

La mitoyenneté dans la jurisprudence islamique

Autor(en): **Houcine, Abdelmalek**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Tracés : bulletin technique de la Suisse romande**

Band (Jahr): **137 (2011)**

Heft 01: **Mitoyenneté**

PDF erstellt am: **06.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-131280>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

plus de deux siècles. Plus précisément à partir de la date d'abolition du Califat ottoman, à la fin de la première guerre mondiale. Mais bien avant cette date, la plupart des cités provinciales, notamment les cités maghrébines, sont tombées sous l'administration occidentale vers le début du 19^e siècle. Alors, comment peut-on faire appel à une jurisprudence qui risque d'être soupçonnée, à tort ou à raison, d'être dépassée et inadaptée – non pas totalement, mais au moins dans sa grande partie – pour comprendre les enjeux de la mitoyenneté actuelle? Une jurisprudence qui nécessite obligatoirement un travail d'adaptation et de remise à jour.

Durant les deux derniers siècles, plusieurs événements n'ont cessé de remanier et développer les droits d'urbanisme et les manières de la pratique de l'espace. L'événement le plus marquant était sans doute celui des enjeux de la révolution industrielle et ce qu'elle a entraîné comme innovations dans tous les secteurs. Les villes constituent les espaces privilégiés de la cristallisation de ces innovations. Leur structure et morphologies sont très sensibles à ces changements. Pour s'adapter à ces rapides mutations, les droits d'urbanisme et leurs codes n'ont cessé de subir des remaniements continus.

L'adoption, notamment, de nouveaux moyens de déplacements urbains, ont remodelé tous les tissus urbains quels que soient leur contenus sociaux, aussi bien orientaux qu'occidentaux, la ville médiévale européenne comme la cité islamique. L'utilisation de nouveaux matériaux de construction et les nouvelles techniques de leurs mise en œuvre n'ont pas épargné le remodelage de la structure des villes, quelle que soit leur origine. Et pour cause, les conflits qui surgissaient des murs mitoyens ont changé de nature et consistance. Le déséquilibre démographique dû au déplacement

des populations rurales vers les villes industrielles, ajouté à l'accroissement naturel galopant de la population, a entraîné une ascension vertigineuse du taux de la population urbaine. La demande de plus en plus accrue en matière de services urbains pose de sérieux problèmes aux collectivités locales surtout dans les pays sous-développés. Naturellement, les droits d'urbanisme et leurs codes ne peuvent pas rester figés et muets devant ces nouvelles situations. Chaque année, on assiste à la promulgation de nouvelles lois en matière d'urbanisme, pour gérer les questions posées par la dynamique urbaine actuelle. On note aussi périodiquement la remise à jour des instruments d'urbanisme qui deviennent à chaque fois inefficaces, voire caducs; parfois même, on crée de nouveaux outils de pratique de l'espace. On les institue avec de nouvelles appellations pour marquer leur différence avec leurs prédécesseurs⁸. Tous ces changements se sont opérés et continuent à se manifester en l'absence de la jurisprudence islamique relative à la pratique de l'espace, notamment celle qui régissait les questions de la mitoyenneté.

Depuis la chute de la nation ottomane et son émiettement en plusieurs pays, qui ont été à leur tour colonisés par l'occident, cette jurisprudence n'avait plus été sollicitée pour se prononcer sur les nouvelles questions urbaines engendrées par l'évolution sociotechnique des sociétés musulmanes. Cette jurisprudence accuse maintenant un retard qui dure depuis plus de deux siècles, aussi bien dans la production de l'espace que dans sa gestion. Ce tournement de dos à la *charia* a continué et persiste toujours, dans la quasi totalité des pays musulmans, même après leur indépendance. On a continué à adopter les lois et instruments d'urbanisme occidentaux, sans se soucier de leurs inadaptations aux réalités socioculturelles des nations musulmanes. Parfois, on change une seule initiale pour laisser croire que l'on a adapté les instruments d'urbanisme occidentaux. Le SDAU⁹ français est devenu, en 1990, le PDAU algérien¹⁰.

Pourquoi le même règlement d'urbanisme réussit-il relativement – ou du moins donne des résultats beaucoup plus concluants –, dans les pays occidentaux et échoue-t-il dans les cités maghrébines? Cet échec, ne peut-il pas être expliqué par un problème d'inadaptation aux réalités sociales? Cette réflexion conduit aux questions suivantes :

- Si l'application de la *charia* n'avait pas été interrompue, la jurisprudence relative à l'espace n'aurait-elle pas continué à se développer, comme elle l'avait si bien fait entre les 7^e et 18^e siècles?¹¹
- N'aurait-elle pas produit des recueils relatifs à l'espace, à l'image des manuscrits du *fiqh el-bounian* qui nous sont parvenus¹², et qui nécessiteraient des remaniements

⁸ PIERRE SOLER-COUTEAUX, *Droit de l'urbanisme*, 4^e édition, Dalloz-Sirey, 2008, 936 pages. L'auteur écrit : « Le droit de l'urbanisme est complexe. Cela tient en particulier à la structure des normes d'urbanisme et à la technicité des instruments qu'il met en œuvre. Le droit de l'urbanisme fait par ailleurs l'objet d'une mutation rapide. Entièrement refondue, cette 4^e édition rend compte des réformes récentes, notamment de celle des autorisations d'urbanisme issue de l'ordonnance du 8 décembre 2005. Elle fait toujours une large place à la jurisprudence. »

⁹ SDAU, Schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme. Institué par la loi d'orientation foncière n° 67/1253 du 30 décembre 1967 (LOF), les SDAU, ont été remplacés par les SD (schémas directeurs) par la loi du 07 janvier 1983. Voir notamment HUBERT CHARLES, *Droit de l'urbanisme*, Coll. Thémis, PUF, Paris, 1997

¹⁰ PDAU, Plan directeur d'aménagement et d'urbanisme. Voir Journal Officiel n°52 du 02 décembre 1990, Loi n°90-29, relative à l'aménagement et l'urbanisme.

¹¹ Depuis la construction de Médine au 7^e siècle, sous l'œil attentif du Prophète, jusqu'à la chute de la nation ottomane, vers la fin du 19^e siècle.

¹² IBN ER-RAMI, *Le livre des règles de la construction*, (في كتابه في قواعد البناء), manuscrit élaboré en 1333

nécessaires pour prendre en charge toutes les nouvelles questions posées par les mutations sociales ? Ce type de manuscrit est actuellement très connu de la plupart des chercheurs dans ce domaine.

