

LL

KBP 637

.32

.M47

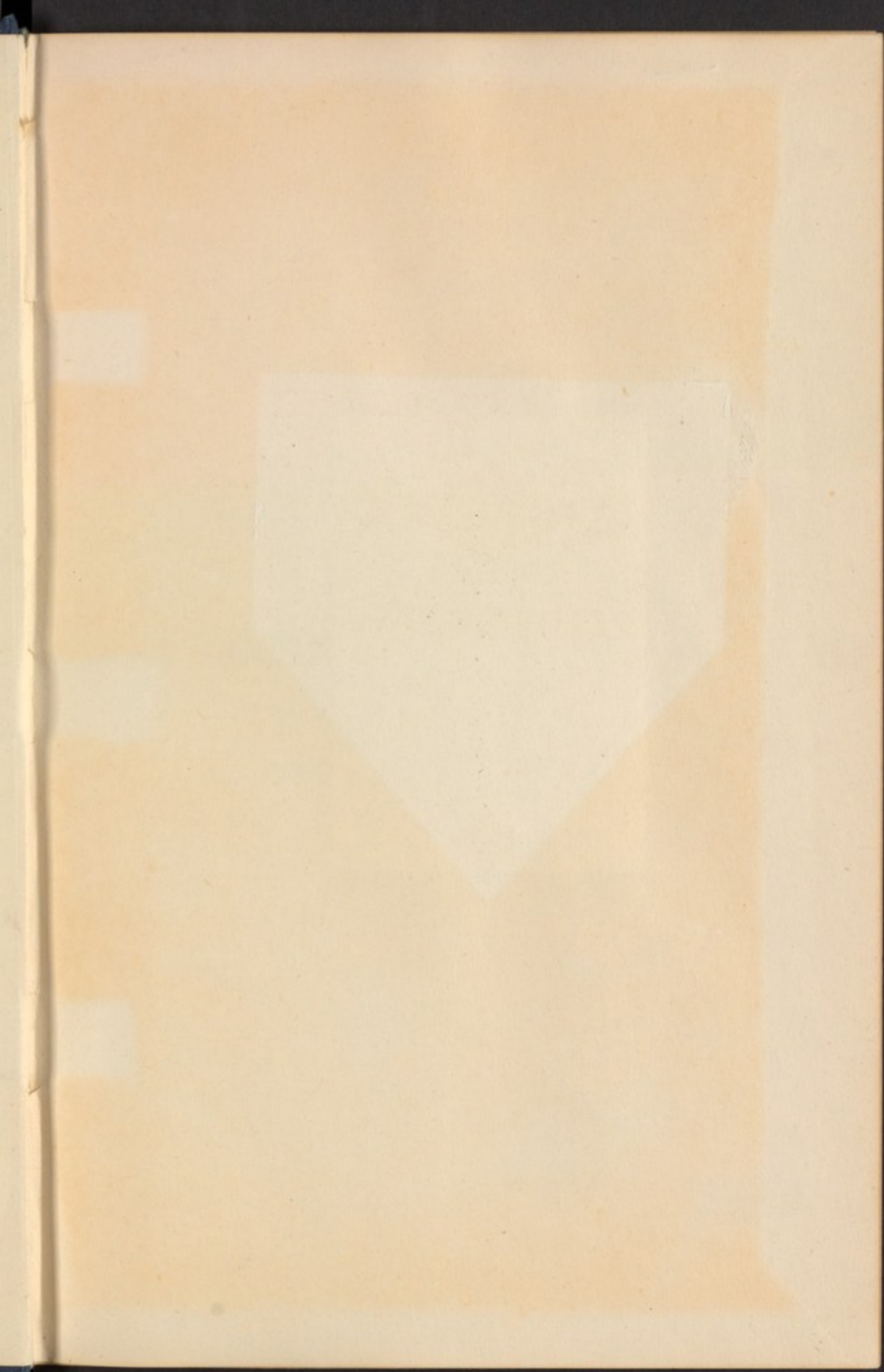
A33

1899

Copy 1



هذا المجلد تابع لكتبه مكتب الأبحاث
الاقتصادية للشرق الأقصى
بشركة مسلك حيد
منشور بالجنوبية





8

287090

LE
CODE DU HOBIOUS
(ou OUAKEF)

SELON LA LÉGISLATION MUSULMANE

DU MÊME AUTEUR

- HISTOIRE DE L'AFRIQUE SEPTENTRIONALE DEPUIS LES TEMPS LES PLUS REÇULÉS JUSQU'À LA CONQUÊTE FRANÇAISE (3 vol. in-8° avec 3 cartes). — Ouvrage couronné par l'Institut. (Leroux, Paris, 1888-1891).
- HISTOIRE DE L'ÉTABLISSEMENT DES ARABES DANS L'AFRIQUE SEPTENTRIONALE (grand in-8° avec 2 cartes). — Marle, Constantine, 1875.
- LE CINQUANTENAIRE DE L'ALGÉRIE (in-8°). — Challamel, Paris, 1880.
- L'ALGÉRIE ET LES QUESTIONS ALGÉRIENNES (in-8°). — Challamel, Paris, 1883.
- COMMENT L'AFRIQUE SEPTENTRIONALE A ÉTÉ ARABISÉE (in-8°). — Marle, Constantine, 1875.
- LA FRANCE DANS LE SAHARA ET AU SOUDAN (in-8°). — Leroux, Paris, 1889.
- LA BATAILLE DE POITIERS ET LES VRAIES CAUSES DU REÇUL DE L'INVASION ARABE (in-8°). — Mémoire publié par la *Revue historique*.
- CONSTANTINE AVANT LA CONQUÊTE FRANÇAISE (1837). — Braham, Constantine, 1880.
- CONSTANTINE AU XVI^e SIÈCLE, ÉLÉVATION DE LA FAMILLE EL-FEGGOUN. — Braham, Constantine, 1880.
- NOTICE SUR LA CONFRÉRIE DES KHOUAN DE SIDI ABD-EL-KADER EL-DJILANI. — *Société archéologique de Constantine*, 1868.
- LES ARABES D'AFRIQUE JUGÉS PAR LES AUTEURS MUSULMANS. — *Revue Africaine*.
- EXAMEN DES CAUSES DE LA CROISADE DE SAINT LOUIS CONTRE TUNIS. — *Revue Africaine*.
- ÉPISODES DE LA CONQUÊTE DE L'AFRIQUE PAR LES ARABES, KOCEILA, LA KAHÉNA. — *Société archéologique de Constantine*.
- LES INDIGÈNES D'ALGÉRIE, LEUR SITUATION DANS LE PASSÉ ET DANS LE PRÉSENT. — *Revue libérale*, 1884.
- LES DEUX SIÈGES DE CONSTANTINE (1836-1837), 1 vol. avec pl. — Poulet, éditeur, Constantine, 1896.
- LA FRANCE DANS L'AFRIQUE CENTRALE EN 1893, avec une carte de l'Afrique. — Braham, Constantine, 1893.
- LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE CHEZ LES MUSULMANS D'ALGÉRIE. — Paris, Leroux, 1891.
- LA PROPRIÉTÉ EN MAG'REB, SELON LE RITE DE MALEK. — *Journal asiatique*, juillet-août 1894.
- LA CONDITION DE LA FEMME MUSULMANE DANS L'AFRIQUE SEPTENTRIONALE. — Alger, Jourdan, 1895.
- LE HOBIOUS OU OUKOF, SES RÈGLES ET SA JURISPRUDENCE. — A. Jourdan, Alger, 1895.
- DEUXIÈME ÉTUDE SUR LE HOBIOUS OU OUKOF, A PROPOS DU NOUVEL OUVRAGE DE M. CLAVEL. — A. Jourdan, Alger, 1898.
- LA POPULATION INDIGÈNE DE L'AFRIQUE, SOUS LA DOMINATION ROMAINE, VANDALE ET BIZANTINE. — Braham, Constantine, 1896.
- LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE MUSULMANE EN ALGÉRIE. — A. Jourdan, Alger, 1898.

H 368

LE
CODE DU HOBIOUS

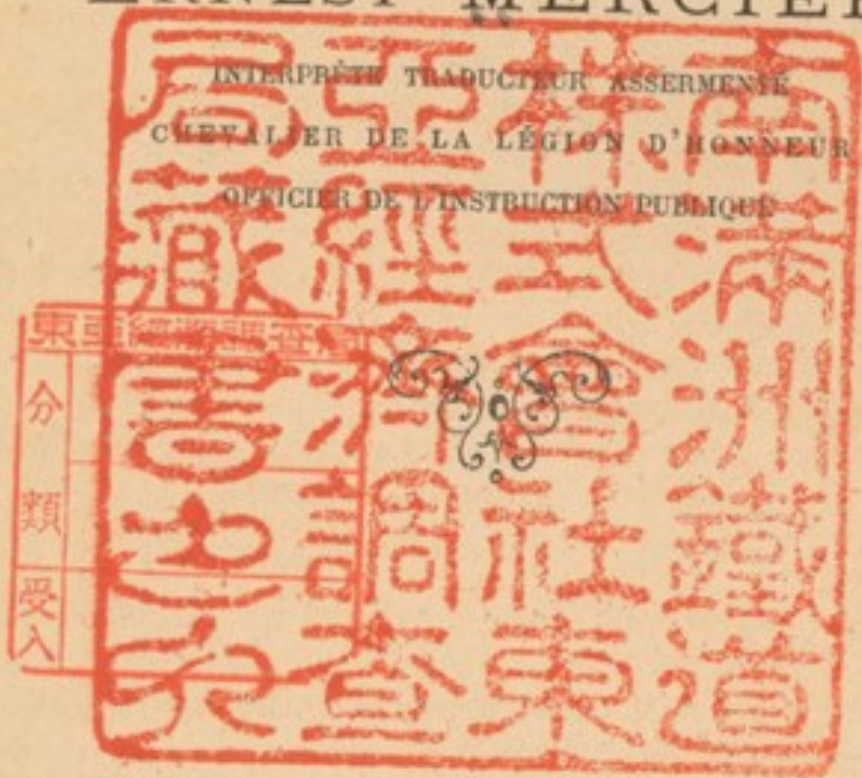
ou OUAKEF

SELON LA LÉGISLATION MUSULMANE

SUIVI DE TEXTES DES BONS AUTEURS
ET DE PIÈCES ORIGINALES

PAR

ERNEST MERCIER,



CONSTANTINE

IMPRIMERIE D. BRAHAM, 2 ET 4, RUE DU PALAIS

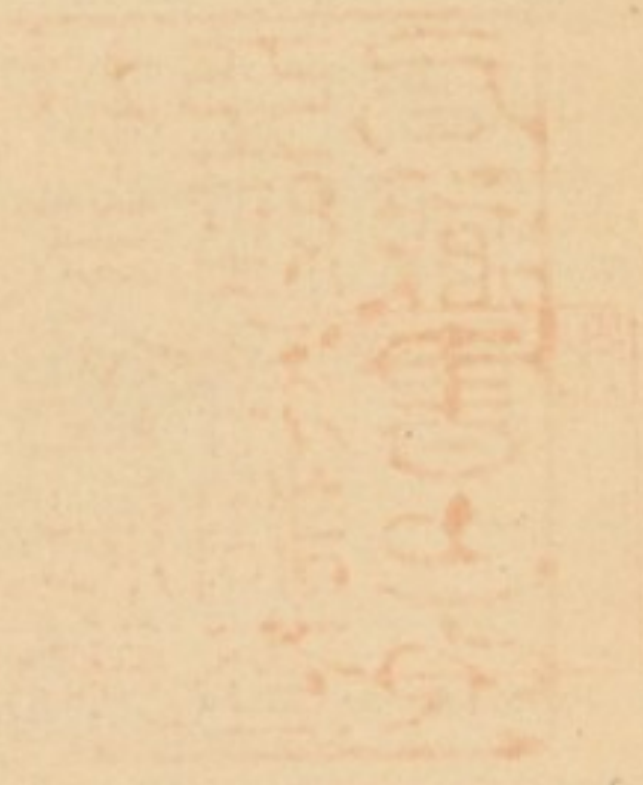
1899

at



12
5
46

Law
ISLAM
7
MERC
1899



ch 76
July 22, 81

239048



17 368

AVANT-PROPOS

En 1895, lorsque je publiai, dans le *Journal de Jurisprudence d'Alger*, mon étude sur *Le Hobous ou Ouakof*, M. Clavel mettait la dernière main à son grand ouvrage sur le même sujet. Etabli comme avocat au Caire, dernier foyer des sciences musulmanes, près de la grande école d'El-Azhar, qui rassemble les *étudiants* du monde islamique, il s'était appliqué à pénétrer la législation si intéressante des principaux rites orthodoxes et avait déjà publié deux volumes sur le « Statut personnel ». Son manuscrit sur le *hobous* comportait la matière de deux autres volumes.

Mon exposé de la doctrine musulmane régissant l'institution, abstraction faite des systèmes et de la jurisprudence qui l'ont compliquée et dénaturée, lui causa une profonde impression. Il y trouva la confirmation de faits nouveaux par lui constatés, au prix de recherches opiniâtres rendues plus difficiles par son ignorance de la langue arabe, et eut le temps d'ajouter, de rectifier plus d'un passage et de citer mon étude, en l'appréciant de la façon la plus flatteuse.

Son ouvrage parut en 1896, sous le titre : « Le Wakf ou Habous » (2 vol. in-8°, Le Caire, imprimerie Diemer). Il est remarquable par l'abondance des documents qu'il contient, l'ordre logique dans lequel ils sont présentés, la clarté et la sincérité de la discussion qui les accompagne. En sa qualité de légiste, M. Clavel expose, pour chaque cas, la jurisprudence très variable qui résulte des arrêts et jugements rendus en Egypte, en Tunisie, en Algérie et à la Cour de Cassation et la discute *ex-professo*. Cette revue offre plus d'un genre d'intérêt, mais elle étouffe, trop souvent, la matière de la législation islamique ou l'empêche de dégager nettement ses lignes.

L'indépendance de l'auteur et sa sagacité professionnelle lui ont permis de faire justice d'un grand nombre d'erreurs radicales, admises et propagées par nos spécialistes européens, et il a eu le rare mérite de ne pas subir la pression des traditions consacrées et des souvenirs d'école. Sur un seul point, il est resté dans l'ancienne voie, en persistant à croire que le fondateur aliénait le fond, parce qu'il donnait les fruits à perpétuité; c'est un point principal entraînant des conséquences à l'infini. « *Lorsqu'on part d'une théorie arrêtée d'avance, — a dit Mérimée, — on s'efforce involontairement d'y rattacher le fait au risque de le dénaturer.* »

58-18 8098
E608 8-1-85

M. Clavel ne pouvait échapper à cette fatalité. Si le fondateur se dépouillait de la nue-propriété, à qui passait-elle ? Il fallait choisir, et l'auteur se prononça pour le bénéficiaire définitif ; par suite, tous les développements de l'institution devaient concorder avec ses prémisses. La tâche était ingrate ; M. Clavel y déploya toute la souplesse de son talent ; mais, à peine une contradiction était-elle résolue, qu'une autre se présentait. Plus d'une fois, il reconnut loyalement l'impossibilité de faire concorder les solutions. En somme, ce travail considérable n'aboutit qu'à un résultat imparfait.

Frappé de cette contradiction absolue entre son système et le mien, M. Clavel entra immédiatement en correspondance avec moi afin de connaître mes raisons et de m'exposer les siennes. Durant de longs mois, une volumineuse controverse s'échangea entre Le Caire et Constantine, chacun défendant ses idées de son mieux, tout en s'efforçant de pénétrer exactement celles de son contradicteur. C'était plaisir de discuter avec un tel adversaire, ne se déroband jamais, ayant horreur de l'équivoque, et ne cherchant que la vérité pure. Je n'ai jamais rencontré un écrivain insensible à ce point aux effets de l'amour-propre d'auteur qui aveugle les meilleurs esprits. Une fois convaincu, il s'inclinait sans fausse honte, devant les faits, déposait les armes et reconnaissait son erreur.

Après une longue résistance, il céda pied à pied et, enfin, m'écrivit un beau jour : « Vous avez raison sur tous les points. Mon ouvrage est à refaire ; je vais m'y mettre et cette fois, il ne subsistera aucune divergence entre nous. »

Peu après, il se voyait forcé de quitter l'Égypte, où ses profondes connaissances des choses musulmanes le rendaient suspect aux maîtres actuels du pays, et venait, dans les premiers mois de cette année, s'installer à Paris. A peine arrivé, il avait la douleur de perdre sa femme, dont l'active collaboration lui avait été si précieuse.

Comme tous les laborieux, Clavel voulut chercher l'apaisement dans la reprise de ses études, et s'occuper, avant tout, de la refonte de son ouvrage sur le hobous. Le 15 mai dernier, il m'écrivait de Paris pour me proposer d'entreprendre ce travail ensemble. « Nous pourrions, disait-il, refondre cet ouvrage en collaboration et produire une œuvre, sinon absolument définitive, au moins bien près de la vérité. . . . Avec les éléments que nous possédons aujourd'hui la chose serait relativement facile, etc. »

Quelques jours après, je recevais la nouvelle de sa mort subite.

Je ne suis pas entré dans ces détails pour offrir un exemple de plus de la fragilité des intentions des pauvres humains, mais pour faire connaître par quelle suite de vicissitudes Clavel a laissé une œuvre imparfaite, malgré son désir de la refondre et de lui donner sa forme définitive, en la débarrassant de toutes les erreurs.

Réduit à mes propres forces, j'ai dû entreprendre, seul, une publication qui devait être notre œuvre commune ; mais il fallait faire connaître que nous étions d'accord sur tous les points, ne fût-ce que pour éviter qu'on ne m'opposât les opinions anciennes de Clavel.

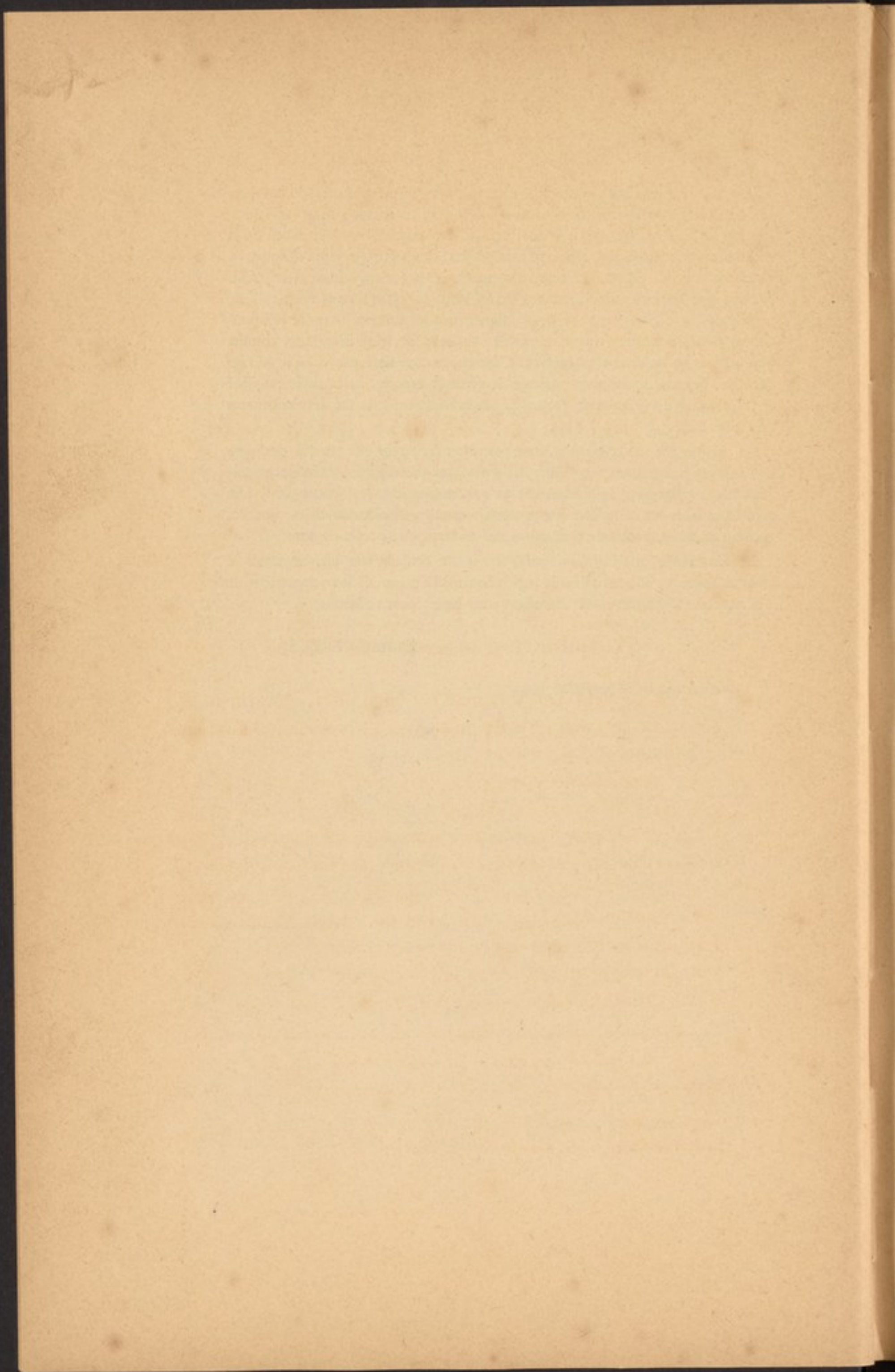
Le « Code du hobous », tel que je le présente aujourd'hui, est le développement de mon premier manuel, c'est-à-dire le tableau complet de la législation spéciale de l'institution, selon la doctrine des écoles malekite et hanafite. Si la mort brutale n'avait pas renversé nos projets, cela eût représenté ma part de collaboration. M. Clavel eût traité les questions de jurisprudence et de droit. N'étant pas qualifié pour le faire, je suis resté en général dans mon rôle de traducteur et d'analyste, et si je rappelle parfois les erreurs de notre jurisprudence, je ne les critique qu'au point de vue de la doctrine islamique, comme pourrait parler un érudit musulman. C'est encore à ce titre que, dans le dernier chapitre, j'expose la solution normale de diverses espèces, après avoir examiné la philosophie du hobous et recherché les causes générales du développement de l'institution.

En me plaçant sur ce terrain je ne pouvais m'appuyer que sur les ouvrages des auteurs musulmans, en citant leurs passages principaux au bas des pages. Mais ces justifications ne s'adressent qu'aux arabisants; c'est pourquoi il m'a semblé utile de les compléter par un certain nombre de pièces choisies, ajoutées comme annexes, avec leur traduction, les mettant à la portée de tous.

Et maintenant, ma tâche est finie; j'ai voulu fournir aux jurisconsultes le code complet du hobous selon la législation musulmane; il leur appartient de s'en servir et d'y trouver des éléments pour baser leurs décisions.

ERNEST MERCIER.

Constantine, le 20 juillet 1899.





CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET ORIGINE DU HOBIOUS (OU OUKAF)

1° Définition et nature du hobious

Commençons par examiner la définition donnée à cet acte par les bons auteurs musulmans des écoles malekite et hanafite.

Ibn Arfa, docteur malekite, la formule comme suit⁽¹⁾ :

« *Le hobious est la donation de l'usufruit d'une chose, obligatoire tant que cette chose subsistera (productive), la propriété restant au donateur, même sans manifestation effective (d'une façon abstraite).* »

Le Dorr-el-Mokhtar, vrai code de l'école hanafite, dit, sous une forme plus concise⁽²⁾ :

« *La chose placée sous séquestre est la propriété du constituant, et son usufruit est donné à titre de sodka.* »

فال ابن عرفة الحبس اعطاء منبوعة شيء مدة وجودة لازما بفأوة (1)
(Trad. Sidi Khelil par Seignette, p. 389). في ملك معطيه ولو تفقد يرا

(Formule du Tanouir el Absar, noyée dans le texte du Dorr). حبس عين على ملك الوافيو والتصديق بالسيبوعة (2)

Enfin, le dictionnaire de Freytag (p. 324) traduit comme suit le terme « hobous ».

« *Dicavi in pios usus rem, dum possessio pristino possessori manebat.* »

Ainsi le hobous est la donation des fruits d'une chose, qui appartiendront aux donataires tant qu'elle subsistera productive.

Cette donation est une *sodka*, c'est-à-dire qu'elle a pour mobile d'être agréable à Dieu et doit être exempte de tout intérêt terrestre — (à l'opposé de la *hiba* qui peut avoir pour but de gratifier l'amitié, la parenté, etc.), — sans compensation et irrévocable.

Le fondateur reste (même après sa mort) propriétaire de la chose hobousée, puisqu'il n'a donné que les fruits à venir.

Ces principes, essentiels à constater et à retenir, donnent la clé de la législation du hobous ; tous les cas en dépendent et s'y réfèrent et c'est, parce que les légistes européens n'ont pas su les dégager et les comprendre, qu'ils ont embrouillé cette question au point de la rendre inintelligible.

Les définitions si précises reproduites ci-dessus établissent, en résumé, que le propriétaire d'une chose a fait donation des fruits qu'elle produit et qu'elle produira, tant qu'elle subsistera. Ce fait absolu, base de l'institution, ne comporte aucune extension ; et comme l'objet affecté au hobous, est, en principe, un immeuble de produit, il en résulte que le fondateur, n'ayant donné que les fruits, n'a pas aliéné le fonds. Il est donc resté nu-propriétaire de la substance du hobous. A la rigueur, on pouvait se dispenser de le dire ; sa donation d'usufruit devant, ainsi que nous le verrons plus loin, durer aussi longtemps que possible, il continuera à en rester nu-propriétaire, même après sa mort.

Loin d'être fictive, comme on pourrait le croire, cette nue-propriété sera consacrée par l'action permanente,

posthume du fondateur; et si, pour des raisons diverses, sa donation de fruits, telle qu'elle a été déterminée, ne peut plus être exécutée, l'immeuble qui en était grevé rentrera, à titre de propriété ordinaire, dans le patrimoine du fondateur et, après lui, de ses héritiers légaux.

Toutes les dispositions de la législation spéciale du hobous sont basées sur ces principes essentiels; elles en appliquent les conséquences logiques et ne peuvent paraître arbitraires que si on les ignore.

C'est par extension que les termes *hobous et ouakf*, désignent l'ensemble de l'opération; ils signifient simplement « séquestre », et ne caractérisent qu'un des procédés employés pour la réaliser et en assurer la permanence.

En effet, le constituant, afin de conserver intact son immeuble et de garantir l'exécution des dispositions par lui édictées dans sa charte, commence par le placer sous ce séquestre (*hobous* ou *ouakf*), qui le maintiendra, aussi longtemps qu'il restera intact et productif, en dehors du commerce et de l'hérédité.

Il suspend la condition normale de la chose hobousée, pour qu'elle demeure affectée au service de la donation permanente de fruits qui la grève. Elle cesse de faire partie du patrimoine actif du constituant; mais celui-ci ne l'aliène pas pour cela, puisqu'il en conserve expressément la nue-propriété, qu'il s'en réserve l'administration directe, ou la délègue à ses représentants et qu'enfin, il en reprend, par lui-même ou par ses héritiers, la pleine propriété, si sa donation d'usufruit devient inexécutable, ou qu'un vice légal l'atteigne.

Ce séquestre, qui rend intangible le bien hobousé, n'est-il pas la preuve du droit du fondateur, puisqu'il est imposé par lui comme sauvegarde de sa donation et de sa nue-propriété?

S'il n'avait pas ce but, si le fonds était donné avec les

fruits, pourquoi le fondateur placerait-il la chose sous séquestre ? Cela ne s'expliquerait pas.

En attribuant les fruits à des bénéficiaires permanents, il a gardé expressément le fonds. Il ne faut donc pas lui faire donner plus qu'il n'a voulu donner.

Telle est l'essence de cette institution, qui, ainsi qu'on l'a si souvent répété, n'a pas de similaire dans les législations européennes. On doit la prendre telle quelle, écarter toute assimilation et se mettre dans la situation morale et sociale des gens qui l'ont fondée, pour la saisir et la comprendre.

Ces choses peuvent nous paraître étranges, contraires à la logique et au droit strict ; peu importe, puisqu'elles ne sont pas faites pour nous ! Il ne faut pas en aborder l'étude dans cet esprit, mais se placer au point de vue des musulmans : tout, alors, paraîtra la consécration logique des principes sur lesquels l'institution repose.

2° Origine du hobous

Le Koran, source abstraite de la loi musulmane, est absolument muet sur l'institution du hobous. Pour l'admettre, les Imam orthodoxes se sont appuyés sur des traditions rapportées dans la *Sonna*, notamment sur cette parole du Prophète⁽¹⁾, répondant à une question d'Ammar ben el Khattab au sujet d'une terre de Khaïbar : « Frappe-la de séquestre (hobous), afin qu'elle ne puisse être vendue, ni donnée, ni recueillie en héritage, et affecte ses revenus aux pauvres ! »

Le respect attribué par les musulmans aux paroles traditionnelles recueillies de la bouche de Mahomet par ses compagnons⁽²⁾, ne permettait pas d'écarter une formule

(1) Rapportée dans le vénéré livre de Sidi El Bokhari.

(2) Les « traditions » admises sont : 1° celles recueillies par les contemporains ; 2° celles recueillies de la bouche des *Sohaba* par leurs successeurs (*Tabāïoun*) ; 3° et celles recueillies de ces derniers par leurs successeurs (*Tabāïou-et-Tabāïîne*).

aussi précise ; les fondateurs des quatre écoles s'inclinèrent.

Telle fut l'origine légale de cet acte dont les conséquences devaient être si graves, et qui est en opposition avec les règles de la législation musulmane. Son principe repose sur un prétendu conseil donné par le Prophète, à l'un de ses officiers, pour faire un emploi « agréable à Dieu », d'une terre de conquête, dont il ne savait de quelle façon tirer parti. Et la tradition ne dit même pas si le conseil fut suivi !

Un autre motif fut sans doute d'un grand poids pour décider ces légistes à admettre le hobous : les donations pures (sodka) faites au profit des pauvres et de la religion, sont recommandées aux fidèles par le Koran et doivent leur mériter de larges récompenses dans l'autre vie.

Il faudrait qu'elles eussent un effet immédiat et absolu et que le désaisissement du donateur en fût la condition expresse. Qu'il s'agisse d'espèces à distribuer, de bestiaux, d'objets mobiliers et même de fruits d'immeubles, la donation n'est parfaite que par la délivrance de la chose donnée : c'est la règle de toutes les libéralités⁽¹⁾.

Or, c'est précisément pour que la délivrance des fruits s'exécute régulièrement que le donateur conserve la nue propriété du fonds, car, s'il l'aliénait, l'usufruitier viager n'aurait aucun intérêt à le conserver pour ses successeurs ; la donation serait compromise et perdrait le caractère de permanence qui lui est propre. C'est pour cela que le désaisissement du fonds n'a pas lieu entre les mains des bénéficiaires et qu'il reste sequestré au compte du donateur.

Ne pas se prêter à cette combinaison pieuse et humanitaire aurait eu le double effet de priver le fidèle de la récompense méritée par sa bonne œuvre et de dépouiller les pauvres ou les institutions religieuses de revenus assurés.

(1) Sidi Khelil (chapitre de la donation).

Les codificateurs de la loi islamique ont reculé devant de telles conséquences et, à leur point de vue, cela se comprend. Mais, en se décidant à donner au hobous une consécration légale, ils ont tenu à en déterminer strictement les conditions et les limites ; et, comme les abus inévitables d'une pareille institution ne tardèrent pas à se révéler, ils se sont efforcés ensuite de lui imposer de nouvelles digues, tandis qu'un des principaux disciples d'Abou Hanifa ouvrait toutes les barrières.

3° Faible légalité intrinsèque du hobous

En somme, l'institution du hobous possède une faible légalité intrinsèque. Elle a été tolérée en raison de son origine attribuée au Prophète et de son but, pieux et humanitaire ; mais toutes les déformations que le caprice et l'intérêt lui ont fait subir sont en opposition avec les règles de la loi islamique.

Ce point de vue a échappé à nos légistes ; ils ont accordé au hobous une force qu'il n'a pas ; ainsi qu'il arrive trop souvent pour les choses qu'on ne comprend pas, ce mot a pris un sens mystique ; on l'a entouré d'un respect quasi-superstitieux et l'on a cru être en présence d'une institution sacrée qu'il fallait maintenir ou faire revivre à tout prix.

Or, la législation musulmane n'a pas ce bel enthousiasme pour le hobous ; elle le supporte, s'il remplit les conditions normales, mais se garde de lui conférer une légalité qui peut lui manquer et de le faire revivre, s'il est matériellement caduc. Le juge l'annule purement et simplement, les biens, délivrés du séquestre qui les frappait, reprennent leur condition antérieure et font retour à leur propriétaire, le fondateur ou ses héritiers.

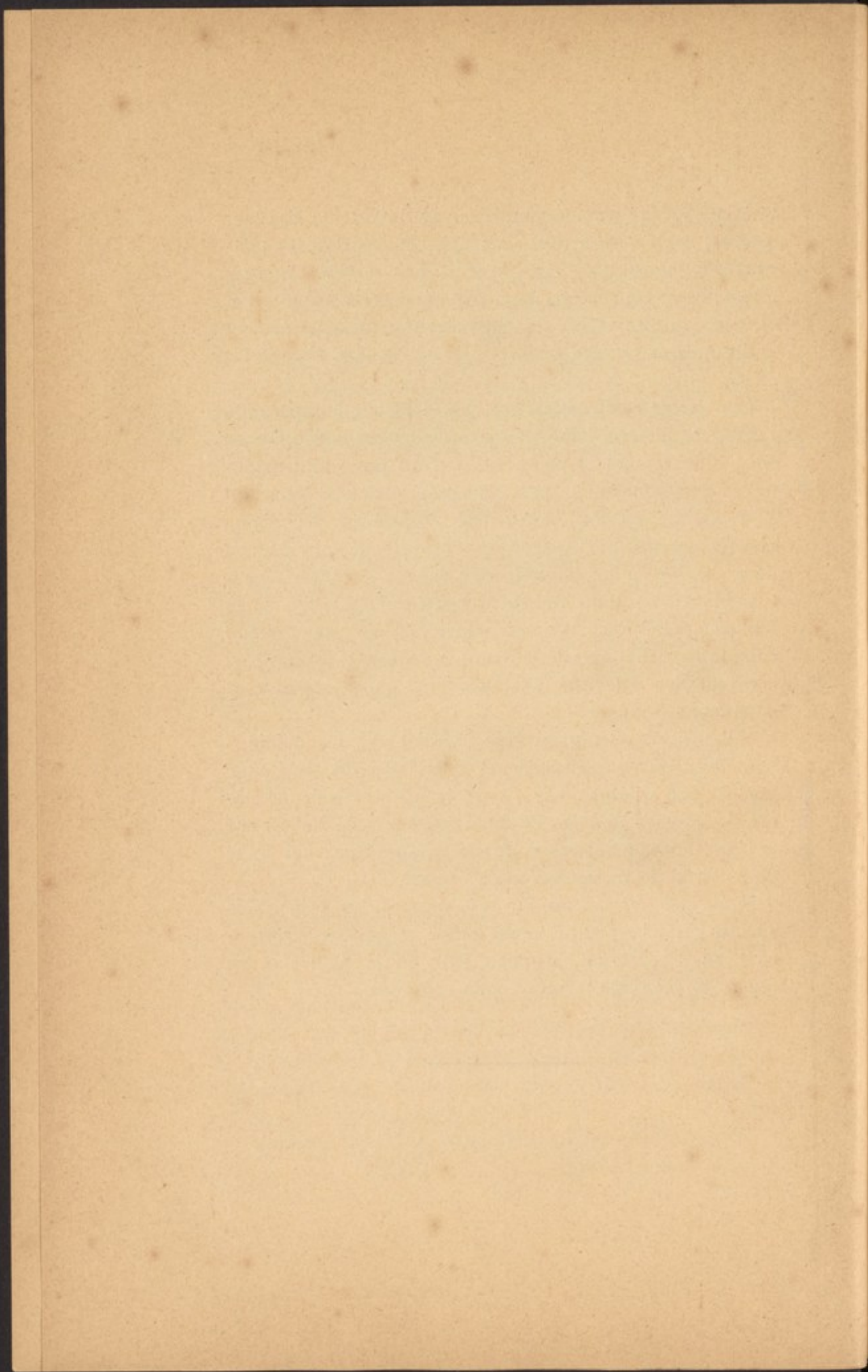
Fondé sur une anomalie, le système du hobous ne pouvait, en se développant, que s'aggraver encore. L'in-

térêt privé, aidé par les complaisances de certains légistes, s'en est servi avec ingéniosité; mais les abus et les tolérances ne constituent pas un droit. Les règles définitives que nous allons étudier, dominant légalement l'institution et, si elles n'empêchent pas toutes les fraudes, elles arment suffisamment le juge pour lui permettre d'en borner les effets.

Les erreurs d'appréciation des légistes européens à l'égard du hobous viennent des idées préconçues qu'ils se sont faites et surtout de ce qu'ils n'ont pas voulu reconnaître que le fondateur restait nu-proprétaire du bien dont il donnait l'usufruit. Après avoir déclaré que le hobous n'avait pas de similaire dans nos codes, ils se sont inspirés de notre législation pour décider qu'une donation perpétuelle des fruits d'un immeuble entraîne l'aliénation de sa nue propriété ! Partant de ce préjugé, ils n'ont tenu aucun compte des définitions des auteurs musulmans, ni du rappel constant des principes fondamentaux qu'ils rencontrent dans leurs ouvrages.

Mais ils ont retenu des faits particuliers, des opinions spéciales, souvent contestées, et chacun s'en est servi pour justifier son système. Car, il est arrivé — c'était inévitable, — que des théories de toute sorte ont été émises sur la législation du hobous et que la jurisprudence n'a cessé de flotter et de varier de l'une à l'autre.

Nous indiquerons, au fur et à mesure, les principales erreurs dans lesquelles on est tombé et qui se perpétueront, en s'aggravant, jusqu'au jour où la nature et les règles de l'institution seront enfin reconnues.



CHAPITRE II

—

CONDITIONS ESSENTIELLES DE LÉGALITÉ
des constitutions hobous

—

Nous devons commencer par définir les conditions essentielles exigées pour la légalité du hobous, c'est-à-dire les règles de principe adoptées par toutes les écoles comme fondement de l'institution, avant les déformations qu'elle a subies dans la pratique. Nous étudierons ensuite ces altérations et présenterons le tableau de la législation définitive s'y appliquant.

Ces conditions essentielles sont :

1° *En la personne du constituant.*

Il doit être musulman, de condition libre, émancipé⁽¹⁾ ; sain de corps et d'esprit ; ne pas être grevé de dettes, ni en état de faillite.

Cette qualité de musulman est obligatoire puisque l'acte lui-même est inspiré par un devoir religieux et qu'il mérite à son auteur les récompenses futures du Dieu de l'Islam ; elle l'est également par la nature de la donation (sodka), faite au profit des pauvres ou de la religion islamique.

(1) مكلوب (voir les auteurs de toutes les écoles).

Il en résulte que si, après avoir constitué son hobous, le fondateur apostasie, l'acte constitutif est, *ipso facto*, frappé de caducité ; et si, plus tard, il rentre dans le giron de l'Islam, il ne pourra faire revivre son hobous que par une nouvelle constitution.

Certains auteurs ont discuté sur la validité ou la nullité des hobous constitués par des sujets infidèles au profit de musulmans et vice versa ; nous nous garderons de les suivre, nous bornant à présenter la jurisprudence de principe et utile⁽¹⁾.

En somme, les qualités requises du constituant, sont celles qu'on exige pour tous les actes de libéralité.

2° *En ce qui concerne la chose hobousée.*

Elle doit, d'abord, être de la catégorie des biens susceptibles d'être frappés de hobous, que nous examinerons plus loin.

Appartenir en propre et régulièrement au constituant, n'être l'objet d'aucune contestation et se trouver entièrement disponible.

N'être grevée d'aucune charge, ni soumise à l'exercice du droit de réméré ou de chofaa (retrait du co-propriétaire) et n'être frappée ni d'antichrèse, ni d'un hobous antérieur.

N'être pas louée pour plus d'un an, ni affectée à un emploi déterminé empêchant de la délivrer.

Être divisible, ou facilement mise à part ; si elle est dans l'indivision, pouvoir en être retirée.

Toutes ces dispositions se réfèrent au même principe : la propriété incontestable et la disponibilité de la chose hobousée, afin qu'on puisse s'en dessaisir, car il est illicite de disposer de ce qui est grevé de droits appartenant à autrui, ou est la garantie des tiers.

(1) Voir Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. I, ch. II et suiv.

3^o *Obligation du but charitable, religieux ou d'utilité publique.*

Le hobous n'est valable que s'il est fait dans un but charitable, religieux ou d'utilité publique.

« *Il doit être inspiré, dit l'auteur du Tanouir el Abçar, par le désir d'être utile à ses semblables sur la terre et de mériter les récompenses divines dans l'autre vie⁽¹⁾.* »

« *Et, — ajoute le commentateur Ibn Abidine, — si l'intention de faire une œuvre pie (sodka), qui est la raison d'être du hobous, n'existe pas, il est nul⁽²⁾.* »

Enfin, l'auteur du Dorr dit, comme tous les autres : « *Sa condition obligatoire est d'être une œuvre pie⁽³⁾.* »

C'est en vain qu'on a cherché à équivoquer sur ce point. Sans ce but pieux ou humanitaire, le hobous perd sa qualité essentielle (sodka) ; il n'a plus de raison d'être ; il est inexistant, en lui-même et dans ses conséquences.

Voici, maintenant, quels peuvent être les bénéficiaires, ayant droit aux produits réguliers de la chose hobousée :

1^o Les pauvres musulmans qu'on désigne souvent par la formule : « *les bénéficiaires qui ne cesseront jamais d'exister⁽⁴⁾* ». C'est l'idée que Jésus a exprimée sous cette forme : « il y aura toujours des pauvres parmi vous ». L'indication que le hobous est fait au profit de La Mekke et Médine a le même sens.

Ou entend par les « pauvres », non seulement les indigents locaux, mais encore les pèlerins, les voyageurs et les étrangers isolés, auxquels on donne des secours et on assure une inhumation décente ;

سببه محبوب النفس في الدنيا بهر الاحباب وفي الآخرة بالشواب (1)
(Tanouir el Abçar et Dorr el Mokhtar).

