

# LA CODIFICATION D'UNE PARTIE DU DROIT MUSULMAN DANS L'EMPIRE OTTOMAN

( LE MÉDJÉLLÉ )

par

Dr. Sıddık Sami ONAR

Professeur ordinaire de droit administratif  
Directeur de l'Institut des Sciences Administratives  
de l'Université d'Istanbul.

L'influence des savants en droit canonique d'Islâm fut très considérable dans le développement du droit islamique. Les opinions et les jurisprudences de ces savants constituent la source la plus féconde du droit islamique. Mais on n'a fait aucune tentative sérieuse en vue de réunir en une loi ou en un code toutes ces jurisprudences qui se divisent en rites et remplissent des volumes entiers. Dans l'Empire Ottoman, qui appliquait dans une large mesure la législation islamique, des juristes éminents tels que Abboussouud Efendi et Ali Efendi, qui ont vécu aux XVe et XVIe siècles, réunirent quelques questions découlant des sentences prononcées par eux sur certains cas donnés et montrèrent la voie à suivre à ceux qui étaient appelés à les appliquer. Ces oeuvres, désignées sous le nom de " Fetvas d'Abboussouud Efendi et d'Ali Efendi ", obtinrent un grand renom dans le monde musulman.

Mais tous ces mouvements n'ont pas pris la forme d'une codification et il n'en est résulté aucun code s'appuyant sur le droit musulman. Un pareil code ne put être élaboré dans l'Empire Ottoman qu'au XIXe siècle. Ce code, qui porte le nom de (Médjellé-i Ahqam-i Adlié) ou (Médjellé) tout court, constitue une sérieuse tentative en vue de codifier le droit islamique. Ce code

fut une oeuvre réussie ; il resta en vigueur dans l'Empire Ottoman jusqu'au changement de ce dernier en République Turque et jusqu'à l'admission des principes de laïcité, et continua d'être appliqué ensuite dans les États détachés de l'Empire Ottoman, tels que la Syrie et l'Iraq.

Les juristes turcs ont aussi écrit quelques ouvrages intéressants de commentaires et d'interprétations sur les principes fondamentaux qui constituent les fondements du Médjellé et sur ses dispositions. Notamment l'ouvrage en quatre volumes d'Ali Haydar Efendi ainsi que les Commentaires d'Atif Bey, restés inachevés à la suite de sa mort, influèrent beaucoup sur la pratique et la jurisprudence. Les juges syriens et irakiens, dont la plupart se composaient, dans les premiers temps, d'anciens élèves de la Faculté de Droit d'Istanbul, tinrent compte de ces ouvrages de leurs maîtres dans leurs sentences.

Une étude de droit comparé entreprise sur le Médjellé donnerait, d'une part, une idée sur les résultats d'une codification réalisée dans les limites des principes du Droit islamique, et, d'autre part, serait utile pour établir la différence fondamentale existant entre, d'un côté un tel Droit (de même qu'un Code basé sur ce même Droit), et, de l'autre, le Droit Civil occidental.

Nous avons essayé de les faire ressortir dans cette étude que nous dédions à la chère et toujours présente mémoire de notre éminent Collègue, le Prof. Ord. Andreas Schwarz.

Les tentatives de réforme commencées en 1839 par la Charte de Gulhané ont apporté en même temps beaucoup de modifications dans le domaine du droit, et, avec les nombreuses institutions administratives et juridiques introduites de l'Occident, des lois européennes ont aussi commencé à être appliquées dans différents domaines. Le Médjellé est une oeuvre importante qui a surgi pendant la période de transition qu'ont traversé les institutions de l'Empire lors de leur acheminement de l'Orient vers l'Occident.

Ainsi, bien qu'il soit né à une époque où l'Empire s'était tourné vers l'Occident, le Médjellé, cependant, n'a aucun lien direct avec le droit et les lois de l'Occident; il s'appuie entièrement sur

le droit musulman et même sur celui d'un seul rite, le rite hanéfite. Plutôt que de constituer une nouvelle loi contenant des dispositions inexistantes jusqu'alors, le Médjellé doit être considéré comme une compilation de diverses parties du *code civil* de l'empire, lui-même basé sur le droit musulman. Son appellation le démontre d'ailleurs : le mot Médjellé ne signifie point loi ou droit ; ce mot veut dire plutôt un livre de dimension restreinte dans lequel sont recueillis certains sujets, certaines questions et certaines idées. Autrement dit, le Médjellé n'est qu'une compilation. Son appellation est (Médjellé-i Ahqam-i Adlié), qui signifie un livre contenant les règles relatives à la Justice.

Pour mieux comprendre la nature de cette oeuvre, il serait utile d'étudier et de rechercher les raisons et les nécessités pour lesquelles elle a été compilée, pourquoi elle a acquis force de loi au sens auquel ce mot est compris aujourd'hui et la place qu'elle occupe dans la législation de l'Empire, ainsi que le rôle qu'elle y joua.

#### 1. — LA PREPARATION DU MEDJELLE ET SA VALEUR JURIDIQUE

Le Médjellé est le produit de l'époque dite du " Tanzimat " de l'Empire Ottoman. Le caractère de cette époque au point de vue du droit est de coïncider avec une période où étaient en vigueur dans l'Empire Ottoman deux juridictions émanant chacune de différentes sources, de sorte qu'il existait alors un dualisme au point de vue du droit. Avant cette époque, c'est-à-dire avant 1839, seul le Droit Sacré était appliqué dans l'Empire. Il est vrai qu'à côté de cette juridiction on rencontrait aussi certaines dispositions que le Souverain instituait, fort de son privilège de sanctions dans les affaires de l'Etat, privilège qui lui conférait le droit de prendre des mesures administratives et pénales, et de statuer sur le droit de propriété des personnes détentrices de terres dans les territoires nouvellement conquis, propriété qui revenait d'office à l'Etat; toutefois, ces dispositions ne pouvaient abolir en aucune façon le droit subjectif que la législation musulmane reconnaît aux individus et elles ne pouvaient être contraires à celle-ci. D'autre part, ces dispositions ne pouvaient concerner les droits indivi-

duels et les rapports entre les individus régis par la législation musulmane. En conséquence, à cette époque d'avant 1839 de l'Empire, le droit commun et surtout le droit privé sont essentiellement islamiques ; alors qu'après 1839, à côté de la législation musulmane une autre législation est appliquée, celle-ci empruntée à l'Europe et ayant la même force et la même indépendance que les lois islamiques. Donc, à cette époque, on appliquait d'un côté la législation musulmane dont l'origine était religieuse et sacrée, et, de l'autre, des lois originaires de l'Europe et surtout de la France. D'où un dualisme dans le domaine du droit.

Les raisons de ces réformes et de ce dualisme peuvent s'expliquer par les nécessités apparues sous le règne de Sélim III, en 1789. Les Turcs Osmanlis qui avaient clôturé l'ère du moyen âge et fondé l'un des plus puissants empires du monde, avaient élevé cet empire au plus haut niveau de civilisation de l'époque. Mais cette période d'ascension et de grandeur, qui ne dura d'ailleurs qu'un siècle ou un siècle et demi, fut suivie, d'abord par un arrêt, et, ensuite, par une décadence. Alors que l'Europe se développait rapidement après la Renaissance, l'Empire Ottoman, non seulement ne put garder sa place, mais vit précipiter sa chute avec la même rapidité. Les Russes, profitant de la faiblesse de l'Empire Ottoman, commencèrent à l'attaquer. L'Empire essuya de continuelles défaites et ne trouva de salut pour se tirer de ce malheur qu'en empruntant et adoptant les institutions et les méthodes plus avancées et plus prospères de l'Europe. Le développement des relations de l'Empire avec les Etats Européens rendit de plus en plus nécessaire la création de ces institutions et l'adoption des méthodes européennes pour faciliter ces relations.

Les mouvements de réforme de l'Empire commencèrent d'abord dans le domaine militaire ; ils furent accueillis par une forte réaction qui coûta la vie à Sélim III. Mais, malgré cela, ils se ranimèrent au temps de Mahmoud II. et, en 1839, sous le règne de Médjid I, ils atteignirent leur point culminant, avec la Charte de Gulhané qui inaugure l'époque du "Tanzimat". C'est à cette époque-là, (1850), que le Code de Commerce français fut emprunté afin de rendre possible et de faciliter les transactions commerciales entre l'Empire et les Etats européens. Car la légis-

lation islamique ne contenant de dispositions ni sur les questions de change, ni sur les sociétés et les formes que revêtent les transactions commerciales, on se heurtait à d'innombrables difficultés dans ces domaines et surtout dans les différends qui surgissaient entre les Turcs et les étrangers. Plus tard, la législation sur le droit maritime, le droit de procédure et les voies d'exécution furent empruntées à l'Europe ainsi que le code pénal et la procédure criminelle.

Il était également évident que ces nouvelles lois empruntées à l'Europe ne pouvaient être appliquées par les tribunaux du Chéri qui existaient depuis les anciens temps et appliquaient le Droit Sacré. De nouvelles institutions s'imposaient.

On avait créé dans l'Empire, avant la Charte de Gulhané, en 1837, une Haute Cour des affaires juridiques, appelée (Medjlis-i Valayi Ahqam-i Adlié), en vue d'organiser les réformes administratives et juridiques. Cette Cour élaborait en même temps les nouvelles lois et les nouveaux règlements et veillait à leur application. En 1868, cette Cour fut divisée en deux : le soin d'élaborer les nouvelles lois et les règlements était confié à un conseil appelé Conseil d'Etat (Choura-i Devlet); un autre conseil (Divan-i Ahqam-i Adlié) ayant le caractère d'une haute cour était créé pour les mettre en application. Par ailleurs, il existait déjà, depuis 1840, un tribunal de commerce pour connaître des litiges entre les commerçants turcs et étrangers.

La Haute Cour des affaires juridiques avait la position d'une haute cour s'occupant des procès qui devaient être jugés d'après les lois et les règlements empruntés à l'Europe, en dehors de ceux relevant des tribunaux du Chéri. Par un décret de l'année 1871, des tribunaux civils furent créés à côté des tribunaux du Chéri et, par une loi promulguée en 1880, ces tribunaux prirent leurs formes développées et définitives.

