

Khalid Berjaoui

## Les droits de la femme et le statut personnel dans les systèmes juridiques des pays du Maghreb

*Chercheur et enseignant à l'Université de Rabat, Khalid Berjaoui s'est spécialisé dans le droit privé international et le droit familial. Il prépare actuellement un doctorat d'état sur le statut de l'enfant en droit international maghrébin. Membre de la commission juridique et de la commission nationale d'alphabetisation, il a publié entre autres «Précis du Statut Personnel au Maroc» (1997).*

Le statut familial de la femme au Maghreb est lié à la très sensible problématique vécue par les sociétés musulmanes contemporaines: tradition-modernité, identité-universalité.

Les pays maghrébins en tant que pays musulmans se trouvent partagés entre la volonté de sauvegarder leurs traditions et identités culturelles qui sont l'héritage d'un passé et d'une civilisation glorieuse et la nécessité impérieuse de s'ouvrir aux valeurs universelles du monde moderne<sup>1</sup>.

Cette ambivalence a des répercussions sur les systèmes juridiques dans le domaine du statut personnel. Les règles de celui-ci s'inspirent en grande partie du droit musulman, mais aussi du droit moderne. Dans cet article nous allons essayer de faire une étude comparative des droits de la femme au Maghreb, à travers le mariage, la dissolution du mariage, la nationalité par filiation et le droit de garde, la représentation légale et les successions.

### Mariage

La femme musulmane n'a pas le droit de se marier avec un non musulman alors que l'homme musulman a la possibilité de se marier avec une chrétienne ou une juive. Cette interdiction est introduite dans les règles juridiques internes des pays du Maghreb. Ainsi, un juge a le droit de dissoudre tout mariage entre une musulmane et un non musulman<sup>2</sup>.

Au Maroc, l'article 29/5 du code de statut personnel (la Moudawana)<sup>3</sup> stipule qu'est prohibé: «Le mariage d'une musulmane avec un non musulman». Toutefois, l'interdiction peut être levée par la conversion du non musulman à l'islam.

En Algérie, le code de la famille promulgué en 1984 est catégorique dans ce sens. L'article 31 dispose que: «la musulmane ne peut épouser un non musulman». Pourtant, l'article 97 du code civil algérien retient cette interdiction pour les Algériennes domiciliées à l'étranger: «Le mariage contracté en pays étranger entre Algériens ou entre

Algériens et Etrangères est valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu

\*\*\*

<sup>1</sup> Quelques œuvres à consulter: Moulay Rachid, *Abderazzak*: Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane, dans: *Familles musulmanes et modernité*, Publisud, 1986; Mezghani, *Ali*: Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman classique, *Revue Tunisienne de Droit*, 1975, t. II; Salah-Bey, *Mohamed*: Droit de la famille et problèmes idéologiques, *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 1974; Meziou, *Kelthoum*: Féminisme et islam dans la réforme du code du statut personnel du 18 février 1981, *Revue Tunisienne de Droit*, 1984; Charfi, *Mohamed*: Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité, *Revue Tunisienne de Droit*, 1973.

<sup>2</sup> L'affaire Abou Zeid en Egypte donne un exemple concret de la gravité des effets de cette pratique.

<sup>3</sup> La Moudawana a été promulguée entre 1957 et 1958 par plusieurs Dahirs et modifiée en 1993.

que l'Algérien n'ait point contrevenu aux conditions de fond requises par la loi nationale pour pouvoir contracter mariage...».

L'article 13 du code civil algérien qui régleme les conflits de lois, considère que si l'un des conjoints est Algérien, la loi algérienne est seule applicable sauf en ce qui concerne la capacité de se marier. Cet article impose le privilège de nationalité qui garantit au conjoint algérien le respect total des dispositions de son code familial, parmi lesquelles on peut citer l'empêchement du mariage de la musulmane avec un non musulman. Aussi en Algérie il est possible de lever cette interdiction par une simple conversion du non musulman à l'islam au moment du mariage. Une autorisation administrative peut être établie dans ce sens.

