



## LE REGIME JURIDIQUE DE LA DOT EN DROIT ALGERIEN

Par Djilali TCHOUAR \*

L'institution de la dot<sup>(1)</sup>, telle qu'elle se présente à travers le droit musulman, n'est pas toute entière de construction islamique. Elle est le fruit d'une période bien déterminée de l'Arabie anté-islamique où la femme était considérée comme une chose, voire un bien, ayant une valeur économique et pouvant, de ce fait, être vendue au plus offrant.

A cette époque reculée de l'histoire, le sadaq était véritablement le prix d'achat de la femme que l'époux devait payer à la famille de celle-ci<sup>(2)</sup>. Or, devant cette situation critique de la femme, retentit, dans la péninsule arabe par l'entremise du Prophète, la voix du ciel qui ramène les choses à leur juste valeur, et redonne à la femme sa dignité et ses droits. L'Islam

---

(\*) Docteur d'Etat en Droit, Maître de conférences à l'Institut des Sciences Juridiques et Administratives de l'Université de Sidi-Belabbès.

(1) Sur la question de la dot, Cf. M. Bellaloud, *Le régime juridique de la dot en droit romain et en droit musulman*, An. de la justice, Alger 1965, pp. 98-115; A. Al-Razaz, *Les droits patrimoniaux de l'épouse musulmane*, Mém. hist. dr., Lille, 1964; E. Desportes, *La théorie de la dot en droit musulman et dans les coutumes berbères*, R.A.S.J.E.P., 1949, pp. 13-38; H. Emany, *L'institution juridique du mahr en droit musulman chiïte*, th. Lausanne 1933; M.S. Kaafar, *La fixation du sadaq*, Bull. des magistrats, Alger, 1970, p. 53 et s.; L.M. Dib, *Où en est la question de la dot en Algérie?* Rev. C.D.S.H., 1980, N° 3, Oran, pp. 291-333; L.M. Dib, *Fonctions de la dot dans la cité algérienne : le cas d'une ville moyenne Tlemcen et son hawz*, th. soc. Paris 4, 1982; G. Wagner, *L'élaboration de la justice dans les domaines des mariages et des échanges de biens. Etude comparée de l'Ancien Testament et du Coran*, th. Lausanne, 1977, p. 60; Y.L. de Bellefonds, *Le droit musulman comparé*, T.2, édit. Mouton, Paris, 1965, N° 794, p. 199.

(2) Cf. A. Abou El Azm, *La femme dans la pensée arabo-islamique*, th. Paris 3, 1977, p. 62 et s.

va ainsi bouleverser le régime de la dot<sup>(3)</sup>. La femme doit, à cet effet, être préservée d'un tel marchandage. D'où si c'est au profit de la femme que le sadaq doit désormais être stipulé, il n'en demeure pas moins vrai que celui-ci est devenu une pure formalité, voire un procédé symbolique simplement<sup>(4)</sup>.

Mais alors, peut-on se demander qu'est-ce que le sadaq? Il importe d'en donner une définition aussi claire que possible. A cet égard, nous ne saurions en fournir une meilleure que celle qui nous est donnée par le Code algérien de la famille. Son article 4 proclame que "le sadaq est ce qui est versé à la future épouse en numéraire ou tout autre bien qui soit légalement licite". Ainsi, le sadaq consiste donc dans la masse des valeurs fournies ou à fournir par le mari à la femme<sup>(5)</sup>.

Ainsi défini, le sadaq se distingue nettement des cadeaux conjugaux. En effet, en dehors du sadaq qui est une formalité obligatoire en matière de mariage, des bijoux, etc., mais à titre purement facultatif. Ceux-ci lui appartiennent dès lors qu'il est spécifié que c'est bien à titre de cadeaux de noce qu'ils lui ont été remis et, par conséquent, ils ne peuvent lui être repris.

Tout ceci confirme bien que l'institution du Sadaq est l'une des plus importantes du droit algérien du mariage. Le Code de la famille a consacré de nombreux articles à la question. Ce sont les principes islamiques

---

(3) En ce sens, la femme, elle même, doit percevoir le Sadaq, ou son wali s'il a reçu pouvoir à cet effet. Il en résulte que le paiement effectué dans d'autres conditions ne serait pas libératoire.

(4) C'est ce que montre le Hadith suivant, que nous rapporte El-Boukhari dans son sahih, "un homme vint un jour au Prophète, lui demander la main d'une femme dont il était l'ayant-cause, le représentant. Ce dernier exigea pour sa protégée un sadaq. Le prétendant excipa son indigence. Cherche, lui dit-il, ne serait-ce qu'un anneau de fer. Il s'avère que cet homme ne possède rien hors l'habit qu'il porte, pas même un anneau de fer. Le Prophète s'enquiert s'il sait des versets coraniques. L'homme répond par l'affirmative. Alors, lui dit-il, nous te marions avec celle que tu demandes contre ce que tu as appris" Cf. El-Boukhari, Sahih, éd. Acha'ab, V.VII, p. 17, Le Caire, 1378 de l'hégire.

(5) L'institution du sadaq renferme d'autres synonymes : "nehla", "mahr", "faréda" et "adjr", qui tous, malgré la diversité de leur sens étymologique, signifient la masse des biens que le mari fournit à sa future femme. A la vérité, nombreux sont les versets coraniques qui ont servi à établir l'obligation totale : "Assignez librement à vos femmes leur dot" (Sourat Ennissa, Vers. 4); "Donnez à celles, avec qui vous avez cohabité, la dot promise; cela est obligatoire" (Sourat El-Baqara, Vers. 234); "Il vous est permis (ô croyants) d'épouser les filles vertueuses des croyants et ceux qui ont reçu les écritures avant vous, pourvu que vous leur donniez leur retribution" (Sourat. Ennour, Ver. 24). De même, la Sounna toute certaine confirme cette règle, il est connu qu'aucune fois le Prophète ne s'est marié sans payer la dot à ses femmes. Cf. El-Kortobi, Al-jali' lil-ahkam, Beyrouth, 1962, T. 3, p. 378.

qui sont réaffirmés par les articles 9, 14, 15, 16 et 17 du Code et cela en ce qui concerne aussi bien la nécessité d'un sadaq que ses caractères et son sort. Ainsi, l'article 9 dispose en effet que "le mariage est contracté par le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot".

Le Code, adoptant la thèse malékite, fait ainsi de la dot une condition de formation du mariage. Mais, dans un tel contexte, la question qui se pose est de savoir si cette thèse l'adopte intégralement? Autrement dit, si le mariage est nul lorsqu'il renferme une clause supprimant l'obligation dotale, l'est-il également quand le contrat est muet sur cette obligation?

De même, on peut se demander si le vice du sadaq est sanctionné par la nullité du mariage ou, suivant la thèse dominante, par l'octroi d'une dot de parité?

Ces notions préliminaires exposées et ces diverses questions soulevées, il y a lieu d'entrer dans le détail. Cela dit, l'étude approfondie de la nature juridique du sadaq (Section 1<sup>ère</sup>) et de ses caractères (Section 2<sup>ème</sup>), nous faciliteront la tâche de déterminer les différents cas de nullité du mariage pour défaut et vice du sadaq (Section 3<sup>ème</sup>).

## SECTION I

### LA NATURE JURIDIQUE ET LE ROLE DU SADAQ

Les auteurs musulmans et non musulmans, qui ont cherché à préciser la nature juridique du sadaq, sont bien loin d'être d'accord sur cette question, qui présente d'ailleurs à la fois un intérêt théorique et pratique.

Sur ce point, il y a lieu de distinguer la thèse adoptée par la doctrine post-classique (§. 1<sup>er</sup>) de celle prise par les jurisconsultes musulmans (§. 2<sup>ème</sup>).

#### 1<sup>er</sup> — La doctrine post-classique

De l'examen général des théories doctrinales dont ce paragraphe sera l'objet, il résulte que les auteurs, pour justifier leur position font appel à

des arguments qui, présentés différemment, se rattachent aux trois idées suivantes : les uns tendent à qualifier le sadaq de prix de vente (A); les autres, au contraire, font passer en premier lieu la dignité du mariage et considèrent le sadaq comme une simple donation (B); et enfin, les autres qui ont, récemment, présenté la question sous un jour nouveau et contredit les idées des prédécesseurs que nous venons de citer, considèrent le sadaq comme un acte indépendant du mariage (C).

## A — LE SADAQ : UN PRIX DE VENTE

Nous ne consacrerons pas de longs développements à l'exposé de cette doctrine bien connue. Toutefois il nous paraît indispensable de rappeler les idées directrices de ce courant, qui, par des arguments très discutables, a pour la première fois tenté de justifier théoriquement que le sadaq est un prix d'achat de l'épouse musulmane. Ce système est dominé par deux idées maîtresses. Celle-ci d'abord, empruntée à de Nauphal, qu'il existe une connexité absolue entre le mariage et la vente; cette autre ensuite, que la somme que verse le mari à sa future épouse n'est autre qu'un véritable prix d'achat du corps de la femme et plus précisément de son "champ génital"<sup>(6)</sup>.