Mais alors surgit une grave difficulté dans l'application de ces lois et règlements empruntés à l'Europe. Le Code civil constituait la base et le fondement des lois telles que les lois commerciales. Alors que les lois de l'Empire étaient empruntées à l'Europe, son code civil s'inspirait des préceptes du Droit Sacré. De sorte que le droit commun et les lois privées se basaient chacun sur des fondements différents, le premier sur le droit Sacré, dont

l'origine est religieuse et divine, et les secondes sur le droit européen issu du droit romain. Aussi, ne pouvait-on établir une parfaite harmonie entre le code civil qui constitue le droit commun et le code de commerce et les autres lois analogues, comme la loi sur les voies d'exécution, qui en constituaient des exceptions.

Voici comment ces difficultés sont exposées dans le rapport de la Commission de rédaction du Médjellé : " Comme dans les derniers temps les relations commerciales ont pris une grande extension, il a fallu régler d'une façon exceptionnelle beaucoup de matières les concernant, telles que les faillites et les lettres de change, et on a formé un code à part, un code de commerce, pour être appliqué dans les affaires commerciales. Cependant, pour les autres questions restées en dehors, on se référait au code civil. Par exemple, lorsque, dans un litige commercial, jugé par un tribunal de commerce, il surgit accessoirement une question du domaine purement civil, comme lorsqu'il s'agit de gage, de cautionnement, de mandat, etc., c'est dans le droit commun qu'on en cherche la solution. "

Alors surgirent un certain nombre des difficultés. Car ces droits communs n'étaient pas réunis en une loi. Ils se trouvaient dans de nombreux ouvrages juridiques écrits par les jurisconsultes musulmans. La plupart de ces ouvrages étaient rédigés en arabe. Cependant, les hommes de loi qui exerçaient dans les tribunaux civils et qui avaient appris les lois européennes ne connaissaient pas l'arabe et ne pouvaient consulter ces ouvrages. Quant à ceux qui connaissaient la législation islamique, ils ne savaient pas à leur tour les fondements et les dispositions des lois européennes. D'ailleurs, ceux-ci n'arrivaient pas, le plus souvent, à trouver facilement les dispositions pour résoudre les questions dans ces ouvrages multiples et épars.

Dans le rapport de la Commission du Médjellé il est fait mention de ces difficultés en ces termes : " Quoique la partie de la Science sacrée qui a trait aux choses de ce monde (cette science a aussi une partie ayant trait aux questions religieuses) soit suffisante pour les besoins,... les membres des tribunaux Nizamî ne possèdent pas les doctrines du Droit Sacré et sont exposés à toutes sortes de suppositions et de propos malveillants et

accusés de donner aux affaires litigieuses la tournure qu'il leur plait. ”

“ Les Tribunaux de Commerce de l'Empire, statuant d'après le code de commerce, sont exposés à de grands embarras, chaque fois que, dans un litige commercial, il surgit des questions incidentes en dehors de matières réglées par la loi commerciale. En effet, si, pour résoudre ces questions, ils ont recours aux lois européennes, celles-ci n'étant pas sanctionnées par le Souverain, n'ont pas force et vigueur dans l'Empire et ne peuvent, par conséquent, servir de base à un jugement. S'ils renvoient ces questions devant les Tribunaux du Chéri, ces derniers, pour statuer sur une question incidente, sont obligés d'examiner le fond du litige, et comme la procédure suivie par les juges du Chéri est toute différente de celle suivie par les tribunaux de commerce, ce serait là une source de complications sans nombre qui rendrait cet expédient également impraticable. Enfin, si l'on prétendait que les juges commerciaux dussent, dans ces cas-là, apprendre eux-mêmes la jurisprudence sacrée, il y aurait à répondre que les membres des tribunaux de commerce se trouvent dans la même situation que les juges des tribunaux Nizamié par rapport à leurs connaissances en matière de jurisprudence sacrée. ”

Le rapport de la Commission va encore plus loin et fait ressortir que les juges des Tribunaux du Chéri sont également incapables de pouvoir puiser dans le Droit Sacré. Le rapport de la Commission poursuit ainsi “ A l'époque actuelle, les hommes compétents en matière de Droit Sacré deviennent de plus en plus rares, au point qu'il est difficile de trouver, non seulement des membres des Tribunaux Nizamié en état de recourir, au besoin, aux traités de jurisprudence sacrée pour dissiper leurs doutes, mais des juges en nombre suffisant pour les Tribunaux du Chéri de l'Empire. ”

Comme on le voit, d'une part, on n'avait pas pu établir une harmonie entre les droits secondaires et le droit commun, à la suite de la dualité qui avait commencé après 1839, et, d'autre part, le Droit Sacré se trouvant dispersé en différentes jurisprudences dans de volumineux ouvrages, on rencontrait d'immenses

difficultés pour résoudre les problèmes. Dans cet état de chose, un code civil devenait nécessaire avant tout, pour aider les juges des tribunaux Nizamié et leur montrer la voie à suivre.

Dans la réforme judiciaire postérieure au Tanzimat, c'est-à-dire après 1839, cette question de code civil occupa une place importante. Quelques hommes d'Etat alléguant que les tribunaux Nizamié appliquaient les lois empruntées à l'Europe, surtout à la France, étaient d'avis d'emprunter aussi le Code civil français et d'en faire le Code civil de l'Empire; du reste, l'Égypte, qui s'était détachée de l'Empire Ottoman et avait fondé une administration semi-autonome, avait adopté ce système. A la tête de ce courant d'opinion se trouvait l'éminent homme d'Etat Ali Pacha. Tandis que d'autres hommes d'Etat prétendaient qu'une compilation du Droit Sacré, même prise du rite hanéfite, contenant les dispositions nécessaires, pourrait répondre amplement aux besoins et défendaient fermement leur thèse. A la tête de ce courant, soutenu plutôt par des conservateurs et des hommes ayant une conception religieuse plus solide, se trouvait Djevdet Pacha, qui avait fait des études dans un Medressé et qui, ensuite, comme homme d'Etat, avait occupé des charges dans l'administration publique, dans divers Ministères et en même temps s'était fait un grand renom comme historien, ayant composé un ouvrage d'histoire en douze volumes.

L'opinion défendue par Djevdet Pacha finit par prévaloir et on abandonna l'idée d'emprunter le Code Civil français. On réunit, en 1869, une Commission du Médjellé en vue de préparer un livre qui contiendrait les dispositions les plus adéquates tirées du rite hanéfite. Cette Commission continua à siéger jusqu'en 1888, date à laquelle ses travaux ayant été considérés comme terminés, elle fut dissoute par Iradé Impérial.

Il y eut des changements parmi les membres de la Commission du Médjellé jusqu'à l'achèvement de ses travaux. Son président, Djevdet Pacha, a dû aussi s'absenter entre-temps, ayant été appelé à d'autres fonctions; mais chaque fois qu'il quittait ces postes provisoires, il revenait à la Commission et y reprenait ses fonctions. De sorte qu'il participa à l'élaboration de tous les livres du Médjellé. Il arriva même une fois que le livre du Dépôt ayant été préparé et publié pendant son absence, il le fit retirer de la



circulation ; dès son retour le livre fut rédigé de nouveau, mais on y ajouta cette fois le chapitre sur les Prêts à usage.

Quoique le rôle de Djevdet Pacha fût très considérable, dans la préparation du Médjellé, on ne peut tout de même pas prétendre que ce code fut uniquement son oeuvre. Les autres membres de la Commission ont aussi rendu d'éminents services. Cependant la tâche la plus ardue fut assumée par Djevdet Pacha. C'est lui qui joua le rôle médiateur. Dans la rédaction et le style du Médjellé, l'influence de Djevdet Pacha fut très grande. Du reste, le fait que le livre du Dépôt préparé en son absence et retiré ensuite de la circulation soit très différent des autres et que celui relatif au Gage, à la rédaction duquel sa participation fut moindre, se trouve plein de lacunes, démontre l'importance du rôle que joua Djevdet Pacha.

Dans le rapport de la Commission du Médjellé précité, Djevdet Pacha raconte comme suit pourquoi et comment le Médjellé a été préparé: " L'importante tâche de la rédaction d'un code, basé sur le Droit Sacré, approprié aux besoins de l'époque actuelle et suffisant pour résoudre les questions qui surgissent journellement dans les transactions, m'ayant été confiée, c'est en exécution de cette volonté Impériale que, nous étant réunis au Conseil Suprême de Justice, nous avons consulté les oeuvres les plus autorisées des juristes hanéfites traitant de la partie du droit relative aux transactions civiles, nous en avons extrait les règles concernant les transactions les plus usitées et les plus nécessaires à l'époque actuelle, et, sous la dénomination de Code Civil, nous les avons réunies en un recueil divisé en plusieurs livres. "

Les divers livres du Médjellé ont été publiés et mis en vigueur séparément et à différentes époques. Le premier livre de Médjellé, celui relatif aux ventes, a été publié en 1870 et le dernier, c. à d. le seizième, celui des jugements, en 1877. La Commission du Code Civil s'est occupée ensuite de la préparation des modalités de l'application et de la procédure. Peut-être aurait-elle aussi préparé certains chapitres du Code Civil, tels que ceux concernant la famille, ou l'héritage ; mais Hamid II, qui était un Souverain d'une nature très ombrageuse, se méfiait des activités de la Commission et, prétextant qu'elle avait terminé ses travaux, la supprima.

### Le Médjellé est-il une Loi ?

Il est hors de toute que le Médjellé avait force et vigueur de loi ; jusqu'en 1926, il fut appliqué en Turquie comme Code Civil. Cependant, ce document ne peut pas être considéré comme une loi, dans toute l'acception de ce mot: Cela parce que, d'abord, il n'est pas une loi préparée d'une manière rationnelle par un législateur ou un groupe de législateurs. Ensuite, il ne contient pas de nouvelles prescriptions. Le Médjellé s'est inspiré des concepts du Droit Sacré qui est d'origine religieuse et divine; c'est-à-dire une oeuvre ayant une base théocratique. Il n'est pas le résultat d'une fonction législative. De plus, il n'apporte rien de nouveau, les prescriptions qu'il contient étant celles qu'on appliquait jusqu'à ce jour dans l'Empire. Le Médjellé, comme nous l'avons dit plus haut, n'est pas une oeuvre de législateurs, il est plutôt un ouvrage scientifique rédigé d'une manière intelligible par un groupe d'hommes de science, ayant pour mission de faire un choix, entre les décisions qui se trouvent éparses dans plusieurs gros volumes, celles qu'on jugerait les plus judicieuses et les mieux adaptables aux cas les plus fréquents, pour être mises entre les mains de ceux qui seraient appelés à les appliquer.

