

Les orientalistes et les liens hors mariage en droit musulman.

Maitre/ Saidi Benyahia –Université de saida –

Resumé :

Le mariage est une loi que dieu a établi dans la création et la formation des mondes, cette loi est générale et continuelle qu'aucun humain, animal ou végétal ne peut échapper, dieu le très haut a dit « Gloire à celui qui a créé de toute chose partenaire de couple... »

Les mots clés :Le mariage, la société,la loi , famille, musulman

Introduction :

Le mariage est une loi que dieu a établi dans la création et la formation des mondes, cette loi est générale et continuelle qu'aucun humain, animal ou végétal ne peut échapper, dieu le très haut a dit « Gloire à celui qui a créé de toute chose partenaire de couple... ».1

Dans la famille humaine, certes, le rapport entre l'homme et la femme est déterminé par les besoins biologiques, comme toute autre chose vivante, mais il est réglementé par la société, qui ne tolère que l'amour censuré, l'amour contrôlé, cela marque avec force le passage de l'homme du groupe animal au groupe humain, ou si l'on préfère, de la nature à la culture, cette réglementation n'est autre que l'institution du mariage.

¹ Sourate « les femmes » verset

Ce mariage qui est un acte fondamental pour un individu, reconnu par toutes les législations du monde et même par la déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi que par la convention européenne des droits de l'homme qui, dans son article 12, dispose : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »¹

Les romains employaient pour définir le mariage les formules suivantes : consortium omnis vitae (association pour toute la vie) ; divini et humanijuris communicatio (union de droit divin et humain). Portalis définissait le mariage : « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ».²

Dans toutes les sociétés du monde et à travers les âges que l'homme a vécu, le mariage est qualifié de l'institution qui répond à des nécessités de l'espèce humaine, tant physiques que morales.

Le mariage a toujours été la forme légale de l'union entre un homme et une femme pour fonder une famille et participer à la perpétuité de leur espèce, en sus du statut des femmes esclaves en possession, toute autre forme unions était illégale et rejetée par la société. Mais la

¹ Patrick courbe « droit de la famille » Armand colin 1997 p21.

² Ibid P 15.

progression de la vie et des relations entre les humains dans le monde contemporain, nous a fait découvrir d'autres formes similaires au mariage, que se soit dans les sociétés musulmanes ou en droits occidentaux notamment le droit français.

Le mariage musulman est l'une des institutions islamiques qui ont le plus préoccupé la pensée juridique occidentale. De nombreux auteurs ont fait l'étude.

Se penchant sur l'étude du droit musulman, notamment les règles concernant la famille, les orientalistes réalisent qu'il faut partir de l'idée que l'union libre d'un homme et d'une femme et rigoureusement illicite dans le droit musulman. C'est le *Zina* ou fornication, crime très sévèrement puni. L'union charnelle de l'homme et de la femme pose donc (selon les orientalistes) un problème important: celui de savoir comment l'acte sexuel peut être rendu licite.

Or, le musulman en quête d'une femme n'a, à sa disposition, que deux moyens légaux de rendre licite ce rapport: contracter un mariage ou acheter une esclave.

Mais certains de ces orientalistes ont intitulé leurs études sur le sujet par: "mariage et concubinage"¹ donnant l'impression que le concubinage,

¹ François-Paul Blanc "introduction à l'étude du droit musulman" DALLOZ édition 2001 p 263. Ainsi que Louis Milliot "introduction à l'étude du droit musulman" librairie du RECUEIL SIREY 1953 p275.

autant qu'union libre hors mariage, entre homme et femme, est tolérée en droit musulman.

Afin de faire face à cette mal-interprétation des règles du droit musulman, et d'éclaircir cette amphibologie chez les orientalistes, même contemporains, il est primordial d'étudier le régime juridique du concubinage en droit français et le statut de l'esclave en possession (mère de l'enfant) en droit musulman.

§1: Le concubinage en droit français.

Le concubinage est une relation qui uni deux personnes de sexes différent, hétérosexuelles, comme elle peut unir deux personnes de même sexe, homosexuelles.

Vivre à deux sans mariage est un droit ouvert à tous. Le concubinage a désormais un statut légal. La loi reconnaît explicitement la vie à deux sans mariage et le couple homosexuel.

"Le concubinage est une union de fait, caractérisé par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ".¹

¹ L'art 515-8 du code civil français.

Les concubins homosexuels sont soumis aux mêmes règles que celles des concubins hétérosexuels.

Le concubinage, donc, dans une certaine mesure, est protégé par la loi et il a des effets juridiques sur la situation des concubins et des tiers.¹ En effet l'article 78 de la loi du 27 janvier 1993 a reconnu la qualité d'ayant droit au concubin homosexuel vivant « à la charge effective, totale et permanente de l'assuré » dans le même sens, il a été admis, en jurisprudence, que la concubine homosexuelle d'une femme tuée dans un accident de circulation était fondée à demander réparation du préjudice causé par le décès de sa compagne.²

Pour l'attribution des avantages sociaux, les revenus des deux concubins sont pris en compte, ce qui dans certaines situations, peut aboutir à les priver d'avantages qu'ils auraient obtenus individuellement.

