس : يأخذ على القرار المنتقد الجمود بدعوى انه لم يتناول القضية المطروحة امامه بالاوجه القانونية المتفتحة في دراسة مثل هذه القضايا

فلم يلفت للحرمان والتصرف الطائش الذي صدر عن الطاعن في حق ابنته الاخرى وأثبت حق الزوجة بدون مناقشته لمحيط الموضوع نازحا بذلك خرق الابناء الاخرين في التصرف بالسكنى التي لا زالوا يقيمون بها تحت رعاية ابيهم والتي لهم حق الإقامة بها مثل اختهم التي فصلت عنهم .

و حيث اجابت المطعون ضدها بواسطة محاميها الاستاذ علي يحيى عبدالنور ترد على الطعن .

عن الوجه الأول : الأخوذ من خرق المادة 141 من ق.ج.م.م. ومن خرق المادة 144 منه و من أحكام المرسوم 70 - 91 المؤرخ ليوم 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق ومواده 12 الى 28 فانه ثبت من الرجوع الى القرار المنقذ انه رغم نسيانه لذكر اسم النائب العام و ذكر المهنة للطرفين فانه مع ذلك مستوف للتسبيب والتعليل ولا يعاب عليه ذكر ما ذكر بالتفصيل ما دام التأسيس جاء قائما على تحليل الوقائع وتعليلها للحكم بما فيه الكفاية تم انه في مثل هذه القضايا التي تتعلق بالاموال فلا وجوب لاحالة القضية على النيابة العامة و خصوصا ان البنت الموهوبة لها لم تكن طرفا في النزاع لا بالمرحلة الأولى ولا بالثانية اطم المجلس كما ان اقتضائه توجه لشكل المطية فانه يلاحظ بان عقد الامة حررا اطم الموثق بورقة كط حرر عقد الرجوع فيها عند نفس الموثق الذي هو جزء من هيئة المحكمة الشرعية وعليه فان الوجه غير وجيه يستوجب رده

وعن الأوجه الاخرى مجمعة : فانه ثبت من القرار المنقذ والحكم المؤيد من طرفه ان المسألة تدور حول صحة الهبة والاعتصار فيه لمن يجب فالمقرر شرطا وقضاء هو ان الاعتصار حق للوالد ازاء ولده ذكرا كان أو انثى والهبة من هذا القبيل تبطل بالاعتصار اذا كان الواهب أباً للموهوب له وهذا ما ذهب اليه الاطم رحمه الله ان لسباب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً والى الأم أيضا ان تعتصر ما وهبه ان كان الاب حيا



و حيث انه ثبت من قضية الحال أن البنت لم تكن طرفا في القضية فلا وجوب على القضاة مناقشة هذا الجانب من حق الاعتصام الذي لم يطرح للقضاة لا من جانب البنت ولا من جانب من يقوم مقامها فالقضية نشرت بين الزوجين فقط مما جعل قضاة الموضوع ينظرون الى هذا الجانب الذي يجب ان يكون متوفرا في مثل هذه المعاملات ناقشوه بما فيه الكفاية غير انه يعاب على قضاة الموضوع انهم اعتبروا هذه الهيئة صحيحة مستوفية شروط الحيابة ولكن بالرجوع الى القرار والحكم المؤيد من طرفه والى الواثق وعناصر القضية يتضح ان الحيابة التي هي شرط تمام العقد لم تتم في هذا الموضوع على ان في المذهب المالكي المطبق في الجزائر فان شرط القبض الذي لم يجعله مالكا شرطا من شروط صحتها وانما جعله من شروط التمام يجب ان يكون متوفرا في مثل هذه المعاملات وقال لابد من الحيابة في المسكن والمطبخ فان كانت دار سكناه خرج منها وحيث ان الزوج في قضية الحال بقى يسكن الدار المتنازع من أجلها و شرع في اتمام بناؤها والعصمة متصلة بين الزوجين فان الحيابة صارت غير تامة ولا نافذة مما أفقده الهيئة شرطها الامناس وهو الحيابة الفعلية والمسيحة مما جعل قرار قضاة الاستئناف مخالفا لعدة شريحة هامة يسودى الى القضاة.

### فلهذه الأسباب

قبل المجلس الاعلى : نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء ورقلة بتاريخ 1980/5/4 وأسالة القضية والاطراف أمام مجلس قضاء الانواط، وعلى الصطعون ضدها بالمعاريف.

وامر بتعليق هذا القرار برمته الى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعى من السيد النائب العام ليكتب بها مش الاصل بواسطة كاتب الضبط. هذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلانية المنعقدة يوم الحادى عشر من شهر جائف سنة اثنين وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الاعلى (غرفة الاحوال الشخصية) المترتبة من السادة :

الرئيس	حمـ زاوي أحمد
المستشار المقرر	قاضي حنيفي عبد القادر
المستشار	يـ محمد أحسن
بمساعدة السيد	سليح الشريف كاتب الضبط وبحضور السيد
الرئيس	المستشار المقرر
كاتب الضبط	تقية محمد المحامي العام .

ملف رقم 71727 قرار بتاريخ 1991/04/23

فضية : (ب.ج) ضد : (ق.ع)

رضاعة - مدتها الكاملة - عامين

(أحكام الشريعة الإسلامية)

من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بإنعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه .  
ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن البنت المحضونة تجاوز عمرها العامين يوم رفع الدعوى ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها وبحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين طبقوا صحيح القانون .  
ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

#### إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر، وبعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي نصه .  
وبناء على المواد 231 و233 و239 و244 و257 ومايلها من قانون الاجراءات المدنية .  
وبعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعه لدى كتابه ضبط المحكمة العليا بتاريخ 31 ديسمبر 1988 .  
وبعد الاستماع إلى السيد / دجاني محمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب ، وإلى السيد / خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة .  
وحيث ان الطاعنه (ب.ج) طعنت بالنقض بعريضة قدمها محامها الأستاذ / عمر القاسمي بتاريخ 1988/12/31 في قرار أصدره مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1988/6/7 قضى فيه نهائيا وغيايبا بقبول الاستئناف شكلا ، وفي الموضوع بالمصادقه على الحكم المستأنف الصادر يوم

1987/6/17 والقاضي ابتدائيا وحضوريا برفض دعوى المدعية الرامية إلى ممارسة حق الأب لزيارة ابنتها (س) في بيت الطاعنة وبحضورها.

وحيث ان الطاعنة استندت في تدعيم طعنها لنقض وابطال القرار استعين فيه على وجهين الأول منها مأخوذ من خرق المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية - در غيايا ولا يستين منه احترام القضاة بما ورد بالمادة 141 من قانون الاجراءات المدنية فلم يطعن النائب العام على الملف مع انه يخص عديمي الأهلية ويتحتم على النائب العام ابداء رأيه فيه تطبيقا لأحكام المادة 141 المذكورة، كما وان قضاة الموضوع لم يستجيبوا لمطالبات المواد 140 و144 من قانون الاجراءات المدنية فلم يتسبب القرار المطعون فيه إلى تركيزهم على المستندات والمذكرات المقدمة واغفلوا عن ذكر المواد 102 و109 و110 و142 من ق. ا. م.

الوجه الثاني مأخوذ من خرق القانون والقصور في التسيب وتجاوز السلطة، وانعدام الأساس القانوني، فقضاة الموضوع اظهروا دفاعهم عن متقاضى غائب في حين ان ذلك لا يجوز لهم. كما انهم ابتدوا بالحكم المستأنف لكون البنت المحضونة ولدت يوم 1985/2/2 فلا تستحق الرضاع كل ساعتين لان الرضاع تنتهي مدته بعامين. لكنهم اغفلوا عن ذكر النص القانوني أو الشرعي الذي استندوا منه هذه القاعدة مما يعتبر قصورا في التسيب. هذا مع الاشارة إلى انه كان عليهم ان يبنوا ويطبقوا ما لهم من قوانين حين رفع الدعوى اي وقت ان كان سن البنت المحضونة لا يتفاوت تسعة أشهر فالقرار جاء خاليا من الأساس القانوني والتسيب، ويبرز فيه نوع من تجاوز السلطة.

وحيث ان المطعون ضده (ب. ق. ع) لم يحج على عريضة الطعن بالنقض المبلغة له وفق القانون وهذا ما يؤكد وصول البريد المحرر يوم 1989/5/23 فهو غير ممثل بمحام.

وحيث ان النيابة العامة بلغت بملف القضية مصحونا بتقرير المستشار المقرر بتاريخ 1991/3/20 تطبيقا لأحكام المادة 248 من قانون الاجراءات المدنية واودعت مذكرتها فيه طالبة فيها.

وحيث ان الطعن استوفى سائر أوضاعه الشكلية القانونية.

وعليه فإن المحكمة العليا.

وعن الوجه الأول المأخوذ من خرق المادة 141 من قانون الاجراءات المدنية المنوه به أعلاه.

لكن وحيث أن القرار المطعون فيه نوه بسنخ السيد ممثل النيابة العامة طبقاً للمادة 141 من قانون الاجراءات المدنية الشيء الذي يفهم منه ان النيابة العامة قد اطلعت على الملف قبل ابداء الرأي فيه اذ لا يمكن سماعها ما لم تطلع فعلاً على الملف فطبق احكام هذه المادة تطبيقاً سليماً كما وان القرار المطعون فيه نوه بطلبات ودفع الاستأنف الطاعنة وأشار إلى انه صدر في غياب المستأنف عليه لغيابه عن حضور الجلسات المستدعى لها قانوناً . ونوه بتلاوة التقرير المكتوب وتاريخ صدوره، فاحترم بذلك الاجراءات الشكلية الجوهرية. هذا وان الاغفال عن ذكر المواد : 102، 109، 110، 142 من قانون الاجراءات المدنية في صلب القرار المطعون فيه لا يؤثر على سلامته مادام قد طبق مضمون هذه النصوص تطبيقاً سليماً فالوجه مردود.

وعن الوجه الثاني : المأخوذ من خرق القانون، ونقص في التسيب وتجاوز السلطة وانعدام الأساس القانوني، والمنوه به أعلاه.

لكن وحيث ان الاستئناف يرفع برمته امام المجلس بكل الطلبات والدفع المثارة امام القاضي الابتدائي، وانه استناداً منه إلى وقائع القضية امام المحكمة ثم امامه قضى بتأييد الحكم المستأنف ولو في غياب المستأنف عليه، دون ان يتولى قضائه الدفاع عنه وذلك بكل ماتين لمؤلاء القضية ان القاضي الابتدائي طبق احكام الشريعة الاسلامية والقانون تطبيقاً سليماً وقد نوه بالقرار المطعون فيه بذلك في احدي حثياته التي جاء فيها على الخصوص : ( ..... تكون البنت كما هو ملاحظ في ملف القضية أنها من مواليد 1985/02/02 . حيث بلغت الآن اكثر من عامين والرضاع تنتهي مدته بعامين فقط) وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد طبق مضمون الشريعة الاسلامية المطلوب تطبيقها على التراجع عملاً بالمادة 222 من قانون الاسرة تطبيقاً سليماً لقوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن خولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة) مؤكداً على ان عدة الرضاعة الكاملة امان فقط، وقد تجاوزتها البنت يوم رفع الدعوى المسجلة بتاريخ 1987/04/27 فالقرار المطعون فيه لم يتجاوز السلطة المخولة قانوناً لقضائه . وتوفر على أسباب شرعية كافية، وأساس قانوني، ويرفض الوجه الثاني.

## فلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا :

قبول الطعن شكلا. ورفضه موضوعا.

وحكمت على الطاعنة بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار وصرح به في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ : الثالث والعشرين من شهر

أفريل سنة الواحد وتسعين وتسعمائة والف ميلادية. من قبل غرفة الأحوال الشخصية والمتكونة

من السادة :

دحماني محمد الرئيس المقرر

بلحبيب محمد المستشار

صالح عبد الزقاق المستشار

وبحضور السيد / خروني عبد الرحيم المحامي العام، وبمساعدة السيد / ديليش صالح

كاتب الضبط.

حيث ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة مجلس الاستئناف إذا لم يذكروا التأشير  
الاجمالي على المستندات المقدمة حسب مزاعم الطاعن الأول فإنهم عللوا قرارهم تعليلا كافيا  
وواضحا فيما يرجع إلى سيرة المستأنفة وإلى سبب الحكم بالتفريق بين الطرفين  
وحيث أن هذا الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام أو قصور التعليل.

حيث خلافا لما يدعيه الطاعن (ب.م) أنه لا يوجد بملف الدعوى ما يثبت سوء سيرة  
المطعون ضدها.

وحيث يستفاد من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن حضانة ولدي هذه الأخيرة والطاعن  
الأول اسندت لأمها.

وحيث أن والد المحضونين يسكن بمدينة الخروب ولاية قسنطينة وأن أمها تقيم حاليا  
بفرنسا.

وحيث أنه من المستقر فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب حق الزيارة  
والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود.

وحيث فيما يرجع إلى قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد  
بدون شك عن ألف كيلومتر فإن ذلك يعد مانعا لوالد المحضونين من الرقابة عليها.

وحيث من جهة أخرى أن القاعدة القضائية الجاري بها العمل تقتضي بأن النفقات  
والتعويضات تقدر على حسب حالة المنفق المادية والاجتماعية، وحيث أن قضاة مجلس  
الاستئناف لم يذكروا في حيثيات قرارهم السبب الذي اعتمدوا عليه في تقدير المبالغ المالية  
الممنوحة إلى المستأنفة وإلى ولديها.

وحيث نظرا لما جاء بالوجه الثاني يتعين القضاء بنقض القرار المنتقد جزئيا فيما يخص الحضانة  
والنفقة والتعويض.

وحيث أن طلبات السيد النائب العام جاءت موافقة مع مقتضيات هذا القرار.

حيث أقام (ب.م) و (ب.ن) بواسطة محاميها الاستاذ رافعي أحمد طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر بينها وبين (ب.د) يوم 1983/12/15 عن مجلس قضاء قسنطينة القاضي بالمصادقة مبدئيا على الحكم المعاد الواقع يوم 1982/9/13 من محكمة الخروب فيما قضى بالطلاق بين الطرفين ومن جديد حكم بالقول بأن الطلاق يكون على مسؤولية الزوج وبإدائه المطلقة 20.000 دج كمتعة و 500 دج شهريا كنفقة الاهمال من يوم 1982/9/13 إلى تاريخ صدور هذا القرار باسناد حضانة الولدين منير وهشام لأهمهم و بالنفقة على كل واحد منهما بما قدره 500 دج شهريا تستمر إلى تاريخ عودتها إلى ارض الوطن ثم يعاد النظر في هذا المقدار.

وحيث أن الطعن يستند إلى وجهين :

الوجه الأول : مأخوذ من مخالفة احكام المادة 144 من ق ام.

حيث أن القرار المطعون فيه لم يذكر في أي مكان التأشيرة الاجالية على المستندات المقدمة واكتفى بذكر مقالات الطرفين، وحيث ان المجلس الاستثنائي قد خالف في قراره شكلية جوهريّة تعرض قراره للنقض.

الوجه الثاني : مأخوذ من انعدام أو قصور التعليل.

حيث تمسك العارض بوقائع واضحة واثار مستندات تكشف عن سيرة زوجته الفاسدة وحيث أن ثبوت هذه السيرة الفاحشة توجب انعدام كل تصسف في دعوى الزوج في الطلاق وحيث أن قضاة الاستئناف لم يبرروا حينئذ شرعا قرارهم، وحيث علاوة على ذلك انهم منحوا للمطلقة 20.000 دج تعويضا و 500 دج كنفقة الاهمال و نفقة كل واحد من الولدين المذكورين دون اعتبار لقدرة موارد الزوج على الدفع وخاصة ان الزوجة وولديها يعيشون خارج التراب الوطني، وحيث أنه لا الحكم الابتدائي ولا القرار المطعون فيه لم يرصد نفقة العدة والميسكن فلهذه الاسباب يطلب الطاعنان نقض القرار المطعون فيه.

وحيث أن المطعون ضدها لم تجب عن الطعن.

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة احكام المادة 144 من ق ام.



## لهذه الاسباب

قرر المجلس الاعلى : نقض القرار المطعون فيه الصادر يوم 15/12/1983 عن مجلس قضاء قسنطينة جزائيا فيما يخص الحضانة والنفقات والمتعة واحالة القضية والاطراف إلى نفس المجلس مركبا من هيئة اخرى وعلى المطعون ضدها بالمصاريف القضائية .

بنا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني والعشرين من شهر سبتمبر سنة ستة وثمانين وتسعمائة والالف ميلادية من قبل المجلس الاعلى غرفة الاحوال الشخصية المتركة من السادة :

حمزاوي أحمد الرئيس

ابن حيلص عبد المجيد المستشار المقرر

قاضي حنفي عبد القادر المستشار

وعمحضر السيد تقية محمد النائب العام المساعد وبمساعدة السيد ديلش صالح كاتب

الضبط.

## CHAPITRE V

### SECTION VIII

#### Du régime dotal

##### § 1. — LA FEMME MUSULMANE ADMINISTRE SES BIENS

206. - Le droit musulman n'admet ni communauté de biens, ni même régime dotal; on peut le comparer seulement au régime de la séparation de biens du droit français et cependant là encore il faut noter une importante différence en faveur de la femme musulmane : celle-ci conserve, en effet, *l'administration de ses biens et l'entière jouissance* de ses revenus et ne contribue pas aux charges du ménage.

207. - Ce régime ne peut être modifié du consentement des parties; l'acte de mariage ne peut contenir qu'une stipulation relative à la dot.

208. - La femme musulmane administre les biens qui constituent sa dot. en jouit et en dispose dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que pour ses autres biens. (Alger, Ch. R. M. 22 juillet 1929, *Recueil Norès* n° 515.)

##### § 2. — LE MARIAGE SANS DOT EST NUL

209. - La constitution ou la stipulation d'une dot (ou don nuptial) au profit de la femme est un des éléments essentiels à la validité du mariage en droit musulman.

C'est, suivant l'expression juridique du docteur Ibn Salamoune, une condition de *droit étroit*.

La jurisprudence nord-africaine, comme celle de la Cour suprême, est demeurée formelle à cet égard. (Alger, Ch. R. M. 24 octobre 1896, *Recueil Norès* n° 25, R.A. 1897, 2, 11; 17 mai 1902, *Recueil Norès* n° 43; 9 avril 1908, *Recueil Norès* n° 78, ROBE 1908, p. 337; R.A. 1917, 2, 142 et note; I. Tunis 4 janvier 1915, R.A. 1915, 2, 201; T. Oran 15 juin 1932, ROBE 1933, p. 258, R.A. 1933, 2, 54 et note; Cass. 4 février 1931, R.A. 1931, 2, 167 et note.)

210. - Cette jurisprudence est conforme aux principes koraniques. « Tout mariage sans dot est nul » et « si vous répudiez votre femme », a dit encore le Prophète, « ne lui ôtez pas ce qu'elle a reçu de vous ».

La femme a donc un droit acquis dès la conclusion du mariage. C'est donc à tort que certains juristes ont assimilé la dot à un prix de vente : la femme livre son corps, le mari paie le prix... (DUCLOS, *Précis élém. de droit musulman*, p. 27), alors que les docteurs musulmans ont rendu exigible tout ou partie de la dot quand la chose prétendue vendue n'était pas livrée, ne pouvait pas et même ne devait pas l'être, par exemple la femme mariée avant la nubilité, ou le décès du mari avant la consommation.

