



N° SAU/090 - 11 avril 1969

## STATUT PERSONNEL ET DROIT FAMILIAL EN PAYS MUSULMANS<sup>(1)</sup>

**M. Borrmans**

Depuis plusieurs siècles, les sociétés arabes connaissent en matière d'institution familiale et de droit des personnes, un clivage juridique qui résultait directement d'une appartenance religieuse, clivage que l'Empire Ottoman avait finalement "consacré" au seuil des temps modernes. Le musulman s'y voyait faire application des dispositions de la Loi islamique (char'ou chari'a), selon les spécifications qu'y avait apportées la tradition de l'une des quatre Ecoles canoniques (Malékite, Hanafite, Chafî'ite, Hanbalite). Le statut personnel du juif se référait à la Loi mosaïque telle que l'avaient précisée les écoles rabbiniques (les Talmuds). Le chrétien enfin, selon sa classification confessionnelle (catholique, orthodoxe, protestant) et rituelle (catholique maronite ou melkite ou copte, etc... ) se voyait faire application de son Droit canonique. Pour le musulman, comme pour le juif ou le chrétien, il s'agissait donc bien d'un Statut qui lui était personnel, lequel dérivait directement de son appartenance religieuse, sans que la notion de nationalité n'intervienne en l'affaire.

D'autres parties du monde musulman, en Asie et en Afrique, avaient cependant gardé un droit coutumier (Indonésie, Kabylie, Atlas marocain, Afrique noire, etc... ), lequel demeurait alors commun à ceux qui avaient embrassé l'Islam et ceux qui étaient restés fidèles à leur religion traditionnelle (sociétés animistes) ou, parfois, avaient adopté la foi chrétienne. Bien des zones dites "marginales" étaient donc témoin d'une confusion des Statuts Personnels coutumiers, en ce sens que la coutume demeurant la même pour tous était cependant diversement interprétée suivant l'appartenance religieuse.

La création d'États modernes, suite au surgissement de Nations nouvelles, ne pouvait pas ne pas remettre en cause ces situations juridiques, qu'elles fussent de tradition écrite ou de tradition orale, d'autant plus que les Lois, islamique, mosaïque ou canonique, d'une part, et les coutumes locales, d'autre part, semblaient ne plus correspondre, dans certaines de leurs dispositions, aux exigences de sociétés plus ou moins pluralistes qui, entrant dans le monde moderne, se devaient d'en épouser les nouvelles conceptions quant aux droits et aux devoirs des personnes. La création d'organisations judiciaires nationales réclamait, en outre, que les juges comme les citoyens disposent désormais de textes clairs, succincts et accessibles à tous, quant à ce Statut Personnel : des Codes devaient donc être rédigés, qui pourraient sans doute apporter aux droits traditionnels les réformes nécessaires afin de les rendre plus conformes aux aspirations, individuelles et collectives, de chaque peuple ou de chaque communauté religieuse.

Nous nous bornerons, dans le présent document, à un premier bilan des Codes existants et des réformes introduites en matière de Statut Personnel (SP), c'est-à-dire en matière de Mariage, de Filiation et de Succession, comme de Donation et de Testament (on y adjoint parfois les "biens" de mainmorte, habous ou waqfs), dans les pays dits musulmans ou dans les pays à majorité ou minorité

musulmane. Qu'en est-il donc aujourd'hui du Droit Familial en ces pays et quelles sont les valeurs qu'il entend y consacrer ou y promouvoir ? Tout cela n'est pas sans importance pour découvrir quelle est la "nouvelle anthropologie" des pays musulmans et pour entrevoir quelles sont les perspectives d'un "dialogue des valeurs" entre chrétiens et musulmans, aujourd'hui.

## 1) Chronologie récente des Codes et des Lois en matière de Statut Personnel.

Selon l'ordre de leur promulgation, les Codes et les Lois se présentent comme suit :

- 1875 - codification de la Loi musulmane hanafite sur la Famille et la Succession, par Qadri Pacha, en Égypte, elle ne fut jamais promulguée ni appliquée, mais a pu inspirer les travaux subséquents ainsi que la jurisprudence égyptienne.
- 1916 - Avant-Projet du Code de droit musulman algérien, dit Code Morand, qui ne fut jamais promulgué, mais a inspiré toute la jurisprudence algérienne.
- 1917 - Loi ottomane sur la famille promulguée, puis abrogée en Turquie dès 1919, ainsi qu'en divers pays arabes. Elle inspire encore les tribunaux au Liban et en Israël (tribunaux pour musulmans).
- 1940-1955 Diverses lois égyptiennes aménageant le Statut Personnel, sans cependant en faire un Code définitif et unifié : loi sur l'entretien (nafaqa) (1920), sur le divorce judiciaire (1929), règlement quant à l'âge minimum du mariage (1931), loi sur les successions ab intestat (1943), sur le testament (1946) et sur l'unification des tribunaux de S. P. (1955).
- 1926 - Promulgation du Code turc, reproduisant presque intégralement le Code Civil Suisse (Réforme de Kemal Ataturk).
- 1937 - Charî'at Act, en Inde britannique.
- 1939 - Dissolution of Muslim Mariages Act, en Inde britannique.
- 1951 - Loi Jordanienne sur les Droits familiaux (CJ).
- 1953 - Loi syrienne du S. P. (CS).
- 1956 - Promulgation du Code de S. P. tunisien (CT) (13 août), qui entre en vigueur le 1/1/1957 ; complété ensuite par divers chapitres et de multiples lois (Adoption).
- 1957-1958 Promulgation, per partes, et entrée en vigueur du Code S. P. marocain (Mudawwana) (CM).
- 1959 - Loi irakienne du S. P. (CI).
- 1959 - En Algérie, ordonnance sur le Mariage et le Divorce.
- 1961 - Muslim Family Law Ordinance, en Pakistan (Pak)
- 1962 - Code sur le Mariage et la Tutelle en République du Mali (Mali).
- 1963 - Loi algérienne sur l'âge minimum au mariage (Loi Khémisti).
- 1964 - Lois relatives au Mariage, au Divorce et à la Séparation de corps, à la Paternité et à la Filiation, à l'Adoption, aux Successions, aux Donations entre vifs et aux Testaments, en Côte d'Ivoire (C Iv).
- 1966/67 - "Projet" de Code algérien de S. P. (?)

