

**4ème Forum Méditerranéen de Développement (MDF4) Genre et Citoyenneté dans le monde arabe
Amman – Avril 2002**

" Lois Familiales et Citoyenneté "

Soukeina Bouraoui*

Les études sociologiques et politiques ont bien révélé la relation étroite qui existe entre l'émergence des Etats, je dirais même des Etats de droit, et celle de Citoyen, c'est à dire d'un individu autonome, émancipé de toute tutelle.¹

La formation des Etats dans le monde arabe s'est enchevêtrée avec la revendication des libérations nationales et l'appel des Indépendances. Elle s'est très peu mêlée de la revendication d'un statut égal pour les femmes qui ont souvent continué à souffrir d'un statut en décalage.

Pourtant la relation entre le statut qu'un individu -homme ou femme - peut avoir au regard de la sphère privée est en étroite relation avec le statut qu'il a dans la sphère publique. Comment en effet demander à un citoyen -quel que soit son sexe - d'être responsable des affaires de la cité, de répondre de la santé de la planète, de gouverner la chose publique si cette capacité est entravée par une capacité limitée et une inégalité des chances qui peut commencer dès les premières années de l'enfance voire même avant la naissance.

La relation entre les lois régissant la famille, (le droit familial) et la citoyenneté est d'autant plus étroite que l'on peut observer que :

1 - certaines Constitutions arabes renvoient directement dans leur texte même aux lois sur la famille ou au code de statut personnel reconnaissant, par la même, que ces lois méritent la plus haute protection dans la hiérarchie des Normes. Le fait même de qualifier ces lois de STATUT personnel est porteur de sens, dans la mesure où justement ce texte donne un STATUT particulier aux membres composant la famille. Il en est ainsi de ...

2 - que le Pacte des Nations Unies sur les Droits Civils et Politiques (1996) a insisté sur cette relation entre les droits relatifs à la sphère privée et ceux relatifs à la sphère publique. En effet, de nombreux articles soulignent que la famille est un élément fondamental de la société qui mérite protection tant de l'Etat que de la Société. De plus, une grande partie des observations émises par le Comité international établi sur la base de ce Pacte sont relatives à des violations des principes fondamentaux de liberté et d'égalité en relation avec les droits familiaux.

3 - S'il est vrai que le Statut personnel des pays musulmans est directement issu du droit musulman, il faut bien que l'on se mette d'accord sur ce qu'il y a derrière ce concept. On ne peut oublier ni la formidable richesse doctrinale établie par les Fouquahas, ni l'immense pluralité des écoles théologico-juridique (MADHAHEB), avec ce que cela implique comme divergence et comme évolution dans le temps et dans l'espace.

Nous nous efforçons le long de ce papier d'être le plus pragmatique possible et nous donnerons des illustrations puisées dans le corpus des lois positives de six pays arabes se rapportant aux lois familiales et qui sont, pour nous, en relation évidente avec la citoyenneté des 6 pays choisis. Il s'agit de la Tunisie, de l'Algérie, du Maroc, du Koweït, du Yémen et du sultanat d'Oman. Ces pays ont été choisis d'une part parce qu'ils ont tous des lois de droit positif, d'autre part parce qu'ils révèlent combien même des systèmes proches peuvent être différents selon le traitement différentiel qui peut être donné au politique et au judiciaire dans un système donné. Il est évident que la volonté politique des pays arabes explique beaucoup les différences d'évolutions qui ont connues les lois relatives aux rapports familiaux.

* Je remercie Mme Salwa Hamrouni et Mr Fawzi Bel Knani pour leur collaboration précieuse pour la préparation de ce papier.

¹ Mounira Charrad : "States and Women's Rights : the making of post colonial Tunisia, Algeria and Morocco", Berkeley, CA : University of California Press : 2001

Nous prendrons quatre niveaux d'interventions législatives : l'entrée dans le mariage, les relations pendant le mariage, la faculté de divorcer, la relation aux enfants.

I - L'entrée dans le mariage

Comparons avec les législations relatives aux élections, lorsque l'on demande à un citoyen de voter, on lui demande de le faire avec un consentement personnel et autonome. C'est lui-même -Homme ou Femme - qui s'exprime pour choisir son candidat et cela quel que soit le système électoral proposé. La majorité des pays arabes reconnaissent ce droit de vote aux hommes et aux femmes (à l'exception du Koweït, de l'Arabie Saoudite...) et cela même, si les Constitutions s'adressent généralement aux citoyens de manière plus abstraite, sans préciser la référence au sexe.

Pourtant dans certains pays arabes ces même citoyennes, qui peuvent choisir leurs représentants politiques, ne peuvent exprimer leur consentement à leur propre mariage -entrer dans le couple et dans la famille " nouvelle ". Dans d'autres pays arabes, leur consentement à elle seule ne suffit pas, il faut qu'il soit doublé du consentement d'un tuteur ; lui-même devant venir de la famille agnatique (père, frère, oncle paternel, cousin, etc...)

Le paragraphe 3 de l'art 23 du Pacte sur les droits Civils et Politiques des Nations Unies de 1966 précise pourtant " que nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux " .

Examinons la position des pays arabes :

Tunisie

Le consentement plein et libre de la fille majeure est exigé pour la formation du contrat de mariage. En effet, le code de statut personnel tunisien prévoit pour les capables majeurs dans son article 3 que le "mariage n'est formé que par le consentement des deux époux «Il n'en est pas de même pour la fille n'ayant pas atteint l'âge de 20 ans, le législateur a su, dans la réforme de 1993, sauvegarder les apparences de l'attachement aux institutions du droit musulman. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 6 C.S.P. subordonne ce mariage au consentement du tuteur qui est défini par l'article 8 du même code comme " le plus proche parent agnat" et dont la masculinité est expressément exigée.