Mais alors comment a-t-il été possible que cette oeuvre ait pu être considérée comme une loi et appliquée comme telle pendant des années entières ?

Comme on le sait, il existe dans la religion musulmane et, partant, dans le Droit canonique de l'Islam, certaines doctrines et parmi celles-ci des opinions et des jurisprudences. L'Empire Ottoman avait adopté le rite hanéfite ; mais il existait aussi dans ce rite de nombreux commentateurs ayant des opinions notablement divergentes. D'après le droit public musulman, celle que le Souverain juge être la plus convenable parmi ces controverses devient une règle à laquelle on doit se soumettre obligatoirement. Or, le Médjellé ayant été soumis à l'approbation du Souverain et sanctionné par lui, les opinions et les jurisprudences contenues dans cette oeuvre sont devenues de ce fait des règles obligatoires. Dans le rapport de la Commission de rédaction ce fait est ainsi relaté: " Dans les questions controversées, on doit agir conformément à l'opinion consacrée par le Commandeur des Croyants.

En conséquence, si le travail soumis est approuvé, veuillez faire les diligences nécessaires pour qu'il soit revêtu de la sanction Impériale. ”

A l'époque où le Médjellé fut préparé, il n'existait pas dans l'Empire Ottoman de système Constitutionnel, et, par conséquent, pas de Parlement chargé de faire les lois. Toutes les lois devenaient légales par le seul fait de la sanction Impériale. Aussi le Médjellé ressemble-t-il, du point de vue formel, à une loi. Mais cela n'est pas absolu non plus. Car, même après 1908, c'est-à-dire après la deuxième Constitution, on a conservé l'habitude suivant laquelle les décisions émanant de sources religieuses devenaient des règles obligatoires sans passer par l'organe législatif, le Parlement. En effet, entre 1914 et 1918, certaines prescriptions relatives au droit de famille ont été soumises au Souverain directement par le Cheih-ul-Islam, sans l'entremise même du Premier Ministre et du Cabinet et, bien entendu sans passer par le Parlement; elles sont devenues ainsi des lois auxquelles on se soumet obligatoirement. La plupart des livres du Médjellé sont passés par le Premier Ministre ; mais il y en a d'autres que le Cheih-ul-Islam seul a soumis au Souverain pour être sanctionnés.

## 2. — LE CONTENU ET LES DISPOSITIONS DU MEDJELLE

Quoique le Médjellé ait rempli la fonction de Code Civil, il ne contient cependant pas toutes les prescriptions d'un code civil et ne ressemble nullement, au point de vue technique, aux autres codes civils européens.

Le Médjellé se compose d'un Titre préliminaire (introduction) et de seize livres. Ces livres sont respectivement les suivants : de la vente; du contrat de louage; du cautionnement; du transport de dette; du nantissement ou gage ; des choses confiées à autrui ; des donations ; de l'usurpation et de la destruction de la chose d'autrui, de l'interdiction de la violence et du retrait d'indivision ; des sociétés ; du mandat ; de la transaction et des renonciations ; de l'aveu; des actions; des preuves et du serment; des jugements.

L'ensemble du Médjellé se compose de 1851 articles. Dans son Titre préliminaire, il contient des principes fondamentaux en guise de maximes. Ces règles, appelées principes généraux, ne visent pas à résoudre directement des questions spéciales et ne s'appliquent point séparément; elles sont comme les considérants des règles contenues dans les autres livres et servent de guide et de point d'appui au juge au moment où il doit appliquer ces diverses règles aux cas particuliers. Pour donner une idée de ces principes généraux et de la façon dont ils sont utilisés, il serait utile de citer quelques exemples :

Ainsi l'art. 7 et l'art. 3 sont ainsi conçus : " Pour apprécier une action on doit en rechercher l'intention " .. " Dans les conventions il faut considérer l'intention des parties, et non pas le sens littéral des mots et des phrases employés. " Ces deux règles sont deux principes importants qui montrent la voie à suivre dans l'interprétation des dispositions légales et des conventions. Il en ressort qu'en interprétant une convention, on ne doit pas rechercher le sens littéral des mots et des phrases employés à tort ou à raison par les parties, mais on en considérera l'intention et on appliquera la règle en conséquence. On voit bien que le principe exprimé dans ces deux articles n'est que l'énonciation de la théorie de l'intention et de la volonté qui, entre les théories d'interprétation du droit moderne, est celle acceptée par la plupart des codes civils.

Les articles 5, 6 et 10 sont ainsi libellés : Art. 5 : " En principe, chaque chose doit rester dans l'état où elle se trouve. " — Art. 6 : " Ce qui existe de temps immémorial doit être respecté. " — Art. 10 : " Ce qui a été avéré à une certaine époque est tenu pour tel jusqu'à preuve du contraire. " Les principes exprimés dans ces articles ne sont que l'énonciation de la théorie d'après laquelle les situations de fait sont consacrées par le droit, jusqu'à preuve du contraire. Un état déterminé quelconque, n'ayant pas été changé par une action juridique prouvée, doit continuer à garder sa position.

Quelques uns de ces principes généraux indiquent les règles à suivre dans les questions de dommages - intérêts et d'indemni-

té. Les articles suivants, Art. 7 : " L'ancienneté ne peut consacrer un état nuisible " art. 25 : " Il n'est pas permis de réparer un dommage au moyen d'un dommage semblable " ; art. 27 : " On peut réparer un dommage considérable par un dommage moins important " et l'art. 31 : " Le dommage doit être écarté autant qu'il est possible ", sont des énoncés de principes pour servir de directives en cas d'indemnisation des dommages-intérêts.

Il ressort de ce qui précède qu'un état nuisible, même existant anciennement, ne peut être considéré comme légal ; il n'engendre pas un droit ; c'est-à-dire que les états nuisibles constituent une exception aux principes exprimés dans les articles 5 et 6 et doivent être écartés. Toutefois, pour réparer un dommage, on ne peut pas créer un état également nuisible; on doit le réparer par un dommage moins important et, autant que possible, l'écarter.

Parmi les principes généraux, les articles 36 à 45 traitent de l'usage et des coutumes et de leur importance comme source de droit et prescrivent qu'on doit les prendre en considération dans certains cas : art. 40 : " Le sens littéral des termes peut être modifié par l'usage " ; art. 39 : " Il est hors de doute que l'application de la loi peut varier avec le temps " ; art. 43 : " Ce qui est consacré par l'usage tient lieu de convention expresse " ; art. 45 : " Ce qui est consacré par l'usage a la même force que ce qui est formellement établi par une loi divine. "

Parmi les principes généraux il y en a qui sont d'une grande originalité. Ainsi par exemple: art. 55 : " Une chose nulle dans le principe, peut devenir valable une fois accomplie. " ; art. 56 : " Il est plus facile de maintenir une chose déjà accomplie que d'en permettre l'accomplissement dès le principe. "

C'est ainsi donc que le Médjellé a prescrit que si, pour une cause quelconque, un état de chose est considéré comme non valable en principe il peut devenir valable tant qu'il n'est pas nuisible, sans prendre en considération qu'il était non valable au commencement, et, partant, qu'il est plus facile de maintenir une chose déjà accomplie que d'en permettre l'accomplissement.

On donne l'exemple suivant au principe énoncé dans l'art. 55 : dans la copropriété la donation est prohibée; car, d'après l'art. 57, les actes à titre gratuit ne devenant parfaits que par la tradition, une tradition n'est donc pas parfaite tant que le donataire n'est pas entré en possession de la chose donnée. Or il n'est pas possible de prendre possession de la copropriété. Cependant, s'il surgit un ayant droit d'un bien indivis qu'on a donné et qu'il s'empare de ce bien, la donation reste valable, quoique, en réalité, ce soit seulement la part indivise qui ait été donnée et non la totalité. Cette donation, qui n'était pas valable au commencement, peut le devenir une fois accomplie. Le but en est de ne pas déranger, sans grand et grave motif, les actes de l'individu et de respecter sa volonté et l'état de chose qu'il s'est acquis.

Parmi les principes généraux il y en a un selon lequel les considérations d'ordre moral ont la priorité sur celles d'ordre économique ; l'art. 30 dispose que " la préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit. " Cette règle implique que si le maintien d'un état de chose injuste procure même des avantages économiques, il est plus juste et plus profitable de l'écarter en sacrifiant ces avantages. Par exemple, un édifice élevé illicitement sur le terrain d'autrui doit être démoli, si la demande en est faite par le propriétaire du terrain, même si cette démolition entraîne des pertes économiques pour celui qui l'a construit. Il est avéré que cette règle est incompatible avec la conception actuelle des principes d'économie nationale.

Trois articles parmi les principes généraux constituent la base de la théorie de la responsabilité objective ou risque, laquelle commence à se développer dans le droit européen à côté de la théorie de la faute relative aux questions de réparation pour actes illicites, indiquant de la sorte que le Médjellé approuve la théorie de la responsabilité objective plutôt que celle de la faute dans les questions d'actes illicites. Selon l'art. 85 " La jouissance d'une chose est la juste compensation des risques qu'elle entraîne. " Art. 87. : " Le dommage correspond au profit. " Art. 88: " La peine est proportionnée au profit qu'on retire, et réciproquement ". Ainsi donc, celui qui supporte le dommage en cas de perte d'une chose, doit, par compensation, en retirer le pro-

fit; celui qui jouit d'une chose doit aussi en supporter les charges. Par exemple, celui qui dirige une entreprise économique, une fabrique ou une industrie quelconque, ou commet une action, doit indemniser ceux auxquels il a causé de dommages, même s'il n'a commis aucune faute dans son entreprise ou dans l'accomplissement de son action. Tandis que dans le droit européen, la théorie de la responsabilité juridique se base sur la faute selon le droit romain. Si le dommage n'est pas la conséquence de la faute de l'auteur, celui-ci n'est tenu à aucune indemnité; car l'indemnité n'est pas la conséquence de l'action, mais celle de la faute. La responsabilité objective est le propre du Médjellé.

On voit que les principes généraux, qui constituent les préliminaires du Médjellé, renferment ses théories et sa philosophie; ils posent les considérants des règles et montrent aux juges les directives auxquelles ils se référeront dans leurs jugements et leurs manières de voir.