Dans cet esprit, Moran, farouche défenseur de l'identification de mariage à la vente, a écrit : "qu'on fait, à l'heure actuelle, encore, en tous pays musulmans, en Algérie particulièrement, le mariage est la vente, en pleine propriété, de la femme au mari, et, la dot, le prix de cette vente"<sup>(7)</sup>. Ainsi, "le don matrimonial, en déduit N. de Tornaw, correspond exactement à un prix d'achat"<sup>(8)</sup>. Enfin, dans le même sens, Perron, nous paraît encore plus explicite, "la femme, disait-il, vend une partie de sa personne. Dans un marché, on achète une marchandise, dans le mariage, on achète l'arvum génital de la femme"<sup>(9)</sup>.

---

(6) M. Massignon a expliqué ce mariage-vente d'une façon différente : "la femme, dit-il, ayant été achetée par le mari, en sa condition de croyante diminuée; non qu'elle soit, pour la gestion de ses biens, sous la dépendance du mari comme dans la tradition chrétienne, mais parce qu'elle est exposée au divorce unilatéral, que le mari "prononce" quant il lui plaît". Cf. L. Massignon, *Le respect de la personne humaine en Islam*, in *Isl. et Dr. de l'homme*, L. des libertés, 1984, p. 106.

(7) Cf. M. Moran, *Etudes de droit musulman algérien*, Alger 1910, p. 120.

(8) Cf. N. de Tornaw, *Le droit musulman exposé d'après les sources*, p. 122. Dans ce contexte, Cf. également, O. Megin, *Etudes sur l'islamisme et les mariages arabes*, p. 152; Ch. Letourneau, *L'évolution du mariage et de la famille*, édit. A. Delahay et E. Le Crosnier, Paris, 1888, p. 147; E. Westermarck, *Origine du mariage dans l'espèce humaine*, trad. H. Varigny, Paris, 1859, p. 379.

(9) Cf. Perron, *Femmes arabes*, Paris, 1858, p. 171 et s.

Dans cette optique, il convient également de signaler que la jurisprudence de l'époque coloniale, n'a malheureusement pu échapper à l'influence de cette qualification du sadaq. Pour elle, le mariage et la vente, la dot et le prix, sont synonymes. C'est ce qu'affirma le jugement rendu par le tribunal de Saint-Louis en date du 17 novembre 1894 : "Attendu, au fond, qu'en droit musulman, dit-il, le mariage n'est autre chose qu'une vente dans laquelle la femme, en échange de ce que les jurisconsultes appellent le génital *arvum mulieris*, reçoit de son mari, pour prix de l'aliénation par elle consentie, une dot ou *mahr*"<sup>(10)</sup>.

Cette thèse fut également admise par la justice de paix d'Akbou le 18 novembre 1901, laquelle rappelait que : "Attendu qu'au surplus, le mariage étant, en droit musulman, un contrat synallagmatique par lequel la femme s'oblige à livrer sa personne contre le paiement d'une dot par le mari"<sup>(11)</sup>.

Enfin, cette solution devait être consacrée par la Cour d'Alger, cette fois à propos d'un mariage forcé. En l'occurrence, il s'agissait d'une femme dite "Hourya" qui, en subissant un dommage sérieux de la consommation anticipée du mariage, ne tarda point à intenter une demande de nullité de l'union conjugale, demande, qui fut déclarée irrecevable par ladite Cour et de ce fait, Hourya fut sommé de rejoindre son mari<sup>(12)</sup>.

Dans ces diverses citations, il est aisé de constater que les différentes juridictions n'ont pas, au sujet du sadaq, une position distincte de celle des auteurs défendant la théorie du sadaq-prix. Néanmoins, bien qu'elles soient pour une telle qualification, on peut dire que dans les cas d'espèce elles ont fait plutôt une application complètement dénaturée des principes du droit musulman. Cette qualification erronée du sadaq, imputée à la *chari'a*, est en effet en contradiction flagrante avec les principes du droit musulman, comme nous le démontrons plus loin.

---

(10) Cf. Tribunal Saint-Louis, 17 novembre 1894, R.A.S.J.E.P., 1896, p. 426.

(11) Cf. Justice de paix d'Akbou, 18 novembre 1901, R.A.S.J.E.P., 1902, p. 160; en ce sens, V. également, Cour d'Appel d'Alger, 29 octobre 1878, B.J.A., 1878, p. 209; Cour d'Appel d'Alger, 31 mai 1916, Robe, T. 58, 1916, p. 1981.

(12) Dans cette décision, on relève les motifs suivants : "le mariage est conclu par le seul consentement de la fille vierge (les vendeurs) et, des parents du fiancé (les acheteurs), le mariage n'admettant ni clause suspensive, ni clause résolutoire". Cf. Cour d'Appel d'Alger, Ch. révision musulmane, 28 janvier 1930, R.A.S.J.E.P., 1931-1932, pp. 51-52.

## B — LE SADAQ : UNE DONATION FAITE PAR LE MARI A SA FEMME

D'autres auteurs, dont l'opinion nous paraît aussi mal fondée, ont qualifié l'obligation du mari au paiement du sadaq de pure donation qu'il fait à sa femme. En ce sens, M. Mourabet a écrit "la dot, en droit musulman, consiste dans la masse des valeurs fournies par le mari à la femme qui n'est qu'une sorte de donation faite à la femme à l'occasion du mariage"<sup>(13)</sup>. Dans le même ordre d'idées, M. El-Sayed Bey déduit que "la constitution de dot est donc une sorte de donation faite à la femme au moment du mariage"<sup>(14)</sup>. Enfin M. Wagner, après avoir relevé que les rapports sexuels hors mariage sont strictement interdits en droit musulman, a écrit : "c'est par un don d'une somme fixée par la coutume et qui varie selon la condition de la femme que cet interdit est levé"<sup>(15)</sup>.

Cette qualification, les auteurs favorables à cette thèse la déduisent du verset coranique dont les termes sont ainsi conçus : "Donnez le mahr aux femmes comme une nehla"<sup>(16)</sup>. Or, disent ces auteurs, le mot "nehla" employé dans ce verset coranique et à un autre endroit le mot "sadaq"<sup>(17)</sup> signifient donation.

## C — LE SADAQ : UN CONTRAT DISTINCT DU CONTRAT DE MARIAGE

Cette doctrine, bien que récente par rapport aux deux autres, n'a pas - et ses partisans en conviennent eux-mêmes - la prétention d'apporter des résultats nouveaux. Elle ne tend qu'à consacrer, comme les adeptes de la théorie du sadaq-prix, l'idée de voir dans le sadaq une contre partie des plaisirs sexuels que le mari tire de sa femme. Mais, à l'inverse de celle-ci, dont la justification est faite surtout de considérations historiques, M. Amid a cherché à justifier, dans une forme à la fois très catégorique et très personnelle, que le sadaq est un contrat indépendant du contrat de mariage.

---

(13) Cf. F. Mourabet, *La condition juridique de la femme musulmane en Syrie*, th. Paris, 1934, pp. 99-100.

(14) Cf. A. El-Sayed Bey, *De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman et particulièrement en Egypte*, th. Dijon, 1922, p. 68.

(15) Cf. G. Wagner, *L'élaboration de la justice dans le domaine des mariages et des échanges de biens*, th. Lausanne, 1977, p. 61.

(16) Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 4.

(17) Le sadaq est, en droit musulman, une sorte de donation aumônrière. Sur les différents aspects de cette question, M. Nassiri a pu écrire : "Or, ce qui distingue le sadaq de la donation, c'est le but poursuivi dans l'un et l'autre des cas par le disposant : tandis que la donation, son but est purement terrestre, le sadaq est fait en vue de plaire à Dieu". Cf. M. Nassiri, *La donation en droit iranien*, th. Paris, 1937, p. 37.

Cet auteur, faisant évidemment allusion à la doctrine de Morand, considère comme erreur la méthode qui consiste à considérer le sadaq comme un prix d'achat. Il soutient qu'il faut, au contraire, rejeter ces identifications boiteuses et se demander qu'elle est exactement la décomposition du mariage musulman.

A cela, M. Amid répond que le mari s'oblige à payer un sadaq à son épouse, en vertu d'un contrat indépendant du contrat de mariage, mais qui se confond en apparence avec celui-ci et il présente en faveur de sa thèse deux sortes d'arguments.

Il fait d'abord, et c'est l'aspect nouveau de sa doctrine, une étude discursive du contrat de mariage. "Si on l'analyse juridiquement, dit-il, on constate qu'il (le mariage) se décompose en deux contrats distincts : un contrat principal, en vertu duquel l'homme et la femme s'unissent en vue de la procréation et de l'éducation de leurs enfants à naître. Et un contrat secondaire par lequel l'homme paie une certaine somme à la femme en échange qu'il tire du "champ génital" de celle-ci<sup>(18)</sup>.