Basé sur la liberté, le concubinage ne comporte pas de règles contraignantes et peu de protection ; le couple s'organise comme il veut.

Pourtant, l'argent peut occasionner des problèmes. Les difficultés se posent rarement en début d'union. Mais, quand vient la séparation par

¹ La chambre sociale de la cour de cassation a, dans deux décisions rendues le 11 juillet 1989, exclu les homosexuels du bénéfice de certains avantages sociaux accordés aux concubins. En réaction, le législateur a assimilé le couple hétérosexuel et le couple homosexuel pour l'octroi des prestations sociales. En effet

² TGI Belfort, chambre correctionnelle 25 juillet 1995 JCP 1996, II, 22724, note Ch Paulin.

rupture ou par décès, l'un des concubins peut se retrouver en difficulté, parce que toutes les factures sont au nom de l'autre, alors que les biens ont été payés à deux, par exemple. Il est donc judicieux d'organiser par écrit une vie commune.

La convention peut ainsi prévoir le fonctionnement matériel de l'union, comme la participation de chacun aux dépenses courantes, la propriété des biens acquis pendant la vie commune, les modalités du partage des biens et comptes communs en cas de rupture...

La convention peut également contenir la liste des biens appartenant à chacun et préciser les droits et obligations de chacun, en prévoyant par exemple, une obligation d'entre aide dans certains cas.

Comme tout contrat, la convention de concubinage tient lieu de loi aux personnes qui la signent¹, c'est à dire que si l'un ne veut pas respecter ses engagements, l'autre peut l'y contraindre par voie de justice.

La convention de concubinage peut être établie devant notaire ou rédigée sous seing privé. Et, pour lui donner date certaine (une date incontestable, qui rend opposable l'acte aux tiers) il faut la faire enregistrer au bureau de l'enregistrement (dans chaque recette des impôts).

¹ Art 1134 du code civil français

Un danger se présente aux concubins: lorsque la mésentente s'installe entre les deux partenaires d'un couple et qu'ils ne voient pas d'autres solutions que de se séparer...

Une courte phrase résume parfaitement les perspectives offertes, dans ce cas, à celui qui a choisi l'union libre comme mode d'expression conjugale: "un concubin n'a droit a rien". Deux exemples, parmi tant d'autres, sauront illustrer cette constatation:

1°- Alors qu'en cas de divorce pour rupture de la vie commune, un devoir de secours existe au bénéfice de celui des époux qui n'est pas à l'origine de la rupture, se traduisant par le paiement d'une pension alimentaire, et que, dans les autres formes de divorce, une prestation compensatoire est expressément prévue, rien de tel ne vient en aide au concubin, quand son partenaire décide de l'abandonner: aucune pension alimentaire ne lui sera servie, même s'il y a faute évidente de son compagnon; et il lui reste tout au plus, à réclamer des dommages et intérêts – et quelques fois à les obtenir – s'il parvient à apporter la preuve que son ex- concubin lui a causé un préjudice grave, et si ce préjudice a d'autres fondements que l'abandon, puisque aucune obligation civile ne contraint les concubins au maintien de leur relation ; la morale les invite même à les cesser. D'autre part les concubins ont voulu une situation qui ne les enchaînât pas, et à laquelle il leurs fut loisible de mettre fin à tout instant.¹

¹ civ 1 er 17 juin 1953

La cour de cassation à affirmé à juste titre l'absence de la faute génératrice d'une obligation civile quelconque, en cas de rupture

La loi exige trois condition pour la responsabilité civile soit engagée : une faute, préjudice, une relation de causalité entre la faute et le préjudice. Si l'on admet que ces conditions sont suffisantes, rien ne s'oppose, juridiquement à la recevabilité de l'action de la concubine, lorsque celle-ci établit une faute à la charge de l'auteur de l'accident mortel dont a été victime son concubin.¹

La rupture du concubinage justifie l'allocation des dommages et intérêts, lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir une faute de la part de son auteur.

"Dès lors, que d'une part, le demandeur avait exigé de sa compagne de renoncer à son emploi pour se consacrer à son foyer et à l'éducation de son fils, puis de leur enfant commun, d'autre part, qu'il l'avait brusquement congédié après 11 ans de vie commune pour la remplacer par une autre femme, sans subvenir à ses besoins, la Cour d' Appel a pu estimer que ce comportement justifiait l'allocation de dommages et intérêts, dont elle a souverainement fixé le montant, pour réparer le

¹MAZEAUD Henri, Leon et Jean op cit, p 55.

préjudice matériel et moral découlant directement des fautes ainsi retenues¹

Dans une autre affaire, un concubin s'était vu reprocher d'avoir " invité " son amie à le suivre et à s'installer dans la ville où il résidait après lui avoir " interdit " de travailler et de s'être formellement engagé à subvenir à ses besoins, lui faisant subir un préjudice à la fois matériel (perte d'emploi, frais de déménagement) et moral ²

Les partenaires d'un PACS seront vraisemblablement jugés encore plus sévèrement lors de leur rupture.