Tels sont les différents textes, complets ou partiels, qui traitent d'un Droit Familial applicable aujourd'hui à des populations totalement, majoritairement ou minoritairement musulmanes. Qu'en est-

il alors des pays qui ne connaissent aucun Code (Arabie Saoudite, par exemple) ou qui ne disposent que de Lois fragmentaires (Algérie, par exemple) ? Les musulmans s'y voient faire application des dispositions du Droit traditionnel (dit "classique") selon l'interprétation qu'en a faite telle ou telle école canonique (madhhab). C'est le cas de l'Arabie Saoudite où un texte officiel édicte qu'on appliquera en matière de S. P. les règles de la chari'a (Loi musulmane) selon qu'elles ont été précisées par l'école hanbalite. En Afghanistan, par contre, on se réfère à la même Loi, mais selon les interprétations de l'école hanafite. Dans d'autres pays, au contraire, tout en recourant encore à une application partielle de la Loi musulmane (pour les seuls musulmans), on fait l'essai des projets de Code de S. P. valable pour tous les nationaux, quelle que soit leur appartenance religieuse (ainsi en Guinée et, peut-être aussi, au Sénégal). Il faut donc convenir que le S. P. musulman traditionnel, s'il est encore appliqué ici où là, est déjà remplacé ou tend à l'être, en de nombreux pays, par un S. P. musulman moderne se reflétant désormais, non plus à travers le prisme des quatre écoles canoniques classiques, mais à travers celui, multiface, des jeunes Nations qui, toutes, entendent y projeter leur originalité.

## 2) A qui s'appliquent ces Codes et ces Lois récentes ?

S'agit-il encore d'un statut strictement "personnel" en relation avec l'appartenance religieuse de la personne ou s'agit-il enfin d'un Code de S. P. commun à tous les nationaux, très proche alors de nos Codes Civils occidentaux ? Et si les Statuts demeurent "personnels" au sens strict, a-t-on maintenu la multiplicité des tribunaux religieux, charaïques, rabbiniques et ecclésiastiques ?

La situation "classique" qui conjugait à la fois la diversité infinie des Statuts Personnels et la multiplicité des Tribunaux religieux se réalise encore, d'une manière typique, au Liban. Les musulmans y connaissent plusieurs types de S. P. et de tribunaux : sunnite, chi'ite ou ja'farite, 'alaouite, ismaélite, druze. Les chrétiens s'y voient répartis (loi du 2/4/1951) en onze confessions différentes quant au S. P. et aux tribunaux (la maronite, la grecque orthodoxe, la melkite grecque catholique, l'arménienne grégorienne, orthodoxe, l'arménienne catholique, la syrienne orthodoxe, la syrienne catholique, l'assyrienne chaldéenne nestorienne, la chaldéenne, la latine, la protestante). Enclin les israélites, eux aussi, ont leur statut et leurs tribunaux. Si le Liban, de par les circonstances et aussi à cause de ses raisons d'exister, a voulu maintenir, comme au paroxysme, cette situation classique, il faut reconnaître que celle-ci demeure la règle dans l'ensemble des pays arabo-musulmans qui connaissent des minorités juives et chrétiennes, voire des groupes de musulmans dissidents, Situation essentiellement "confessionnelle" au plan du Droit comme de l'Organisation sociale.

A l'opposé, l'unification totale des divers statuts et tribunaux, brutale ou progressive, pour aboutir à un Code unique de S. P. valable pour tous les nationaux, n'est le fait que de quelques États résolument tournés vers l'avenir et soucieux d'unifier au maximum leur peuple. La Turquie s'y est résolue en 1926 à travers les profondes réformes de Kémal Ataturk. Le Mali et le Côte d'Ivoire ont opté en ce sens en 1962 et 1964 : le droit coutumier y avait toujours entretenu le souci d'un commun statut valable pour tous. Seule parmi les pays arabo-musulmans, la Tunisie est parvenue à cette double unification après quelques mois d'indépendance (septembre 1956) : désormais, tous les Tunisiens, qu'ils soient "musulmans", "israélites" ou "non-musulmans et non-israélites" sont soumis au même Code de S. P. , la Majalla du 13 août 1956. Une telle situation, qui ne tient plus compte des appartenances confessionnelles, pourrait être qualifiée de "situation laïque" : c'est celle que connaissent la plupart des États modernes du monde occidental.

C'est entre la "situation classique" ("confessionnelle") et la "situation moderne" ("laïque") que se répartissent inégalement, et toujours selon des solutions originales, les aménagements et les codifications juridiques énumérées précédemment. Les Codes jordanien, syrien, irakien et marocain ne sont applicables qu'aux musulmans tandis qu'en Algérie, si l'ordonnance de 1959 ne visait que les musulmans (hormis les ibadites), la loi de 1963 entendait bien s'appliquer à tous les Algériens. Il peut arriver, d'ailleurs, que des principes de subsidiarité interviennent : si les Marocains israélites se voient rattachés à la Loi mosaïque, les Marocains non-musulmans et non-israélites se trouvent être soumis au Code de S. P. prévu pour les musulmans, tout en échappant à certaines de ses dispositions (ni polygamie, ni allaitement, ni répudiation ne sauraient valoir à leur endroit) ; si le Code syrien du S. P. est théoriquement celui de tous les musulmans, il exempte cependant les Druzes de certaines de ses stipulations (art. 307) et entend être appliqué à tous les Chrétiens syriens en matière successorale (art. 308). Ces deux faits, parmi d'autres, soulignent la variété des solutions "locales" quant à la coexistence de communautés religieuses différentes. A travers eux comme au travers de certains projets récents, on peut déceler une première tentative d'unification du Droit familial et découvrir aussi quels sont les obstacles qui demeurent, lesquels découlent d'une "vision" différente de la Famille et des Personnes qui la fondent ou y naissent. L'Égypte, tout dernièrement, n'a-t-elle pas essayé, une fois de plus, de se

donner un Code S. P. pour musulmans et un autre, unifié, pour chrétiens, réduisant ainsi à deux les Statuts Personnels (2) ?