La doctrine de M. Amid se ramène ensuite à la recherche et à la détermination des aspects du mariage. Constatant que le mariage a deux aspects, celui d'un sacrement<sup>(19)</sup> et celui d'un échange, il précise que le mariage, dans son caractère sacramental, n'implique, en raison de son caractère religieux, aucune idée d'échange, et c'est pour cela que le mariage contracté sans sadaq est parfaitement valable. Mais, traitant plus particulièrement de la matière qui nous intéresse, celle du sadaq, M. Amid, par application de sa théorie, classe celle-ci dans le domaine des contrats à caractère commutatif et lui assigne, par cela même qu'il est institué dans un but d'échange: le mahr est considéré comme la contre-partie de la cohabita-

---

(18) Cf. M. Amid, *Le divorce en droit iranien*, th. Paris 1939, p. 139; V. également en ce sens, H. Emany, *L'institution du mahr en droit musulman Chûite*, th. Lausanne 1933, p. 36.

(19) Cet aspect, il le déduit de nombreux Hadits : "Mariez-vous, car ceux qui veulent suivre ma religion doivent savoir que le mariage est une prescription de ma religion". Et, dans un autre Hadith, le Prophète a dit "Mariez-vous et reproduisez-vous, ainsi, je serais fier de vous le jour du jugement dernier"; et, enfin, il a dit : "Dieu aime une maison où il y a mariage, et ce qui provoque le plus de colère à Dieu, c'est le divorce". Mais, pour Emany, "le mariage célébré, malgré son caractère religieux, n'a pas besoin d'être conclu en un certain lieu ou en présence d'un prêtre et de témoins. De même, il n'est pas nécessaire que l'intention des époux de se prendre mutuellement pour conjoints soit exprimée par une formule sacrée. Il faut cependant, que la formule employée ne soit pas celle d'un autre contrat (il faut qu'il soit question de mariage)". Cf. H. Emany, *op. cit.*, p. 14.

tion, il y a pour ainsi dire, une corrélation entre le mahr et les relations sexuelles. C'est dans les termes suivants que M. Amid s'exprime à cet égard: "En effet, le contrat principal du mariage contient tacitement un autre contrat (qui est conclu en même temps et par la même occasion) en vertu duquel le mari profite licitement du "boze" de la femme et en échange, lui doit une certaine somme "mahr" c'est la contre-partie, le prix de la jouissance sexuelle que le mari a tirée d'elle"(20).

Il concrétise plus loin sa théorie en ajoutant : "le contrat de mariage reste toujours le contrat principal, et par la supériorité de son but, et parce qu'en apparence c'est ce contrat même qui paraît donner à la femme le droit de réclamer un mahr à son mari. En effet, toute union sexuelle hors mariage ne donne aucun droit au mahr"(21).

On voit, par ce simple aperçu, que M. Amid, en reconstruisant sur de nouvelles bases la théorie du sadaq, la pousse jusqu'à des conséquences que Morand et ceux qui l'ont suivi n'avaient pas cru devoir admettre.

Mais, bien que cette théorie soit plus discursive que les précédentes, nous ne croyons pas devoir lui donner notre adhésion, car elle encourt, à l'instar de celles qui l'ont précédées, un certain nombre de critiques. En effet, les thèses du sadaq, telles que nous les avons exposées brièvement, nous paraissent discutables, pour ne pas dire abusives. D'autant que les arguments que nous allons utiliser pour nous y opposer se placent sur un terrain que les thèses adverses ont ignoré, bien qu'il eût été la clef du même débat.

Ainsi donc, nous ne sommes d'accord ni avec les uns ni avec les autres. Nous croyons que les auteurs, de quelque façon qu'ils aient abordé la question, l'ont mal placée. Ils se sont, dans leur grande majorité, fixés comme donnée ou point de départ l'existence en droit musulman d'un contrat ayant pour objet le corps de la femme, et plus précisément son champ génital, alors que celui-ci est formellement interdit, ce qui a faussé les affirmations venant de part et d'autre.

En vérité, les auteurs favorables à la première théorie, se sont servis d'une prétendue confusion dans ce domaine pour dire que le sadaq s'iden-

---

(20) Cf. M. Amid, op. cit., p. 190.

(21) Cf. M. Amid, op. cit., th. Paris 1939, p. 192.

tifie au prix et que le mariage, dans le système musulman, signifie vente. Mais nul ne s'est posé nettement la question, pourtant radicale de cette discussion, à savoir si le sadaq musulman est réglé de la même manière que celui de l'époque "djahilite".

Ils se sont contentés d'envisager la question au regard de l'époque préislamique, dans le mariage vente, et dans le cadre du statut de la femme. De plus ce qui les a surtout induit en erreur c'est que les jurisconsultes musulmans étendent très souvent à la dot certaines règles du prix.

D'abord, les attitudes et la pratique dans l'époque préislamique n'engagent en rien la théorie pure du droit musulman. Ceci nous dispensera d'aborder la question dans cette époque, tout en constatant néanmoins qu'il est vrai que les arabes, d'avant l'Islam, avaient une conception primitive de la femme. Celle-ci étant, à leurs yeux, un objet ayant une valeur économique, était adjugée aux enchères et au plus offrant. Les parents se reconnaissaient un droit de propriété sur la dot de leur fille et, celle-ci ainsi mariée, tombait dans le patrimoine de son mari, et après sa mort, elle était attribuée à ses héritiers qui pouvaient l'épouser<sup>(22)</sup>.

Or, depuis l'avènement de l'Islam, le sadaq a subi une évolution significative. Le droit musulman a estimé, tout d'abord, plus équitable de transférer le bénéfice du sadaq exclusivement à la femme<sup>(23)</sup>. Celui-ci est devenu pour ainsi dire un véritable moyen d'expression de la sincérité de l'acte et de la marque d'affection du mari qui se lie à la femme.

Par ailleurs, il faut avouer que, même sur le plan strictement juridique, le sadaq se distingue très bien du prix d'achat. Pour établir la distinction, on peut se demander qu'elle sera la chose vendue dans un contrat de mariage? Ce n'est peut être pas la femme et ce, conformément à la règle qui dit : "nul ne peut renoncer à sa liberté individuelle. Et, il en va de même pour l'organe sexuel de celle-ci, car la vente d'une partie constitutive du sujet est formellement interdite par la loi<sup>(24)</sup>. En toute hypothèse les droits strictement personnels ne peuvent pas faire l'objet d'un concours

(22) Cf. I. Malik, op. cit., T. 2, p. 575.

(23) "Assignez aux femmes, leur dot". Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 4. Et, dans un autre verset, on lit "Puis, de même que vous jouissez d'elles, donnez-leur, leurs salaires d'honneur (dot) comme une chose dûe". Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 24.

(24) Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 3.

de volontés. D'une part, leurs titulaires ne peuvent pas y renoncer; d'autre part, ils sont intransmissibles. Toute ceci justifie que le sadaq et le prix ne sont pas synonymes et que la femme, une fois mariée, ne tombe pas dans le patrimoine de son mari.

De même, le second argument présenté par ces auteurs doit être rejeté lui aussi. Si le fiqh a établi un rapprochement entre le mariage et la vente, il n'en demeure pas moins qu'il s'est, d'une part, uniquement proposé d'affirmer le caractère synallagmatique de l'acte de mariage<sup>(25)</sup>. Et, d'autre part, si l'évocation de la vente est très fréquente dans les écrits du fiqh, c'est simplement, parce que la vente est considérée comme un contrat type<sup>(26)</sup> et que le paiement de la dot obéit aux mêmes règles et est soumis aux mêmes conditions que le paiement du prix de la vente<sup>(27)</sup>.

On ne saurait donc inférer de ces rapprochements une identité de nature entre le mariage et la vente, le sadaq et le prix. Pas plus du fait que le mot "baïh" qui, à l'origine, désire la vente, fut employé malgré l'opulence de la langue arabe pour désigner des engagements qui n'avaient rien de commun avec la vente, tels que la "Baï'ah" en Islam, c'est-à-dire le contrat qui engage d'une part les Musulmans et d'autre part le Califat qu'ils ont choisi librement<sup>(28)</sup>.

Dans le même contexte, nous avouons que les arguments présentés par les auteurs soutenant que la dot est une donation, ne nous paraissent pas, juridiquement parlant, concluants pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'argument tiré du troisième verset de la quatrième sourate<sup>(29)</sup> n'est point convaincant et ce, en raison que le mot "nihla" n'a pas à ce propos le sens qu'on pourrait lui prêter généralement, car les disposi-

---

(25) Ce rapprochement du mariage à d'autres matières du droit privé, semble d'ailleurs établi même par des éminents auteurs français. C'est ainsi que M. Carbonnier, déterminant la nature juridique du divorce pour faute, a écrit : "le mariage est d'une grande complexité, d'une très grande richesse de réglementation, pour l'identifier à une autre catégorie de droit privé; sa rupture par le divorce ne peut correspondre qu'à une liquidation indifférente d'une entreprise qui a manqué son but, c'est une faillite". Cf. J. Carbonnier, La notion de cause de divorce, Rev. trim. dr. civ., 1937, p. 289.