(2) *Redd el Mohtar*. وإذا بطل التصدق الذي هو معنى الوفاء بطل *

(3) شرطه ان يكون فربة *

(4) *Sidi Khelil*, chapitre du Hobous). اجتهة التي ۷ تندفع *

2° Les mosquées, écoles, hôtelleries, zaouia, etc., à l'entretien desquelles les revenus de l'immeuble hobousé sont affectés;

3° Les desservants des mosquées et professeurs des écoles, les étudiants y faisant leurs études, etc. Les produits du hobous sont affectés au paiement de leurs honoraires ou de pensions;

4° Les piscines des mosquées, conduites d'eau desservant les villes ou certaines parties, ponts et autres ouvrages d'utilité générale.

Telles sont les catégories auxquelles le bénéfice du hobous doit être attribué pour avoir le caractère d'œuvre pie (sodka).

On doit y ajouter :

1° Les immeubles hobousés pour servir eux-mêmes à l'usage pieux ou humanitaire : mosquées, écoles, etc., par conséquent ne donnant pas de revenus;

2° Les armes, les chevaux affectés à la guerre sainte ; les livres devant rester à la disposition du public, etc.

Ces deux catégories font l'objet de dispositions particulières qu'on trouvera ci-après.

4° Choses susceptibles d'être hobousées.

L'essence du hobous étant l'attribution permanente des revenus d'une chose destinée à durer le plus longtemps possible, — sinon toujours, — il en résulte que l'objet à ce affecté doit être, essentiellement, un immeuble de produit, urbain ou rural.

Il en résulte aussi que toute chose donnant un produit aléatoire, — une industrie par exemple ; — ou destinée à périr, comme des troupeaux ; — ou se transformant pour produire, comme des espèces, des marchandises, des denrées ; — ou ayant le double inconvénient de s'user et de ne rien produire par soi-même, comme des objets

mobiliers, — il en résulte, disons-nous, que toutes ces catégories sont incompatibles avec le hobous.

Nous trouverons souvent la confirmation de ce principe. Seuls, les immeubles remplissent le desideratum, et c'est pour cela qu'on doit prélever, d'abord, sur les fruits ce qui est nécessaire pour le maintien du fonds en état de productivité et distribuer le reste aux bénéficiaires.

Toute chose fongible est exclusive de l'idée de durée, par conséquent ne peut être hobousée.

En étudiant les déformations subies, dans la pratique, par l'institution, nous indiquerons les ingénieux efforts faits pour étendre le domaine du hobous aux choses fongibles de toute nature.

Mais, en principe, les immeubles sont seuls susceptibles d'être frappés de hobous, les uns pour servir par eux-mêmes à un objet pieux ou humanitaire, les autres pour être exploités et entretenus de façon à produire des fruits, distribués régulièrement aux bénéficiaires.

5° Clauses essentielles de la charte constitutive.

1° La fondation est constatée, soit par un acte régulier, soit par des témoins capables dont la déclaration est reçue ensuite par un *cadi* ou un docteur suffisamment instruit. Ses dispositions sont claires et ne donnent prise à aucune indécision;

2° L'objet frappé de hobous est désigné et déterminé d'une façon précise; l'origine de propriété au profit du constituant est établie et l'on constate qu'il est libre de toute charge;

3° Le hobous est fait à perpétuité, sans réserve; c'est-à-dire qu'on ne prévoit pas les raisons qui peuvent le rendre caduc et faire rentrer le fonds dans le patrimoine du fondateur⁽¹⁾;

(1) شرطه ان يكون على التابيد * (1). (Tanouir et Dorr, Sidi Khelil, etc.).

4° Il doit être immédiatement exécuté, et ne peut être soumis à une condition éventuelle, ni à un ajournement, ni être d'une nature temporaire et momentanée⁽¹⁾;

5° Il ne peut contenir aucune clause restrictive tendant à en modifier le but et la portée ou à permettre au constituant d'en retirer un avantage quelconque, apparent ou caché;

6° Il indique clairement le bénéficiaire; s'il néglige de le faire, le produit est attribué, de droit, aux pauvres⁽²⁾.

Il stipule également les conditions dans lesquelles le fonds sera administré et le produit délivré aux bénéficiaires.

Il énonce que la fondation demeurera immuable et ne pourra subir ni changement, ni modification, dans la forme, comme dans le fond.

7° Enfin, il indique que le donateur s'est dessaisi de la chose hobousée et que la prise de possession a eu lieu par qui de droit⁽³⁾.

C'est la condition obligatoire rendant parfaite toute donation et sans laquelle elle est inexistante.

Telles sont les règles essentielles fixées par les docteurs et consacrées par la jurisprudence, pour la légalité de la constitution hobous.

Toutes les tolérances, toutes les déformations admises successivement par certains légistes, puis passées, et singulièrement aggravées, dans la pratique, n'ont pu détruire les principes fondamentaux de l'institution exposés ci-dessus. C'est à eux qu'il faut toujours revenir comme contrôle de la légalité de l'acte.

(1) منجزا لا معلقا لابكابين لا مضابا ولا موفنتا * (mêmes auteurs).

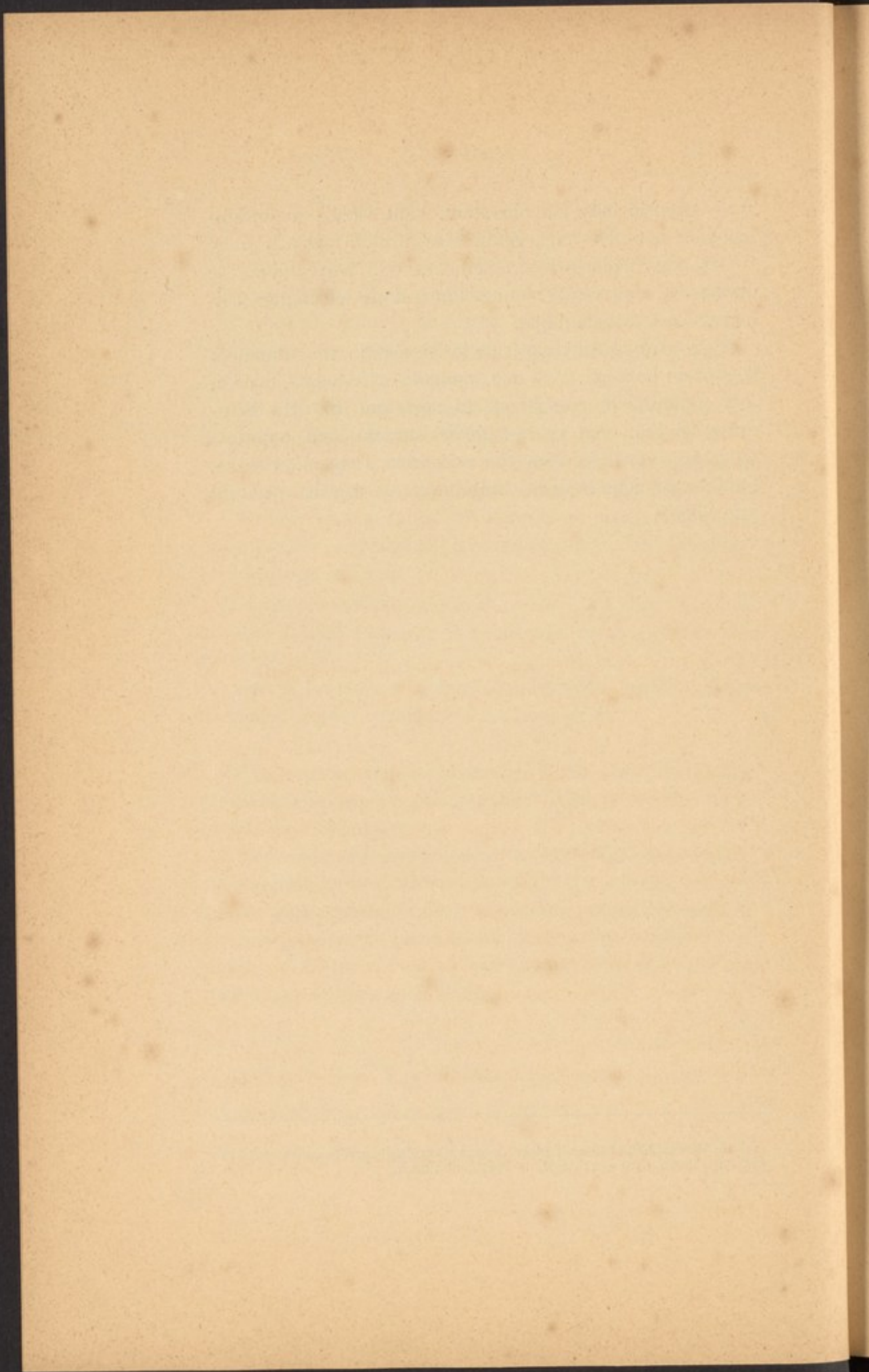
(2) Sidi Khelil, ch. du Hobous, Dorr el Mokhtar, etc.

(3) لا يتم الوهب حتى يفبض * (Tanouir el Abçar, Sidi Khelil, etc.).

Si ces principes fondamentaux sont violés, manifestement ou par des voies détournées, il n'y a pas à hésiter, — les bons légistes le proclament, — il faut annuler le hobous et faire rentrer toute chose dans les règles ordinaires de la loi islamique.

Ici se révèle bien l'esprit de la législation musulmane à l'égard du hobous : c'est une anomalie extra-légale, tolérée, à la condition de rester dans le cadre qui lui a été déterminé; si l'on s'en écarte, même sur un seul point, la fondation est viciée dans son ensemble, l'exception cesse, tout rentre dans le droit commun et est remplacé au *statu quo ante*⁽¹⁾.

(1) De 1888 à 1890, la Cour d'Alger a rendu d'excellents arrêts consacrant ces principes, notamment ceux de M. le Président Puech.



CHAPITRE III

Altérations apportées aux règles fondamentales du hobous

1^o Admission de bénéficiaires intermédiaires retardant l'effet du hobous

Nous avons indiqué, dans le chapitre précédent, à quelles conditions les fondateurs de la législation musulmane avaient admis le hobous, et pour quelles causes ils avaient toléré cette anomalie.

Mais, en matière d'institutions sociales, toute dérogation à la loi ouvre la porte aux abus, car l'intérêt privé saisit habilement le moyen qu'on lui offre de se soustraire aux rigueurs du droit commun. Les fidèles étaient désireux de faire œuvre pie, en frappant de hobous leurs immeubles pour attribuer les fruits aux pauvres ou à la religion ; mais il en résultait que leurs enfants se voyaient dépouillés du patrimoine paternel, et les sentiments naturels les plus légitimes en étaient blessés.

Comment satisfaire aux recommandations du Koran, et, par suite, mériter les récompenses divines de l'autre vie,

s'il faut pour cela détruire l'héritage familial et enlever à ses enfants les biens devant assurer leur subsistance et qui proviennent peut-être des ascendants ?

C'était un conflit d'intérêts opposés ; les fidèles musulmans s'appliquèrent à trouver le moyen de les concilier et y arrivèrent, en dépit de la logique, par le procédé suivant : « les œuvres pies sont recommandées, — dirent-ils, — « mais nous ne sommes pas strictement obligés de nous « dépouiller de nos biens, de notre vivant, et d'en priver « nos enfants après nous, en les frappant de hobous, afin « d'en attribuer les revenus aux pauvres ou à la religion. « Cependant, nous sommes prêts à le faire, si on nous « permet d'en réserver le bénéfice, d'abord, à nos enfants. « Au jour de leur décès, le hobous se réalisera par la « dévolution immédiate et définitive aux bénéficiaires réels. « C'est un simple retard ; si l'on refuse notre proposition, « les pauvres et la religion en pâtiront et nous serons « privés de la récompense promise par Dieu aux libéralités « pures. »

Le raisonnement était captieux et plein d'embûches pour pour une conscience musulmane ; de plus, il consacrait une dérogation formelle au principe exigeant la réalisation immédiate, et interdisant le hobous à effet ajourné ; mais aussi, que de bonnes raisons pour ne pas se montrer trop absolu !

Les légistes essayèrent en vain de résister ; pourquoi avait-on accepté une institution anormale, reposant sur de véritables fictions, contraire aux règles générales de la loi ? De telles choses portent en elles-mêmes leurs conséquences fatales et c'est en vain qu'on tente de leur imposer des bornes.

Bon gré, mal gré, on admit comme exception, que l'effet de la bonne œuvre fût retardé, par l'attribution primitive du bénéfice viager à l'enfant, en maintenant tout le reste ; mais, après le fils, on ne pouvait écarter le petit-fils, puis

toute la descendance, puis les dévolutions latérales, puis enfin, les étrangers. Le bénéficiaire intermédiaire était créé.

Dès lors, l'intérêt de l'œuvre pie fut relégué au dernier plan; la donation d'usufruit qu'on faisait fut ajournée jusqu'à l'extinction de toutes les catégories de bénéficiaires intermédiaires prévues, de sorte que sa réalisation devint trop souvent hypothétique et, qu'en attendant, les pauvres purent mourir de faim et les mosquées tomber en ruines. Voilà où aboutissaient ces transactions successives que le légiste avait eu le tort d'accepter, sous leur première forme humble et discrète.

L'institution du *hobous* en fut profondément viciée et le but pieux qui, seul, la faisait tolérer, servit de manteau pour couvrir toutes les fourberies.

Cette tolérance ouvrit la porte à une nouvelle et grave fraude : en attribuant le bénéfice intermédiaire à certaines catégories de parents, aux descendants mâles, par exemple, ou priva les femmes, les conjoints et autres réservataires des droits successoraux que le Koran leur attribue. On put ainsi, au mépris de la loi, modifier les règles d'hérédité fixées par le Prophète, avantager les uns exclure les autres, et en même temps assurer la conservation des biens entre les mains des bénéficiaires choisis arbitrairement.

Le *hobous* aboutissait proprement à la violation des lois divines, à un véritable sacrilège; on s'était basé sur une prétendue déclaration de Mahomet pour faire admettre l'institution, et on arrivait, par ce procédé, à se soustraire à ses prescriptions essentielles!

2° Facilités accordées par Abou-Youssouf. —

Tentatives inutiles pour en arrêter les conséquences

Les fondateurs des écoles malekite et hanafite et leurs principaux disciples se rendirent bientôt compte des abus résultant de l'admission du bénéficiaire intermédiaire. Ils

proclamèrent sur tous les tons qu'une constitution hobous tendant à modifier la loi successorale était, de ce fait, radicalement viciée ; maintinrent l'obligation du dessaisissement immédiat par le fondateur, et exigèrent le respect des conditions primitivement imposées.

Malek interdit les dispositions attribuant aux enfants des droits inégaux ou excluant les filles du bénéfice⁽¹⁾.

Nous indiquerons les mesures adoptées à cet effet et passées dans la législation.

Mais, tandis que les hommes de principe s'efforçaient d'arrêter le torrent et de l'endiguer, le second Imam hanafite, Abou Youssouf Yakoub, rompant avec la doctrine de son maître, et en dépit des protestations des légistes de son école, se lança dans le système contraire. Jugea-t-il toutes les précautions inutiles, et préféra-t-il accepter ce qu'on ne pouvait empêcher ?

C'est possible ; mais il s'abrite toujours derrière le même motif : *faciliter aux gens l'occasion de constituer le plus de hobous possible*⁽²⁾. Nous verrons, du reste, en étudiant son système, qu'il n'accepte ces dérogations sous les formes les plus diverses, qu'à titre provisoire, de sorte qu'il semble avoir pour but d'en multiplier le nombre, dans l'espoir que, sur la quantité, il en restera quelques-uns, devenant parfaits et définitifs, au grand profit des pauvres et de la religion.

Quoi qu'il en soit, le résultat fut de donner à l'institution son maximum de nocuité. Comme toujours, on adopta, en les augmentant, ses facilités et l'on ne tint pas compte de ses restrictions.

Toutes les écoles, tous les docteurs avaient maintenu la règle que le fondateur ne pouvait se réserver aucun avantage personnel dans le hobous. C'était l'application

(1) Sidi Khelil, Ibn-Acem, etc. (Ch. du Hobous).

(2) تغريبا للناس في الاحباس *

du principe bien connu : « *donner et retenir ne vaut* », en même temps qu'une précaution logique contre les déformations arbitraires de l'acte. « *Un hobous dont le fondateur conserve le bénéfice, — dit le Redd el-Mohtar, — n'est pas une libéralité*⁽¹⁾. »

Abou Youssef autorisa le constituant à s'attribuer à *lui-même*, le bénéfice de son hobous, sa vie durant, c'est-à-dire : donner une chose et la garder; faire une œuvre pie et en conserver les avantages, sans rien changer à la situation !

La première conséquence, — et le second Imam n'hésite pas à l'accepter, — fut la suppression du dessaisissement de la chose hobousée, seule garantie réelle de la sincérité de la donation de ses fruits.

Il alla plus loin, en autorisant le fondateur à revenir sur son hobous, à l'annuler, à en réduire, augmenter ou changer la matière, — à la condition toutefois qu'il n'eût pas fait valider l'acte, par jugement du cadî. Dans ce cas, il ne pouvait plus l'annuler, mais conservait la plupart des droits ci-dessus, y compris celui d'exclure certains bénéficiaires, d'en admettre d'autres, de modifier les parts respectives de chacun, etc., en insérant toutes ces conditions dans sa charte.

Il supprima, en outre, toutes les formalités de rédaction, déclarant valable le hobous fondé verbalement, par ces simples mots : « *Je constitue hobous et j'institue ouakf, sans que la prise de possession soit obligatoire, ni même qu'il soit nécessaire de faire valider l'acte par un arrêt du Juge, et tout cela afin d'inciter les gens à constituer des hobous*⁽²⁾ ».

حاصله و فبه على نفسه ايس تبرعا * (1)

(مذهب ابنى يوسف) الفاييل بصحة الحبس ولو بالشول مكتبها (2)
فيه بشوله حبست و اوفقت من غير ان يحتاج الى الكوز ولا الى حكم
* (Formule d'Abou Youssef). حاكم تغريبيا للناس في الاحباس *

Avec un tel système, il ne reste rien de l'institution primitive ; c'est la fantaisie substituée à la règle.

Cependant, on ne doit pas perdre de vue que, dans l'esprit d'Abou-Youssouf, ces facilités extrêmes ne dispensaient pas de l'observation de certains principes essentiels ; c'est ainsi qu'il recommandait le dessaisissement comme la meilleure sanction du hobous. Il voulait faciliter ces donations, en laissant au constituant le droit de les remanier et même de les annuler, les considérant comme « *valables* », mais non « *obligatoires* », tant qu'elles n'avaient pas reçu leur forme définitive, consacrée par un jugement de validation. C'est alors seulement qu'elles acquéraient le caractère d'inviolabilité normale. Il faut reconnaître, du reste, qu'on avait eu le tort d'admettre les bénéficiaires intermédiaires et, qu'en bonne logique, il n'y avait pas de raison pour empêcher le constituant d'être le premier à profiter de cette tolérance.

Mais les restrictions du système d'Abou-Youssouf étaient trop subtiles et les facilités qu'il accordait trop favorables à l'intérêt particulier pour qu'on ne profitât de celles-ci, sans tenir compte des autres. Les fidèles les adoptèrent d'autant mieux que, par une disposition peu explicable, il fut permis aux sectateurs des autres rites de placer leurs constitutions hobous sous la doctrine du second Imam, exception, unique peut-être, dans la législation musulmane⁽¹⁾.

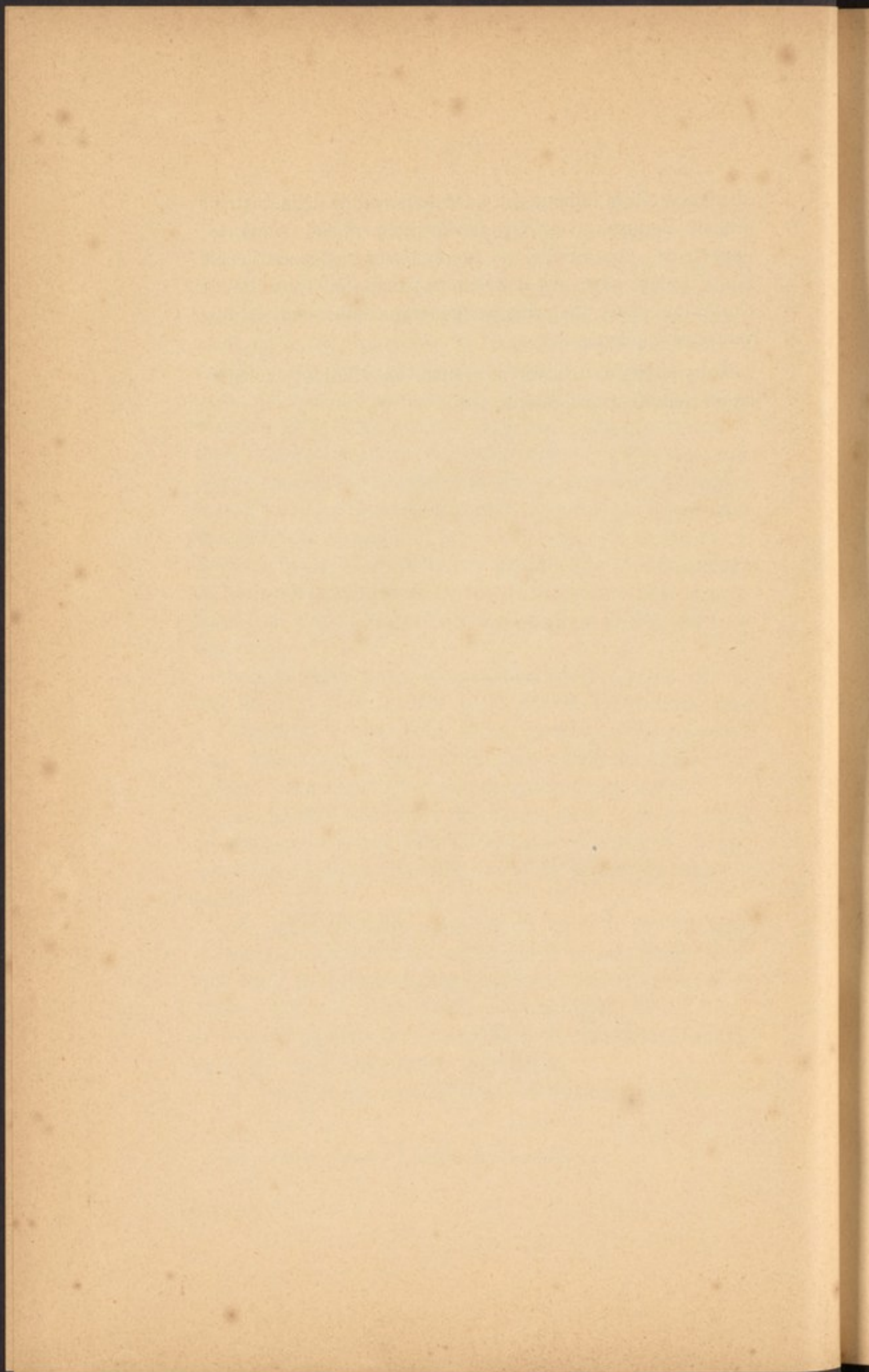
Les autres docteurs hanafites et l'école malekite, sans exception, maintinrent les règles qu'ils avaient fixées pour le hobous et ne cessèrent de protester contre les tolérances d'Abou Youssouf. Il en résulta que ces constitutions, selon la doctrine adoptée par le fondateur, se trouvèrent soumises à des conditions légales différentes.

Cela explique les contradictions de la jurisprudence sur

(1) كتنخيص مذهب * (Sidi Khelil, ch. du Hobous).

la matière. Si le hobous est placé sous l'égide de la doctrine d'Abou-Youssof, il profite des facilités qu'elle comporte; dans le cas contraire, il est soumis aux règles de l'école dont il relève avec ses restrictions; mais, en tout état de cause, la plupart des principes généraux subsistent et doivent être appliqués.

Nous allons en trouver la preuve, en étudiant la législation définitive du hobous.



CHAPITRE IV

Législation définitive du hobous. — Règles de principe

1° Le texte de l'acte doit être respecté comme faisant la loi du hobous

La formule de la charte constitutive fait la loi du hobous, et doit être respectée strictement, « à l'égal d'un texte de législateur ». Mais, il faut pour cela que l'acte soit régulier, que les principes essentiels soient observés et que les dispositions édictées ne blessent ni la morale, ni les bonnes mœurs.

Les docteurs sont unanimes à cet égard.

Ainsi, le caprice du fondateur devient une loi, sous les réserves sus-indiquées, et cela s'explique, puisque l'institution sort des règles ordinaires. Avec leur logique absolue, les légistes musulmans appliquent à cette espèce toutes ses conséquences :

C'est la lettre et non l'esprit qui doit faire foi. Défense au Juge de l'interpréter par analogie et même de rectifier une erreur matérielle. « Le fondateur, — dit le Redd el « Mohtar, — étant maître de son bien, a disposé à son « gré, de l'attribution de ses produits et s'est écarté, s'il

« l'a voulu, de tous les usages et de toutes les conventions. »

Les dispositions contenues dans la charte constitutive sont tenues pour l'expression de sa volonté. Si elles sont contraires aux règles obligatoires, ou matériellement inexécutables, le hobous est nul et sa substance, dégagée du séquestre spécial qui la frappait, fait retour, en pleine propriété, au fondateur ou à ses héritiers.

Si les difficultés et les contradictions qui se présentent n'attaquent pas le principe même de légalité de la fondation, le Juge doit tenir compte des intentions du fondateur et agir comme il le ferait lui-même, s'il revenait à la vie⁽¹⁾; la jurisprudence est-elle muette sur le cas? il s'inspire de ses propres lumières⁽²⁾ et crée un précédent, en tenant compte des usages de la localité.

Mais, en aucun cas, il ne doit favoriser les intérêts terrestres (Donia), au détriment de ceux de la religion (Dine)⁽³⁾.

En résumé, le texte de la constitution est le seul guide; s'il est incomplet, douteux, inexécutable, le hobous est frappé de caducité, ou réduit à l'état de legs du tiers disponible ou de donation simple.

Il en résulte que l'acte constitutif, constaté même sur la déposition de témoins, doit être, le plus tôt possible, rédigé par un officier public, de façon à fixer les clauses édictées par le fondateur.

C'est pourquoi l'école hanafite, y compris Abou Youssef lui-même, recommande expressément de faire valider l'acte constitutif, par un jugement du Cadi, le proclamant légal

ينظر الى فصد الحبس ويجعل مثل ما يجعله هو ان لو كان حيا * (1)
(Rite maleki).

(2) Litt. il devient Moudjtched.

(3) Redd el Mohtar.

et obligatoire, avec inscription de son texte sur le registre, ce qui lui confère la qualité d'« enregistré » (Mouseddjel)⁽¹⁾.

Cette formalité le rend authentique ; jusque-là il n'est que provisoire.

2° Surveillance et action du Cadi à l'égard des hobous

Tout hobous régulièrement constitué passe, d'office, sous la surveillance du Cadi, lequel, non seulement statue comme juge, sur les litiges qui s'y rapportent, mais veille aux détails de son administration ; rien ne peut se faire légalement sans son autorisation.

Son premier devoir consiste à assurer l'exécution de la charte, et à prescrire les mesures nécessaires pour maintenir l'immeuble hobousé en état de productivité. Ainsi que nous le verrons plus loin⁽²⁾, il peut, dans certains cas, en autoriser la vente, à charge de remploi.

Il doit sauvegarder, en même temps, le hobous et l'immeuble dont les fruits sont donnés, de façon à pouvoir le restituer au fondateur, ou à ses héritiers, si la donation devient caduque, pour des causes diverses.

Le Cadi représente donc, avant tout, l'intérêt du fondateur, en assurant l'exécution stricte de sa charte constitutive, et en sauvegardant sa nue-propriété. Il est, en quelque sorte, l'âme de cette personne morale qu'est le hobous, dont il règle et prolonge la vie.

Quant aux bénéficiaires intermédiaires ou définitifs, le Cadi ne s'intéresse à eux que comme exécuteur de la charte, afin de leur délivrer la part de fruits qui leur reviendra, après prélèvement des frais d'administration et des dépenses d'entretien de la substance du hobous. Ils

(1) مسجلا اي محكوما بلزومه لان يكتب بسجل الفاضي (Dorr et Redd).

(2) Chap. IX. — Vente, remploi, etc.

n'apparaissent que comme conséquence; leur droit restreint, transitoire, diffère en tout point de l'intérêt de la fondation.

Là encore, un grand nombre de nos jurisconsultes se sont trompés en supposant que le Cadi intervenait comme représentant les bénéficiaires appelés, et même futurs, ou les pauvres et les institutions religieuses, bénéficiaires définitifs. Puisque, d'après eux, le fondateur avait aliéné la nue-propriété, il fallait bien qu'il agit au nom de quelqu'un. Certains ont même émis l'opinion qu'il sauvegardait un droit abstrait, d'essence divine, né de la fondation!

Voilà où conduit un faux point de départ. Or, en législation musulmane, un droit qui n'est pas né n'existe pas. Les bénéficiaires éventuels sont dans la situation d'un héritier futur qui peut très bien ne pas recueillir la succession sur laquelle il compte, mourir avant son ouverture, et voir sa matière disparaître, ou être attribué à une autre personne. Quant à ceux dont la vocation s'est produite, ils n'ont droit qu'à leur part des fruits nets et n'ont pas besoin d'un représentant supérieur. Enfin, le bénéficiaire définitif est absolument dans le même cas, puisque la donation de fruits est absorbée et peut l'être indéfiniment par les intermédiaires et que le hobous peut devenir caduc ou être détruit avant la dévolution à son profit⁽¹⁾.

Cet enchaînement d'erreurs a découlé de la méconnaissance des principes fondamentaux du hobous. Ainsi que nous l'avons dit, on était persuadé, à tort, que le fondateur aliénait entièrement sa propriété et qu'il en démembreait la jouissance au profit des dévolutaires intermédiaires. D'après ce système, la nue-propriété passait, du jour de la fondation, sur la tête du bénéficiaire définitif; d'autres estimaient que la propriété était attribuée à Dieu, en raison du carac-

(1) Ces questions seront traitées à fond dans les chapitres finaux.

tère religieux de l'institution. Hélas la religion n'y intervient que comme le manteau du pharisien!

Une fois pour toutes, il faut écarter ces chimères. Le Cadi ne représente que le fondateur, dont la nue-propriété n'a pas été aliénée, et il est chargé de veiller, en son nom, à la délivrance de ce qu'il a donné : les fruits.

3° Inaliénabilité de la chose hobousée. — Exception du rite maleki. — Règle d'Abou Youssef

L'immeuble hobousé est absolument inaliénable tant qu'il demeure régi par le hobous. Dans les cas spéciaux où la vente est autorisée, l'opération ne peut avoir lieu qu'après que le Cadi a rendu un jugement motivé, annulant le hobous. C'est alors seulement qu'il devient susceptible d'aliénation.

La raison de cette défense est très simple; les auteurs la formulent ainsi : « *parce que la vente du bien d'autrui est illicite*⁽¹⁾ ».

Voilà pourquoi le bien hobousé est inaliénable. Il était inutile de s'épuiser à chercher des raisons pour ou contre l'aliénabilité : on ne vend pas le bien d'autrui. Ici le nu-propriétaire est le fondateur ; il n'a pas davantage le droit de vendre, tant que le hobous subsiste pour assurer la donation des fruits à venir dont l'immeuble est grevé.

La question, moins compliquée qu'on ne le pensait, relève du droit commun. Pour s'en rendre compte, il fallait être fixé sur la condition réelle du hobous. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la reconnaissance des vrais principes donne la clé de tout. On ne peut aliéner la substance du hobous parce que le fondateur en a conservé la nue-propriété et n'a donné que l'usufruit. Le séquestre (hobous)

(1) لان بيع مال الغير لا يجوز شرعا * (Tanouir et Dorr).

sous lequel il l'a placée a pour premier effet de la lui conserver intangible; c'est la meilleure preuve qu'il ne l'a pas aliénée⁽¹⁾.

Cette règle s'applique à tous les immeubles dont les fruits doivent être affectés aux bénéficiaires. Mais il est une catégorie de hobous dont la substance sert par elle même à l'usage indiqué. Tel est le cas des mosquées, chapelles et zaouia. Un homme fait construire ou aménage une bâtisse pour servir au culte. La majorité des légistes déclare qu'il cesse, *ipso facto*, d'en être propriétaire; d'autres contestent ou font des réserves; certains prétendent même qu'en cas de démolition, ses matériaux ne peuvent revenir au fondateur ou à ses héritiers, et qu'ils doivent être affectés, en nature ou en argent, à une autre mosquée voisine.

L'auteur du Tanouir el Abçar s'exprime comme suit : « Par le fait qu'il a dit : « j'en fais une mosquée », il cesse « d'être propriétaire de la mosquée ou de la chapelle indiquée⁽²⁾. »

Le Tanouir a raison; mais, à notre avis, il ne s'agit plus ici d'un hobous; c'est la donation pure et simple d'une chose et non l'affectation spéciale et perpétuelle de ses fruits; nous admettons même que, dans ce cas, on puisse considérer le bâtiment, servant au culte, comme une propriété consacrée à Dieu, sans propriétaire humain, et dont la jouissance est aux fidèles.

Ce cas, qui n'a pas été sans influence sur notre fausse conception du hobous, est une exception; de plus, il sort des conditions essentielles de l'institution. L'inaliénabilité est aussi absolue; mais la raison est différente; elle ne procède plus du droit de propriété, mais du fait de l'affectation directe.

(1) الهلك للوافي لا الغلة * (Sidi Khelil, traduction Seignette, p. 402).

(2) يزول ملكه عن المسجد والمصلى بفواه جعلته مسجدا *

Revenons au hobous ordinaire. Sidi Khelil (chapitre du hobous) dit : « Les clauses édictées par le fondateur doivent « être exécutées, si elles sont licites. Il peut notamment « stipuler que, dans le cas où le bénéficiaire se trouverait « en proie au besoin, il vendra (le bien hobousé)⁽¹⁾. »

Cette exception, si contraire à la rigueur de l'école malekite et à la logique, est cependant passée dans la jurisprudence. En général, les docteurs de ce rite ne l'appliquent que si le bénéficiaire est, en même temps, héritier direct et après constatation de son état de misère « l'exposant à périr ». Le tout est consigné dans un jugement qui annule le hobous et se base sur la probabilité que le fondateur, s'il revenait à la vie, approuverait la mesure en voyant la détresse de son descendant. C'est donc sous le nom du fondateur que la mesure est exécutée ; cela explique, sans la justifier strictement, la nouvelle clause d'annulation adoptée par les malekites.

Mais, il ne faut pas perdre de vue que Sidi Khelil exige, pour qu'elle soit applicable, que le fondateur ait stipulé cette condition dans sa charte. Dans le cas contraire, elle n'est pas légale. Voilà ce qu'on oublie trop souvent ; il en est de même de la plupart des tolérances : on les retient, sans se rendre compte des restrictions qui les accompagnent. L'école hanafite, plus absolue et plus logique, repousse formellement cette cause d'annulation.

Abou Yousof, il est vrai, permet au fondateur de vendre le bien hobousé, mais seulement durant la période où l'acte demeure imparfait, provisoire. Dès qu'il a été validé par jugement, il est inaliénable et intangible, sauf dans les cas que nous indiquerons en traitant de « l'échange »⁽²⁾.

وَأَتَّبِعَ شَرْطَهُ إِنْ جَازَ... إِنْ أَوَانَ مِنْ أَحْتِيَاجٍ مِنَ الْمَحْبُوسِ عَلَيْهِ بِبَاعِ (1)
(Sidi Khelil, ch. du Hobous).

(2) Chapitre VIII.

On voit à quoi se réduisent ces exceptions, mises en avant par les partisans de l'aliénabilité pour soutenir leur système.

4° Obligation du but pieux ou humanitaire et de la mention de pérennité

Toutes les écoles ont posé comme règle absolue que le hobous ne peut avoir comme motif et comme but qu'un acte de libéralité pure (Sodka), recommandé par le Koran, au profit des pauvres, de la religion ou de l'intérêt général des musulmans. Dépourvu de ce caractère, il n'aurait pas de raison d'être, serait inexistant.

« *En effet, — disent le Tanouir et le Dorr⁽¹⁾, — l'essence du hobous est une donation de fruits de la nature des sodka, c'est-à-dire que, même si l'attribution a été faite à des bénéficiaires (intermédiaires) déterminés, le droit du Dieu très-haut (autrement dit : des pauvres), qu'il consacre, persiste quand même* ».

« *C'est pourquoi, le but pieux ou humanitaire (korba) est la condition absolue du hobous⁽²⁾.* »

Après avoir reproduit ces passages, l'auteur du Redd (Ibn Abidine) conclut : « *Si donc le caractère de donation pieuse (ou humanitaire) qui est la raison d'être du hobous manque, il est nul par voie de conséquence.* »

Sidi Khelil va plus loin en déclarant que si la destination pieuse n'est pas indiquée explicitement, elle n'en existe pas moins ; de sorte qu'après l'extinction des bénéficiaires désignés, les fruits sont distribués aux pauvres⁽³⁾. Mal

لان حكمه التصديق بالغلة وهو حق الله تعالى بفي ولو الوفاء (1)
على المعينين *

(2) وشروطه ان يكون فربة * (Dorr el Mokhtar).

(3) Il n'est pas sans intérêt de faire remarquer que, dans sa traduction de Sidi Khelil (p. 390, n° 1237), Seignette donne à ce passage le sens suivant : « Il n'est pas nécessaire pour la validité de la fondation, que le but louable du fondateur soit évident ».

Le chapitre du hobous est, presque en entier, traduit aussi inexactement, et il est bon de mettre en garde ceux qui le consultent.

traduit, ce passage énonce le contraire ; aussi a-t-on écrit dans maints ouvrages que les malekites n'exigeaient pas que le hobous ait un but pieux ou charitable. En réalité, si cette école n'y voit pas une cause absolue de nullité de l'acte, c'est parce que ce caractère est tellement indispensable qu'elle l'impose d'office lorsqu'il n'est pas exprimé !

Mais cela ne dispense pas de le mentionner ; il faut en outre qu'il soit réel. L'école hanafite l'exige à peine de nullité, ainsi qu'on l'a vu, et plus d'un docteur malekite est du même avis. Si, cependant, le donateur s'est dessaisi de la chose (sans indiquer explicitement le bénéficiaire), on peut l'attribuer aux pauvres ; mais, si elle a été délivrée à des intermédiaires, la donation est réduite au tiers disponible et le hobous annulé. Dans ces deux cas, la libéralité perd le caractère de ouakf, et c'est encore une preuve de l'obligation essentielle imposée à cet égard.

Quant à l'indication de pérennité, elle est exigée par toutes les écoles⁽¹⁾. Nous en avons vu plus haut (chap. II, parag. 3^o) l'explication : « plus longtemps dureront les « effets charitables de la donation, plus longtemps le fon- « dateur recueillera les récompenses de sa bonne œuvre « dans l'autre vie ». Tel est le mobile du hobous ; c'est pourquoi il doit être réel. De l'obligation de pérennité découle l'inaliénabilité à l'égard du fondateur ; quant aux bénéficiaires, ils ne peuvent vendre davantage, mais simplement « *parce qu'on ne vend pas le bien d'autrui* ».

Sidi Khelil, parlant de la pérennité, dit, ainsi qu'il l'a fait pour le but pieux, que si elle n'est pas énoncée elle se présume et que le hobous n'est pas vicié pour cela ; il en est de même de l'exécution immédiate et de l'égalité de participation entre les sexes. Là encore, la traduction de Seignette donne à sa pensée, d'une forme trop concise, il est vrai, un sens tout opposé⁽²⁾.

(1) شرطه التابيد (Tanouir el Abçar, etc.).

(2) Sidi Khelil (trad. Seignette) p. 396, n^{os} 1253 à 1260.

Le cheikh Ibn Noudjéïm, docteur hanafite, dit dans son ouvrage si estimé « *El Achebbah-oua-en Nad'aïr* », (section 6 du long chapitre du hobous) : « *L'indication de perpétuité est obligatoire dans le hobous* ». Plus haut, il avait posé cette règle, pour tous les cas : « *La suppression de la chose entraîne la suppression de tout ce qu'elle comportait*⁽¹⁾ ».

Si quelques auteurs arabes ont paru émettre l'opinion que la mention de pérennité n'était pas obligatoire pour la validité de la constitution, — ce qui n'est nullement prouvé, — les légistes européens en ont tiré des conséquences beaucoup trop absolues. Non seulement, en effet, cette manière de voir est contestée en principe⁽²⁾, mais encore elle ne comporte pas l'extension qu'on lui a donnée. Elle signifie que son absence dans le texte constitutif, ne le vicie pas, attendu qu'elle existe quand même, implicitement.

La meilleure preuve, c'est qu'en dehors de l'école d'Abou Youssof, les docteurs hanafites déclarent que l'absence d'indication de perpétuité enlève au hobous son caractère. On peut alors le considérer comme un vœu (*Neder*), qui engage le constituant pendant la durée de sa vie; mais, à son décès l'attribution de fruits cesse et le fonds est incorporé dans la succession avec tout le reste.

Si l'affectation est faite pour une durée déterminée ou soumise à une condition telle que : l'éventualité de devenir propriétaire de la chose, la naissance d'un enfant, etc.; la donation peut avoir son effet, à titre de bonne œuvre; elle cesse au décès du fondateur ou prend la qualité de legs réduit au tiers disponible.

ان التأييد لازم في الوهب * إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه * (1)

(2) Voir Clavel « *Le Wakf ou Habous* », t. I, chap. VII. p. 303 et s., l'exposé de la théorie des dix conditions.

Tous ces cas visent des donations de fait, ou verbales ; mais ils ne rentrent pas dans la catégorie réelle du hobous. « *Il ne faut pas confondre le vœu ou le legs avec le Wakf* », dit le Dorr el Mokhtar. Tous les bons légistes de l'école hanafite sont du même avis, et maintiennent absolument l'obligation des trois conditions : donation pure (Sodka), pérennité et but pieux ou humanitaire.