Cette primauté donnée à la lignée paternelle, semble en contradiction flagrante avec l'éclatement de la famille agnatique d'une part, et avec la réalité sociale et coutumière de l'intervention des mères dans le mariage de leurs enfants même majeurs d'autre part. Mais le choix moderne de la Tunisie revient et c'est « l'intérêt de l'enfant » qui pousse le législateur à contrebalancer cette emprise du père et des parents agnatiques masculins par la condition posée en 1993 d'obtenir l'accord de la mère pour la validité du mariage de son enfant mineur. Le père, ou/l'agnat, devraient donc composer avec un refus de la mère, susceptible de réduire leur consentement à néant. Le veto contre le mariage de l'enfant mineur n'est plus l'apanage du père chef de famille ; car la mère a, elle aussi, le droit de l'opposer depuis cette réforme. Quoique ce droit de veto, ne peut guère être considéré comme synonyme d'égalité parfaite entre les deux géniteurs. Puisque, s'il est vrai qu'en cas de décès ou incapacité de la mère, le père chef de famille peut consentir seul au mariage de son enfant mineur, la mère ne peut pas, si le même sort est réservé au père se passer du consentement du plus proche parent agnatique.

Mais le mineur convaincu de la pertinence de son choix, serait-il condamné à subir des vetos qui peuvent se révéler, plutôt des messages de mépris et de règlement de compte à l'adresse du conjoint, que de réelles prises de position sur son mariage lui-même ?

Le législateur n'a pas voulu s'abandonner à la prééminence de l'avis du père en tant que chef de famille, et a préféré recourir dans l'alinéa 2 de l'article 6 nouveau du C.S.P. à la saisine du juge qui doit trancher le désaccord entre la mère et le père par ordonnance.

Algérie

Le code de la famille(1984) dans l'article11 précise que : la conclusion du mariage pour la femme incombé à son tuteur", avec cependant deux nuances:

- la première : le pouvoir du tuteur est mis sous contrôle du juge puisque l'article 12 précise que « le tuteur ne peut empêcher le mariage de la personne placée sous sa tutelle, si elle le désire et si celui ci lui est profitable ».

La deuxième nuance vient de la suppression par l'article 13 du Jabr, c'est à dire de la contrainte matrimoniale. Le tuteur ne peut plus obliger une femme à se marier contre son gré. C'est une avancée

assymétrique de la loi : le tuteur ne peut plus contraindre mais il demeure le passage obligé, ce qui signifie bien que la volonté et le consentement de la femme est nécessaire mais ne suffit pas à lui seul de lui permettre de se marier.

Maroc

Une situation à peu près équivalente se retrouve au Maroc, La Moudawana de 1957 contient un article 5, qui a été modifié en 1993, supprimant le droit de contrainte matrimoniale. Mais la tutelle matrimoniale continue d'exister quel que soit l'âge de la fille à marier.

Koweït

La loi N°51 de 1984, pose le principe de l'exigence du consentement du tuteur comme condition préalable et formelle de la validité du mariage et cela pour la femme jusqu'à l'âge de 25 ans (Art. 29).

Après l'âge de 25 ans, ainsi que pour les femmes veuves ou divorcées, l'article 30 pose la présence et donc le consentement du tuteur est toujours exigée comme condition mais la nouveauté vient de l'exigence du consentement personnel de la femme en plus de celui du tuteur.

Yémen

La loi n° 20 du 31 mars 1992 relative au statut personnel, dans son article 16, cite les tuteurs, tous parents agnats. Mais l'article 10 exige « en plus du consentement du tuteur, celui de la femme et de l'homme ». C'est à dire que le consentement de l'épouse, à lui seul, est nécessaire quoique insuffisant.

Sultanat de Oman

La nouvelle loi du 4 juin 1997 relative au statut personnel organise, elle aussi, l'institution de tuteur parmi les parents de la ligue masculine (art.11). Mais comme progrès, le consentement de l'épouse est aussi exigé. C'est à dire que le consentement du tuteur ne suffit plus à lui seul pour conclure le mariage. Il ne peut plus non plus contraindre à un mariage, le droit de Jabr est ainsi abrogé. Mais d'un autre côté la femme ne peut pas se marier sans consentement du tuteur.

Autre nuance, si le tuteur refuse de donner son consentement, il est possible de recourir au juge (art.10).

Commentaires

Nous ferons trois commentaires à propos de ces différents textes :

Le premier c'est que ces textes restent attachés à une interprétation davantage liée à une coutume patriarcale que du droit musulman classique qui souligne l'importance du consentement et du vœu des enfants pour leur mariage¹.

D'ailleurs le rite Hanafite accepte que la femme, majeure et capable, se marie sans tuteur². C'est cette position qu'a suivie le législateur tunisien.

Le deuxième commentaire c'est que tous ces textes se présentent dans un corpus moderne -codes et lois votés par le parlement. Ils font bien intervenir la volonté des interprètes d'aujourd'hui et non pas ceux du passé pour expliquer ces positions textuelles. Textes qui représentent tous, à des degrés différents, des

¹ *Voir par exemple* محمد سعيد العشماوي : أصول الشريعة. دار مدبولي. القاهرة 1983 . صفحة 99 إلى 101.

² محمد أبو زهرة : تاريخ المذاهب الإسلامية . القاهرة . دار الفكر العربي . بدون تاريخ .
صفحة 386 . نبذة 142

progrès par rapport à l'état antérieur de la législation dans la majorité des pays examinés. C'est ainsi que tous ces textes ont supprimé le droit de contrainte matrimoniale.

Le troisième commentaire sera commun à tous nos exemples. C'est que ces textes n'ont pas échappé aux observations du Comité International des droits de l'homme établi sur la base du Pacte international sur les droits civils et politiques qui rappelle aux Etats l'importance du consentement libre et plein des hommes et femmes pour contracter mariage et qui rappelle aussi que les Etats se doivent de garantir l'exercice de ce droit sur un pied d'égalité. Le Comité analyse ensuite les causes et ajoute que l'âge au mariage lui-même devrait être établi selon les mêmes critères. C'est d'ailleurs ces mêmes observations qui sont faites par le Comité établi par le CEDAW et cela même si la relation à la citoyenneté n'est pas effectuée par les comités. Le comité établi sur la **pose** du Pacte des droits politiques et civils rappelle qu'au Koweït, l'âge pour les femmes est toujours de 15 ans alors qu'il est de 17 ans pour les hommes. Remarquons que les nouveaux textes du Yémen et de Oman adoptent les mêmes critères pour les futurs époux des deux sexes sans discrimination (respectivement 15 ans pour le Yémen et 18 ans pour Oman) c'est la preuve, s'il en est besoin, qu'il s'agit plus de tradition que de religion et que les choses peuvent évoluer.