(26) Cf. Ch. Chehata, Droit musulman, application au Proche-Orient, édit. Dalloz, Paris, 1970, N° 119, p. 80.

(27) L'opinion que nous émettons en cette matière, plusieurs auteurs avant nous l'ont déjà formulée. Cf. E. Zeys, Essai du traité méthodique de droit musulman, T. 1er, p. 10; Sautarya et Cherbonneau, Du statut personnel et des successions, T. 1<sup>er</sup>, N° 2, p. 54; L. Milliot, op. cit., p. 281 et s.

(28) Cf. El-Yafi, op. cit., p. 143.

(29) "Donnez le "mahr" aux femmes comme une "nihla".

tions coraniques couvrent "souvent des ordres précis en des formules moins impératives pour rendre aux fidèles l'obéissance plus facile"<sup>(30)</sup>. Cela dit, la "nihla" n'est pas nécessairement une donation. Le terme a en droit musulman une acception très large. Il peut signifier tout aussi un don obligatoire qu'une dette légale<sup>(31)</sup>. Il s'ensuit que l'on peut prétendre valablement que le verset précité veut dire : "donnez leur dot comme une dette". De surcroît, le Coran a employé par ailleurs, pour expliquer le sadaq, des termes qui signifient récompense "adjr" ou obligation "farida".

Ensuite, sur le plan strict du droit, pour assimiler le sadaq à une donation, on est forcé de méconnaître les caractères constitutifs de ces deux institutions, qui les distinguent essentiellement l'une de l'autre. Donc, les régimes juridiques de ces deux institutions ne s'identifient pas. Pour mieux apprécier cette différence, examinons un instant les caractères propres à chacune de ces deux institutions.

A la différence du mari, le donateur n'assume pas, en principe, d'obligation de garantie envers le donataire. Autrement dit, il n'est pas tenu d'indemniser celui-ci au cas d'éviction, ni au cas où la chose donnée comporte des vices cachés. Il y a aussi entre les deux institutions cette différence fondamentale que le bénéficiaire d'une donation peut-être retiré au donataire, dans des cas et pour des motifs limitativement limités par la loi, et l'on dit alors que la donation est révoquée dans sa totalité<sup>(32)</sup>.

Dès lors, que le sadaq et la donation se distinguent d'une façon aussi nette, on ne voit pas comment, si ce n'est par inadvertance, on peut appliquer, par analogie, à l'un les règles spéciales de l'autre, et spécialement étendre à la donation le caractère obligatoire et irrévocable du sadaq. C'est donc à tort que ces auteurs ont qualifié le sadaq de donation.

Enfin, il reste à réfuter la thèse suivant laquelle le mari s'oblige à payer un mahr à sa femme, en vertu d'un contrat indépendant du contrat de mariage. Il convient de faire rappeler avant tout que les partisans de cette thèse soutiennent fermement que le sadaq constitue la contre-partie d'un droit de jouissance que le mari acquiert sur sa femme. Si véritablement le sadaq, considéré comme un contrat distinct du contrat de mariage, et

---

(30) Cf. H. Emany, L'institution juridique du mahr (dot) en droit musulman du rite chiïte, p. 16.

(31) Cf. Al-Tabari, Tafssir, T. 7, p. 552; Al-Kassani, op. cit., p. 274.

(32) Cf. Article 211 du Code de la famille.

en compensation de la jouissance physique du mari, ne trouve-t-on pas qu'il y a antagonisme frappant entre cette condition qui est à la base même du contrat et de l'obligation imposée au mari de fournir la moitié du sadaq au cas de divorce avant même la consommation du mariage.

Au-delà de cet inconvénient, figuré dans la thèse de M. Amid, c'est l'institution même du sadaq qui est en cause. Dire que le sadaq est la contrepartie du profit tiré du champ génital, c'est en droit de dire que le sadaq stipulé par des époux très âgés ou impuissants n'est pas valable, alors qu'en droit musulman l'obligation de la dot n'est conditionnée ni à l'âge des futurs conjoints ni à leur aptitude sexuelle. On voit ainsi donc que, juridiquement, on se heurte à une objection capitale qui ébranle dans sa base même la théorie de jouissance physique.

Mais alors, peut-on se demander, qu'elle est véritablement la nature juridique du sadaq? Que représente-t-il en réalité? Quel est son véritable rôle?

A notre sens, il est tout d'abord d'une importance capitale de renoncer à l'idée de rattacher le sadaq à une catégorie quelconque d'actes juridiques. Car, ce n'est, comme nous l'avons démontré, ni un prix d'achat, ni une donation proprement dite, ni une contrepartie de jouissance physique. C'est une institution indépendante, dont le rôle a évolué durant les phases qu'elle a traversées.

L'apport par le mari d'une valeur, dans l'esprit du Coran et dans la pensée de la Sunna, fictive, est l'un des traits du symbolisme qui devrait entourer la célébration du mariage, et la séparer profondément de l'institution grossière du paganisme. Ce qu'on appelle sadaq ce n'est donc qu'un ensemble de biens à caractère purement symbolique. Il est l'expression de la franchise, de la détermination et la preuve d'attachement de l'homme qui se lie légalement à la femme. Autrement dit, l'homme, par l'intermédiaire du sadaq manifeste son intention réelle en vue de fonder un foyer solide et d'affronter un acte aussi bien sérieux que grave. Ainsi donc, le sadaq apparaît, comme l'a bien écrit M. Colomer, "un gage d'amour plus que comme l'expression d'intérêts vulgairement matériels".

Mais l'évolution du sadaq ne s'est pas arrêtée, en pratique, au point où il est arrivé en droit, où il est un gage d'amour. De nos jours, le sadaq devient de plus en plus, en fait, un pécule mis à la disposition de la femme et ayant pour but de prémunir celle-ci contre l'instabilité trop fréquente

du mariage et d'assurer son avenir. De ce point de vue, le sadaq est donc considéré comme un agent de stabilisation du lien conjugal, une arme efficace contre l'abus de la répudiation de la femme par le mari.

Ainsi, alors qu'à l'époque djahilite, il était le prix d'achat de la femme, le sadaq devient avec l'Islam une marque d'affection et, à l'heure actuelle, il est devenu une clause pénale ayant pour but d'assurer la stabilité du mariage qui, en droit, semble être précaire.

Cela posé, il convient maintenant de savoir quelle est, dans le fiqh et en droit algérien, la nature juridique du sadaq.

## 2ème — La doctrine classique

D'une manière générale, la question du sadaq est ramenée par la doctrine à un débat qui porte sur sa nature que sur son rôle au sein de la société matrimoniale. On y trouve opposés, de nouveau, hanéfites et malékites autour de la question de savoir si le défaut du sadaq est sanctionné par la nullité du mariage lui-même?

Des distinctions sont nécessaires pour répondre à cette question, dont la solution varie selon que le sadaq est considéré comme un effet du mariage (A) ou une de ses conditions essentielles de validité (B).

### A — LE SADAQ : UN EFFET DU MARIAGE

Exception faite des Malékites, les autres écoles musulmanes orthodoxes<sup>(33)</sup> sont unanimes à déclarer que le sadaq n'est non pas une condition de validité de l'union conjugale, mais un de ses effets. On peut par conséquent, disent-ils, passer un contrat de mariage sans avoir inséré la clause du sadaq, et ce contrat n'en sera pas, pour cela, moins valable. Ainsi selon l'observation de Sarakhsi, "le contrat de mariage dans lequel il n'est pas prévu de sadaq est valable"<sup>(34)</sup>.

---

(33) Cf. Sarakhsi, *Al-Mabsut*, T. 5, p. 65; Echafé'i, *Al-Oum*, T. 5, p. 67; Kasani, *Bada'i*, T. 2, p. 274; Echi-razi, *Al-Mouhaddab*, T. 2, p. 55; Ibn Qudama, *El-Moughni*, T. 6, p. 550.

(34) Cf. Sarakhsi, *Al-Mabsut*, op. cit., T. 5, p. 65.

Bien plus, les partisans de cette thèse ne se sont pas contentés de considérer le mariage sans dot comme valable, ils sont allés plus loin en déclarant nulle toute clause par laquelle les deux époux conviendraient qu'il n'y aurait pas de sadaq et la femme aura dans ces conditions droit au sadaq d'équivalence ou de parité, ou à la moitié de celui-ci, si elle était répudiée avant la consommation du mariage. Dans ce sens, Ibn Qudama a déclaré que : "s'il était expressément prévu qu'il n'y aurait pas de dot au moment du mariage, et même s'il était déclaré qu'il n'y en aurait jamais, plus tard, le mariage n'en serait pas pour autant invalidé"<sup>(35)</sup>.

Ces auteurs ont invoqué, à l'appui de leur opinion, un verset coranique ainsi conçu : "Il n'y a aucun péché à répudier une femme avant de la toucher, ou à qui vous n'auriez pas assigné de dot"<sup>(36)</sup>. Ce texte, non équivoque, disent-ils, précise nettement et expressément que le mari peut répudier sa femme avant même de lui fixer une dot. Or, du moment que, sur le terrain juridique, la répudiation n'est productive d'effets que dans un mariage régulier, il est dès lors aisé d'affirmer que le mariage sans dot est valable<sup>(37)</sup>.