Le premier livre du Médjellé est consacré à l'acte de vente. Après les dispositions préliminaires, ce livre est divisé en 7 titres et en un certain nombre de chapitres. L'introduction ne contient pas, comme dans toutes les autres lois, les règles qu'on doit appliquer aux cas déterminés; elle définit et explique tout simplement le sens des termes. Par exemple, l'art. 105 définit la vente " un contrat par lequel on échange une chose contre une autre "; dans les autres articles sont énumérées les espèces de vente d'après leurs qualifications et les sens en sont définis.

L'art. 126 définit le bien qui est en somme une notion économique : " Bien se dit de toute chose propre à satisfaire les besoins de l'homme et qu'il conserve pour s'en servir en cas de nécessité. " Ensuite sont énumérées les divisions du bien avec les définitions de leurs espèces. Le livre de la vente traite successivement des matières suivantes : Titre 1er : De la conclusion du contrat de vente; Titre II : De la chose vendue ; Titre III : Du prix; Titre IV : Des droits respectifs des parties sur la chose vendue et sur le prix, après la conclusion de la vente; Titre V : De la Délivrance; Titre VI : Du droit d'option ; Titre VII : Des différentes espèces de vente et de leurs effets.

Le deuxième livre qui est consacré au contrat de louage est divisé, après les dispositions préliminaires, en 8 Titres. Dans les dispositions préliminaires, les termes juridiques concernant le contrat de louage sont définis et les espèces de louage sont énumérées. Ensuite, le Titre 1er traite des dispositions générales ; le Titre II, de la conclusion du louage ; le Titre III, du prix ; le Titre VI, de la chose louée (des biens-fonds, des marchandises, des animaux) ; le Titre VIII, des droits et devoirs respectifs du bailleur et du preneur après la conclusion du louage ; et enfin le Titre VIII, des dommages - intérêts provenant du louage.

Tous les livres du Médjellé contiennent de la sorte, d'abord des définitions et des divisions scientifiques et, ensuite, dans différents titres et chapitres, des règles selon les particularités des actes.

Dans certains livres on ne trouve pas de cohésion. Diverses questions sont réunies dans un seul livre. Par exemple, dans celui des choses confiées à autrui, prennent place aussi des règles relatives à la chose déposée et à la chose prêtée à usage. De même, dans le livre qui traite de l'interdiction de la violence et du retrait d'indivision, sont mentionnées également des dispositions sur l'interdiction qui concerne la personne, sur la violence dont l'élément est la volonté et sur le retrait d'indivision qui se réfère aux droits réels et n'ayant aucun rapport avec la personne. Dans le livre des sociétés, la société est divisée en deux : la copropriété et la société et à la copropriété et même aux servitudes qu'acquièrent les individus sur les biens appartenant à l'État et aux sociétés, se trouvent ainsi réunies. Ce livre traite donc et des conventions et des droits réels.

Les quatre derniers livres du Médjellé contiennent plutôt des règles de procédure civile que de code civil.

On trouve dans le livre de l'aveu des règles sur l'aveu qui constitue un important moyen de preuve dans la procédure civile ; dans le livre des actions, des règles sur les conditions des actions, sur les défenses et sur les personnes contre lesquelles l'action peut être dirigée aussi bien que sur la prescription. Dans le livre des preuves, des règles sur le témoignage, sur la présomption.



sur les preuves littérales, sur le serment, sur le rôle de la détention au point de vue de la preuve et sur la prééminence des preuves; et enfin dans le livre des jugements, des règles sur les qualités et les moeurs des juges, sur la manière de conduire les audiences, sur l'arbitre et sur le compromis.

On peut voir qu'il n'existe pas dans le Médjellé, comme dans les autres codes civils, des dispositions se rapportant au droit de famille, telles que le mariage, le divorce et la filiation; au droit des personnes; à l'héritage et au testament et enfin au vakouf. Par contre, des règles de procédure et d'organisation des tribunaux y prennent place, matières qui ne figurent dans aucun autre code civil. Par conséquent, en tant que code civil, le Médjellé est conçu largement, à un point de vue, et étroitement, à un autre.

Les problèmes des personnes, de la famille et de l'héritage, qui restent en dehors du Médjellé, reposent sur le droit musulman, et, comme ils n'ont pas été codifiés, ils sont régis par les règles qui se trouvent dans les livres de la Science Sacrée. Il en est de même pour les décisions sur les questions vakouf.

La Commission de rédaction du Médjellé devait aussi, dit-on, traiter tous ces problèmes, chacun dans un livre; mais elle n'aurait eu ni les moyens ni le temps de le faire. Cependant, il serait aussi plausible de dire que, comme tous ces problèmes se rapportent plutôt aux questions du statut personnel, et, pour laisser la liberté aux non musulmans qui ne doivent pas être assujettis au même statut personnel applicable aux seuls musulmans, on a voulu plutôt limiter les matières du Médjellé aux seuls actes qui sont du ressort de tous, sans égard aux religions et aux sectes. Du reste, dans le rapport de la Commission, il est spécifié que le mariage étant estimé être un acte de nature à la fois transactionnelle et culturelle, on l'a considéré de ce chef comme une disposition mixte.

Dans l'Empire Ottoman, les Tribunaux du Chéri pour les musulmans et les établissements ecclésiastiques pour les chrétiens ont été reconnus compétents pour résoudre ces questions qui sont restées en dehors du Médjellé. Ainsi seuls les actes se ré-

lérant au statut personnel sont laissés en dehors du pouvoir des tribunaux civils Nizamié.

Parmi les biens immeubles, ceux en pleine propriété ont été soumis aux dispositions du Medjellé, mais ils subissent les règles du Chéri au point de vue de l'héritage. Quant aux terres qu'on appelle terres publiques appartenant à l'Etat et dont seuls l'usage et l'usufruit sont laissés aux individus, elles sont régies par la Loi sur les terres, promulguée avant le Médjellé. L'Etat étant propriétaire de ces terres, et les individus, qui en profitent et en tirent l'usufruit, agissant avec le consentement de l'Etat, il est supposé que le droit qui en découle pour ces individus est un droit conventionnel et, par conséquent, les transactions et les mutations de ces biens sont laissées en dehors du pouvoir des Tribunaux du Chéri et réglées par les lois.

Au point de vue des sources, le Médjellé s'appuie uniquement sur le rite hanéfite de la religion musulmane. Aucune règle n'a été empruntée aux rites Chaféite, Hambelite et Malékite. Même pour les questions sujettes à controverses entre les jurisconsultes hanéfites, on a dû opter pour les opinions de ceux qui sont considérés être les plus autorisés, les opinions des jurisconsultes relativement moins connus ayant soulevé des objections dans les milieux fanatiques. De ce chef, les sources du Médjellé sont très étroites, restreintes et limitées.

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, le Médjellé diffère aussi des autres codes civils quant à la forme : Il ne contient pas de dispositions générales applicables à toutes les questions incidentes. Quoique les principes fondamentaux qui composent l'introduction aient un caractère général, leur valeur d'application est minime. Alors qu'il existe dans les codes civils européens des règles ayant le caractère d'une théorie générale des actes et applicables à tous ceux-ci, le Médjellé ne renfermant pas de pareilles dispositions, les règles relatives aux conditions, à l'élément de volonté et à d'autres points semblables de l'acte dont il s'agit sont répétées dans chaque livre. Une question, telle que la violence, qui a un rapport direct avec l'élément de volonté, qui constitue un obstacle à la formation d'un acte et qui devrait être traitée

à la tête des actes, se trouve pourtant, sans aucun rapport, reléguée dans le livre de préemption dont les objets sont le droit réel et le droit de propriété.

Le fait que le Médjellé n'est pas conforme, au point de vue de la forme, à la technique de la loi, semble plutôt provenir de ce qu'il n'a pas été conçu comme un code, mais comme une compilation des ouvrages sur le (fikh) qui sont des livres de science. Chaque partie du Médjellé (livre) est codifiée comme un sujet indépendant du fikh et souvent, en en conservant la forme et en en extrayant un résumé. Le Médjellé est né ainsi de la réunion de tous ces livres.

En effet, le fait d'insérer dans chaque livre traitant d'un acte les définitions et les sens relatifs à ce même acte et aux termes qu'il contient et d'y procéder à des classements scientifiques, confère au Médjellé et à tous les livres qui le composent plutôt la forme d'un ouvrage scientifique que celle d'un code.

Il existe du Médjellé des traductions en arabe et en grec, ainsi qu'une excellente traduction en français bien connue faite par un Anglais, G. Young, sous le nom de " Corps de Droit Ottoman ". La traduction du Médjellé forme le VI<sup>ème</sup> volume de l'oeuvre complète, (pages 169 à 446). (\*)

### 3. — LES BASES DU MEDJELLE

Nous examinerons les bases du Médjellé sur les contrats, le droit de propriété, les actes illicites et l'enrichissement sans cause, la procédure civile en indiquant les points caractéristiques sur ces questions.

#### A. — *Les Bases du Médjellé concernant les contrats :*

Dans ses chapitres traitant des conventions, le Médjellé se base sur des principes autres que des législations occidentales une étude d'ensemble démontre qu'il s'appuie plutôt sur des conceptions morales déterminées que sur les principes qui régissent aujourd'hui les relations économiques et commerciales. Cet-

(\*) Oxford. Clarendon Press. 1906.

te façon de voir se manifeste surtout dans les conventions. Le Médjellé n'admet pas la liberté des conventions comme c'est le cas pour les législations européennes et américaines en vigueur. Au contraire, il cherche à empêcher qu'une des parties contractantes, profitant, pour une raison ou une autre, d'une circonstance avantageuse quelconque, ne puisse imposer des conditions plus profitables en sa faveur et faire rompre ainsi le juste équilibre que le Médjellé voudrait voir s'établir entre les contractants. Aussi, tient-il à ce qu'un équilibre de droit et d'équité domine dans les contrats plutôt que des préoccupations économiques.