II - Au cours du mariage

La Convention (CEDAW), portant élimination de toutes discriminations à l'égard des femmes, met en exergue un modèle de famille fondé sur l'égalité entre les conjoints, ce que l'on appelle la famille associative. Les devoirs et obligations des deux époux sont partagés, il n'y a pas de chef désigné par la loi - la grande majorité des pays arabes ont réfuté ce modèle et ont émis des réserves aux articles de la convention.

On peut dire que partout dans les pays arabes, avec cependant des degrés différents, les législateurs ont posé la prééminence du mari comme chef de famille et cela aussi bien vis à vis de la femme que des enfants.

Tunisie

Le législateur n'a fait que suivre la mouvance de la famille tunisienne moderne qui est passée du type patriarcal autoritaire fondé sur l'omnipotence du père, au type paternaliste³ caractérisé par l'atténuation des pouvoirs du chef de famille, mais aussi par la bilatéralisation des obligations issues du mariage.

Dans ce dessein, il a procédé par des touches successives et à effet plus ou moins direct. Ainsi, le mari n'a jamais eu le droit de violenter son épouse et s'est vu, chaque fois qu'il l'a fait, opposer les articles 218 et 316 du code pénal, en sus du fait que cette violence constitue une faute pouvant fonder le divorce aux torts de l'époux au sens du second alinéa de l'article 31 C.S.P. Le pouvoir de dissuasion du mari s'est donc retrouvé tronqué de l'arme la plus redoutable : la violence conjugale qui est devenue hors la loi.

C'est donc une soumission déjà bien amoindrie que l'article 23 C.S.P. imposait en 1956 aux femmes. Car il n'est plus question de femme laissée fatalement à la discrétion du mari dont les désirs sont pour elle des ordres, du fait de l'obligation de bon traitement de celle-ci qui pèse sur l'époux.

Le législateur tunisien s'est ensuite résolu en 1993 à rayer toute mention dans l'article 23 C.S.P. de l'obligation d'obéissance, prenant acte des bouleversements qu'a connus le mode de vie, et des répercussions de ces bouleversements sur les coutumes et les us⁴.

³ *Monia Ben Jemia : Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille ; Thèse pour le doctorat d'Etat en droit ; Faculté de sciences juridiques politiques et sociales de Tunis. 1997. Page 239.*

⁴ *Il découle d'une large enquête sociale réalisée en 1993 que près de 55% des personnes questionnées constatent que la femme n'obéit plus à son mari. Aussi une sociologue a pu relever que plus l'instruction de la mère augmente, " plus les opinions sont affirmées pour la revendication d'un rôle actif et positif de la femme". Voir Aziza Darghouth Medimegh :*

En outre, un mariage respectant l'égalité des sexes implique un ensemble d'obligations qui pèsent en même temps sur la tête de l'homme et de la femme, et se résument dans la sincérité, la fidélité, la cohabitation et l'entretien. Il n'en résulte guère pourtant une interchangeabilité de situation entre l'homme et la femme au sein de la famille tunisienne, car cette bilatéralisation des obligations n'est parfois pas porteuse d'égalité entre eux. On distingue par conséquent deux types d'obligations, puisque certaines ont été parfaitement bilatéralisées et impliquent de ce fait une égalité parfaite entre les époux, tandis que d'autres n'ont été bilatéralisées qu'imparfaitement et sous tendent une discrimination sexuelle latente.

Cette bilatéralisation totale relève d'abord de ce que certains sociologues ont appelé la sentimentalisation des rapports familiaux⁵ qui ont remplacé les relations fondées sur l'oppression et l'obéissance par d'autres axées sur des sentiments partagés⁶ et la compassion réciproque. Il en est ainsi pour l'obligation de sincérité et de fidélité mais aussi pour l'obligation de cohabitation malgré l'aspect matériel de cette dernière.

Ce n'est certainement pas le cas de l'obligation alimentaire, dont l'article 40 sus-visé peut faire office de paradigme. Car il permet à l'épouse d'exiger le divorce, si le mari s'absente sans lui assurer d'aliment, abstraction faite de ses revenus personnels qui peuvent être amplement suffisants pour subvenir à ses besoins matériels. L'article 39 du même code partage, lui aussi, cette fixation sur le chef de famille pourvoyeur de subsides ; puisqu'il permet à l'épouse de l'indigent, dont les difficultés économiques durent plus que deux mois, d'obtenir le divorce.

Ces deux textes mitoyens, s'inspirent indubitablement du droit musulman qui fonde son intransigeance quant à l'exécution de l'obligation alimentaire à la charge de l'époux sur deux raisons intimement liées : d'abord, l'époux doit des aliments à son épouse, parce qu'elle se consacre au foyer pour son compte et celui

de ses enfants « احتباس », ensuite parce que l'autorité du mari « قوامة » et sa prééminence « درجة » sur sa femme dépendent de l'entretien matériel par lui de celle-ci selon les termes mêmes du Coran⁷. Mais la femme n'a-t-elle pas investi depuis long temps le domaine du travail rémunéré hors du foyer conjugal ? Et l'obligation d'obéissance qui pesait sur elle sur la base de la prééminence de l'homme n'a-t-elle pas été abandonnée dès la réforme de 1993 ?