En Tunisie, depuis les premières années d'indépendance, le mariage d'une musulmane avec un non musulman a fait l'objet d'un débat doctrinal. Le Code tunisien du statut personnel (la Majalla) n'a pas expressément retenu cette interdiction. L'article 5 (version française), qui aborde les empêchements au mariage, dispose que le mariage est nul si les empêchements «légaux» n'ont pas été respectés. Le terme «légaux» a été interprété différemment par la Doctrine tunisienne. Mais en 1966 un arrêt de la Cour de cassation a mis un terme à la controverse doctrinale en considérant que: «Le mariage d'une musulmane avec un non musulman est un péché impardonnable, et la religion musulmane considère ce mariage comme nul et non avenue». L'interdiction a été rendue officielle en Tunisie par une circulaire du Ministère de la Justice daté du 5 novembre 1973, qui rend impossible la célébration d'un tel mariage par les officiers de l'état civil tant que le mari ne s'est pas converti à l'islam. Cette interdiction est appliquée en Tunisie aux relations privées internationales par le biais du mécanisme de l'ordre public.

En Libye, la prohibition du mariage de la musulmane avec un non musulman est adoptée par l'article 12/3 du code de mariage et divorce du 19 avril 1984. Cette prohibition a été renforcée par un texte juridique de la même date concernant les règles de mariage entre Libyens et non Libyens. Ce texte dispose que ces mariages ne peuvent être célébrés qu'après la délivrance d'une autorisation administrative. L'article

14 du code civil libyen retient à son tour, le privilège de nationalité en cas de conflit de lois, au profit du conjoint libyen. Ce privilège facilite la tâche du juge libyen qui s'appuie sur ce fondement juridique pour appliquer l'interdiction précitée aux relations privées internationales.

La Mauritanie n'a pas encore un code de statut personnel, mais les juges appliquent les règles de la doctrine Malékite. Ces règles retiennent l'interdiction déjà citée. Le juge mauritanien peut faire jouer cet empêchement dans les relations privées internationales, soit par le biais de l'ordre public, soit en recourant à l'article 9 du code des obligations et contrats qui dispose que la loi mauritanienne du statut personnel est appliquée au mariage si l'un des conjoints est mauritanien au moment de la conclusion de celui-ci.

Si l'interdiction du mariage de la musulmane avec un non musulman se trouve justifiée dans la logique du droit musulman, en tenant compte des données historiques de la prohibition, cela n'empêche qu'elle soit critiquable à plusieurs niveaux. Les conventions internationales des droits de l'homme et surtout celle de l'élimination de toutes les formes de discriminations envers la femme, reconnaissent les mêmes droits à l'homme et la femme.

C'est ainsi que l'application de l'interdiction du mariage de la femme musulmane avec un non musulman est inacceptable du moment que cette règle est contraire aux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (Déclarations, pactes, conventions) qui reconnaissent à la femme le même droit qu'à l'homme dans le choix du conjoint.

Une partie de la doctrine moderne dans les pays du Maghreb soutient la levée de l'empêchement. Les arguments avancés se rattachent à la réalité actuelle: dans les pays non musulmans, une grande partie des femmes musulmanes sont mariées avec des non musulmans et continuent à le faire sans se soucier de l'interdiction prévue par leur loi nationale. L'amour, la volonté de la personne sont parfois plus forts qu'une interdiction juridique, même d'inspiration religieuse.

Evidemment ces unions sont considérées comme nulles et sans effets par les législations nationales. Toutefois, la femme n'est pas touchée par les lois tant qu'elle est domiciliée hors de son pays et que son mariage est stable.

**Obligations du tuteur matrimonial**

La femme, dans la plupart des législations maghrébines, n'a pas le droit de contracter elle-même son mariage même si elle est majeure; c'est son tuteur qui le fait à sa place, alors qu'il suffit pour l'homme d'être majeur pour se marier librement.

C'est ainsi que l'article 11 du code familial algérien dispose que: «*La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses proches parents. Le juge est le tuteur matrimonial de la personne qui n'en a pas*». L'ensemble de ces règles sont reproduites par l'article 7 du code de mariage libyen.

Au Maroc l'article 11 énonce que: «*Les tuteurs matrimoniaux (awlya) sont, par ordre de priorité: Le fils; Le père ou le tuteur testamentaire désigné par lui; Le frère; Le fils du frère; Le grand père paternel; et ainsi, de proche en proche, suivant le degré de parenté, la qualité de germain devant l'emporter sur toute autre; Le parent nourricier; Le juge; Enfin, tout membre de la communauté musulmane. Tout tuteur doit être de sexe masculin, doué de discernement et majeur*». Toutefois la réforme de la Moudawana de 1993 a donné à la femme majeure, orpheline de père, le droit de contracter elle-même son mariage ou de déléguer ce droit à un wali.