Sidi Khelil dit également : « Si cependant le bénéfice du hobous n'est attribué qu'aux descendants successifs du fondateur, la donation est réduite au tiers ; c'est un héritage revenant à l'héritier auquel il est dévolu⁽¹⁾ ».

Voilà qui enlève toute incertitude sur l'opinion réelle de cette école.

5° Opposition du hobous avec la succession. — Incompatibilité absolue

Nous avons déjà dit que le hobous, dans son essence, n'a et ne peut avoir aucune analogie avec la succession. En fait, cela n'est pas à démontrer, puisque sa substance est exclue de l'héritage, tant qu'elle demeure séquestrée par le hobous. En droit, il suffit de rappeler que la nue-propriété est restée au fondateur et que ses fruits sont attribués soit immédiatement, soit plus tard, aux pauvres ou à la religion, et provisoirement aux bénéficiaires qu'il a désignés et qui peuvent ne pas être ses héritiers.

Ainsi, tout éloigne le hobous de la succession ; ces deux institutions s'excluent mutuellement. De nombreux docteurs considèrent toute disposition rappelant les règles successorales comme viciant le hobous. L'école malekite n'admet pas que le fondateur stipule que les dévolutaires se partageront les fruits à eux attribués « *dans les proportions qui leur reviendraient comme héritiers* ». S'il

(1) *الامعفا خرج من ثلثه بكميرات للوارث* * (chap. du hobous).

n'annule pas la fondation, le Cadi ne doit tenir aucun compte de cette stipulation et partager également par têtes.

En présence de constatations aussi précises, on ne s'expliquerait pas que de bons légistes français aient pu croire et professer que le hobous était une forme de la succession, si l'on ne tenait compte de faits trop réels de nature à égarer les meilleurs esprits. Cependant, certains sont allés bien loin en posant comme principe que les successions musulmanes se réglaient soit par l'application de la loi koranique, soit au moyen des dispositions arbitraires, fixées par la volonté de l'homme, dans les constitutions hobous.

Il n'est que trop vrai, dans la pratique, que le hobous soit devenu, entre les mains des musulmans, le moyen d'échapper aux règles de la loi successorale fixée par le Prophète et de régler à leur gré la dévolution de leurs héritages. Mais autre chose est de le constater et de donner à ce sacrilège un caractère de quasi-légalité qu'il n'a pas.

Les successions musulmanes sont régies uniquement par la législation fondée sur les principes du Koran ; aucun fidèle ne peut « par sa volonté » y apporter la moindre modification. Or, la réserve attribuée aux conjoints, qui peut atteindre, pour l'époux, la moitié de l'héritage de sa femme, la part légale des filles et des sœurs, ont pour effet d'introduire des familles étrangères dans la co-propriété des immeubles patrimoniaux. C'est, il faut le reconnaître, un inconvénient grave, mais c'est la loi.

En plaçant ses biens sous le séquestre du hobous constitué au profit de sa descendance par les mâles, le père de famille obtient un double résultat : 1° il écarte de toute participation les alliés appartenant à d'autres familles ou à d'autres branches ; 2° il est sûr que l'immeuble restera en la jouissance de ses descendants à l'infini, et échappera aux causes diverses qui pourraient en amener l'aliénation.

Ce serait un acte louable de prévoyance paternelle, si le fidèle, en agissant ainsi, ne violait les dispositions de

la loi de Mahomet et ne s'exposait aux malédictions, si souvent exprimées par le Koran, contre ceux qui privent les femmes et les filles de leurs droits légitimes. Tourner les prescriptions du code, par quelque moyen que ce soit, est un crime dans tous les pays ; si les habiles peuvent échapper aux sanctions pénales, il n'appartient pas à la justice de les aider.

C'est pourquoi les vrais légistes musulmans n'admettent aucune assimilation entre le hobous et la succession. C'est pourquoi toute intention manifeste ou occulte de se servir de cet acte pour modifier les règles de l'hérédité vicie la fondation et entraîne son annulation ou sa transformation en legs.

Il est même surprenant que les docteurs ne se montrent pas plus sévères à l'égard d'une institution détournée de sa nature et de son but au point d'être devenue, entre les mains des fidèles, un instrument de fraude, un moyen hypocrite de soustraire ses immeubles à la condition ordinaire des biens et de les préserver des spoliations de l'autorité gouvernementale, en les conservant intangibles dans la descendance favorisée.

Voilà ce qu'est devenue cette donation faite dans un but pieux et humanitaire!⁽¹⁾

Mais si, en fait, le hobous est un moyen pharisaïque de régler arbitrairement les héritages, il n'en résulte pas qu'il ait le moindre rapport avec la loi successorale qu'il sert à violer.

6° Extension de la catégorie des choses susceptibles d'être hobousées

Nous avons indiqué (chap. II) que les choses susceptibles d'être hobousées étaient, en principe, les immeubles, en

(1) Voir à ce sujet l'exposé du ch. XI.

raison de leur durée et nous les avons classées en diverses catégories. Il est inutile d'y revenir.

Cette règle, fort logique, n'a pas tardé à subir des exceptions. On a commencé par admettre les parts indivises d'immeubles ; les constructions à l'exclusion du sol ; puis les outils et le matériel servant à l'exploitation du fonds, puis les troupeaux et les esclaves, puis les ouvrages de droit et de piété, les armes et les chevaux servant à la guerre sainte, les marchandises, en un mot les choses fongibles de toute sorte.

Rien ne pouvait être plus contraire au principe du hobous, reposant sur la durée indéfinie de la chose dont les produits réguliers sont affectés à la donation. Cela a donné lieu à des controverses sans fin entre les docteurs, les uns admettant, les autres contestant la légalité du ouakf portant sur telle ou telle catégorie de matières fongibles ; enfin, les systèmes les plus ingénieux ont été imaginés pour en atténuer les impossibilités matérielles.

Ainsi, les légistes musulmans, si fermes sur les questions de principe, si absolus dans leur logique, se sont laissés entraîner, pour le hobous, à des tolérances inexplicables. Bien que cette question ait perdu une partie de son intérêt, car les hobous d'objets mobiliers sont devenus rares, essayons de tracer les lignes principales du système :

1° Le hobous d'une part indivise déterminée, pouvant être retirée de l'indivision, a d'abord été admis, ce qui était assez naturel. Mais il est arrivé, sans doute, que le partage qui aurait dû suivre la constitution, n'avait pas lieu et que le hobous frappait une part restée dans l'indivision. Après bien des controverses, la majorité des docteurs admit le ouakf de parts indivises d'un bien impartageable en nature, à la condition que le Cadi le sanctionnât par jugement (Tanouïr el Abçar).

La même tolérance fut accordée pour le hobous des

constructions, à l'exclusion du terrain (n'appartenant pas au fondateur).

Mais la valeur légale de ces deux nouvelles dérogations est contestée, et cela se comprend, en raison de la difficulté matérielle d'appliquer, à des propriétés incomplètes, confondues avec d'autres, les règles générales et particulières de l'institution. En somme, le Cadi doit examiner chaque cas, valider tant que des difficultés ne se présentent pas et annuler s'il en est autrement.

2° Les instruments de culture et le mobilier attachés à un immeuble rural hobousé et, par extension les troupeaux qui s'y trouvent ont été admis dans la catégorie des choses susceptibles d'être comprises dans la fondation principale, par certains légistes : Abou Youssouf et l'Imam Mohammed, dans l'école hanafite, contre Abou Hanifa et plusieurs de ses disciples et Sidi Khelil dans l'école malekite.

Les mêmes docteurs permettent le hobous des esclaves, ce qui ne s'accorde guère avec la longue durée exigée, tant en raison de la limite de la vie humaine, que des causes imposant l'émancipation. Khelil ajoute, comme restriction, que l'esclave hobousé peut être affecté, par exemple, à soigner des malades, mais à la condition de ne pas lui imposer un service trop dur ou dangereux⁽¹⁾.

Cette explication indique le but et l'excuse du hobous de l'esclave, affecté durant sa vie à un service humanitaire. Il ne s'agit donc pas d'un produit à distribuer chaque année, mais d'une bonne œuvre temporaire. Cependant, nous ne serions pas éloignés de voir, dans cette pratique naguère assez répandue, un moyen hypocrite de conserver son esclave et d'éviter l'affranchissement.

Quant au cheptel suivant le sort du bien, il doit, en principe, être renouvelé et maintenu intact, comme quantité et valeur. On peut donc, à la rigueur le considérer comme

(1) كعبد على موصى لم يفصد ضرورة * (1) (Sidi Khelil, ch. du Hobous).

immeuble par destination. Cependant l'admission de ces catégories est très contestée ;

3° Des ouvrages, tels que le Koran, ou des traités de droit ou de religion peuvent être hobousés au profit de mosquées, d'écoles, etc. Ils ne doivent pas sortir de l'établissement auquel ils sont affectés (Ibn Abidine, El Behar, etc.).

Il en est de même des chevaux de selle et des armes pour le service de la guerre sainte. La monture est entretenue aux frais du trésor public et on la confie au guerrier qui la restitue après la campagne. Si elle est hors de service on la vend et le prix est employé à l'achat d'armes⁽¹⁾.

Tous ces cas, on le voit, rentrent dans la catégorie des choses affectées par elles-mêmes à l'usage indiqué, c'est-à-dire qu'elles relèvent plutôt de la donation simple que du hobous ;

4° Nous arrivons à la catégorie des choses fongibles proprement dites. Certains légistes admettent comme hobousables :

Des grains de semence prêtés aux cultivateurs, qui doivent les rendre à la récolte, avec une augmentation à distribuer aux pauvres ;

Des marchandises que l'on vend en temps propice et dont le prix sert à racheter une égale quantité ; le bénéfice est attribué aux destinataires ;

Une vache, dont le lait est donné aux pauvres ou vendu à leur profit. Les veaux sont également vendus et le prix sert à racheter une nouvelle vache, lorsque la première cesse de produire ;

Les ustensiles de ménage et les vêtements.

Enfin, les espèces sont admises par de rares légistes, tels que Dâfer ; elles doivent être employées en opérations

وانبغى في جوس لكعزو ومن بيئت المال جان عدم بيع و عوض به (1)
* صلاح (Sidi Khelil, Hobous).

fructueuses, permettant de reconstituer toujours le capital et d'attribuer le produit aux pauvres.

Cet énoncé suffit à démontrer la faiblesse légale d'un pareil système que l'intérêt des pauvres a fait tolérer par quelques légistes. Quelles garanties peuvent donner de semblables hobous, comme œuvres pies ? Comment constater les gains réels, échapper aux pertes et au gaspillage ? Ces libéralités pures semblent cacher l'intention de soustraire la fortune à certains héritiers, ou à des créanciers, et de mettre les valeurs mobilières à l'abri des spoliations.

De telles fantaisies sont sans portée et le principe subsiste intact : toute chose fongible, ou n'ayant par elle-même qu'une durée limitée ne peut normalement être frappée de hobous.

7° Le jugement de validation

L'école malekite n'exige pas de jugement de validation et cela se comprend, puisqu'elle a sagement maintenu l'obligation du dessaisissement. Le hobous étant régulièrement constitué devient parfait par la tradition de la chose à l'administrateur.

Les docteurs hanafites, au contraire, déclarent cette formalité obligatoire, comme consacrant définitivement la légalité de la fondation ; cela s'explique en raison des facilités du système d'Abou Youssof, si généralement adoptées.

Mais c'est à tort qu'on a dit et répété que le deuxième Imam en dispensait. On pouvait s'y tromper, il est vrai, en lisant la formule des hobous constitués selon son système⁽¹⁾ ; nous avons expliqué que, si lui-même déclare les hobous résultant des simples mots sacramentels, *valables*, sans qu'un arrêt de validation soit nécessaire, il veut qu'ils

(1) Voir ci-devant, chap. III.

ne deviennent *obligatoires* et *définitifs* qu'après avoir été sanctionnés par jugement. C'est pendant cette période, où la fondation est valable, mais imparfaite, que le constituant peut modifier son acte, l'annuler et vendre la substance du hobous.

Il en résulte que ce jugement de validation ne peut intervenir que du vivant du fondateur et que, s'il décède avant l'accomplissement de cette formalité, le hobous devient caduc et sa substance fait retour à la succession. « En effet, disent les auteurs, si le hobous était sans validité « du vivant du fondateur, sa substance est tombée dans la « succession, du fait de sa mort, et l'on ne peut le faire « revivre⁽¹⁾. »

Voilà ce dont il faut se pénétrer, si l'on veut se rendre un compte exact de cette question qui se présente fréquemment. Toute l'école hanafite est accord sur ce point.

Les musulmans algériens qui adoptent le système d'Abou Youssef pour leurs hobous, ne manquent pas de se présenter devant le Cadi, quelques jours après la rédaction de l'acte, et déclarent leur intention de revenir sur cette fondation et de l'annuler. Un compère s'y oppose et le Cadi rend un jugement proclamant le hobous exécutoire et obligatoire. C'est la consécration de l'acte; quant à la sentence, clôturant cette instance fictive, elle est dite : « *souri* » (de forme).

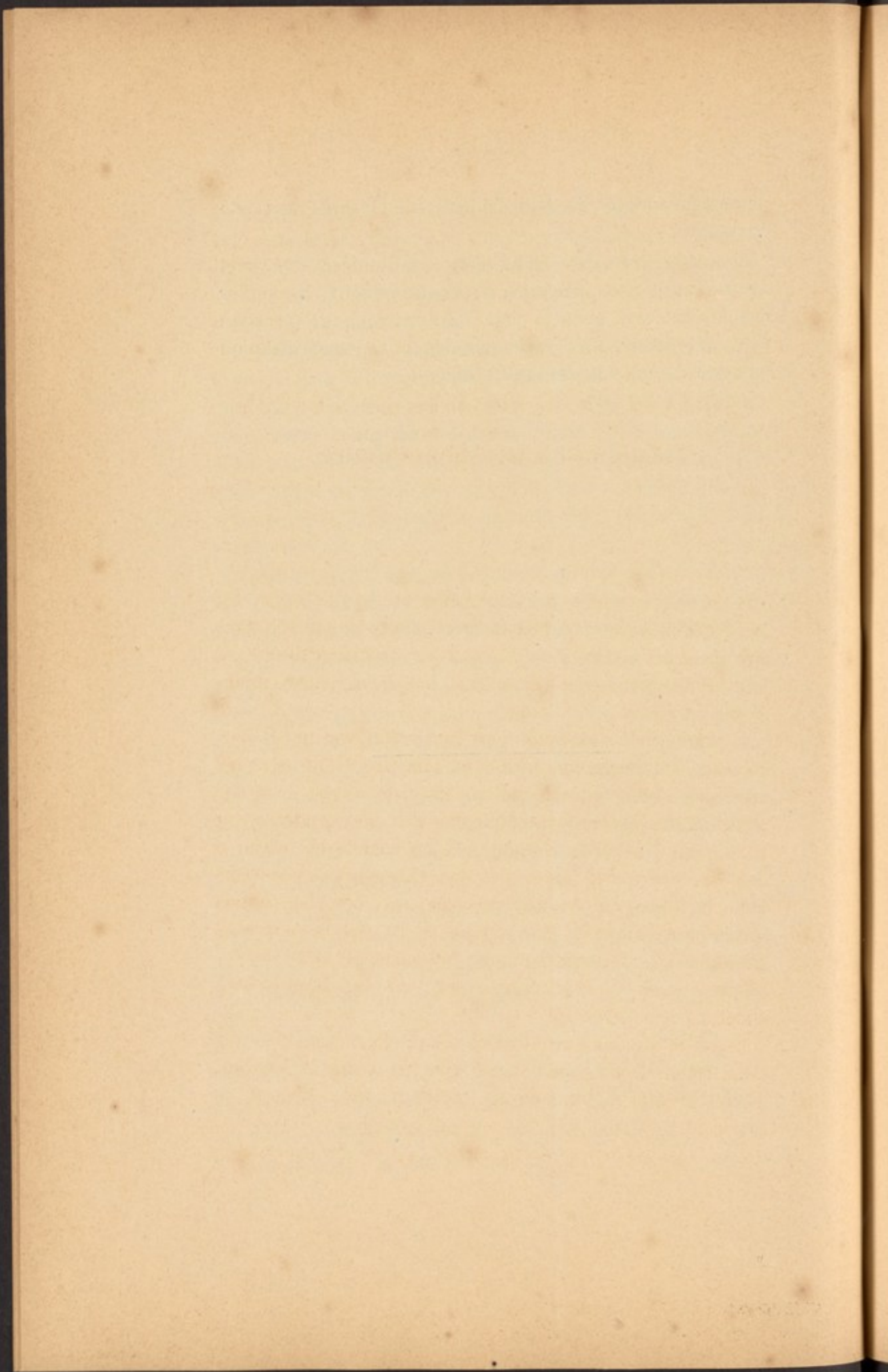
Cela se pratique tous les jours et nous avons vu, il n'y a pas longtemps, une Chambre d'appels musulmans, flétrir un constituant qui avait l'audace de demander l'annulation d'un hobous fait par lui quelques jours auparavant. Pour

لان الحبس لا يلزم بالحكم بعد موت الوافي كما في البتاوى (1)
الجموعه نفلا عن الفدية و نصه لو حكم الحاكم بعد موت الوافي لم يجز
ولم يلزم لان الوافي اذا لم يكن لازما انتقل الى الذرية بعد موت
* الوافي Voir à la fin, texte n° v (annexes).

ne pas encourager de telles fantaisies, on a cassé son acte constitutif.

Nos magistrats devraient, certes, se montrer sévères et ne pas hésiter, en présence de contradictions, à annuler ces fondations ; mais il faut reconnaître que l'occasion était mal choisie. Voilà le danger d'appliquer une législation que l'on ne connaît pas suffisamment.





CHAPITRE V

LÉGISLATION DÉFINITIVE DU HOBIOUS

Désignation des bénéficiaires

Nous ne reviendrons pas sur ce qui a été dit au chapitre II, sur les catégories auxquelles le bénéfice du hobious peut être attribué, à titre définitif, soit par tradition directe et immédiate, soit après l'extinction des bénéficiaires intermédiaires prévus.

Ecartant encore les conditions de l'attribution du bénéfice au profit du fondateur, traitée au chapitre III, nous examinerons les catégories de bénéficiaires intermédiaires, résultant des expressions employées et la jurisprudence qui s'y applique, selon les deux écoles. La formule constitutive fixe ces catégories, soit par des expressions générales dont la portée est ensuite précisée, soit par des termes spéciaux et complets. Elle indique si la participation sera simultanée ou successive, par branches ou par degrés, et dans quelles proportions respectives les bénéficiaires appelés participeront.

Il est de première importance d'être exactement fixé sur cette terminologie ; là comme ailleurs, mais là surtout, il faut la suivre au pied de la lettre, sans étendre, ni restreindre le sens de l'expression employée, sous peine d'avantager les uns et de priver les autres arbitrairement.

1° Participation simultanée ou successive

Le premier point à déterminer, en étudiant l'attribution du bénéfice d'un hobous, est la règle de participation. Prenons la formule ordinaire :

« *Ce hobous est constitué par lui à son profit et au profit de ses enfants, etc.* »

Ou bien : « à son profit, puis au profit de ses enfants⁽¹⁾. »

Dans le premier cas, les enfants participeront avec leur père au bénéfice ; dans le second, ils ne seront appelés qu'après sa mort.

Tout dépend ici de l'emploi de la conjonction « et » ou de la particule « puis », et l'on voit combien les conséquences sont différentes.

Mais l'effet peut en être atténué de diverses façons, par exemple, en ajoutant, après le mot « à son profit », « *sa vie durant* », ou encore : « *et, après sa mort, au profit, etc.* » Dans ce cas, la règle ci-dessus n'a plus d'utilité.

Une autre conséquence de la première formule est que les enfants qui pourraient naître postérieurement seraient appelés à la participation du jour de leur naissance, avec les autres. Aussi les constituants disent-ils souvent : « *actuellement en vie* », ou « *nés et à naître* ».

La règle précédente s'applique encore pour les autres catégories de descendants appelés : « *au profit de ses enfants et (ou puis) des enfants de ses enfants etc.* »

Mais l'indécision cesse si, comme il est d'usage, l'auteur précise en ajoutant :

« Les enfants ne participeront pas au hobous avec leurs pères, du vivant de ceux-ci : lors qu'un père viendra à mourir, son enfant prendra sa place et s'il meurt sans laisser de descendant, la part qui lui était attribuée dans

* على نفسه وعلى اولاده * او على نفسه ثم على اولاده * (1)

« le hobous, sera dévolue aux bénéficiaires subsistants, « du même degré que lui (ou à ceux dont la parenté sera « la plus proche) »⁽¹⁾.

Cette formule donne le type de la dévolution successive, degré par degré ; il en résulte que, si le *de cujus* a laissé, par exemple, trois enfants bénéficiaires, les fruits seront partagés par tiers ; que les descendants, dans chaque branche, se distribueront toujours ce tiers, par représentation de leur auteur (contrairement aux règles successorales) ; et que, si la descendance s'éteint dans une branche, son tiers sera dévolu aux deux branches subsistantes, qui se trouveront ainsi avoir droit à la moitié, ou à l'une des deux, si elle a seule des représentants du même degré⁽²⁾.

Ces distinctions disparaissent si le fondateur a employé la conjonction « et » sans ajouter de correctif, pour être remplacées par l'accession de tous les descendants en vie, qui se partagent le bénéfice par têtes. Cependant, si le descendant est désigné par le terme « Akeb » il ne participe pas avec son père, car il ne devient Akeb qu'après la mort de celui-ci⁽³⁾.

On voit, par ce premier exemple, l'importance des termes employés et la nécessité d'en contrôler l'expression.

2° Désignation des bénéficiaires

Les catégories sont nombreuses ; passons en revue les principales.

I^r. — *Au profit de ses enfants*⁽⁴⁾

Cette expression générale comprend les enfants du fon-

لايدخل في الكبس الابناء مع ابيهم ما داموا في الحيات بمن مات (1)
منهم فام ولده مفامه ومن مات عن غير ولد رجع ما كان يستحقه في
الكبس اباني المستحقين من درجته (اولا قرب قريب اليه منهم) *

(2) Voir pièce annexe n° 1.

(3) Voir annexe n° 11, in fine.

(4) على اولاده

dateur, nés ou à naître, sans distinction de sexe, participant également au bénéfice. Mais elle peut être restreinte, ainsi que nous l'avons vue, par diverses formules.

Le terme enfant, s'il est employé au singulier, est apprécié comme un collectif désignant tous les enfants. Certains docteurs décident que, s'il a dit « mes enfants » et qu'il n'en laisse qu'un celui-ci n'a droit qu'à la moitié du bénéfice, l'autre moitié devant être aussitôt attribuée aux pauvres. Mais cette opinion est contestée et le cas est rare.

Passons aux restrictions et exclusions.

L'école hanafite permet au fondateur d'exclure du bénéfice certains de ses enfants et d'avantager les uns au détriment des autres.

Les malekites, au contraire, déclarent nul tout hobous contenant des dispositions semblables. « *La fondation est nulle*, dit Sidi Khelil, — *si elle est faite au profit des mâles à l'exclusion des filles*⁽¹⁾ ». Il dit également que : si l'égalité de participation n'est pas exprimée, elle s'applique d'office.

Certains docteurs de ce rite vont plus loin, en autorisant l'exclusion des mâles au profit des filles.⁽²⁾

Ils refusent également au constituant le droit de stipuler que les filles, en se mariant, perdront leur bénéfice et le recouvreront si elles se trouvent en état de viduité. Cette règle est admise au contraire, par les Hanafites.

II^r. — *Au profit de ses enfants et des enfants de ses enfants*⁽³⁾

Cette formule, si elle n'est pas complétée par des expressions précisant l'intention du fondateur, soulève une question sérieuse.

(1) *و بطل او علی بنیه دون بناته* * (ch. du hobous).

(2) Zeys, *Droit musulman*, t. II, n° 636.

(3) *علی اولاده و اولاد اولاده*

En principe, elle devrait entraîner la participation de tous les enfants et petits-enfants, des deux sexes, du fondateur, et s'il a ajouté : « tant qu'ils se reproduiront » celle de leurs descendants à l'infini. S'il se borne à énoncer les deux degrés, le bénéfice ne se transmet pas aux suivants ; cependant, la rigueur de cette conclusion est contestée.

Mais, la plupart des auteurs attribuent à l'expression « *mes enfants* » le sens de descendance, à l'infini, *par les mâles seulement*. Tamourtachi, dans son commentaire de sa Medaouana dit : « *Le mot « enfants » s'applique aux « propres enfants du de cujus et aux enfants des fils, « mais non à ceux des filles⁽¹⁾ »*. Il résulte de ce système que les enfants, des deux sexes, du fondateur et les enfants des deux sexes, des mâles, à chaque degré ont droit au bénéfice et que les enfants des filles en sont exclus. Nous retrouverons cette règle caractérisée par l'expression propre « *Akeb* ».

Voici les motifs de cette restriction : pour les Arabes, le fondateur a voulu désigner par ce mot « enfant » sa famille, sa race propre. Or, un enfant se rattache, non à celle de sa mère, mais à celle de son père, dont il porte le nom : fils (ben) d'un tel. La fille, en se mariant, passe dans une autre famille à laquelle ses enfants appartiendront. Ils seront les petits-fils de leur aïeul *maternel*, mais leur filiation se rattachera à l'ascendance paternelle⁽²⁾.

En bonne logique, ils ne peuvent, au point de vue absolu, se rattacher en même temps à l'ascendance maternelle et à l'ascendance paternelle ; leur mère est une étrangère dans la famille qu'elle sert à continuer, en augmentant sa descendance.

Tel est le point de vue auquel se placent les musulmans

(1) Dorr el Mokhtar.

(2) Tedjenis el Oukiate, El Mouhite er-Radouï et autres ouvrages.

pour attribuer au mot « enfants », employé comme il a été dit, une signification spéciale et en restreindre le sens aux descendants par les mâles. Du reste, dans la plupart des actes de hobous, si le mot « enfant » est employé, les formules qui suivent précisent sa portée.

Et lorsque, en s'appuyant sur la doctrine d'Abou Youssouf, le constituant veut avantager l'un de ses enfants, il lui est très facile par exemple de dire : « *au profit de son fils un tel et des enfants de son fils un tel, etc.* ».

III^r. — *Au profit de ses enfants et des enfants de ses enfants, garçons et filles, etc.*⁽¹⁾

Cette formule doit être résolue par l'application des principes qui précèdent : si l'on admet, avec la majorité des docteurs, le sens restreint du mot « enfant », il en résulte que les enfants des deux sexes du fondateur et les enfants des deux sexes des mâles seulement ont droit au bénéfice. Si, au contraire, on donne à ce mot son sens général, tous les descendants par les mâles et par les filles, ont droit au hobous.

Mais on rencontre souvent la formule suivante : « *au profit de ses enfants et des enfants de ses enfants mâles* ». On a beaucoup discuté sur le point de savoir auxquels parmi eux le mot « mâles » devait s'appliquer. Les légistes se sont appuyés sur la règle grammaticale disposant que le qualificatif doit se rapporter au dernier substantif exprimé, pour conclure qu'il s'agit ici des enfants de ses enfants mâles⁽²⁾.

En réalité, la question nous semble beaucoup plus simple, tout en demeurant conforme à la règle : les bénéficiaires sont incontestablement ici, les enfants (des deux sexes) du

(1) على اولاده واولادها واولاده ذكورا واناثا *

(2) Voir à la fin annexe n° III.

fondateur et les enfants (des deux sexes) des mâles. C'est pour préciser que le mot « mâles » a été ajouté. Nous retrouverons ce cas en étudiant la règle de l'Akeb dans le paragraphe qui suit.

Il serait oiseux de présenter les formules complémentaires de toute sorte qui peuvent modifier et préciser les conditions de la dévolution.

3° Sens du mot Akeb

Cette expression tranche toute indécision ; il faut absolument en déterminer le sens et la portée. Cela est d'autant plus nécessaire que, jusqu'à nos jours pour ainsi dire, on l'a traduite par « proches parents », « descendance » « postérité », ce qui ne rend nullement la signification du mot.

Nos dictionnaires, si imparfaits en ce qui touche à la terminologie de la législation, ne se sont pas rendu compte de son importance ; la formule du Kamous manque de clarté ; la voici : « *L'Akeb est l'enfant et l'enfant de l'enfant, des fils laissés par le de cujus après sa mort.....* L'expression arabe : « *il n'a pas d'Akeb* », « *signifie qu'il n'a pas laissé d'enfant mâle⁽¹⁾* ».

C'est dans les ouvrages de jurisprudence spéciale que l'on trouve la vraie formule.

Voici d'abord celle de l'*Enfa el Ouaçaïl* : « *Les Akeb de l'homme sont ses propres enfants des deux sexes, puis les enfants de (ses enfants) mâles⁽²⁾.* » Elle est simple et claire, mais a besoin d'être complétée.

Le Dorr el Mokhtar, le Redd et autres traités classiques

العقب الولد و ولد الولد من الرجال الباقون بعده.... وفول (1)
(Tadj el Arous, t. III, p. 107 et s.) العرب لا عقب له ام يبق له ولد ذكور *

عقب الشخص ولد الصلب ذكرا واناثا ثم اولاد الذكور * (2)

de l'école d'Abou Hanifa, la caractérisent sous cette forme :
« *Le mot Akeb désigne l'enfant (ou les enfants) de*
« *l'homme, et l'enfant de son enfant mâle, à l'exclu-*
« *sion (de ceux) des filles, tant que sa descendance se*
« *reproduit de mâle en mâle, sans qu'une fille s'interpose*
« *dans la chaîne*⁽¹⁾. »

Il résulte de ces deux définitions que le terme « Akeb » s'applique aux propres enfants du de cujus, garçons et filles, et aux enfants (des deux sexes) des mâles, à l'infini. Tous les descendants de cette catégorie sont Akeb de l'auteur commun ; mais les filles ne transmettent pas ce titre à leurs enfants. Si donc une femme est insérée dans la chaîne des descendants, la qualité d'*Akeb du de cujus* s'éteint avec elle, dans sa branche.

Les enfants de cette femme sont Akeb de leur mère, ainsi que les enfants de ses enfants mâles à l'infini. Ils constituent la catégorie des *Akeb d'Akeb* de l'auteur commun⁽²⁾.

Mais si une seconde femme vient s'insérer dans cette branche, le titre d'*Akeb d'Akeb* s'éteint avec elle, car les descendants, par les mâles, sont *Akeb d'Akeb d'Akeb* du de cujus.

Ce mécanisme peut paraître, au premier abord, subtil ; il est, au contraire, très pratique dans l'application. Il délimite exactement la proportion dans laquelle le constituant entend autoriser la participation de descendants de familles alliées à la jouissance de ses biens, avec ses descendants propres.

Mais la qualification d'*Akeb* ne peut s'appliquer à l'enfant, tant que son père est en vie, et ce n'est qu'à partir de son

العقب ولد الشخص وولد ولده من الذكور دون الاناث مما (1)
تناسلوا من اولاده الذكور ما لم ينجصل بينهم بانثى *

(2) Voir la consultation du Moufti d'Alger, annexe n° III.

décès qu'il devient son Akeb, c'est-à-dire son successeur, son remplaçant⁽¹⁾.

Nous ne possédons, dans notre vocabulaire, aucun terme pour rendre le sens exact de ce mot.

4° Le hobous au profit de l'Akeb et de l'Akeb d'Akeb

Pour bien faire comprendre l'application de cette théorie au hobous, reproduisons les deux passages suivants des ouvrages dits : El Açaaf et le Tatarkhania :

« Quiconque se rattache au fondateur par une ascen-
« dance paternelle (de mâle en mâle) est de ses Akeb ;
« mais quiconque a pour père un homme qui n'est pas
« de la filiation mâle du fondateur, n'est pas de ses
« Akeb.....

« Si donc il a constitué son hobous au profit de son
« Akeb, le bénéfice appartient à son enfant et à l'enfant
« de son enfant à l'infini, tant qu'ils se reproduiront de
« mâle en mâle, à l'exclusion des (enfants des) filles,
« sauf dans le cas où l'époux de la fille se trouverait
« être fils de fils du fondateur⁽²⁾. »

Ces faits établis, voyons l'application, selon la formule ordinaire suivante : « Au profit de ses Akeb et des Akeb
« de ses Akeb, garçons et filles, tant qu'ils se repro-
« duiront, etc.⁽³⁾ ».

(1) ولد الرجل لايسبي مغبه الا بعد موته * (El Fetaoui el-Hendia, El Mouhit, El Konia, etc.).

كل من يرجع نسبه للواقف بالاباء جهو من مغبه و كل من كان (2)
ابوه من غير الذكور من ولد الواقف ليس من مغبه.... لو وقف على
مغبه يكون اولده ابدا ماتنا سلوا من اولاد الذكور دون الاناث الا ان
يكون ازواجهن من ولد ولده الذكور *

على امغابه واعقاب اعقاب ذكورا واناثا ما تنا سلوا * (3)

Les Akeb proprement dits sont les enfants des deux sexes du fondateur, puis, les enfants des mâles seulement de chaque degré dans la descendance.

Les Akeb de ses Akeb sont les enfants de ses propres filles ou de la première fille de ses descendants mâles et les enfants des mâles de cette nouvelle lignée, à l'infini.

Toutes les personnes comprises dans ces deux catégories participent au hobous, dans les conditions fixées pour leur accession, soit comme Akeb, soit comme Akeb d'Akeb, puisque la conjonction « et » implique la simultanéité.

Mais toute branche d'Akeb d'Akeb aboutissant à une femme, voit son droit s'éteindre avec celle-ci, puisque le fondateur n'a prévu que ces deux catégories. S'il avait ajouté une ou deux fois le mot d'Akeb, il aurait créé autant de catégories nouvelles d'appelés, dans les mêmes conditions⁽¹⁾.

On comprend maintenant le but du fondateur et pourquoi il a inséré les mots « garçons et filles » qui ont tant contribué à égarer les traducteurs sur le sens du mot Akeb, en leur faisant croire qu'il ne comportait aucune exclusion dans la descendance. Il est vrai que cela ne pouvait se deviner. Les conséquences ont été déplorables.

Ainsi, un homme voulant maintenir, dans sa descendance propre, la jouissance de ses immeubles et se servant, pour cela, de l'expression précise « Akeb » et « Akeb d'Akeb », a cru être tranquille sur l'avenir ; mais ses précautions se sont tournées contre lui devant nos tribunaux. Supposons, par exemple, qu'il ait laissé deux garçons et une fille, se partageant le bénéfice, à concurrence d'un tiers par branche⁽²⁾.

A la seconde génération, les enfants de la fille sont

(1) Voir la consultation (annexe n° II).

(2) Voir annexe n° 1.

Akeb d'Akeb et ceux de chaque mâle sont encore Akeb, du fondateur⁽¹⁾.

A la troisième, les enfants de la fille de la fille, si elle en a laissé, n'ont plus droit et la part de leur mère dans le tiers doit être dévolue aux enfants des enfants mâles. Mais, si ses fils n'ont laissé que des filles, le tiers attribué à cette branche cesse de lui revenir à leur décès et doit faire retour aux deux autres, qui deviennent dévolutaires, à concurrence de moitié pour chacune.

Supposons, dans ce cas, que l'une des deux branches mâles s'est éteinte ; si l'on n'applique pas la règle, son tiers sera dévolu, pour moitié, à la branche de la fille, qui n'a plus droit à rien.

Supposons encore que dans les deux branches mâles, les descendants, n'ayant laissé, à deux degrés différents, que des filles, il ne subsiste plus d'Akeb d'Akeb du fondateur, le bénéfice du hobous doit être dévolu en entier aux ayants-droit des autres catégories prévues.

Combien de procès n'avons-nous pas vus, dans lesquels les demandeurs réclamaient le bénéfice du hobous, parce que les détenteurs n'étaient plus Akeb d'Akeb du fondateur. Les juges, se reportant à la traduction, trouvaient cette phrase : « à ses descendants et aux descendants de ses « descendants, garçons et filles ». Ils n'hésitaient pas alors, à débouter les demandeurs et à consacrer la spoliation dont ils étaient victimes.

5° Au profit de sa postérité (ou de groupes en bloc)

Le hobous dont le bénéfice est attribué par le fondateur à « sa postérité⁽²⁾ », sans autre désignation, ne comporte

(1) Annexes nos II et III.

(2) *كُورِيَّة* qu'il ne faut pas confondre avec *عقب* et *نسل* (V. Sidi Khelil, trad. Seignette, p. 400, n° 1271).

aucune exclusion : tous ses descendants des branches masculines et féminines y ont droit, dès leur entrée dans la vie, et le partage se fait par tête. Chaque naissance et chaque décès, survenus dans l'intervalle des distributions, modifient le partage.

Il est souvent stipulé, qu'après l'extinction de la première catégorie de bénéficiaires, le hobous sera dévolu : aux branches féminines, précédemment exclues comme n'étant pas Akeb, ou aux frères et sœurs du fondateur, ou à ses agnats, ou à ses plus proches parents, etc., et (ou puis) à leurs descendants dans les mêmes conditions. On applique, suivant le cas, les règles ci-dessus.

Les malekites repoussent absolument l'exclusion des femmes, lorsque des termes collectifs sont employés⁽¹⁾. Beaucoup de docteurs des deux écoles veulent que, dans ces circonstances, on avantage les femmes veuves et les personnes des deux sexes les plus pauvres. Plutôt que d'en faire profiter des collatéraux riches, on ne doit pas hésiter à distribuer l'usufruit aux fidèles indigents.

Le hobous au profit de la famille (*gens*), du groupe ethnique, de la tribu, etc., très peu usité en Algérie, suit les mêmes règles d'attribution aux plus pauvres.

6° Règles de la dévolution par degrés et par tête

Bien qu'ayant déjà parlé de ce cas, nous croyons devoir y revenir en raison des indécisions qui pourraient se produire.

Après l'indication des bénéficiaires, on trouve souvent la formule suivante : « Les fils ne participeront pas au « hobous avec leurs pères, du vivant de ceux-ci, ni les « bénéficiaires du degré inférieur, tant qu'il en subsistera « du degré supérieur, etc. »

(1) Sidi Khelil, trad. Seignette, p. 393 et suiv.

On a vu que l'attribution du bénéfice s'effectue, d'abord, par tête entre dévolutaires du même degré; et que les descendants de chacun forment une branche dont les membres sont appelés successivement à jouir de la part qui revenait à leur auteur. C'est pourquoi, l'on dit généralement : « lorsqu'un père viendra à mourir, son fils prendra sa place, etc. ».

Mais voici une formule différente, assez rare il est vrai : « Quiconque parmi les bénéficiaires mâles viendra à mourir, en laissant un ou plusieurs enfants mâles, leur vocation au bénéfice aura lieu et ils y participeront avec les autres bénéficiaires vivants, déjà en possession; c'est-à-dire que le produit du hobous sera partagé entre eux tous, également et par tête, sans tenir compte de l'égalité ou l'inégalité de degré⁽¹⁾ ».

Dans ce système, les descendants de chaque branche arrivent par représentation de leur auteur, mais on ne fait pas l'attribution par branches; tous les ayants droit des diverses branches participent également, sans tenir compte des différences de degré; seulement l'accession n'a lieu qu'après le décès des auteurs.

Le même acte contient encore cette formule visant l'accession par représentation : « Quant à celui dont le père sera mort avant d'avoir été appelé au bénéfice, son droit s'ouvrira, comme celui de son père s'ouvrirait et qu'il mourut ensuite⁽²⁾ ».

و من مات من الذكور وترك ولدا ذكرا او اولادا ذكورا استحق (1)
كل منهم حظا مع بقية الموجودين من اهل الكس بحيث يشتم بين
الموجودين على عدد الرووس اتحدوا في الطبقة او اختلجوا *
Voir le texte (pièce annexe n° 14).

و من مات ابوه قبل استحقاقه الوفي استحق تناول الوفي مثل (2)
(annexe n° 14). Dans ce cas, l'accession n'attribue pas la part de celui qu'on remplace.

Ces exemples permettront de se faire une idée de la diversité que l'on rencontre dans la formule des hobous et de l'obligation de s'en rendre compte, puisqu'elle règle, d'une façon absolue, les conditions de l'accession et du partage.

Ces complications paraissent, d'abord, excessives ; mais elles sont devenues indispensables ; avec de la méthode et de l'attention, le classement se fait dans l'esprit et l'on ne tarde pas à s'en servir utilement.



CHAPITRE VI

LÉGISLATION DÉFINITIVE DU HOBIOUS

Règles de l'administration de la fondation

L'administration du hobous est réglée par le fondateur, mais, en principe, il ne doit pas l'exercer par lui-même, et cela se comprend, puisque le dessaisissement devrait être obligatoire. Pour l'école malekite, qui le maintient, la réserve de l'administration personnelle du constituant est une cause de nullité de l'acte⁽¹⁾.

En principe, le constituant doit désigner, dans sa charte, la personne qui sera chargée de l'administration et prévoir la façon dont elle sera remplacée ; en tout état de cause, le Cadi y supplée, car il a, seul, le droit de révoquer l'administrateur, de le remplacer et de le suspendre, dans l'intérêt de la fondation.

Un inspecteur (mouchref) peut aussi être chargé de surveiller directement l'administrateur ; mais il n'a pas plus de pouvoir que lui et doit, comme le précédent, rendre compte de tout au Cadi qui décide.

Selon le système d'Abou Youssef, le constituant qui

(1) وبطل.....اودلى ان النظر له * (1)

(Sidi Khelil, chapitre du Hobous).

s'attribue à lui-même le bénéfice du hobous, en conserve naturellement l'administration. Mais il peut aussi désigner ceux qui lui succéderont après sa mort.

Cette question, très importante, doit être examinée en détail. Nous rencontrerons, à chaque page, la preuve de l'action posthume du nu-propriétaire sur son bien, par l'intermédiaire du gérant, sous le contrôle du Cadi, veillant en même temps à la conservation du fonds et à l'exécution des clauses de la donation.

1° Désignation de l'administrateur; nomination et révocation

L'administrateur (*Nader, Kaïm* ou *Metaouelli*), devrait, en principe, être pris parmi les parents du fondateur, n'ayant aucun droit dans le hobous, en raison de l'opposition d'intérêt qui existe entre les bénéficiaires, surtout intermédiaires, et le nu-propriétaire. Les premiers, en effet, ne jouissant que d'un usufruit viager, sont d'autant moins portés à conserver le fonds, que les dépenses nécessaires seront prélevées sur les fruits et réduiront d'autant leurs parts. Aussi, comme nous le verrons plus loin, n'ont-ils pas voix au chapitre.