L'existence de ces textes, ne peut donc être interprétée que comme des réminiscences d'une conception révolue du rapport conjugal, et en tout cas en porte-à-faux par rapport à celle qui découle désormais de la nouvelle rédaction de l'article 23 C.S.P.. Puisque cette rédaction affirme désormais clairement que " la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens". Ce qui revient, aux dires de la doctrine à " ouvrir une brèche dans la suprématie du mari"⁸, car même si la réforme de 1993 a maintenu l'idée de l'entretien dû par lui, l'idée de partage est introduite. Idée qui n'a pas été une révélation pour la société tunisienne familiarisée depuis longtemps avec l'idée de femme qui contribue aux charges du ménage, mais qui le faisait souvent dans l'ombre de son époux pour préserver une apparence d'autorité à celui-ci en tant que chef de famille⁹.

La famille tunisienne entre modèles et réalités. In structures familiales et rôles sociaux. Actes du colloque de l'institut supérieur de l'éducation et de la formation continue. Tunis 3-4 février 1994. Editions C.é.r.é.s.1994. Page 46.

⁵ Jean Kellerhals, Pierre-Yves Troutot, Emmanuel Lazega, Lucila Valente : *Microsociologie de la famille. Paris éditions Que sais-je. Page 99.*

⁶ Paolo Zatti et Giovanni Iudica : *Rapport italien. In Les groupements. Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Tome XLV 1994. Paris L..I.T.E.C. 1994. Page : 241.*

⁷ زكي الدين شعبان : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. الجماهيرية الليبية الطبعة

الثانية 1971. صفحة 316.

⁸ Soukeina Bouraoui : *Réformes juridiques et relations familiales. R.T.D*

⁹ A. Darghouth Medimegh : *Article précité. Page 48.*

Algérie, Maroc, Koweït, Yémen et Oman

En Algérie et au Maroc, la femme est tenue à la fidélité, à l'obéissance conformément aux convenances; à l'allaitement au sein, si possible, des enfants issus du mariage.

La moudawana marocaine (art.36) précise même que cette déférence est due envers les pères, mère et proches parents du mari. Il en est de même en Algérie (art.39).

Ce même devoir d'obéissance est aussi consacré au **Koweït** dans l'art .87 de la loi 1984.

Partout on fait aussi de l'obligation d'entretien une obligation exclusive du mari liée à sa qualité de chef de la famille, et à l'obéissance qui lui est due. (Article 37 du code **algérien**, article 74 de la loi **koweïtienne**, article 41 de la loi **yéménite**, et article 49 de la loi **omanienne**).

Pourtant là aussi on entrevoit des changements dans les différents pays arabes.

L'article 89 de la loi Koweïtienne ne considère pas le cas ou la femme sort pour un travail légitime comme un cas de désobéissance.

De même elle peut, sans autorisation maritale, effectuer son pèlerinage vers le Mecque.

Au Yémen , le devoir d'obéissance est visée, mais l'article 40 précise que le mari ne peut pas empêcher sa femme de sortir pour une raison légitime . On peut noter au titre des causes légitime la sortie pour la gestion de ses biens propres , pour le travail ou encore pour rendre visite à ses parents.

La loi du Sultanat d'Oman précise que le devoir d'obéissance n'empêche pas la femme d'avoir le droit à rendre visite à ses parents et à garder son nom de jeune fille.

Commentaires

1 - La répartition des droits et obligations entre les époux continue de fonctionner sur le modèle traditionnel, mais avec certains changements précurseurs d'autres modifications plus importantes.

Ainsi en est-il du droit considéré comme légitime de sortir pour travailler ou pour rendre visite à sa famille. Ce droit touche un principe fondamental considéré comme constitutionnel dans beaucoup de pays arabes et confirmé par le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Il s'agit de la liberté de circuler, de choisir sa résidence, de quitter son domicile voire son pays.

Le Comité international conscient de l'importance de ces règles au regard de la citoyenneté a demandé aux Etats de lui fournir les informations nécessaires "sur les lois et pratiques contraires à la liberté de circulation de la femme y compris celles qui concernent " l'autorité maritale sur l'épouse " ou "l'autorité parentale sur les filles adultes " et de lui faire rapport sur les mesures prises pour éliminer ces lois et ces pratiques et protéger les femmes contre leurs effets y compris sur les recours internes disponibles.

2 – Dans plusieurs pays de référence, le devoir d'obéissance commence à s'étioler. Une bilatéralisation des obligations issues du mariage a même été amorcée dans certains pays et semble être le prix à payer pour aspirer à faire sortir les rapports conjugaux de la logique de la domination et procéder au renforcement de la démocratisation de la famille¹⁰. Démocratisation qui suppose l'installation à perpétuelle demeure de repères objectifs, formant des frontières infranchissables à la fois des prérogatives exercées par le chef de famille et des prétentions des membres de celle-ci. En effet, la famille traditionnelle se trouve doublement minée par l'évolution moderne des droits de l'homme et par l'individualisme grandissant de nos sociétés. Il faut prendre acte d'une évolution que nul ne peut occulter. En effet, l'intérêt familial n'est plus l'apanage du chef de famille, seul habilité à le modeler et seul autorisé à l'invoquer. La notion a subi à présent une profonde mutation pour représenter l'association d'intérêts¹¹ que met en œuvre la famille moderne, se présentant actuellement plus que jamais comme une société naturelle fondée sur le mariage¹². Cette société nécessite, que chacun y apporte sa contribution, et que tout le monde y trouve un espace d'épanouissement de sa personnalité. Et si des sacrifices restent cependant nécessaires, ces sacrifices doivent désormais être fournis

¹⁰ *Lilia Ben Salem : La famille en Tunisie : Questions et hypothèses. In Actes du colloque de l'institut supérieur de l'éducation et de la formation continue précité. Page 24.*

¹¹ *Dominique Goubau : Rapport canadien. In Travaux précités. Page 203.*

¹² *L'article 29 de la Constitution italienne protège la famille comme une " société naturelle fondée sur le mariage".*

par tous les membres du groupe, et ne peuvent guère aller jusqu'à porter atteinte aux droits fondamentaux de l'être humain¹³. C'est par référence à ces droits fondamentaux que la violence à l'égard de la femme ne peut être considérée ni comme un fait justificatif, ni une excuse atténuante et qu'elle doit être pénalisée.