Le code civil moderne n'admet de restriction dans les contrats qu'autant que les bonnes moeurs et l'ordre public sont en cause et laisse entière liberté aux parties d'y insérer toute les conditions qu'elles désireraient ; tandis que le Médjellé fixe et limite avec soin les conditions que contiendront les contrats. Ces dispositions imposées à propos des conditions sont insérées dans l'acte de vente. Voici comment le rapport de la Commission de rédaction en fait mention :

“ De tous temps, les achats et ventes se concluent le plus fréquemment sous diverses conditions. Mais dans le rite hanéfite les différentes clauses dont l'objet est d'établir, dans ces sortes de contrats, des conditions variées, rendent les contrats annulables. Aussi, le titre traitant de la (Vente conditionnelle), a-t-il été, au sein de notre Commission, l'objet de longues discussions. ”

Ensuite, après avoir exposé à ce sujet l'opinion de divers grands commentateurs musulmans, le rapport de la Commission conclut ainsi : “ En conséquence, dans le rite hanéfite, on a adopté un système intermédiaire d'après lequel il y a trois espèces de conditions: celles qui sont valables, celles qui vicient le contrat et celles qui sont nulles. Ainsi, toute condition stipulée en faveur de l'une des parties seulement et qui n'est pas de l'essence même du contrat, ou qui ne sert pas à en assurer un des éléments fondamentaux, est vicieuse et rend la vente annulable; tandis que la condition qui ne profite à aucune des parties est simplement réputée non-avenue, sans affecter en rien la validité du contrat. Car la vente est un contrat essentiellement commutatif, c'est-à-dire que son objet principal est de transférer, sans peine ni obstacles, la propriété de la chose vendue à l'acheteur

et celle du prix au vendeur; or, lorsqu'il existe une condition favorable seulement à l'une des parties contractantes, d'un côté, celle-ci en demanderait l'exécution, tandis que, de son côté, l'autre s'y refuserait; de là des contestations, et, dans des circonstances semblables, on ne pourrait pas dire que la vente soit parfaite. Toutefois, la vente sous une condition de cette nature est permise lorsqu'elle est consacrée par l'usage, parce qu'alors la contestation serait elle-même réglée par l'usage". Et le rapport conclut: " Nous nous sommes, par conséquent, bornés à exposer les cas où, d'après le rite hanéfite, la condition ne vicie pas la vente".

Partant de ce principe, le Médjellé consacre son livre IV à la vente conditionnelle et y mentionne les conditions licites de la vente. Ainsi l'art. 186 stipule que " la vente faite sous une condition résultant de la nature même du contrat est valable, ainsi que la condition." Suivant le Médjellé, lorsque, dans une vente, le vendeur stipule qu'il aura le droit de retenir l'objet vendu jusqu'au paiement du prix, cette condition, loin de vicier la vente, en constitue, au contraire, un des effets essentiels. De même, d'après l'art. 187: " Lorsque la vente est conclue sous une condition destinée à assurer l'exécution de l'une des obligations fondamentales du contrat, la vente et la condition sont également valables". Et comme exemple, le Médjellé cite le cas suivant: une vente faite sous condition qu'il sera constitué un gage ou fourni une caution est valable; car cette condition assure l'exécution de l'une des obligations du contrat qui est le paiement du prix. Selon l'art. 188: " Est pareillement valable la vente faite sous une condition consacrée par l'usage du pays où elle se conclut". Telle est la vente d'une serrure sous condition qu'elle sera posée à sa place. Enfin, d'après l'art. 189: " Lorsque, dans la vente, il y a une condition qui ne profite ni à l'une ni à l'autre des parties, la vente est valable mais la condition est réputée non avenue. Si, par exemple, on vend un animal sous la condition que l'acheteur ne le revendra pas ou ne le mettra pas au vert, le contrat est valable mais la condition demeure sans effet".

Telles sont, dans les contrats de vente, les conditions admises comme valables par le Médjellé. Les conditions qui restent en dehors de celles citées et qui profitent à l'une des parties seu-

lement, ne sont pas valables et vicient en même temps l'acte de vente dans lequel elles prennent place.

Dans les autres livres du Médjellé, bien que les dispositions relatives aux conditions ne soient pas répétées, on y rencontre néanmoins des stipulations aux termes desquelles certaines conditions sont considérées non valables. Ainsi, dans l'art. 427, il est prescrit que si le contrat spécifie que la personne à qui on a loué un immeuble ne peut le louer à une autre, cette condition est de nul effet.

Dans ces différents livres et dans les dispositions émises à propos de divers actes, le Médjellé a toujours montré une tendance à établir un équilibre selon sa conception de l'équité et de la justice, et à empêcher la réalisation de profits illicites. En même temps, dans chaque livre on trouve le souci et le désir d'éviter des conflits et de ne pas laisser de place aux appréciations arbitraires et capricieuses, en traitant chaque question jusqu'aux menus détails. De sorte que le Médjellé renferme des dispositions concernant des détails qu'on ne rencontre pas dans les codes civils d'aujourd'hui et ces dispositions ne sont pas interprétatives mais impératives, les parties ne pouvant pas conclure de contrat en contradiction avec elles.

Partant de ce principe, le Médjellé impose lui-même, d'après son point de vue et jusqu'aux menus détails, toutes les conditions qu'il juge nécessaires pour la validité d'un acte, sans permettre aux parties de les apprécier et avec l'obligation pour elles de s'y conformer. Par exemple, d'après l'art. 499 " la chose louée devant être déterminée ", ne serait pas valable le louage par lequel, de deux boutiques, l'une est donnée à bail, si l'on n'indique pas laquelle des deux on entend louer, ou si l'on ne stipule pas qu'on aura le droit de choisir; cela veut dire que ce n'est pas reconnu au juge le droit de prendre une décision et de la mettre en exécution suivant le cas, en interprétant l'acte, mais que l'acte est considéré purement et simplement sans effet. De même, suivant l'art. 455, si l'on loue un ouvrier pour le faire travailler dans l'art ou l'industrie, cela constituant un acte de louage, il faut, pour que l'acte soit valable, que " la jouissance en soit déterminée " et cela se fait en précisant l'ouvrage à exécuter, c'est-à-dire en indiquant ce que l'ouvrier devra faire et de quelle façon. Ainsi, quand

on veut faire teindre un habit, on doit le montrer au teinturier, ou, tout au moins, lui faire connaître l'épaisseur de l'étoffe, et en même temps lui indiquer la couleur qu'on désire. En cas contraire, l'acte est non valable.

Si l'on exécute les clauses d'un contrat de bail non valable, le prix de louage déterminé entre les parties ne devient pas exigible, le louage étant non valable. Le tribunal alloue un prix sur estimation pour la chose louée; c'est-à-dire qu'au lieu du prix conventionnel il attribue un prix basé sur la comparaison. Ce prix ne peut dépasser le prix conventionnel.

Un des faits qui annihile la liberté des conventions dans le Médjellé est le fait de déterminer en détail l'objet et la matière de l'acte et de n'admettre aucune liberté pour les intéressés. Cela se rencontre encore plus particulièrement dans l'acte de vente :

D'après l'art. 105, " la vente est le contrat par lequel on échange une chose contre une autre. " Or, l'objet d'une vente est le " bien ". Mais, suivant l'art. 126, le bien est ainsi défini : " Bien se dit de toute chose propre à satisfaire les besoins de l'homme et qu'il conserve pour s'en servir en cas de nécessité " C'est pourquoi ce qui est défendu par la religion n'est pas considéré comme bien. Ainsi, des cadavres d'animaux, des ordures et des choses répugnantes semblables, des choses qui n'ont pas d'existence matérielle et par conséquent ne peuvent être conservées pour s'en servir en cas de nécessité, comme l'électricité et autres, et enfin des objets tels que le vin, la viande de porc qui sont prohibés par la religion musulmane, ne doivent donc pas être considérés comme bien et, par conséquent, faire l'objet d'un acte de vente. L'art. 210 spécifie que l'on ne peut vendre ni donner en échange les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété et on donne comme exemple le cadavre d'un animal.

Le Médjellé, en expliquant, d'un point de vue non économique, le bien, qui est en somme une notion économique, a laissé beaucoup d'éléments en dehors de l'acte de vente et s'est interdit ainsi de suivre le courant économique de la vie et, de ce fait, a mis des restrictions aux besoins. Aujourd'hui, comme au temps où le Médjellé était en vigueur, les ordures, les cadavres d'animaux et même des excréments humains et animaux

constituent, au point de vue de l'économie industrielle, des objets ayant une valeur économique. Si l'on considère que ce sont là des choses qui se vendent, on s'apercevra combien le Médjellé est resté loin des réalités de la vie dans ses dispositions. Le fait de ne pas considérer et valoriser comme des biens les choses qui n'ont pas une existence matérielle, a rendu difficile les transactions à crédit, ce qui a suscité aussi des critiques et des remarques.

Une des stipulations du Médjellé entravant la liberté de contrat, est celle mise pour la chose vendue. En effet, " la chose vendue doit exister " (art. 197); " Il faut que la délivrance en soit possible " (art. 198); " Elle doit être dans le commerce, c'est-à-dire non prohibée par la religion " (art. 199). L'art. 205 stipule que " la vente d'une chose qui n'existe pas est nulle. " Et voici l'exemple cité : " On ne pourrait pas vendre les fruits non encore apparents d'un arbre. " Toutefois, le Médjellé consent une petite exception à cette règle rigide et admet que, quand il s'agit de fruits ou de légumes qui n'apparaissent que successivement, la vente en bloc de la récolte peut comprendre ceux qui sont apparents au moment de la vente et accessoirement ceux qui ne le sont pas.

#### *B. — Les principes reconnus par le Médjellé sur le droit de propriété*

La conception du Médjellé relative au droit de propriété est identique à celle des codes civils des États qui reconnaissent ce droit. L'art. 1192 stipule que chacun est libre de jouir comme il l'entend de ce qui est sa propriété; néanmoins, s'il y a droit acquis pour un tiers, le propriétaire ne peut plus en jouir comme il l'entend. " D'après l'art. 1194, " la propriété d'un terrain emporte la propriété du dessus et du dessous. " En conséquence, le Médjellé n'admet pas la conception actuelle d'après laquelle l'air et le dessous d'un terrain soient des propriétés publiques, n'entrant pas dans le domaine de la propriété individuelle ainsi que le concept du Code Civil Turc et du Code Civil Suisse qui restreignent la propriété du dessus et du dessous à son " usage utilitaire ". Le Médjellé reconnaît donc au propriétaire un droit absolu et au dessus et au dessous.