Sans aller jusqu'à l'unification des Codes et, partant, des Statuts, on pouvait imaginer que l'État moderne chercherait à supprimer la multiplicité des tribunaux religieux, seuls compétents en la matière. De fait, c'est en ce sens que l'Égypte a fait un pas décisif en 1955 : dès l'année suivante, tous les Égyptiens se sont vus jugés, en matière de S. P., par les mêmes tribunaux civils, qui font application à chacun du S. P. qui lui est propre, mais à travers une interprétation qui, parfois, le fait évoluer en un certain sens (quand, par exemple, un juge musulman doit juger en matière de divorce, dans un procès entre chrétiens). Sans évoquer ici tous les problèmes qui en découlent et les conflits de droit qui, plus généralement, sont engendrés par les situations matrimoniales où les conjoints sont (ou deviennent) de religions (et, donc, de Statuts) différents, il faut avouer que cette unification des tribunaux n'a de sens que si elle prépare, dans un avenir assez proche, l'unification des Statuts.

### **3) Qu'en est-il désormais de l'âge des candidats au mariage ?**

Le droit musulman classique ne connaissait aucun âge minimum pour le mariage et certains parents (père, agnat, etc...) du futur ou de la future avaient la faculté de conclure mariage au nom de l'enfant, dès la naissance de celui-ci. Sans doute le dit mariage ne pouvait-il être consommé qu'à l'âge où les deux "épousés" disposaient enfin de la "potentia coeundi", mais il était déjà valablement contracté. Les Législations modernes, là où elles existent, ont essayé d'introduire un âge minimum en deçà duquel le mariage ne pourrait être conclu valablement. On comprendra aisément combien une telle réforme, importante en elle-même, s'avère étroitement liée à l'établissement et à la pratique efficace d'un État-Civil de type moderne qui garantit la vérité des "âges" et en assure le contrôle (ce qui est encore loin d'être le cas dans les zones rurales de nombreux pays musulmans) !

La loi ottomane de 1917 avait fixé cet âge minimum à 9 ans pour les filles et à 12 ans pour les garçons. Aujourd'hui, on peut dire qu'en principe une jeune fille ne peut pas être mariée (ni se marier) avant 15 ans (Mali, Maroc), 16 ans (Égypte, Algérie et Pakistan), 17 ans (Tunisie, Jordanie, Syrie), 18 ans (Côte d'Ivoire et Irak). De même, le jeune homme ne peut pas se marier avant d'avoir accompli ses 18 ans (Égypte, Maroc, Syrie, Mali, Algérie, Jordanie, Irak, Pakistan), ses 20 ans (Tunisie, Côte d'Ivoire). Tels sont les âges officiels minima pour le mariage. Une dispense du Juge, avec preuve de la puberté physiologique à l'appui, peut ramener ces âges, pour la jeune fille, à 13 ans (Syrie), à 15 ans (Jordanie), à 16 ans (Irak), et pour le jeune homme, à un âge indéterminé (Maroc), à 15 ans (Syrie, Jordanie), à 16 ans (Irak),

### **4) Qui consent au mariage ?**

Le droit musulman classique reconnaissait au plus proche parent agnat ('asab) le pouvoir de décider du mariage de l'impubère et de la conclure en son nom. Ce droit de contrainte (jabr) pouvait être remis en cause, dans ses effets à la puberté, chez les Hanafites, en ce sens que le jeune homme ou la jeune fille disposait alors d'un "droit d'option" (khiyâr), celui de ratifier le mariage déjà contracté (par un autre agnat que le père ou le grand-père) ou d'en demander l'annulation : tout enfant pubère, en droit hanafite, est majeur sur le plan matrimonial et a la faculté de se marier, sans l'assistance d'un tuteur (walî) et sans l'autorisation du Juge. Selon les autres écoles canoniques, si le jeune homme dispose également de cette faculté, dès sa puberté, la jeune fille, par contre, demeure "contraignable" au mariage par son plus proche parent agnat aussi longtemps qu'elle n'a pas perdu sa virginité par la consommation d'un mariage légitime. Il convient de rappeler qu'il était toujours hautement "recommandé" au tuteur contraignant de prendre l'avis de celle, ou de celui, qu'il entendait marier... et que l'adage juridique était toujours valable, selon lequel "la vierge consent par son silence et celle qui ne l'est pas, explicitement". Toutes ces dispositions juridiques sont encore en vigueur là où n'intervient aucune réforme moderne, totale (Code) ou partielle (Loi).