3 - Il faut bien remarquer que chaque fois que la famille n'est plus soumise à l'arbitrage et aux pleins pouvoirs du seul homme, c'est le juge et donc le judiciaire qui devient l'arbitre des conflits conjugaux. Cette judiciarisation des affaires de la famille, est une étape nécessaire dans la construction des Etats de droit, mais elle exige que l'on se penche d'une part sur la formation des magistrats, d'autre part que l'on ne ferme pas cette formation aux femmes. Dans beaucoup de pays arabes, en effet, la magistrature est encore fermée aux femmes " pour manque de capacité de juger avec discernement ". C'est pourtant à elles que l'on confie la formation des enfants, futurs citoyens, c'est à elles aussi que l'on confie souvent les enfants en bas âge quand il y a divorce.

III – Le divorce

C'est le démariage ou la dissolution du mariage. Cette issue à une union qui devient, pour une raison ou une autre, plus subie que vécue, a été reconnue par tous les législateurs des pays de référence. Les différents cas de divorce sont énumérés par les codes de ces pays :

Tunisie

L'article 31 C.S. P. dispose que « Le tribunal prononce le divorce :

- 1) en cas de consentement mutuel des époux
- 2) à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi
- 3) à la demande du mari ou de la femme ».

Le 4^{ième} alinéa précise que le tribunal statue « sur la réparation du préjudice matériel et moral subi par l'un ou l'autre des époux et résultant du divorce prononcé dans les deux derniers cas.

Algérie

L'article 48 du code de 1984 affirme que le divorce « intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse ». Le code algérien distingue dans ce dernier cas entre deux situations : Si l'épouse invoque un préjudice, elle devrait appuyer sa demande sur l'un des cas énumérés par l'article 53 du même code. Mais lorsqu'elle désire se séparer de son conjoint sans invoquer de préjudice, l'article 54 précise que ce « Khol'â » se fait « moyennant réparation » dont le montant est, fixé à l'amiable ou, à défaut d'accord ; déterminé par le juge sur la base de « de la valeur de la dot de parité à l'époque du jugement ».

Maroc

L'article 44 de la Moudawana telle que modifiée en 1993 définit le divorce comme étant une dissolution du mariage par le fait du mari ou de son mandataire. Le juge n'intervient dans le cadre de l'article 48 que pour constater cette décision unilatérale du mari et tenter de l'en dissuader dans le cadre d'une tentative de conciliation. Aussi, il découle des articles 25, 53, et 58 de la Moudawana que le divorce peut intervenir par décision du juge en cas d'inexécution par le mari de son obligation d'entretien du ménage, de désaveu de paternité, ou de refus de rapports charnels pour une période dépassant les 4mois.

Koweït

Les articles 97 et 98 du C.S.P de 1984 posent le principe que le pouvoir de prononcer le divorce est détenu par le mari. Ce pouvoir peut être délégué par lui, d'une manière volontaire à un mandataire. Le Mari peut même se voir obligé à déléguer ce pouvoir au juge qui va décider le divorce pour préjudice subi par l'épouse. Le préjudice pouvant fonder une action en divorce de la part de celle-ci englobe, de part les

¹³ P. Zatti et G. Iudica : Article précité. Page 243.

articles 120 à 138, plusieurs cas dont l'inexécution par le mari de son obligation d'entretien ou le refus d'avoir de rapports charnels pour une période de 4 mois.

Quant au « Khol'â », il a été réglementé par les articles 111 à 119. Il en découle que ce mode de dissolution du mariage nécessite l'accord des deux époux quant à son opportunité et quant la réparation due par l'épouse. Quoique l'article 116, transforme ce « Khol'â » en divorce pour préjudice et prive le mari de toute réparation, si l'épouse prouve au tribunal que ce dernier l'a maltraitée pour l'obliger à recourir au « Khol'â ».

Yémen

La loi de statut personnel de 1992 intègre les cas où la femme peut demander la dissolution du mariage pour préjudice dans les articles 49 à 55 relatifs à la résiliation. Quant à l'article 60, il pose le principe que le divorce doit émaner du mari ou de son mandataire. Mais l'article 71 permet au juge qui relève un abus de la part du mari dans l'exercice de ce droit, d'accorder une réparation à la femme calculée sur la base des dépenses d'entretien d'une femme semblable pendant une année. Le « Khol'â » nécessite, de part l'article 73 le consentement mutuel des époux.

Sultanat de Oman

L'article 82 de la loi du statut personnel de 1997 affirme que la répudiation émane de l'époux ou de son mandataire. Cette répudiation peut intervenir, de part l'article 89 sans l'intervention du juge et peut être prouvée par aveu ou témoignage. L'épouse répudiée doit recevoir, dans ce cas, une réparation fixée par le juge selon les moyens de l'époux répudiant, en application de l'article 91. Pour ce qui est du « Khol'â », l'article 94 affirme clairement qu'il nécessite l'accord des deux époux et le paiement d'une indemnisation de la part de l'épouse. Enfin, il découle de l'article 98 et suivants que le divorce pour préjudice ou mésentente doit être décidé par le tribunal et peut donner lieu à une réparation calculée sur la base de la dot.

Commentaires

1 – En dehors de la Tunisie, il faut signaler qu' au-delà des différences d'appellation du droit pour le mari de dissoudre unilatéralement les liens du mariage, l'intervention du juge pour tenter de concilier et rétablir le dialogue entre les deux époux, reste souvent absente ou insignifiante.

2 – La faculté de dissolution unilatérale du mariage n'est pas donnée à l'épouse. On est donc, à l'exception du code tunisien, loin de la bilatéralité des droits et obligations et de l'interchangeabilité des situations lors du divorce. Ce qui situe la majorité des pays de référence, en porte-à-faux par rapport à l'article 16 de la Convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, reconnaissant à celle-ci " les mêmes droits et les mêmes responsabilités (que leurs époux) en cours du mariage et lors de sa dissolution".

3 – Le « Khol'â » consacre indéniablement un cas de divorce basé sur le consentement mutuel des époux, leur donnant la possibilité de dépassionner la dissolution du mariage et de la fonder sur un accord qui met l'homme et la femme sur un même pied d'égalité pour constater la faillite de leur ménage. Ce qui dénote une évolution des mentalités, réels piliers des relations interpersonnels dans la famille¹⁴.