Ce droit est limité cependant par celui d'un autre. Ainsi, l'art. 1195 stipule que " nul ne peut étendre le bord du toit d'une chambre qu'il fait construire dans sa maison sur la maison de son voisin et, s'il le fait, on enlèvera la partie qui recouvre la maison du voisin. " D'après l'art. 1196, " celui sur le terrain duquel s'étendent les branches des arbres de son voisin a le droit de les faire couper ou de faire retirer ces branches en le liant. " Et, d'après l'art. 1197, " on ne peut empêcher personne de jouir de sa propriété, à moins cependant qu'il ne résulte de cette jouissance un dommage réel et considérable pour un tiers. Dans ce cas on doit l'empêcher. "

Par contre, le Médjellé attribue une grande valeur aux relations et au droit de voisinage et émet des dispositions à ce sujet. Ces dispositions sont contenues dans 15 articles. Dans le livre traitant des sociétés, il existe, au Titre III, chapitre III, commençant par l'art. 1213, des dispositions à cet effet.

Dans le livre des sociétés, au Titre IV, il est question des biens collectifs dont tous les hommes peuvent jouir. Le Médjellé envisage la jouissance commune de ces biens sous la forme d'une société. Mais cette société n'est pas une société dont l'objet serait matériel, mais une chose abstraite qui concernerait la communauté de jouissance.

Les choses dont le public peut jouir, sont l'eau, les herbes et le feu (art. 1234). Les hommes, quels que soient leur religion et leur rite, en ont la jouissance commune. Par conséquent, les eaux qui coulent sous le sol (art. 1235); les puits qui n'ont pas été creusés par le travail d'une personne et dont le public jouit en commun (art. 1236); les mers et les grands lacs (art. 1237) ne sont la propriété de personne, ni même de l'Etat et le public peut en jouir en commun. Quant aux fleuves, ils se divisent en deux sortes : les fleuves du domaine public et les fleuves privés. Les fleuves du domaine public sont ceux qui ne sont la propriété de personne et dont le lit n'est pas la propriété d'une communauté. Tels sont le Nil, l'Euphrate, le Danube, le Don. Ils sont, comme les mers, extra commercium et tous les hommes en jouissent. Les fleuves privés qui entrent dans la deuxième catégorie, se divisent aussi en deux. Ces fleuves peuvent devenir en principe

la propriété d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fleuves de la première catégorie sont ceux dont les eaux ne s'épuisent pas complètement dans les terres des copropriétaires et qui coulent dans les campagnes. Ceux de la deuxième catégorie s'épuisent sur des terrains appartenant aux copropriétaires et ne coulent pas au-delà. L'utilité pratique de cette division est la suivante : le droit de préemption s'applique seulement à ces cours d'eau. C'est-à-dire que, les copropriétaires qui puisent de l'eau à ces fleuves ou qui abreuvent leurs bestiaux peuvent profiter du droit de préemption. Le Médjellé a voulu protéger les copropriétaires contre les intrus au cas où un de ceux-là voudrait vendre sa part. Alors, le copropriétaire a, de préférence, le droit d'acheter la part à vendre.

Vu les dispositions du Médjellé relatives à ce sujet et les théories sur lesquelles elles se basent, il apparaît qu'il est possible aussi de diviser en *Res Publica* et *Res Nullius*, comme dans le droit romain et le droit européen moderne, les biens appartenant à la communauté et dont il est fait mention au Médjellé et dans la loi sur les Terres de l'Empire Ottoman. Les seconds deviennent la propriété des individus par voie d'appropriation. Pour se les approprier, les individus y mettent la main, ou bien préparent les moyens pour le faire. Un autre moyen d'appropriation est celui de défricher et de cultiver les terres n'appartenant à personne. Le livre de Médjellé traitant des sociétés contient, dans son Titre IV, (art. 1234 à 1307), les dispositions relatives aux biens communs, aux copropriétés et aux divers moyens de leur acquisition, en indiquant, jusque dans les plus petits détails, les solutions à toutes ces questions.

L'intérêt que porte le Médjellé au voisinage se manifeste dans la question du retrait d'indivision. D'après l'art. 1008, les causes qui donnent lieu à l'exercice du retrait, (c'est-à-dire le droit de reprendre un bien-fonds à son acheteur en lui remboursant le prix d'achat, sont : 1. — L'état d'indivision d'un bien vendu; c'est-à-dire que si l'un des propriétaires d'un bien-fonds indivis voulait vendre sa part, l'autre copropriétaire aurait le droit de retrait d'indivision, en remboursant le prix d'achat. 2. — L'état d'indivision d'un droit réel établi au profit de la chose vendue, comme le serait la copropriété d'une servitude de puisage ou la

possession commune d'une impasse. Au cas où l'un des propriétaires vendrait sa part, l'autre a droit de préemption. Le Médjellé entend ainsi préserver les copropriétaires en contact à cause d'une servitude, de voir arriver un indésirable, et reconnaît par conséquent aux copropriétaires d'un même fonds servant le droit de retrait d'indivision. 3. — La contiguïté au bien vendu. Là aussi le souci de préserver les propriétaires d'un mauvais voisin en est la cause. Comme on le sait, les causes du retrait d'indivision ne sont pas si étendues dans les codes civils européens.

Le Médjellé, dans l'art. 1009, établit l'ordre d'après lequel les propriétaires d'un bien commun peuvent exercer leur droit de retrait d'indivision ; dans l'art. 1010, il indique les cas où ils pourront user de ce droit; dans les art. 1011 et 1012, il fixe les cas où il y a contiguïté. Le Médjellé attribue une grande importance aux conditions et aux modalités d'application de préemption et consacre un Titre entier en quatre chapitres de 36 articles à ces questions.

Le Médjellé respecte rigoureusement le droit de propriété et même tous les intérêts et les désirs de toutes sortes des propriétaires et n'admet de restrictions à ce droit que pour préserver les droits d'autres propriétaires ou les intérêts d'utilité publique. La plus importante de ces restrictions pour cause d'utilité publique est celle qui concerne la possibilité d'expropriation par l'Etat. Cependant, le Médjellé ne reconnaît à l'Etat le droit d'exproprier qu'en cas de nécessité de voirie, c'est-à-dire pour élargir ou construire des routes et ceci à la condition expresse d'en payer le prix du terrain à l'avance. En effet, l'art. 1216 précise que " la propriété d'une personne peut être expropriée en payant sa valeur, pour être ajoutée à la voie publique. "

Le Médjellé étudie aussi avec soin les relations des copropriétaires entre eux et émet des dispositions dignes d'attention : Le Titre V du livre des Sociétés est consacré à cet effet ; il contient deux chapitres de 20 articles. D'après l'art. 1308, " les copropriétaires d'un bien doivent contribuer aux dépenses de réparations proportionnellement à leur parts. " Celui des copropriétaires qui fait des réparations dans l'ensemble

de la propriété avec l'autorisation des autres copropriétaires a droit de recours contre ces derniers pour la part qu'ils doivent supporter dans les dépenses ; c'est-à-dire que le copropriétaire qui a entrepris la réparation de l'ensemble du bien commun récupère, non pas ce qu'il a dépensé, mais ce qu'il devrait normalement dépenser et cela à condition d'obtenir l'autorisation des autres copropriétaires. Lorsque l'un des copropriétaires d'un bien commun qui a besoin de réparations est absent, le copropriétaire présent doit être autorisé par le juge à effectuer la réparation ; c'est-à-dire que l'autorisation du juge remplace celle du copropriétaire absent. (art. 1310). Mais le copropriétaire qui répare un bien commun sans l'autorisation des autres copropriétaires ou du juge, ou contre l'opposition des copropriétaires, ne peut se faire rembourser ses frais. De plus, en cas d'une telle opposition, même le juge auquel on s'adresserait en évoquant que la propriété a besoin des réparations pour l'empêcher de tomber en ruines, ne pourrait accorder cette autorisation et devrait refuser la demande d'endetter les copropriétaires en vue de rembourser les frais consentis par celui qui a effectué les réparations. Le Médjellé, qui stipule ces dispositions au paragraphe II de l'art. 1312, se réfère, en guise de motif, à l'art. 25 des principes généraux qui est ainsi conçu : " Il n'est pas permis de réparer un dommage au moyen d'un dommage semblable ". Dans un tel cas, il ne reste à ce copropriétaire rien d'autre à faire que de demander le partage du bien commun. Cependant, d'après l'art. 1313, le bien commun impartageable fait exception à cette règle. Ainsi, si l'un des propriétaires d'un bien commun impartageable répare ce bien de ses propres deniers, avec l'autorisation du juge et malgré l'opposition des autres propriétaires, il devient créancier de ces derniers jusqu'à concurrence des dépenses à supporter par eux proportionnellement à leurs parts.

Le Médjellé consacre le deuxième chapitre de ce Titre au curage des cours d'eau. L'art. 1321 contient des dispositions dignes d'attention au sujet du curage des fleuves du domaine public : " Le curage des fleuves du domaine public est à la charge du fisc (Etat) ; mais si le fisc se trouve dans une mauvaise situation on mettra le curage à la charge des particuliers ; c'est-à-dire qu'on obligera les particuliers par force à le faire.

C. — *Les principes reconnus par le Médjellé au sujet des obligations découlant des actes illicites et d'un enrichissement sans cause.*

Les dispositions concernant les actes illicites sont mentionnées dans le livre VIII, et celles sur l'enrichissement sans cause se trouvent éparses à diverses occasions dans différents livres. Dans le livre VIII il est question de l'usurpation et de la destruction de la chose d'autrui. D'après l'art. 881), l'usurpation est l'action de s'emparer de la chose d'autrui et de la détenir sans la permission du propriétaire. Quant à la destruction, elle se divise en deux : causer personnellement un dommage (art. 887) et être la cause indirecte d'un dommage (art. 888).

L'art. 890 : " Si la chose dont quelqu'un s'est emparé se retrouve en nature, elle doit être restituée à son propriétaire à l'endroit où elle a été prise. " D'art. 891 : " L'usurpateur est responsable, non seulement lorsqu'il consomme la chose, mais encore en cas de perte de celle-ci, que ce soit par sa faute ou non ". L'art. 897 : " Si l'objet dont on s'est emparé change de nature, le propriétaire a le choix de réclamer restitution en nature ou réparation du dommage ". L'art. 898 : " Si l'usurpateur apporte quelque modification à l'objet dont il s'est emparé en y ajoutant quelque chose de son propre bien, le propriétaire a le choix de se faire indemniser de la valeur de la chose, ou de se faire restituer celle-ci en nature, en remboursant la valeur de ce qui y a été ajouté par l'usurpateur ".