En effet, les Codes récents ont rappelé que les futurs ont à donner eux-mêmes leur consentement, libres qu'ils sont de décider de leur personne. Tout droit de jabr sur des pubères est donc aboli, chez les pays de tradition mâlékite, quoique le Maroc en maintienne la possibilité dans le cas d'une conduite licencieuse de la jeune fille. Le Maroc a également maintenu pour toute future épouse l'obligation de recourir à un mandataire homme (tuteur matrimonial non contraignant) pour exprimer son propre consentement lors de la "séance contractuelle". D'autre part, si les Codes modernes, rejoignant la tradition hanafite, ont donc reconnu aux futurs et aux futures, pubères, (avec

des âges de présomption retardés parfois jusqu'à 20 ans), la pleine majorité "matrimoniale", ils ont cependant introduit (innovation d'esprit occidental) ou repris (transposition du droit de jabra) la notion d'autorisation préalable (Tunisie, Mali, Côte d'Ivoire, entre autres) pour les futurs époux qui n'auraient pas encore la pleine majorité "civile" (surtout quant à la gestion du patrimoine et à l'exercice des droits civiques), laquelle oscille, selon les pays, entre 20 ans (comme en Tunisie) et 21 ans (comme au Maroc) quand elle ne varie pas selon le sexe (au Mali, "le fils qui n'a pas 21 ans et la fille qui n'a pas 18 ans doivent demander le consentement de leurs père et mère") : le tuteur (le père en l'occurrence) doit être consulté, quoique son opposition irréductible au mariage puisse finalement être réduite par l'intervention du Juge. Il faut noter, néanmoins, que, selon la moindre évolution d'une société donnée, ce tuteur pourrait continuer à représenter la jeune fille qu'il a en tutelle... au mariage lui-même ("séance contractuelle"), car Codes et Lois reconnaissent toujours la possibilité de désigner un mandataire pour la conclusion du mariage,

## 5) Qu'en est-il des empêchements au mariage ?

Le droit classique et les Codes modernes répartissent toujours les empêchements en "permanents" (définitifs) et en "temporaires" (et donc transitoires). Les premiers concernent la parenté et l'alliance ainsi que la collatation, maintenue par tous les Codes (sauf celui de Côte d'Ivoire). Le serment d'anathème (li'ân) qui constitue d'abord un désaveu de paternité vis-à-vis de l'enfant de l'épouse adultère et entraîne, par suite de la gravité de l'accusation, un divorce "irréparable parfait" (définitif) d'avec la femme dont l'infidélité a été attestée par un quadruple serment corroboré par un cinquième (cf. Coran, 24,6-9), a été maintenu par les divers Codes modernes de tradition malékite, ou chafî'ite, ou hanbalite, (que ce soit au chapitre des empêchements, comme au Maroc, ou à celui de la filiation, comme en Tunisie).

Mais c'est à propos des empêchements "temporaires" que de profondes réformes sont à signaler. La "permission polygamique" est-elle maintenue et l'homme peut-il encore avoir, simultanément, deux, trois ou quatre épouses légitimes (cf. Coran, 4,3) ? Qu'advient-il de l'empêchement de "religion mixte" ? Enfin l'épouse répudiée (ou divorcée) "trois fois" (successivement ou simultanément), temporairement interdite à son ex-mari, lui redevient-elle licite après un mariage avec un tiers, consommé puis dissous ?

### *a) La polygamie reste-t-elle permise, ou devient-elle limitée, voire interdite ? (3)*

Recourant à une nouvelle interprétation "réformiste" du Coran (4,129) qui affirme l'impossibilité "morale" d'être équitable entre les épouses, certains Codes ont interdit, purement et simplement, toute polygamie (Turquie, Tunisie, Côte d'Ivoire) : toute tentative de bigamie entraîne dissolution du deuxième mariage et des sanctions au pénal.

Sans aller jusqu'à une solution aussi radicale ("l'homme ne peut épouser une cinquième femme qu'après son divorce avec l'une de ses quatre femmes", dit le Code syrien), nombre de Codes ont essayé de limiter le "permission polygamique" au maximum, Un premier moyen consiste à exiger plus ou moins l'intervention d'une autorité quelconque, communautaire (Pakistan) ou judiciaire, le Juge en l'occurrence (Syrie, Maroc, Irak), laquelle autorise le deuxième (ou le troisième ou le quatrième) mariage simultané après en avoir reconnu les possibilités financières et les raisons légitimes. Un deuxième moyen consiste à rendre obligatoire le fait que la deuxième épouse soit informée de l'état non-libre du futur et, donc, qu'elle accepte de ce fait de devenir une co-épouse (Maroc). Un troisième moyen réside encore dans le rappel explicite de certaines clauses dont la future épouse peut exiger l'introduction dans le contrat de mariage : elle ne sera jamais que la seule et unique épouse de son mari, par exemple, et si celui-ci veut lui adjoindre une co-épouse, elle aura le "droit d'option" (liberté de demander le divorce ou de rester avec lui). Quand bien même n'aurait-elle pas inclus cette clause dans le contrat, le Code marocain lui reconnaît encore le droit de "saisir le Juge pour apprécier le préjudice à elle causé par la nouvelle union". Un quatrième moyen, enfin, s'exprime sous forme d'une "option de monogamie" (Mali), laissée à la libre décision du futur, mais l'engageant à y être fidèle, conformément à la loi, au moins pendant les dix premières années de sa vie conjugale : de ce fait, toute bigamie lui est alors interdite.

Tels sont les divers "freins" apportés à l'exercice de la "permission polygamique". Il incombe donc aux personnes intéressées (et surtout aux femmes) qui en sont informées et qui en ont le courage d'y avoir recours en bonne et due forme ! Néanmoins, nombreux sont encore les pays où la "polygamie" classique demeure autorisée, même si, dans la réalité, elle tend à devenir une exception,

pour des raisons économiques et psychologiques : c'est le cas de l'Égypte comme de l'Algérie et du Liban, et même de la Jordanie qui s'est pourtant dotée d'un Code de la Famille.

***b) L'empêchement de "religion mixte" est-il toujours retenu ? (4)***

Les dispositions du droit musulman classique (interdiction à la musulmane d'épouser un non-musulman ; possibilité pour le musulman d'épouser une "scripturaire", c'est-à-dire une chrétienne ou une juive) demeurent valables presque partout et sont reprises explicitement par la plupart des Codes modernes (Syrie, Maroc, Irak, Jordanie) lesquels rappellent que le mariage d'une musulmane avec un non-musulman est nul de plein droit. Le Code tunisien volontairement silencieux sur la question pouvait être considéré comme ayant supprimé cet empêchement, mais une interprétation restrictive de l'art. 5 et une Circulaire administrative (comme ce fut aussi le cas en Algérie) maintiennent en vigueur l'interdiction "classique". On sait que nombreux sont les mariages mixtes de musulmans avec des chrétiennes. Le contraire est extrêmement rare, voire "exceptionnel".