211. - Nous avons pu constater que, la plupart du temps, l'acte établi par le *cadi* mentionne la constitution de la dot et sa composition.

Notons que si cette mention n'existait pas dans ce contrat de mariage, le mariage serait dit à dot indéterminée et celle-ci fixée, par la suite, d'après l'usage. (En ce sens IBN ARFA.)

212. - La dot coutumière, ainsi appelée quand elle est fixée par l'usage, dit Sidi Khalil, se proportionne à la religion, à la beauté, à la position de la future, au pays qu'elle habite et à la dot reçue par sa sœur germaine ou consanguine.

Cette dot est appelée également *téfouid*.

213. - La dot par *takhim* se distingue par cette conception des plus originales : c'est que sa fixation est abandonnée à l'appréciation souveraine d'un tiers.

C'est la déclaration de ce tiers qui fait la loi des parties.

214. - Dans les mariages par *téfouid* ou par *takhim*, la femme a droit à l'intégralité de la dot coutumière, dès qu'elle a cohabité avec son mari.

### § 3. — LE MONTANT DE LA DOT

215. - Le Koran n'a pas précisé ni fixé le montant minimum ou maximum de la dot qui doit être constituée au profit de l'épouse musulmane. Il n'y a pas de taux minimum, dit Ibn Djouzi, une simple bague en fer, objet sans valeur, pourrait être donnée en dot.

Le Prophète lui-même constitua, au profit de sa première femme, une dot de douze chameaux et au profit des autres une dot de 500 dinars.

Mais, cette absence de précision ou de règle devait nécessairement donner lieu à des difficultés suffisamment sérieuses, puisque les docteurs musulmans fixèrent alors un minimum de dot.

216. - Le rite hanéfite le fixe à dix dirhems (5 à 6 francs) ; le rite malékite à 3 dirhems (1 fr. 50 à 1 fr. 80).

Cependant, selon Ibn Ouabab, si la dot fixée pour un mariage est de deux dirhems seulement, le mariage n'est pas nul, car il n'y a pas un minimum fixé par la loi.

Pour Ibn Madjichoun, un pareil mariage est nul, même s'il a été consommé et bien que le mari ait versé une nouvelle somme pour atteindre le minimum.

Mais, l'avis le plus rationnel est celui formulé par Ebn Acem précisant que la nullité est relative et peut être couverte par le mari en versant à la femme le complément de la dot. (P. PESLE, *Le mariage chez les malékites de l'Afrique du Nord*, p. 130.)

217. - Puis, finalement les usages ou coutumes se sont imposés pour la fixation d'une dot convenable suivant la condition sociale de la femme.

Cette coutume, d'ailleurs, a prévalu ; elle varie à l'infini suivant le lieu et la situation respective des familles qui vont s'unir, mais elle est constamment appliquée ; on peut affirmer qu'elle a force de loi.

Enfin, la jurisprudence admet que la consistance de la dot soit nettement précisée.

#### *Composition de la dot : le naqd et le kali*

218. - En principe, et notamment en Algérie, le montant intégral de la dot se partage, sauf conventions contraires dûment établies, en deux parties égales : la première partie est appelée naqd et la seconde kali.

Un arrêt ancien de la Cour d'appel d'Alger (20 août 1866) jugeait qu'en pays musulman la présomption légale est qu'une partie de la dot a été payée avant la consommation du mariage ; d'autre part, l'usage consacré doit faire admettre que la numération des valeurs dotales a été de moitié.

Cette proportion semble admise dans le rite hanéfite.

#### a) *Le Naqd.*

219. - Le naqd, dit la jurisprudence s'appuyant sur la doctrine et les usages, est la partie *exigible comptant* dès la conclusion du mariage. Elle est fixée à la moitié de la dot. Elle est due par la seule vertu du contrat, dès avant la consommation, même s'il

s'agit d'un mariage à consommation différée. (Tunis, 15 juillet 1918, J.T.A. 1921, p. 3 ; Alger, Ch. R. M. 7 juin 1937, *Recueil Norès* n° 775.)

L'importance de cette libération du naqd est très grande, puisque la femme pourrait s'opposer à toute cohabitation, à tout entretien particulier avec son mari, comme la femme aurait le droit absolu de refuser de se mettre en voyage avec lui.

220. - Selon Ebn Acem, et par exception, le père peut toujours transiger, au nom de sa fille vierge, en faisant remise de la dot avant la consommation du mariage (vers 320).

Après la conclusion du mariage et jusqu'au jour de la consommation, il n'est dû qu'une partie de la dot, ordinairement la moitié; l'autre moitié n'est exigible qu'ultérieurement; tel est l'usage. (*Tohfat* d'EBN ACEM, commentaires, n° 227.)

221. - Cette doctrine est conforme aux prescriptions koraniques. Le Prophète a dit, en effet :

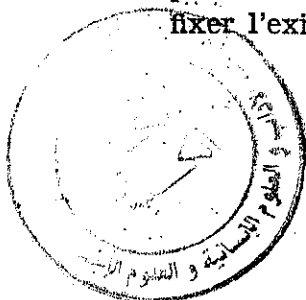
« Si vous répudiez une femme avant la cohabitation, mais après la fixation de la dot, elle en gardera la moitié, à moins que la femme ne se désiste (de sa moitié) ou bien que celui qui de sa maison a lié le nœud du mariage ne se désiste de tout. Se désister est plus proche de la piété. N'oubliez pas la générosité dans vos rapports entre vous. Dieu voit ce que vous faites ». (Sourate II, verset 238, trad. Kasimirski.)

#### b) *Le Kali.*

222. - Le kali, à la différence du naqd, n'a pas un caractère impératif et obligatoire.

Le rite malékite n'a pas déterminé à partir de quelle époque, après la consommation du mariage, le kali devenait exigible. De cette carence, les docteurs musulmans sont eux-mêmes indécis et leurs avis extrêmement divisés. Certains ont étendu le délai d'exigibilité de six mois à vingt ans; d'autres jusqu'à quarante ans et Sidi Khalil envisage même un délai pouvant aller jusqu'à cinquante ans.

Et cependant, c'est ce jurisconsulte, le plus suivi en Afrique du Nord, qui émet l'avis que les longs délais, en cette matière bien particulière, sont vus avec défaveur. « Il est blâmable, dit-il, de fixer l'exigibilité de la dot à une époque trop éloignée ».



223. - Pratiquement, les parties conviennent toujours d'un délai qui doit se mouvoir entre six et vingt ans.

Il ne faut pas oublier que le kali est une simple créance de la femme sur son époux et elle n'est, dès lors, exigible qu'à l'époque convenue entre parties. (En ce sens, Sousse, 23 mars 1910, ROBE 1912, p. 276 ; R.A. 1911, 2, 393.)

224. - Tous les litiges relatifs à la composition de la dot doivent être considérés comme se rattachant au statut personnel. (Oran 15 juin 1932, R.A. 1933, 2, 54 et note; ROBE 1933, p. 258.)

#### § 4. — PAIEMENT DE LA DOT

225. - Le défaut de constitution de la dot est bien une cause de nullité du mariage, mais cette nullité est relative, n'étant pas de nature à troubler l'ordre public.

Il n'appartient pas aux tribunaux de la soulever d'office lorsque les parties n'en ont pas fait état. (Cass. 4 février 1931, R.A. 1931, 2, 167.)

En réalité, ce n'est pas le paiement de la dot qui est un élément substantiel du mariage, mais la constitution de dot.

Le regretté doyen Morand, annotant un arrêt de la Cour d'Amiens — lequel faisait la confusion entre le payement de la dot et la constitution de la dot — proclamait la vérité du principe plus haut énoncé en stipulant que la femme dotée, mais à qui la partie immédiatement exigible de la dot n'a pas été payée, a simplement le droit de se refuser à son mari et la persistance de ce dernier à ne pas se libérer vis-à-vis de sa femme autorisera celle-ci à réclamer le prononcé, non de la nullité du mariage, mais de sa dissolution par le divorce.

226. - Les docteurs malékites admettent que la nullité du mariage résultant de l'absence de constitution de dot ou d'une constitution de dot vicieuse est couverte par la consommation.

« Si le vice provient de la dot, dit Ebn Acem, alors le mariage, une fois consommé, sera maintenu moyennant la dot de parité » (vers 373).

a) *Par qui le paiement de la dot est-il effectué ?*

227. - Le paiement de la dot est dû par le mari. Sidi Khalil dit : « Si le mari a des ressources suffisantes, c'est à lui qu'incombe l'obligation de payer la dot, sauf conventions contraires ».

Et si le mariage a été conclu par le père en vertu du droit de djebr, il est seul débiteur de la dot et les parties intéressées doivent alors s'adresser directement à lui.

228. - Le paiement intégral de la dot devient obligatoire pour le mari par sa cohabitation avec sa femme. (Alger, Ch. R. M. 25 mars 1930, *Recueil Norès*, n° 549.)

Le Koran (sourate IV, versets 24 et 28) formule une règle que les docteurs musulmans ont suivie au profit de la femme :

« Si vous désirez changer de femme et que vous lui ayez donné 100 dinars, ne lui ôtez rien.

« Donnez à celle avec laquelle vous avez cohabité la dot promise ».

El Bokhari rapporte le hadits suivant :

« Deux époux se présentèrent devant le Nabi. Celui-ci, après avoir entendu leurs plaintes, prononça la répudiation et dit au mari : « Vous ne prendrez rien de la dot que vous avez donnée, parce que vous avez consommé le mariage ».

Dans le rite hanéfite, pour que la femme ait droit à la totalité de la dot, il faut que la cohabitation avec le mari soit légitime ; alors que dans le rite malékite, la cohabitation produit toujours son effet légal.

229. - Il y a présomption légale de cohabitation lorsque la femme a vécu maritalement chez son mari pendant une année. (SIDI KHALIL, trad. Fagnan, p. 57.)

Mais, on peut stipuler, au contrat seulement et ce à peine de nullité, que la cohabitation sera retardée d'un an au maximum, soit à raison des projets d'expatriation du mari, soit de la jeunesse de la femme.

De même, selon Sidi Khalil, cette cohabitation peut aussi être retardée si la femme est impubère ou malade.

b) *Quid si le mari est impuissant ?*

230. - Dès l'instant où il y a eu cohabitation, le rite malékite accorde à la femme la totalité de la dot.

« La dot entière est due à la femme mariée à un impuissant », dit Sidi Khalil.

Par une fiction juridique ayant pour but de se conformer à l'esprit des principes koraniques, les auteurs musulmans, tant du

rite malékite que ceux du rite hanéfite, considèrent la consommation comme ayant eu lieu.

c) *Quand la femme a-t-elle qualité pour toucher la dot ?*

231. - Lorsque la femme est majeure, qu'elle est affranchie du droit de djebr, elle a qualité pour recevoir le montant de la dot et donner valablement quittance.

« La femme libre de sa personne recevra elle-même sa dot »  
(SIDI KHALIL).

Sidi Brahim Tataï, commentant ce texte de Sidi Khalil, précise formellement que c'est la femme libre qui perçoit elle-même la dot et non l'un de ses parents. Si pourtant l'un de ceux-ci l'avait touchée, la femme ou son mari sont en droit d'en poursuivre la restitution.

232. - Mais, si la femme est mineure, sous la puissance paternelle, c'est au père ou au ouaci que le paiement de la dot est effectué. Tous les auteurs musulmans sont d'accord sur ce point.

Malgré l'impuberté de la femme, le mariage à consommation différée est parfaitement régulier et valable en droit musulman, ainsi que nous l'avons déjà étudié ; il crée toutes les conséquences juridiques d'un mariage parfait ; dès lors la dot appartient à la femme. (Alger, Ch. R. M. 7 juin 1937, *Recueil Norès* n° 775.)

d) *Le père comptable de la dot.*

233. - Il est d'usage, chez les musulmans d'Algérie, que lorsqu'une vierge est mariée par son père, c'est celui-ci qui touche la partie de la dot versée en espèces avant la consommation du mariage.

Cet usage est si répandu qu'il en résulte à l'encontre du père une présomption *juris et jure* le rendant de *plein droit comptable* de la dot envers sa fille.

Le père ne saurait se décharger de cette responsabilité légale en prétendant établir que la dot a été versée à un étranger. (T. Batna 14 mars 1906, ROBE 1906, p. 141.)

234. - La réception de la dot par le père de la femme n'est pas l'acte d'un mandataire librement consenti, mais une sorte de mandataire obligatoire : la réception de la dot par lui n'est point faite *animo domini*, mais à titre précaire au nom de sa fille. (En ce sens, J. P. Souk-Ahras, 29 juin 1909, J.T.A. 1910, p. 69.)



*Capacité du mandataire pour recevoir la dot.*

235. - Le mandataire constitué pour le mariage par la mineure musulmane avec l'approbation et le concours du *cadi*, son tuteur légal, a pleine capacité pour recevoir au nom et pour le compte de la mineure la partie de la dot exigible destinée à l'achat du trousseau.

Le versement de ladite somme est donc valablement faite aux mains dudit mandataire. (En ce sens, Alger, Ch. R. M. 24 octobre 1896, *Recueil Norès* n° 25, ROBE 1897, p. 103, et R.A. 1897, 2, 11.)

## § 5. — DU CAUTIONNEMENT DE LA DOT

236. - La dot ne pourrait être due par une tierce personne que par suite du cautionnement qui l'oblige directement.

Suivant El Téoudi, la caution engage le répondant même après sa mort.

« Le garant (caution) qu'il vive ou qu'il meure, est engagé personnellement pour ce qui est porté dans la convention et sans recours contre le mari », dit Mohammed Assem.

237. - L'engagement du mari peut donc être cautionné par un tiers. Cependant, en droit musulman, comme d'ailleurs en droit français, le cautionnement ne se présume pas. Il doit être exprès. Il est indispensable même que le cautionnement soit approuvé par la femme elle-même ou son tuteur si elle est mineure.

Ainsi donc, la caution s'engage personnellement ; à sa mort, la femme a le droit d'engager toute action utile pour poursuivre le recouvrement de sa dot dans la succession du répondant. (Alger, Ch. R. M. 25 mars 1930, R.A. 1931, 2, 150, *Recueil Norès* n° 159.)

238. - De même, la caution a juridiquement recours contre le débiteur principal, dans les termes du droit commun.

a) *Formule du cautionnement.*

239. - L'acte de mariage porte généralement une formule rédigée en termes lapidaires, mais qui est suffisante du point de vue juridique :

« La dot a été fixée à la somme de mille francs que le sieur... (père, frère, parent du mari) a cautionné et du payement de laquelle il s'est porté garant ».

240. - Nous savons que l'hypothèque est inconnue en droit musulman et que la femme ne possède point d'hypothèque légale sur les biens de son mari.

Le cautionnement devient donc une garantie importante pour le paiement des dots.

Nous recommandons de préciser ce cautionnement dans le contrat de mariage, car il doit être prouvé et *ne se présume pas*. (Alger, Ch. R. M. 25 mars 1930, *Recueil Norès* n° 549.)

b) *Personnes ne pouvant valablement cautionner.*

241. - Le cautionnement de certaines personnes, s'il était donné, ne serait pas juridiquement valable. Ce sont :

1° la femme mariée ne peut disposer, sans le consentement de son mari, que du tiers de ses biens. Elle ne pourrait donc s'engager à titre de caution que jusqu'à concurrence de ce tiers;

2° les mineurs et les interdits;

3° les malades en danger de mort; en effet, aux termes du droit musulman ces malades ne peuvent plus disposer de leurs biens en raison du manque de discernement et d'intelligence suffisante. On craint, près de la couche du moribond, des tractations illicites et intéressées.

Cependant, Sidi Khalil note une exception établie en faveur du père :

« Toute garantie relative à la dot est nulle lorsqu'elle est faite par un malade et mise à la charge de sa succession, à moins qu'il ne s'agisse d'un père mariant sa fille ».

#### § 6. — PREUVE DU PAIEMENT DE LA DOT

242. - La preuve du paiement de la dot peut s'établir par les moyens suivants :

1° par une quittance de celui qui avait qualité pour recevoir la dot; mais, il est nécessaire que cette quittance ou reçu mentionne expressément que les espèces ont été livrées en *paiement de la dot*;

2° par une mention de paiement insérée, par le cadi, dans le contrat de mariage;

3° par témoins, c'est la preuve par excellence en droit musulman;

4° par des présomptions légales.

La présomption légale résulte, en droit musulman, de ce qu'une partie de la dot a été payée avant la consommation du mariage, puisque la femme peut se refuser au mari si cette partie de la dot n'était pas payée;

5° par serment, en dernière analyse, car dans cette matière du mariage, le serment n'est autorisé qu'en l'absence d'une autre preuve.

Suivant Sidi Khalil, si la contestation porte sur le paiement du *naqd*, le serment sera déféré dans les conditions suivantes :

a) Si la difficulté a lieu avant le mariage, le serment est alors déféré à la femme, si celle-ci est *rachida*; dans le cas contraire ce serment est prêté par son père ou son tuteur.

Ebn Acem dit que ce serment peut être déféré à la personne qui a contracté pour elle (vers 396, 412, 419).

b) Si la difficulté a lieu après le mariage, le serment est prêté par le mari, s'il prétend s'être acquitté avant de consommer le mariage. (En ce sens, EBN ACEM, vers 414.)

Si la contestation porte sur le *kali*, c'est la femme seule qui doit établir par serment qu'elle n'a pas reçu la seconde partie de la dot.

#### *Décès de la femme.*

243. - En cas de décès de la femme, la dot est due à ses héritiers. Ceux-ci sont parfaitement fondés et habilités à introduire toute action utile pour obtenir paiement de la dot.

### SECTION IX

#### § 1. — CESSIION DE LA DOT OU REMISE DE LA DOT

244. - Les docteurs musulmans et notamment Sidi Khalil consacrent le droit, pour la femme, de céder sa dot, même à titre gratuit.

La cession s'opère par la seule volonté du cédant et du cessionnaire. Il n'est besoin d'aucune formalité spéciale.

La femme maîtresse de ses actions (*rachida*), dit Sidi Khalil, a le droit de faire remise de sa dot et ce qui a été donné ou remis ne peut plus être réclamé. Si cependant la remise avait lieu avant

§ 3. — QUID DE LA DOT D'UNE FEMME AVEC LAQUELLE EXISTAIT,  
POUR LE MARIAGE, UN EMPÊCHEMENT DIRIMANT

250. - Ainsi, il est défendu à tout musulman d'être marié avec cinq femmes ensemble, alors même qu'un don nuptial particulier serait assigné à chacune d'elles ; le fidèle ne peut être, à la fois, le mari de deux femmes dont la mention de l'une établirait l'union illicite de l'autre avec ce fidèle ; de même, il n'est pas permis au fidèle de cohabiter avec deux femmes esclaves ; d'unir à la fois la mère et la fille au même mari.

Lorsque la femme, au moment du mariage, connaît l'empêchement dirimant, elle est alors coupable d'avoir consenti au mariage et, dans ces conditions, elle ne peut prétendre à aucune dot.

251. - Mais, si elle a ignoré l'empêchement, le mari demeure seul responsable de la faute, il doit nécessairement payer à chaque femme la dot stipulée, s'il y a eu consommation du mariage, et la moitié seulement si la consommation n'a pas eu lieu.

§ 4. — QUID DE LA DOT QUAND LE MARIAGE EST ANNULÉ

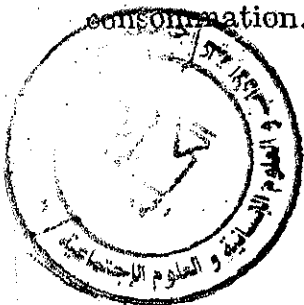
252. - Si le mariage est annulé, alors que la consommation a été parfaite, le mari doit, néanmoins, payer la dot convenue et fixée dans le contrat.

