



**HAL**  
open science

# Capacité juridique de la femme et lien matrimonial dans le droit musulman malékite

André Carboneill

► **To cite this version:**

André Carboneill. Capacité juridique de la femme et lien matrimonial dans le droit musulman malékite. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2003, 03, pp.169-220. hal-02541615

**HAL Id: hal-02541615**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541615v1>**

Submitted on 14 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## CAPACITE JURIDIQUE DE LA FEMME ET LIEN MATRIMONIAL DANS LE DROIT MUSULMAN MALEKITE

Par André CARBONEILL  
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

« Les femmes ont des droits équivalents à leurs obligations, et conformément à l'usage. Les hommes ont cependant une prééminence sur elles »

Coran, II, 228.

Pour nombre d'écrivains féministes le sort réservé aux femmes en terre d'islam ne saurait être enviable, si flagrante s'avère l'inégalité entre les sexes. Plus de la moitié de l'humanité se trouverait sous domination masculine, domination s'exerçant dans tous les domaines car obéissant à une loi invisible, à une norme, à une "qa'ida" pénétrant par le moindre interstice, reléguant la femme à un rôle subalterne<sup>1</sup>.

Le décor semble en conséquence planté tant il est vrai que cette inégalité se fait jour, au regard de la femme musulmane, dans tous les domaines. Pourtant, une vision du monde fondée autour de la notion de couple (*zawj*) se dégage du Coran, ultime et définitif message de Dieu à tous les hommes, véritable « descente » (*tanzil*), conçue comme une guidance (*hudan*) et une lumière (*nûr*). En attribuant deux rôles bien distincts aux parties du couple, les textes coraniques ne prônent ni l'égalité, ni l'inégalité. Le verset IV, 1, plus précisément suggère leur identité :

---

<sup>1</sup> Ainsi en est-il de Fatima Mernissi, s'exprimant de la sorte dans « Rêves de femmes, une enfance au harem », Albin Michel, 1996, p. 76-77 : "...Tous les lieux où l'on entre comportent des lois invisibles. Et quand je parle de lieu...je veux dire n'importe quel endroit, une cour, une terrasse ou une pièce, parfois même une rue. Partout où il existe des êtres humains, il existe une qa'ida, une coutume, une tradition, une loi invisible. Si tu suis la qa'ida, rien de mal ne peut t'arriver. En arabe le mot qa'ida a plusieurs significations, qui ont toutes une base commune. Une règle mathématique ou un système légal sont une qa'ida, de même que les fondations d'un bâtiment. Qa'ida est aussi la coutume, ou le code des mœurs. La qa'ida est partout...malheureusement, la plupart du temps, la qa'ida est contre les femmes. Pourquoi? ai-je demandé. Ce n'est pas juste!" Et je me suis rapprochée d'elle pour ne pas perdre une miette de sa réponse. "Le monde, a dit Yasmina, se soucie peu d'être juste à l'égard des femmes. Les lois sont faites de telle manière qu'elles les dépossèdent toujours d'une façon ou d'une autre. Par exemple, les femmes et les hommes travaillent du matin au soir. Mais les hommes gagnent de l'argent, et non les femmes. Et quand une femme travaille très dur, sans gagner d'argent, elle est coincée dans un harem, même si elle n'en voit pas les murs. Les lois sont sans doute impitoyables parce qu'elles ne sont pas faites pour les femmes..."

« Craignez votre Seigneur qui vous a créés d'un seul être, puis, de celui-ci, il a créé son épouse et il a fait naître de ce couple (littéralement « d'eux deux ») un grand nombre d'hommes et de femmes ».

Quand le Coran dit encore « *Les femmes sont des vêtements pour l'homme et l'homme est un vêtement pour elles* », cette idée d'union et d'intimité se réalisant à tous les niveaux est parfaitement suggérée pour Tabari, le terme « vêtement » désignant une métaphore arabe signifiant couverture, lit, mais aussi étreinte.

Nombre d'auteurs ont insisté sur des rapports de continuelle interdépendance, de complémentarité réciproque qui forment l'harmonie même du couple : « Je me pare de mes meilleurs atouts, comme ma femme le fait, pour lui plaire et pouvoir obtenir tous mes droits afin qu'elle puisse exiger de moi tous les miens<sup>1</sup>. » Mais lois, coutumes et traditions apportent un démenti formel à cette harmonie et réciprocité de droits et devoirs prônées par le Coran : au cours de notre étude, l'infériorité féminine nous apparaîtra rapidement comme procédant d'une loi invisible, voire surnaturelle, érigée en une sorte d'institution, car statut régi par la loi islamique ; certes, la femme apparaît de condition inférieure, mais encore et surtout sa capacité juridique va s'en trouver affectée par les règles légales édictées, règles dont il importe de considérer l'origine.

Il nous apparaît en effet essentiel, sinon primordial, en exergue de notre développement, d'insister sur la spécificité du droit musulman en tant que droit révélé « existant de toute éternité », conception aux antipodes de notre droit occidental.