Seuls les Codes du Mali et de Côte d'Ivoire sont silencieux sur cet empêchement et entendent bien n'en point faire application : on a, en ces pays, opté pour une société pluraliste moderne. Est-ce dans ce sens qu'évolueront les pays arabo-islamiques ? Il est certain que le principe d'égalité entre l'homme et la femme demanderait que l'on reconnaisse à la musulmane la même liberté que l'on reconnaît au musulman dans le choix d'un partenaire non-musulman : la revendication en est souvent formulée pour contrebattre les trop nombreux mariages de musulmans avec des européennes !

***c) La triple répudiation (ou le triple divorce) n'entraîne-t-elle qu'un empêchement temporaire ?***

C'est ainsi qu'en décidait le droit musulman classique puisque la femme, répudiée (ou divorcée) par "trois fois" (successivement ou simultanément) pouvait redevenir licite pour son ex-mari après un mariage avec un tiers, consommé et dissous. Bien des Codes modernes ont repris ces dispositions (Maroc, Syrie, Irak, Jordanie). D'autres n'en parlent pas (Turquie, Mali, Côte d'Ivoire) ou font du triple divorce (successif, cette fois) un empêchement définitif à tout remariage subséquent (Tunisie).

**6) Qu'advient-il de la dot et de la forme du mariage ?**

Tous les Codes arabo-musulmans ont repris les dispositions classiques concernant la dot : la fixation de celle-ci est obligatoire (pour la validité du mariage) et tout accord, impliquant la suppression de cette dot est interdit. L'épouse y a un droit strict et pourrait se refuser à la consommation du mariage tant que la partie échue de la dot ne lui est pas versée. On tend cependant, dans les sociétés évoluées, à ramener la dot à une somme symbolique (Tunisie), mais les coutumes et les exigences familiales continuent à faire de la dot un obstacle financier important. Réformistes et Modernistes s'emploient à faire changer les mentalités à ce sujet. Le Code malien a eu le courage d'établir une somme maxima (20.000 CFA pour la jeune fille et 10.000 CFA pour la femme) à ne pas dépasser, quand la dot est exigée par la coutume. En Côte d'Ivoire, le Code est demeuré silencieux au sujet de la dot,

La forme du mariage connaît des fortunes diverses dans l'effort général pour assurer plus de publicité et davantage de rigueur dans la conclusion de ce "contrat privé" qu'est le mariage musulman, contrat que ne double aucun rite religieux au sens strict mais qu'enveloppe tout un folklore aux cérémonies prestigieuses et coûteuses à la fois, qui ne sont pas sans significations sociale et religieuse cependant ! Les Codes modernes ont réglementé le libellé du contrat et les circonstances de sa rédaction afin que, lors de la communication qui en est faite à l'État-Civil, celui-ci dispose des garanties suffisantes pour en établir définitivement l'authenticité.

Certains pays (Turquie, et, récemment, Mali et Côte d'Ivoire) ont rendu obligatoire la célébration du mariage devant l'Officier d'Etat-Civil, La Tunisie l'a laissée facultative, mais l'encourage fortement. Il est certain que les développements modernes d'une administration exigeante quant à l'identité des personnes et des foyers amènera peu à peu les pays musulmans à une plus grande rigueur dans la "forme" et la "célébration" mêmes du mariage. L'évolution est déjà en cours...

## **7) Le privilège masculin de la "répudiation unilatérale" est-il toujours reconnu ou n'y a-t-il plus que le divorce judiciaire pour dissoudre le contrat de mariage ?**

On sait que, traditionnellement, l'homme a toujours la faculté de répudier sa femme (sans avoir à justifier son acte) : celle-ci entre alors en une "période d'attente" (de trois mois) au cours de laquelle son mari peut la reprendre ("révoquant" ainsi la répudiation) ; passé ce délai, le mariage est effectivement dissous et les deux ex-conjoints peuvent contracter un nouveau mariage, entre eux ou avec une tierce personne. On sait aussi qu'au terme de trois opérations de ce genre, un empêchement temporaire rendait la femme interdite à son ex-époux (cf. plus haut) : souvent, pour assurer aussitôt de tels effets, la formule de répudiation était triple. De fait, il faut convenir que toutes ces dispositions sont encore valables en nombre de pays musulmans qui n'ont ni Code ni Loi à ce sujet. Là où les Codes sont intervenus, ils ont, en général et plus ou moins, ramené ces diverses possibilités de rupture unilatérale du lien matrimonial à la rigueur des "perspectives coraniques" (Syrie, Maroc, Jordanie, Irak, Égypte) : l'époux répudiateur doit disposer d'une volonté saine et libre, recourir à une formulation non équivoque (qui ne compte toujours que pour une répudiation simple), renoncer à lier la répudiation à l'échéance d'une condition quelconque et garantir à son acte une certaine notoriété (le Pakistan réclame alors un certificat dûment rédigé). Qui plus est, le Code marocain exige encore que la répudiation intervienne lors d'une période de pureté menstruelle de l'épouse. Enfin l'octroi d'un "don de consolation" (mut'a), jadis fortement recommandé, devient parfois obligatoire, sous forme d'une indemnité due à l'épouse ainsi lésée.

Certains pays (Turquie, Tunisie, Mali, Côte d'Ivoire) ont interdit toute répudiation ou n'en parlent plus : il n'y a de divorce que par devant le Tribunal, même si parfois le conjoint qui le demande au Juge n'a pas à justifier les raisons de sa requête (Tunisie). En Turquie comme au Mali et en Côte d'Ivoire, le divorce est vraiment la "sanction" d'un comportement répréhensible de l'un ou des deux conjoints. En Algérie, l'ordonnance de 1959 avait essayé de rejoindre la "réforme tunisienne", mais elle est diversement appliquée et toujours contestable.