Lorsque la dot n'a pas été fixée, le mari doit payer la dot coutumière et cela alors même que la consommation aurait eu lieu par erreur ou bien qu'elle se serait accomplie malgré la résistance de la femme.

253. - Cependant, la dot n'est pas due quand le mariage a été annulé *avant la consommation*. (Alger, Ch. R. M. 26 janvier 1929 Recueil Norès n° 476; ROBE 1928, p. 244; R.A. 1931, 2, 57.)

Une jurisprudence ancienne, conforme en cela aux commentateurs du docteur Ebn Acem, déclarait que lorsque le mariage est annulé, avant la consommation, la femme a droit au naqd. (Alger, Ch. R. M. 24 octobre 1896, R.A. 1897, 2, 1.)

Evidemment, plusieurs juristes soutiennent que le droit à la dot prend naissance par la copulation charnelle ; mais, ici il faut distinguer entre le mariage *annulé* avant toute consommation, dont toutes les conventions n'ont plus aucune valeur, et par conséquent la dot qui était l'élément essentiel de la validité du mariage n'a plus sa raison d'être dans un contrat de mariage annulé avant consommation.



Mais, si la consommation n'a pas eu lieu par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de la femme, par exemple la mort violente de son mari, le droit à la dot lui reste acquis.

C'était une règle applicable sous l'ancien droit français et traduite par cet adage : « Au coucher gagne la femme son douaire ».

Nous sommes fondé à soutenir que la chambre de révision musulmane, par son arrêt du 26 janvier 1929, a fait une saine et logique application du droit musulman, malgré la controverse et la querelle de mots élevées par plusieurs docteurs musulmans. Le mariage nul, en effet, ne peut produire aucun effet de droit.

Mais, quand il a été consommé, cette nullité laisse cependant à la charge de l'époux l'obligation de payer la dot et de pourvoir aux frais imposés par la retraite de continence à laquelle l'épouse demeure soumise. (Alger, Ch. R. M. 21 mai 1946, arrêt n° 128 des minutes du greffe, pr. NÉGRIN).

## SECTION X

### § 1. — DOT PAR COMPENSATION

254. - Pour Sidi Khalil le mariage est vicié lorsque l'on dit, par exemple : « Marie-moi ta sœur (ou ta fille...) moyennant 100, à condition que je te marie ma sœur moyennant 100 », formule constituant ainsi le *pseudo-chighar* ou *compensation de dots*. (FAGNAN, p. 62.)

Mais, dans le mariage *chighar* le montant de la dot n'est pas fixé ; dans ce cas, il est exprès.

255. - Le *pseudo-chighar* est validé par la consommation et la plus forte des deux dots, convenue ou d'équivalence, est due.

256. - Le *chighar* composé sous la forme suivante : « Marie-moi ta sœur moyennant cent, à condition que je te marie la mienne sans dot » vicie également le mariage.

257. - Dans le *chighar* soit exprès, soit composé, le mariage est annulé ; s'il a été consommé la dot d'équivalence est due. La jurisprudence est dans ce sens. (T. Guelma 15 novembre 1893, R.A. 1893, 2, 142, ROBE 1894, 10, 30.)

258. - Suivant l'opinion dominante des auteurs musulmans un tel mariage est nul, de nullité absolue ; mais, la société est intéressée à ce que l'autorité judiciaire n'annule pas trop facilement les mariages, surtout quand ils ont été consommés. La femme ne recouvre pas facilement, en effet, l'état de mariage et se trouve

alors dans une situation précaire. (En ce sens O. PESLE, *Le mariage malékite*, p. 133.)

C'est encore la raison pour laquelle le jurisconsulte Ibn Ziad (MOHAMED BEN ABDALLAH BEN RACHID, *Loubab El Loubab*, p. 93) rapporte une opinion d'après laquelle le mariage peut être validé moyennant une dot d'équivalence s'il a été consommé.

Ce mariage est appelé, dans le département de Constantine, « chignon pour chignon ».

### § 2. — DOT D'ÉQUIVALENCE

259. - La règle de droit stipule que la dot doit être déterminée au moment du contrat de mariage ; mais, pour favoriser le mariage, les docteurs du rite malékite ont été amenés à faire fléchir la rigueur de cette règle en admettant des modes de constitution de dot contraires au principe de droit trop absolu. Ce sont les dots d'équivalence, fiduciaire et arbitrale.

260. - La dot d'équivalence est donc un moyen d'éviter toute annulation du contrat de mariage, tout en respectant le principe de la dot comme élément juridique indispensable à la validité du mariage.

Le mari est donc tenu de verser à la femme une dot calculée d'après la condition sociale de la femme, sa fortune et sa beauté. (IBN DJOUZI, cité par O. PESLE, *Le mariage malékite*, p. 164.)

Ainsi, la nullité d'un mariage chighar est couverte par le paiement d'une dot d'équivalence à la femme, lorsque le mariage a été consommé.

### § 3. — DOT FIDUCIAIRE

261. - La dot fiduciaire est celle qui n'est pas fixée au moment du mariage, c'est-à-dire avant la célébration du mariage ; mais, elle sera fixée préalablement à la consommation. D'ailleurs, la femme peut refuser la consommation si la dot n'est pas fixée et toujours en vertu de la règle fondamentale « Pas de mariage sans dot ».

C'est le cas des mariages pauvres.

262. - L'opinion dominante des docteurs du rite malékite stipule que, au cas de répudiation ou de la mort du mari avant que la dot ait été fixée, la femme n'a pas droit à la dot, mais elle a droit à la succession.

## § 4. — DOT ARBITRALE

263. - La fixation de la dot est reportée au moment de la consommation du mariage.

Les parties peuvent convenir que le soin de fixer la dot appartiendra à la femme ou à un tiers arbitre.

Suivant Sidjilmassi, si la dot fixée par la femme ne dépasse pas la dot d'équivalence, elle lie le mari.

264. - Lorsque la dot fixée par un tiers arbitre l'a été à un taux inférieur à la dot d'équivalence, la femme a le choix ; si elle est fixée à un taux supérieur, c'est le mari qui a le choix.

## SECTION XI

Quid de la dot au cas de dissolution du mariage  
avant et après sa consommation

## § 1. — LE DROIT A LA MOITIÉ DE LA DOT

265. - Quand la femme est répudiée avant la célébration du mariage et par conséquent avant la consommation, elle a droit à la moitié de la dot.

Cette opinion quasi unanime des docteurs musulmans est fondée sur les prescriptions du Koran qui prescrit : « Si vous répudiez une femme avant la cohabitation, mais après la fixation de la dot, elle en gardera la moitié » (S. 2, V. 238).

Et Ebn Acem précise qu'en cas d'annulation du mariage et de répudiation, la dot entière est due si le mariage a été consommé ; il n'en est dû que la moitié s'il n'a pas été consommé.

266. - La jurisprudence, conformément à cette doctrine, a déclaré que si la femme avait perçu l'intégralité de la dot avant la célébration du mariage, elle doit être tenue à la restitution de la moitié. (Alger, Ch. R. M. 9 décembre 1935, *Recueil Norès* n° 764). Elle ne devient propriétaire que de la moitié de la dot. (T. Bougie 2 juin 1943, greffe mus. n° 116.)

Dans cette espèce, le mariage avait été célébré par la récitation de la fatiha et le versement de la dot. La consommation devait s'effectuer quelques jours plus tard, au moment de la fête célébrée, à cet effet, suivant les coutumes en usage.

Mais, la femme fut tuée accidentellement avant toute consommation et cohabitation. La dot ayant été versée intégralement,

seule la moitié de la dot était acquise à la femme et en conséquence à ses héritiers.

Pour écarter la demande en restitution portant sur la moitié de la dot, le premier juge avait appliqué les dispositions du rite hanéfite, alors qu'en Algérie, à moins d'une convention spéciale et expresse, les musulmans sont régis par le rite malékite.

§ 2. — MARIAGE CONSOMMÉ. — DROIT A LA DOT

267. - Mais, lorsque le mariage a été célébré et consommé, la femme a droit à la dot entière, même si le mariage a été annulé ou si le divorce a été prononcé à la demande de la femme, par autorité de justice. (Alger, Ch. R. M. 18 février 1903, *Recueil Norès* n° 47, ROBE 1903, p. 218 ; 3 janvier 1907, *Recueil Norès* n° 71, ROBE 1907, p. 98 ; 21 mai 1946, pr. NÉGRIN, arrêt n° 128 des minutes du greffe.)

268. — Les jurisconsultes musulmans ont apporté à cette règle des exceptions lorsque la répudiation a été motivée par le fait de la femme.

Ainsi, selon Mohammed Assem, si la femme accouche moins de dix mois après la célébration du mariage, la dot est annulée.

Pour El Téoudi, le mari « ne doit rien sur la dot, et s'il en a payé la moitié, il se la fait rendre parce qu'il résulte de cet accouchement la preuve que la femme, au moment du mariage, était en eudda ou en istibra ».

Le Cheikh Akbouï dit : « Si la femme est enceinte au moment du mariage et qu'elle cache son état à son époux, celui-ci peut exiger le remboursement intégral de la dot ».

269. - Des décisions anciennes ont adopté les exceptions justifiées des docteurs musulmans. (Contantine 27 septembre 1866 ; Alger 24 décembre 1866 ; Oran 18 novembre 1867.)

270. - En cas d'apostasie de la femme précédant la consommation du mariage, la femme perd ses droits en entier à sa dot.

271. - Il y a lieu également à restitution de la dot quand la femme commet l'adultère. (T. Bougie 12 septembre 1940, greffe mus. n° 220, juge HENRIQUET.)



§ 3. — QUI A QUALITÉ POUR DEMANDER LA RESTITUTION DE LA DOT  
ET A QUI ?

272. - C'est toujours celui qui a remis la dot ou livré les biens dotaux qui a qualité juridique pour en réclamer la restitution.

*Action engagée contre la femme.*

La femme étant propriétaire de la dot, c'est donc à elle, en principe, que la restitution doit être demandée.

Mais, si au moment de la perception de la dot la femme était sr'ira ou safiha, l'action pourrait être alors intentée contre le père ou le tuteur si la dot avait été payée à l'un ou à l'autre.

*Contre le ouali.*

273. - De même, l'action peut être engagée contre le ouali, si celui-ci était un parent de la femme à un degré prohibé (fils, frère, proche parent).

Dans le cas contraire, le ouali ne peut être poursuivi en restitution de la dot ; le mari assignera alors la femme seule. En effet, si le ouali est comptable de la dot, il l'est vis-à-vis de la femme et vis-à-vis d'elle seulement. (T. Bougie 12 septembre 1940, greffe mus. n° 220.)

Lorsque le ouali a pris une fausse qualité, ayant pour but et pour effet de tromper sciemment le mari, celui-ci est en droit, juridiquement, de le poursuivre personnellement.

*Contre un tiers.*

274. - Un tiers, ne pourrait être condamné à payer conjointement et solidairement avec la femme, à moins d'engagements particuliers antérieurs en vue du remboursement. (Alger, Ch. R. M. 30 novembre 1931, *Recueil Norès* n° 653, R. A. 1934, 2, 127 ; T. Bougie, 9 juillet 1942, greffe mus. n° 285.)

Bien souvent, en effet, le mari assigne le père et la femme, ou bien le frère et la femme et demande une condamnation conjointe et solidaire : or, dans l'espèce, le père, le frère... ne sont que des tiers quand aucun engagement spécial, à cet effet, n'a été pris par l'un ou l'autre.

*Contre un donataire.*

De même, la restitution ne pourrait être réclamée au donataire par la femme que si celui-ci avait su que la donation faite à son profit provenait d'une dot. C'est le seul cas permettant au mari de poursuivre la femme et à celle-ci de mettre en cause le donataire.

## SECTION XII

## Propriété de la dot - Régime juridique

## § 1. — LA DOT APPARTIENT A LA FEMME

275. - La dot appartenant en toute propriété à la femme, le père ou le tuteur qui la reçoit, dans les cas déterminés par la loi et que nous avons déjà étudiés, doit *rendre compte*. C'est l'expression employée tant par les docteurs musulmans que par la jurisprudence de nos tribunaux. (Alger, Ch. R. M. 15 novembre 1919, *Recueil Norès* n° 140 ; T. Bougie 25 juin 1927, R.A. 1928, 2, 63.)

La femme doit donc recevoir, dans tous les cas, des mains de son père ou tuteur, l'intégralité de la dot versée par le mari.

276. - La femme n'est pas tenue, en droit musulman, de faire abandon à ses parents d'une partie du don nuptial. Si elle le faisait, ce serait à titre essentiellement gracieux.

Elle peut disposer à son gré de la dot et exercer sur elle tous les droits du propriétaire. (J. P. Bougie, 21 février 1941, greffe mus. n° 1076.)

Par l'effet de la loi, la femme devient *créancière et propriétaire* de la dot. (T. Bougie 9 juillet 1942, greffe mus. n° 285.)

277. - Elle est habile à passer des baux, toucher les loyers, percevoir les fruits, faire tous actes d'administration relativement à ses biens dotaux. Et à cet effet, elle a seule qualité pour intenter une action ou pour y défendre.

La jurisprudence de nos tribunaux est définitivement fixée en ce sens que la femme qui a obtenu jugement pour le paiement du montant de sa dot est en droit de procéder à son exécution, dans les formes du droit commun, faire saisir et vendre les biens appartenant à son mari.

*Quid des détériorations survenues aux biens dotaux ?*

278. - C'est la femme qui, juridiquement, doit supporter les pertes ou détériorations.

Sidi Khalil l'indique d'une façon expresse : « La femme est responsable des pertes survenues à sa dot après l'avoir reçue ». Cependant, il est alors nécessaire et indispensable que la femme ait été mise en possession des biens dotaux.

Lorsque la dot se compose de choses qui ne peuvent être cachées et que les époux en ont la jouissance commune, la perte doit être supportée entre eux par portions égales.

*Aliénation de la dot.*

279. - La femme peut aliéner sa dot à titre définitif ou bien en disposer par voie de tsénia et rahnia ; c'est une conséquence normale de son droit de propriété.

## § 2. — COUTUMES KABYLES

280. - Dans les coutumes kabyles, le futur époux paie la dot convenue « thâmamth » ou « thouchith » au père de la future épouse ; c'est donc le père qui a marié la jeune fille qui devient propriétaire de la dot. Normalement, il peut donc en employer le montant selon sa fantaisie.

Cependant, une pratique constante veut qu'une partie de la dot soit employée à l'achat d'un trousseau et de vêtements pour la mariée.

La femme, en droit musulman, est devenue propriétaire de la dot en vertu des réformes du Prophète.

281. - Nous avons vu qu'aux termes des coutumes kabyles, le mari qui répudie son épouse a le droit de fixer sur la tête de celle-ci un prix de rachat dit « Lefdi » dont elle devra restitution en cas de remariage.

Le législateur algérien est intervenu par esprit d'humanité ; le décret du 19 mai 1931, réglementant la condition de la femme kabyle, a sanctionné la répudiation ainsi prononcée, mais en limitant le lefdi au seul montant de la somme fixée lors du mariage pour la dot de la femme (thâmamth).

282. - Enfin, le mari kabyle à l'encontre de qui le divorce a été prononcé ne peut demander la restitution de la dot. (Alger canton Nord, 22 mars 1933, R.A. 1933, 2, 192.)

**SECTION XIII****Des règles concernant les accessoires de la dot**a) *Augment de la dot.*

283. - En règle générale, tout ce qui a trait aux accessoires de la dot comprend l'augment de la dot, les cadeaux, le trousseau, frais de mariage et autres. Ils s'ajoutent à la dot et en suivent la condition juridique.

Ce sont les réformes koraniques qui ont autorisé l'augment de la dot *postérieurement* au contrat originaire : « Donnez à celle avec laquelle vous avez cohabité la dot promise ; ceci est *obligatoire*. Il n'y a aucun crime de faire des conventions en sus de ce que la loi prescrit. Dieu est savant et sage ». (Sourate IV, verset 28; Sourate dite des Femmes).

Par la suite, les docteurs musulmans ont proclamé que le mari était maître, dans tous les temps, d'augmenter la dot.

284. - Mais, en cas de décès du mari, cet augment produit tous les effets d'une donation. En conséquence, et conformément aux principes de droit qui régissent ces sortes de contrats, il est nécessaire qu'il y ait eu *remise effective* des objets compris dans l'augment.

b) *Cadeaux à l'occasion du mariage.*

285. - Un usage que l'on peut qualifier de constant en Afrique du Nord oblige le mari à envoyer, selon l'importance de sa situation sociale, des cadeaux plus ou moins riches à la femme qu'il va épouser.

La femme en acquiert la propriété absolue dès la célébration du mariage et sa consommation. Le mari serait donc irrecevable à en demander, plus tard, la restitution.

« Tout ce que le mari envoie à sa femme, dit Ebn Acem, en fait de vêtements ou de bijoux, en spécifiant qu'il l'offre à titre de cadeau, ne peut plus être légitimement repris » (vrs 419, 420).

286. - En jurisprudence, il est de principe que les cadeaux de noces ne doivent être restitués que si le mariage vient à être annulé *avant sa consommation*. (Alger, Ch. R. M. 18 février 1903, *Recueil Norès* n° 47; ROBE 1903, p. 218; R.A. 1903, p. 328.)

*Contestation sur l'offre des objets à titre de cadeau.*

287. - Le mari peut prétendre qu'il a envoyé les objets comme étant à valoir sur la dot. Dans ce cas, et suivant l'opinion généralement admise du docteur Ebn Acem, le mari est tenu de l'affirmer sous serment.

Si le mari prête ce serment, la doctrine enseigne que la femme a le choix ou de restituer ces objets ou de les garder en les imputant sur sa dot.

c) *Le mari a plusieurs femmes. - Don répétable.*

288. - Dans ce cas, les bijoux et joyaux à usage de femme ne sont pas nécessairement la propriété absolue de l'une des épouses, car le mari n'est pas toujours présumé vouloir renouveler ses bijoux à chacun de ses mariages et peut, au contraire, avoir seulement l'intention d'en parer successivement ou simultanément ses différentes femmes.

Il existe donc une présomption de propriété en faveur du mari qui peut être détruite par tous les moyens de preuve et même par l'appréciation seule du juge tant sur les conditions du mariage que sur les faits d'où l'on peut induire une donation en faveur de la femme. (Alger, Ch. R. M. 3 juillet 1893, ROBE 1893, p. 305.)

289. - Cependant, la jouissance et la possession constante des bijoux, par une même femme, doit nécessairement constituer à son profit une présomption de don par le mari.

Pour permettre au juge de distinguer alors les choses appartenant à la femme de celles appartenant au mari, celles qui lui ont été données en toute propriété de celles dont elle n'avait que la jouissance à charge de restitution à la rupture du mariage (don répétable), on doit s'en rapporter, à défaut de preuves par écrit ou par témoins, aux présomptions confirmées par le serment de l'époux en faveur de qui elles militent. (En ce sens, Alger, Ch. R. M. 19 décembre 1892, ROBE 1893, p. 60.)

d) *Cadeaux du père ou du ouali. - Hiba ou djâala.*

290. - Le père ou le ouali peut stipuler le versement d'une prestation dite hiba (donation) et consistant en une somme d'argent et divers accessoires; c'est là un usage très répandu en Algérie.