Mais, il n'est pas interdit de charger de cette fonction un bénéficiaire en possession, et, dans la pratique, ce cas est fréquent.

Le fondateur, ainsi qu'on l'a dit, peut régler cette question, dans son acte constitutif; mais, il lui est difficile de prévoir un avenir éloigné, il se borne souvent à prescrire que l'administration appartiendra toujours « au plus sage », ou « au plus âgé » parmi les bénéficiaires appelés. En tout cas, sans nomination spéciale, le dévolutaire ne peut être *Nader*⁽¹⁾.

(1) لا ولاية للمستحق الا بقولية (Dorr el Mokhtar).

A défaut de stipulation dans l'acte, ou après l'extinction des Nader désignés, ce soin est dévolu particulièrement au Cadi. Il nomme l'administrateur, soit au début, soit en cas de vacance, le dirige et le révoque pour cause d'incapacité ou de prévarication constatée. Il le choisit parmi les proches parents du fondateur, tant qu'il s'en trouve de capables et, à défaut, désigne un étranger à la famille⁽¹⁾.

L'école hanafite attribue au fondateur le droit de le désigner et après lui, à son exécuteur testamentaire (Ouaci)⁽²⁾. Cela n'a, du reste, qu'une importance secondaire, en raison des prérogatives supérieures du Cadi.

Les auteurs ont longuement controversé sur les conditions de capacité requises pour cet emploi et sur le droit que certains parents ou bénéficiaires pourraient avoir à le revendiquer. Cela nous semble peu important.

En résumé, l'administrateur doit être un fidèle, sain d'esprit, majeur, d'une honnêteté éprouvée et d'une capacité suffisante. Un trop grand âge et des infirmités sont incompatibles avec la fonction. Les femmes ne sont pas exclues, si elles remplissent les conditions ci-dessus⁽³⁾.

Si le fondateur a désigné le Nader et indiqué comment il serait remplacé, la question est réglée. En dehors de ce cas, c'est le Cadi qui le choisit; personne ne peut s'y opposer et nous ne voyons pas à quel titre un parent, non héritier, viendrait réclamer cette fonction; quant aux bénéficiaires, ils ont un intérêt trop spécial pour intervenir.

Lorsque les biens sont importants ou situés en diverses localités, plusieurs gérants peuvent être nommés, ainsi qu'un Mouchref; nous étudierons le rôle de chacun.

بولاية النصب للفاضي ومادام احد يصلح للتولية من افارب (1)

الوافي لا يجعل المتولى من الاجانب * (Tanouir et Dorr).

(2) ولاية نصب الشيم الى الوافي ثم لوصيه * (Tanouir el Abçar).

(3) Clavel, *Le Wakf ou Habous* (ch. IX, T. II).

Le Cadi, exclusivement, doit révoquer l'administrateur, après avoir constaté, dans les formes juridiques, et non sur la simple réclamation des bénéficiaires, qu'il ne remplit pas ses devoirs, qu'il contrevient aux règles spéciales du hobous ou qu'il commet des malversations. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Si, plus tard, il se justifie, on peut le rétablir.

2° Attributions de l'administrateur

La mission de l'administrateur consiste :

1° A entretenir en bon état et à sauvegarder les biens affectés au service de la donation de fruits, afin d'en prolonger la durée ;

2° A recueillir les produits annuels (fruits ou loyers) pour en opérer la distribution aux ayants droit, après avoir prélevé les frais d'administration et les dépenses nécessaires à l'entretien ;

3° Et à veiller à l'exécution des clauses particulières de la charte constitutive.

Son mandat est donc restreint, car il ne peut sortir de ce cadre sans en référer au Cadi et obtenir son autorisation expresse. Il est le gérant du hobous, rien de plus ; c'est à tort qu'on a pensé qu'il représentait les droits des bénéficiaires intermédiaires ou définitifs. En réalité, il est l'agent du fondateur pour l'exécution de son ouakf et ne doit s'inspirer que de l'intérêt de la fondation (Red el Mohtar). C'est pourquoi le principe d'exclusion des bénéficiaires à cette fonction était logique. On pourrait dire aussi qu'il est l'agent d'exécution du Cadi.

Le Nader veille, avant tout, à préserver les biens contre toute usurpation ou empiètement ; mais si des procès en résultent, il doit prendre l'avis du Cadi et n'agir que sous sa direction ; beaucoup d'auteurs exigent qu'il reçoive de

lui un mandat spécial. Il en est de même si une transaction est offerte ; en aucun cas, il ne peut la conclure seul.

Si donc il transige moyennant une indemnité au profit du hobous, son acte est nul, étant assimilé à une véritable aliénation d'une partie de sa substance, ce qu'il n'a pas le droit de faire. S'il verse une somme pour adjoindre au hobous l'immeuble contesté, la légalité de la transaction est précaire et il faut pour l'admettre que l'existence du hobous soit douteuse⁽¹⁾.

En même temps, il fait exécuter les réparations nécessaires pour maintenir les immeubles en état de productivité et de bon entretien. Il se conforme à l'usage, pour les maisons, et fait curer les canaux, réparer les citernes et les clôtures, etc., pour les immeubles ruraux. « *S'abstenir de réparer, serait de la part du Nader, une trahison, et il devrait être révoqué (Ibn Abidine (Redd))* ».

Les dépenses qui en résultent sont prélevées sur les fruits de l'année⁽²⁾, et les bénéficiaires en supportent la diminution, car ils sont primés par l'intérêt de la sauvegarde du fonds et n'ont rien à dire, même si tout est ainsi absorbé. Mais le Nader ne peut faire aucune amélioration nouvelle ; il doit se borner à maintenir la chose dans l'état où elle se trouvait lors du hobous, rien de plus, rien de moins. Toute dépense inutile sera mise à sa charge. Il peut autoriser le locataire à se charger de faire la réparation, en fixant le chiffre normal qu'il pourra retenir sur ses loyers ; s'il le dépasse, la compensation ne sera pas admise pour le surplus.

Passons à la seconde partie de sa mission.

L'administrateur conclut les baux en temps utile, pour

الصلح على مال لا يصح لان الصلح بمنزلة البيع وليس للثولى (1)
(Fouçoul d'El-Aïmadi, v. annexe n° VII). ولاية البيع الخ
(Tanouir et Dorr). ويبدا من غلته بعمارة (2)

la période fixée par la loi ; au besoin, il fait cultiver, au moyen de colons partiaires, s'il n'a pu trouver de fermiers sérieux ; en un mot, il prend toutes les mesures pour que les biens rapportent le revenu normal.

Ici se place une stipulation assez curieuse, adoptée par la grande majorité des docteurs : le Nader ne doit pas chercher à augmenter les revenus des biens hobousés, mais s'appliquer à les maintenir tels qu'ils étaient le jour de la constitution. Si donc, pour une cause quelconque, les loyers ont augmenté, il continue à louer au taux primitif.

Ces restrictions sont basées, non seulement sur le respect de l'acte constitutif, mais sur cette considération qu'on ne peut faire donner au fondateur plus qu'il n'a donné. C'est pourquoi des légistes ont estimé que la somme dépassant le produit primitif, ne revenait pas légalement aux bénéficiaires du hobous et devrait être restituée au fondateur ou à ses héritiers (Tatarkhania).

Cependant, certaines écoles admettent l'augmentation, à la condition qu'elle ne dépasse pas la moyenne des loyers d'immeubles semblables audit moment.

Si le contraire se produit, c'est-à-dire si les revenus diminuent, le Nader est tenu de faire constater que le loyer qu'il en trouve est conforme à la valeur courante, à défaut de quoi il sera rendu responsable de la différence⁽¹⁾.

Quant à la perception des fruits, il l'effectue régulièrement, réalise les récoltes en nature et fait tout ce qui est nécessaire pour que rien ne soit perdu. S'il y apporte de la négligence, il s'expose, en outre de la révocation, à être forcé de restituer le déficit.

Tout ce qu'il encaisse doit être déposé chez lui ; il ne peut s'en servir, ni pour ses propres affaires, ni même dans l'intérêt du hobous, en dehors des réparations. S'il meurt avant la distribution, sa succession en est responsable.

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. II, ch. IX.

Chaque année, il dresse le compte de ses opérations, retranche du produit réalisé le montant des dépenses et distribue le reste aux bénéficiaires, proportionnellement aux droits de chacun.

Il peut, selon certains docteurs, toucher les loyers d'avance, mais il ne doit les faire entrer en compte que pour l'année à laquelle ils se rapportent et les bénéficiaires ne seraient pas fondés à en réclamer la délivrance (Ismâïl, Ibn Abidine).

Tels sont les seuls actes que l'administrateur peut effectuer par lui-même. Pour le reste, l'autorisation du Cadi est nécessaire; celui-ci délègue alors le Nader, ou donne à tout autre un mandat déterminé et spécial.

3° Responsabilité de l'administrateur. — Gérance commune; salaire

L'administrateur est responsable de sa gérance et peut être tenu sur sa propre fortune à des restitutions, si, par sa faute, le hobous subit un préjudice quelconque.

Il doit, chaque année, rendre ses comptes au Cadi qui les vérifie et les approuve s'ils sont réguliers. Dans le cas contraire, ce magistrat fait les enquêtes nécessaires, modifie les chiffres et laisse à la charge du Nader les articles non justifiés. Ce dernier est admis à fournir ses preuves; à défaut de faits contraires bien établis, ses affirmations, appuyées du serment, doivent faire foi, s'il est notoirement honorable. Tous les docteurs sont unanimes sur ce point: c'est l'application des règles du mandat.

Lorsque plusieurs Nader sont chargés de l'administration du même hobous, et non de parties déterminées, ils ne peuvent agir l'un sans l'autre et doivent se mettre d'accord sur tout. Quant au Mouchref, il a un rôle de surveillance, qui implique l'obligation de le consulter avant d'agir. Si

les avis sont différents on en réfère au Cadi. (Redd el Mohtar, El Khania et autres ouvrages).

L'administrateur a droit à un salaire. Le fondateur a pu en déterminer la quotité, et l'on est tenu de s'y conformer. Dans le cas contraire, le Cadi le fixe en tenant compte de l'usage des lieux. Selon Ibn Abidine (Redd), il ne peut excéder le dixième du revenu, le surplus étant sujet à restitution. Cependant, lorsque le Nader est bénéficiaire, ce taux est souvent réduit. Enfin, certains auteurs déclarent que le Cadi ne doit pas hésiter à remplacer l'administrateur, si un homme honorable veut prendre la gérance à meilleur compte ou gratuitement, — à la condition que le fondateur n'ait pas fixé, lui-même, l'honoraire.

4° Conséquences de la restriction du mandat de l'administrateur

Nous avons vu que l'administrateur ne doit ni transformer, même pour l'améliorer, ni augmenter la substance du hobous.

Les légistes n'hésitent pas à appliquer, dans toute leur rigueur, les conséquences de cette interdiction. Si, par exemple, le Nader a employé des fonds provenant du hobous à l'achat d'un immeuble contigu, il n'en résulte nullement que cet immeuble y soit incorporé, *ipso facto*, et cela pour les raisons suivantes :

1° Parce qu'il a détourné illégalement les fruits de leur destination et que, même s'ils étaient restés disponibles pour une cause quelconque, il ne pouvait en disposer ;

2° Parce qu'il ne s'était pas pourvu de l'autorisation du Cadi à cet effet ;

3° Enfin, parce que le hobous ne se présume pas et que, pour conférer cette qualité à son acquisition, il aurait fallu remplir des formalités qu'il n'a pas faites.

Conséquence : le hobous est inexistant et l'immeuble

acheté doit être vendu au compte de qui de droit⁽¹⁾. Le produit est restitué à l'affectation dont il a été détourné.

Ces interdictions, qui peuvent paraître rigoureuses, sont, en réalité, l'application des mêmes principes : le respect du hobous, tel qu'il a été constitué et l'obligation de n'y rien changer. Tolérer des modifications, sous le prétexte qu'elles sont avantageuses, serait ouvrir la porte à toutes les fraudes et compliquer l'exécution de la charte. Permettre à l'administrateur d'acheter des immeubles pour le hobous, au moyen de produits réellement disponibles, lui fournirait l'occasion de détourner des revenus et de ne les employer qu'en partie à cette destination. Pourquoi, enfin, s'arrogerait-on le droit d'augmenter la substance du hobous, puisqu'on ignore si le fondateur voudrait le faire ? On sait exactement ce qu'il a donné ; il faut s'en tenir là. Si donc les fonds employés n'ont pas été soustraits à leurs destinataires, ils reviennent aux héritiers du fondateur, comme nouvel actif de la succession. (Dorr el Mokhtar, Redd el Mohtar, etc.)

Mais, s'il ne peut disposer des excédents, comment ferait-il en cas d'insuffisance ? Si, par exemple, il manque de fonds pour des réparations urgentes, pour payer le salaire des fonctionnaires de la mosquée bénéficiaire, ou même pour donner des secours aux dévolutaires, à défaut de leur rente ?

En principe, il ne peut contracter aucune dette grevant le hobous, — l'accord est unanime sur ce point.

Les légistes estiment également que l'intérêt des bénéficiaires ne peut entrer en ligne de compte, puisqu'ils n'ont droit qu'à la partie disponible des revenus. Mais, si l'immeuble menace ruine ou que le service de la mosquée

اشترى الهتولى بهال الوفى دارا للوفى لاتسحق بالمنازل الموفودة (1)
ويجوز بيعها في الاصح لان للزوم كلاما كثيرا ولم يجمد هنا *
(Tanouir et Dorr).

risque d'être interrompu, par suite du non paiement des salaires, un certain nombre, parmi lesquels Ibn Abidine (auteur du Redd), autorisent l'emprunt des sommes rigoureusement nécessaires. Seulement tous imposent l'obligation d'obtenir à cet effet une autorisation formelle et précise du Cadi.

L'absence de cette formalité vicie l'acte à l'égard du hobous, qui se trouve dégagé de toute charge ; mais le prêteur conserve son recours contre le Nader personnellement.

Et même, si l'administrateur a avancé, de ses deniers, les fonds nécessaires, il a dû s'y faire autoriser par le Cadi, à défaut de quoi il ne pourra retenir la somme prêtée sur les revenus futurs, son avance étant considérée comme un don fait au hobous. Cependant si les dépenses ont été nécessitées par des réparations urgentes, ne laissant pas le temps de remplir les formalités prescrites, le Cadi peut, par exception, en autoriser le remboursement sur les fruits.

Toute reconnaissance ou délégation, faite au détriment du hobous par l'administrateur, est nulle (Tous les auteurs.)

Le Nader doit remettre exactement aux bénéficiaires la part qui leur revient individuellement, après avoir retenu le montant des dépenses faites pour réparations, etc., ses honoraires et autres frais. Il peut être pris à partie par les ayants droit, s'il retarde, sans motifs, la délivrance, ou ne leur verse pas ce qui est dû. Mais, s'il leur distribue les produits et néglige de retenir ses dépenses, il n'est pas admis à les réclamer plus tard, étant préjugé en avoir fait cadeau (En Nahr, El Behar, etc.). Or, une donation est irrévocable. Mais est-ce bien une donation ? Plusieurs auteurs ne l'admettent pas et disent que le Nader ne doit pas être victime d'une erreur constatée. La question est donc controversée.

De même que pour bien d'autres détails, les docteurs musulmans ont voulu trop prévoir, trop régler. Nous nous

garderons de les suivre, car ces discussions visent des cas qui peuvent être résolus par l'application des principes, tandis que, prises isolément, ces espèces n'aboutissent en général qu'à des solutions contradictoires et sans force.

5^o Administration du Cadi

Le Nader n'est qu'un agent nanti d'un mandat restreint ; le Cadi est le véritable administrateur ; ses décisions sont souveraines, — à la condition toutefois de rester dans la légalité ; il peut les prendre d'office, ou statuer sur les cas qui lui sont soumis par le gérant ou les intéressés.

Mais tous ses actes doivent être inspirés par les mêmes règles : l'exécution stricte de la charte constitutive ; les mesures de sauvegarde et de conservation ; les choses profitables au hobous (Dorr et Redd). Ses décisions peuvent être annulées, si elles s'en écartent. Quant au mode de recours contre les actes du Cadi, il varie selon l'organisation judiciaire de la contrée ; mais un autre Cadi ne peut, en général, prendre des mesures contraires, d'autant plus que la compétence appartient au juge de la situation des biens et du rite adopté par le fondateur⁽¹⁾.

Nous avons vu combien grande est son action sur le Nader. Toute décision importante est ordonnée par lui, constatée par un acte et justifiée par un exposé de motifs. La question des locations à long terme, des ventes, des échanges et des remplois sera examinée dans un chapitre spécial ; il en sera de même de celle de l'usurpation, des dommages causés, etc.

Mais il est bien d'autres cas ne rentrant pas dans ces espèces, notamment les mesures à prendre lorsque des dépenses extraordinaires sont indispensables ; que l'immeuble tombe en ruines ou ne produit plus de revenus ; qu'un

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous* (voir la table des deux volumes).

accident lui cause des dommages, et qu'il n'existe pas de ressources pour le remettre en état.

Le Cadi peut alors autoriser un emprunt à rembourser sur les fruits à venir. Mais il doit entourer cette mesure des plus grandes précautions et constater qu'il est impossible de se procurer autrement les moyens d'action. Du reste, beaucoup de légistes interdisent l'opération « parce que le hobous ne peut être grevé de charges au profit de tiers ». Il a aussi la faculté de le donner à bail à long terme, à charge de le remettre en état, comme nous le verrons plus loin.

Si aucun de ces moyens n'a pu être employé et que l'immeuble, — une maison, par exemple, — soit tombé en ruines, le Cadi, après avoir en vain essayé d'obtenir, par un procédé quelconque, sa réédification, même partielle, doit prendre une décision pour l'emploi des matériaux. Il peut, soit les faire utiliser pour un autre bien, hobousé par le même fondateur et dans les mêmes conditions ; soit ordonner leur mise en magasin pour servir aux réparations futures ; à défaut de quoi, il les vend et en délivre le montant au fondateur ou à ses héritiers, le hobous étant détruit. « *Mais il se garde de les partager entre les bénéficiaires, ou de leur en verser le prix, car ils n'ont droit qu'aux fruits, non au fonds⁽¹⁾* ».

Quant au terrain, il est admis en général, qu'il reste hobousé et qu'on en tire le parti qu'on peut. Certains docteurs veulent qu'on le vende, avec ou sans les matériaux et qu'on emploie le prix du tout à l'achat d'un autre immeu-

لولم يجرد الفاضل من يستاجرهما لم ارة وخطرتلى انه بخيرة (1)
بين ان يعمرها او يوردها لورثة الوافى او صوب الحكام او الهولى نفضه
او ثمنه ان تعذر عليه اعادة عينه الى مشارته ان احتياج ولا حفظه
ليحتياج ولا يفسم النفض او ثمنه بين مستحقين الوفاى لان حفظهم في
* (Tanouir, Dorr, Kari el Hedaïa). المناجع لاني العين *

ble qui le remplace ; mais cela est restreint au cas où le hobous se trouverait dévolu aux pauvres. Si l'acte n'avait pas été validé par jugement, le Cadi l'annule et procède à la vente de tout ce qu'il juge nécessaire ; puis il en remet le prix aux héritiers du fondateur (Bezzazia, Dorr et autres ouvrages hanafites).

L'école malekite interdit absolument la vente des immeubles hobousés, tombés en ruine, ainsi que leurs matériaux⁽¹⁾. Seule, la vente des objets mobiliers devenus impropres à leur service est autorisée, à charge d'employer le prix en achat de choses analogues, qui demeurent affectées à la destination prévue.

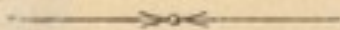
La question de l'emploi des sommes disponibles provenant du hobous a fait couler des flots d'encre. C'est encore le Cadi qui en décide. Beaucoup de docteurs estiment qu'il peut les utiliser à l'amélioration du hobous ; d'autres admettent qu'on les conserve à titre de fonds de réserve ; mais un bon nombre, et non des moindres, tels que l'auteur du *Tatarkhania*, déclarent que ces fonds appartiennent, exclusivement, au fondateur ou à ses héritiers, qu'on doit les leur verser et qu'ils peuvent légitimement les revendiquer. En principe, il a raison ; toutes ces divergences proviennent de la même cause : le respect plus ou moins strict des règles fondamentales.

L'administration des revenus attribués aux mosquées, écoles, etc., a exercé également l'ingéniosité des légistes. Si, par exemple, le fondateur a déterminé le chiffre de la somme affectée au mobilier et le salaire de chaque fonctionnaire, le Cadi doit veiller à ce qu'on se conforme aux stipulations de sa charte. Il ne peut ni augmenter, ni réduire les prévisions. Si, après la distribution de ces rentes, une somme reste disponible, il applique les principes ci-dessus

(1) لا عشار وان خوب و نفص و لو بغير خوب * (1) Sidi Khelil, ch. du hobous).

résumés, mais, en aucun cas, il ne pourrait augmenter les attributions, ni créer d'emplois nouveaux. « Cependant, il « ne faut pas que le service périscite » (Dorr et Redd).

En somme, dans tous ces cas, une grande latitude est laissée au Cadi, à la condition qu'il s'inspire de l'intérêt et de la sauvegarde du hobous, et qu'il agisse comme le fondateur le ferait lui-même pour exécuter sa donation et conserver sa nue-propriété.



CHAPITRE VII

LÉGISLATION DÉFINITIVE DU HOBIOUS

Droit des bénéficiaires

Le hobious étant une donation de fruits, les bénéficiaires dont la vocation, telle qu'elle a été prévue, s'est produite, n'ont droit qu'à la part qui leur revient, déduction faite des dépenses obligatoires⁽¹⁾.

Il ne faut pas perdre de vue que la condition du dévolutaire définitif est la même que celle des intermédiaires.

Dans l'un et l'autre cas, la substance du hobious doit être administrée par un Nader, qui remet au bénéficiaire sa part nette des produits ; et si, dans la pratique, cette administration est confiée au bénéficiaire, qu'il s'agisse de descendants du fondateur, du Bit-el-Mal (pour les pauvres), ou d'un oukil de mosquée, c'est par pure tolérance ou pour éviter des frais.

Mais la situation légale reste la même : le fondateur conserve toujours sa nue-propriété et le hobious est administré, pour lui, par le Cadi et son agent, le Nader, sauf certaines exceptions, comme le cas où l'immeuble hobiousé sert, par lui-même, au culte.

(1) لأن مستحشي الوفو حنهم في المدابع لا في العين * (1) (Dorr el Mokhtar).

Le rôle du bénéficiaire est donc passif : il se borne à réclamer sa part de fruits s'il en est injustement privé.

Ces principes incontestables étant posés, il en résulte un bouleversement complet des théories diverses, trop longtemps en faveur devant nos tribunaux. Croyant que le fondateur avait aliéné sa nue-propriété, on l'a attribuée tantôt au bénéficiaire définitif, tantôt à l'intermédiaire, tantôt à Dieu et il en est résulté des conséquences de toute sorte en contradiction absolue avec le droit.

Entrons dans les détails.

1° Ouverture du droit du bénéficiaire⁽¹⁾.

Nature de son droit

Nous avons déjà vu que le droit du bénéficiaire aux fruits du hobous ne s'ouvre que du jour de son accession, laquelle dépend des dispositions édictées par le fondateur et de la survie de ceux qui le priment.

Cette accession a lieu, soit immédiatement, si le hobous n'est pas fait au profit du fondateur, soit après le décès de celui-ci. Les bénéficiaires en possession absorbent intégralement le produit donné, tant qu'ils sont en vie⁽²⁾. Les bénéficiaires futurs ou définitifs n'ont aucun droit tant qu'ils sont primés par eux et leur vocation ne se produit que par le décès de celui (ou de ceux) qui les « empêchait », selon l'expression arabe. Jusque-là ils sont inexistantes par rapport au hobous.

Le droit viager du bénéficiaire en possession, restreint à la perception de sa part du produit *net*, est variable ; son attribution primitive s'augmente par suite de l'extinction

(1) Le bénéficiaire en possession est désigné dans la terminologie du hobous par le mot *استحقاق* et son accession, son droit au hobous, s'appelle *استحقاق* (qu'on traduit trop souvent par « revendication »).

(2) *أنحصر مدعة الكيس في* est la formule qui le constate.

des co-participants ; elle diminue si le produit subit des réductions, pour diverses causes, et peut même être suspendue ou supprimée si le hobous devient improductif ou caduc.

Il ne nous appartient pas de rechercher la nature exacte de ce droit au point de vue de notre législation⁽¹⁾ ; nous le prenons tel qu'il est et pensons qu'il serait dangereux de l'assimiler à l'une ou à l'autre de nos institutions. Il en est ainsi de tout ce qui se rapporte au hobous.

2° Le bénéficiaire ne peut intervenir dans la gérance du hobous, ni participer à son entretien

On a vu dans le chapitre précédent que le bénéficiaire peut être investi du mandat de Nader, bien, qu'en principe, il y eût incompatibilité entre les deux qualités. Ce cas est même le plus fréquent. Mais, en réalité, c'est un mandat spécial et restreint qu'il reçoit du fondateur ou du Cadi ; le fait d'être bénéficiaire n'est pour rien dans ce choix puisque l'opposition d'intérêts est flagrante et il ne faut y voir, en général, qu'un abus couvert par le prétexte d'économiser les honoraires de l'administrateur. Anomalie de plus, au milieu de tant d'autres ! Un seul, dans le groupe des bénéficiaires, est chargé de cette mission parallèle, mais il ne l'exerce pas au nom des autres ; il reste à ce titre dans la même catégorie et doit se dédoubler lorsqu'il agit comme Nader.

C'est donc à tort qu'on a cru que le gérant devait être pris parmi les bénéficiaires et qu'il administrerait pour le compte des ayants droit aux fruits ; c'est à tort aussi qu'on a attribué à ceux-ci la prérogative de désigner ou de contrôler le Nader. Ils peuvent se plaindre au Cadi de sa mauvaise administration, c'est tout.

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. I, p. 148 et suiv.

En résumé : le bénéficiaire n'a le droit, ni d'administrer le hobous, ni de désigner l'administrateur, sans une disposition spéciale du fondateur ou une délégation particulière du Cadi⁽¹⁾.

Son droit, dont nous avons constaté plus haut la précarité et la variabilité, est passif. Celui qui en est attributaire ne participe pas, comme tel, à l'administration. Aussi, ne peut-il être rendu responsable des actes de la gérance qu'il n'exerce pas. C'est la conséquence de la neutralité de son rôle. Il ne doit rien au hobous.

« *On ne peut, — dit Sidi Khelil⁽²⁾, — stipuler (dans la charte), que les dépenses d'entretien seront à la charge du bénéficiaire.... ni qu'on ne prélèvera pas, tout d'abord (sur les fruits), ce qui aura été nécessaire pour cela.* »

La vraie législation s'applique donc, toujours, à faire respecter les principes qu'elle a posés.

3° Acceptation du bénéfice; désistement; cession; collation de privilège

En vertu des règles appliquées aux donations, le bénéfice du hobous devrait faire l'objet d'une acceptation. Certains légistes l'imposent; mais, en pratique, l'acceptation est difficile, puisque l'école d'Abou Youssouf n'exige pas la délivrance immédiate. Elle ne peut, du reste, avoir lieu logiquement de la part de bénéficiaires futurs. Cependant, la mention s'en rencontre souvent; on fait dire par le fondateur, si la constitution est à son profit, qu'il l'accepte pour lui et pour les bénéficiaires futurs. Dans ces conditions

(Tanouir) ولاية نصب الفيم الى الوافى ثم اوصيه (وكلا للفاضى) * (1) el Abzar.

لا شرط اصلاحه على مستحضره.... او عدم بدء با اصلاحه الخ (2)
(Sidi Kheil, ch. du hobous).

cela n'a pas de raison d'être, puisque le donateur reste nanti de la chose et que le droit des dévolutaires futurs n'est pas né.

L'acceptation ne peut avoir lieu logiquement, qu'au moment de la délivrance des fruits ; mais, il s'agit d'une donation et cet acte n'est parfait que s'il est accepté par le donataire. Telle est l'origine probable de cette complication sans portée.

Quant au refus, naturellement bien rare, les légistes des deux écoles ont jugé nécessaire de le prévoir.

Voici ce que dit Sidi Khelil : « *Dans le cas où il n'y a pas acceptation du bénéficiaire, — (le hobous est valable), — sauf si ce bénéficiaire est une personne nominalement désignée et remplissant les conditions exigées ; s'il refuse, le hobous est considéré comme n'ayant plus de bénéficiaires intermédiaires⁽¹⁾ » ». C'est-à-dire, sans doute, que la dévolution définitive, au profit de l'œuvre pie, aura lieu immédiatement.*

La solution du maître, assez peu clairement indiquée, nous semble contestable à divers points de vue et n'a pas été approuvée par tous les légistes de son école. Pourquoi, en effet, le refus des bénéficiaires appelés préjudicierait-il à ceux qui les suivent ? Pourquoi un caprice troublerait-il à ce point, les dispositions édictées par le fondateur ? Il serait plus conforme aux principes, soit de déclarer le hobous caduc, soit d'appeler au bénéfice, ceux dont l'accession était empêchée par les auteurs du refus. Ces deux solutions ont été proposées par divers auteurs.

Les Hanafites sont plus catégoriques : le Dorr el Mokhtar interdit absolument au bénéficiaire de refuser la donation. Ibn Abidine dit : « *Ibn Naguim, s'appuyant sur la Khania, proclame que la renonciation au bénéfice est*

(1) ولا قبول مستحقة الا المعين لاهل بان رد بكمناطع * (Sidi Khelil, ch. du hobous).

« *nulle et non avenue.* » El Kheïr Er-Ramli et d'autres approuvent cette opinion⁽¹⁾, qui, en somme, est plus logique et plus pratique que celle de Khelil.

La solution de l'école hanafite confirme, en effet, le principe de la neutralité du rôle du bénéficiaire ; l'on n'a pas à tenir compte de ses préférences, mais à exécuter la volonté du fondateur. Il est inadmissible qu'un refus incompréhensible puisse troubler la vie de la fondation. Mais, le cas se présente-t-il ?

La question de la cession par le bénéficiaire de sa part dans les revenus du hobous a donné lieu à de longues controverses. Or, quiconque est bien fixé sur la nature de son droit, refusera d'admettre qu'il puisse en faire l'objet d'une cession normale. Dans tous les cas, ce bénéfice viager s'éteint avec lui, c'est-à-dire à une époque indéterminée, et ne peut engager ceux qui lui succéderont.

Ibn Abidine, l'auteur d'El Ichbah et autres docteurs hanafites autorisent le bénéficiaire à déléguer à son créancier *la part réalisée* de revenus qui doit lui être délivrée, pour la toucher à sa place des mains du Nader. A notre avis, la vraie doctrine ne peut aller plus loin. Dans ces conditions, le cession porte sur une chose existante et doit être renouvelée, chaque année, avant la délivrance. Mais il est inadmissible qu'on puisse déléguer légalement un produit indéterminé, inexistant et aléatoire, qui n'appartiendra au bénéficiaire *qu'après avoir été réalisé* et réduit par le paiement des dépenses obligatoires. C'est alors seulement que le droit du bénéficiaire sur la chose, existe ; avant cela, il n'est pas né et l'on ne cède pas ce qui est inexistant.

A plus forte raison le bénéficiaire ne peut conférer aucun droit sur le hobous. Et, cependant, combien n'avons-nous pas vu de tribunaux valider des antichrèses ou des hypothèques consenties par le dévolutaire intermédiaire ! Ces

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. 1, p. 191.

charges, en elles-mêmes, sont incompatibles avec le hobous; elles suffisent à le rendre caduc; mais les voir conférer par le bénéficiaire d'une part des fruits à venir, cela dépasse les bornes de la fantaisie.

Il en est de même du recours des créanciers du bénéficiaire sur sa part. Tout au plus pourrait-on admettre la saisie entre les mains du Nader, de ce qui revient au débiteur dans les *fruits réalisés*. M. Clavel nous donne des exemples curieux de la jurisprudence usitée en Egypte à cet égard⁽¹⁾.

Toutes ces anomalies procèdent de la même cause: du jour où l'on n'hésitera plus sur la nature du hobous, elles disparaîtront.

4^o Le bénéficiaire locataire du hobous. — Interdiction de le modifier et de le donner en sous-location.

Les deux écoles admettent, en général, que le bail de l'immeuble hobousé peut être consenti à un ou plusieurs bénéficiaires, par l'administrateur, et s'il est lui-même de cette catégorie, par le Cadi, « *car il ne peut être en même temps bailleur et preneur* » (Ibn Abidine). Le magistrat prend alors les précautions nécessaires.

L'école malekite, qui ne permet pas de donner à bail l'immeuble hobousé pour plus de deux ans, se montre, par exception, favorable à « celui auquel le bénéfice doit revenir » en autorisant la location à son profit pour une durée allant jusqu'à dix ans⁽²⁾. Les commentateurs de Sidi Khelil ont discuté pour savoir au juste quelle personne le maître avait voulu viser, en parlant de « celui auquel le

(1) T. I, p. 169 et suiv.

واكوي ناظرة ان كان هلى معين كالسنتين ولهن مرجعها له كالعشور (2)
(Sidi Khelil, ch. du hobous). Les hanafites accordent comme durée jusqu'à trois ans.

bénéfice doit revenir ». Les uns y voient les bénéficiaires en possession, ce qui semble le plus logique ; d'autres, le dévolutaire définitif ; d'autres, enfin, les bénéficiaires éventuels devant succéder à ceux dont la vocation a eu lieu. En réalité, cette tolérance est inexplicable et là, encore, le laconisme du grand cheïkh est fâcheux.

En tout état de cause, le bénéficiaire, locataire du hobous, n'en jouit qu'à ce dernier titre. S'il y effectue des réparations, sans l'autorisation du Nader, elles doivent être laissées à son compte. Tout au plus, peut-il demander que l'on constate si elles étaient indispensables, auquel cas, on les admet en totalité ou en partie et on le contraint à démolir et enlever ce qui était inutile ou à le laisser, sans indemnité (Cheïkh Mohi ed Dine).

Mais, sous aucun prétexte, il n'a le droit de modifier l'immeuble, même pour en augmenter la valeur ou l'améliorer. Certains docteurs professent que le tout est acquis gratuitement au hobous, et en majorité, ils estiment que le locataire doit remettre les lieux dans leur état primitif et même couper les arbres qu'il a plantés. Inutile d'ajouter qu'il n'en est pas ainsi lorsqu'une autorisation régulière a été obtenue. Enfin, sous nul prétexte, les édifices affectés par eux-mêmes à une œuvre pieuse ou humanitaire ne peuvent être changés de destination.

« *Si le bénéficiaire, — dit Sidi Khelil⁽²⁾, — a effectué des constructions sur le bien hobousé et qu'il meure sans s'être expliqué clairement à ce sujet, ses constructions sont, de droit, incorporées au hobous.* »

En principe, et à moins de dispositions contraires inscrites dans la charte constitutive, les bénéficiaires jouissant de l'immeuble au moyen d'un bail, ne peuvent consentir de sous-location à des tiers. Cette interdiction, logique, s'explique d'elle-même.

(2) جان بنی محبس علیہ جان مات و لم یبین جہود و فہم (ch. du hobous).

5° Le bénéfice consistant en droit d'habitation

Les immeubles hobousés sont quelquefois affectés au logement des bénéficiaires. Dans ce cas, ceux-ci doivent exercer leur droit personnellement, au fur et à mesure que leur vocation se produit. Si, pour une raison quelconque, ils ne peuvent en profiter, ils perdent cet avantage et ne sont admis à réclamer aucune compensation, ni à céder leur droit à un tiers. Les auteurs sont d'accord sur ce point⁽¹⁾.

Cette jouissance est tellement personnelle que si, par exemple, le mari d'une femme ayant droit au logement, y habite avec elle, il est tenu d'en payer le loyer (Ibn Abidine). L'époux, en effet, doit subvenir aux dépenses du ménage et ne peut profiter d'un avantage appartenant à sa femme.

Le bénéficiaire est tenu, naturellement, d'entretenir l'immeuble des réparations de toute nature pouvant être nécessaires, puisque le hobous ne possède pas d'autres ressources pour y pourvoir. « *Dans le cas, — dit Sidi Khelil, — où il n'effectuerait pas ces réparations, il devra être expulsé afin que l'immeuble soit loué, pour le loyer être affecté à la remise en état*⁽²⁾. »

Les conditions relatives à l'interdiction de modifier et même d'améliorer le bien hobousé, lui sont applicables.

Le droit à l'habitation d'une partie et aux fruits du surplus, est indépendant et ne doit pas être confondu.

Certaines chartes constitutives attribuent aux femmes un logement dans l'immeuble tant qu'elles se trouvent en état de viduité. Elles le perdent par le fait de leur mariage et le recouvrent si elles cessent d'être en puissance de mari, pour le perdre de nouveau si elles convolent encore.

(1) Clavel, *Le Wakf ou Habous*, t. 1, p. 183 et suiv.

(2) واخرج الساكن الموقوف عليه للسكنى ان لم يصلح ليكرى له * (ch. du hobous).

**6° Le bénéficiaire ne peut, ni donner à bail,
ni échanger, ni vendre le bien hobousé**

Ce qui vient d'être dit au sujet des droits des bénéficiaires, permet de comprendre que ceux-ci ne peuvent donner à bail le bien hobousé. « *En effet, disent les bons auteurs de l'école hanafite, le bénéficiaire n'a droit qu'aux fruits, sans aucune équivalence et il ne peut en conférer à autrui la propriété (temporaire), ce qui est le caractère du bail⁽¹⁾, car, pour le faire, il faudrait posséder des droits plus étendus que les siens⁽²⁾.* »

Tout acte fait contrairement à ces principes est nul et non avenu ; ceux qui ont traité de bonne foi n'ont aucun recours contre le hobous, mais peuvent prendre personnellement à partie leurs cédants.

A plus forte raison, le bénéficiaire en possession n'a le droit, ni d'échanger, ni de vendre la substance du hobous, ni de faire remploi du prix. Tous ces actes, si longtemps sanctionnés par nos tribunaux, sont nuls, inexistants, au point de vue de la loi, en vertu de ce grand principe : *l'aliénation du bien d'autrui est illicite.*

Nous étudierons plus loin les conditions obligatoires de la vente, de l'échange et du remploi des biens hobousés, effectués par ceux qui ont qualité pour le faire.

Dans la première période de la conquête et de l'occupation de l'Algérie par la France, les indigènes, détenteurs de biens hobous à un titre quelconque, en vendirent de grandes quantités aux européens. Puis des revendications se produisirent fondées sur des titres de hobous. Les acquéreurs, trompés par l'apparence, étaient de bonne foi et l'on connaissait si mal l'institution du ouakf, qu'il était difficile de juger de la valeur des actes.

(1) La législation musulmane considère le bail comme une aliénation temporaire.

لأنه يملك المتابع بلا بدل فلا يملكها ببدل وهو الأجارة ولا (2)
* لملك أكثر مما يملك (Dorr el Mokhtar).

Dès la fin de 1830, une ordonnance avait remis au Service des Domaines l'administration de tous les immeubles hobousés et considérés, à tort, comme biens de main-morte. C'était une véritable spoliation de la nue-propriété appartenant aux héritiers du fondateur, et qui entraînait l'annulation du hobous au nom duquel on l'effectuait.

L'ordonnance du 1^{er} octobre 1844 déclara valable la vente des biens hobous par les bénéficiaires en possession, au profit d'européens, tout en maintenant les règles de la législation musulmane, lorsque les deux parties étaient indigènes. On consacrait une fraude, mais il était urgent de donner de la sécurité aux Français pour leurs transactions immobilières, dans le pays qu'ils venaient coloniser.

Si l'on avait connu la législation du hobous, il eut peut-être été préférable de l'abolir purement et simplement et d'en restituer la substance aux héritiers des fondateurs. Dans les conditions où l'on se trouvait, cela eut ouvert la porte à des difficultés et à des spoliations nouvelles.

Mais le décret du 30 octobre 1858, autorisant les détenteurs des biens hobous à les vendre à des musulmans est inexcusable. Voilà où conduit l'ignorance des institutions étrangères lorsqu'on s'arroge le droit de les régler législativement. Contre toutes les prévisions, ce décret est demeuré à peu près lettre morte : plus sages que leurs législateurs, nos musulmans n'en ont pour ainsi dire pas profité⁽¹⁾.

7° Le bénéficiaire ne peut plaider pour le hobous, ni pour le fonds, ni pour les fruits

On a vu plus haut que le Nader ne peut soutenir aucun procès pour le hobous sans une délégation spéciale du Cadi ; et pourtant il est chargé des détails de son administration.

(1) Cette question est exposée en détail par M. Clavel (t. 1, p. 237 et suiv.).

Le bénéficiaire de sa part d'usufruit est encore moins qualifié pour cela : n'ayant aucun droit sur le fonds, disent les docteurs, il ne peut ni en revendiquer, ni en défendre la substance (Dorr el Mokhtar)⁽¹⁾. Le Cadi et nul autre, a qualité pour agir. Cependant, le bénéficiaire peut être investi de la fonction de gérant et recevoir le mandat nécessaire. Dans ce cas, c'est comme Nader, fondé de pouvoirs spéciaux, qu'il procède ; sa qualité de bénéficiaire n'y est pour rien. Quant au droit de conclure une transaction quelconque, il lui est interdit encore plus qu'à l'administrateur⁽²⁾.

Combien de procès, suscités par des dévolutaires, réels ou supposés, auraient été évités, si les ouvrages de droit musulman avaient fait connaître cette règle essentielle !

Il était peut-être facile de s'y tromper, en présence de la possession exercée par les bénéficiaires. Les fausses assimilations avec les règles de notre droit, les théories inventées ingénieusement, achevaient de donner le change. Enfin, si l'on cherchait à étudier à part la question, on ne pouvait s'y reconnaître. Pour comprendre l'institution du hobous, il faut la pénétrer à fond ; sa base, une fois bien fixée, les conséquences en découlent et l'on a pu voir avec quelle logique elles s'y réfèrent imperturbablement.