L'admission du « Khol'â », ou d'un cas de divorce équivalent dans les pays de référence, révèle l'existence d'un véritable « travail conjugal » animant les sociétés¹⁵ dans ces pays qui, à des degrés différents,

¹⁴ L. Bili : Article précité. Page 80 ; voir dans le même sens : A. Darghouth Medimegh : Article précité. Pages 55 à 57.

¹⁵ Dorra Mahfoudh-Draoui : *Traditionalisme et modernisme conjugal dans la famille tunisienne. In structures familiales et rôles sociaux. Actes du colloque précité. Page 88.*

commencent à être tiraillées entre la famille patriarcale élargie d'hier¹⁶ et la famille de demain plus égalitaire et plus conciliante, donc plus porteuse des vraies valeurs de citoyenneté.

IV - La relation aux enfants

Ce sont les fonctions de protection contre le besoin et les agressions extérieures, mais aussi de garant d'une socialisation réussie liée à une personnalité équilibrée¹⁷, qui font que les prérogatives des parents soient de plus en plus contrôlées et qui expliquent que ces prérogatives devraient relever plus de " fonction ordonnée au bien de l'enfant "¹⁸ que de droits. Les législations concernées par ce papier ont dû être tiraillées entre les normes rigides du droit musulman et le critère souple de l'intérêt de l'enfant.

Tunisie

L'élan d'innovation a emprunté en Tunisie un chemin axé sur la notion d'intérêt de l'enfant. Notion qui a connu, un début de consécration dans la réforme du 3 juin 1966 faisant de cet intérêt, le seul critère d'attribution de la garde de l'enfant, et une consolidation à travers la réforme du 18 février 1981 transférant de plein droit la tutelle légale à la mère en cas de décès du père. Mais, ce n'est que depuis la ratification par la Tunisie de la Convention des nations unies sur les droits de l'enfant de 1989, et la promulgation le 9 novembre 1995 du code de la protection de l'enfant, que l'intérêt de l'enfant a été érigé en constante législative incontournable. Cette notion a pu dès lors se glisser dans le droit de la famille pour grignoter les prérogatives du père au profit de la mère.

Ainsi, depuis la réforme de 1993, l'article 23 C.S.P. a prêché l'entraide des parents dans l'éducation des enfants et la gestion de leurs affaires, y compris celles relatives à l'enseignement, voyage, et aux transactions financières. L'intérêt de ce texte n'est presque pas à démontrer, puisqu'il n'a pas fait de l'éducation et de la gestion des affaires des enfants, la chose exclusive du père en tant que chef de famille. Il a su par contre, impliquer dans ce cadre la mère pour tenir compte d'une réalité sociale de plus en plus évidente qui a fini par être consacrée sur le plan de la responsabilité des pères et mères du fait de leur enfant mineur, devenue solidaire conformément à l'article 93 bis C.O.C.. La collégialité¹⁹ doublée de la solidarité, ne peut aucunement être interprétée comme un équilibre des pouvoirs du couple matrimonial sur sa progéniture, car le père demeure le chef de famille ayant a priori le dernier mot vis-à-vis de la mère ne disposant que d'un droit de regard sur l'éducation des enfants²⁰. Elle semble plutôt relever d'un attachement certain de la part du législateur à favoriser l'intérêt de l'enfant qui va bénéficier du concours de ses parents dans l'accomplissement des tâches qui relevait au paravent du seul chef de famille.

C'est d'ailleurs pour préserver l'intérêt de l'enfant menacé en cas de décès ou incapacité du père, que le législateur a modifié en 1981 les articles 154 et 155 C.S.P. dans le sens du transfert automatique de la tutelle légale à la mère dans cette situation, enfreignant ainsi les règles du droit musulman prescrivant le transfert de la wilaya au plus proche parent mâle dans la famille agnatique. Ce qui permet d'affirmer que la mère devient de plein droit la tutrice légale en cas de décès ou incapacité du père chef de famille, puisqu'elle se trouve, du seul fait de cette situation, promue au rang de chef de famille responsable de la

¹⁶ Aziz Krichen : *La place du père. In Actes du colloque : Famille et société en Tunisie. Organisé par l'office national de la famille et de la population à Tunis le 10 décembre 1993. Page 28.*

¹⁷ *En effet, les degrés variables d'intégration sociale sont dus à la formation de l'homme, dont la plus profonde lui provient de sa famille. Voir sur cette idée Khemais Taamallah : Evolution de la famille tunisienne à travers quelques indications sociales. In Actes du colloque de l'institut supérieur de l'éducation et de la formation continue précité. Page 89.*

¹⁸ J. Carbonnier : *Note sous jugement du Tribunal de grande instance de Versailles du 24 septembre 1962. Dall. 1963. Page 54.*

¹⁹ D. Goubau : *Article précité. Page 205.*

²⁰ S. Bouraoui : *Article précité. Page 195.*

gestion de toutes les affaires familiales. Et si la mère gère par conséquent les affaires de ses enfants, c'est bien dans le cadre de ses nouvelles fonctions et non en tant que mère.

La situation est très différente en cas de divorce, car tous les ingrédients sont alors mis en place pour que la garde et la wilaya se posent, désormais, en termes de conflit implacable.

La solution est partie en droit tunisien d'un cloisonnement étanche entre, la garde "حضانة" attribuée en

priorité à la mère et à la famille cognatique, et l'autorité paternelle "ولاية" qui relève du père et de la famille

agnatique²¹ ; pour arriver à une communication entre eux selon l'intérêt de l'enfant. En effet il incombait à la mère d'assumer les soins purement physiques de l'enfant au sens de l'élevage matériel ; tandis que la charge de direction générale relevait de part l'ancien article 60 C.S.P. du père qui était son tuteur légal, pouvait seul nommer son tuteur testamentaire, consentir à son mariage, ou même à son adoption selon l'article 13 de la loi du 4 mars 1958. Ce qui permettait d'escompter une dissociation marquée entre la hadana, institution de droit naturel, et la wilaya, institution de droit civil.