Notre réflexion actuelle s'articule donc, non sur la consistance des *fatwas* spatiales mentionnées dans ces anciens manuscrits, mais plutôt sur l'analyse des techniques juridiques mêmes qui ont permis aux juristes de construire ces dites *fatwas* sur la mitoyenneté. Ces *fatwas* qui ont à leur tour permis au gouvernement ottoman de codifier et produire en 1882, pour la première fois, un code d'urbanisme musulman¹³. Juste après cette date, l'ensemble des provinces musulmanes qui étaient administrées par les ottomans tombe sous la colonisation des pays occidentaux. Ce code est resté alors figé, jusqu'à nos jours. On ne peut en aucun cas l'appliquer dans son état actuel. On doit le remettre à jour et le compléter par les nouvelles questions urbaines non encore débattues et règlementées par les juristes musulmans.

Si nous voulons prétendre à une adaptation des règles d'urbanisme, en l'occurrence celles de la mitoyenneté, à la réalité des sociétés musulmanes, nous devons en premier lieu maîtriser la manipulation des techniques juridiques islamiques qui avaient permis au *fouqaha* (juriste islamique) de construire les *fatwas* spatiales. Ce sera en quelque sorte une remise à niveau de la jurisprudence islamique relative à l'espace qui a stagné depuis plus de deux siècles. Certes, ce n'est sans doute pas une tâche qui relève uniquement de l'urbaniste. C'est un champ très large où doivent collaborer des équipes pluridisciplinaires chapeautées par des *fouqaha* et *muftis* avalisés par la *charia*. C'est à dire ayant acquis une maîtrise des sciences du *fiqh* et un niveau de connaissance des objectifs (دواعير غرله، داصراقها) de la *charia* assez élevé, les autorisant à pratiquer l'*idjtihad*, ou l'effort juridique. C'est à dire à produire de nouvelles lois, inexistantes jusqu'alors dans la législation musulmane.

Les techniques juridiques islamiques

L'élaboration d'un code islamique relatif à toute matière, notamment celle de l'urbanisme, doit satisfaire trois étapes :

- référence aux grandes règles du *fiqh*, qui sont au nombre de 99¹⁴,
- construction d'une jurisprudence de l'espace à l'aide de *fatwas*,
- codification de cette jurisprudence.

Notre démarche consiste à identifier, parmi ces 99 règles, celles qui revenaient souvent lors de la construction des

fatwas statuant sur la mitoyenneté. En fait, ces règles constituent à notre égard une première codification du *fiqh* à partir des objectifs de la *charia*. Chacune de ces règles, permettant aux juristes de construire plusieurs *fatwas* relevant de plusieurs matières, notamment celle de l'urbanisme et particulièrement celles de la mitoyenneté. D'ailleurs, l'élaboration de la *madjalla* n'était rendue possible que grâce à l'existence déjà de cette première codification ou ensembles de règles, qu'on appelle aussi « Oussoul el-fiqh », au sujet desquelles, les juristes musulmans ont élaborés plusieurs ouvrages¹⁵.

C'est pour cette raison que la *madjalla* consacre toute son introduction justement aux 99 premiers articles qui ne sont en fait que l'énumération de ces règles générateurs du *fiqh*. Les *fatwas* spatiales se trouvent donc disséminées dans les ouvrages du *fiqh* en général¹⁶, et surtout compilées dans quelques manuscrits élaborés spécialement dans la matière du droit de voisinage¹⁷. Parmi ces règles se trouve une qui revient souvent dans les *fatwas* sur l'espace. Elle est appelée par les *fouqaha* la règle d'or (دواعير غرله)، et reprend textuellement le *hadith* suivant : « la darar wa la dhirar », tiré directement du *hadith* du Prophète : « ne faites pas du dommage, qu'il vous soit profitable ou non », (رأى عن ابن عمر عن النبي).

La *madjalla* ottomane mentionne cette règle à l'article 19. Dans la version évoquée par Ibn er-Rami, ce *hadith* aurait été suivi par : « ... et ne nuis pas à toi-même et ne nuis pas aux autres »¹⁸. Il est très utile de s'arrêter un moment sur ce *hadith*. Issa ben Moussa rapporte que Mohamed ben Abdessalam expliquait le « dharar » par l'acte de celui qui fait tort à autrui, avec l'intention de faire du bien à lui-même. Tandis que le « dhirar » est l'acte fondé sur une intention de faire du tort à autrui sans profit pour soi-même¹⁹. Ces deux explications ont été permutées dans la traduction de Barbier, de l'ouvrage d'Ibn el-Imam. Mais ce qui justifie et renforce l'explication d'Ibn er-Rami est que celui-ci s'appuie sur le ver-

¹³ La *madjalla* (المجلة)، constitution ottomane, rédigée en 1882

¹⁴ Voir le chapitre introductif de la *madjalla*

¹⁵ Voir entre autres ouvrages, (دواعير غرله، داصراقها)، d'IBN EL-LAHAM ALA' EDDINE, mort en 803 de l'hégire, édité par ABDERRAHMANE EL-FADILI, 1999

¹⁶ Les *fatwas* sur l'espace, se trouvent presque toutes dans les ouvrages du *fiqh*, éparpillées entre les chapitre de l'indivision, le droit du voisinage, les droit de propriété, parfois parmi les règles des *waqfs* et celles de la *chéfaa*. La *Moudawana el Kobra*, de l'Imam Malek, a consacré tout un chapitre aux « Règles de voisinages et de la copropriété ». Voir aussi, *Kitab el-sail el-djirar*, *Tabsirat el-Houkam*. Les traités sur la *hisba* et la politique légale, se complètent avec les ouvrages du *fiqh* pour nous donner une idée assez complète sur la production et gestion de l'espace avec des pratiques juridiques islamiques.

¹⁷ *Kitab el-Hitan*, *Kitab el-Ilan bi Ahkam el-Bounian*, op. cit.

¹⁸ IBN EL-RAMI, op. cit. p. 30

¹⁹ IBN EL-RAMI, op. cit.

set: « Et ceux qui ont fait d'une mosquée du dharar, un fait de mécréance, une division entre croyants ».

Le *dharar* évoqué ici a été interprété par le docteur Hamidullah par « une rivale nuisible ». De toutes les façons, le Prophète a déconseillé les deux actes simultanément.

Le sens du *dharar*, d'après el-Moutaiti'ou, est que quelqu'un provoque un dommage à son voisin, et le *dharar* que chacun des deux voisins provoque du dommage à l'autre. En ce sens, le *dharar*, d'après ce disciple malékite, est un dommage mutuel²⁰. Le Prophète a interdit tout cela.