Cependant, il convient de signaler que si, aux yeux de cette doctrine, le mariage est valide même s'il ne contient aucune mention dotale, il n'en demeure pas moins que la dot reste obligatoire<sup>(38)</sup>. Elle soutient donc que la dot est un effet obligatoire "Wadjib" de l'acte de mariage, prenant argument du verset coranique "Il vous est défendu d'épouser des femmes mariées... mais il vous est permis du reste, de les chercher pour vous avec vos biens en les épousant"<sup>(39)</sup>.

## B — LE SADAQ : UNE CONDITION DE FORMATION DU MARIAGE

Les Malékites, pour leur part, enseignent que le sadaq est une condition essentielle de formation du mariage. Il en résulte que son omission entraîne en principe la nullité du mariage, tout au moins tant qu'il n'a pas été consommé.

---

(35) Cf. Ibn Qudama, op. cit., T. 6, p. 712. En ce sens, V. également, Ibn El-Houmam, Fath el qadir, édit. Maymanya, T. 2, p. 205.

(36) Cf. Le Saint Coran, Sourat El-Baqara, verset 236.

(37) Il convient de signaler cependant que les chaféites et les hanbalites tiennent le mariage sans constitution de sadaq pour makrouh, réprouvé religieusement, mais valable juridiquement. Cf. Ramly, Nihayat al-Muhtaj, T. 6, p. 329.

(38) Cf. El-Marghinani, op. cit., p. 434; M. Abou Zahra, Le statut personnel des Musulmans, p. 164.

(39) Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 28.

Toutefois les partisans de cette école ne pouvant contester, du fait de la clarté de la prescription coranique précitée<sup>(40)</sup>, que la non constitution du sadaq ne donne pas lieu à nullité, se sont livrés à des subtilités dans leur commentaire pour introduire certaines restrictions dans la portée de la nullité. Ainsi, ils sont amenés à distinguer selon qu'il y a stipulation ou absence de stipulation refusant le sadaq. C'est seulement, disent-ils, au cas où les futurs conjoints conviennent qu'il n'y aura pas de sadaq que le mariage est annulé, mais à la condition que celui-ci ne soit pas consommé. Car, après consommation, la nullité se trouve purgée et la femme aura droit en conséquence, au sadaq d'équivalence, dit aussi sadaq coutumier ou sadaq de parité. C'est-à-dire un sadaq dont le montant est égal à celui que l'on accorde habituellement aux femmes qui sont dans les mêmes conditions qu'elle. En ce sens, Ibn Rochd a écrit que "tout le monde reconnaît que le sadaq est une condition de validité de mariage et les parties ne peuvent pas d'un commun accord contrevenir"<sup>(41)</sup>. Dans un tel contexte, Dardir-Dasuqi est encore plus explicite que Ibn Rochd. "Quant on dit, écrit-il, que le sadaq est une condition fondamentale (roukn) on entend par là qu'il n'est pas permis de stipuler qu'il ne sera pas payé de sadaq et non pas que le sadaq doit être mentionné dans le contrat"<sup>(42)</sup>.

Le contrat algérien de la famille, quant à lui, n'a pas voulu rompre avec le droit malékite. En effet, si la remise du sadaq n'est plus exigée lors de la conclusion du mariage, la stipulation en est toujours requise. La constitution d'un sadaq est donc, en droit algérien, une condition de formation du mariage, qui serait annulé, s'il n'énonçait aucune convention dotale. Les termes de l'article 9 du C.A.F. sont précis "Le mariage est contracté par le consentement des futurs conjoints. La présence du tuteur matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot".

Il est intéressant de souligner que ces termes mettent de la dot sur le même plan que le consentement des époux, la Wilaya et la présence des deux témoins<sup>(43)</sup>. D'où il suit qu'il faut entendre par là que non seulement

(40) Cf. Le Saint Coran, Sourat El-baqara, Verset 36.

(41) Cf. Ibn Rochd, Nihayat El-Moujtahid, T. 2, p. 18.

(42) Cf. Dardir-Dasuqi, Acherh El-Kabir, T. 2, p. 271 (cité par Y.L. de Bellefonds, op. cit., T. 2, édit. Mouton, Paris, 1965, N° 799, p. 203).

(43) La jurisprudence, à l'époque coloniale, ne cherchait pas à modifier ce principe dans son essence: en ce sens, Cf. Cour d'Alger 14 oct. 1861, J.A. 52; Cour d'Alger 30 octobre 1862, J.A. 1862, 46; Cour d'Alger 28 juin 1865, J.A. 1865, 37; Cour d'Alger 20 janvier 1879, B. J.A. 1880, 287; Cour d'Alger 9 avril 1908, R.A.S.J.E.P., 1917, 140; Cour d'Alger 4 juin 1908, Robe, 1908, T. 50, 304; Cour d'Alger, 22 juillet 1908, NORES, N° 83; Cour d'Alger 29 octobre 1908, NORES, N° 85.

il n'est pas autorisé de stipuler qu'il ne sera pas payé de dot, mais également que la dot doit être mentionnée dans le contrat de mariage.

Tout mari doit ainsi, au moment de son mariage, constituer une dot à sa femme. Mais alors, peut-on se demander, en quoi peut consister cette dot? Quels sont ses caractères?

## SECTION II

### LES CARACTERES DU SADAQ

Un sadaq ayant, par définition même, été stipulé au contrat de mariage, quels doivent être son objet et son montant?

On peut, en droit algérien, valablement constituer en sadaq toutes choses susceptibles d'appropriation et ayant une valeur patrimoniale. En d'autres termes, tout ce qu'on peut considérer comme un bien "mal" est valable pour être un sadaq. Cette condition résulte clairement de l'article 14 du Code de la famille, qui n'autorise aucune interprétation tendancieuse.

Cela posé, aux termes de cet article, il n'est pas indispensable que la dot soit en numéraire, elle peut être aussi constituée en tout autre bien, pourvu que celui-ci soit dans le commerce. La chose donnée en dot doit n'avoir rien d'apposé, non pas à la loi algérienne<sup>(44)</sup>, mais à la charia. Ainsi, sera nul parce que illicite, le sadaq constitué d'animaux impurs, de boissons prohibées, de produit à naître d'un animal, d'une récolte non encore sortie de terre, d'un objet que l'on sait provenir d'un vol, d'un intérêt tiré d'un contrat de prêt<sup>(45)</sup>.

Egalement, il n'est pas nécessaire que le sadaq soit constitué par un bien matériel; celui-ci peut porter sans aucune importance sur l'usufruit ou la nue propriété d'un bien meuble ou immeuble. Il peut être de plus

---

(44) Dans l'opinion publique, la légalité du sadaq selon le droit musulman reste une condition essentielle à sa validité. Une telle opinion n'a jamais accepté que le sadaq soit par exemple constitué de quelques bouteilles de vin.

(45) L'article 454 du Code civil algérien dispose "entre particulier, le prêt est toujours sans rémunération".

constitué en un service quelconque que l'époux s'engage à rendre à sa femme<sup>(46)</sup>, car tout ce qui peut être légalement l'objet d'une obligation<sup>(47)</sup>, peut être, pensons-nous, constitué en dot. N'est-il pas dit dans la Sunna, "Le sadaq est ce sur quoi les deux parties sont d'accord"<sup>(48)</sup>. De même, pour justifier notre opinion, on peut invoquer l'article 14 du Code de la famille disposant "la dot est ce qui est versé à la future épouse en numéraire ou en tout autre bien". Cet article laisse ainsi entendre que le mot "bien" englobe, dans sa signification la plus générale, aussi bien les objets matériels que les services<sup>(49)</sup>.

En pratique, le sadaq est, à l'heure actuelle, le plus souvent constitué d'une somme d'argent à laquelle le mari peut ajouter, s'il en a les moyens, d'autres biens, bijoux, meubles, etc. Cette pratique s'explique par le fait que la femme doit avoir entre les mains une valeur pécuniaire qui puisse véritablement remplir ce rôle de garantie ou d'assurance, ainsi que nous l'avons constaté auparavant.

Pour qu'un bien constitué en dot soit dotal, il importe qu'il soit déterminé dans le contrat de mariage. En effet, il ne suffit pas que les conventions matrimoniales prévoient que la femme aura un sadaq; encore faut-il qu'elles déterminent la quantum du sadaq. Il faut donc qu'on décrive le sadaq d'une façon précise, afin qu'il n'y ait lieu à aucune confusion ni contestation et afin qu'il ne reste pour les parties, aucun doute sur sa qualité et sur sa quantité.