Il faut reconnaître, en outre, que depuis plusieurs décennies, les grandes facilités reconnues depuis toujours à la femme par l'école malékite pour demander au Juge le divorce (vices rédhibitoires et impuissance chez le mari ; défaut d'entretien (nafaqa) ; absence du mari ; abus de l'autorité maritale et sévices graves) avaient été adoptées et étendues partout par les Lois et les Codes, en Égypte, en Syrie et en Irak.

Si l'on ajoute à cela les diverses formes de "répudiation" assorties de serment envisagées par le Coran (serment d'anathème, serment de continence), on constate alors que nombreuses sont encore les possibilités de rupture du lien matrimonial en certains pays musulmans. Et là où le divorce ne peut plus être prononcé que par le Tribunal, on voit mal comment celui-ci pourrait le refuser au conjoint qui en fait la demande (ou aux deux époux s'ils y consentent mutuellement !), Sans doute, les Codes ont-ils précisé dans les détails, à la suite du Coran, ce que devrait être la "tentative de conciliation" et les Tribunaux s'efforcent-ils à leur tour d'en assurer le succès, il demeure que le mariage, contrat librement noué "en privé", dépend encore beaucoup de la volonté de rupture de ceux qui s'y sont engagés. Le versement de "dommages-intérêts", prévus par certains Codes (Tunisie, par exemple), n'a que partiellement réussi à réduire le nombre des divorces (5). Ceux-ci, en réalité, demeurent une des plaies de certaines sociétés musulmanes contemporaines.

## **8) Y a-t-il quelque évolution en matière successorale ?**

Le Fiqh, fidèle aux textes très précis du Coran, avait élaboré tout un droit successoral dit "musulman" où les héritiers répartis en dévolutaires "à part fixée", dévolutaires "agnats" (et, parfois, dévolutaires "par les femmes", pour la seule école hanafite) se voyaient faire application de règles rigides et de principes sacro-saints, tels que celui de la non-représentation (les petits-enfants n'héritent pas de leur grand-père si leur père est décédé avant celui-ci) et celui de l'inégale proportion entre les sexes (la part d'un héritier étant égale à celle de deux héritières de même degré et de même lien de parenté). On n'oubliera pas, cependant, que les Chi'ites n'ont jamais adopté ces deux principes : chez eux, une fille hérite autant que son frère et le droit de "représentation" est reconnu (L'Irak a suivi, un moment, ces règles qui sont traditionnelles en Iran et qui ont été adoptées par le Pakistan. Pour d'autres raisons et à la suite d'autres traditions, Mali et Côte d'Ivoire abondent dans le même sens).

Partout où le droit classique demeure en vigueur, on s'en tient encore à ce système, compliqué mais acceptable à la fois (puisque les chrétiens syriens y sont assujettis. Les Codes arabes modernes le

reprentent intégralement mais y ont apporté quelques modifications (La Côte d'Ivoire a une Loi de Successions analogue à la française, le Mali n'en a pas promulgué, s'en tenant encore à ses coutumes). Pour pallier l'absence du droit de représentation, le subterfuge d'un "testament obligatoire" (que le défunt est censé avoir constitué au bénéfice de ses descendants qui, autrement, seraient déshérités) a été retenu et développé, dans certaines limites (celles mêmes du Testament, et non pas celles de la Succession) par les Codes syrien, marocain, tunisien ainsi que par la Loi égyptienne. De plus, une double innovation tunisienne permet d'augmenter la part de certaines héritières grâce au phénomène du "retour" (radd) (connu en droit syrien hanafite) et d'évincer au profit des filles et des petites-filles du défunt les oncles et certains agnats de leur rang.

Si donc bien des dispositions successorales semblent être demeurées intangibles malgré l'expression moderne qu'en donnent les Codes récents, il convient de souligner néanmoins que les amorces d'une réforme sérieuse existent en faveur d'une plus grande égalité entre les héritiers de tous rangs et de tous sexes.

## 9) Perspectives nouvelles et Jurisprudence actuelle...

Telles sont, rapidement évoquées, les permanences et les innovations juridiques qui sont impliquées par l'œuvre législative moderne en pays musulmans : Le Statut Personnel qui est au cœur du Fiqh traditionnel, évolue en certaines de ses dispositions et cette évolution va toujours dans le même sens. Il s'agit, suite aux exigences du monde moderne et à la prise de conscience de nouvelles valeurs, d'établir une plus grande égalité de droits et de devoirs entre l'homme et la femme, le mari et l'épouse, qu'il s'agisse de la conclusion du mariage ou de sa dissolution. Certains pays sont même allés jusqu'à exiger également de la femme une participation aux frais du ménage et à punir l'adultère du mari d'une peine aussi grave que celle encourue par l'adultère de la femme (Tunisie). Au-delà de cette perspective fondamentale, c'est une nouvelle vision de la famille qui prend corps et tend à devenir "normative", vision où les "personnes" existent pour elles-mêmes ! De la famille dite patriarcale (la "grande famille") on passe à la famille dite conjugale (la "petite famille") où les liens du sang ne sont plus les seuls à tout régler et où la "prépotence" de l'homme est davantage perçue comme un "service" et une "participation" à des charges communes dont l'épouse doit prendre sa part également. C'est encore dans ce sens que s'inscrivent certaines réformes partielles introduites par l'un ou l'autre État moderne : la Tunisie a fait du "droit de garde" un devoir incombant tant au père qu'à la mère, excluant tout parent plus lointain, de même qu'elle a promulgué une Loi sur l'Adoption (existant aussi en Côte d'Ivoire) et toute une législation sur les placements familiaux permettant à la paternité et à la maternité de n'être pas que charnelles...