Ce don est encore désigné sous les noms de *djâala* (cadeau), *chahma* ou *mita*.

291. - Il arrive même — usage répandu surtout dans les campagnes — qu'une partie de la dot soit versée entre les mains du père de la femme.

C'est encore cette fraction de la dot qui prend le nom de *hiba* ou *don nuptial* répétable, parce que la femme a toujours le droit d'exiger qu'elle lui soit remise, le dépôt entre les mains du père ayant été effectué d'un *commun accord*.

La femme n'est obligée, selon El Téoudi, de fournir qu'un trousseau égal à la part de la dot qu'elle a reçue » (trad. de BOURDENS-LASSALLE, ch. X).

297. - La jurisprudence de nos tribunaux a toujours confirmé cette doctrine du rite malékite et qui impose à la femme l'obligation de fournir un trousseau d'une valeur équivalente au naqd. (Alger, Ch. R. M. 24 octobre 1896, ROBE 1897, n. 103, R.A. 1897, 2, 11 ; Tunis 9 mars 1905, ROBE 1905, p. 250 ; 15 juillet 1918, J.T.A. 1921, p. 3.)

Le rite hanéfite ne reconnaît aucune obligation de cette nature.

298. - Notons, enfin, que le naqd n'est pas, dans tous les cas, payé en numéraire. Il peut se composer d'objets mobiliers et immobiliers.

La femme, suivant Sidi Khalil, pourra donc vendre les objets reçus, afin de se constituer le trousseau prévu.

#### § 2. — PROPRIÉTÉ DU TROUSSEAU

299. - La femme, dit Sidi Khalil, devient propriétaire exclusive de son trousseau, alors que ce trousseau a été envoyé dans la demeure où s'est accompli le mariage.

Le mari ne pourrait donc prétendre à aucun des objets dont il se compose, alors que ces objets ont été acquis des deniers qu'il a fournis. (Bougie 25 juin 1927, R.A. 1928, 2, 63 ; Alger, Ch. R. M. 22 juillet 1929, *Recueil Norès* n° 515, R.A. 1932, 2, 26 ; J. P. El-Kseur 17 novembre 1942, greffe mus. n° 1934.)

300. - La femme musulmane administre les biens qui constituent sa dot, en jouit et en dispose dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que pour ses autres biens.

En application de ces principes doctrinaux, la chambre de révision musulmane de la cour d'Alger décide très juridiquement que le trousseau (dit djéhazi) et les bijoux deviennent la propriété exclusive de la femme.

Dès lors, si le mari s'empare, pendant l'union conjugale, de tout ou partie du trousseau de sa femme, celle-ci a le droit de le poursuivre et de le faire condamner soit à la restitution des objets, soit au paiement de leur valeur. (22 juillet 1929, R.A. 1932, 2, 26.)

*Revendication de certains objets. - Législation spéciale.*

301. - La législation musulmane a admis une disposition spéciale pour l'admission de la revendication de certains objets appartenant au père de la femme et compris dans le trousseau.

Dans ce cas, le père, selon Sidi Khalil, doit faire sa déclaration de propriétaire des objets revendiqués dans le délai d'un an, et ce sous serment.

Après l'expiration du délai d'un an, la revendication ne peut être admise que si elle est justifiée par témoignages ou si la fille en reconnaît le bien-fondé, et encore, dans ce dernier cas, le père ne pourra obtenir que le tiers des objets compris dans le trousseau.

302. - Selon Ebn Acem, si la fille n'est plus vierge ou que la revendication émane de tout autre que du père, la preuve testimoniale est alors obligatoire, sinon la revendication ne serait pas recevable. (En ce sens, vers 431.)

**SECTION XV****Contestation au sujet des objets mobiliers garnissant la maison.**

303. - Lorsqu'il y a discussion entre époux quant à la propriété du mobilier et qu'aucune preuve décisive ne tranche le litige, on doit ajouter foi à l'affirmation du mari, pourvu qu'il prête serment, s'il s'agit d'un objet à son usage personnel, comme par exemple un fusil, un sabre... (EBN ACEM, vers 434.)

304. - Mais, si l'objet discuté est à l'usage des femmes, un bijou par exemple, c'est alors la femme qui devra affirmer par serment sa qualité de propriétaire.

305. - L'objet litigieux deviendra la propriété de celui qui a prêté serment, selon Ebn Acem (vers 438).

306. - Ces règles doctrinales sont la conséquence du régime de la séparation de biens des époux, en droit musulman.

La jurisprudence attribue au mari les tapis, rideaux, tentures et à la femme l'étoffe qu'elle aura tissée ; mais encore, dans ce dernier cas, si le mari prouve qu'il a acheté les matières premières (fil, laine...), l'étoffe doit être partagée ou vendue et le prix de vente attribué par portion égale à chaque époux.

## محتويات

1/ قرار بتاريخ 1984/11/19 ، ملف رقم 34791 ( غرفة الأحوال الشخصية)

2/ la Répudiation dans les coutumes kabyles

3/ Divorce par autorité de justice ( المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ) .



ملف رقم 34791 قرار بتاريخ 1984/11/19

قضية (ع م) ضد (س أ)

تطبيق - اسبابه - ضرر بين - عدم دفع نفقة لمدة تزيد على شهرين - سبب مبرر للتطبيق

(احكام الشريعة الاسلامية)

- متى كان من المقرر فتحها وفضاء في احكام الشريعة الاسلامية ان عدم الاتفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لتطبيقها عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم ، بقوله الزوج ان عجز عن اتفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لامن فعله وعاجز عن كسوة كمثلته فان القضاء بما يخالف احكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الاسلامية .

- اذا كان الثابت ان المطعون ضده ادين جزائيا من محكمة الجنج بتهمة الاهمال العائلي وحكم عليه غيايبا بسنة حبسا منتهدة ، فان قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المعلق بالتطبيق خرقوا احكام هذا المبدأ الشرعي ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن .

### الجلسة الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر، وبعد المداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه؛

بناء على المواد 231 و 233 و 239 و 244 و 257 وما بعدها من ق ا م .

وبعد الاطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم

1983/03/22

وبعد الاستماع الى السيد ابن حيلس عبد المجيد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب

والى السيد تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته .

حيث اقامت (ع م) بواسطة محاميها الاستاذ عبد الرزاق شتوف طعنا يرمى الى نقض القرار

الصادر بينها وبين زوجها (س أ) يوم 1983/01/09 عن مجلس قضاء ورقلة المؤيد للحكم المعاد الواقع يوم 1982/05/08 من محكمة ورقلة القاضي غيايا بالنسبة للمدعى عليه برفض طلب المدعية المتعلق بالتطليق وبالزام المدعي عليه بدفعه نفقة اهمال للزوجة واولاده الثلاثة بمعدل 200 دج شهريا لكل واحد منهم ابتداء من يوم رفع الدعوى الى يوم الرجوع او النشوز

وحيث ان الطعن يستند الى وجه وحيد : مأخوذ من مخالفة احكام الشريعة الاسلامية ومخالفة القواعد الجوهرية في الاجراءات .

وذلك لان قضاة الموضوع لم يحترموا في حكمهم مبادئ الفقه الاسلامي التي تأمر القاضي برفع الضرر عن الزوجة بالحكم بالتطليق اذا طلبت ذلك واثبت الضرر وعدم المفاهمة واللائم بينها وبين زوجها .

وحيث ان فيما يرجع الى قضية الحال ان المطعون ضده قد قطع معلاقاته الزوجية مع الطاعنة وتركها هي واولادها منه في الاهمال مدة عامين كاملين .

وحيث انه صدر عليه حكم جزائي في شأن هذا الاهمال .

وحيث انه صرح امام المجلس القضائي بانه يرفض دفع المبالغ المحكوم بها عليه قبل نفقة الطاعنة وهذا دليل واضح عن عدم احترامه للواجبات الزوجية المأمور بها شرعا فللهذه الاسباب تطلب الطاعنة نقض القرار المطعون فيه .

وحيث ان المطعون ضده لم يجب عن الطعن .

عن وجه الطعن الوحيد المأخوذ من مخالفة احكام الفقه الاسلامي ومخالفة القواعد الجوهرية في الاجراءات بدعوى ان قضاة الموضوع لم يحترموا في حكمهم مبادئ الشريعة المتعلقة بالتطليق .

حيث اذا لم تستطع الطاعنة اثبات اساءة زوجها اياها امام المحكمة الاولى وامام المجلس القضائي فانه يوجد ملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم 82/01/05 عن محكمة ورقلة قضى غيايا على المطعون ضده بسنة حبسا منقذة بسبب تهمة الاهمال البعائلي نحو الطاعنة واولادها منه وحيث ان الفقه الاسلامي قرر بأن عدم الانفاق على الزوجة باكثر من شهرين متتابعين

يكون سببا كافيا لتبرير طلبها المتعلق بالتطبيق وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله الزوج ان عجز عن انفاق لاجل شهرين ذو استحقاق بعد هما الطلاق لا من فعله وعاجز ع. كسوة كمثلته.

وحيث ان بعد اثبات هذا الاهمال المادى قانونيا وشرعيا اصبح وجه الطعن مؤسس الامر الذى يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض .

### فلهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى : نقض القرار المطعون فيه الصادر يوم 1983/01/09 عن مجلس قضاء ورقلة واحالة القضية والأطراف الى نفس المجلس للفصل فيها من جديد طبقا للقانون. وعلى المطعون ضده المصاريف القضائية.

وأمر بتبليغ هذا النص برمته الى الجهة القضائية التى اصدرت القرار المطعون فيه بسعى من السيد النائب العام ليكتب بهامش الأصل بواسطة كتابة الضبط.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به فى الجلسة العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان بتاريخ التاسع عشر من شهر نوفمبر سنة اربع وثمانين وتسعمائة والى الف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الاحوال الشخصية المترتبة من السادة.

الرئيس	حمزاوى احمد
المستشار المقرر	ابن حيلس عبد المجيد
المستشار	قاضى حنيفى عبد القادر

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط وبحضور السيد تقية محمد النائب العام المساعد.

## CHAPITRE II

### SECTION VI

#### La répudiation dans les coutumes kabyles

108. - De toutes les législations anciennes et modernes, certes, c'est la coutume kabyle qui s'est montrée la plus sévère à l'encontre de la femme en donnant au mari des droits exorbitants; nos tribunaux, d'abord, le législateur ensuite, ont dû les tempérer et en adoucir la rigueur.

Ici, le droit de répudiation appartient au mari d'une façon absolue, sans limite et sans cause, comme sans contrôle.

Et telle était la jurisprudence initiale appliquée par les juridictions françaises, à contre-cœur et bien souvent avec des motifs en opposition véritable avec le dispositif. (Alger 4 février 1892, R.A. 1892, 2, 332; 31 octobre 1892, R.A. 1892, 2, 426; J. P. Nord-Alger 20 novembre 1901; T. Tizi-Ouzou 19 juin 1902, R.A. 1902, 2, 256.)

109. - Nous verrons, cependant, grâce à la compréhension de nos magistrats, plus tard des textes législatifs intervenir pour modifier la condition de la femme kabyle et apporter un correctif d'humanité à la brutalité des coutumes, voire même à la rudesse des mœurs kabyles. Ce sera notamment le décret du 19 mai 1931 qui autorise désormais la femme kabyle à solliciter des juges le divorce; la loi du 2 mai 1930 sur le mariage des impubères...

#### § 1. — RÉPUDIATION BERROU-TEGOURI ET BERROU-EMBLA-TEGOURI

110. - Dans la répudiation « Berrou-tegouri », c'est-à-dire avec fixation de prix, le mari répudiateur doit alors prononcer la formule suivante : « Je te répudie et je mets sur ta tête telle somme ». (T. Bougie 19 octobre 1929, R.A. 1930, 2, 61 et note DULOUT; Alger, Ch. R. M. 22 juillet 1908, *Recueil Norès* n° 84.)

Cette somme, toujours supérieure à la dot qu'il a payée, est dénommée *rançon*. La femme pourra se remarier, mais à la condition que le futur mari fournisse le paiement de la somme ou *rançon* indiquée par le mari répudiateur. Celui-ci est *irrévocablement lié* par la formule qu'il a prononcée. La jurisprudence était conforme à cette coutume. (HAN. et LET., t. 2, p. 177; Alger, canton Nord, 2 octobre 1895, ROBE. 1895, p. 429, R.A. 1895, 2, 412.)

111. - Cependant, et c'est là où cette répudiation est exorbitante et inhumaine, il arrive que le prix fixé pour le rachat de la femme est tellement fort qu'il ne pourra jamais être offert en remboursement au mari.

Les kabyles disent alors, en parlant de cette femme, elle est retirée de la circulation, elle est « thamaoukt » (de l'arabe retenir, empêcher). Elle est, suivant la forte expression coutumière, suspendue « au cou de son mari ». (Alger, Ch. R. M. 22 juillet 1908, *Recueil Norès* n° 84.)

Les coutumes décident que la femme ainsi répudiée ne peut plus être reprise par son mari.

112. - Cette répudiation est en opposition formelle avec les principes du Koran :

« O croyants ! il ne vous est pas permis de vous constituer héritiers de vos femmes contre leur gré, ni de les empêcher de se marier (quand vous les avez répudiées), afin de leur ravir une portion de ce que vous leur avez donné, à moins qu'elles ne soient coupables d'une action infâme manifeste. Soyez bons dans vos procédés à leur égard » (S. 4, verset 23).

La nouvelle traduction du Koran, par O. Pesle et Tidjani, transcrit ces préceptes à la sourate 4, mais au verset 19 :

« O croyants ! il vous est interdit de vous attribuer des femmes par voie d'héritage contre leur gré ou de les empêcher de se remarier dans le but de leur reprendre une partie de leur dot, à moins qu'il ne soit avéré qu'elles sont coupables de fornication. Montrez-vous convenables envers elles durant la vie commune ».

#### *Réaction des juristes et tribunaux français.*

113. - La répudiation Berrou-tegouri équivalait donc à une interdiction absolue de remariage, la femme étant ainsi condamnée par le simple caprice d'un mari plus ou moins intéressant, à un célibat perpétuel, quand elle n'est pas fatalement conduite à l'avortement, l'infanticide ou à la prostitution.

A une semblable alternative, il y a eu réaction de la part des juridictions françaises.

C'est ainsi qu'il était jugé que, dans un but d'équité, d'humanité et de moralité, il importait que le juge français prenne le droit de réduire le « lefdi » excessif et permette ainsi à la femme de

reprendre dans la vie le rôle naturel pour lequel elle a été créée. (J. P. Alger 17 octobre 1923, R.A. 1923, p. 315.)

Il est équitable, en principe, de ramener le « lefdi » arbitraire au chiffre même du « thamamth » versé au moment des épousailles.

D'autres décisions soulignaient le caractère barbare de cette coutume primitive et décidaient que le juge français a néanmoins, malgré le maintien de cette législation coutumière, la faculté de donner, dans certains cas d'espèce, la préférence non pas précisément, comme on l'a dit, à la loi française, mais bien à la loi koranique dont l'application éventuelle aux kabyles est rationnelle, puisqu'ils ont adopté la religion islamique.

C'est ainsi qu'il était encore jugé, bien que la coutume ne permette pas à la femme de demander le divorce contre son mari, que le juge de paix peut prononcer le divorce au profit de la femme, alors que le mari l'a abandonnée sans ressources, elle et ses enfants. (J. P. Constantine 7 mars 1923, R.A. 1923, 2, 312.)

114. - Déjà, la jurisprudence, comme nous le voyons, essayait, s'efforçait, en tous cas, plus encore que par le passé, de hâter l'évolution des mœurs et des coutumes des populations kabyles et de les humaniser.

Comment, en effet, parler même du droit d'insurrection pour une femme abandonnée par son mari, laquelle n'a pas à quitter le domicile conjugal d'où le mari a disparu ?

Ne serait-elle pas singulière la situation de la femme qui, ne pouvant se mettre en état d'insurrection, devrait cependant rester engagée dans les liens du mariage ?

115. - C'était pour neutraliser pareille coutume que nos tribunaux accueillaienent la demande en divorce de la femme kabyle fondée sur des motifs graves. (J. P. Fort-National 11 janvier 1899, R.A. 1899, 2, 510 ; 23 avril 1902, R.A. 1902, 2, 263 ; Bougie 30 septembre 1901.)

Et la chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger proclamait que si la coutume kabyle interdit à la femme brutalisée par son mari de demander le divorce, une conception nouvelle et plus humaine des droits de la femme s'est fait jour en Kabylie. (18 novembre 1922, R.A. 1922-1923, p. 81.)

L'évolution de cette idée est arrivée à un degré suffisant d'avancement pour constituer une *coutume nouvelle*, qui s'est

substituée à l'ancienne coutume : le moment est donc venu pour les tribunaux de la reconnaître et de la consacrer.

Le regretté doyen Morand, qui approuvait nettement cette orientation de la jurisprudence, disait qu'un tel arrêt marque bien, de la part des magistrats de la chambre de révision, la volonté persistante de donner satisfaction aux aspirations nouvelles de la population kabyle.

## § 2. — RÉPUDIATION BERROU-EMBLA-TEGOURI

116. - Cette répudiation n'exige, pour son accomplissement, de la part du mari, qu'une formule simple, exemple : « Je te répudie ». La femme demeure sous la dépendance du mari.

Lorsque le mari consent à recevoir un « lefdi » (prix de rachat) il devra déclarer, à trois reprises, devant témoins, qu'il abandonne tous ses droits sur sa femme. A partir de ce *moment seulement* le mariage se trouve *légalement dissous*.

117. - D'une manière générale, si la femme répudiée a contracté un nouveau mariage avec un tiers et que celui-ci meure ou la répudie, le premier mari peut la reprendre sans avoir à compter avec l'opinion publique et sans payer d'amende.

A cette règle, d'une portée générale, Hanoteau et Letourneux ont, cependant, signalé quelques exceptions, certaines tribus n'admettant que le Berrou-tegouri, lequel se rapproche davantage des mœurs kabyles que le Berrou-embla-tegouri, ayant son origine dans la loi musulmane.

### *Jurisprudence et effets juridiques.*

118. - Le juge de paix d'Alger, canton Nord, ayant à statuer sur une répudiation Berrou-embla-tegouri, jugeait qu'il s'agissait d'une répudiation simple, sans fixation de prix et devant entraîner toutes les suites données par les usages kabyles à une telle procédure, la femme demeurant sous la dépendance du mari jusqu'au moment où celui-ci aura modifié sa volonté en fixant un prix de rachat ou lefdi dont le versement entre ses mains libère son épouse de l'interdiction de remariage prononcée contre elle ou bien en déclarant qu'il consent à la reprendre chez lui. Enfin, ce sont les parents qui pourvoient aux besoins de la femme. (15 mai 1916, R.A. 1920, 2, 76.)

Nous sommes d'avis que la répudiation Berrou-embla-tegouri comporte bien *dissolution immédiate* du mariage, ainsi qu'une enquête à laquelle nous avons procédé auprès de personnes qualifiées, dans l'arrondissement de Bougie, ensuite à Tizi-Ouzou et notamment dans les régions de Yakouren et Azazga, nous en a apporté la confirmation.

119. - Cependant, cette répudiation n'est pas *présumée triple*. Il y a donc toujours possibilité d'une nouvelle reprise de la vie commune entre conjoints pendant la durée de l'aïdda qui est fixée à trois menstrues consécutives.