L'art. 900 : " Si la chose dont quelqu'un s'est emparé sans droit diminue ensuite de valeur, le propriétaire ne peut refuser la restitution de la chose et réclamer la valeur qu'elle avait au jour de l'enlèvement. Mais si la diminution de la valeur provient de l'usage qu'aurait fait de la chose celui qui s'en était emparé, ce dernier en serait responsable. " Le Médjellé considère comme usurpation le fait de nier le dépôt. (art. 901). L'art 905: " Quiconque s'empare sans droit du fonds d'autrui est tenu de le rendre au propriétaire sans y apporter aucun changement ni diminution. Si, par son fait, le fonds subit quelque diminution de valeur, il en est responsable ".

L'art. 906 : " Si celui qui possède sans droit le fonds d'autrui y fait des constructions ou des plantations, il sera contraint de restituer le fonds après les avoir enlevées. Si leur enlèvement est préjudiciable au fonds, le propriétaire pourra les garder en remboursant la valeur à celui qui les a faites après déduction des frais de démolition ou de déracinement. "

On voit bien que le Médjellé protège plutôt le propriétaire du fonds et ne se préoccupe point du dommage que causerait la démolition de la construction ou le déracinement des arbres. C'est seulement au cas où le dommage incomberait au propriétaire du fonds que les constructions et les plantations restent en principe sur place. Cela démontre combien le Médjellé est sévère envers les usurpateurs. Une seule exception à cette règle est citée au dernier paragraphe de cet article: " dans la cas où le constructions et les plantations auraient une valeur supérieure à celle du fonds, si le possesseur était de bonne foi lorsqu'il les a faites, il pourrait conserver le fonds en remboursant la valeur au propriétaire. "

Dans la destruction, qui est une autre forme des actes illicites, le Médjellé se distingue du code civil européen par le fait qu'il ne recherche pas la faute de l'auteur pour la réparation du dommage. Ainsi, d'après l'art. 912, " quiconque détruit, avec ou sans intention, la chose d'autrui, soit entre les mains du propriétaire, soit entre les mains de celui à qui elle était confiée, s'oblige à en réparer la perte. " De même, lorsque quelqu'un glisse et, en tombant, détruit la chose d'autrui (art. 913) ou le mineur qui détruit la chose d'autrui (art. 916) sont tenus d'indemniser le propriétaire de la chose. Dans ces cas on ne recherche ni la faute ni même la capacité, l'obligation d'indemniser étant due non à la faute, mais aux conséquences de l'action même. Un des résultats naturels de ce principe est que, au cas où l'action provoquant le dommage serait imputable à la fois à celui qui a été endommagé et à celui qui a causé le dommage, l'indemnisation se réduit à la moitié pour ce dernier. L'art. 915 est le résultat de ce principe. D'après cet article, celui qui déchire l'habit de quelqu'un en le tirant est tenu de rembourser la valeur entière de l'habit ; mais s'il ne fait que prendre le vêtement et que

le propriétaire, en se retirant le déchire; ou bien, si quelqu'un s'assied sur la pan de l'habit d'autrui et que celui-ci se lève brusquement et le déchire, c'est seulement la moitié de la valeur de l'habit qui doit être indemnisée.

Causer une perte constitue la seconde partie de la destruction. Dans ce cas - là, celui qui en est la cause est tenu de la réparer. Mais, pour condamner à l'indemnisation celui qui a été la cause de la perte, il est nécessaire d'établir que ce dernier a agi avec intention et que son acte est un acte illicite. (art. 924). C'est-à-dire que l'intention et la faute qu'on ne cherchait pas dans la destruction elle-même, sont cherchées alors dans l'acte causant la perte. Et puis, quand un dommage se produit et qu'il se trouve que ce dommage soit imputable à la fois à l'auteur direct et à celui qui en a été la cause, l'obligation d'indemniser ce dommage incombe à l'auteur; celui qui en a été la cause n'est pas tenu responsable. (art. 925).

Quant aux destructions causées par les choses ou les animaux, pour que naisse l'obligation d'indemnisation, il faut que le propriétaire de la chose ou de l'animal en ait été préalablement averti. En l'absence d'un tel préavis, le propriétaire n'est pas responsable du dommage causé.

L'indemnisation à la suite d'enrichissement sans cause n'est pas admise dans le Médjellé. Comme il est dit plus haut à propos de la copropriété, lorsque quelqu'un fait une chose au profit d'un autre, mais sans l'ordre ou l'autorisation de ce dernier, si, par exemple, il répare une copropriété, cela est réputé être une libéralité. Celui qui en a profité n'est tenu à rien payer en échange.

#### *D. — Les principes du Médjellé sur le droit de procédure*

Nous avons dit que le Médjellé contient aussi des dispositions relatives au droit de procédure. Mais elles ne peuvent cependant pas être considérées comme une codification et une explication du droit de procédure. Les livres XIII, XIV et XV traitent res-

pectivement de l'aveu, des actions et des preuves et le livre XVI, qui est le dernier, est consacré à la codification des dispositions concernant directement les fonctions des jugements et aux juges.

Dans le livre de l'aveu, le Médjellé pose les conditions qui sont nécessaires pour l'existence de l'aveu. Pour que l'aveu existe, il faut que celui qui avoue soit majeur et non interdit ; qu'il ait consenti librement; que l'aveu ne contredise pas ce qui est l'évidence extérieure. (Art. 1572 à 1578).

Le Médjellé, après avoir émis ces dispositions que nous avons énumérées plus haut, met encore d'autres conditions pour la validité de l'aveu et consacre enfin le chapitre III aux effets généraux de l'aveu. D'après l'art. 1587, " chacun est lié par son propre aveu, à moins cependant que cet aveu ne soit contredit par une décision du juge. " Le Médjellé donne à ce sujet l'exemple suivant : " une personne revendique un bien qui se trouve entre les mains de son acheteur ; le revendiquant dit que ce bien lui a été vendu par un tel, prouve son action et reprend le bien par décision du juge. L'acheteur évincé peut alors recourir contre son vendeur et se faire rembourser le prix. L'aveu qu'il a pu faire pendant l'instance précédente en disant que ce bien appartenait à son vendeur n'est point un obstacle à son action en remboursement du prix de vente, parce que cet avis a été démenti par une décision du juge. " L'art. 1588 stipule " qu'on ne peut point, en droit privé, rétracter valablement un aveu. " Cependant, " lorsque celui qui a avoué prétend que son aveu n'est point conforme à la vérité, celui au profit duquel il a été avoué doit prêter serment comme quoi l'aveu n'est point faux. Exemple : celui qui a souscrit un titre consentant un emprunt de telle somme, prétend que, quoiqu'il ait donné ce titre, il n'a point encore touché ladite somme du prêteur; ce dernier doit alors prêter serment comme quoi l'aveu de l'emprunteur n'est point faux. " (Art. 1589). D'après l'art. 1591, " lorsque celui qui avoue reporte l'objet de l'aveu à sa propre personne, il y a là une donation qui ne devient parfaite que par la livraison. "

Le chapitre III du livre de l'aveu est consacré à l'aveu des personnes malades et contient des dispositions démontrant dans quel état du malade l'aveu de celui-ci pourrait être attribué à l'effet de la maladie et à la peur et serait considéré sans effet



et dans quelles circonstances cet aveu revêtirait le caractère d'un testament.

Le chapitre IV traite de l'aveu écrit et par occurrence des titres. A cette occasion, le Médjellé spécifie que les mentions des livres que les commerçants ont l'usage de tenir sont aussi assimilées à des aveux écrits. (Art. 1608).

Le livre XIV consacré aux jugements fait mention des actions et de leurs bases et conditions ainsi que de la prescription. D'après l'art. 1613, " actionner est le fait par une personne de demander par devant le juge un droit qu'elle a à faire valoir contre une autre personne. " Pour que les actions intentées soient valables, il faut que le demandeur et le défendeur soient capables de discernement; dans le cas contraire, qu'ils soient représentés par leurs tuteurs ou leurs curateurs; que le défendeur soit une personne certaine et déterminée. (Art. 1917 à 1919).

Le Médjellé, à l'art. 1618, exige que la partie adverse soit présente lors de l'action; il entend par là qu'il n'admet pas la procédure par défaut. Lorsque le défendeur ne comparait ni en personne ni par un mandataire et qu'il est impossible de l'amener devant le tribunal, le juge, selon l'art. 1834 du livre des jugements, après lui avoir envoyé trois citations à des jours différents, nomme d'office un mandataire et procède au jugement en sa présence. Le défaillant est ainsi représenté aux audiences et ses droits s'y trouvent défendus.

Au chapitre II du Titre I du livre des actions, des dispositions sont émises au sujet des défenses et au chapitre III au sujet des personnes contre lesquelles l'action peut être dirigée. L'aveu constitue la base de ces dispositions. Le demandeur ayant intenté une action, il faut considérer s'il peut intervenir un jugement sur l'aveu du défendeur. Dans le cas affirmatif, si le défendeur nie la prétention, l'action pourra être dirigée contre lui et la demande être prouvée. Mais si aucun jugement ne peut intervenir sur l'aveu du défendeur, la négation opposée par ce dernier ne peut point donner action contre lui.

Il y a exception à cette règle en ce qui concerne les tuteurs, les curateurs et les administrateurs de biens vakoufs: il ne peuvent intervenir sur l'aveu du défendeur, la négation opposée par ce dernier ne peut point donner action contre eux.

Il y a exception à cette règle en ce qui concerne les tuteurs, les curateurs et les administrateurs de biens vakoufs : il ne peut intervenir aucun jugement sur leur aveu. Les aveux faits par ces personnes ne sont valables que lorsqu'il s'agit d'une action émanant d'elles. (Art. 1634). L'action réelle ne peut être dirigée que contre le détenteur.

Bien qu'il ne soit pas question dans le Médjellé des personnes morales ainsi que des demandeurs et des défenseurs en cas d'actions intentées par et contre elles, il existe cependant deux articles touchant ce problème : dans les actions relatives aux choses communales qui surgissent entre deux communes dont les habitants dépassent 100 âmes, la présence de quelques uns de ces habitants est suffisante. Mais si les habitants sont en nombre inférieur, il faut la présence de tous les habitants, ou que le procès soit intenté contre tous.