Pourtant la communication entre les deux institutions a été clairement consacrée par l'article 54 C.S.P. définissant la hadana comme le fait d'élever l'enfant et d'assurer sa protection dans sa demeure, ce qui revient à élargir considérablement du contenu de la notion. L'élargissement n'a pris une ampleur considérable qu'à travers la réforme du 12 juillet 1993 conférant à la mère qui a la garde des prérogatives proches de ceux de la wilaya attribuée au père. La raison en est que la nouvelle rédaction de l'article 67 C.S.P. a transféré à elle, les attributions relatives au voyage de l'enfant, à ses études et à la gestion de ses comptes financiers.

On assiste dès lors à un rééquilibrage des rapports du père et de la mère vis à vis de l'enfant au profit de cette dernière. Le législateur puise, pour arriver à cette fin, dans la wilaya des prérogatives qu'il injecte à la mère ayant la hadana. Ainsi on a pu faire de la hadana, confinée en droit musulman dans des charges matérielles, et limitée à l'enfant en bas âge, une institution qui s'étale dans le temps jusqu'à l'âge de 18 ans et qui peut désormais, vu les prérogatives qu'elle confère, contrecarrer ou même vider la wilaya de son contenu. Ce pouvoir parallèle que confère la hadana, n'a été conféré à la mère que dans le dessein d'une plus large consécration de l'intérêt de l'enfant.

La hadana élargie est donc loin d'être conçue en termes de droits de la mère à l'encontre du père chef de famille, et s'analyse en termes de moyens conférés à cette dernière pour pouvoir œuvrer dans l'intérêt de l'enfant. C'est au nom d'une conception rigoureuse de cet intérêt, que la rédaction de l'article 67 C.S.P. s'est voulue indicative dans son énumération des cas de déchéance de la wilaya du père, puisqu'elle l'a attaché in fine à toute cause portant atteinte à l'intérêt de l'enfant.

Les bases d'une nouvelle approche du rapport famille-enfant semblent désormais jetées. Car l'article 67 C.S.P. a révélé l'unique critère, dont les différents cas qu'il cite n'en sont que les applications particulières, et que le juge se doit de mettre en œuvre dans tous les cas où il doit déposséder le père de tout ou partie de son autorité paternelle. L'intérêt de l'enfant est donc devenu, depuis la réforme de 1993, le critère à l'aune duquel on mesure l'étendue, tant de la wilaya paternelle, que de la hadana maternelle.

Algérie

L'article 62 du code de 1984 adopte une conception large de la hadana qui englobe « la scolarisation et l'éducation de l'enfant ». Prérogatives relevant, en droit musulman, de la wilaya exercée par le père. Les articles 64 et 65 semblent consacrer les règles rigides du droit musulman quant au classement des personnes aux quelles la garde pourrait être attribuée, et quant à l'âge de cessation de la garde. La notion d'intérêt de l'enfant commence cependant à poindre dans ces deux textes pour introduire une certaine souplesse, puisque l'article 64 oblige le juge à accorder la garde, à défaut de personnes énumérées et classées, « aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant ». Aussi, l'article 65 in fine

²¹ عمّار الداودي : الولاية على نفس الصغير. مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في

القانون الخاص العام. كلية الحقوق و العلوم السياسيّة بتونس. 1994-1995. صفحتي

189 و 190.

affirme qu' « il sera tenu compte, dans le jugement mettant fin à la garde, de l'intérêt de l'enfant ». Mais c'est l'article 63 qui, à nos yeux, consacre l'intervention tacite mais claire de la notion d'intérêt de l'enfant pour accorder à la mère les attributs de la wilaya paternelle, en cas « d'abandon de famille par le père ou en cas de disparition de celui-ci », pour la période précédant le jugement de divorce.

Cette notion sous-tend par ailleurs plusieurs dispositions concernant la wilaya à l'image de l'article 87 qui la fait revenir de plein droit à la mère en cas de décès du père et de l'article 92 qui ne permet au tuteur testamentaire d'exercer ses prérogatives qu'en cas de décès ou incapacité de la mère. L'intérêt de l'enfant peut même expliquer les dispositions des articles 88 et 89 qui instaurent un contrôle judiciaire sur les actes de disposition effectués par le tuteur sur les biens de l'enfant. Quant à l'article 90, il envisage un conflit d'intérêts entre le tuteur et son pupille et conçoit, par conséquent, un intérêt de l'enfant divergeant et indépendant de l'intérêt du père ou de la mère.

Maroc

L'article 109 de la moudawana adopte la distinction du droit musulman entre la wilaya paternelle et la hadana maternelle, en adoptant pour cette dernière une conception restrictive la confinant dans les charges matérielles de nourriture, d'hygiène corporelle et vestimentaire de l'enfant. La moudawana de statut personnel n'établit pas un contrôle judiciaire sur les actes accomplis par le père sur le patrimoine de son enfant. Elle semble se suffire des dispositions de l'article 11 de la moudawana des obligations et des contrats qui soumet les actes de disposition de tout tuteur sur les biens de son pupille à une autorisation préalable du juge.

On peut néanmoins rattacher plusieurs dispositions à une certaine prise en considération d'un intérêt de l'enfant indépendant de celui du tuteur. Il en est ainsi de l'article 150 de la moudawana de statut personnel qui soumet le père à un contrôle judiciaire plus sévère, s'il était pauvre et si le juge craignait l'usurpation des biens de l'enfant. De même pour l'article 88 du code pénal qui consacre la déchéance de la wilaya en cas de condamnation à l'emprisonnement de son titulaire pour crime ou délit perpétré contre la personne d'un mineur.

Koweït

La loi sur le statut personnel de 1984 a généralement entériné la distinction hadana maternelle et wilaya paternelle telle que conçue en droit musulman. En effet l'article 189 établit un ordre de dévolution immuable de la hadana, tandis que l'article 210 englobe dans les prérogatives de la wilaya la protection de l'enfant et la direction de ses affaires, de veiller à son éducation ainsi qu'à son enseignement. Ce qui ne laisse à la hadana que les charges purement matérielles. La dévolution de la wilaya ne se fait, de part l'article 209, que dans la lignée paternelle.