### § 3. — RÉPUDIATION THAMOAREBTH

120. - Les coutumes kabyles admettent qu'un mari peut, s'il le juge convenable, sans prononcer la formule de répudiation, renvoyer la femme et la remettre à sa famille.

Ce renvoi remplace la répudiation dans toutes les grandes familles. (Alger, Ch. R. M. 24 décembre 1927, R.A. 1927, 2, 49 et note MORAND.)

En réalité, la véritable coutume kabyle n'admet le renvoi comme équivalent à la répudiation, qu'autant que le mari a des causes graves de mécontentement et que l'expulsion de la femme, du domicile conjugal, a été ignominieuse.

« Le mari ne prévient pas les parents et leur renvoie leur fille montée sur un âne ou sur un mulet, sous la conduite d'un nègre ou d'un domestique...

« On a vu des maris renvoyer leur femme convaincue d'adultère, après lui avoir fait raser la tête ! » (HAN. et LET., t. 2, p. 181.)

121. - Dans les commencements de l'islamisme on murait la femme coupable, peine ne résultant cependant pas du texte du Koran.

Quant à l'adultère, la tradition a prescrit la lapidation.

La loi musulmane a réglé sévèrement cette question importante pour la pureté des mœurs. Le Prophète a prescrit que le mari, avant de procéder à une telle accusation, devait prendre certaines précautions légales :

« Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les enlève ou que Dieu leur procure quelque moyen de salut ». (S. 4, verset 19).



Et dans la sourate « La Lumière », parlant de l'adultère, le Prophète a encore dit :

« Ceux qui portent des accusations contre des femmes honnêtes, sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre-vingts coups de fouet » (S. 24, v. 4).

§ 4. — INSURRECTION DE LA FEMME. - LÉGISLATION COUTUMIÈRE

122. - Les kanouns kabyles ne permettent pas à la femme de demander le divorce ; mais, des usages fort anciens lui ont permis l'exercice d'un privilège destiné à compenser cette infériorité juridique : c'est l'insurrection.

Le mari, en effet, peut forcer sa femme à l'accompagner partout où il va s'établir ; si la femme y répugne, elle a la ressource de l'esclave, elle s'enfuit et la coutume ne permet pas au mari d'arracher la fugitive de la maison paternelle. (Alger, Ch. R. M. 30 mai 1938, R.A. 1941, 2, 65 et note DULOUT).

Autrement dit, au droit d'oppression correspond alors le droit de fuite.

La femme quitte le domicile conjugal et se réfugie dans sa famille. A partir de ce moment elle est « thamenafekt ». Elle n'a pas à justifier, préalablement, de ses motifs de mécontentement. (Alger, Ch. R. M. 30 mai 1938 préc.)

123. - La coutume exige formellement, pour que cet état d'insurrection ait toutes les conséquences légales, que la femme se soit retirée chez ses parents qui doivent subvenir entièrement à ses besoins.

La femme qui, de sa propre volonté, abandonne le domicile conjugal où refuse de le réintégrer est considérée, par la jurisprudence, comme en état d'insurrection. (J. P. Alger-Nord 15 juin 1910, J.T.A. 1910, p. 168 ; 20 novembre 1901, R.A. 1901, 2, 535.)

Le mari a alors le choix ou de la répudier en recevant le prix de la tāmamth, ou le lefdi, ou encore de la laisser « suspendue à son cou », c'est-à-dire thamaouakt. Suivant la terrible expression populaire kabyle, « elle est retirée de la circulation ».

Ainsi s'exprime un kanoun d'Aït Khalifa :

« Lorsqu'une femme quitte son mari et se retire chez son père, le mari peut aller la redemander ; si les parents refusent de la lui donner, il a le choix de se faire rendre immédiatement l'argent qu'il a donné pour elle ou de laisser la femme thamaouakt ».

Et un kanoun d'Aït R'Oubri stipule :

« Lorsqu'une femme quitte son mari et se réfugie chez ses parents, le mari a le choix ou de la répudier ou de la laisser thamaouakt, mais il peut exiger des parents la restitution de la thâmamth avant qu'elle soit remariée. Les parents, de leur côté, ne peuvent forcer le mari à accepter la thâmamth ou à répudier la femme ».

La jurisprudence faisait une application constante de ces principes coutumiers. (T. Tizi-Ouzou 26 janvier 1925, R.A. 1926, 2, 216 ; Alger 16 juin 1931, ROBE 1931, p. 279 et note ; Alger, Ch. R. M. 30 mai 1938, R.A. 1941, 2, 65 et note DULOUT ; T. Tizi-Ouzou 19 juin 1942, n° 204 des minutes du greffe.)

124. - Aujourd'hui l'usage courant exige que le mari fasse des démarches auprès des parents, par l'intermédiaire de notables, avant d'exercer son droit d'option.

Notons que dans l'esprit kabyle, ce droit d'insurrection toléré par la coutume est néanmoins une *infraction* qui rend la femme irrecevable à invoquer les droits et privilèges réservés à la femme répudiée. Ainsi, si elle peut emporter son enfant à la mamelle, elle ne peut demander au mari aucune indemnité de ce chef.

La femme insurgée, alors que la répudiation n'a pas été prononcée et que le divorce n'a pas brisé le lien conjugal, est dite « *mouhassana* ».

125. - Tout d'abord, la jurisprudence de nos tribunaux a sanctionné ce droit d'insurrection tantôt en y apportant un correctif humain, tantôt en faisant une application quasi-moderne des principes ci-dessus exposés et compte tenu des principes civilisateurs apportés par la France dans ce pays.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la femme peut même se retirer chez une *personne honorable*. (Alger 23 mars 1892, ROBE 1892, p. 276.)

Et cela sans que le mari puisse s'opposer à son départ, ni la contraindre à reprendre la vie conjugale, ni exiger même la restitution de la dot. (J. P. Alger 20 novembre 1901, R.A. 1901, 2, 535 ; T. Tizi-Ouzou 19 juin 1902, R.A. 1902, 2, 256 ; Alger 21 janvier 1903, J.T.A. 1903, p. 69 ; T. Guelma 23 janvier 1907, ROBE 1907, p. 148 ; Alger 1<sup>er</sup> février 1911, J.T.A. 1911, p. 89 ; T. Constantine 7 mars 1923, p. 312 ; T. Bougie, 25 juin 1927, R.A. 1928, 2, 63 ; Alger, Ch. R. M. 30 mai 1938, R.A. 1941, 2, 65 et note DULOUT.)

Enfin, dit la chambre de révision musulmane, cet état d'insurrection n'est pas incompatible avec le droit de la femme à une indemnité ou à pension. (13 mars 1939, *Recueil Norès* n° 789.)

*Justification du droit d'insurrection.*

126. - Le droit d'insurrection est parfaitement justifié lorsque la femme n'en a usé que pour se soustraire aux mauvais traitements de son mari.

Le juge doit vérifier, en fait, si la femme est bien en état d'*insurrection volontaire*, de sa part, en dehors de toute contrainte morale ou matérielle exercée sur elle.

En effet, ce droit n'existe qu'autant qu'il est dirigé contre le mari personnellement et que le départ de la femme révèle sa volonté de se soustraire à l'autorité maritale ; mais, le fait par la femme de quitter, en l'absence de son mari, le domicile où elle se trouve sous la surveillance de son beau-père, ne la constitue pas en état d'insurrection. (Alger, Ch. R. M. 8 juin 1942, arrêt n° 9 des minutes du greffe, pr. AILLAUD.)

127. - La famille, elle-même, peut apporter toute l'aide matérielle et l'assistance morale à la femme quand elle a exercé légitimement son droit d'insurrection.

La coutume kabyle ne protège la femme insurgée qu'à cette condition ; elle y voit un *ordre moral* dans l'intérêt des familles. Cette rigoureuse moralité ne permettrait donc pas à la femme d'être recueillie par un étranger.

Aucun reproche ne saurait être adressé à un parent qui, dans de telles circonstances de fait et de droit, a secouru ainsi la femme en état d'insurrection et l'a recueillie sous son toit.

Le mari est, en effet, déchargé de tout entretien à l'égard de sa femme en état d'insurrection. (T. Tizi-Ouzou 27 octobre 1944, pr. ALBERTINI, n° 591 des minutes du greffe). Il faut comprendre dans cet entretien aussi bien la pension alimentaire, que l'obligation vestimentaire.

*L'insurrection laisse subsister le lien conjugal.*

128. - L'insurrection est donc une faculté spéciale et discrétionnaire dont la femme peut user en tout état de cause, pour des raisons dont elle est souveraine appréciatrice et qu'il lui est loisible de ne pas invoquer aux fins d'échapper à l'autorité maritale, en

fait, ainsi que nous avons pu le constater maintes fois, souvent abusive.

La femme kabyle, pour cet état, n'est donc tenue d'aucune autre formalité, qu'une déclaration, laquelle — suivant le cas — peut faire l'objet d'une simple communication orale au mari ou bien se manifester devant le juge, lequel doit se borner à en donner acte à la déclarante.

*Mesure momentanée. - Domicile légal.*

129. - Cet état d'insurrection laisse subsister le lien conjugal, créant pour la femme une situation essentiellement provisoire, à laquelle mettra fin soit un *retour volontaire* au domicile conjugal, soit le prononcé, par le mari, de sa répudiation gratuite, ou payée.

Suivant l'expression très juste de la Cour d'appel d'Alger, l'insurrection n'est qu'une mesure de protection particulière et momentanée. (Ch. R. M. 2 mai 1932, R.A. 1935, 2, 154.)

Le *domicile légal* de cette femme reste fixé chez son mari. (T. Guelma 23 janvier 1907, ROBE 1907, p. 148.)

§ 5. — MARI ATTEINT DE MALADIE OU DE FOLIE

130. - L'état de maladie n'est pas un empêchement à la répudiation, seuls le fou et l'idiot se trouvent, par les coutumes, exclus de cette faculté.

L'état de maladie constitue un empêchement s'il est tel que le malade ne jouisse plus de ses facultés. (Alger, Ch. R. M. 24 juillet 1944, n° 42 des minutes du greffe.)

• 131. - Si la femme kabyle est mariée à un fou et que cet état de folie empêche le mari de subvenir à l'entretien de son épouse, celle-ci pourra alors demander le divorce pour défaut d'entretien.

Mais, en l'état des coutumes, cette action en divorce serait irrecevable, si les parents du mari fou subviennent à l'entretien total de la femme.

§ 6. — MARI KABYLE ÉTABLI EN PAYS ARABE

132. - Le fait par un kabyle, demeurant depuis longtemps en pays arabe, de s'y marier conformément aux règles du rite malékite, puis de répudier sa femme toujours conformément à cette même législation et enfin d'accepter ou de choisir dans ses procès la juridiction du cadi, emporte renonciation au statut kabyle et

adoption des règles du droit musulman pour tout ce qui concerne le mariage, ses effets et sa dissolution. (Alger, Ch. R. M. 3 juillet 1933, *Recueil Norès* n° 723.)

§ 7. — INTERVENTION DU LÉGISLATEUR.

DÉCRET DU 19 MAI 1931.

133. - La jurisprudence empreinte d'humanité et d'équité que les juges de paix de Fort-National et Michelet, dès 1899, avaient appliquée, comme correctif à la barbarie des coutumes kabyles, admettait la femme à demander le divorce contre le mari pour sévices graves. (11 janvier 1899, R.A. 1899, 2, 519; 23 avril 1902, R.A. 1902, 2, 312.)

Et la Cour d'Alger, par son arrêt du 12 novembre 1922, proclamait qu'il appartenait aux tribunaux, dans l'intérêt de l'ordre social et pour des raisons de justice et d'humanité, de faire cesser des situations parfois extrêmement cruelles et douloureuses en admettant la femme kabyle à demander le divorce.

Cet arrêt signale dans ses considérants un vœu déposé par M. Roumane à la séance des Délégations Financières du 22 juin 1922 tendant à ce que des modifications soient apportées aux coutumes régissant l'état de la femme kabyle.

« La femme kabyle, disait M. Roumane, est placée dans un rang social voisin de celui des animaux; elle est un être humain, mais ne connaît rien des lois de l'humanité... Au point de vue de l'hérédité, elle ne peut élever aucune prétention sur la succession familiale ni celle du mari, la fameuse coutume lui donnant seulement le droit de vivre sur telle ou telle succession et le plus souvent pour exercer ce droit elle rencontre mille difficultés de la part des héritiers acebs. »

134. - Le tribunal de Tizi-Ouzou ajoutait une nouvelle cause de divorce au profit de la femme kabyle : l'abandon prolongé du mari; en l'espèce l'abandon remontait à plus de onze ans! (26 janvier 1925, R.A. 1926, 2, 216.)

135. - Enfin, la chambre de révision musulmane, confirmant en quelque sorte une jurisprudence antérieure, jugeait que le fait de la part d'un mari kabyle, d'enlever à sa femme et de vouer à une mort certaine un enfant de deux mois, de faire subir à ladite épouse de mauvais traitements, est de nature à permettre aux

tribunaux de *prononcer le divorce* au profit de la femme. Et il en est ainsi, alors même que celle-ci serait en état d'insurrection. (16 juin 1928, *Recueil Norès* n° 431.)

136. - Ainsi donc, malgré le maintien de la législation coutumière spéciale aux kabyles, c'était en réalité les principes du droit musulman que les juges français appliquaient dans de pareilles causes. Cette jurisprudence devait conduire le législateur algérien à intervenir. Cette intervention s'est manifestée par la promulgation du décret du 19 mai 1931 réglementant désormais la condition de la femme kabyle, tant au point de vue divorce et répudiation que des droits successoraux.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> dudit décret, la femme kabyle peut demander le divorce pour *services* pratiqués par le mari, *abandon* depuis plus de trois ans par le mari du domicile conjugal ou *insuffisance d'entretien* imputable au mari, *absence* de ce dernier remontant à plus de deux ans, *condamnation* de celui-ci à une peine afflictive et infâmante.

L'énumération des motifs de divorce est donc limitative. (Alger, Ch. R. M. 18 janvier 1922, *Recueil Norès* n° 666 ; v. *supra* n° 123 et s.)

137. - La coutume kabyle admet qu'il y a présomption d'absence lorsque le mari a cessé de paraître à son domicile, sans motif connu, et n'a plus donné de ses nouvelles depuis un temps assez long ; mais, cette présomption ne pourrait jouer à l'égard d'un kabyle mobilisé, par exemple. (En ce sens Alger, Ch. R. M. 8 juin 1942, pr. AILLAUD, ROBE 1943.)

D'ailleurs, la même coutume ne donne à la famille de l'absent que la gestion des intérêts matériels et laisse à la mère, pendant la période d'expectative, la surveillance et la tutelle des enfants.

138. - L'injure grave ne peut constituer une cause légitime de divorce. (Alger, Ch. R. M. 15 décembre 1943, n° 12 des minutes du greffe ; v. *supra* n° 125.)

139. - Le décret de 1931 interdit au mari, en cas de répudiation, d'exiger, de la femme répudiée ou de ses parents, le paiement d'une indemnité de quelque nature que ce soit et notamment d'un « lefdi », exception faite pour le remboursement de la dot.

Et le législateur a eu soin de préciser qu'en quelque circonstance que ce soit, la somme réclamée par le mari, à titre de rem-

boursement de la dot, ne pourra être supérieure au montant de la somme qu'il aura effectivement versée de ce chef au moment de la conclusion du mariage.

La jurisprudence a confirmé la règle nouvelle : la répudiation prononcée avec prix de rachat est permise, mais en limitant ce dernier au seul montant de la somme fixée lors du mariage pour la dot de la femme et cela à l'exclusion de toutes autres sommes et notamment d'une rançon. (J. P. Alger-Nord 22 mars 1933, ROBE 1933, p. 112 et note ; T. Alger 12 décembre 1933, ROBE 1934, p. 159 ; Ch. R. M. 11 juin 1934, *Recueil Norès* n° 740, ROBE 1934, p. 253.)

*Cette législation ne supprime pas le droit d'insurrection.*

140. - Le décret du 19 mai 1931, prévoyant les difficultés que pourrait trouver la femme kabyle à soutenir une instance de cette nature, eu égard à son infériorité traditionnelle de droit et de fait parmi le milieu berbère classique, s'est bien gardé de supprimer la faculté d'insurrection, consacrée par les kanouns comme une suprême ressource de la femme à l'encontre de l'omnipotence de l'homme.

C'est ainsi, qu'au cours d'une instance en divorce, le fait par une femme kabyle de se mettre en état d'insurrection, afin d'échapper à une demande reconventionnelle en réintégration du domicile conjugal, ne s'oppose pas à ce que, ultérieurement, elle forme elle-même une action en divorce par application des prescriptions du décret de 1931. (Alger, Ch. R. M. 2 mai 1932 préc.)

*Conclusion.*

141. - Les vieux kanouns s'humanisent : notre vieille civilisation occidentale a enfin pénétré dans ces mœurs primitives si rudes et parfois impitoyables. Elle l'a fait en s'inspirant d'un souci constant de justice et de l'évolution lente, mais sûre, de la jurisprudence de nos tribunaux dont la contribution à cette œuvre d'humanité a été remarquable et considérable.

Comme pour toutes les œuvres durables, nos juristes et magistrats ont œuvré en silence, dans le calme des prétoires civils, sans heurt ni ostentation, sans éclat ni publicité, trop modestement peut-être..., confirmant ainsi les enseignements du premier président de la Cour de Cassation qui, à l'occasion d'un discours de

rentrée, proclamait avec l'autorité qui s'attache à ses hautes fonctions : « ...C'est la jurisprudence qui est initiatrice des lois nouvelles... ».

Travail obscur, certes, mais en cela toute une population si intéressante par les qualités de la race leur en est reconnaissante et ce témoignage seul suffirait déjà à récompenser tant d'efforts obstinés et patients.



42. - Enfin, ce divorce doit être tenu pour nul et non avenu si antérieurement à sa prononciation il existait des causes susceptibles de provoquer la nullité du mariage.

## SECTION II

### Divorce par autorité de justice

43. - La femme, dit Sidi Khalil, qui justifie d'un préjudice ou d'une injure grave souverainement appréciés par le juge, est admise, en droit musulman, à demander la dissolution judiciaire du mariage.

Ce droit est basé sur un hadits du Prophète : « Si un mariage cause à la femme un préjudice, vous le casserez ».

44. - Dès lors, lorsque le mari manque aux obligations à lui imposées par le mariage, la femme est en droit de porter devant justice ses griefs afin d'obtenir le prononcé du divorce à raison des torts et préjudice par elle souffert de ce fait. La jurisprudence a fait une application constante de ce principe. (Alger 21 avril 1931, R.A. 1934, 2, 78, *Recueil Norès* n° 612 ; 30 avril 1931, R.A. 1933, 2, 18 ; 15 mars 1946, arrêt n° 74 des minutes du greffe, pr. NÉGRIN.)

### *Procédure.*

45. - La demande en divorce est portée généralement devant le juge du domicile conjugal ; mais, pareille demande obéit aux règles générales de procédure, de telle sorte que si la femme, par exemple, a quitté le domicile conjugal, elle doit être assignée devant le juge de son domicile.

Le juge compétent régulièrement saisi ordonne, en cette matière, la comparution personnelle des époux, à titre de conciliation, dans son cabinet où il reçoit leurs dires. Il est assisté du greffier et un procès-verbal de cette comparution est dressé, signé du magistrat, du greffier et de l'interprète.

Si les époux ne se réconcilient pas, l'affaire est renvoyée alors à la plus prochaine audience où le juge autorise une enquête sur les faits allégués et pouvant justifier le divorce.