Égalité des droits et des devoirs entre celui et celle qui fondent ensemble un foyer, affirmation de la famille conjugale et de la paternité responsable (on peut, partiellement, interpréter les politiques de birth control en ce sens également), etc..., ce sont là des perspectives nouvelles, parfois encore lointaines, mais déjà réelles et se déployant toujours plus en certains pays qui les ont adoptées comme règles de leur développement social (Turquie, Égypte, Tunisie, Pakistan, Mali, Côte d'Ivoire). Sans doute, les "voies" sont-elles différentes suivant que les "réformes" interviennent en des pays de vieille civilisation arabo-islamique ou en des sociétés musulmanes qui ont d'autres traditions culturelles et linguistiques, mais les évolutions parallèles ne sont pas sans influencer l'une sur l'autre.

Le Code Civil turc mis à part (reprise du Code Civil suisse) ainsi que les Codes du Mali et de la Côte d'Ivoire (partiellement "marqués" par le Code Civil français) qui se veulent explicitement "lalques", les Codes modernes de S. P. , en pays musulmans ; entendent fournir en langage clair et concis un idéal collectif (national, en l'occurrence) pour "l'institution familiale" et tous les problèmes matériels et civils qui en découlent (cf. l'héritage et les "waqf-s privés"). Mais ces Codes se suffisent-ils désormais à eux-mêmes ? Pour résoudre toute question nouvelle sur laquelle ils sont silencieux, faudra-t-il recourir au Droit musulman classique, interprété selon une certaine "école canonique" ou entreprendre un nouvel "effort d'interprétation" (ijtihâd) à partir des Codes existants, en utilisant les techniques traditionnelles du Droit musulman : opinion personnelle (ra'y), recherchant la valeur intrinsèque de l'acte (istihsân) ou le bien commun (istislâh) et devenant opinion "commune", c'est à dire nationale, grâce à un nouveau consensus (ijmâ) des mujtahid-s de la Nation (magistrats et responsables politiques) ?

Seul le Code tunisien reste silencieux sur ses sources ou ses références musulmanes (sans parler des Codes turcs, malien et éburnéen, cela va sans dire) : il se devait d'observer ce silence puisqu'il est le seul Code de S. P. qui, en pays arabo-musulman, entend s'appliquer à tous les nationaux, quelle que soit leur religion. Tous les autres Codes, par contre, ont une référence explicite

au Droit musulman classique, soit en son explicitation hanafite (Syrie, Jordanie) soit en son explicitation mâlékite (Maroc), soit en termes plus généraux (Irak). Compte tenu du cadre que se sont fixé ces Codes modernes, il importe de préciser en quel sens évolue l'application qu'on en fait ; les magistrats sont ici les témoins en même temps que les pédagogues des "mentalités collectives" dont on sait qu'elles sont en pleine évolution, actuellement, quant à la manière d'envisager les rôles, les prestiges et les valeurs qui se vivent dans la famille moderne musulmane.

Un premier fait est à constater et à regretter en même temps : si les "affaires" traitées en justice sont nombreuses, rares sont les "arrêts" publiés dans les diverses revues de droit, éditées en arabe ou en français (ou en anglais). Pudeur compréhensible de la "communauté musulmane", car il s'agit de problèmes "intérieurs" ! Mais aussi manque à gagner pour les magistrats et les juristes : une jurisprudence ne peut s'édifier que sur la publication ou, du moins, la publicité des "arrêts". Compte tenu de cette difficulté, il convient de rester attentif, à travers la chronique judiciaire comme à travers les remaniements des textes juridiques, à l'évolution du Statut Personnel musulman lui-même.

D'ores et déjà, force est bien de constater :

1. que certains pays sans Code de S. P. , mais disposant déjà de Lois partielles en cette matière, s'essayaient régulièrement à élaborer un Code d'expression moderne du S. P., mais sans jamais réussir à recueillir un "consensus" assez puissant, au plan national, pour que ce Code "passe" enfin dans les faits (Cf. Égypte et Algérie, entre autres) ;
2. que certains Codes, qui ne faisaient que reprendre les dispositions classiques du Droit musulman, en les expurgeant de certaines innovations que le consensus de certaines époques avaient entérinées, n'ont connu ni remaniements ni interprétation "extensive" : on ne sait pratiquement rien de la jurisprudence qui pourrait en découler (Cf. Maroc, Syrie, Jordanie) ;
3. que d'autres Codes, enfin, sont en perpétuel devenir, en ce sens qu'ils sont amendés régulièrement et que l'esprit qui anime ces "retouches" continues rejoint celui qui inspire la jurisprudence elle-même : le droit, alors, entend transcrire régulièrement la réalité familiale, telle qu'elle évolue, et la précéder également en lui proposant sans cesse un nouvel idéal qui soit immédiatement à sa portée. C'est ainsi que le Code tunisien a connu de très nombreux amendements et s'est vu adjoindre toute une série de Lois qui constituent comme autant d'extensions d'un Droit familial moderne et diversifié (6) ;
4. que, dans l'interprétation même de ces Codes (en voie d'élaboration, en état de stagnation ou en perpétuelle évolution), deux tendances demeurent qui reflètent deux "formations" intellectuelles et deux tempéraments religieux très distincts. Les uns, unilingues arabes généralement et de formation classique traditionnelle ("génération descendante" formée dans les Universités religieuses traditionnelles) entendent faire ressurgir sans cesse les règles du Droit musulman classique, considéré comme la seule source des Codes modernes de S. P., d'où leur continue "interprétation restrictive". Les autres, bilingues d'ordinaire et formés, de surplus, aux Droits étrangers (européens principalement) ("génération ascendante" sortant des Facultés modernes de Droit), sont résolus à considérer les Codes modernes de S. P. comme se suffisant à eux-mêmes : dès lors, sans plus se référer au Droit musulman classique, ils entendent bien interpréter ces Codes. en fonction des nouveaux idéaux de la société globale (et nationale) à laquelle ils appartiennent, d'où leur continue "interprétation extensive" des passages volontairement succincts ou "silencieux" de ces mêmes Codes (à les suivre, une tunisienne musulmane pourrait épouser un non-musulman, tout comme un tunisien non-musulman non-israélite pourrait hériter d'une musulmane, par exemple).