Les légistes hanafites, appliquent jusqu'à l'absolu, cette logique, et montrent, une fois de plus, leur détachement à l'égard des bénéficiaires intermédiaires, en leur interdisant même de plaider pour les fruits du hobous, de les revendiquer s'ils en sont privés, de repousser une usurpation, un trouble qui les atteint directement.

« *Ils n'ont pas le droit, — disent ces docteurs, — de réclamer en justice contre l'usurpation du hobous à leur encontre. Il est évident, en effet, que, ne pouvant*

(1) Voir textes de jurisprudence (annexe VI).

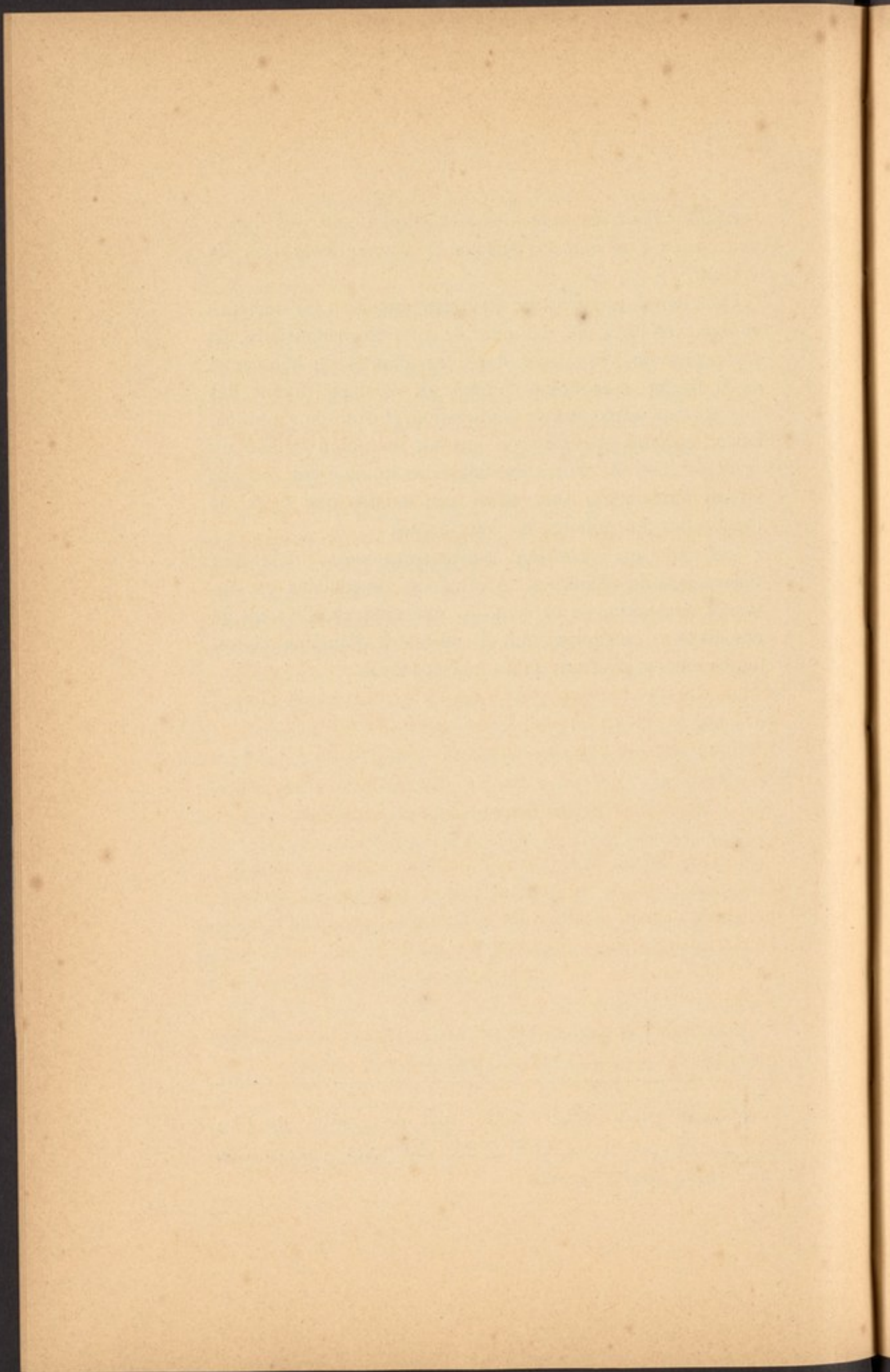
(2) Voir annexe n° VII.

« plaider pour le fonds, ils ne le peuvent pour les fruits,
« à moins d'un mandat spécial et d'une délégation du
« Cadi⁽¹⁾. »

Cet exemple montre avec quel soin persistant les docteurs se sont efforcés de délimiter le rôle du bénéficiaire, de l'empêcher de s'immiscer dans les affaires du hobous et de le traiter sans cesse comme un étranger, ayant des intérêts opposés à ceux de la fondation. Précautions inutiles, hélas ! comme il arrive trop souvent lorsqu'on défend un principe abstrait, contre les exigences immédiates, surtout si ses fondements sont aussi peu solides que ceux de l'institution du hobous, en l'état actuel.

Les faits qui précèdent permettront sans doute aux théoriciens de décider si le droit du bénéficiaire est un *jus in personam* ou *in rem*, ou une créance, s'il tient de ces diverses catégories, ou s'il ne relève d'aucune d'elles, toutes choses n'offrant qu'un intérêt relatif.

و لاد عوى و لو غصب منه الوفقى ظاهرة لا يملك دعوى العيين (1)
(Tanouir, مع ان دعوى الغلة كذلك لا بتولييه و اذن من المشايخ *
Dorr et Redd, Djama El Fouçouline).



CHAPITRE VIII

LÉGISLATION DÉFINITIVE DU HOBIOUS

Location des biens hobiousés

Baux ordinaires. — Baux à long terme

Le mode principal d'exploitation des biens frappés de hobious est la location, consentie et renouvelée en temps utile par le Nader. Ces baux sont soumis à des conditions particulières que nous allons examiner.

1° Limites de durée du bail normal

En principe, la durée du bail de l'immeuble hobiousé ne doit pas dépasser un an, de façon que son expiration concorde avec la distribution annuelle du produit net aux bénéficiaires. Cependant, si le fondateur a autorisé, dans sa charte, une durée de deux ans, on s'y conforme. (Redd el Mohtar.)

Cette règle s'applique surtout aux maisons et immeubles urbains. Quant aux terres, leur mode d'exploitation a bientôt fait reconnaître que la durée d'un an était insuffisante et les deux écoles ont admis les baux de deux ans, pour les immeubles ruraux. Les docteurs hanafites ont même concédé, par exception, trois ans, lorsque les terres

ne sont pas assez fertiles pour être cultivées chaque année, même si le fondateur n'a rien stipulé à cet égard (Tanouir, Dorr et Redd.)

Pour les maisons, le Cadi peut aussi autoriser le bail de deux ans, s'il en résulte pour le hobous un avantage certain, ou que la perception des loyers d'avance soit nécessaire pour effectuer des réparations urgentes (mêmes auteurs).

Ces dispositions sont absolues. Tout bail conclu pour une durée plus longue doit être annulé ou réduit à la période normale (Ibn Abidine). Dans ce cas, les locataires ont recours contre l'administrateur qui le leur a consenti, mais non contre le hobous.

Un certain nombre de légistes des deux écoles ont essayé de faire admettre des baux de plus longue durée, lorsque l'intérêt du hobous en profitait et à la condition d'obtenir l'autorisation du Cadi, mais ce cas relève de l'espèce qui sera traitée dans le paragraphe suivant ; le principe demeure donc intact.

La seule exception à la règle est celle édictée par Sidi Khelil, permettant de consentir, au profit de bénéficiaires futurs, des baux allant jusqu'à dix ans⁽¹⁾. Nous avons fait ressortir plus haut combien cette disposition est vague et peu justifiée.

2° Baux à long terme (Ana, Djeza, Enzel, Hekre, Mersad, etc.)

La conséquence des faits qui précèdent est l'interdiction en principe du bail à long terme ; dans la pratique, elle a subi diverses dérogations, les unes ratifiées par la législation, les autres en contradiction avec elle, mais tolérées en divers lieux.

(1) Sidi Khelil (trad. Seignette) p. 402, voir le chap. précédent.

En réalité, une seule dérogation est légale : c'est le cas où l'immeuble hobousé a cessé absolument de produire des fruits, soit que les constructions n'existent plus, par suite d'écroulement, d'incendie ou toute autre catastrophe, soit que les terres aient été envasées par des inondations, ou privées d'eau par la destruction des canaux d'amenée, ou détériorées pour une cause quelconque, que des travaux sont nécessaires afin de remettre le bien en état de productivité et que le hobous ne possède aucune ressource pour y pourvoir.

Dans ces conditions, le Cadi devrait annuler le hobous, puisqu'il ne donne plus de fruits ; avant d'en venir à cette extrémité, il peut, s'il trouve un locataire sérieux, lui consentir un bail à long terme de l'immeuble, à charge par lui de le remettre en état de productivité. Les bénéficiaires continueront à être privés de revenus pendant ce temps, mais, à l'expiration de la période, le hobous donnera, de nouveau, des fruits aux ayants droit ; il reprendra vie.

Toutes les écoles ont admis l'exception motivée par les causes sus-indiquées ; mais, pour éviter d'ouvrir une nouvelle porte à la fraude, les légistes ont entouré l'opération de garanties : après avoir bien constaté qu'il n'existe aucun autre moyen de remettre en état la substance du hobous, le Cadi doit déterminer la nature et le prix des travaux à faire, que le locataire prend l'engagement d'exécuter ; puis il fixe la valeur locative annuelle de l'immeuble et divise par elle le chiffre de la dépense. Le quotient donne le nombre des années du bail (Dorr et Redd).

Il peut aussi augmenter, plus ou moins, la durée et stipuler, qu'en outre, le locataire servira durant toute la période du bail une petite rente aux bénéficiaires. C'est un moyen d'empêcher l'interruption absolue de la vie du hobous. Le Nader veille à l'exécution stricte des engagements pris.

Ce contrat est désigné à Alger sous le nom de *Ana* et

à Constantine sous celui de *Djeza*. Le droit au bail, pour la durée stipulée, se transmet aux héritiers du locataire, avec ses charges.

Une autre forme de ce genre de baux est le *Marçâd* (ou *Irçâd*). Le locataire en possession se charge de faire effectuer les travaux déterminés et conserve la jouissance de l'immeuble, moyennant le même fermage, jusqu'à complet remboursement de ses avances.

En admettant cette sorte de contrats, les légistes pouvaient légitimement soutenir qu'ils s'étaient inspirés de l'intérêt de la fondation sans l'atteindre dans son principe; mais en matière de hobous, toute dérogation aux règles essentielles amène fatalement de nouveaux abus.

La législation tunisienne est d'abord restée dans les conditions légales à l'égard des baux à long terme. « *Lors-
« que le bénéficiaire d'un hobous, — dit M. le Président
« Berge⁽¹⁾, — s'est trouvé dans l'impossibilité d'en
« entretenir les constructions, on lui a permis de se
« substituer une autre personne⁽²⁾, qui, moyennant une
« redevance annuelle, en acquerrait la jouissance, en
« prenant les dépenses à sa charge..... Mais l'Enzel
« ne s'est pas maintenu dans ce cadre étroit; on y a
« trouvé un moyen commode de rendre à la circulation
« des biens frappés d'inaliénabilité, etc. »*

Ainsi s'est transformé le contrat qu'on appelle Enzel⁽³⁾, en Tunisie. Actuellement, c'est un bail à rente perpétuelle, une véritable aliénation, car le preneur devient maître de la chose, en dispose à son gré et la cède à un tiers avec obligation de servir la rente aux ayants droit. L'administrateur et le bénéficiaire n'ont plus rien à y voir et le

(1) Cité par Clavel, t. II, p. 184 et suiv.

(2) Inutile de faire remarquer que c'est au Cadi qu'il appartenait de lui substituer un tiers.

(3) Inzal انزال (substitution).

premier ne conserve d'action que pour le paiement de la rente.

En droit comme en fait, c'est la destruction du hobous ; comment des magistrats musulmans ont-ils pu ratifier une aussi flagrante illégalité et consacrer, en même temps, la spoliation de la nue-propriété et la réduction du bénéfice, sans gage certain ?

Nous nous garderons d'examiner les anomalies, les difficultés de toute sorte, les contradictions qui se produisent au sujet des Enzel. On s'en rendra compte en consultant l'ouvrage de M. Clavel⁽¹⁾.

En Egypte, toute une catégorie d'actes de même espèce ont été créés sous les noms de *Hekre*, *Kirdar*, *Idjartine*, *Holou el Intifa*, etc. Ce sont des baux à long terme ou perpétuels, ornés de complications ou de restrictions diverses.

Leur illégalité est aussi flagrante que celle de l'Enzel ; et comme nous ne pourrions que leur opposer les mêmes critiques, nous nous dispensons d'en parler en renvoyant à l'ouvrage de Clavel⁽²⁾.

3° Fixation du loyer. — Paiement

On a vu plus haut que l'administrateur doit s'attacher à maintenir les produits des biens hobousés tels qu'ils étaient à l'époque de la fondation.

Si le constituant a déterminé la quotité des loyers, on s'y conforme strictement. Mais il a pu dire qu'ils seront fixés au taux moyen courant des locations de même sorte, en interdisant la conclusion de baux à vil prix. Enfin, la charte est souvent muette sur ces détails.

Dans l'application, la jurisprudence est assez variable à

(1) *Le Wakf ou Habous*, t. II, p. 183 et suiv.

(2) *Le Wakf ou Habous*, t. II, p. 153 et suiv.

cet égard. Les anciens auteurs veulent que les loyers ne subissent aucune fluctuation et restent les mêmes qu'au point de départ (Tatarkhania, Kari el Hedaia, etc.). Cependant, il est admis que les loyers doivent toujours être égaux au cours moyen du moment. Si le bail a été conclu à un prix notoirement inférieur, il est nul de ce fait. Certains posent même en principe que l'administrateur doit exiger des locataires le paiement de la différence pour la période pendant laquelle ils ont joui du fonds (Ibn Abidine, etc.).

C'est l'application de la règle : « *Quiconque porte pré-judice au hobous, en est responsable⁽¹⁾* ».

L'augmentation de la valeur locative pour des causes diverses, pendant le cours d'un bail, peut, selon un grand nombre d'auteurs, autoriser la résiliation de la période restant à courir. Ibn Abidine professe que, dans ce cas, le Cadi doit faire connaître l'augmentation offerte au locataire en jouissance et l'inviter à l'accepter. S'il s'y soumet, il a la préférence à prix égal ; dans le cas contraire, le bail est résolu d'office et la location consentie au surenchérisseur. Mais, ajoute cet auteur, il faut bien s'assurer qu'en faisant cette offre on ne poursuit pas un but d'intérêt personnel ou de vexation ; s'il en était ainsi, et que les loyers fussent à un taux normal, on laisserait le locataire continuer sa jouissance, sans changement.

En principe, le locataire ne doit pas payer le loyer d'avance, au-delà de la période qui peut être en usage dans la localité. S'il le fait, sans l'autorisation spéciale du Cadi, il n'a de recours que contre l'administrateur personnellement.

Le versement du loyer n'est effectué légalement qu'entre les mains de l'administrateur ayant qualité pour le toucher. Si donc le locataire paie à un tiers, ou fait des avances à un bénéficiaire, c'est à ses risques et périls et il n'est pas

(1) يعنى با لضمان في غصب الوفى و غصب مذاجعه (1) (Tanouir el Abçar).

recevable s'il veut s'en prévaloir pour établir sa libération envers le hobous. Il en est de même à l'égard de toute compensation non autorisée par le Cadi (Ibn Abidine, Dorr, etc.).

4° Règles de la jouissance du locataire

Les restrictions imposées aux bénéficiaires qui ont pris à bail l'immeuble hobousé, s'appliquent au locataire étranger.

Il ne peut rien changer, ni modifier dans la substance du hobous, est responsable des dégradations qu'il y cause et n'a pas même le droit de faire les réparations urgentes, de son chef. Comme toujours, le Cadi doit être consulté, à défaut de quoi, les réparations sont acquises gratuitement au hobous ; le locataire s'expose en outre à être obligé de détruire les améliorations et embellissements qu'il a faits. Même pour planter des arbres, une autorisation est nécessaire (Redd el Mohtar).

La sous-location est interdite, de même que le changement de destination (Dorr el Mokhtar).

Pour la plupart des auteurs, la saisie des loyers entre les mains des locataires est nulle et sans effet, parce que le produit appartient au hobous et ne reviendra aux bénéficiaires qu'après règlement des dépenses privilégiées. C'est donc entre les mains du Nader que l'opposition des créanciers des dévolutaires est valable, *au moment de la distribution*.

On le voit, les règles s'appliquant à la location des biens hobousés s'écartent sensiblement de la législation ordinaire des baux. Ici, le bailleur échappe à la majeure partie de ses responsabilités ; le preneur n'a même pas de sécurité pour la durée du bail qui lui a été consenti, tandis qu'il est garant des fautes et des erreurs des autres et ne peut s'en prendre qu'à eux.

Cette exception est très rare en droit musulman, toujours jaloux de laisser à chacun la responsabilité qui lui incombe,

sans la faire retomber sur les tiers de bonne foi. Il est naturel que ceux qui participent à un titre quelconque aux bénéfices du hobous, subissent les règles propres de l'institution ; mais cela ne s'explique guère à l'égard d'étrangers.

Les légistes s'abritent derrière la règle : « *le hobous ne doit supporter aucune perte* » ; mais, cette logique absolue semble, encore une fois, la manifestation d'une sorte de rancune contre les conséquences anormales de l'institution.



CHAPITRE IX

LÉGISLATION DU HOBIOUS

Conditions de la vente des biens hobousés Echange et remploi

1° Inaliénabilité du hobous régulier

En principe, disons-le une fois de plus, les biens hobousés sont inaliénables.

Nous ne rappellerons pas les ordonnances de 1844 et 1858, autorisant ces ventes dans certaines conditions ; cela n'a rien de commun avec la législation musulmane.

On a vu aussi que le fondateur adoptant le système d'Abou Youssouf, pouvait aliéner la substance de son hobous, tant qu'il n'était pas validé par jugement et « enregistré ». C'est encore un cas spécial.

Enfin, nous avons exposé que le Cadi doit vendre les éléments d'un hobous détruit, au profit du fondateur ou de ses héritiers ; mais il constate au préalable qu'il n'existe plus.

En droit, comme en fait, le bien, tant qu'il reste frappé de hobous définitif, est absolument inaliénable ; la vente, faite par qui que ce soit, est incompatible avec lui, puisqu'elle le détruit irrévocablement. *Il ne peut donc être*

vendu comme bien hobousé, mais comme propriété ordinaire, par ceux auxquels il appartient à ce titre.

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point et l'on chercherait en vain dans les détails de l'application à quelle occasion et de quelle manière cette vente pourrait matériellement avoir lieu.

Quant aux baux à long terme et aux contrats de quasi-aliénation, tels que l'Enzel, l'Hekre, etc., nous avons démontré leur illégalité absolue et indiqué les conditions, précises et restreintes, dans lesquelles la location prolongée est licite.

C'est donc à tort qu'on a cru pendant si longtemps que l'inaliénabilité n'était pas absolue ; qu'on ne devait y voir qu'une sorte de fiction ; que, dans bien des cas, la vente était permise, etc., etc.

On a confondu le fait avec le droit. Le fait est incontestable ; il s'est produit sous toutes les formes, grâce à l'ingéniosité des fraudeurs et si l'on a eu le tort de ratifier leurs spoliations, même en Tunisie et en Egypte, elles n'ont acquis pour cela aucune légalité, car : « la vente du bien d'autrui est illicite ».

En réalité, l'aliénation du bien hobousé n'est permise qu'en vue de l'échange et du remploi, après que le Cadi a annulé le ouakf par jugement. Cette opération est entourée des précautions que nous allons passer en revue.

2° Echange en nature du bien hobousé

L'échange, en nature, du bien hobousé est absolument interdit, lorsqu'il est en état de productivité⁽¹⁾, même si l'on doit obtenir à sa place un immeuble meilleur.

Un certain nombre de docteurs admettent l'échange en nature, à la condition expresse que les revenus du bien

(1) لايجوز استبدال العامر * (Enfa el Ouçail).

hobousé soient en diminution] permanente et qu'on ne possède pas les moyens d'y remédier. Ils citent comme exemple la stérilité causée par la disparition des eaux d'irrigation, la transformation en marais, par suite d'inondations, etc. Ibn Abidine semble accepter cette opinion ; mais la plupart des légistes y sont radicalement opposés.

Cette substitution d'un immeuble à celui que le fondateur a affecté au hobous est considérée par la législation comme très grave. Elle viole le principe essentiel du maintien de la fondation telle qu'elle a été constituée et facilite toutes les fraudes. Aussi beaucoup de légistes préfèrent-ils qu'on en prononce simplement l'abolition.

Quant à ceux qui autorisent l'échange en nature⁽¹⁾, ils exigent la plupart des conditions indiquées dans le paragraphe suivant : constatation de la nécessité de la mesure ; vérification de la propriété offerte en échange, qui doit être de même nature, peu éloignée et de valeur au moins égale ; jugement annulant le hobous qui frappait le bien précédemment affecté et lui rendant la qualité de propriété ordinaire et rédaction d'un acte de remploi qui reporte, sur la propriété reçue en échange, le hobous du précédent, avec toutes ses conditions.

3° L'échange au moyen de la vente de la substance, avec affectation du prix à un achat à titre de remploi.

Cette question est une des plus sérieuses de la législation du hobous ; aussi a-t-elle été longuement discutée par les docteurs des diverses écoles.

L'Imam Mohammed, dans le *Sir el Kebir*, s'exprime comme suit : « *Le droit d'échanger la substance du « hobous est nul (illégal) et ne repose que sur une*

(1) و جاز شرط الاستبدال به ارضا اخرى * (1) (Ecole d'Abou Youssef).

« *tradition rapportée d'Abou Youssef*⁽¹⁾ ». Le Kadi Khan, Dahir ed Dine er Ramli, dans ses *Faouaïd*, l'Imam Sekhchici et bien d'autres sont de cet avis. « *L'échange du hobous n'est valable, dit Dahir ed Dine, que si l'acte de hobous n'était pas engistré*⁽²⁾ ».

L'école d'Abou Youssef autorise, en effet, le constituant à stipuler dans sa charte qu'il aura le droit, tant qu'il vivra, de vendre la substance du hobous et de la remplacer par un autre immeuble qui se trouvera régi par la même constitution; il peut aussi attribuer cette prérogative à son exécuteur testamentaire, dans les conditions indiquées plus loin. Mais, si la mention expresse n'est pas insérée dans l'acte du hobous, ou qu'il soit validé, l'échange est interdit.

Cette facilité, accordée par le second Imam, a introduit dans l'institution du hobous une nouvelle cause de trouble, une atteinte de plus aux principes. Les bons légistes n'ont cessé de protester contre les abus qui en sont résultés : « *Sous le manteau de l'échange, — dit l'auteur du Redd (Ibn Abidine), — les désordres les plus scandaleux se sont produits dans le but de dépouiller les Musulmans des revenus qui leur étaient attribués, car les Cadis du Paradis*⁽³⁾, *sont aussi rares que le soufre rouge.....*

« *Certes, le Cadi de la Djemaa est, en général, au-dessus de tout soupçon; mais il faut qu'il garde les fonds au moins pendant quelques jours (avant de les employer), ou qu'il les dépose; il peut mourir, être révoqué et la somme court le risque de disparaître.* »

L'auteur d'*El Açaaf* s'écrie, de son côté : « *Combien n'avons-nous pas vu de détournements de fonds pro-*

(1) استبدال الوفي باطل لا رواية عن ابي يوسف *

(2) استبدال الوفي يجوز ما لم يكن مسجلا *

(3) فاضي اكننه. Nous reviendrons plus loin sur cette expression.

« venant de prix des hobous, effectués par ceux qui
« en avaient la garde, sans que l'autorité publique
« intervienne ! »

Aussi, les légistes ont-ils soin de rappeler que, pour mettre un frein à ces abus, de nombreuses prescriptions ont été édictées par les princes et, qu'en 951 (1544), un décret souverain a défendu absolument, dans tout l'empire, l'échange de biens frappés de ouakfs ; pour les cas exceptionnels, la question devait être soumise au Sultan qui se réservait le droit de l'autoriser, en appliquant à chaque espèce les purs principes du droit⁽¹⁾.

Enfin, certains auteurs ne permettent nullement la vente du bien hobousé improductif ou non. Ils interdisent de même l'échange de sa substance⁽²⁾.

4° L'échange et le emploi prévus par le fondateur

On a vu que l'acte de hobous, constitué selon les règles d'Abou Youssof, peut contenir en faveur du fondateur et de son Ouaci le droit de vente à charge de emploi.

Les docteurs hanafites le constatent et le définissent en ces termes : « *Le fondateur peut donc (selon Abou*
« *Youssof), stipuler légalement qu'il aura le droit*
« *d'échanger, sans interruption, la terre hobousée pour*
« *une autre, ou de la vendre pour acheter, au moyen*
« *de son prix, une autre terre, s'il le veut. Dans le cas*
« *où il effectuera cette opération, le second immeuble*
« *serait régi (par le hobous), comme le premier, et aux*
« *mêmes conditions, même s'il ne les rappelait pas (dans*
« *l'acte de emploi).* »

انه في سنة ٩٥١ ورد الامر الشريف بمنع استبدالهم وامران بصير (1)
* (Abou Saoud) باذن السلطان قبا لترويج صدر الشريعة *

ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوفي تعطل ولم يتعطل وكذا (2)
* (El Mouhite) لم يجوز الاستبدال بالوفي * voir annexe n° VII.

« Mais il ne pourra renouveler l'opération au moyen
« d'un troisième immeuble, car ce droit a résulté, la
« première fois, de l'exécution de la clause prévue et
« il n'en existe pas une seconde pour la renouveler⁽¹⁾. »

Dans ces conditions, le fondateur ou son exécuteur testamentaire procède à la vente et à l'achat en remploi ; mais il faut que la clause soit exprimée clairement dans l'acte et il ne peut le faire qu'une seule fois.

Si la condition n'a pas été mentionnée dans la charte, le hobous est annulé par le fait de la vente et l'immeuble acheté au moyen du prix, ne se trouve nullement hobousé à sa place. Tel est l'avis de l'Imam Mohammed⁽²⁾.

5° Règles légales de la vente et du remploi

Lorsque des raisons de force majeure imposent l'obligation de l'échange de la substance du hobous, il peut légalement être effectué dans les conditions qui vont être exposées :

1° Un Cadi au-dessus de tout soupçon, instruit et dont les décisions font foi, a seul qualité pour apprécier le cas et effectuer l'opération, même si le bénéfice du hobous est dévolu aux pauvres, en l'absence d'une clause spéciale de l'acte⁽³⁾.

Ce magistrat d'espèce rare est appelé par les auteurs

وجاز شرط الاستبدال به ارضا اخرى حينئذ او شرط بيعه و يشتري به (1)
ارضا اخرى اذا شاء فاذا جعل صارت الثانية كالاولى في شرا بظها وان لم
يذكرها * ثم لا يستبدلها بثالثة لانه حكم ثبت بالشرط وجد في الاول
* لا الثانية (Tanouir et Dorr).

ان لم يشترط استبدالها بشين ما يكون وفيها مكانه فاللامم محمد (2)
* الوفي باطل (El Monteka).

واما الاستبدال ولو للمساكين فال بدون الشروط فلا يملكه الا (3)
* القاضي (Tanouir et Dorr).

Cadi du Paradis (Djenna), opposé au mauvais juge stigmatisé par l'épithète de *Cadi des Démons* (Djinna). (Behar, Nahr, etc.) ;

2° Son premier soin consiste à vérifier la situation, de façon à reconnaître s'il n'existe aucun autre moyen d'y remédier. En dehors de certains cas de force majeure que nous examinerons, il faut que l'immeuble hobousé soit devenu absolument improductif⁽¹⁾ ;

3° Si l'on propose de l'échanger pour un autre immeuble, celui-ci doit être situé, autant que possible, à proximité du précédent, de même nature et de valeur sensiblement égale ou supérieure.

Le Cadi s'en assure avec soin ; au besoin, il charge des experts honorables et capables de visiter les deux immeubles et d'en faire une estimation précise et exacte ;

4° Si l'échange ne peut avoir lieu en nature, le Cadi rend un jugement motivé annulant le séquestre et ordonnant la vente du bien hobousé à charge de emploi.

Il procède ensuite à la vente en prenant toutes les mesures afin d'éviter les tromperies auxquelles elle pourrait donner lieu, touche le prix, le conserve chez lui ou le dépose en mains sûres ;

5° S'il n'a pas déjà préparé son acquisition, il fait toutes diligences pour acheter un immeuble convenable et de même nature, examiné et évalué par les experts, et réalise cette acquisition dans les formes légales ;

6° Mais si, malgré tous ses efforts, il ne peut conclure cette opération dans le plus bref délai possible, — car le hobous, étant aboli, sa restauration doit être immédiate, — soit qu'on lui demande des prix trop élevés, ou que les propriétés ne remplissent pas les conditions désirables, ou qu'il dispose d'une somme trop faible, l'interruption ne peut se prolonger.

(1) خروج من الانتجاع كاملاً * (1).

En conséquence, la destruction du hobous devient irrévocable et il ne reste au Cadi qu'à restituer le prix de vente au fondateur ou à ses héritiers. S'il n'a employé qu'une partie de la somme en acquisition à titre de remploi, il leur remet la différence ;

7° Si l'achat est effectué, il dresse un acte relatant les faits, les précautions prises dans la double opération de vente et d'achat, et établissant que l'immeuble acquis se trouve hobousé à la place de celui qui a été aliéné, et aux conditions strictes de la fondation⁽¹⁾.

Telle est la procédure, réglant les détails de l'opération, elle est conforme aux principes de la législation spéciale du hobous. Résumons-la :

L'échange, étant une exception, ne peut être autorisé que pour des motifs de force majeure.

Le Cadi, à la condition qu'il soit au-dessus de tout soupçon, statue sur le cas et agit dans les formes sus-indiquées, en préférant l'échange en nature, si possible.

Le bien hobousé ne peut être vendu qu'après avoir été délivré du séquestre qui le frappe, sinon, il ne serait pas aliénable.

La vente se fait au compte du fondateur. Le prix lui appartient, et si l'on ne trouve pas, dans un temps très court, à acheter un immeuble convenable, le hobous aboli ne peut demeurer en suspens ; le prix est restitué au nu-propriétaire ou à ses héritiers⁽²⁾.

Enfin, un acte est nécessaire pour constater la substitution du nouvel immeuble à l'ancien et le rétablissement intégral de la fondation, car le remploi ne se présume pas plus que le hobous lui-même. Sans cette formalité, l'acquisition appartiendrait en pleine propriété aux ayants droit du fondateur (Dorr, Redd, etc.).

(1) Tanouir, Dorr, Redd et tous les bons autenrs hanafites.

(2) Sir el Kebir, Mouhite, Mouteka, Dorr, Redd, etc. (v. annexe n° VII).

Ainsi le remploi ne s'effectue pas *ipso facto* comme on le croit trop souvent d'après un passage de la doctrine d'Abou Youssouf, n'ayant pas la portée qu'on lui a donnée. Sa constatation est aussi essentielle que celle du hobous qu'il continue, car elle justifie l'emploi normal du prix de l'immeuble primitif et l'application des conditions de la charte, fixe le point de départ de l'usufruit et empêche qu'un autre immeuble lui soit substitué. Si le remploi était implicite comment le saurait-on plus tard? Comment distinguerait-on l'immeuble affecté d'autres achetés vers la même époque à titre melk? Il faut ne pas comprendre l'institution du hobous pour juger cela possible et c'est à bon droit que les auteurs décident que le remploi est nul s'il n'est pas constaté officiellement.

Combien d'erreurs judiciaires auraient été évitées, dans les espèces relatives à l'échange, si ces principes avaient été connus.

6° Causes de force majeure nécessitant l'achat en remploi. — Le partage

La législation musulmane ne prévoit pas l'expropriation pour cause d'utilité publique, telle que nous l'entendons et c'est à tort que nos spécialistes emploient ce terme dans leurs traductions. Les nouveaux codes égyptiens et tunisiens ont inséré cette espèce dans leur loi : nouveauté adaptée vaille que vaille aux règles du vieux droit.

Mais, si le cas n'est pas réglementé, certains faits peuvent s'y rattacher, en raison de leurs conséquences.

Toutes les écoles admettent, notamment, que si un bien hobousé est nécessaire pour augmenter une mosquée contigüe, on ne peut exciper du hobous pour le conserver.

De même, un ordre du prince, décidant la prise de possession d'un immeuble de cette nature, est exécutoire sans conteste.

Dans l'un et l'autre cas une indemnité est affectée à la fondation et le Cadi s'en sert pour acheter un immeuble sur lequel se reporte le hobous, à titre de remploi⁽¹⁾.

La nécessité de l'achat d'un autre immeuble peut encore résulter de la spoliation dont le bien hobousé a été victime ; si la restitution en nature est impossible, l'indemnité représentative obtenue sert à l'acquisition du nouvel immeuble destiné à faire revivre le hobous⁽²⁾. Mais les docteurs ne sont pas unanimes sur ce point, notamment, lorsque l'interruption s'est prolongée, entraînant la destruction irrévocable.

Certains légistes sont d'avis que l'aliénation d'un immeuble contenant une part indivise grevée de hobous, a pour conséquence l'obligation de vendre cette part avec le reste. Cela est contestable, d'abord, parce qu'en principe la part indivise ne devrait pas être hobousée, — dans la pratique il est vrai, on ne tient guère compte de cette défense, — ensuite, parce qu'on pourrait peut-être la retirer de l'indivision au moyen d'un partage.

Mais, en principe également, le partage est incompatible avec le hobous, puisque la matière doit en être divisée et libre. Cependant, puisqu'on a admis dans le ouakf des parts indivises, il a bien fallu prendre des mesures en vue du retrait de l'indivision. C'est ainsi qu'une première dérogation en entraîne d'autres à l'infini, et voilà pourquoi les solutions sont controversées.

Les docteurs hanafites, en général, décident que, si le partage a pu être effectué en nature, le lot attribué au fondateur demeure grevé du hobous, même s'il a subi une augmentation ou une diminution. (Abou Yousof.)

الاتوسيع كسجد و اوجبرا وامروا بجعل الثمن لغيره * (1)
(Sidi Khelil, ch. du hobous).

اذا صار الوقي بحال لا ينتفع به بللفاضي (2) Djama el-Façouline et Dorr
(El Mouteka). أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك اللفاضي

Mais la part attribuée au hobous doit, autant que possible, être constituée en nature ; cependant on peut la compléter par une soulte en espèces. En aucun cas la soulte n'est mise à la charge du hobous (Ibn Abidine, Trabelsi).

La soulte versée à la fondation appartient au constituant ou à ses héritiers et doit leur être délivrée sans retard.

Mais, si le prix total de la part hobousée est versé en espèces, on l'emploie aussitôt à l'achat d'un autre immeuble, à titre de substitution. Un nouvel acte est nécessaire pour constater le remploi (Redd el Mohtar).

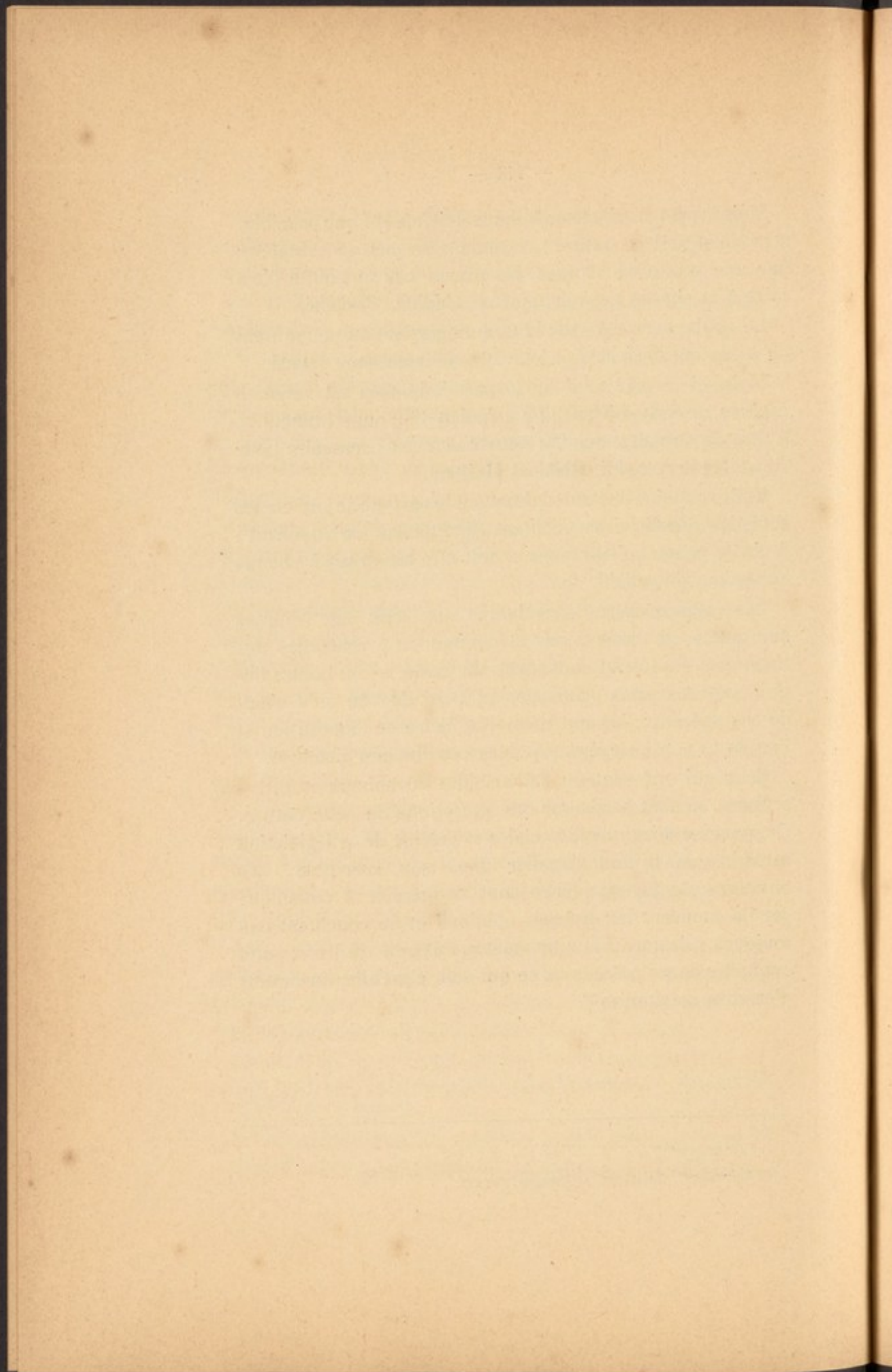
Enfin, certains docteurs admettent le partage de jouissance entre les bénéficiaires profitant directement de l'usufruit ; il n'a de valeur qu'entre eux et doit être renouvelé à chaque accession nouvelle⁽¹⁾.

Les jurisconsultes musulmans ont écrit des volumes sur toutes ces exceptions ; et comme on y rencontre des théories, — souvent contestées du reste, — en contradiction avec les vrais principes, on perd de vue qu'il s'agit de cas spéciaux, sortant même du cadre de l'institution et l'on en tire, trop légèrement, des conclusions absolues.

Ceux qui ont soutenu l'aliénabilité du hobous et autres erreurs, se sont basés sur des exceptions de cette nature. Or, pour se faire une idée claire et précise de la législation musulmane, il faut l'étudier dans son ensemble. Les ouvrages de jurisprudence sont dangereux à consulter, car ils énoncent les diverses opinions et ne concluent pas toujours. S'appuyer sur un passage extrait du livre, sans connaître ce qui précède ou ce qui suit, c'est aller au-devant d'erreurs inévitables⁽²⁾.

(1) Voir annexe n° 1.

(2) Voir Clavel, *Le Wakf ou Habous*, passim.



CHAPITRE X

LÉGISLATION DU HOBIOUS

Preuves, contestations, revendications, annulation du hobious

1^o Preuves du hobious

L'existence du hobious grevant un bien ne se présume pas ; si elle est contestée, la preuve doit en être faite (Dorr el Mokhtar, Redd, etc.).

La preuve la plus décisive est la production de l'acte constitutif, dûment transcrit sur les registres du Cadi.

Il est vrai qu'Abou Youssof, Sidi Khelil⁽¹⁾ et autres enseignent que la simple déclaration du fondateur suffit pour que le hobious ait une existence réelle ; mais cela ne dispense pas de faire ensuite dresser l'acte. Etant donné que les dispositions diverses et compliquées édictées par le constituant feront à perpétuité la loi du hobious, il est indispensable qu'elles soient authentiquement rédigées. Quant à Abou Youssof, nous avons vu qu'il ne considère le hobious fondé par « simple parole » que comme provisoire, temporaire, et qu'il impose, pour qu'il devienne définitif et obligatoire, la nécessité de le faire valider par jugement.

(1) بحسبست و اوفقت او تصدفت (Sidi Khelil, ch. du hobious).

En résumé, la simple déclaration du fondateur établit le fait du hobous, à son encontre d'une façon abstraite ; mais elle ne peut suffire à assurer l'existence de la fondation, puisque les conditions demeureront incomplètes, ignorées et que, par suite, il sera inexécutable et frappé de nullité. La rédaction de l'acte s'impose ; il faut ne pas connaître l'esprit de la législation musulmane pour retenir quelques boutades à cet égard prises dans les ouvrages de jurisprudence.

Nous avons ici un nouvel exemple de l'inconvénient qu'il y a d'extraire un passage d'un livre et d'en tirer des conséquences. Parce que Khelil a dit : « La constitution « résulte de la déclaration : « je constitue hobous », s'ensuit-il que l'acte ne doit pas être dressé ? L'école malekite, tout entière, et Khelil lui-même, démontrent le contraire.

Enfin, le système le plus large, celui d'Abou Youssouf, impose l'obligation « d'enregistrer » le hobous ; il faut donc qu'il soit rédigé en un acte.