Les tribunaux répugnent généralement à s'immiscer dans les problèmes d'union libre, mais sont néanmoins conscients qu'il existe entre deux concubins, surtout si leur union dure depuis plusieurs années, une obligation naturelle, et ils veillent à ce que ce devoir de conscience ne soit pas impunément bafoué.

¹ (Cass.1re civ., 7.04.98).

² (Cass.1re civ.,29.11.77).

§2 : l'esclave en possession (mère de l'enfant) en droit musulman

« Epousez les femmes qui vous conviendront à raison de deux, trois ou quatre épouses. Si vous craignez d'être partiaux, que se soit une seule épouse ou des esclaves en votre possession »¹ « veuillez à marier ceux d'entre vous n'ayant point de conjoint, ainsi que vous serviteurs des deux sexes »².

Dans l'islam, il est permis qu'un croyant libre ait une relation sexuelle avec une femme esclave en sa possession, sans limite de nombre³ comme il est le cas pour le mariage.

Sachant que l'islam a, toujours, inciter les croyants à libérer les esclaves⁴ a fait d'oum el-wald (la mère de l'enfant) une future femme libre.

¹ Sourate « el-nissaa » les femmes verset 4.

² Sourate « En-noor » La lumière verset 32.

³ Pour le mariage le nombre est limité à quatre conformément au verset quatre de la sourate el-Nissaa « les femmes » « Epousez les femmes qui vous conviendront à raison de deux, trois ou quatre épouses. Si vous craignez d'être partiaux, que se soit une seule épouse ou des esclaves en votre possession »

⁴ Parmi les versets coraniques qui incitent à la libération des esclaves' le verset 3 de la sourate 58 El-Moudjadala « il est prescrit, à titre d'exhortation, à ceux qui prononcent la formule « tu es aussi interdite désormais pour moi que le dos de ma mère » puis reviennent sur ce qu'ils ont dit, de libérer (à titre d'expiation) un esclave avant de toucher l'épouse répudiée et reprise ».

Le statut d'oum Al-walad est le même que toute autre esclave ; seulement il n'est permis de la vendre. Le prophète (que la paix et le salut soient sur lui) a défendu sa vente, car sa vente s'oppose à sa libération prévue après la mort de son maître.

L'esclave devenue mère est automatiquement affranchie à la mort de son maître Le prophète (que la paix et le salut soient sur lui) dit : « toute esclave devenue Oum Walad devient libre à la mort de son maître.¹

Elle acquière cette qualité même par un avorton, à condition, toutefois, qu'il soit physiquement formé quand il est expulsé. Le khalif Omar dit : quand l'esclave engendre un enfant de son maître, elle devient libre, même en cas d'avortement.²

Pour acquérir cette qualité, il faut que deux conditions se réunissent, La première est que le maître doit avouer qu'il a eu un rapport sexuel avec son esclave. La deuxième c'est qu'un embryon soit formé de ce rapport³

¹ Rapporté pa Ibn Majah.

² Abou bakr djaber Al-djairi op ct p 433.

³ Ahmed DERDIR « Al-Charh Al-Kebir » edition 1872 le Caire tome 4 p 459. dans le même sens a écrit cheikh Mohammed Arafá Desouki sur la marge du « Al-Charh Al-Kebir » même édition tome et page.

A la mort de son maître, la mère de l'enfant devenue libre, doit remettre aux héritiers qu'elle détient de son maître, car du vivant de ce dernier, elle encore esclave et le bien de l'esclave appartient à son maître.¹

Après la mort du maître, elle doit garder une seule période de menstrues avant de se remarier, car elle vient de quitter l'esclavage.

Le statut de la femme esclave ou de la mère de l'enfant, comme définit, est statut basé sur la possession, en considérant la femme comme étant une chose, et appliquant les règles qui régissent la propriété.

L'interdiction au propriétaire d'une esclave enceinte après avoir couché avec lui, ou la mère d'un enfant, est l'une des manières par lesquelles l'islam a incité les croyants à libérer leurs esclaves.

Donc un tel statut n'est guère un contrat ou une convention ou le consentement mutuel des contractant est primordial sans lequel le contrat est nul, comme il est le cas pour le concubinage connu dans les sociétés occidentales, notamment dans la société Françaises.

Par conséquent, les chercheurs occidentaux qui ont axé leurs efforts sur l'étude du droit musulman ont –par bonne ou mauvaise foi– qualifié le statut de la femme esclave comme étant une forme de concubinage, mais si le concubinage est une union libre basé sur la liberté et l'autonomie de

¹ Abou bakr djaber Al-djairi op ct p 433.



volonté et bien sur se n'est pas le cas pour la femme esclave qui n'est maîtresse de sa volonté.

Il s'agit donc, à notre avis, d'une manipulation douteuse de terminologie.