Le jugement définitif qui prononce le divorce d'entre les époux est toujours rendu en premier ressort et susceptible d'appel.

46. - La femme peut valablement constituer un mandataire pour intenter, en son nom, l'action en divorce contre son mari. (Alger, Ch. R. M. 7 avril 1925, *Recueil Norès* n° 304.)

C'est qu'en effet, si les époux seuls ont le droit de consentir à une action en divorce, du fait qu'il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne, on ne saurait cependant dégager par voie d'interprétation des textes, ayant simplement trait à la matière, qu'en l'état de la législation la femme ne pourrait pas exprimer sa volonté par l'intermédiaire d'un mandataire, auquel elle aurait, cependant, conféré l'exercice de son droit.

Suivant une pratique constante, acceptée par nos tribunaux, la femme donne mandat spécial à un proche parent pour s'occuper de toutes les formalités extrajudiciaires et judiciaires pour arriver au divorce. La procédure est faite au nom de la femme et le mandataire fait assurer sa défense s'il y a lieu.

#### LES CAUSES DE DIVORCE SPÉCIALES A LA FEMME

##### 1° *Habitation convenable*

47. - En règle générale, il y a lieu à divorce quand le mari méconnaît les obligations naturelles qui lui sont imposées et parmi lesquelles se trouve l'obligation impérieuse d'entretenir sa femme suivant l'usage ordinaire, sa position et sa condition sociales.

Cette méconnaissance des devoirs du mari doit être volontaire et ne pas provenir de son état de gêne, auquel cas la femme ne pourrait exiger que le strict nécessaire.

48. - Il y a lieu à divorce quand le mari ne fournit pas à sa femme une habitation convenable et suffisamment meublée. C'est en vain que le mari soutiendrait que l'aménagement insuffisant d'un logement provisoire ne saurait être considéré comme une cause légitime de rupture de l'union conjugale.

Et il a été jugé que la question de savoir si un logement et des meubles mis par un mari à la disposition de sa femme remplissent ou non les conditions stipulées plus haut, est une *appréciation de fait* échappant à tout contrôle de la chambre de révision musulmane. (Alger, Ch. R. M. 30 avril 1931, R.A. 1933, 2, 18.)

##### 2° *Logement distinct de la belle-famille*

49. - Aux termes du droit musulman, la femme peut refuser d'habiter avec le père, la mère ou les proches parents de son mari.

Elle ne pourrait être contrainte, à peine de violation flagrante de la loi musulmane, à habiter avec les parents de son mari.

Ce principe de pure doctrine peut être opposé au mari sans qu'aucune raison ne soit donnée. La jurisprudence est conforme. (Alger, Ch. R. M. 15 décembre 1924, *Recueil Norès* n° 290, R.A. 1928, 2, 107 ; 7 mai 1921, *Recueil Norès* n° 183 ; 26 octobre 1942, arrêt n° 26 des minutes du greffe.)

50. - Ces prescriptions sont si fortes, que le refus de la femme d'habiter un domicile qui n'est pas séparé de celui de ses beaux-parents, ne saurait la mettre en état d'insubordination et justifier un divorce prononcé par justice. (Alger, Ch. R. M. 26 octobre 1942, pr. AILLAUD.)

Il est à noter que dans cette espèce, le procès-verbal d'exécution dressé par le cadi révélait que le refus de la femme de réintégrer le domicile conjugal était basé sur le défaut de désignation du lieu où son mari devait la faire habiter séparément de ses proches parents et qu'aucune justification de l'existence d'un domicile séparé ne lui avait été rapportée, le mari s'étant contenté d'assurer qu'il était prêt à faire habiter sa femme séparément de ses proches parents. La femme, en présence de cette réponse vague et imprécise, était donc fondée à supposer que le logement séparé n'existait pas encore et son refus de réintégrer le domicile conjugal, fondé sur le droit musulman et la coutume, était parfaitement légitime. Dans ces conditions, c'était à tort juridiquement que le cadi mentionnait, au cours de la rédaction du procès-verbal d'exécution, que la femme était en état d'insubordination. Cette appréciation faisait une inexacte application de la situation juridique des parties telle qu'elle résultait des déclarations respectives des époux.

#### *L'obligation d'entretien.*

51. - Ces principes de droit musulman ont été appliqués rigoureusement par nos tribunaux qui ont toujours jugé que l'obligation d'entretien de la femme constitue, en droit musulman, un manquement grave aux devoirs conjugaux qui autorise la femme à demander le divorce. (Alger, Ch. R. M. 19 février 1946, arrêt n° 47 des minutes du greffe, pr. NÉGRIN.)

Et la première obligation, impérative et absolue, est celle d'entretenir l'épouse dans un domicile convenable et séparé de la belle-famille.

Le mari est tenu de faire habiter sa femme loin de leurs proches respectifs, dans le voisinage de gens vertueux :

— dans un domicile séparé même de ses frères et sœurs (T. Alger 2 novembre 1945, n° 964, n° 1372 des minutes du greffe ; 11 janvier 1946, greffe mus. n° 1582, pr. RIPERT) ;

— distinct également de sa co-épouse. (T. Alger 7 décembre 1945, greffe mus. n° 1240.)

52. - Le mari manque encore à son obligation d'entretien, dans les termes du droit musulman, quand il laisse sa femme sans aliment; qu'il la prive de vêtements; qu'il l'oblige à mendier pour vivre; quand il la force à se livrer à des travaux qui, selon la coutume locale, ne peuvent incomber à la femme.

Mais, il a été jugé que le fait de faire travailler sa femme dans une ferme ne peut constituer un motif de divorce. (T. Alger 25 janvier 1946, greffe mus. n° 1374.)

53. - Enfin, il est nécessaire, pour que la femme puisse engager l'action en divorce pour défaut d'entretien, que le mari n'ait pu satisfaire aux *dépenses actuelles*.

L'entretien passé devient alors une simple créance et ne pourrait servir de base à une action en divorce. Mais, ce principe doit être interprété dans son esprit et non pas à la lettre, le juge appréciant souverainement à partir de quel moment il y a juridiquement faute du mari pour défaut d'entretien.

### 3° Injures et sévices de la part du mari

#### a) L'injure.

54. - L'injure grave, dans la coutume musulmane, est une cause légitime de divorce.

La gravité de l'injure est souverainement appréciée par le juge du fait. (Alger, Ch.R.M. 4 juillet 1945, pr. KERTZER, ROBE 1946.)

C'est ainsi que doivent être considérées comme attentatoires à la dignité de l'épouse, les expressions comme celles-ci : « va au lupanar »; les accusations portées faussement par le mari à l'encontre de sa femme en lui reprochant d'avoir perdu sa virginité avant son mariage ou d'avoir été infidèle.

55. - Il est encore admis qu'il y a lieu à divorce, suivant le droit musulman, lorsque le mari a adressé aux parents de sa

femme des injures ou insultes. (Alger, Ch. R. M., 28 novembre 1944, arrêt n° 54 des minutes du greffe, pr. AILLAUD.)

Et, à cet égard, la correspondance du mari peut être utilisée par la femme à l'appui de sa demande en divorce.

56. - On doit également considérer comme une injure grave à l'encontre de l'épouse le fait par le mari de ne fréquenter que des filles publiques ou des femmes de mauvaise vie.

57. - Le fait qu'un musulman s'enivre peut être considéré comme une injure grave vis-à-vis de la femme musulmane, lorsque d'une manière générale la vie commune est devenue insupportable.

Mais, il appartient, dans ce cas, à la femme de rapporter la preuve que l'état d'ivresse habituel de son mari rend la vie commune impossible ou que le mari, ivrogne invétéré, se livre sur elle à des actes de violence. (T. Bougie 30 juin 1943, greffe musulman n° 173.)

L'état d'ivresse accidentel et alors que par ailleurs le mari a toujours rempli ses obligations ne serait donc pas une cause de divorce.

58. - Un mari joueur de cartes, mais entretenant sa femme dans des conditions normales et ne se livrant sur elle à aucun sévice, ne peut être considéré comme ayant causé à la femme un préjudice considérable ou une injure grave. (J. P. Bougie 2 octobre 1943, greffe mus. n° 779.)

59. - Suivant les règles posées par les docteurs musulmans, le mari doit partager d'une façon égale ses nuits entre ses femmes, lorsqu'il en a plusieurs.

Les auteurs musulmans considèrent que le fait de cesser de cohabiter avec sa femme pour avoir des relations avec une autre, cause à la première un préjudice de nature à entraîner le divorce.

« Si la femme est lésée dans ses droits, porte la Moudaouana, elle obtiendra le divorce sans délai parce que l'ordre public veut que les choses soient faites avec justice ». L'adultère du mari constitue une injure grave. (Alger, Ch. R. M. 31 octobre 1910, R.A. 1911, 2, 256.)

— Le partage inégal des faveurs maritales doit donc être considéré comme une cause injurieuse permettant à la femme de demander le divorce. (Alger, Ch. R. M. 5 juin 1905, *Recueil Norès* n° 66, R.A. 1906, 2, 323, ROBE 1906, p. 131.)

— Le fait par le mari d'imputer à sa femme d'avoir par sortilège ou maléfice suspendu ses facultés viriles, constitue une injure grave, les coutumes musulmanes considérant la pratique des œuvres de la sorcellerie et de la magie comme un fait d'apostasie. (T. Bougie 4 décembre 1941, n° 383 des minutes du greffe.)

b) *Les sévices.*

60. — Quand la femme a lieu de se plaindre de la violence ou des exigences exagérées de son mari, Sidi Khalil recommande de porter plainte au cadî qui rappellera sévèrement le mari aux devoirs d'un bon époux.

Si la femme porte plusieurs plaintes successives, mais sans prouver les faits, le juge doit ordonner de faire habiter la femme au milieu de gens probes et vertueux, dont le témoignage puisse présenter toute garantie de sincérité.

61. — Le Prophète a dit : « Si vous craignez un désaccord entre les deux époux, envoyez un arbitre de la famille du mari et un autre pris dans la famille de la femme. Si les deux époux désirent la réconciliation, Dieu les fera vivre en bonne intelligence, car il est savant et instruit de tout. » (s. 4, v. 39).

Le juge a donc pouvoir, au cas de difficultés, de placer en observation près des époux deux arbitres, soit dans l'intérieur, soit en dehors de la demeure occupée par la femme. Ces deux arbitres doivent être, autant que possible, l'un de la famille du mari, l'autre de celle de la femme. Les étrangers ne peuvent être désignés en cette qualité qu'à défaut de parents.

Ebn Acem dit :

— *vers 449* : « Ils seront pris parmi les proches parents, s'il s'en trouve d'honorables; et, à leur défaut, on enverra d'autres personnes ».

— *vers 450* : « La décision des deux arbitres sera irrévocable; et, à leur égard, les époux ne pourront pas exiger l'interpellation finale ».

Cette mission est donc particulièrement délicate. Les arbitres doivent se comporter en véritables juges de la question. Leur déclaration, dit également Sidi Khalil, aura force de sentence judiciaire. Ils doivent tenter de concilier les parties.

Mais les arbitres, dans toutes circonstances, doivent soumettre au juge la décision qui doit intervenir entre les deux époux.

62. - La jurisprudence a fait état de cette doctrine dans une espèce où la femme invoquait les mauvais traitements de la part de son mari et qui, rendant ainsi la vie commune impossible, l'avaient obligée à se mettre sous la protection de son père, auprès de qui elle était retournée. La femme ne pouvait, cependant, rapporter aucune preuve des faits allégués, mauvais traitements ou privations dont elle aurait eu à souffrir.

Le juge décidait, dès lors, de tenir compte de la difficulté pour une femme musulmane de pouvoir établir par témoins des agissements blâmables qu'elle impute à son mari, généralement commis à l'intérieur du domicile conjugal, situé encore loin de sa propre famille et où les étrangers ne sont pas admis. Il estimait donc, très juridiquement, qu'il y avait lieu de soumettre les époux à la surveillance d'un homme probe et impartial qui, ayant la facilité de pénétrer chez eux pour se rendre compte de la façon dont ils remplissent leurs devoirs réciproques et de recevoir leurs doléances, pourra utilement éclairer le tribunal sur le fondement des griefs invoqués par la femme à l'appui de son action en divorce. (T. Alger 20 juillet 1915, R.A. 1917, 2, 162.)

Cette décision marque un progrès sur une jurisprudence ancienne n'admettant le divorce judiciaire basé sur des sévices graves qu'à la condition que la femme rapportât la preuve certaine des sévices. Elle refusait même de reconnaître ce caractère dans l'allégation de la femme appuyée d'un serment ou par un seul témoin. (Alger 16 juin 1863 ; 21 mars 1866 ; avis du medjlès, d'Alger du 15 mai 1866.)

63. - La chambre de révision musulmane, interprétant le droit musulman et les prescriptions koraniques dans leur esprit, a jugé que la femme se plaignant de sévices de la part de son mari doit être d'abord invitée à produire des témoins ; à défaut, elle est admise à établir le fondement de sa plainte par la commune renommée et enfin, si ce mode de preuve lui fait encore défaut, le juge doit, en cas de plaintes réitérées de la femme contre son mari, placer les époux en observation (*adala*) en désignant pour les surveiller deux arbitres choisis dans les conditions que nous avons indiquées plus haut et sur le rapport desquels le juge statue ensuite à défaut d'autres éléments de preuve. (11 juin 1921, *Recueil Norès* n° 190 ; n° 192 ; ROBE 1921, p. 139-163.)

64. - Enfin, il a été admis que les violences répétées sur l'épouse justifient la demande en divorce. (T. Alger 14 décembre 1945, greffe mus. n° 1302.)

4° *Le mari n'a pas tenu les engagements stipulés au contrat de mariage*

65. - Au moment du contrat de mariage, il est permis au mari de stipuler ou de consentir certaines conditions en faveur de la femme, de s'engager, par exemple, à la laisser libre, de conserver certaines relations de famille, de faire usage de certains vêtements, etc... Or, l'opinion la plus suivie des docteurs musulmans, en cette matière, permet à la femme de demander le divorce à son profit si le mari n'a pas tenu les engagements contractés au moment du mariage.

Ainsi, le mari qui, en se mariant, accepte comme condition qu'il n'aura plus de relations sexuelles avec une concubine, est à bon droit assigné en divorce par la femme, en cas de violation de pareille convention. (SIDDI KHALIL, Perron, t. 2, p. 466-467.)

66. - Le mari peut encore s'engager à ne plus s'enivrer ; à modifier sa conduite et sa façon de vivre ; à accepter d'habiter chez son beau-père ou dans un lieu déterminé au contrat de mariage ; à habiter en ville et non à la campagne ; à n'avoir qu'une seule épouse.

Dans la pratique courante, le cadî qui établit le contrat de mariage y insère les clauses qui engagent le mari et dont la violation permettrait à la femme de demander le divorce.

5° *Le mari n'a pas fourni la nafaka*

67. - Tous les auteurs musulmans sont d'accord pour préciser et affirmer l'obligation, pour le mari, de pourvoir à l'entretien de la femme.

Cette obligation est si impérieuse, que la femme est en droit de demander le divorce judiciaire lorsque le mari ne peut y satisfaire pour la nourriture et les vêtements. L'entretien de la femme doit être effectué dans la mesure compatible à la condition sociale des époux.

68. - Pour le docteur Ebn Acem, le mari, s'il est incapable de fournir la pension alimentaire, a le droit de demander un délai de deux mois (vers 630), « après lequel la répudiation aura lieu, même



Alors seulement le divorce sera prononcé, dit Ebn Acem, si le mari ne revient pas à sa femme, à moins qu'il n'ait, pour s'abstenir, une excuse valable (vers 487).

C'est bien là l'esprit de la loi musulmane : « Ceux qui s'abstiennent de leurs femmes auront un délai de quatre mois pour réfléchir et ne pas se séparer à la légère de leurs femmes. Si pendant ce temps-là ils reviennent à elles, Dieu est indulgent et miséricordieux ». (S. 2, v. 226.)

« Si le divorce est fermement résolu, Dieu sait et entend tout ». (S. 2, v. 227.)

73. - Mais, lorsque le mari ne se dégage pas de son serment, la femme a donc le droit de demander le retour des rapports conjugaux. Si le mari refuse, dit Sidi Khalil, le divorce judiciaire doit être alors prononcé.

Lorsque le mari déclare qu'il a pratiqué la copulation de retour, il sera cru, sous serment, malgré les dénégations de la femme ; mais, s'il refuse de jurer, la femme jurera alors que la reprise des relations conjugales ne s'est pas effectuée.

74. - Le serment de continence est considéré comme une injure faite à la femme, un outrage qui l'atteint profondément dans sa dignité de femme et d'épouse. Elle subit de ce chef un préjudice moral considérable. C'est la raison pour laquelle les docteurs musulmans décident que ce serment est valablement prononcé contre la femme impubère, en aïdda, âgée, etc...

*Des conditions juridiques pour prononcer ce serment. - Formule du serment.*

75. - Le mari doit être musulman, majeur, dans toute la plénitude de ses facultés intellectuelles et de ses droits civils. Ainsi, l'infidèle (dans les termes du droit musulman), l'impubère, l'aliéné, l'impuissant et le malade n'ont pas la possibilité de s'engager juridiquement par le serment « *ila* ».

Ebn Acem dit :

« De la part de ceux qui ne peuvent avoir commerce avec les femmes, comme les vieillards, le serment de continence est sans effet » (vers 488).

Et encore :

« La déclaration de continence ne peut pas non plus être faite par celui qui est incapable d'avoir commerce avec une femme » (vers 494).

*Les formules.*

76. - Les formules du serment de continence qui obligent le mari sont les suivantes :

« Je jure, par Dieu, de ne pas te reprendre avec moi ».

« Je jure de ne pas cohabiter avec toi avant que tu ne me le demandes », ou encore « avant que tu ne viennes me trouver pour cela ».

La formule rend ici le serment obligatoire, dit Sidi Khalil, à cause de la répugnance ou de la honte que peut avoir la femme à proposer la copulation ou à s'entendre appeler explicitement pour cela, car c'est au mari à aller à sa femme, ainsi que faisait le Prophète lui-même.

De même ces formules :

« Par Dieu, je jure de ne pas me trouver avec elle ».

« Je jure, par Dieu, de ne pas cohabiter avec toi avant d'avoir quitté ce pays ».

*Formules avec intention malveillante.*

77. - Lorsqu'un mari prononce le serment suivant :

« Je jure de me tenir isolé de ma femme » ou « de ne pas aller coucher chez elle » ou « de ne pas entrer en copulation avec elle, avec une indication de temps déterminée, de telle façon qu'il puisse résulter une situation pénible et dommageable pour la femme ; ou encore si le mari « se voue à la vie retirée et se dérobe », le juge, saisi du conflit par la femme, doit inviter le mari à prononcer la répudiation.

Mais, s'il résulte de ces formules qu'il y a intention malveillante de la part du mari — et cette intention est souverainement appréciée par le juge du fond — il devient nécessaire de prononcer le divorce judiciaire.

Dans ce cas, suivant Sidi Khalil, il n'est pas accordé au mari de délai de continence.

*Formules incertaines.*

78.- Les formules qui n'entraînent pas les conséquences exécutoires du serment ordinaire, en raison de la difficulté ou de l'incertitude dans l'accomplissement du fait, ne peuvent impliquer la valeur du serment de continence.

Par exemple, le mari prononce le serment suivant : « Je jure, par Dieu, de ne cohabiter avec toi que deux fois cette année »; ces paroles ne peuvent pas constituer le serment de continence. La durée est ici insuffisante pour établir la volonté du serment de continence.