En Tunisie la femme majeure est libre de se marier sans tuteur matrimonial. La nécessité de la présence du tuteur de la femme pour contracter le mariage à sa place est contraire aux dispositions de la convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes formes de discrimination envers la femme. La convention retient en effet l'égalité des droits de l'homme et de la femme au moment du mariage et la liberté totale et réelle des parties.

**Possibilité pour l'homme d'être polygame**

A l'exception de la Tunisie qui interdit la polygamie, les législations des autres Etats du Maghreb permettent à l'homme de contracter un deuxième mariage et même un troisième voire un quatrième mariage, quoique cette possibilité soit liée à la satisfaction de quelques conditions.

C'est ainsi que l'article 30 de la Moudawana marocaine dispose que: «*La première épouse doit être avisée de l'intention de son époux de lui joindre une autre épouse. De même, cette dernière doit être avisée que son futur époux est déjà marié. La femme a le droit de demander à son futur mari de s'engager à ne pas lui adjoindre une coépouse et à lui reconnaître le droit de dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé. Si la femme ne s'est pas réservée le droit d'option et que son mari contracte un nouveau mariage, elle peut saisir le juge pour apprécier le préjudice qui lui est causé par la nouvelle union. Dans tous les cas, si une injustice est à craindre envers les épouses, le juge refusera l'autorisation de polygamie*».

En Algérie l'article 8 du code de la famille précise que: «*Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunis et après information préalable des précédentes et futures épouses. L'une et l'autre peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint en cas de dol ou demander le divorce en cas d'absence de consentement*».

L'article 13 du code libyen lie la polygamie à une autorisation délivrée par le tribunal compétent après avoir étudié la situation sociale du mari et ses possibilités matérielles et physiques.

Or selon la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard de la femme, le droit à la polygamie est contraire au principe d'égalité entre l'homme et la femme au sein du mariage. De plus, la polygamie perturbe la stabilité du berceau familial.

**Dissolution du mariage**

A l'exception de la Majalla tunisienne, la plupart des législations maghrébines ne permettent pas une égalité totale dans le droit de divorce entre l'homme et la femme. Le pouvoir de l'homme est très étendu dans ce domaine, comparé à celui de la femme qui n'a le droit de demander le divorce que dans des cas limités.

En outre les lois civiles ne permettent pas à la femme de recevoir après dissolution du mariage une véritable indemnité compensatoire en cas d'abus de droit de son mari.

L'article 31 de la Majalla tunisienne permet à la femme de demander le divorce devant le tribunal, dans les mêmes conditions que l'homme. La partie lésée peut recevoir une indemnité. La femme peut garder le foyer conjugal et recevoir une pension alimentaire jusqu'à ce qu'elle se marie avec un autre homme ou après amélioration de sa situation matérielle.

Au Maroc, la Moudawana donne à l'homme la possibilité de répudier la femme à n'importe quel moment. Certes les modifications de 1993 ont lié cette possibilité à l'autorisation du juge, mais celle-ci peut être accordée quand l'homme persiste dans sa volonté de divorcer même si la femme n'est pas d'accord.

Par contre cette dernière n'a le droit de demander le divorce au juge que «*lorsque la faculté lui en a été donnée en vertu du droit d'option*» (article 44), ou dans les cas fixés par la loi<sup>4</sup>.

Ces mêmes règles sont reproduites par les articles 48, 53 et 54 du code familial algérien et 28, 34, 40, 41, 42, 43 du code libyen.

La Moudawana marocaine ne permet pas à la femme de recevoir une vraie indemnité compensatoire, puisque le juge, selon l'article 52bis, ne doit tenir compte du préjudice causé à la femme qu'en relation avec le don de consolation<sup>5</sup>.

Les législations algérienne et libyenne considèrent que la femme a le droit aux dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a subi.

**Nationalité par filiation et droit de garde**

Au Maghreb, seule la législation tunisienne permet à la femme tunisienne mariée à un étranger de transmettre sa nationalité à ses enfants.

<sup>4</sup> Par exemple: Violation de l'obligation d'entretien par son mari présent (art.53), divorce pour vice rédhibitoire (art.54), divorce pour sévices (art.56), divorce pour absence du mari (art.57).