Ibn er-Rami classe tous les actes relevant du *dharar* en deux catégories :

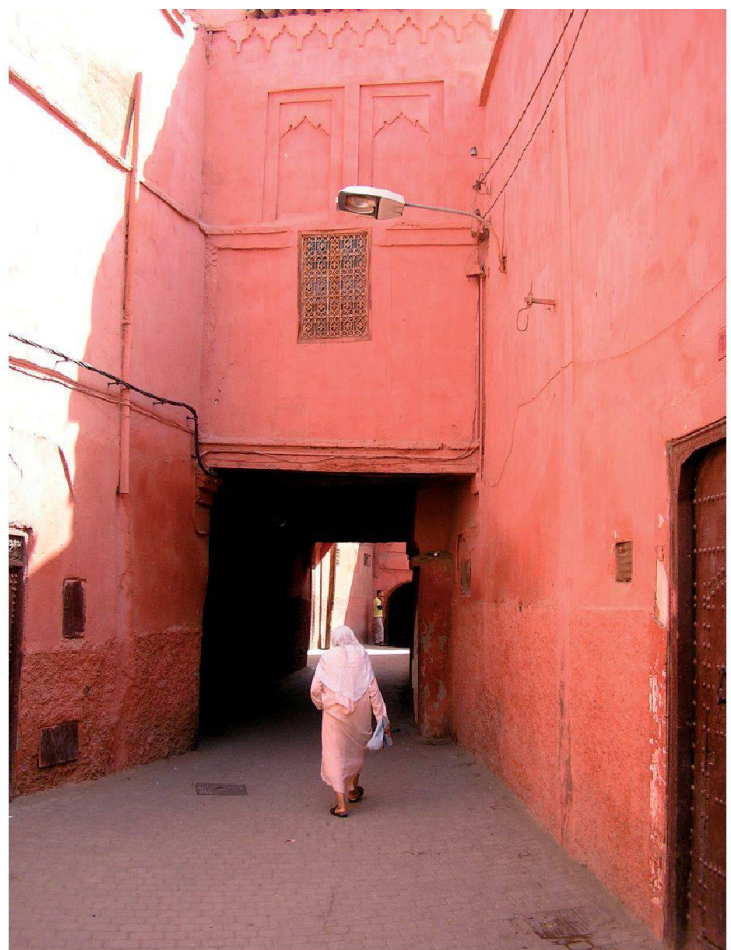
- *dharar* ancien (دھارار قديم),
- *dharar* récent (دھارار حديث).

Si le *dharar* récent existe avant la gêne ressentie par le voisin, celui-ci ne peut plus protester à l'encontre de l'autre. Mais si c'est ce nouveau *dharar* qui a provoqué la gêne, le propriétaire est tenu de le supprimer quelle que soit la période écoulée depuis son installation. Si on ignore le type du *dharar*, ancien ou récent, on le considère comme ancien jusqu'à l'établissement d'une preuve concrète attestant qu'il est récent²¹.

Exemples du *dharar*: la fumée des bains publics, celle des fours, l'odeur provoquée par les tanneries et toute autre chose similaire provoquant du dommage au voisin²². Mais pour définir une chose comme étant un vrai *dharar* (دھارار حقيقي) (dommage excessif ou anormal) au voisin, ce n'est pas toujours évident. Là aussi on doit se baser sur le « 'ourf » ou les coutumes, pratiquées dans l'espace urbain en question²³.

La *madjalla* et le code civil

Le code civil français qui a influencé presque toute l'Europe²⁴ et une partie des pays de l'Amérique latine a été élaboré sous le règne de Napoléon en 1802. Il inspire la Belgique, les Pays-Bas (Code néerlandais de 1838), l'Italie (Code italien de 1868), l'Espagne et le Portugal, puis, plus tard, la Grèce, la Bolivie et l'Égypte. Aux Etats-Unis, l'Etat de Louisiane utilisa le Code de Napoléon comme source de base de son propre



2

code. En 1960, plus de 70 Etats différents avaient modelé leurs propres lois sur le Code Civil²⁵. Quant à la jurisprudence islamique, la première codification n'en a été élaborée qu'en 1882, à l'époque ottomane²⁶, donc 80 ans après l'élaboration du code français. Malgré la longue période temporelle qui sépare les deux codes, on a relevé plusieurs similitudes dans le domaine des règles de voisinage, notamment celles qui régissent « le mur mitoyen ». La *madjalla* est la première tentative de codification du *fiqh*. Elle est constituée de seize volumes. Elaborée par le gouvernement ottoman, en 1882, juste avant l'occidentalisation de son droit, Elle est fortement inspirée par une jurisprudence islamique hanafite.

Nous avons consulté la partie relative à la construction et l'urbanisme. Cette partie regroupe les articles du n°1192 au n°1233. Elle est intitulée: « Troisième partie: chapitre traitant des questions relatives aux murs et voisins. », (سابع وثلاثون باب في حوائط الجيران والحدود والحدائق والحدائق).

Tout d'abord, la forme même de ce titre nous rappelle curieusement les titres que nous avons rencontrés dans le manuscrit d'Ibn er-Rami et celui d'el-Mardji el-Thaqafi. Ensuite, en comparant la *madjalla* à ces manuscrits, on s'aperçoit que les articles évoqués plus haut reprennent souvent textuellement les *fatwas* mentionnées dans ces manuscrits. On peut dire alors que la *madjalla* présente des *fatwas* spatiales sous forme de codes.

Malgré le fait que ces manuscrits relèvent du *fiqh* malékite, ils ont fortement inspiré la constitution ottomane qui est basée sur le rite hanafite. Chronologiquement, le code civil

²⁰ IBN FARHOUN, (دھارار قديم), *Le guide des gouverneurs*, op. cit. p. 356

²¹ D'après le disciple IBN EL-KASSIM, rapporté par IBN FARHOUN

²² IBN EL KASSIM

²³ Nous illustrerons l'intervention de cette règle dans la construction des *fatwas* spatiales, par des exemples dans la section traitant du droit de voisinage.

²⁴ MARTIN XAVIER, *Mythologie du Code Napoléon, aux soubassements de la France Moderne*, Dominique Martin Morin, 2004

²⁵ MARTIN XAVIER, op. cit.

²⁶ La *madjalla* (سابع وثلاثون باب في حوائط الجيران والحدود والحدائق والحدائق) est un corpus de droit ottoman, codifié pour la première fois, selon le rite hanafite. Ce corpus est composé de seize volumes, le 1^{er} traite des relations commerciales et le dernier, de la juridiction.

ne pouvait en aucun cas s'inspirer de la *madjalla*, puisque celle-ci avait été élaborée 80 ans après. Par ailleurs, on sait très bien qu'avant l'occidentalisation du corpus de droit ottoman, la codification présentée dans la *Madjalla* avait pour source directe la *charia* à travers la jurisprudence hanafite, *fiqh hanafi*²⁷.

Par conséquent on ne peut non plus admettre que la *madjalla* s'est inspirée du code civil de Napoléon. Ce code, nous dit-on, a été fortement inspiré par le droit romain élaboré aux environs de 450 avant J.-C.²⁸.