Ces diverses constatations amènent à la conclusion suivante : le Droit musulman est entré, depuis près d'un siècle, dans une période de profonde refonte. Si, très vite, et comme cela s'était réalisé jadis, le domaine des mu'âmalât extra-familiales a échappé à son influence (cf. les Codes de Commerce, de Procédure, etc, les Codes Pénaux, etc... ), celui du Statut Personnel qui en constituait le "cœur" se trouve, à son tour, soumis à de profondes contestations, voire à de partielles et parfois profondes réformes. Il peut-être intéressant d'observer en quel sens celles-ci s'opèrent et sous le couvert de quelle argumentation elles "se justifient" auprès de l'opinion, tout comme il est nécessaire de suivre de près la jurisprudence qui, seule, pourra nous dire un jour l'ampleur et le sérieux des réformes ainsi amorcées.

Il convient donc de rester très attentif aux développements du droit du Statut Personnel musulman dans les sociétés contemporaines : ils nous traduiront toujours les forces "rénovées" de la

nouvelle anthropologie musulmane, dans son effort pour intégrer les valeurs du monde moderne. Chacun ne pourrait-il pas en être un peu l'artisan en même temps que le témoin : il s'agit d'informer ceux et celles qui ne savent pas quels sont leurs nouveaux droits ni quelles sont les possibilités d'évolution que leur proposent ces Codes ; il s'agirait d'y réfléchir ensemble pour y découvrir les nouvelles valeurs qui y sont impliquées et entrevoir déjà ce que sera la "famille de demain" en ces pays.

M. BORRMANS

## NOTES

1. On se référera, pour le Droit familial musulman, à :  
 Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de Droit musulman comparé*, T. 2, Paris, Mouton, 1965, 483 p.  
 M. BORRMANS, Codes de Statut Personnel et évolution sociale en certains pays musulmans, in *IBLA*, n° 103, 3<sup>ème</sup> tr. 1963, pp. 205-259 ; traduit en anglais in *Islamic Review* (Woking, England), avril 1966 (pp. 15-18), mai 1966 (pp. 25-27), sept. 1966 (pp. 14-18), oct. 1966 (pp. 9-12), nov. 1966 (pp. 11-15) et déc. 1966 (pp. 11-13).  
 J. N. ANDERSON, Recent Developments in Sharl'a Law, in *The Moslem World*, vol. XL, n° 4, oct. 1950, pp. 244-256 ; vol. XLI, N° I, jan. 1951, pp. 34-48 ; N° 2, apr. 1951, pp. 113-126 - N° 3, jul. 1951, pp. 186-198 - N° 4, oct. 1951, pp. 271-288 ; vol. XLII, N° I, jan. 1952, pp. 33-47 - N° 2, apr. 1952, pp. 124-140 - N° 3, jul. 1952, pp. 190-206 - N° 4, oct. 1952, pp. 257-276,  
 et pour des Bibliographies maghrébines locales à :  
 M. BORRMANS, Bibliographie succincte sur la famille tunisienne, in *IBLA*, 1967/2-3, N° 118-119, pp. 279-290.  
 J. DEJEUX, Connaissance du monde féminin et de la famille en Algérie (1947-1967), in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, Vol, V, N° 4, déc. 1968, pp. 1247-1311.
2. Cf. *Revue de Presse*, Alger, Projet de Code de S. P. pour les musulmans, avril 1967, n° 114 (4 p. ) reprenant le texte d'*Etudes Arabes*, Rome, N° 16, 1967/2, qui donne également le projet de Code de S. P. pour les chrétiens (pp. 2-11: textes arabe (al-Ahrâm) et français).
3. Pour la polygamie, cf. documents *COMPRENDRE* déjà parus :  
 - saumon II, 25/10/56, Exégèse coranique et polygamie (8 p. )  
 - blanc 4, 30/9/56, Tunis : le triomphe de la monogamie (4 p. )  
 - blanc II, 13/11/57, Polygamie et pensée traditionnelle musulmane (6 p. )
4. En attendant un prochain Document qui fera le point sur la question, cf. documents *COMPRENDRE* déjà parus  
 - bleu 9, 19/2/57, Jalons pour l'étude des mariages mixtes, (5 p. )  
 - bleu 19, 15/11/59, Les mariages mixtes et "l'intolérance" de l'Église (5 p. )  
 - bleu 28, 1/8/61, Le témoignage du conjoint chrétien dans le mariage mixte (10 p.)  
 - blanc 9, 13/4/57, Observations sur les mariages mixtes en Kabylie (Genevois) (15 p. )  
 - blanc 10, 10/9/57, Les mariages mixtes et le milieu musulman arabe en Af. du Nord (11 p. )  
 - blanc 34, 15/3/62, Le mariage des musulmans en France (algériens) (7 p. ) blanc 43, 15/6/63, Débat autour du mariage mixte en Tunisie (10 p. )  
 - blanc 54, 1/8/64, Opinions sur les mariages mixtes islamo-chrétiens (11 p. )
5. Cf. M. BORRMANS, Le divorce en Tunisie (et abus du droit) in *IBLA*, 1967/2-3, N° 118-119, pp. 227-272 et M. BORRMANS, Deux études sur le Divorce en Tunisie, in *IBLA*, 1968/2, N° 122, pp. 255-294 (avec des éléments de statistiques).
6. Extension de l'art. 18 sur la polygamie "interdite", remaniements des art. sur la nullité, le divorce, la "garde", le "retour" et "l'éviction" en matière successorale... Lois sur l'organisation des tutelles, sur l'adoption, sur le délit de non-représentation d'enfant, sur le Certificat préuptial, sur le Placement familial...



<p>S. M. A. Comprendre          20, rue du Printemps          PARIS          C. C. P. : 15 263 74</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------