Ainsi donc, comme le sadaq peut porter indifféremment sur l'usufruit ou la nue-propriété d'un bien meuble ou immeuble, la détermination de chacun de ces biens doit être en rapport avec sa nature et sa fonction. Cela

---

(46) D'aucuns tiennent le sadaq ainsi constitué pour makrouh, réprouvé religieusement, mais valable juridiquement, à la condition qu'il s'agisse de services pour lesquels une rémunération est permise, donc, des choses appréciables en argent. D'autres, notamment les hanéfites, continuent à tenir pour une dot nulle, l'engagement du mari de servir sa femme pendant un certain temps, car il y a, disent-ils, incompatibilité avec les droits que peut exercer le mari en tant que chef de famille. Cf. M. El-Kaçani, op. cit., pp. 275-276; Ibn El-Houmam, op.cit., p. 450 et s.; M. Abou Zahra, op.cit., p. 263.

(47) L'article 21 du projet algérien du Code de la famille disposait que "tout ce qui peut être légalement l'objet d'une obligation peut servir de Mahr".

(48) Cf. Al-Kaçani, op.cit., p. 278.

(49) Toutefois, la dot est considérée comme nulle, si elle est un profit, tel que la répudiation d'une autre femme ou la promesse de ne pas épouser une seconde femme. D'après Abou Horéira, le Prophète a dit dans un de ses Hadits : "Il n'est pas permis à une femme de demander la répudiation de sa sœur pour s'approprier son plat. Cette femme doit se contenter de ce que le destin lui réserve". Cf. Al-Boukhari, Sahih, trad. fr. de O. Houdas, p. 574.

résulte explicitement des termes de l'article 15 du Code de la famille : "la dot doit être déterminée dans le contrat de mariage que son versement soit immédiat ou à terme".

Reste à examiner la question de savoir quel sera le montant légal du sadaq. A cette question, le Coran ne donne pas d'indication. La Sunna, de son côté, s'est contentée de préciser que le sadaq peut être un objet symbolique. Quant au fiqh, comme il faut toujours s'y attendre, partagé sur le quantum du sadaq. Les droits malékite et hanéfite se prononcent sur un minimum : il est d'un quart de dinar pour les uns<sup>(50)</sup>, et de dix dirhams pour les autres<sup>(51)</sup>. En revanche, avec logique, les écoles chaféites et hanbalite, fidèles à leur doctrine sur la primauté de la volonté des parties, suivies en cela par le Code de la famille, n'hésitent pas à repousser toute idée de fixation du sadaq.

En somme, la réalité algérienne montre qu'il est sans utilité que le législateur moderne fixe lui aussi un minimum. Bien plus, le montant du sadaq monnayé ou le sadaq en nature n'est fixé, en droit algérien, ni quant à son minimum ni quant à son maximum. De ce fait, les époux peuvent librement l'évaluer sans être limités par un montant déterminé. Ce qui revient à dire que, quelque soit son montant, modique ou volumineux, le sadaq est considéré comme valable par le fait que les époux sont d'accord sur sa valeur.

Le Code de la famille est explicite sur cette question, car il ne se prive pas de précisions, et s'il déclare que "la dot doit être déterminée dans le contrat de mariage", il dit également que celle-ci "est ce qui est versé à la future épouse en numéraire ou tout autre bien qui soit légalement licite".

Par ces dispositions, le Code de la famille émis un avis conforme aux enseignements idéaux du Prophète qui, comme le Coran, considère tout ce qu'on peut considérer comme un bien "mal" est valable pour être un sadaq. N'est-il pas dit en effet dans le Coran "Au moyen de vos biens..."<sup>(52)</sup>. Ceci d'autant plus, Ibn Rochd cite un Hadith, sur l'authenticité duquel les jurisconsultes sont d'accord, et qui fut rapporté par Sahl

---

(50) Cf. I. Khalil, *Abrégé...*, trad. fr. de G.H. Bousquet, T. 2, p. 46; Ibn Acim, *Tohfa*, trad. fr. de Houdas et Martel, vers. 336-337; Ibn Rochd, *Bidaya*, trad. fr. de Laïmèche, p. 58.

(51) Cf. Omar Abd Allah, *Statut personnel*, p. 226. V. également, art. 70 du Code Qadri Pacha.

(52) Cf. Le Saint Coran, Sourat Ennissa, Verset 24.

Ibn Sa'ad Essaidy : "à quelqu'un qui voudrait épouser une femme et qui ne possédait pas l'argent nécessaire, le Prophète répondit : "Chercher donc, ne serait-ce qu'un anneau de fer..."<sup>(53)</sup>.

C'est là l'esprit du sadaq, tout au moins en droit. Mais, en pratique, la constitution du sadaq est bien différente. En fait, les principes islamiques, posés plus haut, ne sont pas observés dans toutes leurs conséquences logiques. En effet, bien que le Prophète ait recommandé la modération dans ce domaine et bien que la doctrine, à l'instar de ces enseignements Prophétiques, n'ait pas hésité à faire rappeler à maintes reprises que la dot excessive est considérée comme immorale, car la dot recommandée est celle qui n'est pas un obstacle au mariage : son montant doit être accessible à la moyenne des gens, toutes ces recommandations sont cependant restées lettre morte.

C'est ainsi que le souci de certaines familles n'est que d'obtenir la dot la plus élevée possible<sup>(54)</sup>. Dès lors "la fille, comme le dit Milliot, et, pour ainsi dire adjugée aux enchères au plus offrant"<sup>(55)</sup>. La chose est courante dans tous les milieux, écrit Cheikh Chaltut, et constitue du reste un mauvais calcul de leur part (les femmes) car les prétendants pourraient éventuellement être découragés de se marier"<sup>(56)</sup>. Signalons; au passage, que ce n'est pas uniquement les raisons de stabilité du mariage qui déterminent les parents à être exigeant pour ce qui est du montant du sadaq. Il y a aussi des considérations d'ordre prestigieux et d'honneur social. En effet, la femme qui a un sadaq assez élevé est, dans la société, très bien considérée : le sadaq est pour ainsi dire, une sorte de fierté entre les familles, puisqu'il se compte en milliers de dinars.

Mais, quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que l'intérêt familial justifie amplement le maintien de cette pratique. On conçoit d'ailleurs assez

---

(53) Cf. Ibn Rochd, Tohfa, trad. fr. de Houdas et Martel, vers. 336-337; Mouslim, Jami' Al-sahih, T.V.n p. 298, Beyrouth, 1972, Boukhari, Sahih, trad. de Houdas et Marçais, p. 551.

(54) Cf. Dib-Maarouf, Fonctions de la dot dans la cité algérienne : le cas d'une ville moyenne Tlemcen, th. soc. Paris 4, 1982, p. 362 et s.; M. Chelfi, A n'importe quel prix? A.A., N° 930 du 11 au 17 août 1983, pp. 21-22.; A. Hammouche, Union ou transaction, A.A.; N° 986, p. 11.

(55) Cf. L. Milliot, Etude sur la condition juridique de la femme au Maghreb, p. 236.

(56) Cf. Ch. Chaltut, L'Islam, Dogme et droit, Le Caire, 1959, p. 143. En ce sens, Cf. L. Milliot, op. cit., N° 189, p. 237; A. Bencheneb, La formation du lien matrimonial en Algérie, Mém. D.E.S., Alger, 1973, p. 165 et s.; Ch. Dib-Maarouf, op.cit., th. Paris 4, 1982, p. 368 et s.; M. Chelfi, op. cit., A.A. N° 930 du 11 au 17 août 1983, pp. 21-22; M. Kh. Abderrachid, Que ça dure, A.A., N° 986, p. 12; N. Kacha, La situation et les aspirations de la femme algérienne dans la région d'Alger, th. 3è cycle soc., Paris 5, 1979, p. 37.

mal que l'on puisse admettre le changement de celle-ci, et qu'on puisse le refuser au droit. Admettre la solution inverse, c'est à craindre que celle-ci aboutirait à créer un phénomène d'instabilité sociale engendrée par les mariages conclus à la légère, voire les mariages irréflichés.

Au vrai, malgré la justification pratique de cette tradition, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle porte une atteinte aux principes islamiques. Se marier, on le sait, est un acte généreux qui doit être dégagé de tout obstacle. Seulement, étant donné le caractère exorbitant de la réputation, notre thèse ne s'en trouve que confirmée.

Ayant ainsi dégagé la nature juridique du sadaq et ses caractères, il convient maintenant de préciser si on peut annuler le mariage pour défaut et vice du sadaq.

### SECTION III

## LE DEFAUT ET LE VICE DU SADAQ

Aux termes de l'article 32 du Code de la famille, si les futurs conjoints déclarent expressément qu'ils entendent se marier sans sadaq, cette dénégation est nulle et frappe le contrat de caducité. Car, adoptant la thèse malékite, le Code de la famille a fait de la dot une condition de validité du mariage et son absence totale serait contraire au but même de cette institution.

On peut, cependant, pour être plus précis, se poser la question de savoir si le droit algérien sanctionne l'absence pure et simple de stipulation dotale par la nullité du mariage? Le droit malékite, on l'a vu, n'invalide pas ce mariage. Pour lui, en la matière, seul est nul le contrat de mariage comportant une clause par laquelle les époux conviennent qu'il n'y aura pas, du tout, de dot. Peut-on dire qu'il en est de même en droit algérien?