Seulement, lorsqu'on étudie les douze tables du droit romain²⁹, on ne trouve que peu d'articles relatifs au droit du voisinage par rapport au nombre et à la forme de ceux évoqués dans le code civil de Napoléon. Les tables romaines qui relèvent de la pratique de l'espace sont :

Table VI, biens :

cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... annuus est usus. tignum iunctum aedibus vineave sei concapit ne solvito.

« Lorsqu'on fait *nexum* (forme de garantie) ou *mancipium*, et qu'on le déclare oralement, le droit est donné. Il suffit de fournir ce qui a été formellement déclaré, et celui qui a trompé est condamné à la peine du double. L'usucapion des biens mobiliers se fait par an, celui des maisons par deux ans. Nul ne doit détacher les poutres des bâtiments ou des vignes d'autrui. »

Table VII, biens immobiliers :

viae latitudo in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim. amsegetes vias muniunto : donicum lapides sunt : ni munierint, qua volent iumenta agito. si aqua pluvia nocet ... iubetur ex arbitrio coerceri. si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato, ut noxa domino sarciatur. ut XV pedes altius rami arboris circumcidantur. si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum est, de adimenda ea recte agere potes. ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.

« La largeur du chemin doit être de huit pieds en ligne droite et seize dans les virages. Que les chemins privés soient bordés de pierres (par leur propriétaire). Sinon, par défaut, (les autres) peuvent faire passer les animaux où ils veulent. Si l'eau pluviale (d'une autre propriété) cause des dommages (à un propriétaire) ... Celui-ci peut en appeler à un juge. Si un ruisseau passant à travers un lieu public forme un aqueduc

et nuit à un particulier, celui-ci dispose d'une action visant à garantir la réparation du tort ainsi causé. Que les arbres soient élagués jusqu'à 15 pieds. Si un arbre frappé d'un coup de vent penche de la propriété voisine sur la vôtre, vous avez une action pour le faire abattre. On peut ramasser le gland tombé sur la propriété d'autrui. »

Ce sont seulement ces deux tables qui régissaient l'espace à l'époque romaine. Ou du moins ce qui nous est parvenu par les recherches historiques jusqu'à présent.

Les sources juridiques du code civil

Alors quelles étaient les sources juridiques qui avaient servi comme base pour la construction de vingt deux articles³⁰ relatifs au droit du voisinage mentionnés dans le code civil ? Ce qui est curieusement remarquable, c'est que ces articles sont très semblables aux *fatwas* qu'on a retrouvées dans les manuscrits d'Ibn er-Rami et celui d'el-Mardji el-Thaqafi.

Examinons l'exemple suivant :

Fatwa rapportée par Ibn er-Rami (en 1333 ap. J.C.) :

« Aucun des deux associés n'a le droit, sans le consentement de l'autre, d'établir quoi que ce soit sur le mur qui puisse empêcher celui-ci d'en faire autant plus tard ; mais, chacun d'eux peut, sans le consentement de l'autre, établir toute chose qui ne gênerait pas celui-ci, s'il voulait un jour en mettre autant sur le mur, comme un toit, une poutre par exemple. »

Article 622 du code civil de Napoléon (en 1802) :

« L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. »

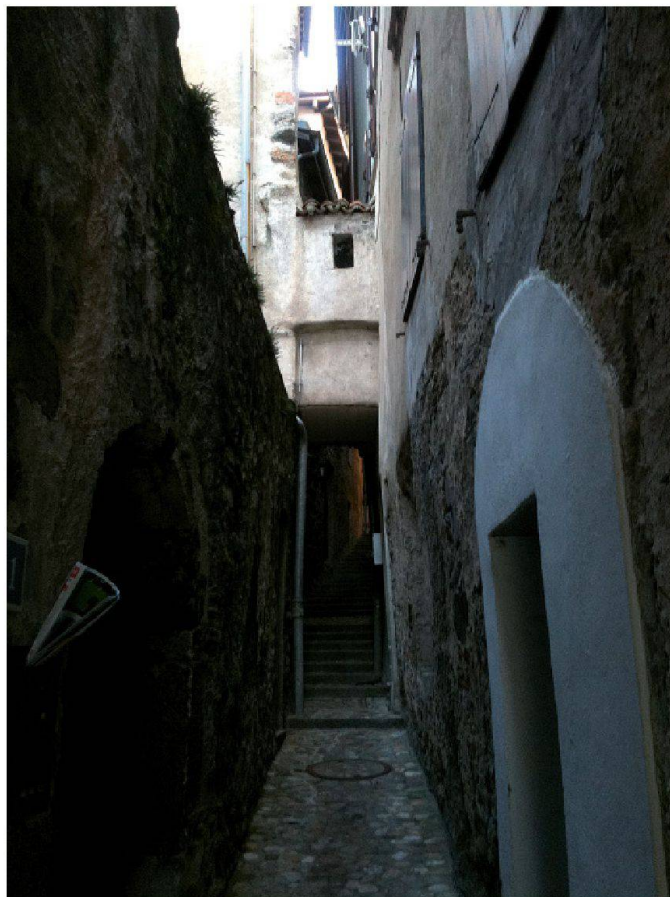
Article 1210 de la madjalla (en 1882) :

« L'un des deux voisins ne peut surélever le mur indivis sans le consentement de l'autre, comme il ne peut construire quoi que ce soit sur ce dit mur, qu'il soit préjudiciable ou non. Mais l'un d'entre eux, veut y accrocher des troncs pour édifier une chambre sur un terrain contigu à ce mur, son voisin ne peut l'empêcher. Mais il ne doit pas dépasser la moitié du nombre total des troncs que peut soutenir le mur. Et s'ils ont déjà accroché des poutres en nombre égal de part et d'autre, et que l'un d'entre eux veut en ajouter, l'autre a le droit de l'interdire. »

On relève la similitude frappante de la *fatwa* rapportée par Ibn er-Rami et des codes civils de Napoléon et de la *madjalla*. On peut même être amené à supposer que c'est une simple traduction. Ce qui nous a conduit à faire cette comparaison,



3



4

c'est la négligence, par de nombreux spécialistes du droit, de l'apport juridique de la brillante civilisation islamique, qui a duré plus de 13 siècles. Cette période se situe entre la chute des civilisations romaines et persanes et l'émergence de la civilisation occidentale actuelle. Peut-on admettre facilement une rupture entre civilisations humaines qui dure plus de 13 siècles ?