Au sujet des choses dont la jouissance appartient à tout le monde, le Médjellé émet une disposition originale. L'art. 1644 est ainsi conçu : " En matière de choses dont la jouissance appartient à tout le monde, comme, par exemple, la voie publique, une seule personne peut se porter demanderesse. "

Le Titre II du livre des actions traite de la prescription. Le Médjellé admet deux délais pour la prescription : la prescription en général est de 15 ans; quant aux actions relatives aux biens consacrés (vakoufs), la prescription est de 36 ans. (Art. 1660 et 1661). La prescription ne commence à courir que du jour où l'objet de l'action est devenu exigible. Par conséquent, dans une action relative à une dette à terme la prescription ne part que du jour de l'échéance, et non du jour de la naissance de la dette; c'est-à-dire du jour où l'objet de l'action est devenu exigible.

Les fondements admis par le Médjellé en matière de prescription sont les mêmes que ceux reconnus par les codes civils européens. D'après l'art. 1674, " le fait de ne pas exercer un droit pendant un temps plus ou moins long n'entraîne pas la déchéance. En conséquence, on n'a point égard à la prescription si le défendeur avoue expressément devant le juge que le demandeur a actuellement droit d'action contre lui ". La prescription empêche donc dès le début la recevabilité de l'action.

Le Médjellé admet que la prescription n'est valablement acquise que dans le cas où il n'y a aucune cause valable qui l'empêche de courir et il énumère les cas dans lesquels on n'a point égard au temps écoulé. D'après l'art. 1663, on n'a point égard au temps qui s'écoule pendant que le demandeur est impubère, en état de démence ou d'imbécilité; on n'a pas égard non plus au temps écoulé pendant que le demandeur est dans un pays éloigné (à une distance fixée par le Médjellé.); si l'adversaire a une puissance telle qu'elle fasse craindre son influence sur le procès.

Selon l'art. 1666, chaque fois qu'on intente une action, la prescription est interrompue; mais la demande qui n'est pas faite devant le juge, n'interrompt point la prescription.

D'après l'art. 1675, il n'y a point prescription pour les actions relatives au domaine public, comme la voie publique, les fleuves ou les pâturages.

Le livre XV contient des dispositions sur les preuves qui sont le témoignage, la notoriété publique, les preuves littérales, les présomptions graves et le serment. Le Médjellé attribue une grande importance au témoignage et, en le considérant comme une preuve discrétionnaire, le compte parmi les preuves légales et décisives. Mais, par contre, pour que le témoignage soit valable, il y met certaines conditions : le quorum du témoignage est de deux hommes, ou d'un homme et de deux femmes. Cependant, dans certains faits qui n'arriveraient pas à l'ouïe des hommes, on se contente du témoignage des femmes. Le témoignage des témoins en nombre inférieur au quorum et le témoignage de l'aveugle et du muet ne sont point valables. ((Art. 1685 et 1686).

Pour que le témoignage soit valable, il faut que les témoins aient personnellement vu la chose dont ils témoignent; le témoignage basé sur l'ouï-dire n'est point valable. Toutefois dans les questions administratives sur les (vakoufs), de tutelle, de décès, de filiation, le témoignage par ouï-dire est valable. (Art. 1687 et 1688).

Le Médjellé émet aussi des dispositions sur la personne des témoins et sur la manière dont les témoins doivent déposer. Il

compte comme une condition essentielle le fait de la concordance du témoignage avec l'action et la concordance de la déposition des témoins.

Pour que le témoignage soit valable, le juge procède à une enquête sur l'honorabilité des témoins après que ceux-ci auront déposé et accepte leur témoignage au cas où le résultat de l'enquête est favorable aux témoins.

La notoriété publique est distincte du témoignage. La notoriété publique est une affirmation unanime d'une foule de personnes et sur l'authenticité de laquelle il n'est pas logiquement permis de douter. La notoriété publique n'est pas limitée par le nombre. On n'y cherche pas la concordance, comme dans le témoignage. Par contre, la notoriété publique est une preuve discrétionnaire. Le chapitre VIII du Titre I contient des dispositions sur la notoriété publique.

Le chapitre du Titre II du livre sur les preuves est consacré aux preuves littérales. Pour que celles-ci soient valables, il faut qu'elles soient exemptes de tout faux et de doute. Au chapitre II, il est question des présomptions graves et précises. Elles constituent un moyen de preuve. D'après l'art. 1741, les présomptions de l'homme, graves et précises, résultent des indices qui créent la conviction la plus proche de la certitude. Et le Médjellé donne l'exemple suivant : " Si, voyant précipitamment sortir d'une maison habitée un individu qui s'en va inquiet, craintif et tenant un couteau ensanglanté, on entrait immédiatement dans cette maison et on y constatait la présence du cadavre d'une personne récemment égorgée, on ne doutera pas que l'assassin ne soit l'individu qui est sorti. On n'admettra pas l'hypothèse d'un suicide.

Dans le livre des preuves, au Titre IV, il est question de la prééminence des différentes preuves. Le chapitre III de ce Titre traite du rôle et de la place des actes existants et effectifs au point de vue des preuves.

Le Titre XIV et dernier du Médjellé contient des dispositions sur les juges et la juridiction. Le juge est la personne nommée par le Souverain pour juger conformément à la loi les procès et les contestations qui naissent entre les justiciables. (Art. 1785). Le

juge doit être intelligent, intègre et d'un esprit sage; il doit être d'un caractère grave et inspirer confiance. (Art. 1792); il doit connaître les questions de la loi sacrée et de la procédure et doit être capable de les appliquer à la solution des procès (Art. 1793); il doit être capable d'un discernement plein et entier. (Art. 1794). Le juge est celui qui a été autorisé par mandat du Souverain à juger; c'est-à-dire, qu'il n'est pas un fonctionnaire d'Etat quelconque, mais mandataire du Souverain agissant en son nom. Les audiences du juge sont publiques. Le juge ne doit pas faire pressentir sa décision avant de la rendre. (Art. 1815).

Le Médjellé admet aussi l'arbitrage et le chapitre IV contient des dispositions à ce sujet.

D'après la teneur des dispositions relatives à la procédure, il apparaît que le Médjellé ne tient pas à accorder au juge un large pouvoir discrétionnaire et qu'il préfère le système de stipuler des règles en ayant préalablement en vue toutes les éventualités.

#### 4. — LES TENTATIVES DE MODIFICATION

Il est certain que le Médjellé contient des fondements très solides et qu'il a pu pendant très longtemps assurer les besoins juridiques de l'Empire Ottoman. Quoique surtout les faits de contenir des définitions et des décisions détaillées et de rétrécir beaucoup le pouvoir discrétionnaire et du juge et des intéressés semblent être, au point de vue de la technique législative et des principes qui régissent le droit moderne, des lacunes pour le Médjellé, il est cependant avéré que ces restrictions ont rendu beaucoup de services et se sont adaptées à la structure de la société de ce temps, d'autant plus qu'il s'appliqua pendant une époque de décadence durant laquelle le niveau de la science et du droit et celui de la morale publique étaient bas. La clarté du style et la précision des dispositions ont réservé au Médjellé une place prépondérante parmi les diverses législations. Il a été aussi bien accueilli dans les pays et les milieux arabes.

Toutefois, ils était impossible que le Médjellé pût s'adapter aux besoins d'une société en évolution. Le fait de reposer sur des

principes religieux immuables et l'obligation dans laquelle on s'est trouvé, lors de son élaboration, d'asseoir ses règles plutôt sur des fondements rigides et des traditions orales que sur les bases variables de la société, ont eu pour effet de placer le Médjellé, dès sa naissance, en certains points, en dehors des exigences d'une société vivante. Quoique les membres de la Commission de rédaction eussent désiré opter pour les opinions les mieux appropriées, ils n'y sont pas toujours parvenus cependant, en raison du fait qu'ils ne pouvaient pas dépasser les limites fixées. Comme nous l'avons dit plus haut, le Médjellé s'appuie sur les opinions des jurisconsultes de rite hanéfite les plus notoires. Non seulement on ne pouvait se référer aux autres rites, mais même les opinions des jurisconsultes hanéfites relativement moins qualifiés devaient être écartées.

L'insuffisance du Médjellé s'est faite surtout sentir dans le domaine commercial : la conception relative aux biens, les restrictions qu'il impose aux conditions et ses rigoureuses dispositions au sujet des conditions et de la conclusion des conventions, ne répondaient pas aux exigences du monde commercial et engendraient beaucoup de difficultés dans la solution des litiges.

Après la deuxième Constitution, en 1908, les critiques sur le Médjellé ont augmenté; mais on sentait bien qu'il serait très difficile, voire dangereux, de s'écarter des règles du Chéri. Comme on le sait, il existait dans l'Empire, en dehors de la procédure du Médjellé, une autre procédure empruntée à l'Europe et surtout à la France. Par une loi du 30 Avril 1914, l'article 64 de cette procédure fut modifié. Par l'article 64 modifié les dispositions restreignant la liberté des conventions furent abrogées et un principe opposé fut admis. Le 1er paragraphe de la loi qui annulait le susdit article 64 admettait le principe de la liberté des conventions; le paragraphe II, en définissant le " bien ", s'écarterait de la conception étroite du Médjellé sur ce sujet; le paragraphe III cherchait à affranchir du cadre restreint du Médjellé les conditions de la validité des contrats, en spécifiant que, au cas où les parties s'accorderaient sur les points essentiels du contrat, celui-ci serait valable et que les autres points seraient solutionnés par le juge.

Une Commission de spécialistes a tenté, en 1920 et 1921, de faire des modifications dans le Médjellé. Cette Commission, quoique liée par le droit musulman, ne devait pas seulement se borner au rite hanéfite et pourrait se référer aussi aux autres rites; elle a fait des modifications dans les livres de la vente et du louage, en profitant, suivant le cas, des rites chaféite, malékite et hanbélite; mais ces modifications n'ont pas été converties en loi et ne sont pas entrées en vigueur.

Une autre Commission, avec de pouvoirs plus étendus, fut constituée en 1923. Elle s'est réunie pour la première fois à Istanbul, le 3 Mai 1923. Elle a commencé à élaborer un nouveau code civil, et, tout en tirant profit des quatre rites, se servit aussi de tous les codes civils du monde entier. Mais les travaux de cette Commission n'ont pas donné davantage de résultat.

En 1926, un code civil et un code des obligations reproduits du code civil et du code des obligations suisse ainsi qu'une loi sur les modalités d'application du code civil furent promulgués et le Médjellé ainsi que toutes les autres lois opposées au code civil et au code des obligations furent abrogés.

---