Il en sera de même si le mari emploie ces formules : « Je jure, par Dieu, de ne cohabiter avec toi qu'une fois cette année » ou « Je n'aurai pas de rapports avec toi dans tel lieu déterminé », puisque l'interdiction ne porterait pas dans un lieu différent.

*Formule avec serment restrictif.*

79. - Le mari a, par exemple, employé la formule suivante : « Je jure de m'abstenir de toi, si telle est la volonté de Dieu ». Il peut alors se délier de ce serment, mais en se soumettant à une expiation.

Cependant, il y a controverse, sur l'effet juridique de ce serment restrictif, entre les auteurs musulmans. Pour les uns, ce serment devrait être considéré comme radicalement nul, puisque soumis à une volonté qu'on ne peut pas connaître et indéterminée, en tous cas irréalisable pour l'être humain.

Pour les autres, la condition étant nulle, le serment reste pur et simple et ne peut, juridiquement, produire aucun effet.

Mais, pour la plupart des juristes, la restriction posée dans le serment doit être soumise au juge, la femme pouvant soutenir que les paroles conditionnelles telles qu'elles ont été prononcées par le mari n'étant pas destructives du serment.

Si le mari a subi la peine expiatoire, il est alors délié du serment de continence, car, en effet, l'homme s'est soumis, pour ce rachat, au sacrifice le plus pénible, argent ou bien ; c'est donc que le serment avait toute sa signification et sa valeur religieuse.

*Formule contre les deux épouses ou l'une d'elles.*

80. - *Quid* si le mari est en puissance de deux épouses et qu'il prononce le serment suivant :

rien ne s'oppose à l'accomplissement de la cohabitation — de demander le retour des rapports conjugaux.

Ce retour est encore valable, alors même que le mari serait en état d'aliénation mentale dûment constatée.

83. - Dans le cas où le mari, en état de maladie ou en prison, ne peut opérer la cohabitation de retour, il se dégagera du serment par les moyens qui peuvent délier sa conscience.

Ainsi, la promesse d'accomplir la copulation de retour, dès que les empêchements auront disparu, suffit, en tout état de cause, pour délier le malade ou le prisonnier des obligations mises à sa charge par le serment prêté.

84. - La femme a toujours, pour les auteurs musulmans, la faculté de rester avec son mari, bien qu'il ne revienne pas à elle par la copulation.

85. - Quand le juge a séparé les conjoints, s'agissant d'un mariage déjà régulièrement consommé, et que le mari a repris sa femme, cette réunion des conjoints n'a de valeur juridique, selon Sidi Khalil, que si le mari s'est dégagé de son serment pendant l'attente légale de la femme.

Dans le cas contraire, le serment a opéré tous les effets d'une répudiation parfaite (baïn) et les époux ne peuvent se réunir qu'après avoir contracté un nouveau mariage.

#### 7° *L'assimilation injurieuse. - Serment dihar*

86. - Ebn Acem fait une différence fondamentale entre le serment de continence (ila) que nous venons d'étudier et la *déclaration* de continence ou *assimilation injurieuse*, du mot « dihar » qui signifie dos.

En effet, ici, l'homme qui fait une telle déclaration ne s'engage pas au nom de Dieu, mais il dit à sa femme : « Que ton dos soit désormais pour moi comme le dos de ma mère », l'assimilant ainsi à une personne avec laquelle il ne peut, sans crime, avoir un rapport sexuel. (*Tohfah*, n° 369 du commentateur.)

Pour Sidi Khalil, l'assimilation injurieuse est toute formule de comparaison par laquelle un mari musulman, pubère, doué de toute raison, compare la personne de sa femme légitime au dos ou à toute autre partie du corps d'une femme avec laquelle il ne peut légalement s'unir ou n'est pas légalement uni par le mariage.

87. - Le Koran a prescrit, à ce sujet, le verset suivant : « Ceux d'entre vous qui répudient leurs femmes en disant qu'ils les regarderont comme leurs mères, profèrent une parole blâmable et une fausseté ». (S. 58, v. 2).

Voici, d'ailleurs, les conditions au cours desquelles ce verset fut révélé au Prophète :

Khaûla, fille de Talaba, femme d'un arabe nommé Aûs Ebn es-Samat, fut répudiée par son mari avec cette formule : « Que ton dos soit désormais pour moi comme le dos de ma mère », formule qui entraînait une séparation perpétuelle et après laquelle on ne pouvait plus reprendre la femme répudiée.

Elle vint alors trouver Mahomet et lui demander s'il ne lui était plus permis de rester avec son mari qui, malgré la répudiation ainsi prononcée, ne la forçait pas de quitter la maison.

Sur les observations de Mahomet, que la formule en question impliquait une séparation complète et définitive, la femme désespérée, car elle avait des enfants en bas-âge, se plaignit à Dieu de son sort. Le Prophète revint sur sa décision et, s'autorisant de la révélation contenue dans les versets 1 et 2 de la sourate « La plaigneuse », permit de reprendre les femmes répudiées même avec la solennité de la formule citée plus haut, en enjoignant toutefois de faire quelque offrande ou quelque œuvre de charité pour expier l'infraction du serment.

« Dieu a entendu les paroles de celle qui a plaidé chez toi contre son mari et qui a élevé des plaintes vers Dieu. Il a entendu vos entretiens, car Dieu entend et voit tout ». (S. 58, v. 1 ; KASIMIRSKI.)

#### *Formule conditionnelle.*

88. - La formule : « Tu es pour moi comme le dos de ma mère » est parfois complétée par ces mots : « ...lorsque tu le voudras ou si tu le veux » ; c'est dès lors une formule conditionnelle pour la femme.

Pour Sidi Khalil, la femme a le droit discrétionnaire ou d'exiger la suite avec ses conséquences juridiques et de fait, ou de mettre ce serment à néant.

89. - Lorsque la formule est établie sur une circonstance conditionnelle qui ne peut manquer d'arriver, ses conséquences de droit sont alors immédiatement appliquées au mari.

Ainsi : « Tu seras pour moi comme le dos de ma mère dans un an d'ici » ; l'assimilation injurieuse embrassée, dans cette espèce, une durée de temps limité, l'effet en persiste donc et il faut, pour sa réparation, que le mari ait satisfait à l'expiation de l'injure.

90. - Dans le cas où le mari dit à sa femme : « Si par un nouveau mariage je te donne jamais une compagne, tu seras pour moi comme le dos de ma mère », le mari n'est sous la conséquence de l'assimilation injurieuse qu'au moment où il ne peut plus espérer se marier une seconde fois. C'est à ce moment que le mari est tenu par le serment de continence et le juge doit lui fixer un temps d'abstinence dont le délai part du jour de cette décision.

*Formule précise.*

91. - L'assimilation injurieuse est précise, pour Sidi Khalil, lorsqu'elle exprime une comparaison avec le dos d'une femme dont la fréquentation sexuelle est *absolument* et pour *toujours* prohibée au mari, ou avec une partie quelconque du corps de cette femme.

Ainsi, « tu es pour moi comme le dos de ma mère », ou « comme le dos de la mère de ma femme », ou encore « tu es pour moi comme la main de ma mère », ou « comme le dos de mon père, de mon fils... ».

Le résultat de l'emploi de pareille formule n'est, aux termes du droit musulman, et ne doit être que le fait de l'assimilation injurieuse.

*Formule figurée.*

92. - Dans l'assimilation injurieuse figurée, la formule du serment ne contient pas le mot « dos » ; de même qu'elle ne renferme pas, d'une manière générale, l'indication d'une femme que le mari pourrait épouser légitimement.

Par exemple, l'assimilation injurieuse serait renfermée dans cette formule : « tu es ma mère », ou bien « tu es pour moi comme ma mère ».

Dès lors, le juge doit rechercher l'intention malveillante ou bienveillante du mari. Lorsqu'il est admis que le mari a bien eu l'intention de répudier sa femme en employant cette formule figurée, la répudiation sera prononcée par trois. Elle est donc irrévocable et définitive.

*Assimilation injurieuse complexe. - Expiation.*

93. - Lorsque le mari a quatre femmes et qu'il prononce le serment avec la formule suivante : « Celle d'entre vous, ou quelle que soit ce soit celle d'entre vous qui entrera dans telle maison, ou, quiconque d'entre vous entrera dans cette maison, sera pour moi comme le dos de ma mère », il y a assimilation injurieuse complexe et la peine expiatoire est elle-même multiple.

Le musulman qui a encouru plusieurs peines expiatoires a le droit de cohabiter avec la femme dès qu'il s'est acquitté d'une des expiations.

Cette disposition légale, dit Sidi Khalil, est confirmée par Ibn Iounès. Tant que cette expiation n'est pas entièrement subie, toute jouissance, toute caresse entre les deux époux est formellement défendue. La femme doit s'y refuser entièrement et si elle craint que son mari ne la force à céder, elle doit en appeler à justice.

*Nullité de l'assimilation injurieuse.*

94. - L'assimilation injurieuse doit être considérée comme nulle et de nul effet lorsque le mari dit, par exemple, à sa femme : « Tu es répudiée par trois et tu es pour moi comme le dos de ma mère ».

Il en serait de même, alors que le mari qui n'a pas eu avec sa femme de relation conjugale prononce le serment avec la formule suivante : « Tu es répudiée et tu es pour moi comme le dos de ma mère ».

Dès l'instant, en effet, où la répudiation est complète, il ne peut y avoir possibilité d'assimilation. Il n'en serait pas ainsi si la formule de répudiation, au lieu de précéder la formule d'assimilation, l'accompagnait. Par exemple : « Tu es pour moi comme le dos de ma mère et tu es répudiée par trois ».

*De l'expiation et des moyens expiatoires.*

95. - Sidi Khalil a précisé que l'expiation pour l'assimilation injurieuse ne devait avoir lieu que lorsque le mari est décidé à reprendre ses relations sexuelles avec son épouse et a rappelé celle-ci à lui.

Les moyens expiatoires sont formulés d'une façon impérative par le Koran ; ils s'imposent donc avec force au croyant :

« Ceux qui répudient leurs femmes avec la formule de séparation perpétuelle et reviennent ensuite sur leur parole, affranchi-

ront un esclave avant qu'il y ait une nouvelle cohabitation entre les deux *époux divorcés*. C'est ainsi qu'on vous le prescrit, et Dieu est instruit de ce que vous faites » (S. 58, v. 4).

« Celui qui ne trouvera pas de captif à racheter jeûnera deux mois de suite avant qu'il y ait cohabitation entre les *époux divorcés*, et, s'il ne peut supporter ce jeûne, il nourrira soixante pauvres. On vous le commande, afin que vous croyiez en Dieu et à son envoyé. Ce sont les commandements de Dieu. Un supplice douloureux est réservé aux infidèles » (S. 58, v. 5).

96. - Pour les docteurs musulmans, l'affranchissement doit être uniquement et complètement opéré pour l'expiation de l'assimilation et ne doit point avoir été projeté ou promis pour un autre motif. Peu importe, cependant, que l'esclave affranchi aurait une infirmité corporelle.

97. - Quant au jeûne réparatoire, il est de *deux mois lunaires* réglés sur l'apparition du croissant de la lune, précise Sidi Khalil. Il faut exprimer, dit-il, l'intention de jeûner ces deux mois sans interruption et d'expiation ainsi l'assimilation injurieuse, en conformité de l'esprit même du Koran.

Ce jeûne est surtout établi pour le musulman dont la situation sociale et de fortune ne lui permet pas d'affranchir un esclave.

98. - Pour la nourriture des soixante pauvres, Sidi Khalil recommande de donner à chacun du blé.

Malek dit dans le Moudaouénah : « Je n'aime pas, pour cette expiation, que l'on donne un dîner et un souper ».

Les jurisconsultes musulmans sont d'avis que l'on ne doit se décider à l'expiation aumônière que lorsque le jeûne a été rendu impossible par suite de maladie ou d'une circonstance majeure absolument indépendante de la volonté du fidèle.

#### 8° Accusation d'adultère. - Serment la'an ou anathème.

99. - Le mari peut prononcer l'anathème, mais seulement pour nier que sa femme est grosse de ses œuvres ou affirmer qu'il l'a vue commettre l'adultère. (EBN ACEM; vers 498.)

Ce droit, dit Sidi Khalil, n'appartient qu'au *mari légitime* jouissant, au surplus, de l'intégralité de ses facultés physiques et intellectuelles.



L'anathème conjugal, en effet, entraîne d'une manière absolue et définitive la rupture du lien conjugal et la prohibition d'un nouveau mariage. On conçoit, dès lors, la nécessité d'entourer l'accusation d'adultère de garanties, c'est-à-dire l'obligation pour le mari de fournir des preuves *certaines* et *absolues*, la présomption devant être écartée en cette matière.

Le droit musulman exige que l'on puisse dire d'une façon indiscutable : « J'ai vu un tel en copulation illicite » ou « J'ai trouvé cette femme en acte d'adultère ».

100. - Quand le mari a été témoin du fait et qu'il l'affirme, il ne peut y avoir aucune controverse quant à la recevabilité de l'action.

L'école malékite exige, au surplus, l'affirmation par le mari qu'il n'a pas eu de rapports avec sa femme postérieurement au fait allégué. (AVERROËS, *Le Bidaya*, trad. Laïmèche, p. 287.)

101. - Le Prophète a eu un souci particulier de régler la procédure d'accusation d'adultère afin d'éviter toute fausse accusation :

« Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins » (S. 4, v. 19).

Et dans la sourate « La Lumière », parlant de l'adultère, le Prophète a encore prescrit :

« Ceux qui portent des accusations contre des femmes honnêtes, sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre-vingts coups de fouet... » (S. 24, v. 4).

Il est nécessaire de savoir que la révélation de la sourate « La Lumière » a été consacrée à laver Aïcha, l'épouse favorite du Prophète, des calomnies qui avaient été répandues contre elle et par là même de régler, pour l'avenir, la procédure relative aux cas d'adultère. Aïcha exerçait une très grande influence sur le Prophète ; c'est son antipathie pour Ali qui a causé en partie la sécession des musulmans en chiïtes et sounnites. Or, au cours d'une expédition de la quatrième année de la Hédjra organisée par Mahomet pour aller combattre une tribu révoltée, Aïcha en fit partie et fut portée dans une litière fermée par des voiles. Pendant le repos de cette campagne sainte, le Prophète s'entretenait avec elle. Au cours d'une halte, à la prière du matin, Aïcha s'écarta de la caravane, puis à son retour elle s'aperçut qu'elle avait perdu,

dans le sable, son collier de coquillages de tsafare ; elle s'en fut dans le désert, en toute hâte, chercher le bijou regretté ; mais, pendant ce temps la caravane se remettait en route et quand Aïcha revint à l'emplacement du camp, elle était seule. Elle resta sur l'emplacement du camp et s'endormit.

Elle fut réveillée par une voix inconnue et elle vit devant elle un jeune guerrier de la tribu de Solaim, nommé Sawfan ibn Moatal qui cherchait lui-même à rejoindre la caravane. Il offrit son chameau à Aïcha et tous deux, sans échanger une parole, rejoignirent la caravane. L'émotion fut générale dans le camp.

En rentrant à Médine, l'histoire du collier d'Aïcha était devenu l'événement capital de la campagne. La nouvelle parvint aux oreilles du Prophète qui cessa ses visites nocturnes chez Aïcha. Il la voyait dans le jour, s'informait de sa santé et s'en allait. Aïcha prit le parti de se déclarer malade et demanda l'autorisation, qui lui fut accordée, d'aller se faire soigner chez ses parents.

Cependant, Aïcha était la fille d'Abou Bekr, l'homme le plus puissant de l'Islam après Mahomet ; l'affaire prenait donc une signification politique, Aïcha représentant un parti puissant et influent ; elle incarnait le parti des compagnons d'armes du Prophète, le parti d'Abou Bekr, colonne de la nouvelle foi ! Les croyants formaient déjà deux camps ennemis. Il fallait rétablir la paix d'urgence. Un matin, de bonne heure, Mahomet arriva chez Abou Bekr et envoya chercher Aïcha. « Es-tu coupable ou innocente ? » interroge le Prophète. Et Aïcha de répondre : « Tu as entendu beaucoup de calomnies abominables à mon sujet, si je déclare maintenant que je suis innocente, tu ne me croiras pas ; mais, si j'avoue ma prétendue faute, tu ne douteras pas de la vérité de mes paroles. C'est pourquoi je préfère me taire ». Avant qu'elle ait pu sortir de la chambre le Prophète eut la révélation de l'innocence de Aïcha. « Dieu, dit-il, a reconnu ton innocence », puis il récita le verset 11 de la sourate 24 fixant d'une manière solennelle la preuve en matière d'adultère.

#### *Femme en attente légale.*

102. - L'accusation d'adultère portée par le mari, alors que la femme est en attente légale, et par laquelle il déclare avoir trouvé sa femme en œuvre d'adultère au cours de cette période, est valable, selon Sidi Khalil, et comporte toujours l'anathème.

Il en est ainsi alors même que la femme eût été répudiée définitivement.

103. - Mais, si la même accusation était portée après l'expiration de l'attente légale, le mari doit être puni comme coupable d'injure. (PERRON, t. 3, p. 52.)

*Quid de la désignation de l'amant.*

104. - Lorsque le mari a désigné nommément celui avec lequel sa femme a commis l'adultère, par exemple en employant ces termes : « J'ai vu un tel en acte d'adultère avec toi », le coupable, aux termes de la loi musulmane, doit être puni et l'anathème est prononcé en même temps contre la femme.

*Formules prescrites pour prononcer l'anathème.*

105. - Dans une matière aussi délicate et de nature à troubler profondément l'ordre public et l'esprit de famille, le droit musulman et la loi divine ont prescrit les formes et la solennité requises pour empêcher toute accusation téméraire.

C'est le cadi ou l'imam qui procédera à une enquête et recherchera si le mari qui veut prononcer l'anathème remplit bien toutes les conditions légales.

En effet, le Koran a indiqué expressément les formes juridiques du serment d'anathème :

— « Ceux qui accuseront leurs femmes et qui n'auront d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes, jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité » (S. 24, v. 6).

— « Et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu sur eux s'ils ont menti » (v. 7).

— « On n'infligera aucune peine à la femme, si elle jure quatre fois devant Dieu que son mari a menti » (v. 8).

— « Et la cinquième fois, en invoquant la colère de Dieu sur elle si ce que son mari a avancé est vrai » (v. 9).

106. - Suivant la doctrine enseignée par Sidi Khalil, il est encore nécessaire que les mots *je jure*, *anathème*, *colère* soient employés dans la formule du serment.

Si le mari est muet, il exprimera son serment par signes intelligibles ou par écrit.

107. - Les époux sont réunis dans la mosquée, en présence de quatre fidèles au moins. Il est encore recommandé que cette action suive immédiatement une prière obligatoire.

Sidi Khalil déclare qu'il est du devoir de l'iman ou dépositaire de l'autorité d'exhorter les époux à bien réfléchir et à éviter le scandale avant de prononcer le serment ; de demander pardon à Dieu.

Les mêmes exhortations doivent être renouvelées avant le cinquième serment décisif.

En Algérie, c'est le cadi qui fait prêter ce serment dans les formes de droit ci-dessus indiquées. (Mahakma canton Sud Alger, jugement du 13 août 1931.)

#### *Effets juridiques du serment.*

108. - Si le mari refuse de jurer, il est convaincu d'avoir accusé témérairement sa femme ; il a causé, de ce chef, un préjudice certain à son épouse ; c'est au surplus une injure d'une gravité extrême. La femme est donc en droit de demander le divorce aux torts et griefs du mari.