Il est cependant à remarquer que l'article 211 ne pose pas la masculinité comme condition d'attribution de la wilaya. Aussi, l'article 209 in fine dispose qu'en cas d'absence de titulaire de la wilaya selon les listes qu'il présente, le juge peut l'accorder à une autre personne qu'il juge le plus à même de remplir cette mission. Ce qui permet certainement d'espérer voir les tribunaux koweïtiens accorder la wilaya à la mère qui a certainement avec l'enfant des liens plus étroits, et qui est plus intéressée à mettre en avant l'intérêt de son enfant qu'un parent éloigné, tuteur judiciaire, ou même qu'une association caritative.

Yémen

L'influence des règles de droit musulman est manifeste dans la majorité des dispositions concernant la garde de l'enfant. En effet, l'article 138 de la loi de 1992 définit la hadana comme la protection de l'enfant de ce qui lui nuit ou lui est fatal sans que cela puisse entraver les droits du tuteur. Aussi la préférence, en cas de décès ou incapacité de la mère, est affirmée par l'article 142 en faveur des femmes appartenant à la lignée maternelle.

L'intérêt de l'enfant n'est cependant pas étranger à certaines autres dispositions de cette loi. Ainsi l'article 141 dispose que la garde maternelle n'est pas un droit pour la mère mais plutôt un droit de l'enfant. D'après ce texte, la mère est obligée de l'exercer même si elle a exprimé son refus de le faire.

De même, l'article 139 in fine permet au juge de déroger à la durée légale de la garde, s'il juge la durée qu'il décide plus conforme à l'intérêt de l'enfant. L'article 142 autorise même le juge à ne pas prendre en considération l'ordre légal de dévolution de la garde, si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Sultanat d'Oman

La loi de 1997 ne s'est pas éloignée du schéma du droit musulman concernant l'opposition hadana et wilaya. En effet les conditions que doit remplir le titulaire de la garde en application des articles 126 et 127 découlent indubitablement du fiqh. Il en est de même de l'ordre de dévolution de la garde tel que fixé par l'article 130 et des prérogatives du tuteur qui découlent de l'article 133. Les articles 164 et 165 vont même jusqu'à permettre au père la possibilité d'aliéner les biens de son enfant sans aucun contrôle juridictionnel, et au grand-père paternel de gérer de plein droit les biens de ses petits-fils en cas d'incapacité du père.

Cependant l'article 130 pose le principe que la garde est une obligation qui pèse sur les deux parents à la fois, tout au long de leur mariage. L'article 132 entérine cette conception de la garde-obligation lors de la dissolution du mariage, en obligeant la mère à avoir la garde de son enfant qui a encore besoin d'elle-même si elle a quitté le domicile conjugal. Les articles 128 et 129 consacrent « **la notion d'intérêt** » de l'enfant pour permettre au juge de s'appuyer sur ce critère afin de déroger aux durées légales de la garde. C'est d'ailleurs cette même notion qui fonde, de part l'article 168, la nullité de certains actes accomplis par le père ; et qui explique la déchéance de la tutelle, selon l'article 169, si le père a accompli des actes mettant les biens de son enfant en danger.

Commentaires

1 – La famille patriarcale essentiellement « androlâtre »²², basée sur une répartition rigide des rôles, semble le plus souvent présente avec force dans les législations de référence, qui partent le plus souvent du schéma du droit musulman fondée sur un cloisonnement étanche entre la wilaya paternelle et la hadana maternelle avec un ordre de dévolution tant de la garde que de la tutelle qui respecte cette répartition des compétences et ce type de famille.

2- On ne peut guère nier l'influence sur ces législations de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989. Cette influence varie fortement selon les changements sociaux qu'a connus chaque pays et l'ouverture des législateurs à ces changements. D'où l'inégale intégration de la notion d'intérêt de l'enfant selon les situations. En effet, l'intégration de cette notion passe dans certains pays par son adoption comme critère d'appoint, pour permettre de désigner un tuteur lors de l'absence de tuteur figurant dans la liste légale, ou pour décider la déchéance de la tutelle. Elle passe dans d'autres par son introduction comme critère corrigeant les imperfections de la rigidité des dispositions du droit musulman, en permettant au juge de passer parfois outre ces dispositions. Elle passe enfin dans d'autres pays par sa consécration comme critère fondamental qui déforme les notions classiques de hadana et wilaya, et qui jette les bases d'une nouvelle approche des rapports parents enfants.

Conclusion générale

Ce traitement modulé dans le temps et dans l'espace révèle le dynamisme et les changements qui sont entrainés de s'opérer dans le monde arabe.

Les pays arabes ne vivent pas clos sur eux-mêmes, en matière commerciale et économique, ils participent à titre de membre de l'OMC à l'échange international, mais en même temps, ils s'engagent à harmoniser leurs lois nationales en la matière. Au regard des droits humains, les pays arabes ont participé activement à l'établissement de certains Pactes Onusiens, c'est ainsi que sans les pays en voie de développement, le Pacte sur les droits sociaux et économiques de 1966 n'aurait peut-être pas le même.

Au regard des Conventions les plus récentes qui portent sur des populations spécifiques comme les femmes ou les enfants, le consensus universel l'a emporté, au bout de très longues négociations et au prix de très

²² *Abdelwahab Bouhdiba : La sexualité en islam. Paris P.U.F. 1975. Page 20.*

nombreuses réserves faites par les pays. Ces réserves ne sont pas l'apanage des seuls pays arabes, nous avons déjà démontré que la ligne de démarcation n'est pas entre pays musulmans et pays non musulmans. Cette ligne de démarcation est plutôt en étroite relation avec les conceptions des relations familiales et de la position de la femme et de la petite fille à l'intérieur de la cellule familiale.

C'est effectivement, dans ce noyau le plus intime que se joue l'avenir de la citoyenneté de demain.