Cependant, à défaut de titre, la preuve testimoniale peut être admise dans certaines conditions dont il est nécessaire de se rendre compte.

Cette faculté s'applique particulièrement aux hobous anciens, dont l'origine se perd dans le passé, bien que le souvenir s'en soit conservé. Dans ce cas, la preuve par témoins ou par commune renommée est admise, surtout si la catégorie des bénéficiaires intermédiaires est éteinte, et que les fruits soient définitivement dévolus aux pauvres ou à une œuvre pie (Djama el Fouçouline, Redd el Mohtar, etc.).

Mais, dans cette espèce, le témoignage n'est pas recevable pour établir les conditions particulières du hobous (Tanouir, Dorr, etc.)

Il s'agit ici de la preuve faite, non à la requête des héritiers du fondateur ou à celle des bénéficiaires, — question qui sera traitée plus loin, — mais à défaut d'une

revendication proprement dite. Le Cadi peut la recevoir d'office, parce qu'il s'agit des bénéficiaires de fruits donnés à titre d'œuvre pie⁽¹⁾. Devant son imperfection, il est tenu de respecter les droits des tiers. C'est pourquoi il se borne à rendre une sentence par laquelle il constate l'existence du hobous, sans le déclarer obligatoire, ni statuer sur ses conditions particulières et encore moins sur la détermination des bénéficiaires présents ou définitifs. Puis, il décide que les fruits seront, par provision, distribués aux pauvres, jusqu'à ce que les ayants droit se soient fait connaître (Dorr et Redd.)

Cette solution provisoire est très régulière et doit être appliquée aux cas de cette nature.

2° Revendication du hobous par les héritiers du fondateur ou par les bénéficiaires

Les règles à appliquer aux revendications du hobous, sont toutes différentes, selon qu'elles émanent du fondateur et de ses ayants droit, ou des bénéficiaires. Si donc on relève des contradictions dans la législation, c'est qu'on ne distingue pas lequel des deux cas est en cause.

Le hobous en lui-même étant intangible et inaliénable, celui qui en détient la substance ne peut exciper de la longueur de la période pendant laquelle il en a joui, puisque l'origine de sa possession ne peut être qu'illégale et que le hobous ne doit pas supporter de préjudice.

C'est pourquoi, en principe, le hobous n'est atteint, ni par la prescription, ni par la péremption⁽²⁾.

Le bien qui en est frappé peut toujours être revendiqué par le fondateur ou ses héritiers, à la condition de prouver

تشبيل الشهادة بدون الدعوى لان حكمه التصديق بالغلة * (1)
(Tanouir et Dorr).

(2) Voir annexe n° 1.

l'origine du hobous et d'établir que son existence n'a pas été régulièrement abolie.

Mais, si le fondateur ou ses héritiers revendique sa substance comme nu-proprétaire, reconnaissant que le hobous est aboli de fait et de droit, la péremption peut lui être opposée, s'il est établi qu'il n'a pas été mis dans l'impossibilité de produire sa réclamation, par des motifs de force majeure⁽¹⁾. Quant à la durée nécessaire pour acquérir ce droit au possesseur, elle varie entre 30 et 40 ans. Les légistes hanafites admettent en général 33 ans⁽²⁾.

La revendication au nom du fondateur et de ses héritiers, dans le but de remettre en vigueur le hobous usurpé, doit s'appuyer sur des titres précis et certains, car il s'agit de déterminer les conditions exactes de la fondation. La déposition de témoins serait insuffisante, aussi Ibn Abidine déclare-t-il sans réserve : « *La preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir qu'un immeuble est frappé de hobous* ».

Ce principe est encore plus absolu, lorsque le revendiquant prétend que le bénéfice lui en est attribué. « *Si le demandeur prouve par témoins que le hobous frappant l'immeuble était constitué à son profit, cette preuve est nulle et sans valeur (El Açaaf)* ».

Mais la preuve testimoniale est valable pour établir que le bien, avant d'être hobousé, appartenait régulièrement au revendiquant. Dans ce cas, si les témoins ne sont pas récusés, le Cadi peut décider que l'immeuble sera restitué en pleine propriété au revendiquant, le hobous étant détruit.

Examinons maintenant la revendication du bénéficiaire prétendant qu'un immeuble détenu par un tiers se trouve régi par une constitution hobous à son profit.

(1) Les excuses dans ce cas sont : l'absence, l'état de minorité, l'empêchement du fait du prince, la perte des titres, etc.

(2) El Mabsout, Abd Allah Efendi, Ibn Abidine, etc.

En principe, cette revendication n'est pas recevable, puisque, ainsi que nous l'avons vu, le bénéficiaire n'a pas qualité pour plaider sur le fonds, ni même pour réclamer les fruits. La plupart des docteurs l'écartent purement et simplement, laissant au Cadi le soin d'agir au nom du hobous.

Mais, dans la pratique, la rigueur de cette interdiction n'est pas appliquée. Pour qu'elle le fût, il faudrait d'abord que les Cadis prissent plus de soin des intérêts des hobous. Nombreuses sont les instances en revendication par les bénéficiaires spoliés. En réclamant leurs droits, ils se trouvent amenés à prouver l'existence du hobous et l'on n'admet guère pour cela que la production de titres sérieux établissant la fondation.

Cependant, on a vu des tribunaux accepter comme preuves des actes de notoriété ou des titres sans authenticité. Les faits qui précèdent démontrent combien on doit être difficile à cet égard, en s'appuyant sur les règles de la législation musulmane.

Certains docteurs, tout en admettant la revendication du bénéficiaire pour les fruits dont il a été spolié, professent, qu'après quinze ans de silence injustifié, son action n'est plus recevable. Cette opinion est contestée et nous ne voyons pas clairement pourquoi ce chiffre a été choisi plutôt qu'un autre.

Quant au bénéficiaire indûment appelé ou ayant reçu plus que sa part, il demeure toujours exposé à l'action en restitution de ceux qui ont été privés de leurs droits légitimes. Cependant, d'après certains auteurs, s'il peut établir sa bonne foi et qu'il ne cherche pas à s'opposer à la revendication légitime, on peut en tenir compte dans une certaine mesure. Sinon, il prend à son compte l'usurpation et doit être traité en conséquence⁽¹⁾.

(1) Voir l'application annexe n° 1.

3° Contestations en matière de hobous Dispositions contradictoires de l'acte

Les contestations en matière de hobous, entre ceux qui en ont le bénéfice ou qui le revendiquent, doivent, en général, être réglées par l'interprétation normale du texte de la charte constitutive.

Mais, nous l'avons déjà dit, ce texte peut être ambigu et contenir des dispositions absolument contradictoires. Si les clauses ambiguës ont déjà été résolues et appliquées d'une façon et qu'il n'en résulte pas de lésion réelle, on doit continuer ainsi. Sinon, la difficulté se résout dans le sens qui se rapproche le plus des intentions du fondateur, en s'inspirant des usages locaux pour les cas analogues (Ibn Abidine).

Pour ce qui est des stipulations contradictoires, le juge cherche d'abord si elles peuvent être appliquées isolément, « sinon, dit l'auteur du Reed, *on adopte la dernière qui est considérée, chez nous, comme modifiant la première* ». Cette solution est ratifiée par l'unanimité des docteurs (Dorr el Mokhtar, El Ichbah, El Khazrouin, El Khassaf, etc., etc.).

Cela est relativement facile, dans certains cas. Si par exemple, le texte porte que le fondateur a constitué le hobous « au profit de tous ses enfants des deux sexes » et qu'ensuite, voulant préciser, il dise : « les filles ne participeront pas au bénéfice », on doit supposer que c'est par inadvertance qu'on a écrit d'abord « des deux sexes » et qu'il avait bien l'intention d'exclure les filles.

Mais les contradictions peuvent être beaucoup plus difficiles à régler par le procédé brutal et mécanique des légistes; combien de fois la préférence donnée à la dernière phrase aboutirait-elle à des résultats inacceptables !

Dans ces conditions, le juge n'a pas d'autre ressource que d'annuler le hobous et d'en restituer la substance au fondateur ou à ses héritiers.

Cette ultima ratio est le véritable régulateur des hobous de fantaisie. La loi musulmane est trop respectueuse de la logique et de la justice pour sacrifier ces principes, en s'efforçant de maintenir des fondations manquant de légalité intrinsèque.

La contestation peut émaner aussi des héritiers du fondateur réclamant la substance du hobous, en alléguant qu'il est devenu caduc, ou parce qu'il contient un vice ou une illégalité qui n'avait pas été relevé jusqu'alors. Ils plaident contre la fondation, et le Cadi doit examiner d'abord si leurs objections sont sérieuses et réelles, auquel cas, il rend un jugement motivé annulant le hobous. Dans le cas contraire, il fait défendre sa cause par un délégué, Nader ou bénéficiaire, auquel il donne mandat à cet effet. Puis il statue et, en réalité, il est juge et partie dans l'affaire.

Nombreux sont les points sur lesquels la légalité de tout hobous peut être contestée. Il appartient au Cadi d'apprécier la valeur des critiques soulevées, selon ses lumières et son équité.

On a pu voir, par ce qui précède, que la jurisprudence est beaucoup moins variable qu'on ne l'a cru. Les solutions diffèrent dans bien des cas, mais il faut se rendre compte des motifs. Si le hobous n'est pas suffisamment prouvé, ou est demeuré imparfait, la décision est, en quelque sorte provisoire. Si la demande tend à le faire revivre, ou au contraire, à consacrer sa destruction et qu'elle émane, soit des ayants droit du fondateur, soit de prétendus bénéficiaires, la sentence doit s'appuyer sur des principes d'ordre différent. Mais, lors que l'acte est régulier et les faits précis, la législation est toujours fixe.

4^o Le hobous devenu caduc par destruction de sa substance ou de son but

Deux causes principales peuvent rendre le hobous caduc,

ipso facto. Nous en avons parlé en plusieurs endroits, mais il faut y revenir ici.

La première est la destruction de sa substance, soit qu'il s'agisse d'un immeuble urbain, écroulé ou incendié, soit d'une terre devenue improductive. L'auteur d'El Madmarate, dit au chapitre de l'Ouakf : « *L'immeuble affecté au*
« *hobous s'est écroulé et l'on ne possède comme revenus*
« *aucune ressource pour le réédifier ; les matériaux*
« *sont alors rendus au fondateur ou à ses héritiers*⁽¹⁾ ».

L'Imam Abd el Kader Efendi, dans ses Fetaoua, s'exprime dans le même sens à l'égard d'une boutique grevée de hobous, brûlée dans un incendie avec tout le souk et qui ne peut être reconstruite. Il ajoute : « *Il en est ainsi*
« *pour un Ribat (couvent), (ou toute autre construction)*
« *détruit par le feu : ce qui en reste reprend la qualité*
« *de bien héréditaire, le hobous qui le régissait étant*
« *caduc et détruit* ⁽²⁾. »

La seconde cause est la destruction de l'institution au profit de laquelle le hobous était constitué, même si le bénéfice est encore en la jouissance des bénéficiaires intermédiaires. Il s'agit ici des écoles, hôtelleries, ponts, bassins, conduites d'eau, etc. ; la fondation n'ayant plus de but est frappée de caducité absolue.

« *Il en est de même, dit l'auteur d'El Medamarate,*
« *d'un bassin (ou réservoir d'eau affecté à l'usage d'une*
« *bourgade ou d'un campement). Si l'on ne peut le re-*
« *mettre en état et que les gens de la bourgade ou du*
« *campement, ont renoncé à s'en servir, le hobous est*
« *frappé de caducité et sa matière revient au fondateur*
« *(ou à ses héritiers) en toute propriété. »*

C'est l'application des principes développés ci-dessus ; mais ici la caducité existe ipso facto ; il n'est pas néces-

انهدم الوفي وليس له من الغلطة ما يعاد بناوه دبع النقص الى (1)
الوافي اورثته *

(2) Voir annexe n° VIII.

saire qu'elle soit opposée par les ayants droit. Le Cadi, doit la constater d'office et les intéressés, héritiers ou bénéficiaires ne seraient pas recevables à en demander le maintien.

5° Motifs spéciaux pouvant entraîner l'annulation du hobous contesté

En dehors des infractions aux règles absolues exigées pour la légalité du hobous, bien des motifs peuvent être présentés par ceux qui la contestent. La plupart portent sur des questions de détail tranchées d'une manière diverse par la jurisprudence ; d'autres peuvent avoir une valeur réelle, ce qui oblige le juge à ne pas les écarter de plano ; ou à en tenir compte.

Citons quelques exemples :

Le hobous constitué par les princes et les gouverneurs, pendant l'exercice de leurs fonctions, et dans le pays soumis à leur autorité, sont nuls, surtout si l'acquisition de l'immeuble n'a pas été authentiquement effectuée par eux, au moyen de leur fortune personnelle antérieure. Les biens ainsi frappés du ouakf sont préjugés appartenir à l'Etat, ou provenir de séquestres, spoliations et autres actes arbitraires. Dès que leur commandement cesse, le hobous devient caduc ipso facto, et l'agent du Beït-el-Mal prend possession des biens pour l'Etat (Abou Saoud).

Ibn Abidine et beaucoup d'autres auteurs vont plus loin : même si le personnage en question a acheté et payé les propriétés qu'il frappe de hobous, sa fondation est sans valeur légale, pour les motifs suivants :

1° Il est suspect d'avoir exercé une pression sur ses sujets pour les forcer à lui consentir la vente des immeubles à des prix arbitraires ;

2° Les sommes versées en paiement sont préjugées provenir de détournements sur les fonds de l'Etat dont il avait la disposition comme fonctionnaire ;

3° Les hobous n'ont en général d'autre but que de soustraire sa fortune aux légitimes restitutions que l'Etat pourrait exiger, après sa mort ou sa destitution ;

4° Enfin, cette précaution, inspirée par l'intérêt personnel, enlève à la fondation son caractère essentiel d'œuvre pie.

Les raisons qui précèdent ne sont pas sans valeur morale et légale. Elles concordent avec les principes du hobous. On ne doit pas hésiter à les appliquer chaque fois qu'il est démontré que le but pieux est un simple prétexte.

Le hobous, contesté pour ce motif par les héritiers du fondateur, doit être cassé. Mais il est naturel que le Cadi ne soulève pas, d'office, cette cause de nullité.

La légalité des hobous portant sur des terres concédées par le prince est également contestée par les bons docteurs⁽¹⁾, et cela, outre les raisons précédentes, par ce que les terres de culture ne peuvent faire l'objet de concessions⁽²⁾, et que celles-ci ne sont valables que si elles portent sur des terres mortes des régions soumises au régime spécial de l'“Anoua”. On sait, en effet, que les pays incorporés au domaine de l'empire islamique sont divisés en deux grandes catégories : celle dite de *Solah*, dont les habitants se sont soumis par traité à la domination arabe, et ont, de ce fait, conservé l'intégralité de leurs biens, et celle d'*Anoua*, dont le territoire a été conquis par les armes, sans que les vaincus eussent voulu se soumettre, ni devenir sujets du Chef des Croyants⁽³⁾. Les princes n'ont le droit de concéder que les terrains incultes et sans maître (*terres mortes*) de l'Anoua.

Or, les hobous ne portent que sur des terres de production ; si donc le fondateur les possède en vertu d'une con-

(1) Dorr el Mokhtar, Nehar, etc.

(2) Sidi Khelil (ch. de la guerre sainte) et ses commentateurs.

(3) Nous avons exposé ce système selon l'école de Malek, dans le *Journal asiatique* (août 1894) sous le titre : *La propriété en Maghreb*.

cession du prince, sa charte constitutive est nulle, puisque la première condition exigée est une origine de propriété régulière.

Il serait facile de citer d'autres exemples de faits secondaires pouvant vicier plus ou moins le hobous ; mais cela nous entraînerait bien loin.

6° Préjudice porté au hobous. — Responsabilité

Toutes les écoles proclament que : « *quiconque porte préjudice au hobous en est responsable.* » ⁽¹⁾

L'usurpation de l'immeuble hobousé est le plus complet. Non seulement son auteur doit être condamné à la restitution immédiate, mais encore à payer, entre les mains de l'administrateur, le loyer de toute la période pendant laquelle il a joui indûment. S'il l'a modifié, il remet les lieux dans l'état primitif, démolit ou abandonne gratuitement les constructions élevées par lui, etc. (Tanour, Dorr et Redd).

« *Quiconque démolit (en totalité ou en partie) une construction hobousée est tenu de la réédifier telle qu'elle était* » ⁽²⁾.

Il en est de même si un canal, une route desservant l'immeuble ont été coupés : la remise en état est obligatoire ⁽³⁾.

Abattre des arbres appartenant au hobous entraîne le paiement d'une légitime indemnité et une peine correctionnelle.

En un mot, tout dégât, tout préjudice, volontaire ou non, porté au hobous doit être réparé par son auteur.

ان غلبة الوفي مضمونة يرجع بها على من اخذها من غير حق (1)
(voir annexe n° 1 in fine).

(2) Sidi Khelil (ch. du hobous) : * ومن هدم وبقا فعليه اعادةه *

(3) Voir annexe n° vi. — Textes de jurisprudence.

Aucune excuse n'est admise, même s'il a agi de bonne foi et qu'il ait été trompé par le Nader, le bénéficiaire ou tout autre. Nous avons déjà vu la même règle appliquée au locataire.

Si le détenteur du bien hobousé l'a acquis régulièrement du spoliateur, il n'a de recours que contre celui-ci. Le Cheïkh Ibn Noudjeïm dit à ce sujet, dans son livre d'El Achebbah (ch. de l'usurpation sec. 2^e) : « *La victime de*
« *la spoliation a le droit d'exercer son recours contre*
« *le spoliateur primitif, ou (s'il y a lieu) contre l'auteur*
« *de la deuxième spoliation ; si le hobous a été spolié,*
« *que sa valeur soit considérable et que le second spo-*
« *liateur soit plus riche que le premier, c'est contre le*
« *second que le fondateur exerce son recours, exclu-*
« *sivement*⁽¹⁾. »

Quant aux réparations obtenues, on ne les partage pas entre les bénéficiaires car « *ils n'ont droit que sur les*
« *fruits et l'indemnité représente la valeur de la partie*
« *du fonds détournée.* » On l'emploie en améliorations ou sinon on la restitue au nu-propriétaire⁽²⁾.

Nous avons indiqué, dans les chapitres auxquels les espèces se réfèrent, les solutions et les sanctions d'un grand nombre de cas, appliquant toujours ce principe : le hobous ne doit supporter aucun préjudice du fait de l'homme.

لِغُصُوبٍ مِنْهُ مَخْطُوبٌ بَيْنَ تَضْمِينِ الْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الْغَاصِبِ لَا إِذَا (1)
كَانَ فِي الْوَفِيِّ الْمَغْصُوبِ إِذَا غُصِبَ وَفِيهِمْ أَكْثَرُ وَكَانَ الثَّانِي أَمْلًا مِنْ
الْأَوَّلِ فَإِنَّ الْهَيْتَوِيَّ إِنَّمَا يَضْمِينُ الثَّانِيَّ *

(2) Djâma el Fouçouline (annexe n° VI).

CHAPITRE XI

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le hobous devant les tribunaux français

Examen des causes de la réussite générale de l'institution

Après avoir passé en revue et étudié dans ses détails la matière de ce qu'on peut appeler le Code du hobous, si l'on se reporte à l'origine de l'institution, l'esprit est frappé d'étonnement en constatant l'extension qu'elle a prise.

Mahomet a-t-il réellement donné à l'un de ses officiers le conseil *de placer sous séquestre* un terrain de Kheibar, *pour qu'il ne pût être ni vendu, ni recueilli en héritage*, et d'en attribuer éternellement les revenus aux pauvres ? Une *tradition orale*, plus ou moins authentique, l'affirme.

Tenons-la pour vraie ; en résulte-t-il que le législateur-prophète ait voulu ainsi ajouter à son code, un chapitre nouveau en opposition, ou s'accordant mal avec les principes édictés par lui ?

Evidemment, non. Il a indiqué un moyen d'affecter à à l'usage des pauvres, une propriété acquise, sans doute comme part de butin, par un de ses compagnons, dans une contrée éloignée. Et si on lui avait dit qu'on se servirait de cette parole pour fonder une institution comme celle du hobous, il eut été bien surpris.

En présence de ces faits on est conduit à se demander si, avant l'Islamisme, il n'existait pas, déjà, une institution plus ou moins analogue, en Arabie. Comment, en effet, partant d'une base aussi incertaine, le hobous, que le koran ne mentionne même pas, aurait-il pu se développer et prendre corps assez vite, pour que les fondateurs de la législation musulmane, au II^e siècle de l'hégire, se soient vus forcés de l'admettre et de le réglementer ?

Malheureusement, nous ne possédons aucune donnée à cet égard ; toute hypothèse serait dangereuse, et l'on doit se borner à la constatation du fait.

En dépit de l'indécision de son origine et de ses contradictions avec les principes légaux, l'institution du hobous était tellement passée dans l'usage que les premiers Imam des quatre écoles orthodoxes ont été contraints de l'accepter. Cependant, le hobous, réduit à sa simplicité primitive, avec obligation du dessaisissement immédiat de sa substance et de la délivrance des fruits à l'œuvre pie, ne justifie pas, par lui-même, une semblable faveur ; il est donc probable que l'attribution au bénéficiaire intermédiaire date de loin.

Cette facilité, admise par les grands légistes, aggravée par le système anarchique d'Abou Yousof, a donné à l'institution son véritable caractère, en ne laissant subsister le principe initial que comme un prétexte. Bientôt le hobous s'est répandu dans tout le monde musulman et est devenu une chose particulière, à côté et en dehors du droit commun, régie par une législation spéciale, exclusive, s'appliquant à tous les cas de l'espèce, non aux autres.

Voilà ce qu'est actuellement le hobous, anomalie quasi-légale, dont l'immense développement a contraint les législateurs à régulariser la condition. Ce fait est d'autant plus surprenant, qu'il s'est produit dans la société musulmane, obéissant à une loi, religieuse et civile en même temps, absolue dans ses dispositions, et scrupuleusement respectée.

Pour que, dans ces conditions, l'institution du hobous ait eu un tel succès chez les vrais croyants, il faut, soit qu'elle ait répondu à un besoin moral, matériel ou social, soit qu'elle ait permis de remédier à un grave inconvénient de la législation koranique.

La faculté qu'elle fournit de faire une œuvre pie, durable, assurant des revenus réguliers aux pauvres et à la religion, peut satisfaire la conscience d'un bon musulman ; mais il a bien d'autres moyens de se conformer aux prescriptions du koran, en donnant une partie de son bien à titre de sodka. Cette raison n'est donc pas suffisante. Du reste l'intention réelle d'œuvre pie n'existe plus dans l'immense majorité des hobous et la mention qui en est exprimée se réduit à une clause de style.

Il ne reste comme explication de sa réussite que le moyen fourni par le hobous, d'atténuer les rigueurs de la législation. C'est bien là, en effet, le principal motif de son succès. Essayons de nous en rendre compte.

Les règles normales de la succession sont destructives de la propriété familiale

La constitution politique et sociale de la société arabe, depuis la plus haute antiquité a reposé sur la famille, formant une sorte d'unité dont le groupement constitue la tribu, comme la réunion des tribus constitue la fraction ethnique et enfin la nation.

Ces familles étaient de petites tribus soumises à l'autorité du pater familias, groupant sous sa tutelle, ses descendants mâles, destinés à en assurer l'existence à l'infini, veillant aux intérêts de tous et à la conservation du patrimoine commun. Les filles, destinées à entrer, par le mariage, dans d'autres campements, les épouses, jouissant d'une condition particulière, ne comptaient pas dans la famille proprement dite. Avant l'Islamisme, beaucoup de Bédouins, considéraient la naissance d'une fille comme un

malheur, et les enterraient, s'ils jugeaient leur nombre déjà suffisant.

En posant les bases de la nouvelle religion, Mahomet tint le plus grand compte des institutions antérieures, dans ce qu'elles avaient de bon et d'utile. S'il interdit les infanticides, il chercha sans cesse à renforcer la famille en imposant le respect de son chef, dont il consacra l'autorité et la puissance. Le koran en donne la preuve à chaque page.

Mais par une contradiction qui a lieu de surprendre chez un législateur aussi remarquable, le Prophète ne se rendit pas compte que l'unité de la famille, par suite sa force, ne repose pas seulement sur des traditions d'ordre moral ; qu'il faut qu'elle puisse vivre sur son patrimoine, augmenté par les efforts de tous, ou maintenu dans son intégrité.

Or, il est incontestable que les règles de la loi successorale sont en opposition complète avec l'intérêt de l'unité familiale. Très libérales envers les personnes, ses dispositions appellent à l'hérédité de nombreux réservataires, ne laissant que le reste aux héritiers universels. C'est pourquoi, en principe, un partage de la fortune est nécessaire après chaque décès ; ou bien, les choses restent dans l'indivision et il en résulte des inconvénients pour tous, des contestations, des ruptures, détruisant l'unité du groupe.

Ce système est fatal au patrimoine immobilier, car il ne se borne pas à le diviser entre les descendants directs du de cujus, il introduit des éléments étrangers par l'hérédité des conjoints. Non seulement, les épouses (appartenant à une autre famille), ont droit à une portion fixe d'un huitième ou d'un quart, mais les époux sont aussi héritiers de leurs femmes, pour un quart ou la moitié. Cette participation d'étrangers venant exiger leur part dans tous les biens, a des conséquences graves, dont le principal est le morcellement du patrimoine.

L'hérédité des filles, des mères, des tantes, des cousines, etc., produit les mêmes effets ; mais elle est plus logique que celle des conjoints, lesquels, durant leur union, vivent sous le régime absolu de la séparation de biens.

Dans tous les cas, cette multiplicité de participants à la succession augmente l'indivision des biens, ou leur fractionnement à l'infini. Conforme, peut-être, à l'égalité naturelle, ce système ne favorise pas le groupement de la famille sur le domaine au cestrat.

Voilà, sans doute, ce que Mahomet n'a pas compris. Les inconvénients se sont bientôt relevés et les musulmans ont trouvé dans le hobous le moyen d'en atténuer les effets. Le succès général de cette institution n'a pas d'autre cause, son emploi, pas d'autre but. Quiconque a eu entre ses mains un certain nombre de chartes constitutives a pu s'en convaincre.

En effet, sur cent hobous, quatre-vingt-quinze sont constitués au profit de la descendance par les mâles ; après leur extinction, le bénéfice est dévolu aux filles ou à leurs descendants, puis aux frères, etc.. Quant aux conjoints, on peut dire qu'ils sont toujours écartés.

De cette façon, le fondateur est assuré que l'immeuble restera intact en la jouissance de ses vrais descendants, lesquels ne pourront pas s'en défaire par caprice. Il échappera même à l'action des créanciers et sera à l'abri des convoitises des représentants du prince.

L'institution du hobous a pour but de remédier aux inconvénients de la loi successorale

De la constatation qui précède résulte ce fait : l'institution du hobous, détournée de son principe, sert aux musulmans à se soustraire aux inconvénients de la loi successorale édictée par le prophète, et à conserver leurs biens intacts en la jouissance de leurs descendants, à titre de patrimoine familial intangible.

Mais la législation n'a pas toléré le hobous pour ce motif, tout au contraire, puisque sa manifestation le rend caduc ; ce point de vue ne peut pas même être examiné par un docteur musulman. Le fait est donc en opposition avec le droit ; il constitue une altération de l'institution, dans ses fondements essentiels et une violation flagrante de la loi koranique, un véritable sacrilège.

Pourquoi, s'il en est ainsi, nos pieux légistes ne se montrent-ils pas plus rigides à l'égard du hobous ?

Nous ne pouvons répondre pour eux, car, en vérité cela est inexplicable, à leur point de vue. Les Imam des premiers siècles ont en vain essayé d'arrêter le torrent, puis de l'endiguer ; peut-être, leurs successeurs estiment-ils qu'ils ne réussiraient pas mieux. En somme, ils ont raison, car il n'est au pouvoir de personne de modifier une situation aussi solidement acquise ; ici, encore, l'usage a triomphé de la loi. Mais, entre supporter ce qu'on ne peut empêcher et l'encourager par des complaisances de toute sorte, il y a une grande différence. Les légistes musulmans devraient se montrer beaucoup plus sévères, cela est incontestable. Ils semblent déroutés devant cette question qui échappe aux règles ordinaires de leur logique.

L'institution du hobous devant les tribunaux français

Dans les contrées comme l'Algérie, la Tunisie et même l'Égypte, la justice indigène ne statue qu'en premier ressort, et ses arrêts sont soumis en appel à des Cours ou des Tribunaux français ou mixtes. Pour que le Cadi fût encouragé à se montrer plus strict et plus ferme sur les questions de hobous, il faudrait que la juridiction d'appel le soutint dans cette voie et qu'elle ne cassât pas, contre la raison, ses sentences, lorsqu'elles sont légales.

Cela nous amène à examiner la situation du hobous devant la justice française. Nous ne parlerons pas du

passé, convaincus que les fluctuations et les erreurs d'autrefois auront un terme et qu'une jurisprudence conforme aux principes réels de l'institution s'établira définitivement.

Les points essentiels de la législation du hobous étant reconnus, acceptés, dans quel esprit les juges français doivent-ils apprécier l'institution, dégagée de toutes les complications, de tous les voiles qui en dissimulaient la nature réelle ?

Devant sa faible légalité originelle, les déformations qu'elle a subies dans sa nature et dans ses effets, devront-ils se montrer d'une rigueur absolue, ou bien accepter ces fictions, ces mensonges pharisaïques, masquant, plus ou moins, le but poursuivi, c'est-à-dire le règlement arbitraire des dévolutions successorales selon la fantaisie de chacun ?

Cette question est très importante ! A notre avis, sa complexité doit faire écarter une solution absolue, un système abstrait s'appliquant à toutes les espèces. Il est logique de la diviser et d'examiner d'abord, le principe général, puis les exceptions.

D'une façon générale, nos magistrats, appliquant la loi musulmane, soit au premier degré, soit en appel, pourraient certainement abolir la grande majorité des hobous contestés, en s'appuyant sur le code spécial de l'institution, dont les règles sont presque toujours violées. Cette jurisprudence, faisant cesser les anomalies du hobous, et remplaçant les choses dans le droit commun, ne blesserait que l'intention du fondateur, seule en cause. Or, ses intentions sont-elles si respectables, en droit, comme en fait ? Quant à son intérêt matériel il est sauvegardé puisque l'annulation du hobous lui restitue le bien sequestré. Si les bénéficiaires sont ses héritiers, ils n'y perdront rien non plus ; s'ils ne le sont pas, leur jouissance s'exerçait au détriment des ayants droit légaux et l'on n'a pas à s'en préoccuper.

Ainsi l'annulation du hobous, loin de blesser la morale

et l'honnêteté, satisferait la vraie justice ; tout en restant conforme à la législation musulmane. Au fond, ce serait un service rendu à la société indigène, car les abus des hobous sont excessifs, ainsi qu'il en est de toutes les institutions contraires à la loi et, à coup sûr, les inconvénients de l'hérédité koranique blessent moins la moralité. Cependant, on pourrait estimer préférable de ne pas détruire systématiquement une institution acceptée depuis des siècles et passée dans les mœurs. Cette manière de voir est très soutenable ; il faudrait alors qu'on ne maintint que les hobous à peu près réguliers et dont les intentions frauduleuses ne se révèlent pas impudemment par leurs dispositions. Quant aux autres, on les casseraient sans pitié. Ce serait un terme moyen entre les tolérances des légistes musulmans actuels, et la sévérité que mérite, devant le bon sens et l'honnêteté, cette institution.

Examen des principales espèces à juger

Examinons maintenant les principaux cas particuliers pouvant se présenter :

Première espèce. — « *Un bénéficiaire en possession de l'usufruit et de l'administration, vend la substance du hobous. Les héritiers du fondateur poursuivent la nullité de la vente ou revendiquent le prix.* »

Au point de vue de la législation musulmane, le vendeur a aliéné le bien d'autrui ; sa vente est nulle. Mais les décrets de 1844 et 1858 les ont déclarées valables, le premier à l'égard des acquéreurs français, et le second à celui des acquéreurs musulmans.

Tant que ces lois restent en vigueur, elles conservent leur effet ; la justice devrait en tous cas attribuer le prix aux héritiers du fondateur et leur faciliter le moyen d'en empêcher la délivrance.

Il serait, en outre, facile de prescrire aux notaires, chargés de recevoir l'acte de vente, d'exiger du bénéficiaire, au lieu

d'un simple acte d'attribution, un jugement du Cadi annulant le hobous et constatant le droit exclusif de vendre l'immeuble rendu à la circulation.

On aurait ainsi la vraie sanction de l'origine de propriété en la personne du vendeur, et l'officier public qui ne se conformerait pas à la règle serait rendu responsable à l'égard des ayants droit.

Cette réforme, dont la réalisation ne présenterait aucune difficulté, mettrait fin à l'un des plus graves abus de la situation actuelle.

Deuxième espèce. — « *A l'extinction des bénéficiaires*
« *intermédiaires, le service des Domaines s'empare, en*
« *toute propriété, d'un immeuble dont le bénéfice est*
« *attribué aux pauvres ou à une œuvre pie. Les héri-*
« *tiers du fondateur revendiquent la nue-propriété et*
« *demandent qu'il s'en dessaisisse et qu'un Nader en*
« *prenne l'administration.* »

Les représentants de l'Etat ont toujours procédé ainsi, sous le prétexte qu'il s'agissait de biens de main-morte et que l'Administration avait pris en charge l'entretien des mosquées et l'assistance publique. Puis ils ont vendu, concédé, échangé les biens incorporés au Domaine, sans se rendre compte qu'ils avaient détruit, de ce fait, le hobous, c'est-à-dire le prétexte en vertu duquel ils avaient appréhendé le bien !

La justice ne peut consacrer de semblables errements. C'est pourquoi, dans l'espèce indiquée ci-dessus, elle doit accueillir la demande ; décider que l'administrateur gérera le fonds et délivrera le produit net au Domaine, *pour être affecté à l'emploi spécial prévu par le fondateur et non versé dans une caisse commune.* Et si, par exemple, la mosquée bénéficiaire, la conduite d'eau, la piscine, etc., n'existent plus, le jugement constatera la destruction irrévocable du hobous et le retour de sa substance, en pleine propriété, aux héritiers du fondateur. Le hobous était caduc

avant la prise de possession du Domaine, dont l'acte est doublement blâmable ; il est impossible de statuer autrement.

Troisième espèce. — « *L'immeuble hobousé a été donné à bail à long terme par un bénéficiaire à un tiers, sans se conformer aux règles obligatoires. Après une période plus ou moins longue, les héritiers du fondateur ou un autre bénéficiaire attaquent le détenteur du bien, le bailleur ou ses héritiers, en restitution de l'immeuble ou en paiement du prix.* »

Ici, une question préalable doit être tranchée. Si le bail a été consenti à un non-musulman, on peut le considérer comme une aliénation ou quasi-aliénation, puisqu'il lui confère le droit de racheter la rente en versant le capital. Dans ce cas, le hobous est irrévocablement détruit.

Mais si le bénéficiaire du bail est un musulman, c'est tout différent ; les règles de la législation du hobous doivent lui être appliquées : cassation du bail, reprise de l'immeuble par l'administrateur, restitution des fruits normaux, pour la période de jouissance ayant excédé la durée permise, etc. Nous avons vu plus haut que ni la péremption, ni la prescription ne sont opposables au hobous ; quant aux baux à long terme ordinaires, ils ne sont pas considérés en droit musulman comme des aliénations et doivent être exécutés pour la durée du bail telle qu'elle est fixée.

Dans le premier cas, le jugement condamne le bailleur ou ses ayants droit à restituer aux héritiers du fondateur le prix de l'immeuble soustrait ; dans le second, c'est le locataire qui supporte la responsabilité et les conséquences de l'illégalité du bail ; le hobous est remis en vigueur et le préjudice qui lui a été porté, réparé.

Sur ce point encore des instructions pourraient également être données aux notaires, afin qu'ils exigent, avant de recevoir des baux à long terme, une décision motivée du Cadi.

Quatrième espèce. — « *Un bénéficiaire ayant touché le prix de l'immeuble hobousé, à la suite de vente, d'expropriation, etc., a acheté un autre fonds sur lequel il prétend que le hobous s'est reporté, bien que les formalités prescrites n'aient pas été remplies; l'héritier du fondateur conteste et réclame cet immeuble ou le prix réel du premier.* »

L'appréciation de ce cas relève d'abord de la législation de la vente et du remploi. Le bénéficiaire ne pouvait, à aucun titre, aliéner la substance du hobous, encore moins en toucher le prix, à moins d'être en même temps l'héritier du fondateur et d'avoir obtenu au préalable un jugement l'annulant et une autorisation d'agir spécialement dans l'opération. Si ces conditions n'existent pas, il a spolié les ayants droit et la fondation est détruite.

Quant à l'achat du nouvel immeuble, il ne pouvait avoir lieu qu'avec le concours du Cadi et en observant les précautions édictées dans ce cas pour éviter toute fraude. Les fonds ne devaient même pas rester entre les mains du bénéficiaire vendeur; de plus, toute interruption prolongée détruit irrévocablement le ouakf. Enfin, pour que le hobous se soit légalement reporté sur le nouvel immeuble, il faut que l'acte le mentionne, car le remploi ni l'échange ne se présument.

Tels sont les principes sur lesquels la décision de la justice devra s'appuyer. A ces divers points de vue, le hobous est détruit. Si le bénéficiaire est solvable, on le condamne à payer, à l'héritier du fondateur, la valeur réelle de l'immeuble primitif, moyennant quoi il conservera son acquisition. Dans le cas contraire, le bien acheté est évalué équitablement et attribué à l'héritier en compensation du prix de la substance du hobous; si la somme est insuffisante, le solde est mis à la charge personnelle du bénéficiaire.

Les espèces de la nature de celles qui viennent d'être

exposées, avec des variantes de toute sorte, se présentent, le plus fréquemment, devant nos tribunaux ; elles ont souvent une importance considérable.

Vient ensuite la catégorie des contestations entre bénéficiaires, très nombreuses aussi et qui doivent être réglées par l'application des principes indiqués aux chapitres s'y rapportant.

Enfin, une minorité d'instances ont pour motif l'interprétation de clauses obscures ou contradictoires de la chartre. Ici, nos magistrats ne peuvent hésiter à appliquer la règle d'annulation pure et simple, car il serait contraire à la majesté de la justice de condescendre à réparer de telles infirmités.

En indiquant la façon dont, à notre avis, ces espèces doivent être envisagées et réglées, loin de nous la pensée de prétendre donner des conseils à qui que ce soit, surtout aux honorables magistrats investis du droit de juger.

Notre seul but est de faire en quelque sorte, une application des principes développés dans cette étude, pour démontrer combien la solution des questions de hobous peut devenir simple, fixe et régulière.

Appuyée sur cette base, la jurisprudence n'aura plus à tenir compte des exceptions, des incertitudes, des difficultés avec lesquelles elle se trouvait aux prises et qui résultaient d'une fausse conception de l'institution, seulement, il sera nécessaire de faire table rase du passé pour entrer sans restriction dans la voie nouvelle.

Tout notre désir est de contribuer à ce progrès, en achevant de déblayer un terrain où d'autres avaient déjà tracé des clairières. L'homme n'arrive à la vérité, qu'après maints détours ; l'important est de le saisir lorsqu'enfin il peut l'atteindre, en enlevant les barricades de préjugés qui défendaient son approche.

Dans tous les cas, l'institution du hobous n'apparaîtra plus comme une énigme indéchiffrable. Réduite à la réalité,

elle est relativement simple, compréhensible, dans son essence, et limitée dans ses développements. L'application fixe de sa législation permettra de résoudre tous les cas, selon le bon sens et le droit. Et si, malgré tout, un doute subsiste dans la conscience du juge, l'annulation sera toujours sa sauvegarde ; en déclarant la fondation caduque, il sera certain de ne jamais se tromper.

Faint, illegible text or markings at the top of the page, possibly bleed-through from the reverse side.

ANNEXES

TEXTES DE JURISPRUDENCE SUR LE HOBIOUS

I

JUGEMENT

appliquant les règles de la dévolution, le sens propre d'*akeb*, la responsabilité du détournement des fruits et repoussant l'exception de péremption

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu! ⁽¹⁾

فام وكيل الطالبين السيد احمد والسيد
حم واختها زليخا احقاد السيد يدعى
ان الوكيلين اياه عزموا على مخاصمة
الولي عايشة بنت... لينزعوا من
يدها العادية جميع نصيب الخمس
الشاع بالوطن المعروف بكذا الحدود
البحر وقد ابدى الوكيل المذكور مفا لا
طويلا ملخصه ان في السنة الرابعة من
هذا لخير كان الباي... الوكيل المذكور
حبس وابد الوفاء على بنته ام هاني

Les demandeurs Sid *Ahmed*, Sid *Hammou* et leur sœur *Zeleikha*, petits-enfants de Si...., ont introduit une instance, par l'intermédiaire de leur mandataire, lequel a exposé ce qui suit :

« Mes mandants se sont décidés à intenter une action contre la dame *Aïcha bent...* à l'effet de lui enlever la jouissance, par elle exercée illégalement, de l'ensemble d'un demi-cinquième, indivis du domaine appelé... borné, etc. ».

A l'appui de sa demande, le mandataire susdit a présenté un long mémoire dont voici le résumé :

En la quatrième année du présent siècle (1792 de J.-C.), le bey..... susmentionné a placé sous le séquestre d'un hobous et constitué

(1) Nous supprimons les formules inutiles du commencement.