Le mari a juré, mais c'est la femme qui refuse le serment ; elle est alors convaincue d'adultère. Le mariage est dissous.

Lorsque les époux ont juré tous deux, le mariage est dissous, car la vie commune est dès lors devenue impossible. (En ce sens ZEYS, *Droit musulman algérien.*)

Si l'un des époux revient sur ses déclarations avant qu'ils aient tous deux achevé de prononcer l'anathème, il sera puni et le mariage ne sera pas rompu. (EBN ACEM, vers 509.)

109. - Les docteurs musulmans sont tous d'accord pour exiger une décision du juge pour la validité de l'anathème.

#### *Violence ou erreur en matière d'anathème.*

110. - Mais, lorsque le mari accuse la femme d'avoir cédé à la violence exercée contre elle pour commettre un adultère ou d'avoir cohabité par erreur avec un individu qu'elle croyait être son mari, sans cependant ne pouvoir rapporter aucune preuve pour étayer cette accusation, et alors que la femme reconnaît avoir été victime de cette violence ou erreur, les deux conjoints, selon la doctrine enseignée par Sidi Khalil, doivent prononcer l'anathème l'un contre l'autre.

Si le cas de viol est prouvé, dans le pur droit musulman, c'est le mari seul qui prononce l'anathème.

Pratiquement, et surtout en Algérie où l'influence des juristes et magistrats français a humanisé certaines dispositions du droit musulman en faveur de la femme, lorsque celle-ci a été victime d'un viol démontré par une information judiciaire, il n'y a jamais lieu à divorce, ainsi que l'ont révélé, à maintes reprises, les débats des cours d'assises.

*Des conséquences et des effets de l'anathème.*

111. - La conséquence principale et primordiale de l'anathème est d'annuler la paternité du mari, de rompre complètement et définitivement les liens du mariage, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la répudiation ; d'entraîner, enfin, la prohibition perpétuelle d'un nouveau mariage entre les époux.

Voici comment s'exprime Ebn Acem :

— « Aucune peine n'est prononcée ; l'enfant n'est pas attribué au mari et il est pour toujours interdit aux conjoints de revenir l'un à l'autre » (vers 506).

Notons immédiatement que cette prohibition existe même si, dans l'intervalle écoulé, l'un d'eux avait été engagé dans les liens d'un nouveau mariage.

— « Si plus tard le mari revient sur son serment et déclare qu'il a menti, la paternité de l'enfant lui sera attribuée, mais une nouvelle union avec sa femme lui sera de plein droit interdite » (vers 508).

112. - Le juge doit homologuer le serment d'anathème régulièrement prononcé et constater la dissolution du mariage.

*Mais quid de la dot ?*

Selon Malek, s'il n'y a pas eu consommation, la moitié de la dot est due à la femme, mais si le mariage a été consommé, la femme a droit à l'intégralité de la dot.

113. - L'anathème n'est plus recevable si, après avoir constaté l'adultère, précise le regretté juriste Norès, le mari a eu avec sa femme des relations conjugales, ou a tardé un jour ou deux à élever l'accusation d'adultère.

Pour certains auteurs, il faut que les relations aient été suivies de grossesse.

Ebn Acem stipule que le mari qui a commerce avec sa femme après l'avoir vue commettant l'adultère ne pourra plus prononcer l'anathème. La paternité de l'enfant lui sera attribuée et il doit encourir une peine pour avoir menti (vers 511).

*Grossesse de la femme. - Anathème.*

Pour Ebn Acem et Sidi Khalil il y a également lieu au prononcé du serment d'anathème lorsque le mari nie sa participation à la grossesse de sa femme.

Il est nécessaire que la grossesse de la femme soit vérifiée et l'anathème prononcé avant l'accouchement et en tous cas dès que le mari est au courant de l'état de sa femme.

Cependant, pour Malek, il faut attendre l'accouchement, mais cette opinion est infirmée par Ebn Acem : « Quand la femme est enceinte, l'anathème aura lieu dès que la grossesse sera certaine » (vers 501). A cet effet, un hadits du Prophète rappelle qu'un nommé Adjelani ayant prononcé l'anathème contre sa femme, alors qu'elle était enceinte, le Prophète ne désapprouva pas sa conduite.

Dans le *rite hanéfite*, selon Abou Hanifa, il échet pour prononcer l'anathème d'attendre l'accouchement.

9° *Absence du domicile conjugal*

114. - L'absence du foyer conjugal ne constitue pas, en droit musulman, une cause absolue de divorce et la jurisprudence de nos tribunaux a sanctionné très souvent ce principe. (T. Bougie 25 octobre 1934, R.A. 1935, 2, 59 et note DULOUT.)

En effet, à plusieurs reprises des tribunaux de paix et même la juridiction d'appel, statuant en matière musulmane, avaient posé en thèse qu'un mari musulman n'a pas le droit de s'absenter de son domicile sous peine de divorce, alors même que cette absence était légitimement motivée.

C'était pousser à l'extrême les prescriptions de la loi musulmane qui a stipulé qu'il y avait lieu à divorce par autorité de justice toutes les fois que le mari manque aux obligations que la loi impose, c'est-à-dire à pourvoir à l'*entretien* de sa femme, à remplir vis-à-vis d'elle ses *devoirs conjugaux*. Et encore lorsqu'il est constaté que la femme est restée trente jours sans que son mari ait pourvu à ses besoins.

Tous ces textes autorisent le divorce à la condition essentielle que l'absence du mari ait pour conséquence immédiate un défaut d'entretien de la femme ; mais, si le mari absent, soit par lui ou par les siens, pourvoit à cet entretien, la femme ne peut obtenir le divorce en se fondant sur la seule absence du mari.

115. - Dans la pratique, le mari musulman se rend, en France pour travailler et laisse son épouse au domicile conjugal, sous la garde de son père ou d'un frère, parfois même d'un autre proche parent. Il pourvoit aux besoins de l'épouse par l'envoi fréquent de mandats-poste.

Il était donc sage de ne pas désorganiser les foyers des musulmans se rendant dans la métropole pour un motif des plus légitimes et dont le but apparent est de mieux subvenir aux besoins de la famille restée sur la terre ancestrale.

116. - D'ailleurs, la Cour d'appel d'Alger avait si bien jugé la rigueur du principe posé par certains tribunaux que déjà elle avait décidé qu'une absence même de plus de douze mois n'est pas une cause de divorce, quand le mari continue à assurer à son épouse un entretien convenable. (27 juin 1931, R.A. 1932, 2, 169.)

Elle revenait ainsi sur une de ses décisions par laquelle elle proclamait qu'en droit musulman, le fait par un mari de ne pas cohabiter avec sa femme (en l'espèce pour aller travailler au loin), alors qu'il ne justifie pas que celle-ci ait refusé de le suivre, et ensuite de pas pourvoir à ses besoins, constituaient des manquements graves aux devoirs et obligations du mari envers sa femme de nature à justifier le divorce (Ch. R. M. 30 novembre 1929, R.A. 1932, 2, 51.)

Ce revirement s'explique encore par des considérations sociales, politiques et économiques.

117. - L'absence n'est blâmable que lorsqu'elle constitue un *abandon* de la femme, un *manquement* aux obligations d'entretien découlant du mariage :

« Le divorce sera prononcé, dit Ebn Acem, à l'égard du mari qui, pendant quatre mois, s'abstient de tout rapport avec sa femme » (vers 489).

Mais, ce docteur musulman parle de l'homme qui cesse *volontairement* et dans « l'intention de nuire » (vers 490), car lorsque l'intention n'est pas mauvaise, il n'y a pas lieu à divorce.

C'est donc le cas pour le mari qui quitte momentanément son foyer pour un travail rémunérateur et profitable aux siens.

Cette interprétation est plus rationnelle et logique ; elle est l'esprit de la loi.

118. - La jurisprudence la plus récente a confirmé ces principes ; elle a apporté un certain tempérament dans des cas d'espèce soumis à son interprétation.

C'est ainsi qu'il a été jugé, par exemple, que si l'on ne peut faire un grief au mari qui s'est rendu en France pour y travailler, on ne saurait cependant l'autoriser à abandonner complètement sa femme pendant plusieurs années, même en la confiant à quelqu'un des siens. (J. P. El-Kseur 21 novembre 1939, greffe mus. n° 734 ; T. Bougie 25 avril 1940, greffe mus. n° 83.)

D'autre part, le devoir de cohabitation imposé par la loi musulmane à l'époux implique que si celui-ci peut s'absenter pour un certain temps et notamment pour travailler en France, la période d'absence ne saurait s'éterniser sans que le défaut de cohabitation ne puisse être sanctionné par le divorce. (T. Bougie 26 septembre 1940, greffe mus. n° 251.)

119. - En résumé, il faut que l'absence du mari, même prolongée, ait d'abord et en premier lieu une *cause légitime* ; qu'il ne cesse de pourvoir aux besoins de son épouse et de ses enfants ; qu'il assure, en tout état de cause, un entretien convenable à sa femme. (T. Bougie, 28 mai 1942, greffe mus. n° 175, juge HENRIQUET ; Alger, Ch. R. M. 15 mars 1946, arrêt n° 74 des minutes du greffe.)

120. - C'est donc l'*abandon injurieux* qui donnera ouverture à une action en divorce de la part de la femme.

Ainsi, l'emprisonnement est considéré comme une absence forcée et ne donne lieu au divorce que lorsque la femme, au cours de cet emprisonnement, ne reçoit aucun subside pour son entretien.

Les jurisconsultes musulmans admettent que, lorsque l'absence ou la détention s'est prolongée pendant cinq années, la femme a le droit de demander la dissolution de son mariage, afin de pouvoir, après les délais d'aïdda, contracter une nouvelle union.

Dans le droit français, l'article 231 modifié du C. c. stipule que la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infâ-



mante sera pour l'autre époux une cause de divorce. Pareille disposition n'est pas prévue par le droit musulman. (Alger, Ch. R. M. 5 juin 1905, *Recueil Norès* n° 66, R.A. 1906, 2, 323.)

Nous verrons qu'il n'en est pas de même en Kabylie où le législateur a pris un texte spécial et a prévu le divorce pour ce motif. (Décret du 19 mai 1931.)

### § 3. — LES EFFETS DU DIVORCE JUDICIAIRE

121. - Le divorce judiciaire produit les effets juridiques suivants : il dissout l'union conjugale, déclare la femme en état d'aïdda, il ouvre certains droits aux pensions alimentaires et ouvre l'exercice des droits de hadana s'il existe des enfants mineurs et impubères.

Si le divorce a été prononcé pour défaut d'entretien, il produit les mêmes conséquences juridiques que la répudiation *redjai* (sujet à retour). Le mari ayant acquis des ressources suffisantes peut contraindre la femme à reprendre la vie conjugale, avant l'expiration des délais d'aïdda. Il n'est pas nécessaire, dans ce cas, de célébrer un nouveau mariage ni de constituer une nouvelle dot. (En ce sens NORÈS, art. 231, *Essai de codification de droit musulman algérien*.)

122. - Lorsque le divorce judiciaire a été prononcé pour adultère ou apostasie, le mari se trouve alors affranchi de plein droit du paiement de ce qu'il peut devoir à la femme pour sa dot ; de même, il n'a à payer aucune pension alimentaire, pas même la pension d'aïdda qui, cependant, est accordée à la femme quand le divorce a été prononcé à ses torts et griefs.

## SECTION III

Le divorce et les coutumes kabyles. - Intervention du législateur.

*Motifs du divorce.*

123. - La coutume kabyle ne permettait pas à la femme de demander le divorce et ne lui accordait que le droit d'insurrection que nous étudierons plus loin.

Mais, dans cette matière, le législateur algérien est intervenu fort heureusement par le décret du 19 mai 1931 dont l'article 1<sup>er</sup> est ainsi conçu :

« La femme peut demander le divorce pour sévices pratiqués par le mari, abandon depuis plus de trois ans, par le mari, du domicile conjugal ou insuffisance d'entretien imputable au mari, absence de ce dernier de plus de deux ans, condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante ».

Ce texte législatif consacre un correctif d'humanité que la jurisprudence des tribunaux algériens s'était, à plusieurs reprises, efforcée d'apporter à la rigueur et à la brutalité des coutumes kabyles, d'après lesquelles, en dépit des pires traitements qui lui étaient infligés, la femme kabyle ne pouvait obtenir la rupture du lien conjugal.

124. - Dès 1899 les juges de paix des cantons de Fort-National et de Michelet avaient admis la femme kabyle à demander le divorce contre le mari pour sévices graves. (Fort National 11 janvier 1899, R.A. 1899, 2, 519 ; 23 avril 1902, R.A. 1902, 2, 312.)

En 1922, le tribunal de Tizi-Ouzou avait prononcé le divorce au profit de la femme. La Cour d'appel d'Alger décida alors que si, dans la rigueur des coutumes kabyles, le divorce ne pouvait être accordé à la femme, celle-ci n'ayant que la ressource de se mettre en état d'insurrection, il appartenait aux tribunaux, dans l'intérêt de l'ordre social et pour des raisons de justice et d'humanité, de faire cesser des situations parfois extrêmement cruelles et douloureuses en admettant la femme kabyle à demander le divorce. (Arrêt du 12 novembre 1922.)

La réforme de 1931 a été inspirée par cette jurisprudence.

*L'énumération des motifs de divorce est limitative.*

125. - L'énumération des motifs de divorce contenue dans l'article 1<sup>er</sup> est *limitative*. Ce texte n'a pas prévu l'injure grave et pour ce motif la femme kabyle ne peut, en l'état actuel de la législation, demander le divorce judiciaire.

Le juge de paix de Port-Gueydon avait, par jugement du 4 mars 1931, confirmé en appel par le tribunal de Tizi-Ouzou le 18 juin 1931, débouté une femme qui avait assigné son mari en divorce pour le motif que celui-ci avait porté plainte contre elle et qu'à la suite de l'information ouverte (tentative d'empoisonnement) une ordonnance de non-lieu était intervenue.

Elle déclarait qu'en raison de cette accusation grave non fondée, la vie commune était devenue impossible.

Le procureur général déférait cette décision à la censure de la chambre de révision musulmane en exposant que l'accusation criminelle portée par le mari contre sa femme rend évidemment la vie commune intenable pour celle-ci : la justice française a fait non-lieu, mais le plaignant saura trouver d'autres recours, il n'en est que trop d'exemples... Même en se tenant strictement sur le terrain violences, il est raisonnable et humain de considérer que le divorce doit être accordé, non seulement quand la femme en a été effectivement l'objet, mais même quand elle y est si gravement exposée que sa vie n'est pas en sûreté.

Mais, la chambre de révision n'a pas cru devoir retenir cette thèse, estimant qu'on ne pouvait étendre le divorce judiciaire demandé pour sévices graves au cas d'injures graves, le décret du 19 mai 1931 ne faisant nullement mention de l'injure grave comme motif de divorce. (Arrêt du 18 janvier 1932, *Recueil Norès* n° 666 ; 4 juillet 1945, arrêt n° 6 des minutes du greffe ; 19 mars 1946, arrêt n° 77 des minutes du greffe, pr. NÉGRIN.)

#### *Quid du droit d'insurrection.*

126. - Cependant ce décret a laissé subsister au profit de la femme kabyle le droit d'insurrection.

En effet, cette législation nouvelle, prévoyant les difficultés que pourrait trouver la femme à soutenir une instance en divorce, eu égard à son infériorité traditionnelle de droit et de fait parmi le milieu berbère classique, s'est bien gardé de supprimer la faculté d'insurrection, consacrée par les kanouns comme une ressource de la femme modestement attentatoire à l'omnipotence de l'homme, utile et équitable cependant.

L'insurrection et le divorce, actuellement à la disposition de la femme kabyle, sont très différents au point de vue juridique dans leur nature, leur application et leurs effets.

Le divorce, en effet, a pour but la rupture immédiate et définitive du lien conjugal ; l'insurrection n'est qu'une mesure de protection à caractère bien particulier et momentané. *Le lien conjugal subsiste.*

Et c'est ainsi qu'il a été jugé que le fait, par la femme kabyle, de se mettre en état d'insurrection ne s'oppose pas à ce que, simultanément ou ultérieurement, elle forme une action en divorce, en vertu du décret du 19 mai 1931 et ne doit pas non plus être

considéré comme une renonciation implicite à une action de cette nature déjà introduite. (Alger, Ch. R. M. 2 mai 1932, *Recueil Norès* n° 683.)

127. - D'autre part, sur une demande en divorce formée par une femme kabyle et exclusivement basée sur le défaut d'entretien par le mari pendant plus de trois ans — sans alléguer d'autres faits — les juges du fond ont pu, sans violer le décret du 19 mai 1931 ni les coutumes kabyles en la matière, apprécier souverainement que ladite femme ayant *quitté le domicile conjugal* et le défaut d'entretien n'étant, ainsi, que la conséquence d'une mise en état d'insurrection admise par la coutume kabyle, sa demande en divorce devait être déclarée infondée.

Et cela, au surplus, sans qu'on puisse faire grief aux juges du fond de n'avoir ni recherché d'office les motifs de cette mise en état d'insurrection, ni d'avoir suppléé aux moyens de divorce proposés par la femme. (Ch. R. M. 4 juillet 1945, pr. KNOERTZER, ROBE 1945, p. 154.)

#### *Quid. du remboursement de la dot.*

128. - Il est certain, juridiquement, que l'article 1<sup>er</sup> du décret du 19 mai 1931, en autorisant la femme kabyle à demander le divorce dans certains cas bien déterminés, a entendu affranchir celle-ci, quand le divorce est *prononcé à son profit*, de toute contrainte physique et de toute obligation pécuniaire.

En pareil cas, le mari n'est pas en droit de réclamer le remboursement de la dot ou thammamth. (Alger, Ch. R. M. 11 juin 1934, pr. POUYANNE, ROBE 1934, p. 253, *Recueil Norès* n° 740.)

#### *Logement distinct de la belle-famille.*

129. - Nous savons, en droit musulman, que le mari doit, d'une façon impérieuse, loger sa femme dans un appartement distinct de celui occupé par ses parents.

En l'état actuel des coutumes kabyles, la mise à la disposition de l'épouse d'un logement distinct de celui des parents du mari ne constitue point une obligation découlant du mariage.

Dès lors, la femme kabyle qui base sur un pareil motif son refus de réintégration peut être condamnée à réintégrer le domicile conjugal. (T. Tizi-Ouzou, 2 mars 1933, R.A. 1936, 2, 12.)

*Le décret de 1931 n'est pas applicable à un arabe résidant en Kabylie.*

130. - Le statut personnel d'un individu le suit partout où il lui plaît de résider. Dès lors la question s'est posée de savoir si la législation kabyle, en l'espèce le décret du 19 mai 1931, pouvait être appliquée à un musulman arabe résidant en Kabylie.

Non, a répondu la chambre de révision musulmane. (18 décembre 1939, ROBE 1942, p. 127.)

Dans cette espèce, il s'agissait d'époux possédant le statut personnel arabe, mais domiciliés à Tizi-Ouzou. A l'occasion d'une demande en divorce, le tribunal avait ordonné que l'un des deux époux prêterait le serment avec l'assistance de co-jureurs pour établir que la femme avait été chassée du domicile conjugal.

Or, les époux s'étaient mariés à la mode arabe, devant le *cadi malékite* d'Alger, leur statut personnel devait donc les suivre partout où ils résidaient. Le tribunal ne pouvait donc leur appliquer le droit kabyle.