<sup>5</sup> Le don de consolation ou la « Mut'a » est une somme modique accordée à la femme répudiée selon la conception du droit musulman classique. Ce don de consolation n'est pas une indemnité compensatoire au sens moderne du terme.

<sup>6</sup> Art. 99 au Maroc, art. 64 en Algérie, art. 62 en Libye. En Tunisie, l'article 67 dispose que le juge peut attribuer la garde au père ou à la mère sur la base du critère de l'intérêt de l'enfant.

C'est la réforme de l'article 12 du code de la nationalité tunisienne de 1993 qui a introduit cette règle.

Les codes de nationalité marocaine, algérienne et mauritanienne ne permettent cette possibilité qu'à l'enfant de père apatride ou inconnu, né sur leur territoire.

Ces dispositions sont contraires à l'idéal ONUien qui préconise l'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de transmettre la nationalité par le biais du sang.

Dans le domaine de la garde des enfants après le divorce, la femme est en principe prioritaire selon les législations maghrébines qui ont reconduit le droit musulman classique<sup>6</sup>. Mais la femme peut être privée de son droit de garde dans plusieurs cas. Dans ce sens, l'attribution de la garde au père est très courante dans la pratique judiciaire au Maghreb.

Deux cas peuvent se présenter au juge: si la mère est non musulmane, les enfants risquent d'être éduqués dans une religion autre que celle de leur père. Si la mère est musulmane, le père risque d'être privé de son autorité si celle-ci opte pour un domicile éloigné de celui du père.

Ces règles sont introduites dans les législations internes maghrébines. C'est ainsi que par exemple l'article 108 de la Moudawana marocaine est ainsi libellé: «*Lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde, à condition qu'elle ne profite pas de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle de son père*». Selon l'article 107 de la Moudawana: «*Lorsque la gardienne fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile, de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations envers lui, la gardienne perd son droit de garde*». Ces mêmes règles sont reproduites dans les codes familiaux des autres pays du Maghreb.

Les règles qui permettent au père de priver la mère de la garde de ses enfants sont contraires aux principes des conventions des droits de l'homme maines et de la femme, car elles instituent une discrimination fondée sur le sexe. Elles vont également à l'encontre de la convention internationale sur les droits de l'enfant qui considère que l'intérêt général de l'enfant doit être le seul critère d'attribution de la garde.

**Repräsentation légale**

Au Maghreb la représentation légale des mineurs revient au père, droit dont il bénéficie seul durant toute sa vie. Le rôle de la mère dans ce domaine est limité, voire inexistant.

La Libye et la Mauritanie n'ont pas encore réglementé cette institution. Les règles de droit musulman classique sont applicables. Celles-ci privilégient le rôle du père.

Au Maroc, l'article 148 énumère les personnes qui ont le droit à la représentation légale par ordre de mérite. Le premier rang est attribué au père. La mère occupe le deuxième rang et son autorité reste liée au décès du père ou à la perte de la capacité de celui-ci. Cette possibilité offerte à la mère, même exceptionnellement, a été introduite par les réformes de 1993.

En Algérie la représentation légale revient au père. Selon l'article 87 du code familial, la mère ne peut exercer ce droit qu'après le décès du père.

Seule la Tunisie, et surtout après les réformes de juillet 1993, a permis à la mère d'occuper le même rang que le père dans l'administration de la personne et des biens du mineur. C'est ainsi que l'article 60 (nouveau) dispose que: «Le père de l'enfant, le reste des parents et la mère peuvent avoir un droit de regard sur ses affaires, pourvoir à son éducation et l'envoyer aux établissements d'enseignement secondaire...».

En plus, la mère gardienne d'un mineur après la dissolution du mariage bénéficie, selon le nouvel article 67, «des attributions du tuteur en ce qui concerne le voyage de l'enfant, ses étu-

des et la gestion de ses comptes financiers». Le juge peut même lui accorder les attributions de tuteur en cas d'incapacité du tuteur ou «tout autre cause de nature à porter préjudice à l'enfant».

**Successions**

Dans le domaine des successions, les législations maghrébines ont en général repris les solutions du droit musulman classique. Ainsi la femme hérite de la moitié de ce qu'hérite l'homme placé au même rang par rapport au défunt.