Les thèses admises jusqu'à présent continuent à confirmer que les sources du code civil de Napoléon étaient inspirées du droit romain, négligeant par là une période de treize siècles de civilisation musulmane. Comme si cette civilisation n'avait en rien contribué en matière juridique. Ceci nous invite à nous poser plus d'une question sur ces thèses³¹. On serait amené aussi à se demander s'il n'y avait pas eu des traducteurs occidentaux qui ont précédé R. Brunschvicg³² dans la découverte du manuscrit d'Ibn Rami ? Tout ce que nous savons jusqu'à présent sur la question est que, lors de l'expédition de Napoléon Bonaparte en Egypte en 1798, c'est-à-dire quatre ans seulement avant la promulgation du code

civil en 1802, celui-ci avait emmené avec lui une commission de savants de toutes disciplines pour étudier et traduire les manuscrits orientaux qui lui ont permis d'élaborer une œuvre monumentale appelée *La description de l'Egypte*³³.

²⁷ (عبد القادر بن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحميد). Comparer le texte de la *madjalla* aux contenus des manuscrits traitant la jurisprudence islamique relative à l'espace.

²⁸ JEAN MARIE CARBASSE, *Introduction Historique au droit*, PUF, 1998

²⁹ MARCEL LE GLAY, *Rome, Grandeur et Déclin de la République*, Ed. Perrin, 1990, réédité en 2005, p. 62, où il cite l'édition de GIRARD & SENN, *Les lois des Romains*, Naples, 1977, pp. 22-73

³⁰ Voir les 22 articles du code civil, du n° 653 au n° 673

³¹ Il serait souhaitable que cette question soit clarifiée davantage par des chercheurs spécialistes en droit.

³² Robert Brunschvicg est le premier chercheur occidental qui a confirmé dès 1947, que le *fiqh* avait son mot à dire dans les pratiques juridiques spatiales de la cité islamique. C'est lui qui a découvert le manuscrit d'Ibn er-Rami. C'est à partir de ses citations, que nous avons appris connaissance de ce manuscrit. Nous nous sommes procurés en 1985, un microfilm de ce manuscrit de la bibliothèque nationale de Rabat.

³³ *Description de l'Egypte ou Recueil des observations et recherches qui ont été faites en Egypte pendant l'expédition française* comporte 20 volumes, publiée entre 1809 et 1828. Voir *L'expédition d'Egypte : 1798-1801*, sous la direction d'Henry Laurens, Paris, A. Colin, 1989

Mais notre problème, ici, n'est pas de connaître, au juste, qui s'est inspiré de qui, mais de trouver un fil conducteur de l'évolution du droit depuis l'apparition des toutes premières règles juridiques de Hammourabi, jusqu'à l'époque contemporaine.

Le mur mitoyen

Dans cette section, nombreuses ont été les délibérations juridiques s'appuyant sur le *hadith* déjà cité : « Ne faites pas de dommage, qu'il vous soit profitable ou non. »³⁴

Un des principes fondamentaux qui existe dans le droit islamique de propriété est que l'exercice d'un droit cesse d'être légitime à partir de l'instant où le dommage qu'il occasionne est excessif³⁵. Ce principe s'applique en premier lieu à la question des conflits résultant du voisinage. Malek et ses disciples préconisent que toute personne a le droit d'user de sa propriété comme bon lui semble, à condition de ne pas porter préjudice aux voisins. Cette règle a été appliquée pour résoudre les conflits de voisinage relatifs aux établissements malsains, incommodes, insalubres ou dangereux.

Le Prophète a dit : « Que personne d'entre vous n'empêche son voisin d'enfoncer une poutre dans son mur. » Selon Ibn el Kassim, Malek ne voyait pas là un ordre catégorique, mais seulement une invitation à un acte de bienfaisance. Ainsi, le juge ne peut obliger un propriétaire qui refuse de laisser son voisin enfoncer une poutre dans son mur. Malgré qu'il n'y ait pas là un ordre catégorique, ce *hadith* explique encore la compacité et l'unité spatiale des médinas, appuyée encore plus par le droit de *chéfa'a* ou de préemption, cité plus haut. Mais, une fois l'autorisation établie, le propriétaire du mur ne peut plus revenir sur sa décision. « Il ne peut dit Malek, défendre ce qu'il a déjà permis auparavant. »

Il en va de même pour celui qui aurait autorisé son voisin à établir une porte, de prendre de l'eau, d'user d'un passage, de déplacer un chemin, etc. Car il y aurait un dommage apporté au deuxième propriétaire, par la démolition de ce qu'il a construit. Par l'application du *hadith* cité plus haut, on voit là une stimulation de l'urbanisation favorisant toujours le maintien de ce qui a été déjà bâti.

Revendication du mur mitoyen

Ibn er-Rami s'est soucié de bien montrer sur quelles bases juridiques, les *cadis* ont attribué le mur mitoyen revendiqué par deux voisins à son vrai propriétaire. En évoquant plusieurs cas de figures, le maître maçon tunisois a montré que les *cadis* se sont basés sur la coutume, ou *'ourf*. Celui-ci est mentionné dans le verset coranique suivant : « Taxe le superflu, commande ce qui convient (*'ourf*) et laisse les ignorants. »³⁶

(نَدَى لِدَا جَلَا نَدَى جَدْرَجْ أَوْ فَرَجْ لِدَا بَدْمَا وَ فَرَجْ لِدَا نَدَى)

Le *'ourf* concernant le mur mitoyen tient compte de la présence ou non de six éléments :

- *el oukad* ou *el kiqmt* (عَدْمُ قِيَامِ رَأْسِ الْوَكَادِ),
- le nombre des poutres enfoncées,
- l'existence de petites fenêtres (*el kouwa*) (فُرُجَاتُ الْوَكَادِ),
- la construction au-dessus du mur en question,
- l'orientation de la construction par rapport au mur,
- les portes établies.

Ce sont là les éléments que Ibn er-Rami appelle *el marafiq*, (مَرَافِقُ الْوَكَادِ), ou accessoires du mur. Ainsi, l'élément essentiel prouvant la propriété du mur est la présence des *'oukads*³⁷, qui sont les imbrications des briques d'angle ; ce sont des éléments nécessaires et suffisants prouvant la simultanéité de la construction des deux murs, et par conséquent leur propriété ensemble. Ibn er-Rami s'est basé sur la revendication d'un mur mitoyen à l'époque du Prophète. Le Prophète leur a envoyé Houdhaïfa Ibn Yaman, qui a jugé en faveur du propriétaire dont le mur en question possède des *'oukad* avec les autres murs de sa maison. Lorsqu'il est revenu, et a raconté au Prophète ce qu'il avait fait, le Prophète l'a remercié et approuvé son jugement.