Il ne semble pas que telle ait été l'intention du législateur. A moins qu'il n'ait choisi de paraître sacrifier, par l'intermédiaire de l'article 222 du Code de la famille, au rite malékite auquel il se réfère le plus souvent en cette matière, sans vouloir s'y soumettre réellement. Mais, rien ne nous permet de le supposer. Les termes des textes, d'ailleurs, ne prêtent pas à confusion. En effet, on peut constater que dans son article 32, le Code de la famille corrobore l'affirmation que nous venons d'énoncer; cet article déclare que : "le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié".

En droit algérien, la règle est donc simple et claire, sans sadaq, pas de mariage valable. Dès lors, il est permis de soutenir avec certitude que le mariage est nul aussi bien quand le contrat est muet que lorsqu'il renferme une clause supprimant l'obligation dotale.

A cet égard, l'officier d'état civil ou le notaire a le devoir de vérifier que l'acte contient bien toutes les mentions que prévoit la loi et, de ce fait, l'absence de fixation d'une dot, lui permet de refuser le contrat.

Par ailleurs, l'on sait que le sadaq est considéré comme illicite s'il constituait en produits réprouvés, tels que le vin, ou encore s'il visait des choses inutilisables, telles que des fruits non venus à maturité. Quelle serait alors la valeur d'un acte de mariage qui contiendrait une stipulation dotale de ce genre? Si, le sadaq, en ce cas, est nul, le mariage l'est-il également?

En vérité, on ne peut qu'évoquer encore une fois à ce sujet les discussions classiques. Sur ce point, les écoles islamiques sont loin d'être d'accord. D'après les hanafites, l'assignation en dot d'une chose illicite n'influe en aucune façon sur la formation de l'acte de mariage qui n'en est pas moins valable. La femme exigerait de son mari, dans les cas pareils, la dot d'équivalence<sup>(57)</sup>. Cependant, les malékites sont partisans de la nullité du contrat de mariage sauf si celui-ci a été consommé<sup>(58)</sup>.

### Quid en droit algérien?

On peut, semble-t-il, en conclure que, dans une optique malékite, il y a lieu d'assimiler au vice le défaut de la condition dotale; un défaut donc d'une condition de fond du contrat en raison duquel celui-ci est nul par application de l'article 32 du Code de la famille. Cette optique pourra paraître sans motif. En fait, elle ne repose que sur le raisonnement, car, à ma connaissance, aucune jurisprudence algérienne n'existe qui l'infirmes ou la confirme. Simplement peut être parce que aucun litige n'a encore été publié sur le sujet, ou que, malgré les contestations pragmatistes, personne n'a osé jusqu'à maintenant offenser la loi.

Rien non plus dans les textes qui permette d'attribuer à cette nullité un caractère batil ou fassid. Quelle que soit la solution que la jurisprudence adoptera, dans la logique des choses, il semble que la question doive

---

(57) Cf. Al-Kasani, op. cit., p. 277; Ibn El-Houmam, Fath el-qadir, op. cit., p. 450.

(58) Cf. Ibn Rochd, op. cit., p.17.

se régler surtout par la considération de l'intérêt du couple. A cet égard, la solution que nous estimons adéquate et équitable, est de considérer le mariage comme valable dans tous les cas et d'attribuer à la femme une dote de parité, sans se livrer aux subtiles distinctions conçues par le fiqh malékite. Dans cette hypothèse, il est donc inconcevable de faire dépendre la nature du mariage de sa consommation.

Dans le même ordre d'idées, on s'est demandé si la nullité peut être invoquée lorsque le sadaq est fixé d'une valeur inférieure au montant imposé par le fiqh?

D'aucuns<sup>(59)</sup> estiment que la fixation d'une pareille dot est viciée tout comme s'il s'était agi d'une dot où l'on eût nommé du vin; elle doit être alors augmentée pour qu'elle soit valable. D'autres, notamment Malik, Ibn Acim et Khalil<sup>(60)</sup> déclarent que le mari devra compléter cette valeur, s'il y a eu consommation et le vice sera couvert; sinon, il a le choix : s'il ne la complète pas, le mariage est annulé.

Dans cet esprit, le Cadi de Tlemcen annule le 23 novembre 1864, un mariage au motif que la stipulation d'une dot de cinquante francs est considérée comme une dot inférieure au quantum en usage dans le pays<sup>(61)</sup>. Cette thèse fut reprise par Morand dans son avant-projet du Code de statut personnel. L'article 22 de ce projet disposait que "la dot ne saurait être inférieure au minimum fixé par les usages locaux".

Pour notre part, nous doutons fort qu'une telle thèse puisse s'établir de nos jours en Algérie. Aujourd'hui, la liberté de fixer le sadaq est absolue. En effet, en exigeant aucun minimum pour la valeur dotale, le législateur de 1984 a estimé que, quelque soit son montant, le sadaq est valable, pourvu que les futurs conjoints soient d'accord sur son évaluation.

On remarque donc que, le droit positif algérien n'a pas souscrit au système légué par le fiqh classique et, par conséquent, il est hors de question que la nullité du mariage puisse être invoquée.

---

(59) Cf. Al-Kasani, op. cit., pp. 276-277.

(60) Cf. Ibn Acim, La moudawana, op. cit., p. 73 et s., Khalil, op. cit., pp. 46-47.

(61) Sur cette question, V. Clavel, op. cit., T. 1er, N° 3, Sautayra et Cherbonneau, op. cit., N° 72.

En outre, nous avons dit plus haut que le mariage suppose un sadaq réel et non pas fictif. De cette constatation, il résulte que la pratique du mariage chighar est catégoriquement interdite en droit algérien. Mais qu'entend-on par mariage chighar?

On entend par mariage chighar, le mariage compensatoire, c'est-à-dire celui qui a été contracté en compensation d'un autre mariage sans qu'aucune dot ne serait payée ni de part ni d'autre. Il en est ainsi, par exemple, si un individu épouse la fille d'un autre homme, auquel il donne en mariage sa propre fille. Les deux maris se tiennent ainsi réciproquement quittes de constituer un sadaq et les deux femmes se trouvent épousées à cet égard sans aucune contre-prestation à leur profit.

Or, il est de principe que la jouissance de la dot revient exclusivement à la femme, c'est elle, et elle seule, qui doit être dotée et, en l'éventualité, aucune des femmes ne l'est réellement. C'est ce qui alors, justifie amplement que soit tenu pour nul le mariage par compensation et ce, par application de l'article 32 du Code de la famille, car sans dot, pas de mariage valable en droit algérien.

Cependant, le mariage chighar ne suscita pas moins de polémique dans la doctrine classique. Les hanéfites valident ce mariage puisqu'il l'aurait été, même sans stipulation de dot, tout en donnant à la femme le droit de réclamer la dot d'équivalence<sup>(62)</sup>. Mais la thèse majoritaire de la doctrine musulmane le condamne et le considère comme radicalement nul, conformément aux Hadits qui disent "Un mariage sans dot est nul, quand même que les deux pères se seraient mutuellement donné leurs filles en mariage" et, "point de chighar dans l'Islam"<sup>(63)</sup>.

Ceci dit, il est intéressant de noter que le droit algérien ne distingue pas selon que le mariage comporte une stipulation dotale ou non. Pour lui, après la consommation du mariage, la nullité est couverte et la femme ne peut que réclamer la dot d'équivalence. Ce qui représente, en quelque sorte, une innovation par rapport au fiqh malékite qui considère le mariage comme batil, même après consommation, s'il ne contient aucune indication dotale.

(62) Cf. Sarakhsi, Mabsut, T. 5, p. 105; Zayla'i, Tabyin, T. 2, p. 145.

(63) Cf. Echawkani, Nayl-al-awtar, T. 6, pp. 377-379. V. également : Echirazi, op. cit., T. 2, p. 46; Dasuqi-Dardir, op. cit., T. 2, p. 284; Hattab, Commentaire de Khalil, T. 3, p. 512; Ramli, Nihayat al-muhtaj, T. 6, p. 211; Ibn Qudama, op. cit., T. 6, p. 642.

En réalité, quoiqu'il en soit de ces différentes règles du mariage chighar, nous estimons avec M. de Bellefonds que "la question perd tous les jours un peu plus de son importance, dans la mesure où les pouvoirs des *walis* s'estompent. Or, on conçoit mal cet échange de femmes, caractéristique du mariage chighar, dans une société où la femme laisse, de moins en moins, à son wali le soin de lui choisir ou le droit de lui imposer un mari"<sup>(64)</sup>.

Par ailleurs, il y a encore une question qui est tout aussi importante et qui, dans le droit algérien, se présente indifféremment de ce qu'on trouve dans le droit musulman classique, le mariage n'est pas susceptible d'annulation lorsqu'il renferme une dot entâchée d'un vice caché<sup>(65)</sup>.