في جميع الوطن الهزبور ثم على اغناها
واعقاب اغناها ذكورا واناثا ماتنا سلوا
لذكر مثل حظ الانثيين لا يدخل الابناء
مع وجود الابناء واذا مات اب فلم
ولده مقامه ومن مات من غير عشب
رجع ما كان يستحقه من الحبس لمن
هو في درجته فان لم يكن لا قرب قريب
اليه فان انقضى عشب ام هاني رجع
الحبس الى اخوتها سي محمد وسي
حسين ومامنه ومايشة الدروبشة وباطية
وخدوجة على الشرط المذكور وفدراعي
في جانب الكوز مذهب ابي يوسف
بعشوب ثم ان ام هاني توفيت بعد
انقراض اخويها مع عشيها وتركت هي
ولد يدعي محمد تسمى هو جميع الارض
ومات في شهر رمضان ١٢٢٧م
وخلصت الارض المذكورة للاخوات
الاربعة المذكورات وماتت خدوجة
اولا في صفر ١٢٣٣م من غير عشب وانحصر
الحبس في الاخوات الثلاث الباقيات
لكل منهن بانفرادها الثلث ثم ماتت
مامنه في رمضان ١٢٣٧م وخلص
ثلثها لابنتها عايشة المذكورة ثم ماتت
عايشة الدروبشة وخلص ثلثها لاختها
باطية لانها اعلا درجة من عايشة بحسب
شرط الوافي بصرار حتى باطمة ثلثين

ouakf, à perpétuité, la totalité du domaine susmentionné, au profit de sa fille *Oum Hani*, puis des Akeb (descendants par les mâles) de celle-ci, et des Akeb de ses Akeb, garçons et filles, tant qu'ils se reproduiront, la part de chaque mâle étant égale à celles de deux filles réunies.

Les fils ne participeront pas au hobous avec leurs pères : lorsqu'un père viendra à mourir, son enfant prendra sa place ; s'il ne laisse pas d'Akeb, la part à laquelle il avait droit dans le hobous sera dévolue aux bénéficiaires du même degré que lui et s'il n'en existe pas, à son plus proche parent.

En cas d'extinction de tous les Akeb de ladite Oum Hani, le bénéfice du hobous sera dévolu à ses frères et sœurs : 1° *Si Mohammed*, 2° *Si Haseïn*, 3° *Amina*, 4° *Aïcha Derouïcha*, 5° *Fatma*, 6° et *Khaddoudja*, en observant les conditions ci-dessus (pour l'accession et la proportion).

Au sujet de la (dispense de) prise de possession, le fondateur s'est appuyé sur la doctrine d'Abou Youssef Yacoub.

Depuis, Oum Hani est morte ainsi que ses deux frères. Elle a laissé un fils, nommé Mohammed qui a recueilli le bénéfice de la totalité du domaine (hobousé) ; mais il est mort dans le mois de Ramadan 1227 (sept. 1812), et le bénéfice (du hobous) du domaine susmentionné a été dévolu aux quatre sœurs survivantes (parmi les enfants du fondateur).

L'une d'elles, Khaddoudja, est morte en Safar 33 (décembre 1817), sans laisser d'Akeb, de sorte que le bénéfice du hobous a été restreint à ses trois sœurs subsistantes, à concurrence d'un tiers par tête.

Puis Amina est morte, en Ramadan 1237 (mai-juin 1822), et son tiers dans le bénéfice a été dévolu à sa fille Aïcha (défenderesse) sus-dite.

اثنين كاملين ومناب عايشة الثلث
الواحد فقط وقد استفسرتنا على حفوفها
مدة بحسب الفسمة المذكورة التي هي
فسمة اجراز لا تليق الى ان طوى دلي
الحبس المذكور الحجاج احمد باي
فا غتصب منه ثلاثة اجناس منها حظ
عايشة لاجل المناجسة الدنيوية التي
كانت بينه وبين زوجها ثم ان الخميس
الباقيين صير احدهما للصافية بنت
الوافي اخرى ظننا منه انها داخلية في
الحبس مع ان الوافي لم يذكرها
اصلا كما انه صرف الخمس الاخر
لباطمة جدة الفايين وحضر وكيل
الهموم عليهما وهوسى المولود الخ
معارضاً للرجال اعلاه بعد اطلاله عليه
طالباً برهان جتته وبيان دليل محواه
غير انه ادعى وان الفايين حبة
بلا يشبههم لفظ العقب ولا شرط الوافي
وانه لاحق لهم البتة فيما حبس
وفى وان موكلته حايزة منذ مدة
مديدة وسنين عديدة وقد انقطعت
جتتهم ودعوايهم عليها فلا سبيل لهم
على احيايها لانهم وقعت مخاصمة
في نازلة اخذت هذه بشبهة الحرف لها
بان تساهيهم في ارض اخرى وذلك
في الخمس الذي تسليته الصافية

Puis Aïcha Derouïcha est morte (sans laisser d'Akeb) et son tiers a été dévolu à sa sœur Fatma, comme étant (au même degré qu'elle) et par suite, primant Aïcha, selon les conditions édictées par le fondateur.

C'est ainsi que le bénéfice se trouva partagé à concurrence de deux tiers pour Fatma et un tiers pour Aïcha. Toutes deux en jouirent dans ces proportions, à titre de partage de jouissance, indépendant de toute propriété, jusqu'au moment où le bey El Hadj Ahmed, sans respecter le hobous, prit possession, par la violence, de trois cinquièmes de la propriété, comprenant le tiers de la dame Aïcha, et cela pour satisfaire sa passion et se venger de l'époux de celle-ci. Quant aux deux cinquièmes restants, il en attribua arbitrairement un à Safia, autre fille du fondateur, croyant qu'elle participait au bénéfice du hobous, alors que son père ne l'avait pas mentionnée dans l'acte, et l'autre à Fatma, aïeule des demandeurs.

Si El Mouloud, mandataire de la défenderesse, ayant comparu et pris connaissance du mémoire ci-dessus résumé, s'est appliqué à le réfuter et a demandé la permission d'exposer ses arguments et de faire valoir ses motifs.

En résumé, il a prétendu que les demandeurs, étant petits-enfants (de Fatma), ne pouvaient être compris dans le terme « Akeb »; qu'ils n'ont pas été visés dans les conditions stipulées par le fondateur et qu'ils n'ont absolument aucun droit à prétendre dans ce qui a été frappé de hobous et de ouakf.

Il a ajouté, qu'au surplus, sa mandante jouit depuis une période reculée et des années nombreuses et que les demandeurs sont, de ce fait, déchus du droit de produire toute revendication ou réclamation à l'encontre de la défenderesse, car

الذكورة من الغاصب المذكور
واستظهر على تصحيح دعواه بنسخة
النسخ * فلما تأمل الشيخ الشافعي
من رسم الحبس وحكم المجلس ومن
الرجال والاجواب واجرى النازلة على
الفوائد الفقهية والنصوص الشرعية
بمقتضى مذهب ابي حنيفة النعمان
وامام دار الهجرة حسب الامكان ظهر له
عدم انقطاع حجة الفايهين لانها في
حبس ولان اهل المجلس لم يذكروا
في حكمهم لاعذار ولا التعجيز النسخ
ولان الحبس معرضة للنزاع بحسب
الدواخل ولذلك مهى طرى
موجب عليه لا انتفضت فسمته ر فال
خليل وانتفض المفسم بحدوث ولد
لها اي البريفين ثم ظهر له ايضا ابطال
دعوى الكوز لانهم وفع في حبس
و قد كانت الحايضة تتصرون فيه على
سبيل العارية الحكيمة وفتما كانوا
الفايهين في طي الا همال باحيازة
تبعع فيما علم اصله وتحقق مدخله
بوجه لا يفتضى نفل الملكية انظر
اليعيار ولوسلم ذلك لهن ادعاء بان
حيازة الافارب اربعون سنة على
ما جرى به العمل انظر تحفة ابن عصم
ولتفر ذلك اشهد من يجب

ils ne peuvent échapper à la péremption qui les frappe.

Et qu'enfin une instance semblable ayant été intentée contre ladite mandante, au sujet d'une autre terre, le droit de celle-ci a été reconnu et il a été décidé qu'elle participerait avec les autres, au bénéfice du cinquième attribué à Safia par le bey spoliateur.

Pour établir le bien-fondé de ses allégations, il a présenté une copie, etc.

Après quoi, le Cheïkh-Cadi a examiné le texte de l'acte constitutif du hobous, celui du jugement du Medjelès, le mémoire des demandeurs et le résumé de la réponse; puis il a étudié la question en se reportant aux ouvrages de jurisprudence et aux textes de la législation, selon les principes de l'école d'Abou Hanifa Nâmane et de l'Imam de Dar-el-Hidjera, en y appliquant toutes ses facultés.

Il a alors été d'avis :

Que l'instance des demandeurs n'est nullement atteinte par la péremption puisqu'il s'agit d'un hobous;

Que, d'autre part, les membres du Medjelès ont eu le tort de ne pas indiquer, dans leur jugement, que la partie condamnée avait été mise en demeure de produire la preuve contraire, et que son impuissance, à cet égard, avait été constatée, etc. (suit la démonstration de ce cas de nullité);

Et que le droit de contestation au sujet (de la dévolution) du hobous, s'était rouvert chaque fois qu'une accession nouvelle s'était produite, entraînant la nécessité de modifier le partage, conformément à ce passage de Khelil: « *Le partage est détruit par le fait de la naissance d'un enfant leur survenant* », c'est-à-dire à l'une ou l'autre des parties.

Il a également été d'avis :

Que la prétention (de la défen-

شهيديهم انه اوجب الحف وبه حكم
 للفايين حجة باطمة وانهم هم الاولي
 بالتصريف في ذلك الوفي كله ما عدا
 الثلاثة الاخاس الهغتصبة لتجويبتهم
 باكد الحدود من الدواة العوانصاوية
 كما انه حكم بانتزاع نصو الكهس
 المتنازع فيه من يد عايشة لان حنفا
 في الثلاثة الاخاس المذكورة استنادا
 في ذلك كله على ما في هذه الوجوه
 من النصوص التي شهد الاعتيار لها
 المنصوص لاول ان حكم المجلس
 صحيح الهندي واضح المعنى غير ان
 فيه ما يفسر من جهة ترتيب وجات
 اهل الرجوع فوجب الشبيهة على
 ذلك حتى يظهر وجه الصواب
 فتحصل الهفصوص بالذات من ذلك
 الحكم هو انتزاع الكهس من يد ورثة
 صابية لان شرط الوافي غير شامل
 لها وذاك هو الصواب المتعارف من
 ان الجاظ الكهس تتبع كالباط اشارة
 واتبع شرطه ان جاز الشافي فد تبين
 الكهس في فسمه الكهس المنتزع من
 يد الصابية بل هو فسمه ضمري لانه
 لا يخلوا استناد اهل المجلس في
 تلك الفسية الخ الثالث واما قول
 المعارض ان الفايين حجة لا يشملهم

deresse), basée sur l'exercice de la possession, est nulle, puisqu'il s'agit d'un hobous et que ladite dame en a joui en vertu d'une attribution arbitraire de l'autorité publique, tandis que les demandeurs étaient en proie aux incertitudes de l'existence (du proscrit) ;

Que la possession n'est d'aucun profit, lorsque son origine est connue et qu'elle a pour principe un fait ne pouvant conférer la propriété par transmission régulière (Voir El Maïar) ;

Que, même en admettant la prétention alléguée, le bénéfice de la possession entre parents n'est acquis qu'après quarante ans, selon la jurisprudence consacrée (Voir la Tohfa d'Ibn Acem) ;

En conséquence et pour appliquer les principes ci-dessus, le Cadi prend à témoin les deux adels soussignés qu'il proclame le droit des demandeurs, petit-enfants de Fatma, et rend un jugement le constatant.

Dit que la jouissance de tout le hobous leur revient, parce qu'ils priment les autres (bénéficiaires), abstraction faite des trois cinquièmes spoliés, définitivement perdus, puisque l'Etat les a englobés dans son domaine à la suite de la délimitation par lui opérée ;

Ordonne, en outre, par ce jugement, que le demi-cinquième indivis, objet du litige, sera retiré de la possession de Aïcha, puisque la part lui revenant était comprise dans les trois cinquièmes (spoliés) susdits.

Le Cadi s'appuie, dans toutes les décisions qui précèdent, sur les textes de jurisprudence relatifs aux divers cas et dont il est constant que la doctrine fait loi, savoir :

Premier point : Le jugement du Medjelès est légalement établi et clairement expliqué, sauf en ce qui a trait à l'énoncé de l'ordre dans lequel les décès des bénéficiaires se

لحفظ العاقب بكل ما تستحقه جدتهم
 من الوفاء المذكور يرجع بعد موتها
 لعابشة دونهم اجيب بان اشهاد
 الوافي فد شيلهم اصلا وضمها
 لان عين الموفوي عليه وكرولحظ
 العاقب وعطى عليه ذكورا واناثا
 نعم خصص الهوجع وسهي اهله
 باسبابهم وكر وايضا لحفظ العاقب
 وميزة بقوله ذكورا واناثا ثم صرح
 بلحظ الولد بقوله و اذا مات
 اب فام ولده مفامه اليه ذلك
 كلف في دخول الحابذ الاذني فضلا
 عن الاعلى و انما الكلام عند العفشاء
 في لحظتي نسلي وعفسي انهما
 لايتناولان الحابذ فيما اذا لم يجبر
 صرفا بدخوله في ذلك لان
 مبني الحابذ الوافي على العرف
 والعرف لان دخوله انظر الدرديري
 على خليل وايضا بان ذلك
 احق انتقل اليهم من جدتهم
 نجسها بلا واسطة لاب لهراعات
 شرط الوافي وفد صرح العفشاء
 بان الولد يطلق على ولد الصلب
 وعلى الحابذ من الابن الذكر كما
 اشار اليه ظهير الدين التمشي
 الحادي ما ملخصه ان الولد يتناول

sont produits. Sur ce point, en effet, une suspicion d'erreur existe, pour laquelle réserve doit être faite, jusqu'à la production d'éléments permettant de reconnaître la vérité.

Mais le profit essentiel qu'on doit tirer de cette sentence, c'est l'obligation qu'elle impose de retirer le cinquième attribué à Safia, de la jouissance de ses héritiers, puisque les dispositions de la charte constitutive ne s'appliquent pas à elle.

Cette solution, incontestable comme légalité, est l'application de la règle d'après laquelle les termes dont s'est servi le fondateur doivent être respectés comme le texte employé par le législateur, et les conditions qu'il a édictées, doivent être exécutées, si elles sont licites.

2^e point : Il a été reconnu que le partage du cinquième enlevé à Safia est inexact, que cette opération a été viciée et qu'il ne pouvait en être autrement en raison des bases sur lesquelles le Medjelès l'a opérée (Suit la démonstration de l'erreur par la découverte de la date réelle du décès de Safia et de la légalité de la rectification).

3^e point : Quant à l'argument opposé par le défendeur et d'après lequel les demandeurs, étant petits-enfants, ne seraient pas compris dans la catégorie déterminée par le mot « Akeb », d'où cette conséquence que tout ce qui revenait à leur aïeule dans le hobous doit être dévolu, après son décès, à Aïcha exclusivement à eux, — je réponds :

La déclaration du fondateur, (dans sa charte), les comprend explicitement et implicitement. En effet, après avoir désigné nominale-ment la bénéficiaire, il ajoute, en le répétant deux fois, le mot Akeb et le complète par les qualificatifs « garçons et filles ».

Puis il précise, en les désignant nominale-ment, les personnes auxquelles le bénéfice du hobous doit

ولسد الصلب والحداب والحداب والحداب وفول
 البسبب ثانيا رجع نصيبه لاقرب
 فربب البسبب ولاخيهاء ان اقرب
 الناس الى الميت بعد ولد الصلب
 الحفدة الرابع حيث ثبت الحق
 للفايهين وانهم يستحقوا جميع
 الكهسين البسبيين من غير مشارك
 لهم في ذلك حكم من يجب ايضا
 على عيشة بان تحا صبهم وتورد لهم
 جميع ما ائتملت من نصيب الكهس
 الى ان عملا بهما يفتضيه مذهب
 الخصوم الكهسي من ان غلة الوفي
 مضمونة بوجع بها على من اخذها
 من غير حق لانها كانت تتصرف
 بحكم العارية فلما اقيمت عليها
 الحجة نكلت فتعرضت بالحداب
 بصارت غاصبة حكما تاما * بتاريخ
 السابع والعشرين من اوط ١٨٦٨م *

être dévolu (après extinction des précédents), et y joint encore le mot Akeb, deux fois répété, en le complétant par les qualificatifs « garçons et filles ».

Enfin, il détermine la portée du mot « enfant », en ces termes : « lorsqu'un père viendra à mourir, son enfant prendra sa place ».

Ces faits ne sont-ils pas suffisants pour établir le droit de participation du petit-fils, même d'un degré inférieur et, à plus forte raison, du degré supérieur ?

La seule contradiction qu'on pourrait relever chez les légistes a trait au sens des termes « ma race » ou « mon Akeb » (Nesli ou Akbi, voir ci-devant ch. V), sur le point de savoir s'ils comprennent le petit-fils, lorsque l'usage courant n'impose pas sa participation par le seul emploi de ces expressions. En effet, la portée des termes dont s'est servi le fondateur repose sur l'usage et l'usage, de nos jours, implique la participation. Voir à ce sujet le texte de Derdiri, commentateur de Khelil.

De plus, dans l'espèce, les droits propres de l'aïeule se sont transmis à ses petits-enfants, sans l'intermédiaire de leur père (décédé avant elle), en conformité des dispositions édictées par le fondateur.

Tous les jurés consultés proclament que le terme « enfant » s'applique au propre enfant du de cujus et à son petit fils, né de son fils, ainsi que le professe Dehir ed Dine Tamourtachi, docteur hanafite, dans le passage résumé suivant : « *Le mot « enfant désigne le propre enfant et le petit-fils⁽¹⁾ ».*

Enfin, le fondateur dit encore : « Sa part sera dévolue à son plus « proche parent. » Or, il est incontestable que le plus proche parent du de cujus, après son propre enfant, est son petit-fils.

(1) Tanouir el-Abçar.

4^e point : Sur quoi, considérant qu'il a été reconnu que les prétentions des demandeurs sont fondées et qu'ils ont droit aux deux cinquièmes restants, à l'exclusion de tout autre co-participant,

Le Cadi condamne en outre Aïcha à leur rendre compte, avec restitution de la totalité des fruits du demi-cinquième dont elle a joui jusqu'à ce jour, et cela conformément aux règles de la législation hanafite, rite auquel appartiennent les parties, laquelle dispose « *que celui qui jouit des fruits d'un hobous en est responsable, de sorte qu'on peut les lui faire restituer s'il en a profité illégalement* ».

Il est vrai que la dite dame en a joui par le fait d'une tolérance ; mais, lorsque l'illégalité de cette jouissance a été établie à son encontre, elle a contesté le fait et a cherché par des moyens détournés à se soustraire aux conséquences. Elle est devenue ainsi une véritable usurpatrice.

Ce jugement est complet.

Fait et prononcé, le 27 août 1868.

Observations sur la pièce n° 1

Ce jugement, aussi remarquable dans la forme que dans le fond, applique les vrais principes de la législation du hobous et contient la démonstration d'un certain nombre de cas.

1^o Nous trouvons dans l'exposition, la règle du hobous constitué, d'abord au profit d'une personne déterminée et de ses Akeb, et, après leur extinction, de la dévolution à ses frères et sœurs et à leurs Akeb, avec avantage du double pour les mâles⁽¹⁾. Dans notre espèce, le premier groupe étant éteint, la dévolution s'est opérée comme il a

(1) Voir chapitre V.

été dit ; mais les deux mâles étant morts, le bénéfice est échu aux quatre sœurs subsistantes, par tête. Puis, l'une d'elles étant décédée sans Akeb, son quart a été dévolu aux trois autres, qui ont eu un tiers chacune, formant la part de sa branche, et enfin, deux de celles-ci étant mortes, le tiers de l'une d'elles est échu à la dernière, Fatma, aïeule des demandeurs, l'autre, ayant laissé une fille qui a recueilli sa part ;

On voit aussi que le caractère du hobous n'a pas empêché Ahmed bey de s'en approprier une partie, — spoliation dont le Domaine français a profité, — et de modifier à son gré l'attribution du reste. Aïcha, fille d'Amina, avait recueilli le tiers propre à la branche de sa mère, en qualité d'Akeb, et ce tiers a été spécialement compris dans la spoliation du bey. Quant au tiers de Derouïcha, il a été dévolu à sa sœur Fatma, comme étant du même degré.

2° La première dissertation du Cadi porte sur la question de péremption ou de prescription opposée. Il confirme le principe par nous exposé au chapitre X, paragraphe 2, à savoir que cette exception n'est pas admissible en matière de hobous.

3° La dissertation du 3° point, minutieuse et complète, applique tout ce que nous avons dit, au chapitre V, sur l'Akeb, l'enfant, le descendant, etc.

4° Le 4° point consacre la responsabilité indéfinie de celui qui a joui sans droit du bénéfice du hobous, et qui doit, non seulement rendre ce qu'il détient, mais rembourser tous les fruits indûment perçus. Ces règles sont exposées au chapitre X, paragraphes 2° et 6°.

Le Cadi a soin de faire remarquer que, par le fait de sa résistance, la dame Aïcha a pris la responsabilité de l'usurpation.

Ce jugement nous offre un exemple de la manière dont les Cadis d'autrefois statuaient en matière de hobous. La tradition est à peu près perdue et c'est un peu notre faute.

II

CONSULTATION

sur l'emploi du mot *akeb* et ses conséquences

QUESTION

الحمد لله *

بسم الله الرحمن الرحيم
السؤال * ان الوافق
حس على اعيان ذكور و انثى
سماهم ثم قال وعلى اعقابهم و اعقاب
اعقابهم مطبقا للاعقاب و اعقاب
الاعقاب على الاعيان بالواو و كور
لفظ العشب موتين * وقد تناسلت
فروع اولادك الاعيان و تعددت
طبقاتهم و كان منهم من هو مبصول
من ينصب اليه من الاعيان
بانثين * جهل حفظكم الله
تعالى يستحق في هذا الحس
من هو بتلك الصفة ملاحظة
لان لفظ العشب مرادى للفظ
الذرية حتى يصدق على كل
منتسب الى من اضيق اليه
بالولادة و لو بعدت النسبة لافوق
في ذلك بين المدلى الى المضاعف
اليه بذكر او انثى ام لا يستحق شيئا
بناء على مغايرة لفظ العشب للذرية *

Louanges à Dieu !

Le fondateur a constitué son hobous au profit de personnes des deux sexes, nominalement désignées, après quoi, il a dit : « *et au profit de leurs Akeb et des Akeb de leurs Akeb* », en reliant les Akeb et Akeb d'Akeb, aux personnes dénommées, par la conjonction « et », en répétant deux fois le mot Akeb.

Les branches descendant de ces personnes se sont prolongées, formant des catégories (à divers degrés) nombreuses. Parmi ces descendants, il en est qui se rattachent à l'auteur par une chaîne dans laquelle deux femmes sont (successivement) insérées.

Veillez nous dire, — que le Dieu très haut vous protège ! — si les descendants de cette catégorie ont droit au bénéfice dudit hobous.

Il en résulterait, alors, que l'expression Akeb serait synonyme de *Dourria* (postérité), puisqu'elle s'appliquerait à quiconque se rattacherait par sa filiation au *de cujus*, même à un degré éloigné, et qu'aucune différence n'existerait entre celui qui se rattacherait à l'auteur commun par un mâle, et celui qui descendrait d'une fille.

Ou bien, si, au contraire, le descendant de cette catégorie n'aurait aucun droit, par suite de la différence existant entre le sens du mot Akeb et celui du mot *Dourria*.

وان لا اول خصاص الصدق بالمدلى
 لمن اضيق اليه بذكر * وحيث
 فلا يصدق على من هو من النسل
 بتلك الصفة من الفصل انه
 عقب الا عيان لاعقب عقب لهم
 وانها هو عقب عقب عقبهم ولا ذكر
 لهذا في كتاب الوافي * وعلى
 هذا التفسير فهل يستحق الجمع
 مع وجود اصله ام لا استحقاق له لا
 بعد موته * جوابكم عن ذلك الخ

Il en résulterait alors que le terme Akeb désigne spécialement celui qui se rattache au de cujus par une descendance mâle.

Par conséquent, il ne pourrait s'appliquer à celui dont l'ascendance est interrompue comme il a été dit, car il n'est, ni Akeb de l'auteur, ni Akeb de son Akeb, mais simplement Akeb d'Akeb de ses Akeb, répétition (triple) non mentionnée dans l'acte.

Dans cette hypothèse, la branche inférieure participe-t-elle avec son auteur immédiat, tant qu'il vit ou seulement après sa mort ?

Votre réponse, etc.

الجواب

وبعد فقد تاملت سؤالك
 اصلح الله تعالى حالى و حالك *
 والجواب * ان لا استحقاق لهم
 ادلى بانثين اذ المحبس فال بعد
 تسمية الاعيان وعلى اعقابهم
 واعقاب اعقابهم بالاولى من الانثين
 عقب لهم سواء كانت لصلب احدهم
 او بنت ذكر وان تعدد اولادها
 عقب عقب لهم ويستتبرك ذلك
 الى لانثى الثانية وهى ايضا عقب
 عقب لهم واما اولادها فليسوا
 بعقب ولا عقب عقب فلا استحقاق
 لهم في المحبس المزبور اذ لم يشملهم
 لفظ الوافي * كما لا استحقاق لهم

RÉPONSE

(après les formules d'usage)

J'ai étudié votre question, — que le Dieu très haut vous favorise ainsi que moi ! — et je réponds :

Quiconque se rattache au de cujus par une ascendance dans laquelle deux femmes sont insérées, n'a aucun droit, puisque le fondateur a dit, après avoir désigné nominale-ment les bénéficiaires : « et à leurs « Akeb, et aux Akeb de leurs Akeb ».

En effet, la première des deux femmes insérées est Akeb desdits, qu'elle soit propre fille du de cujus, ou fille d'un de ses enfants mâles à à quelque degré que ce soit ; ses enfants sont Akeb d'Akeb des (auteurs primitifs), et cela se continue jusqu'à ce qu'une seconde femme vienne s'insérer dans la descendance.

Cette seconde femme est, en elle-même, Akeb d'Akeb desdits, mais ses enfants ne seront, ni Akeb, ni Akeb d'Akeb des auteurs. Donc ils n'auront aucun droit à prétendre dans ce hobous, parce qu'ils ne sont

كان اصله حيا اذ عصب الشخص من،
 يعقبه بعد موته فلا يدخل الولد
 مع ابيه مادام ابوه حيا ويدخل
 مع غيره كعمه مثلا عيلا بتشويك
 حروف العطف وهو الواو * واما
 المسئلة الاولى فهو من المسائل
 المشهورة وفي غالب كتب الهند
 مسطورة فمن ذلك في انجع الوسائل
 لنجم الدين الطوطوشي نصه *
 السخ واما المسئلة الثانية فهي
 المتناوي الهندية لووفى على
 زيد ومفبه ولزيد اولاد وزيد
 حتى لا يكون لاولاده شيء لان ولد
 الرجل لا يسي عقبه الا بعد موته
 كذا في المحيط وفي الفدية وعقب
 بلان ولده الذكور والاناث ثم
 اولاد الابن ولاكن بعد موت بلان *
 ومثله في شرح الوهبانية لابن
 الشحنة وفي انجع الوسائل للطوطوشي *
 كتبه العبد العفيف السيد.....

مفتي بلد كذا *

وبليهم مواهبستان تامقان احدي
 من مفتي واخرى من فاضى مشهورين
 مشمل الاول ع^{١٧} السلام

pas compris dans la formule exprimée par le fondateur.

Quant à ceux dont le père n'est pas mort, ils n'ont aucun droit à prétendre, tant que leur auteur est en vie. En effet, on ne devient l'Akeb d'un homme, qu'après sa mort, parce qu'on le remplace; c'est pourquoi l'enfant ne peut participer au bénéfice avec son père, tant qu'il vit; mais, avec un autre, tel qu'un oncle, par exemple, cela serait possible, en appliquant la règle de participation simultanée résultant de l'emploi de la particule copulative ouaou (et).

La première question se réfère à une espèce bien connue et qui est discutée dans la plupart des ouvrages de jurisprudence du Medheb (hanafite). C'est ainsi que, dans le traité de Nedjem ed Dine Tartouchi, appelé *Enfâ el Ouaçail*, il y est dit... (Suivent deux citations reproduites ci-dessus au chapitre V, page 65, n° 3°, et page 66, n° 1°).

Pour ce qui est de la 2° question, voici ce qui est dit dans (l'ouvrage intitulé) *El Fetaoui el Hendia* : « Si, par exemple, le hobous est « constitué au profit de Zeïd et de « ses Akeb, et que Zeïd ait des « enfants, ceux-ci ne participeront « en rien, tant qu'il sera vivant, « parce que l'enfant de l'homme ne « devient l'Akeb de celui-ci que lors- « qu'il est mort ».

Dans El Mouhite et El Konia, on trouve la même explication : « Les « Akeb du de cujus sont ses enfants « des deux sexes, puis les enfants « des fils, mais seulement après sa « mort ».

Il en est de même dans le commentaire de l'Ouahbania par Ibn Chehna et dans l'Enfâ el Ouaçail de Tartouchi.

Ecrit par l'humble serviteur de Dieu Sid..... Moufti de la ville de (Tunis).

Suivent deux homologations com-

plètes, l'une par un Moufti, l'autre
par un Cadi, savant de mérite, de
même que le précédent.
Année 1227 (1812-13).

Observations

La consultation qui précède explique fort bien le mécanisme de la formule de dévolution aux Akeb et Akeb d'Akeb, conformément à la démonstration faite au chapitre V.

L'auteur fait ressortir un détail que nous n'avions pas rencontré ailleurs : malgré l'emploi de la conjonction « et » impliquant la participation simultanée, l'Akeb ne peut bénéficier concurremment avec son auteur direct, car il ne devient son Akeb qu'après qu'il est mort ; jusque-là il est son « enfant », dont il n'a pas parlé.

III

CONSULTATION

d'un moufti d'Alger sur l'application du mot *akeb* (1)

QUESTION

Tous les descendants d'une branche ayant pour auteur commun une femme, sont-ils (d'après la législation spéciale du hobous), régis par les mêmes règles et dans la même situation que ceux de la branche ayant pour auteur commun un homme ?

Pour préciser, les membres de cette branche peuvent-ils avoir, dans certains cas, la qualité d'Akeb et dans d'autres ne pas remplir les conditions nécessaires pour cela, — en tenant compte du sens propre du mot Akeb, tel qu'il a été déterminé par les légistes, et de la définition qu'ils lui ont donnée ?

En résumé, peut-on appliquer à la descendance d'une femme la dénomination qui sert à désigner celle qui a un homme pour auteur ?

Ou bien, cette dénomination est-elle inapplicable à la descendance d'une femme et incompatible avec elle ?

Veuillez nous donner à cet égard, une explication complète, etc.

RÉPONSE

Après avoir étudié, etc., etc., je répons :

Aucun jurisconsulte, possédant à fond les principes de la doctrine, n'ignore ce que les auteurs ont écrit sur la question de l'Akeb et le sens de ce mot qu'ils définissent ainsi : « *L'Akeb est l'enfant et l'enfant de l'enfant mâle, à l'exclusion de (celui de) la fille.* »

Telle est la formule adoptée par le Dorr el Mokhtar et les autres ouvrages des légistes de l'école hanafite, pour définir le sens du mot Akeb.

Il est donc reconnu par tous les jurisconsultes, sans indécision possible, que l'expression « *à l'exclusion (de ceux) de la fille* (2) », qui termine la définition, a pour but de spécifier que l'enfant de l'enfant du sexe féminin ne peut être appelé Akeb. Tandis qu'en

(1) Le texte arabe de cette pièce n'a pu être retrouvé ; mais sa traduction est authentique.

(2) Les mots « de ceux » mis par nous entre parenthèse n'existent pas dans le texte, ce qui motive la dissertation.

prenant la phrase à un point de vue trop absolu, on pourrait croire que le terme Akeb ne s'applique qu'aux mâles.

Il résulterait de cette appréciation prenant les mots « de la fille » comme se rapportant « à tous les enfants », soit comme auteurs de la branche, soit comme en faisant partie, que, par exemple, la fille du fils et la fille du fils du fils ne seraient pas rangés parmi les Akeb.

Cette conclusion étrange constituerait une grave erreur, en opposition absolue avec les principes admis sans conteste par le corps des grands légistes, fondateurs de la doctrine orthodoxe. Chacun sait, en effet, que cette législation, ne pouvant être contestée, a posé comme règle que « *la fille du fils et la fille du fils du fils, à l'infini, sont Akeb du de cujus* ».

L'erreur ci-dessus visée a pour motif l'extension arbitraire donnée à la restriction contenue dans la formule, en la faisant se rapporter indistinctement aux descendants et à leurs auteurs.

En réalité, la législation ne refuse le titre d'Akeb qu'à ceux qui, dans la chaîne d'ascendance les rattachant au de cujus, sont séparés de lui par une femme. Ils forment, selon les légistes, une nouvelle catégorie, celles d'enfants d'une fille de l'auteur, qui n'ont pas droit au titre d'Akeb de celui-ci, comme l'avait leur mère, mais qui possèdent ce titre, par rapport à celle-ci (Akeb de fille du de cujus), et cela, personnellement.

Il est établi sans conteste, par les ouvrages de ces auteurs et les règles qu'ils ont posées, qu'ils n'ont nullement entendu conclure de ce qui précède que le titre d'Akeb ne pouvait s'appliquer qu'à un groupe indivisible comprenant l'enfant (du de cujus) et l'enfant de son enfant mâle, car il en résulterait que son propre enfant (mâle), s'il n'avait pas lui-même d'enfants, n'aurait pas droit au titre d'Akeb de son père. Au contraire, cette définition consacre, pour eux, le principe que les Akeb d'un homme sont ses propres enfants, des deux sexes, sans exception, aussi bien que les enfants de ses enfants mâles. Il est donc certain qu'il n'y a pas d'exception à cette règle et que les enfants du de cujus sont ses Akeb, même s'il n'a pas de petits-enfants. Cela est bien connu par tous les hommes suffisamment instruits dans la science de la propriété des termes.

Je ne crois pas, du reste, qu'il existe aucun bon légiste ayant dit quelque part que le propre enfant d'un homme pouvait ne pas être son Akeb.

En revenant à la définition sus-dite consacrée par la jurisprudence, à savoir : que le mot Akeb s'applique à l'enfant et à l'enfant de l'enfant mâle, nous reconnaitrons que les légistes ont donné prise à une certaine équivoque, en ne précisant pas si le premier enfant peut-être aussi bien du sexe masculin que féminin. Dans ce cas, aucune hésitation n'est permise : le sens général exclut toute restriction et il faut en conclure que le mot « enfant » désigne ici de la façon la plus complète et la plus absolue, les garçons et les filles.

Et pour résumer ce qui vient d'être dit, il est certain que l'enfant du sexe féminin est Akeb du de cujus. Si, en effet, les doc-

teurs avaient voulu réserver ce titre aux mâles, exclusivement aux filles, ils auraient rédigé leur formule comme suit : « l'Akeb « désigne l'enfant *mâle* et l'enfant de son enfant mâle. » Mais cela n'a pas eu lieu ; le fait manquant, la conséquence disparaît et par suite, la restriction n'est pas applicable.

Dans d'autres cas, notamment en matière d'héritage, aucune exclusion ne frappe la mère à l'égard des enfants ; ils sont toujours ses enfants, aussi bien qu'ils le sont de leur père et aucune infériorité n'atteint l'un des époux, sous ce rapport, à l'égard de l'autre.

Ainsi, dans la phrase : « l'enfant et l'enfant de l'enfant mâle, à « l'exclusion (de ceux) des filles », ce premier enfant peut être une fille, et, si aucune femme n'est interposée entre elle et le de cujus, les légistes donnent aux membres de cette branche le titre d'Akeb (du fondateur). La fille, comme le garçon, peut donc, d'une manière absolue, être Akeb, et les deux sexes ont ici un droit égal, de même qu'ils participent sur le même pied, selon leur qualité propre, aux droits héréditaires.

Il résulte de là que les enfants des filles désignées dans l'acte participent au bénéfice du hobous, si le fondateur a relié leur descendance à elles-mêmes, par la répétition du mot Akeb, ainsi que (dans les branches) mâles, ceux de la première femme insérée, en les reliant à lui par la même répétition. C'est absolument comme s'il avait dit : « Je constitue le hobous au profit de mes enfants, tel et tel et telle et telle et de ceux des deux sexes que je pourrai avoir encore ; puis au profit de leurs Akeb et des Akeb de leurs Akeb. » Telle est la règle applicable à cette formule ou à toute autre du même genre, dont les termes comportent la participation des enfants des (premières) filles.

En résumé, l'interprétation logique de l'expression établit que la femme peut être Akeb et avoir elle-même des Akeb, et que la restriction sus-visée ne l'exclut nullement. Il en résulte que le qualificatif « mâle », contenu dans la formule, se rapporte uniquement au père des petits enfants, qui doit être du sexe mâle.

Voilà le sens qu'on a voulu et qu'on doit donner à la définition ; c'est-à-dire que l'enfant de la fille du de cujus ne peut être l'Akeb de celui-ci, puisqu'il n'est pas issu d'un mâle, tout en étant lui-même du sexe masculin ; et que l'enfant du fils du de cujus est son Akeb, tout en étant lui-même du sexe féminin⁽¹⁾.

Tel est le résultat de l'analyse de la formule dont on désire connaître le sens exact. Il est impossible de l'interpréter autrement et de contredire cette conclusion.

Quant aux conséquences que certains ont prétendu tirer de cette restriction ; en l'appliquant arbitrairement à toutes les branches et aux auteurs de chacune, au profit des mâles, à tous les degrés de la descendance, les plus éloignés, comme les plus proches du de cujus, — elles sont absolument fausses et erronées.

(1) L'auteur aurait pu ajouter que la distinction exprimée : « et les (seuls) enfants des mâles » démontre que les premiers enfants sont des deux sexes.

Tout légiste, instruit et doué de bon sens, le reconnaîtra, puisque cette conclusion viole les principes admis par l'universalité des jurisconsultes, à savoir : que la fille d'un homme est son Akeb, de même que la fille du fils de cet homme (ou de ses fils), jusqu'au degré le plus éloigné ; que la fille, Akeb de son père, donne naissance elle-même à des descendants, Akeb de leur mère ; et que dans la formule « l'enfant et l'enfant de l'enfant mâle » rien ne l'empêche d'être le premier enfant, chef de cette branche, se continuant par les mâles. Ces enfants de la descendance par les mâles sont Akeb de l'auteur commun, qui peut aussi bien être une femme qu'un homme, puisque le mot « enfant » qui le désigne a un sens général qui s'applique d'une façon absolue aux deux sexes, ainsi que cela a été démontré plus haut.

Enfin, pour en finir avec le qualificatif « mâle » qui, selon l'interprétation absolue des jurisconsultes, ne se rapporte qu'à l'enfant du précédent enfant, leur décision est confirmée par l'application de la règle grammaticale posant en principe que le qualificatif, exprimé après plusieurs substantifs, ne peut se rapporter qu'au dernier.

Sur quoi, je clos ma réponse qui n'a négligé aucune des parties de la question.

Écrit par Moufti d'Alger.

(Suit l'homologation du Moufti Maleki de la même époque (182.).

Observations

Cette consultation démontre encore le sens du mot Akeb, tel que nous l'avons donné au chapitre V, et les conséquences de son emploi dans les actes de hobous. On peut la résumer comme suit :

1° Le terme d'Akeb caractérise sans exception les enfants des deux sexes de leur père et de leur mère. Ils sont Akeb de l'un comme de l'autre (après leur mort) ;

2° Les enfants des deux sexes des enfants mâles du de cujus sont, à l'infini, Akeb de celui-ci, tant qu'ils se rattachent à lui, de père en père, et non par l'intermédiaire d'une mère ;

3° Les filles du de cujus et les premières filles de ses fils ou petits-fils, à l'infini, sont également, en leur personne, Akeb du de cujus, mais elles ne transmettent pas cette qualité à leurs enfants ;

4° Les enfants des deux sexes des filles du de cujus et ceux des premières femmes, insérées dans la descendance des mâles, sont Akeb de leurs mères et, par conséquent, Akeb d'Akeb du de cujus. Les enfants de leurs enfants mâles, se transmettent ce titre d'Akeb d'Akeb, à l'infini, jusqu'à ce que la descendance aboutisse à une seconde femme en la personne de laquelle il s'éteint ;

5° Les enfants de la seconde femme insérée dans la descendance, étant Akeb d'Akeb d'Akeb, n'ont plus droit au bénéfice du hobous si cette catégorie n'a pas été appelée par le fondateur.

L'auteur de cette consultation a bien le droit de dire qu'il n'a rien laissé dans l'ombre.

IV

ACTE CONSTITUTIF DE HOBOUS

appliquant divers modes d'attribution du bénéfice

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu !

بعد ان ثبت تملك السيد بلان
لها تقدم من الاملاك حسبها
هو مبين اعلاء اتم البيان بغير هذا
حضر لان امام الشيخ الفاضل
الشيخ الهالك المذكور واشهد انه
حبس و اوفى جميع الاملاك
المومي اليها الشيخ على ولذة الموجود
لان وهو سي الحاج المكسي وعلى كل
ولد ذكر يحدث له بفيضة عمرة
ان قدر الله ذلك ثم على اولادهم
و اولاد اولادهم المذكور دون الاناث
ماتنا سلوا و امتدت بروعهم
في الاسلام لا يدخل في ذاك الابناء
مع وجود الابناء و من مات من
الذكور وترك ولدا ذكرا او اولاد
ذكور استحق كل واحد منهم حظا
مع بفيضة الموجودين من اهل
الحبس بحيث يفسم الوفاء بين
الموجودين من المذكور على حد

Il a été préalablement établi que Sid un tel est légitime propriétaire des immeubles énumérés et désignés ci-dessus, ainsi que le tout est exposé, de la manière la plus complète, dans l'autre acte.

Actuellement, pardevant le Cheikh Cadi de etc., a comparu :

Le propriétaire sus-mentionné, lequel, se trouvant etc., a pris à témoin qu'il déclarait frapper de hobous et placer sous le régime d'un ouakf,

la totalité des immeubles sus-désignés, tels etc.,

au profit de son fils actuellement en vie, Si El Hadj El Mekki, et de tous autres enfants, du sexe mâle, qui pourront lui survenir, durant le reste de sa vie, si Dieu veut bien le permettre ;

puis au profit de leurs enfants et des enfants de leurs enfants du sexe mâle à l'exclusion des filles, tant qu'ils se reproduiront et que leurs branches s'étendront dans l'Islam.