Si le mur mitoyen est lié par sa construction (présence des *'oukad*) à la maison de l'un et à celle de l'autre, il appartiendra à tous les deux. De même, s'il n'est lié à aucune³⁸. Si, n'ayant de liaison d'aucun côté, il présente des cavités tournées vers l'un, il sera à celui qui jouit de cet avantage, et si tous les deux en ont autant, il sera à tous les deux. Si, enfin, n'ayant de liaison d'aucun côté, il porte des poutres appartenant à l'un, il sera à celui là, et s'il porte des poutres des deux, il sera à tous les deux. Et si l'un avait dessus dix poutres et l'autre sept, leur droit serait du même rapport. Si ce mur est lié à la construction de l'un et supporte de poutres à l'autre, il sera au premier. Lorsque deux murs sont étagés l'un sur l'autre, dit Sahnoun, que l'inférieur est lié à une maison et

³⁴ IBN EL-IMAM, op. cit.

³⁵ *El-Modawana el-Koubra*

³⁶ Coran – Sourate (النور) – verset 197

³⁷ La définition des « Oukad » que j'ai mentionnée, est celle qui est explicitée dans le manuscrit d'Ibn el-Rami. Cependant, plusieurs définitions divergentes ont été évoquées par R. Brunshvicg : De Slane les a traduit dans les prolégomènes d'Ibn Khaldoun, par « sablières » et « clefs de voutes ». E. Fagnan, leur a attribué « Sablières » et « corbeaux » dans sa traduction de la Rissala (Paris, 1914, p. 208). Bercher les a traduits par « saillants » et « corbeaux ». Enfin, Brunshvicg, par « longrines » et « harpes ». Voir R. BRUNSHVICG, « Urbanisme médiéval et droit musulman », in *Revue des Etudes Islamiques*, 1947, p. 147

³⁸ IBN EL-IMAM, op. cit. Mais là, ajoute Ibn el-Rami, que d'après les deux jurisconsultes malékites : Mo'taref et Ibn el-Madjichoun, les deux propriétaires doivent jurer : Si l'un d'entre eux ne veut pas jurer, le mur sera à l'autre, si les deux s'abstiennent de jurer, il sera partagé entre eux.



5

le supérieur à l'autre, on attribue chacun au propriétaire de la maison avec laquelle il fait corps. Si un mur, dit Sahnoun, est lié à la maison d'un individu et porte les poutres du toit d'un autre individu, il appartiendra au premier et le second n'aura que le droit de lui faire porter son toit. Si le premier veut établir une terrasse en la faisant reposer sur ce mur, on examinera si cela doit nuire ou non aux supports de l'autre: si les experts disent que oui, il ne pourra le faire, s'ils disent que non, il y sera autorisé³⁹.

Ibn el-Rami développe encore plusieurs cas de figures plus compliqués. Nous nous contentons de citer celui-ci, où l'un des voisins revendique la propriété de la moitié du mur, et l'autre, le mur en entier. Ibn el Madjichoun, avec d'autres juristes, dit qu'il n'y a dans ce cas qu'une moitié du mur qui est revendiquée simultanément par les deux voisins; elle sera alors divisée en deux et celui qui a revendiqué la moitié aura alors la propriété du quart du mur, l'autre celle des trois quarts⁴⁰.

Nous avons remarqué plus haut qu'Ibn el-Rami ajoute aux preuves appuyant l'attribution du mur revendiqué la présence d'une *kouwa* – ou petite fenêtre –, par rapport à celles qui sont citées par Ibn el-Imam. Il la définit comme étant une *takka* (تَكَّة), c'est à dire une petite fenêtre utilisée pour le renouvellement d'air d'une chambre. Elle ne peut exister que dans un mur construit en pierre ou à l'aide de la chaux (el djir). Pour qu'elle soit une preuve valable, il faut qu'elle soit établie en même temps que le mur en question.

³⁹ IBN EL-IMAM, op. cit.

⁴⁰ IBN EL-RAMI, op. cit.

⁴¹ IBN EL-RAMI, op. cit.

⁴² Ibid. page 18

La réfection et l'entretien du mur mitoyen

Cas où le mur n'appartient qu'à l'un des voisins

Si le mur en question est en bon état et son propriétaire veut le détruire, il y a lieu de distinguer deux cas reposant sur l'intention de ce propriétaire :

- Si par la destruction du mur, il ne veut que faire du tort à son voisin, on doit l'en empêcher, en se basant sur le *hadith* du « la dhirar ». Dans le cas où le propriétaire aurait déjà détruit le mur en question, mais une fois se trouvant devant le *cadi*, il a motivé des intérêts personnels valables l'ayant poussé à le faire, Ibn er-Rami nous indique quatre avis juridiques, et se penche vers la plus fréquente qui consiste à ne pas obliger ce propriétaire à faire reconstruire le mur⁴¹.
- Si le mur en question menace de tomber en ruine et présente un danger et pour le voisin, et pour les passants, on doit obliger le propriétaire à le détruire, et il ne sera pas obligé de le reconstruire. De même si le mur vient de s'écrouler tout seul⁴². Ce qui est contraire à l'avis d'Ibn el-Madjichoun et Sahnoun.

Ibn Abdou voit que si le propriétaire n'a pas de quoi consolider son mur, ou est complètement sans ressource, l'autorité doit lui ordonner de le vendre et il devra s'exécuter de gré ou de force. Cependant, Malek Ibn Anas n'oblige pas le propriétaire de rebâtir: « Au voisin, dit-il, qui veut que sa maison soit protégée, de la protéger lui-même. »

Dans tous les cas analogues cités par Ibn el-Imam, on remarque que si le propriétaire a lui-même démoli son mur, les juristes se sont basés sur l'intention de celui-ci. Si c'est seulement pour nuire au voisin, ils sont tous d'accord pour obliger le propriétaire à le rebâtir.

Fig. 6 : Brevet de « Maison à un seul mur », Adolf Loos, 1921
(Document Klaus Novy, Wolfgang Förster, Genossenschaftliche Selbsthilfe nach der Jahrhundertwende. Zur Rekonstruktion der Wiener Siedlerbewegung, Picus, Vienne 1991)