Dans cette hypothèse, si le sadaq est un corps certain, le mari supporte la perte et garantit les vices cachés jusqu'à la livraison. En cas de perte, il doit à sa femme un bien semblable s'il s'agit d'une chose fongible, ou sa valeur s'il s'agit d'une chose non fongible, estimé d'après le cours pratiqué sur le marché. Les mêmes principes s'appliquent aussi en cas de vice caché découvert après la célébration du mariage et sa livraison. En ce sens, dans le cas où la femme est évincée de la moitié du bien dotal, elle aura la faculté de détenir l'autre moitié et de se faire rembourser la valeur de celle dont elle a été dépouillée, ou de s'en dessaisir et de réclamer la valeur de la totalité.

De même que le sadaq vicié, le non-paiement de la dot, en aucune manière, ne pourra être invoqué pour demander la nullité du mariage. Cette solution n'est qu'une simple application du principe général que la nullité n'entâche le lien que s'il n'est pas valable, car il restera toujours, pour la théorie des nullités, l'impossibilité de saisir les cas où les règles de formation du mariage ne se trouvent point violées. Il est donc faux et imparfait d'identifier l'absence de sadaq à l'inexécution de l'obligation dotale.

En élargissant quelque peu le débat, on peut se demander si la nullité pour cette cause demeure sans fondement, qu'arrivera-t-il dans le cas où la femme demande la dissolution du mariage par divorce? A cette question, dont l'importance au point de vue pratique est de premier ordre, on a répondu de deux manières absolument opposées.

---

(64) Cf. Y.L. de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, éd. Mouton, 1965, T. 2, p. 250.

(65) Cf. Kasani, *Bada'i*, T. 5, p. 274; Marghinani, *op. cit.*, T. 3, pp. 27-31; Ramli, *Nihayat el-mouhtaj*, Le Caire 1938, T. 4, p. 24 et s.

Des quatre écoles musulmanes orthodoxes, trois sont nettement en faveur de l'idée selon laquelle la femme, après la consommation du mariage, ne peut qu'en réclamer le paiement. En ce sens, elles permettent à la femme de demander le divorce, à une condition toutefois que le mariage soit resté stérile<sup>(66)</sup>. Les hanéfites, à l'inverse, refusent de dissoudre le divorce pour ce motif, à quelque époque que l'on se situe, c'est-à-dire que le mariage soit consommé ou non, il sera maintenu et la femme a, en l'éventualité, le droit, puisque le paiement de la dot n'est protégé d'aucune hypothèque légale qui frappe les immeubles du mari<sup>(67)</sup> - (la loi musulmane a une prédilection pour les sûretés personnelles) -, de s'abstenir de remplir les devoirs conjugaux qui lui incombent d'après la loi jusqu'à ce que son son maria ait satisfait à son obligation.

Doit-on en conclure, pour autant, que le Code de la famille ne fait pas de refus de paiement du sadaq une cause de divorce? Il ne semble pas que tel ait été l'intention du législateur. En effet, s'il n'en est pas moins vrai qu'en droit algérien, comme en d'autres systèmes juridiques islamiques, le divorce demandé par la femme n'est recevable que pour les causes, limitativement indiquées par la loi, mais il est aussi vrai que parmi ces causes, la femme peut se porter demanderesse de divorce "pour tout préjudice légalement reconnu comme tel"<sup>(68)</sup>.

Cette disposition ne dit pas expressément, il est vrai, si le non-paiement de la dot fonde une cause de divorce. Cependant, les termes énergiques "pour tout préjudice" que ce texte emploie, ne sauraient laisser dans l'esprit le moindre doute. Le refus persistant du mari de payer la dot cause sans nul doute à la femme un préjudice tant matériel que moral en fonction duquel celle-ci est fondée à demander la dissolution du mariage par divorce.

Bien plus, ce refus, étant un préjudice pour la femme, constitue une cause péremptoire de divorce : les juges n'ont aucune liberté d'apprécier le caractère injurieux qu'il comporte, ils ne peuvent refuser le divorce quand il leur est demandé pour cette cause sauf si le mari renonce entre temps à ce refus.

---

(66) Cf. Khalil Ibn Ishak, op. cit., trad. fr. de G.H. Bousquet, T. 2, p. 57.

(67) Cf. Y.L. de Bellefonds, op. cit., T. 2, N° 865, pp. 254-255.

(68) Cf. Article 53 alinéa 6 du Code de la famille.

L'on constate que les rédacteurs du Code de la famille font ainsi une autre fois une demi-concession à la théorie malékite, dont ils s'y sont trouvés parfois complètement noyés, dans l'hypothèse de la dissolution du mariage pour cause d'inexécution de l'obligation dotale par le mari : au lieu, en effet, de dénier tout droit au divorce à la femme et de la contraindre d'interrompre la cohabitation jusqu'à ce qu'elle reçoive son dû, ils forment cette règle pondérée, que de ces deux situations : la continuité conjugale et la dissolution du lien matrimonial, le choix lui est reconnu.

## CONCLUSION

De tout ce qui précède, il résulte que, d'après les malékites, le sadaq est un roukn au mépris duquel le mariage sera radicalement nul. Cette thèse, si elle a contre elle la doctrine dominante qui a mis en évidence son imperfection, a marqué néanmoins de son empreinte le législateur algérien. En effet, noyé dans ces considérations théoriques de l'école malékite, le code de la famille défendant le sadaq condition de formation du mariage à n'importe quel prix, décide qu'il n'y a pas de mariage valable, sans dot.

Mais notons, le point important, que le Code, pour ce qui est de cette cause de nullité du mariage, distingue selon la période à laquelle on se situe pour l'invoquer. Le point de partage est la consommation du mariage (art. 33 du code de la famille). Cela posé, la nullité découlant de l'absence de la dot peut être couverte par le fait matériel de la consommation du mariage et la femme aura, en cette hypothèse, le droit à ce que l'on appelle dans le langage arabe "mahr al mithl", c'est à dire une dot dont le montant est égal à celui que l'on accorde actuellement aux femmes qui sont dans les mêmes conditions qu'elle. Cette détermination du montant dotal est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges, qui doivent tenir compte des coutumes de la région où elle a son domicile et des qualités personnelles de la femme, par référence au Hadith "La femme est recherchée au mariage pour sa piété, sa beauté, sa filiation..."<sup>(69)</sup>.

Cependant, nous semble-t-il, la distinction établie à l'instant n'est en aucune manière valable. En effet, le droit algérien, comme le dit M. de Bellefonds pour le droit malékite, "a préféré biaiser et aboutir à un système qui n'est, tout compte fait, qu'une côte mal taillée"<sup>(70)</sup>. Cette thèse n'est donc pas à l'abri de la critique, et l'on décide que, par le fait d'une semblable solution, le mariage devient doublement fragile : il est nul, non seulement quand la stipulation fait complètement défaut, mais également lorsque la dot se trouve entâchée d'un vice quelconque.

(69) Cf. Ibn Rochd, op. cit., trad. fr. Laimèche, p. 37 et p. 58.

(70) Cf. Y.L. de Bellefonds, op. cit., édit. Mouton, Paris, 1965, N° 655, p. 203.

Or, dans le mariage, l'intention principale des époux est de vivre conjugalement et le sadaq n'est qu'une question secondaire. C'est pour cette raison que le mariage contracté sans constitution du sadaq devrait être considéré comme valable. Il est extravagant de faire de la consommation physique la condition nécessaire de la régularisation d'un mariage nul pour défaut de sadaq. Partant, si l'on considère toutefois qu'il est inconcevable de faire de la stipulation dotale une condition de formation, il n'en demeure pas moins qu'elle est une obligation conjugale, que tout homme devrait remplir avec joie, car elle n'est qu'une manifestation de la sincérité, de la détermination et la marque d'affection. Il suffit pour s'en convaincre, de se reporter au Verset Coranique suivant "Il n'y a aucun péché à répudier une femme avant de la toucher, ou à qui vous n'auriez pas assigner une dot. Donnez leur le nécessaire" (Sourat Bakara, Verset 236).

En résumé, qu'un sadaq puisse être stipulé, voilà qui, semble-t-il, peut relever d'une prévoyance élémentaire, celle des tuteurs qui connaissent la vie et en ont souffert. Mais en faire un élément constitutif du mariage, n'est-ce pas là une condition qu'il conviendrait de réviser? Or, le maintien de la dot s'impose comme une obligation maritale, mais qui, par ailleurs, ne pourrait devenir purement symbolique qu'au jour où les cas de dissolution du mariage seront réglementés et subordonnés à des conditions plus ou moins sévères.

L'on peut dire, enfin, que le Code innovant en la matière, considère le mariage comme nul même s'il a été consommé, lorsqu'à l'absence de la condition dotale s'ajoute soit le défaut du consentement du tuteur soit l'absence de témoins. Dans cette hypothèse, la consommation ne purge pas le vice qui atteint le mariage.

En guise de conclusion, nous avons pu constater que malgré les efforts déployés par le législateur algérien, la conception de la dot au niveau de la technique juridique, est loin d'être parfaite. A défaut d'une réforme d'ensemble, difficile à réaliser dans les circonstances actuelles, le législateur devrait procéder par touches successives dans le but d'améliorer cette conception.