La Tunisie a introduit une petite innovation en optant pour l'élargissement du cadre de la vocation de la femme à la succession. L'article 143bis dispose dans ce sens que: «En l'absence d'héritiers agnats (acebs) et chaque fois que la succession n'est pas entièrement absorbée par les héritiers réservataires (fardh), le reste fait retour à ces derniers et est réparti entre eux proportionnellement à leurs quotes-parts.

La fille, les filles, les petites de la lignée paternelle à l'infini bénéficient du retour du surplus même en présence d'héritiers acebs par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants, ainsi que du trésor».

En guise de conclusion, on peut dire que seule la Tunisie a fait des efforts considérables, en améliorant la situation de la femme et en consolidant ainsi les droits de l'homme. Quant au Maroc, à l'Algérie et à la Libye, l'évolution est très lente. La Mauritanie reste encore liée aux règles classiques du droit musulman. \*

**Zusammenfassung**

Im Zusammenhang mit Eheschließung, Scheidung, Vormundschaft und Erbschaft kennen die Gesetze der maghrebischen Staaten Bestimmungen, die Männer und Frauen ungleich behandeln und damit im Widerspruch zu den Allgemeinen Menschenrechten stehen.

Allein in Tunesien wurden ernsthafte Anstrengungen zur Verbesserung der Rechtslage

von Frauen und damit zur Konsolidierung der Menschenrechte unternommen. In Marokko, Algerien und Libyen hingegen geht die Entwicklung sehr langsam voran. Mauretanien kennt noch gar kein Personstandsrecht im modernen Sinne und baut seine Rechtsprechung weiterhin auf dem klassisch-islamischen Recht malikitischer Doktrin auf.

**Portrait**

**Moderne mit Transzendenz**  
**Zur Gedankenwelt des Ägypters**  
**Abdalwahhâb al-Messîri**

Islamischer Humanist, das ist die Bezeichnung, die er für sich selbst wählt, nicht modernistischer Islamist oder islamischer Modernist, Bezeichnungen, die für ihn auch schon verwendet wurden. «Islamischer Humanist», das bezeichne eine Person, die überzeugt ist von absoluten ethischen – moralischen und menschlichen – Werten.

Eigentlich ist Abdalwahhâb al-Messîri Literaturwissenschaftler. Er, geboren 1938, hat in den Vereinigten Staaten englische und vergleichende Literaturwissenschaft mit Spezialgebiet Romantik studiert und dieses Fach viele Jahre an verschiedenen arabischen Universitäten, besonders an der Ain-Schams-Universität in Kairo, unterrichtet.

Von diesem wissenschaftlichen Spezialgebiet – einer wichtigen Epoche des westlichen Geisteslebens – ausgehend, hat der Englischprofessor sich schon vor einiger Zeit in allgemeine philosophisch-weltanschauliche Debatten eingeklinkt und beteiligt sich in neuester Zeit immer intensiver am sogenannten islamisch-christlichen oder west-östlichen Dialog oder genauer noch, an der islamischen Auseinandersetzung mit dem Westen.

**Die Sunna gegen Hegel**

Seinen ursprünglichen eigenen intellektuellen Ausgangspunkt nennt al-Messîri hegelianisch-marxistisch-sunnitisch, eine Mischung, die laut seinen eigenen Aussagen in sich widersprüchlich ist. Denn der Sunnismus sei ein Weltverständnis, das Grenzen anerkenne, und Grenzen würden ihn persönlich faszinieren, meint er im persönlichen Gespräch. Damit sei der Sunnismus eigentlich anti-hegelianisch, damit aber auch anti-imperialistisch, und ausserdem anti-darwinistisch, setze sich somit ausserdem klar von westlicher Politik und von westlichen Entwicklungsvorstellungen ab.

Auf diesen drei Anti-Begriffen – anti-hegelianisch, anti-imperialistisch, anti-darwinistisch – baut al-Messîri seine Kritik am Westen auf, die sich sehr stark, ja eigentlich ausschließlich auf die im Westen entwickelte Kritik an der eigenen Kultur stützt (z.B. Herbert Marcuses Interpretation vom eindimensionalen Menschen und Theodor W. Adornos Aufklärungskritik), dieser aber das für sein Denken wesentliche Element der Transzendenz hinzufügt.

Die Rückkehr zur Religion, die er wie viele andere linksorientierte arabische Intellektuelle