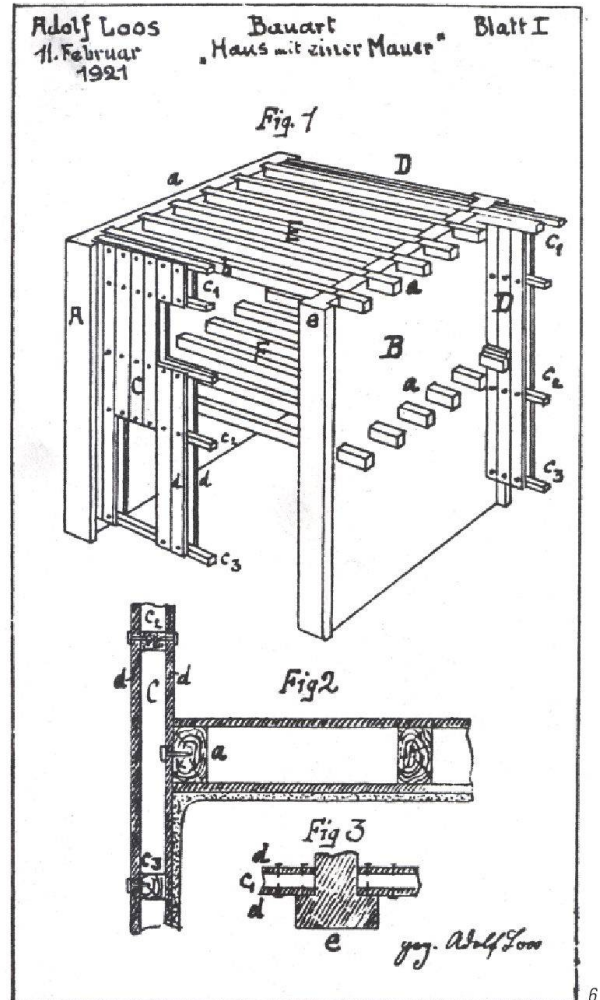
Fig. 7 : Palais du Day à Alger

Fig. 8 et 9 : Exemple d'une mitoyenneté réglée de manière brutale, la construction du dôme de Côte (1396-1770) a été effectuée en coupant deux arches du Broletto, siège du pouvoir civil édifié en 1215. (Photo FDC)

(Sauf mention, toutes les photos illustrant cet article ont été fournies par l'auteur.)

Le droit de voisinage musulman en résumé

- Il ne faut pas que quelqu'un élève sa construction au point qu'elle porte préjudice à son voisin.
 - Il est interdit de surplomber la maison du voisin si cela lui cause un préjudice. L'interdiction sera limitée à la levée du préjudice.
 - L'établissement des fouilles provoquant du préjudice inadmissible à la maison du voisin est interdit. Cependant le préjudice à moindre effet ou habituel est toléré.
 - Personne ne peut jouir de sa propriété jusqu'à affecter la jouissance de la propriété de son voisin. Il lui faut couper les branches d'arbre qui dépassent ou les retenir à l'aide de tirants. Ou ne faire sortir des encorbellements sur la propriété du voisin qu'après son consentement.
 - On est tenu responsable des dégâts des eaux et feu dans deux cas :
a) la provocation, la négligence et agissements inhabituels,
b) avec la certitude que cela se propage aux propriétés voisines.
Mais si on utilise l'eau et le feu selon les habitudes et coutumes, on n'est pas responsable des dégâts provoqués aux voisins.
 - Si un mur ou une construction menace ruine et penche sur la maison du voisin ou sur la voie publique, son propriétaire est responsable de tous les dégâts qui pourraient se produire, averti ou non. Cette *fatwa* cristallise un consensus des *fouqaha* sur la question.
 - On peut accrocher des poutres sur le mur mitoyen à concurrence de sa part de l'indivision, pour permettre au voisin d'y accrocher ses poutres en cas de besoin. Mais si le mur appartient en totalité au voisin, on doit lui demander au préalable l'autorisation.
 - Le passage des canaux d'écoulement des eaux dans la propriété du voisin est toléré si cela ne cause pas de préjudice au voisin. Celui-ci ne peut changer le lit d'écoulement qu'après accord de son voisin.
 - Si le RDC s'écroule, son propriétaire est obligé de le reconstruire pour permettre au propriétaire du 1^{er} de reconstruire son étage. S'il s'abstient, le *cadi* autorise celui du 1^{er} à reconstruire l'ossature du RDC et l'étage. Mais il n'autorise celui du RDC à jouir de sa propriété qu'après versement des frais de la construction du RDC.
 - Par contre, si le 1^{er} étage s'effondre et entraîne la démolition d'une partie du RDC ou de son toit, son propriétaire n'est tenu de le reconstruire ni de réparer les dégâts survenus au RDC.
 - Si deux voisins revendiquent un droit de jouissance ancien, on doit la chose en état ancien. L'ancienneté de jouissance est considérée comme une preuve de la légalité du droit.
L'impasse est une propriété privée appartenant à tous les riverains ayant des portes ouvertes sur elle.
 - Si des gens n'habitent pas dans l'impasse veulent en jouir par le passage ou l'ouverture de fenêtres et portes, ils ne peuvent le faire qu'après consentement de tous les habitants de la dite impasse.
 - Les habitants de l'impasse peuvent déplacer leur porte ou en percer d'autres, à condition de ne pas provoquer du préjudice aux habitants de l'impasse.
- Enfin, signalons que toutes ces *fatwas* avaient pour fondement juridiques la coutume. Elles ne sont donc pas éternellement valables. Ce qui demeure immuable, ce sont les règles générales du *fiqh*.



Cas où le mur est indivis

- Si un mur mitoyen à deux individus s'écroule, celui qui ne veut pas rebâtir doit vendre sa part ou demander le partage. Pour parvenir à cet avis juridique (*fatwa*), Ibn Abdou a appliqué le *qiyas*⁴³ ou l'analogie avec le cas d'une source d'eau menaçant ruine, indivise, entre deux propriétaires et a utilisé la délibération qu'à donnée Malek Ibn Anas à celui qui ne voulait pas participer à sa réfection⁴⁴.

Cependant, Isa ben Dinar dit qu'on ordonnera à celui qui

s'y refuse à rebâtir, mais on ne prendra pas de jugement pour l'y contraindre s'il persiste. Dans ce cas, les deux associés partageront l'emplacement du mur en deux moitiés, et chacun d'eux prendra celle qui avoisine sa maison. Mo'taraf et Ibn el Madjichoun ne voient qu'une seule solution, c'est d'obliger le récalcitrant à participer à la reconstruction : « Il ne pourra pas, disent-ils, demander le partage de l'emplacement occupé par le mur. »

Pour ce qui concerne l'utilisation du mur mitoyen indivis, on se rapportera à la *fatwa* d'Ibn er-Rami citée en page 10⁴⁵.

Codification du droit de voisinage

La *madjalla* évoque plusieurs articles régissant le droit de voisinage. Ces articles sont basés sur des *fatwas* tirées directement des livres de la jurisprudence ou *fiqh*, qui habituellement mentionnent ces *fatwas* sous le chapitre intitulé *el-Haitan* (الحياتان), les murs. Mentionnons aussi

⁴³ Voir le chapitre consacré aux techniques juridiques islamiques

⁴⁴ Ibn EL-IMAM, op. cit. p. 119

⁴⁵ Propos de ISSA IBN DINAR, dans son livre intitulé *Des murs*, cité par Ibn EL-IMAM, op. cit. p. 121

⁴⁶ *Le guide des gouverneurs par l'explication de la madjalla*, (المدخل على شرح المذلة), op. cit.