Les fils ne participeront pas au bénéfice du hobous simultanément avec leurs pères, ceux-ci vivants : lorsqu'un de ces (descendants) mâles viendra à mourir, s'il laisse un fils ou des fils, chacun d'eux participera au hobous, avec les bénéficiaires subsistants, c'est-à-dire que le (produit du) hobous sera partagé entre les bénéficiaires appelés, existant alors, par tête, sans s'inquiéter s'ils sont du même degré

الرووس اتحد وا في الطبقة او اختلجوا
ومن مات من غير عقب رجوع نصيبه
للبناتين بعده على السواء والاعتدال
من غير تفضيل لبعض دون البعض
ومن مات ابوه قبل استحقاقه
الوفى استحقاق تناول الوفاى مثل
ما تلقى اصله الوفاى ثم مات فان
انفرض عقب المذكور رجوع الكس
ليس كان موجودا من بنات صلب
الوفاى وبنات ذكور ذريته يفسم
بينهن على عدد رؤوسهن من غير
تفضيل لغيرهن على آخر فاذا انفرض
جميع من ذكر ولم ينجد منهم احد
رجع الكس لذرية البنات اعنى
بنات الوفاى وبنات بنات الوفاى وان
سلس الذكور والانثى في ذلك
سواء بحيث يوزع الكس بينهم
على عدد الرووس اتجسوا طبقة
او اختلجوا هذا وان اشترط المحبس
لاستحقاق بالفوة كالا ستحقاق
بالبعضل للمذكور جار في بنات
الصلب وبنات الذكور واولاد
البنات سواء فاذا انفرض جميع
من ذكر ولم يبق احد منهم

(dans la descendance), ou d'un degré différent.

Quant à ceux qui décéderont sans descendance mâle⁽¹⁾, leur part sera dévolue à ceux qui subsisteront, également entre eux, sans avantage pour certains au détriment d'autres.

Et si un père vient à mourir sans que son accession se soit produite (en raison de la survivance de son père), son fils sera appelé au bénéfice, comme si son père l'avait été et ne fut mort qu'après, c'est-à-dire qu'il aura les droits que celui-ci aurait eus.

Si tous les descendants mâles viennent à s'éteindre, le bénéfice du hobous sera alors dévolu : 1° aux propres filles du fondateur qui pourront subsister ; 2° et aux filles de ses descendants mâles, pour être partagé entre elles, par tête, sans aucun avantage pour une catégorie sur une autre.

Et si tous les bénéficiaires susdits viennent encore à s'éteindre et qu'il n'en subsiste plus un seul, le bénéfice du hobous sera dévolu à la postérité des filles, c'est-à-dire, aussi bien des propres filles du fondateur que de celles issues de ses fils, les deux sexes y participant, même étant du degré le plus inférieur, sur le pied d'égalité. En conséquence, le produit du hobous sera partagé entre eux par tête, sans tenir compte de l'égalité ou de l'inégalité de leur degré.

Les clauses édictées par le fondateur et stipulant, soit la vocation ne se produisant qu'après extinction des catégories préférées, soit le privilège accordé aux mâles, s'appliquent aussi bien aux propres filles du fondateur, qu'aux filles des descendants mâles et aux enfants des filles, de la même façon pour tous.

(1) C'est évidemment le sens donné ici au mot akeb, à tort du reste, puisque les filles sont exclues.

النخ رجع الحبس المذكور للحرمين
الشريطين زادهما النخ *

Et si toutes les catégories ci-dessus désignées viennent à s'éteindre sans qu'il en subsiste un seul représentant, le (bénéfice du) hobous sera définitivement dévolu aux deux villes sacrées et nobles (La Mekke et Médine, — que Dieu etc.

Observations

Cette formule constitutive nous présente un type rare et digne d'intérêt à plusieurs titres ; elle s'inspire, en partie, des règles de l'école malekite et ne renferme aucune trace du système d'Abou Youssef.

Mais ce qui est plus rare encore, c'est qu'elle s'écarte de la tradition et de l'usage en n'appliquant pas les principes de l'attribution à la descendance par les mâles caractérisés par l'expression : l'Akeb. Les conditions minutieusement indiquées pour les diverses dévolutions aboutissent à un résultat différent. C'est comme fils et fils de fils que les mâles sont appelés, puis vient le tour des filles et filles de mâles, puis celui des enfants des deux sexes des filles. Résumons le système :

1° Le bénéfice du hobous est attribué d'abord au fils du fondateur et à ceux qui pourraient lui naître encore, à l'exclusion des filles, et après eux, à leurs fils et aux fils de leurs fils, à l'infini. C'est une attribution à sa descendance mâle exclusivement, en contradiction avec les règles de l'école malekite ;

2° Le partage se fait par tête et l'accession résulte de la mort de l'ascendant qui absorbait le bénéfice. Il n'y a donc pas d'attribution par branche et l'on ne tient pas compte du degré. Le bénéficiaire appelé par le décès de celui qui l'« empêchait », n'accède pas par représentation, en recevant la part de son auteur, ainsi que cela a lieu dans les attributions par branches. Supposons, par exemple,

un père participant au bénéfice avec sept autres ayants droit et recevant, en conséquence, un huitième. Il meurt, en laissant trois fils qui participent avec les sept précédents. Le partage a lieu alors par dixièmes et les fils de celui qui avait droit à un huitième, recevront trois dixièmes ;

4° A l'extinction de tous ces bénéficiaires mâles, la dévolution s'opère au profit d'une catégorie exclusive de filles : celles du fondateur, s'il en reste, et celles des descendants mâles éteints, curieuse catégorie dont nous ne connaissons aucun exemple. C'est un avantage personnel qui s'éteint avec les bénéficiaires. Le principe du partage est toujours l'égalité par tête ;

5° Après cette période transitoire, le hobous est enfin dévolu aux enfants des deux sexes des femmes, sans distinction, ni exception.

En vérité la fantaisie du fondateur s'est exercée à son aise, et ces attributions doivent donner lieu à bien des difficultés, avant d'arriver à la participation générale.

V

TEXTES DE JURISPRUDENCE

ANNULATION DU HOBIOUS NON « ENREGISTRÉ »

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu !

واما الحبس الخالي عن الحكم
الصحيح بلزوم الوفاء بانه معروض
للابطال دون اشكال ولا خيال
وحيث تجرد من ذلك ساع للحاكم
ان يطلق لوارث الوافي بيعه *
فالعلامة شيخ الاسلام ابو عبدالله
محمد التمرتشي المغربي في تنوير
الابصار اطلق الشاخصي بيع وافي
غير مسجل لوارث الوافي ببيع صح *
فال في الدر المختار * وكان حكمها
بطلانها لعدم تسجيلها * وتضافرت
كلمة الهتون في الشروح والفتاوى
على هذا وان وجد وثيقة الحكم
به صدر بعد موت الوافي بين
ولده مثلا وبين من خاصه فيه
فلا يعمل عليه لان الحبس لا يلزم
بالحكم بعد موت الوافي كما هو

Quant au hobous dépourvu d'un jugement régulier le proclamant obligatoire, il peut, sans doute, ni indécision, être annulé. Si donc la fondation n'est pas validée par une décision de ce genre, le juge a le droit d'autoriser les héritiers du fondateur à en vendre la substance.

Le très docte Cheikh el Islam Abou Abd Allah Mohammed Tamourtachi, l'occidental, a dit dans le « *Tanouir el Abçar* » : Le Cadi « permet à l'héritier du fondateur « de vendre la (matière du) hobous « non « enregistré », et la vente « qu'il en fait est légale ».

A quoil'auteur du *Dorr el Mokhtar* ajoute : « Accompagnée d'un jugement d'annulation, parce qu'il « n'était pas « enregistré ».

Cette règle de la doctrine est développée victorieusement dans les ouvrages des commentateurs et les consultations légales sur la question.

Mais, si le jugement de validation joint au hobous a été rendu après la mort du fondateur, par exemple, à la suite d'un procès survenu entre son fils et un tiers, on ne peut en tenir aucun compte.

En effet, le jugement déclarant le hobous obligatoire est sans valeur, s'il a été rendu après la mort du fondateur, ainsi que cela est pro-

في البتأوى الهجومة نفلأعن
الشذية ونصره * لو حكم الحاكم
بعد موت الوافي لم يجز ولم يلزم
لان الوافي اذا لم يكن لازما
انتقل الى الذرية بعد موت
الوافي * فالصاحب الهجومة
وفد ابتي بهذا العلامة ابو سعود
العمادي وناهيك به عليها وهلا * الخ

clamé par l'auteur d'El-Fetaoui el Medjounâa, après avoir reproduit le passage suivant de la Konia : « Si le juge rend son jugement « après le décès du fondateur, il « n'est ni valable, ni obligatoire : si « en effet, le hobous n'avait pas les « caractères exigés pour sa légalité, « auparavant, sa substance est « échue (comme héritage) à ses « descendants, aussitôt après sa « mort ».

A quoi l'auteur d'El Medjmouâa ajoute : « Le très docte Abou Saoud « El Ammadi s'est prononcé dans « ce sens, et il est au-dessus de « tous comme science et comme « autorité ».

Observations

La jurisprudence qui précède s'applique aux hobous constitués selon la règle de l'école d'Abou Youssouf et demeurés imparfaits n'ayant pas été validés et « enregistrés » par le fondateur avant sa mort.

Cette formalité faite par un bénéficiaire est nulle et sans valeur et la raison qu'en donne la Konia est très logique : si le hobous était incomplet, sans force légale, du vivant du fondateur, il est tombé à son décès dans sa succession et n'existe plus.

Nous avons exposé ce cas dans le chapitre IV, paragraphe 7°.

VI

TEXTES DE JURISPRUDENCE

USURPATION DU HOBOUS

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu !

قال الامام محمود بن اسراء بل
الشهير باسم فاضي سماوينة في
كتابه المسبى بجامع القصوليين
في فصل الكلام على الاوقاف *
لو غصب الوفي احد ليس لاحد
من الموقوف عليهم خصومة بغير
اذن الفاضي * وقال بعده *
ان الوفي عند ابي حنيفة وصاحبه
محمد بن الحسن هو حبس اصل
الملك على ملك الوافي * قال
الامام ابن عابدين في تاليفه
السمى تنقيح الحامدية في الكلام
على الاوقاف اواخر صفة ز^{١٧٥}ومر
من اجزاء الاوقاف ما نصه * وفي فتاوى
سموئيل اذ غصب رجل ارض وافي

L'Imam Mahmoud ben Israël,
connu sous le nom de Ben Cadi
Semmaouna, dans son ouvrage in-
titulé *Djama el Fouçouline*⁽¹⁾, dis-
sertant sur les questions de ho-
bous s'exprime comme suit : « Si
« le hobous a été spolié par un
« tiers, aucun des bénéficiaires ne
« peut lui intenter de procès, sans
« une autorisation spéciale du Cadi. »
« En effet, — dit-il plus loin, —
« selon la doctrine d'Abou Hanifa
« et de son disciple Mohammed ben
« El Hassan, le ouakf est un séques-
« tre (hobous) placé sur la substance
« de l'immeuble, dont la propriété
« reste au fondateur. »

L'Imam Ibn Abidine, dans son
ouvrage appelé *Tenkîh el Hamdiâ*,
traitant des questions de ouakf (à fin
de la page 175 de la 1^{re} partie), dit :
« Le principe suivant est énoncé
« dans les Fetaoui de Samarkand :
« Si quelqu'un spolie le ouakf et
« que sa substance en subisse une
« diminution, l'indemnité qui sera
« obtenue de lui (pour cela), ne sera
« pas répartie entre les bénéficiaires
« du hobous, mais affectée aux be-
« soins du fonds, car les bénéficiaires

(1) C'est-à-dire « réunissant les deux Fouçoul » (systèmes), ceux de Mohammed El Asta-
rouchni, et ceux d'Imad ed Dine.

ونقص منها فيما أخذ منه لا يبرق
على أهل الوفاء بل يصرف في
مهمته لان جفهم في الغلة لاني
الرفبة وهو ضمان بدل الرفبة *
قال الشيخ خليل في مختصره *
الغصب اخذ مال تعدد يا فهرا بالا
حراية * وقال الشيخ الساطبي
الخبى في كتابه الهسمى الاجناس *
الغصب عبارة عن ايفاع الجعل
فيما يمكن نفله بغير اذن مالكة
على وجه يتعلق الضمان به اما من
من غير جعل في السجل لا بصير
غاصبا النسخ

« n'ont droit que sur les fruits, et
« l'indemnité représente la valeur
« du fonds (détourné), dont le spo-
« liateur a été rendu responsable. »

Le Cheikh Khelil, dans son
Mokhtaçar donne la définition sui-
vante : « L'usurpation est la prise
« de possession d'un bien contre
« toute justice et par la violence,
« — en dehors des faits de guerre. »

Le Cheikh Nâtefi, hanafi, dans
son ouvrage appelé *El Adjenas*
(les espèces), dit :

« Le terme « usurpation » carac-
« térise le fait de s'approprier une
« chose susceptible d'être enlevée
« sans l'autorisation du proprié-
« taire, c'est-à-dire dans des conditions
« entraînant la responsabilité de
« l'auteur de l'acte; mais si la réali-
« sation n'a pas eu lieu effective-
« ment à l'égard de la chose, l'auteur
« n'est pas qualifié « usurpateur ».

Observations

Ces textes appliquent les principes suivants, exposés
par nous dans divers chapitres :

1° Le bénéficiaire ne peut plaider pour le hobous sans
une autorisation spéciale du Cadi, parce qu'il n'a droit
qu'à sa part de fruits ;

2° Le hobous est un séquestre placé sur la chose pour
en garantir la propriété au fondateur ;

3° L'indemnité en réparation d'un préjudice porté au
hobous ne peut être répartie entre les bénéficiaires, mais
est affectée aux besoins du fonds ;

4° L'usurpateur ne peut se soustraire à la responsabilité
de son acte, à la condition qu'il ait été exécuté.

VII

TEXTES DE JURISPRUDENCE

SUR LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE PORTÉ AU HOBOUS
LA TRANSACTION, ETC.

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu !

قال الامام العبادي ابو الفتح
بن ابي بكر الهرغياتي السمرقندي
في كتابه المسهب في اصول الاحكام
في اصول الاحكام اثنى الكلام على
الوفوي في الفصل العشر منه
مانصر * و من فتاوى رشيد الدين
في باب الصلح * ادعى على رجل
ملكاً محدوداً انه وفى على كذا
فانكر بصلحه المدعى عليه على
مال لا يصح لان الصلح بهذلة
البيع وايس للمتولى ولا يبيع
والاستبدال ولو دفع المتولى الى
المدعى عليه شياً واخذ الدار لاجل
الوفوي يجوز اذا لم يكن له بينة
على اثبات الوفوي والموفوي
عليه لو فعل ذلك لا يجوز لانه

L'Imam El Aïmadi Abou el Fetah
ben Abou Beker el Marghiani, Es
Samarkandi, dans son ouvrage in-
titulé *Fouçoul el Ahkam fi Ouçoul
el Ahkam*, au milieu de la disserta-
tion sur le hobous (section X), s'ex-
prime comme suit :

« Dans les Fetaoui de Rachid ed
« Dine, chapitre de la transaction,
« il est dit : « Une revendication est
« produite contre quelqu'un sur une
« propriété bien délimitée, en allé-
« guant qu'elle est régie par un
« hobous, au profit de X... — Le
« détenteur conteste, puis il finit par
« transiger avec le demandeur, au
« moyen d'une indemnité.

« Cette transaction n'est pas vala-
« ble, car elle est assimilable à une
« vente, et l'Administrateur n'a pas
« le droit de vendre ni d'échanger.

« Si l'Administrateur verse une
« indemnité au défendeur à la con-
« dition qu'il s'emparera de l'im-
« meuble pour le hobous, cela est
« valable, à la condition qu'il ne
« puisse fournir de preuve testimo-
« niale pour établir l'existence du
« hobous sur cet immeuble.

« Mais, si le bénéficiaire concluait
« cette transaction, elle serait nulle
« car il ne peut agir comme par-
« tie, etc. »

ليس بمخصص النسخ ثم قال في انشاء
العقود المذكور وفي فتاوى
سهرافند النسخ انظر عملاء * ثم قال
ما نصه وفي السير الكبير استبدال
الوفى باطل الا رواية عن ابي يوسف *
وفيل في جوابه ظهر الندين ان
استبدال الوفى يجوز ما لم يكن
مسجلا * وفي جواب صاحب المحيط *
فيم الوفى اذا باع الوفى بامر
القاضي ورايه وتديرة جاز فيرجع
الى القاضي فيفسخ الوفى اذا لم
يكن مسجلا ثم قال ومن المشايخ
من لم يجوز بيع الوفى تعطل
اولم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال
بالوفى * وهكذا حكى عن شمس
الائمة السرخسى وفي المنتقى من
الامام محمد اذا صار الوفى بحال
لا ينتفع به للقاضي ان يبيعه
ويشتري بتمه غيره وليس ذلك
القاضي ثم قال ان لم يشترط
الوفى الاستبدال بشين ما يكون
وفيها مكانه وكذا الامام محمد الوفى
باطل *

L'auteur ajoute dans le cours de cette section : « Il est dit dans les « Fetaoui de Samarkand, etc. (Cita- « tion donnée dans le texte précé- « dent). »

Puis il dit : « Dans le Sir el Kebir, « on trouve ce passage : l'échange « du hobous est nul et l'on ne peut « s'appuyer à cet égard que sur une « tradition rapportée d'Abou Yous- « sof. »

Dans les Faouaïd de Dehir ed Dine, il est dit : « L'échange du « hobous n'est valable que si le titre « n'est pas « enregistré ».

L'auteur d'El Mouhite s'exprime comme suit : « La vente de la subs- « tance du hobous, par le gérant, « est valable si elle a lieu avec « l'autorisation du Cadi, après « l'avoir consulté et avoir obtenu « son approbation. Dans ce cas, « l'affaire est soumise au Cadi qui « annule le hobous, s'il pas en- « registré. »

Puis il ajoute : « Certains doc- « teurs ne permettent nullement la « vente du hobous, soit qu'il ne « donne plus de fruits, soit qu'il « demeure productif. Ils interdisent « également l'échange de sa subs- « tance. »

Le Soleil des Imam, Serkheci, relatant dans la Monteka les prin- cipes de l'Imam Mohammed, dit : « Si la substance du hobous se « trouve dans un état tel qu'elle ne « produise plus rien, le Cadi peut « la vendre et employer le prix à « l'achat d'un autre immeuble en « échange ; mais le Cadi, seul, a le « droit de le faire. »

Puis il ajoute : « Mais si le fonda- « teur n'a pas stipulé (dans la charte « constitutive) que cet échange « pourrait se faire au moyen du « prix, l'acquisition n'a nullement le « caractère de remploi du hobous. »

C'est l'opinion de l'Imam Moham- med, lequel conclut : « Dans ce cas, « le hobous est détruit. »

VIII

TEXTES DE JURISPRUDENCE

DESTRUCTION DE LA SUBSTANCE DU HOBIOUS

TEXTE

TRADUCTION

الحمد لله *

Louanges à Dieu !

قال الامام عبد الفادر اجدى
في فتاواه من باب الوفي (صفحة ٤٩)
من الفدية في باب تصرفات
القيم من الوفي * فانوت هو
وفى صحبح احترق السوق
والحدوت وصار بحمال لا ينتبع
به ولا يستاجر به بشى البتة يخرج
من الوفية * ومن هذا الجنس
الرباط اذا احترق يبطل الوفي
و بصير ميراثا * ومن هذا الجنس
وفى صحبح على اف وام مسميين
فخرب ولا ينتبع به وهو بعيد
من الشربة لا يرغب احد في عمارته
بطل الوفي ويجوز بيعه * وفي
المصمات في مسايل الوصية من
كتاب الوفي انه يهدم الوفي وليس
له من الغلة ما يعاد بناؤه دفع

L'Imam Abd el Kader Efendi, dans ses Fetaoui, chapitre du hobous, feuillet 49, a dit, conformément au texte de la Konia, chapitre de l'administration du hobous par le gérant :

« Une boutique, régie par un hobous régulier, est détruite dans un incendie qui brûle tout le souk ; son emplacement reste inutilisable, personne ne voulant le prendre en location à aucun prix. Dans ce cas, l'immeuble cesse d'être hobousé.

« Il en est de même à l'égard d'un Ribat (couvent) détruit par un incendie : ce qui en reste reprend la qualité de bien héréditaire, le hobous qui le régissait étant devenu caduc.

« C'est encore le cas d'un hobous constitué au profit de personnes déterminées et dont la substance est tombée en ruine, ne produisant plus rien, étant située loin des bourgades habitées, de sorte que personne ne veut se charger de la remettre en état de production. Ce hobous est nul et la vente de sa matière est licite. »

Dans l'ouvrage intitulé *El Mad-marate fi Maçail el Ouacaïa*, au chapitre de l'ouakf, il est dit : « La substance du hobous est écroulée

المنفض الى الوافى او ورثته وكذا
حوض الشوية او المحلة خرب بحيث
لا يمكن عمارته واستغنى عنه اهل
المحلة بطل ورجع ملكا للوافى *

« et l'on ne possède aucune res-
« source sur ses produits pour réédi-
« fier la construction : les matériaux
« sont alors restitués au fondateur
« ou à ses héritiers. Il en est de
« même d'un bassin affecté à l'usage
« d'une bourgade ou d'un campe-
« ment. Si l'on ne peut le remettre
« en état et que les gens de la bour-
« gade et du campement ont cessé
« de s'en servir, le hobous est frappé
« de caducité et sa matière revient
« au fondateur en toute propriété. »

Observations

Les deux textes qui précèdent confirment la doctrine exposée dans le cours de ce travail, notamment aux chapitres VII, IX et X.

Les ouvrages cités jouissent d'une autorité incontestable ; les règles qu'ils posent sont précises et l'on n'y rencontre aucune hésitation sur les questions principales dont nous avons cherché à démontrer la fixité : nue-propriété de la substance du hobous conservée par le fondateur ; — restriction des droits des bénéficiaires, auxquels toute action, toute intervention est interdite ; — gérance de l'administrateur sous la direction du Cadi ; — procédure relative à l'usurpation du hobous ; — causes de caducité et de destruction de la fondation ; retour de sa substance aux nus-propriétaires ; — interdiction de l'échange ; précautions indispensables ; — formalités obligatoires pour le remploi qui ne peut s'effectuer *ipso facto* ; — règles des transactions, etc., etc.

Les textes qui précèdent remontent à une époque où la législation musulmane était sérieusement appliquée en Algérie, c'est-à-dire que les plus récents ne dépassent guère la première moitié du XIX^e siècle. Ils établissent que les vrais principes du code du hobous y étaient en pleine vigueur et judicieusement observés, dans leur esprit et dans leurs conséquences. Ici, encore, un préjugé doit être combattu : parce qu'on a trouvé beaucoup d'actes constitutifs irréguliers, mal rédigés, anormaux, sanctionnés par des jugements de Cadis ignorants ou complaisants, on a répété que le hobous, en Algérie, avait perdu ses caractères essentiels et que la jurisprudence s'était prêtée à toutes les fantaisies des constituants.

Cela est en partie exact, pour la période des trente ou quarante dernières années, et, nous l'avons déjà dit, c'est notre faute. Les Cadis, juges au premier degré, tiennent, autant que possible, à ce que leurs sentences ne soient pas cassées. Si elles avaient continué à relever du Medjelès, ils auraient pu appliquer la vraie législation ; mais sachant qu'elles seraient déférées à nos Chambres d'Appel ou à nos Cours, ils ont dû, malgré eux, se conformer à leur jurisprudence variable. Qu'on suive, en appel, les règles essentielles du code du hobous, ils y reviendront, eux aussi, avec empressement.

Mais pour ce qui est de la période antérieure, il est absolument faux que les Cadis et Medjelès n'appliquaient pas la stricte législation du hobous. Les textes qui précèdent en donnent la preuve ; nous aurions pu en publier bien d'autres, mais c'eût été compliquer ce travail, sans augmenter la valeur de la démonstration.

Nous avons voulu aller au-devant d'une objection :
« Votre exposé, aurait-on pu dire, présente la doctrine
« théorique de l'institution, appuyée sur les ouvrages
« d'auteurs classiques dont les plus récents remontent à

« deux siècles ; mais, dans la pratique algérienne, cette « jurisprudence est tombée en désuétude et a été remplacée « par une autre. » Voilà pourquoi nous avons ajouté, comme annexes, les textes ci-dessus.

Il est certain que les légistes musulmans, Cadis et Medjelès, appliquaient, en Algérie, les dispositions du code du hobous et qu'aucune jurisprudence contradictoire ne s'y était fondée. En législation musulmane, ces transformations sont presque impossibles. Si donc des anomalies ont été relevées, c'étaient des exceptions qu'on a eu le grand tort de prendre pour des règles.

Bien mieux, nous avons acquis la conviction, fondée sur une expérience déjà longue, que les légistes algériens appliquaient la vraie doctrine beaucoup plus exactement que ceux de Tunisie ou d'Égypte. Peut-être faut-il en chercher la cause dans ce fait que l'action dissolvante des Turcs s'est fait beaucoup moins sentir dans notre régence que dans les provinces plus orientales, de sorte que les bonnes traditions se sont conservées dans nos écoles.

Pourquoi a-t-on dit le contraire ? La réponse, hélas, est bien simple : c'est parce qu'on ne connaissait pas la question.



ERRATA

Page 131, ligne 9, lire *ancestral* pour *au cestral*.

Page 131, deux lignes plus bas, lire *récelés* pour *relecés*.

Page 147, avant-dernier paragraphe, lire *jurisconsulte* au lieu de *jurés consultés*.

TABLE DES MATIÈRES

	Avant-propos	1
CHAPITRE	I. — <i>Définition et origine du hobous ou Ouakf.</i> . . .	9
	1° Définition et nature du hobous.	9
	2° Origine du hobous.	12
	3° Faible légalité du hobous	14
CHAPITRE	II. — <i>Conditions essentielles de légalité des constitu-</i> <i>tions hobous.</i>	17
	1° En la personne du constituant.	17
	2° En ce qui concerne la chose hobousée	18
	3° Obligation du but charitable ou d'utilité publique	19
	4° Choses susceptibles d'être hobousées.	20
	5° Clauses de la charte constitutive	21
CHAPITRE	III. — <i>Altérations apportées aux règles fondamentales</i>	25
	1° Admission de bénéficiaires intermédiaires	25
	2° Facilités accordées par l'école d'Abou Youssof. — Tentatives inutiles pour en arrêter les conséquences	27
CHAPITRE	IV. — <i>Législation définitive du hobous; règles de prin-</i> <i>cipe.</i>	33
	1° Le texte de l'acte fait la loi du hobous	33
	2° Surveillance et action du Cadi	35
	3° Inaliénabilité. — Exception du rite Maleki Règle d'Abou Youssof.	37
	4° Obligation du but pieux ou humanitaire et de la mention de pérennité	40
	5° Opposition et incompatibilité du hobous avec la succession	43
	6° Extension de la catégorie des choses ho- bousables	45
	7° Le jugement de validation	49
CHAPITRE	V. — <i>Législation définitive du hobous. — Désignation</i> <i>des bénéficiaires</i>	53
	1° Participation simultanée ou successive	54
	2° Désignation des bénéficiaires	55
	3° Sens du mot « <i>Akeb</i> »	59

4° Le hobous au profit de l'Akeb et de l'Akeb d'Akeb	61
5° Au profit de sa postérité (ou de groupes)	63
6° Règles de la dévolution par degré et par tête	64
CHAPITRE VI. — <i>Législation définitive du hobous. — Administration de la fondation</i>	67
1° Désignation de l'administrateur. — Nomination et révocation.	68
2° Attributions de l'Administrateur	70
3° Responsabilité — Gérance commune. — Salaire	73
4° Conséquences de la restriction du mandat de l'administrateur	74
5° Administration du Cadi	77
CHAPITRE VII. — <i>Législation définitive du hobous. — Droits des bénéficiaires</i>	81
1° Ouverture du droit du bénéficiaire. — Nature de ce droit	82
2° Le bénéficiaire ne peut intervenir dans la gérance ni participer à l'entretien	83
3° Acceptation du bénéfice. — Désistement. Cession. — Collation de privilège	84
4° Le bénéficiaire locataire du hobous. — Interdiction de le modifier et de sous-louer	87
5° Le bénéfice consistant en droit d'habitation	89
6° Le bénéficiaire ne peut ni donner à bail, ni échanger, ni vendre le bien hobousé.	90
7° Il ne peut plaider ni pour le fonds, ni ni pour les fruits	91
CHAPITRE VIII. — <i>Législation définitive du hobous. — Locations. — Baux ordinaires et à long terme</i>	95
1° Limites de durée du bail normal	95
2° Baux à long terme (Ana, Djeza, Enzel, Hekre, Mersad, etc.)	96
3° Fixation du loyer. — Paiement	99
4° Règle de la jouissance du locataire	101
CHAPITRE IX. — <i>Législation définitive du hobous. — Condition de la vente des biens hobousés. — Echange et emploi</i>	103
1° Inaliénabilité du hobous régulier	103
2° Echange en nature du bien hobousé	104
3° L'échange au moyen de la vente et de l'achat en emploi	105
4° L'échange et le emploi prévus par le fondateur	107
5° Règles légales de la vente et du emploi	108
6° Causes de force majeure nécessitant le emploi. — Partage	111

CHAPITRE X. — <i>Législation définitive du hobous. — Preuves. — Contestations, revendication, annulation du hobous.</i>	115
1 ^o Preuves du hobous.	115
2 ^o Revendication de la substance par les héritiers ou par les bénéficiaires	117
3 ^o Contestations. — Dispositions contradictoire de l'acte.	120
4 ^o Le hobous devenu caduc par destruction de sa substance ou de son but	121
5 ^o Motifs spéciaux d'annulation du hobous contesté	123
6 ^o Préjudice porté au hobous. — Responsabilité.	125
 CHAPITRE XI. — <i>Considérations générales. — Le hobous devant les tribunaux français</i>	 127
Examen des causes de la réussite de l'institution	127
Les règles de la succession sont destructives de la propriété familiale.	129
L'institution du hobous a pour but d'y remédier.	131
L'institution devant les tribunaux français	132
Examen des principales espèces	134

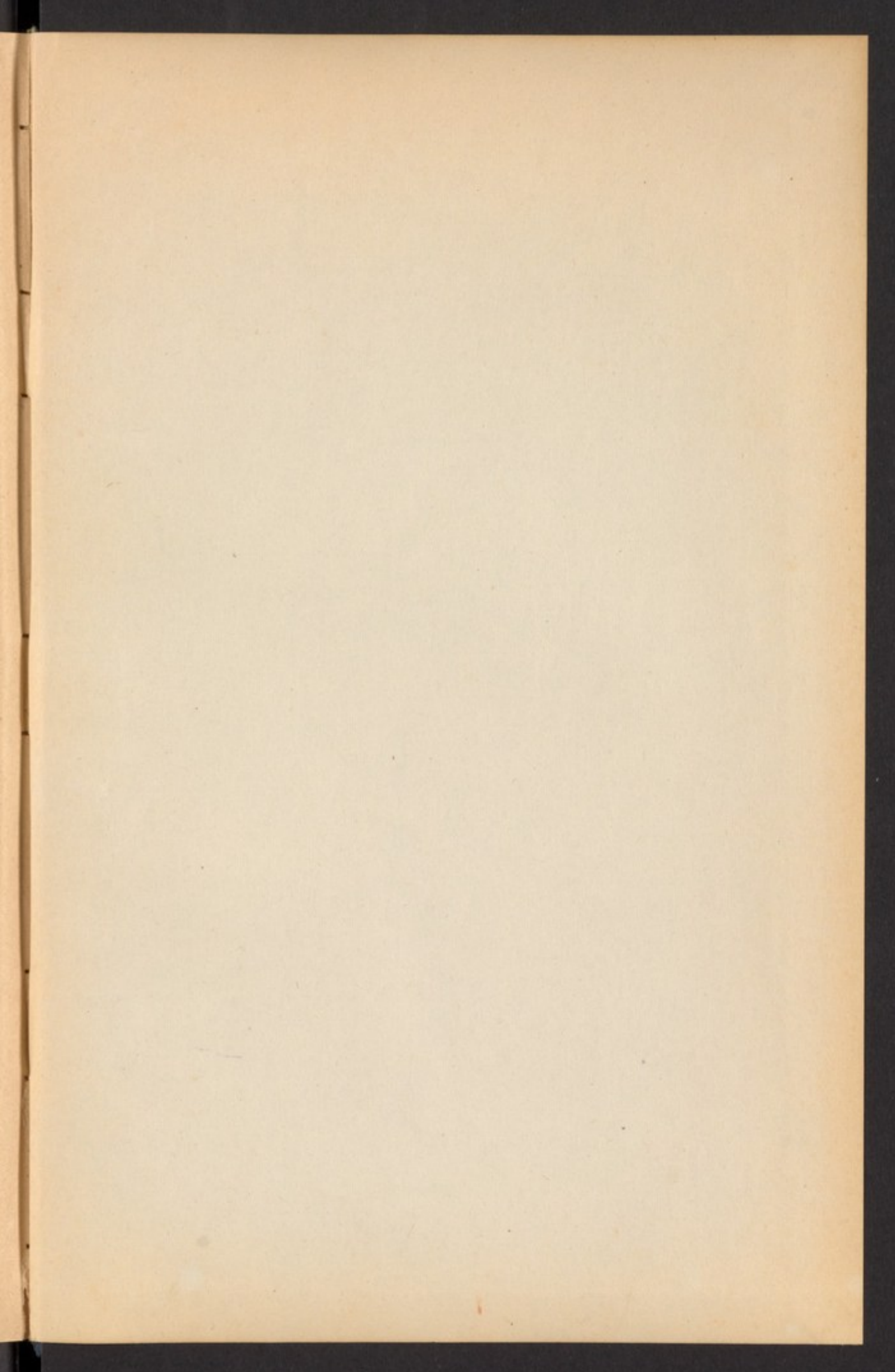
—
A N N E X E S
—

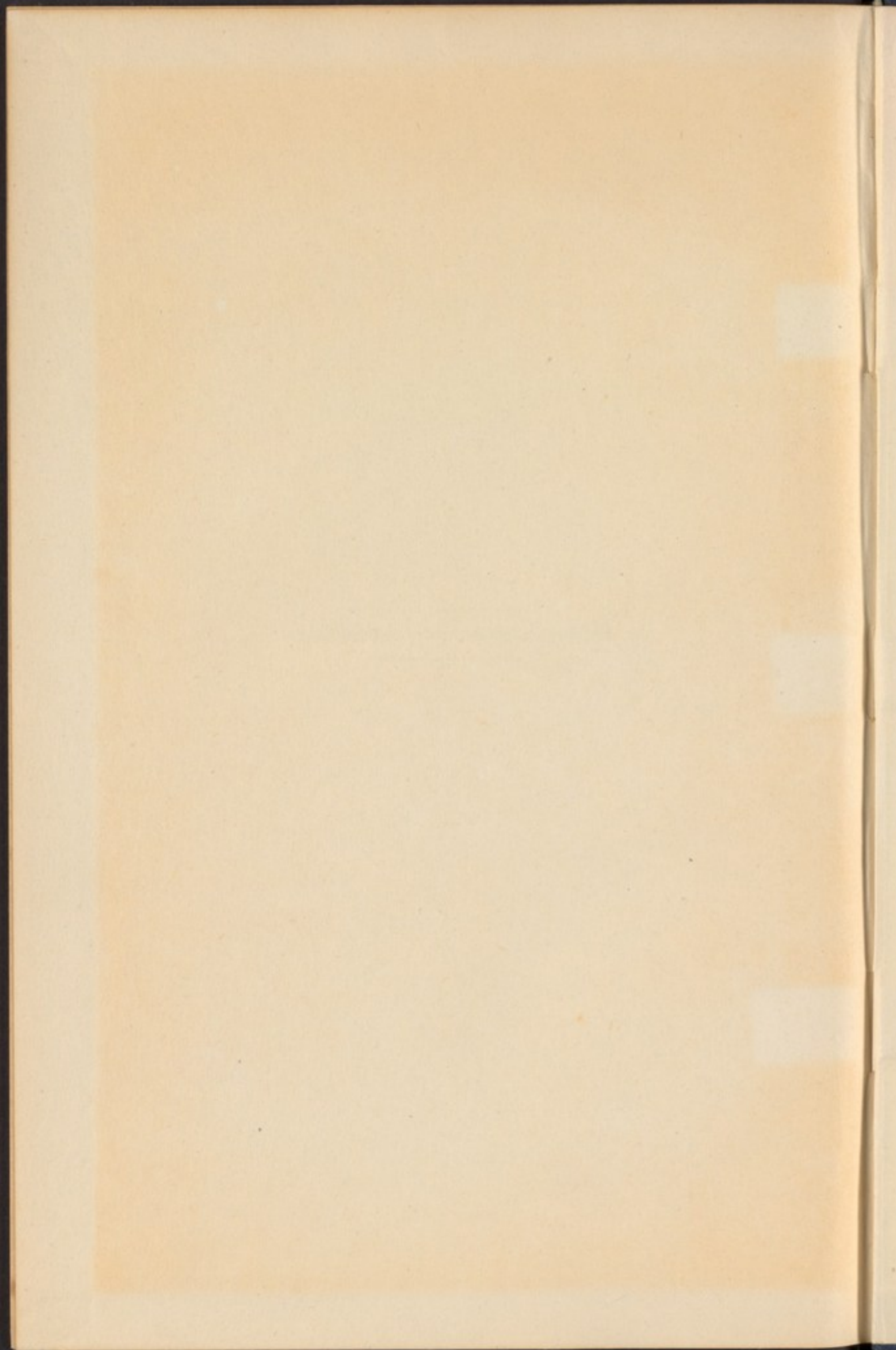
TEXTES DE JURISPRUDENCE SUR LE HOBIOUS

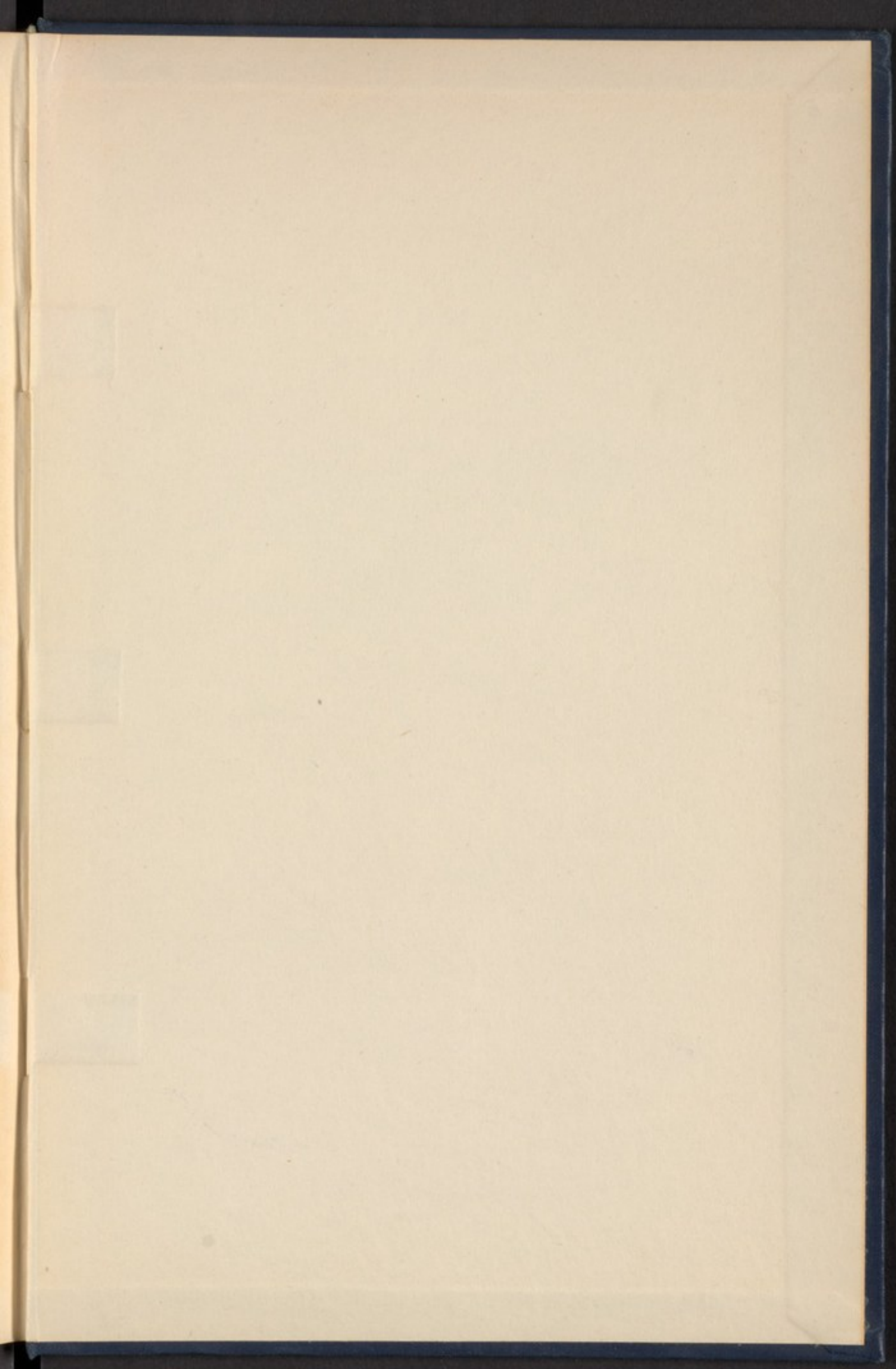
I. — Jugement appliquant les principales règles	141
Observations	148
II. — Consultation sur l'emploi du mot Akeb	150
Observations	153
III. — Consultation d'un Moufti d'Alger, sur le même cas	154
Observations	157
IV. — Acte constitutif du hobous, appliquant divers modes d'attribution du bénéfice	159
Observations	161
V. — Textes de jurisprudence. — Annulation du hobous non enregistré	163
Observations	164
VI. — Textes. — Usurpation du hobous	165
Observations	166
VII. — Textes. — Réparation du préjudice; transaction	167
VIII. — Textes. — Destruction de la substance du hobous	169
Observations	170



CONSTANTINE. — IMPRIMERIE D. BRAHAM







LIBRARY OF CONGRESS



0 041 554 619 1

L
L
b