⁴⁷ La *madjalla* (المذلة), constitution ottomane, élaborée en 1882, p. 230, traduction de l'auteur

⁴⁸ ISSA IBN MOUSSA, « *Kitab el-Djirar* » (الكتاب في حياض الجرار), élaboré en 996. Voir chap. de l'indivision. (الكتاب في حياض الجرار),

d'autres ouvrages du *fiqh* soulevant ces questions dans des chapitres intitulés « ce qui est licite et ce qui est interdit ». Ces diverses problématiques sont également évoquées dans les ouvrages d'el-Qada, (أبو حنيفة بن عابد), la juridiction⁴⁶.

A titre d'exemple, citons les deux articles suivants :

L'article 1192 de la *madjalla* stipule ce qui suit : « Tout propriétaire peut disposer de sa propriété comme il veut. Néanmoins la liberté de jouissance doit être restreinte, lorsqu'elle affecte les droits du voisin... »⁴⁷. Cet article est la codification de la *fatwa* mentionnée dans le manuscrit de Issa Ibn Moussa, qui stipule : « Tout propriétaire peut jouir de sa propriété comme il l'entend, la surélever, vendre sa part..., à condition qu'il ne provoque pas du tort à son voisin. De toutes les façons, il est garant de tout ce qui advient à son voisin, par ses agissements. »⁴⁸

Article 1195 : « Aucun encorbellement ni appendice ne doit affranchir la limite de la maison voisine. Tout ce qui dépasse doit être démoli ».

En somme, la *madjalla* regroupe le droit de voisinage dans 17 articles du n° 1198 au 1212 sous le titre :

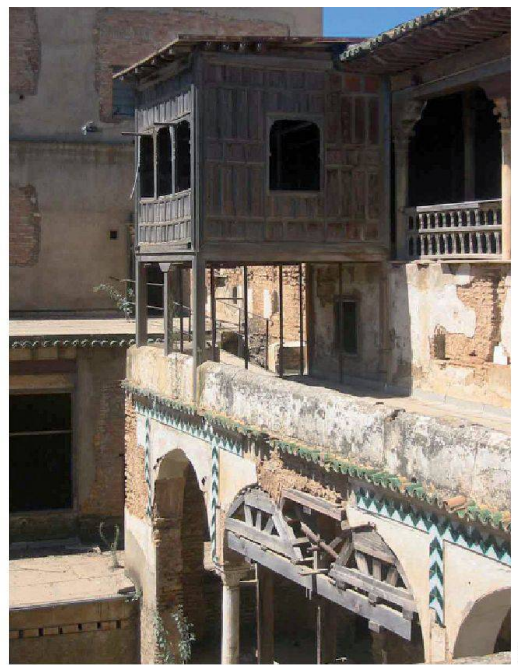
في مادة ج 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17

Conclusion

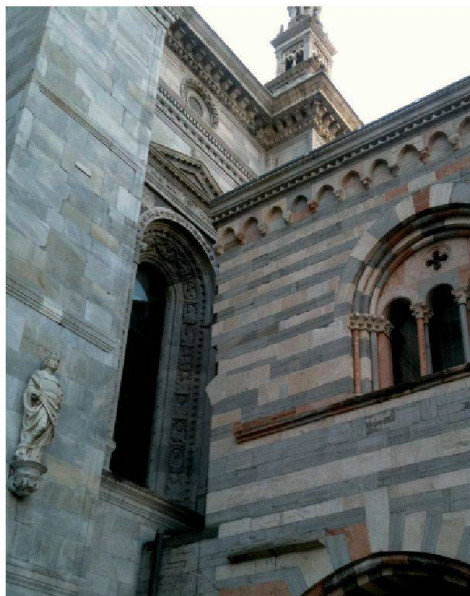
Les rapports de mitoyenneté se réglaient surtout par l'interprétation et l'application du *hadith* : « la dharar wa la dharar ». Ce *hadith*, qui est inclus dans la deuxième source du droit musulman, puisqu'il relève de la *Sunna*, renvoie au *'urf*, le droit coutumier qui est lui aussi une des sources du droit musulman. Ce *hadith* permettait à de nombreux juristes de résoudre plusieurs différends qui surgissaient des rapports de la mitoyenneté. Les avis juridiques qui en étaient issus touchent l'espace urbain en traitant les questions du partage de la propriété, la réfection du patrimoine immobilier etc.

Quant au mur mitoyen, tous les problèmes qu'on vient de traiter concernant sa revendication par les propriétaires voisins auraient été évités s'il n'y avait pas la recommandation de bienfaisance appelant à laisser enfoncer les poutres du voisin dans le mur qui ne lui appartient pas. Cependant, nous commettrions une grave erreur si nous reprochions à ce *hadith* d'avoir soulevé ces problèmes. Ces derniers sont engendrés par la mauvaise foi de l'un ou de l'autre des revendicateurs, qui soit revient sur sa décision, soit revendique une chose dont il reconnaît, au fond de lui-même, l'appartenance à son voisin.

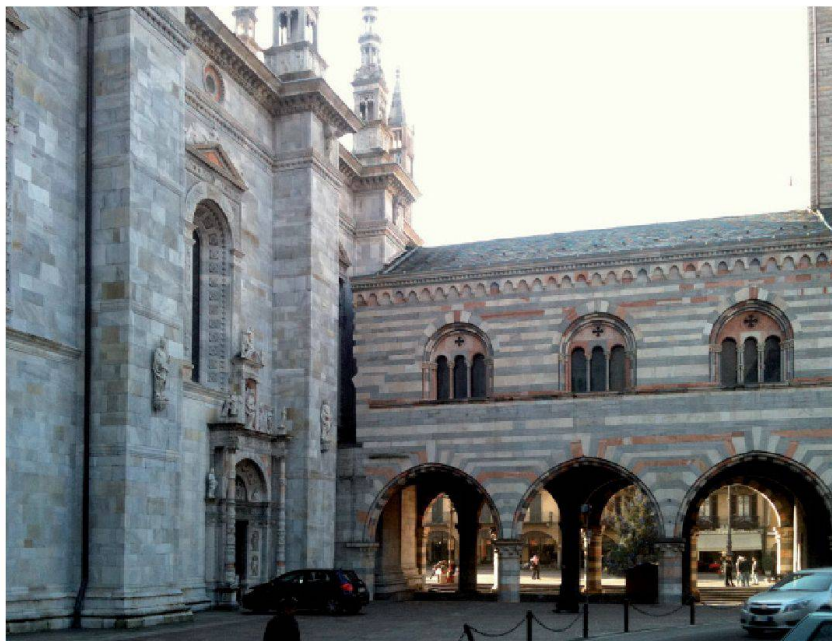
Abdelmalek Houcine, PhD Paris VIII
Chargé de cours, Université de Béchar
BP 417 Route Kenadsa-Béchar, AL – 08000 Béchar
abdelmalek.houcine@hotmail.fr



7



8



9