Selon A. El Fassi<sup>2</sup> il s'agit avant tout d'un droit religieux dont le caractère distinctif de sa loi « est qu'elle est « descendue » par l'effet d'une révélation d'Allah le Très Haut...C'est une loi qui est descendue du ciel, parfaite dans ses concepts, universelle dans son message, sublime dans sa morale... »

La parole divine est un credo, une foi (*aqîda*) où est exposé le dogme fondamental et absolu de l'Islam, c'est à dire l'unicité de Dieu, mais aussi une loi fixée par Dieu, une voie de Dieu (*sharîa*), qui s'apparente à un code juridique et social, mais aussi à un traité de morale et un manuel de savoir-vivre. Il s'agirait donc d'un système légal omniprésent dans la société toute entière, qui serait organisé en fonction de la loi divine. « L'islam est omniprésent dans l'organisation des pouvoirs, les prescriptions coraniques, étant à la fois d'ordre spirituel et temporel et ayant vocation à régler la vie entière de la société »<sup>3</sup> tant et si bien que « le magistère législatif appartient au Coran seul »<sup>4</sup> et le magistère exécutif au califat « autorité dont est investie la personne qui remplace le Prophète dans la double mission de défendre

---

<sup>1</sup> Cité par Tabari Jamé al Bayan an ta wil al Coran p. 316 t. II, Ed. Le Caire 1374 M (15 T).

<sup>2</sup> A. EL FASSI « Défense de la Loi Islamique ».

<sup>3</sup> Michèle ZIZARI-DEVIF « La formation du système pénal marocain » Thèse, Nice, 1989.

<sup>4</sup> L. MASSIGNON « Passion d'Al Hallaj ».

la loi et de gouverner le monde”<sup>1</sup>, tant il est vrai que l’imbrication du religieux, du profane et du politique est une caractéristique de l’islam, se définissant comme *din, dunya, wa dawla* c’est à dire religion, monde Etat qui se traduisent par loi, morale, style de vie, culture.

La vie du croyant se devra d’être totalement tournée vers Dieu tant et si bien que le geste, l’attitude ou l’action les plus anodins, reflétant la volonté d’Allah se transformeront en louange, suivant en cela les prescriptions coraniques<sup>2</sup> :

*“Dirige-nous dans le chemin droit  
Le chemin de ceux que tu as comblés de bienfaits  
Non pas le chemin de ceux qui encourent ta colère  
Ni celui des égarés.”* (I, 6 et 7).

Car, “contrairement à la Bible, le Coran n’est pas un texte inspiré par Dieu à de simples humains, mais sa parole même, manifestée dans un livre incréé, qui a existé de toute éternité”<sup>3</sup>, c’est « dieu inverse » selon Jacques Berque. Le Livre Saint régit tous les aspects de la vie privée et sociale et constitue l’élément déterminant dans la mesure où il est, en quelque sorte, à la fois la Bible et le Code Civil.

Toute la construction juridique islamique va en conséquence assurer la prééminence du Coran en tant que source première du droit, droit régissant la société tout entière dans le but avoué d’assurer le Salut dans l’au-delà, les autres sources ne jouant qu’un rôle accessoire sinon supplétif : c’est ainsi que la *Sunna* explicitera le texte coranique, l’analogie ou *quiyas* permettra d’étendre à des cas nouveaux une solution déjà admise dans des cas similaires, l’*idjma* exprimant la volonté de l’entière communauté musulmane, reflet de la volonté divine révélée dans le Coran.

Ainsi, si nous poussons plus avant le raisonnement, peut- on être quasiment tenté d’affirmer, qu’originellement le droit musulman serait un droit sans juristes, ou en se référant à Georges Dumézil « le licite par rapport aux Dieux », ou « venant des dieux », selon l’expression de Jean Gaudemet, lequel il est vrai, se référerait aux temps fondateurs de notre système légal<sup>4</sup>, tant il est vrai que le droit dans la théorie

---

<sup>1</sup> EL MAWARDI, “Le droit du califat”.

<sup>2</sup> Nous utiliserons la traduction de D. MASSON, coll. Folio classique, 2 tomes, éd. 1996.

<sup>3</sup> F.P. BLANC, “Le crime et le péché de zina en droit malékite”, in “droit, histoire et sexualité” l’espace juridique 1987. Dans le même sens on peut encore citer l’orientaliste L. MASSIGNON, “Situation de l’Islam”, 1939, p. 9: “ Le texte du Coran se présente comme une dictée surnaturelle enregistrée par le Prophète inspiré; simple messenger chargé de la transmission de ce dépôt, il en a toujours considéré la forme littéraire comme la preuve souveraine de son inspiration prophétique personnelle, miracle de style supérieur à tous les miracles physiques. Le Prophète Mohammed, et tous les Musulmans à sa suite, vénèrent dans le Coran une forme parfaite de la Parole divine; si la Chrétienté est fondamentalement, l’acceptation et l’imitation du Christ, avant l’acceptation de la Bible, en revanche l’Islam est l’acceptation du Coran avant l’imitation du Prophète”.

<sup>4</sup> Jean Gaudemet “Les naissances du droit”: “Un droit sans juristes. Titre provocateur, peut être irrévérencieux. On pourrait lui objecter que l’on ne touche pas au droit sans devenir juriste. Encore faudrait il distinguer: ceux qui subissent les contraintes du droit, ou qui bénéficient de l’ordre qu’il

islamiste classique, est la volonté révélée par Dieu, un système divinement institué, ayant précédé l'Etat musulman et non précédé par lui, contrôlant la société musulmane et non contrôlé par elle"<sup>1</sup>, dont la loi, expression de ce droit, serait « une véritable rosée divine, un présent de Dieu à l'homme, présent qui est une règle de conduite jusque dans les détails les plus minces, en même temps que la garantie donnée au fidèle que pour lui les portes du royaume éternel s'ouvriront si son accomplissement de la loi a été impeccable<sup>2</sup> ».

Cette interprétation est unanimement répandue chez les auteurs contemporains. La loi musulmane traite indistinctement de ce que nous nommons droit, morale, rituel, bienséance. Ne considérer qu'un de ces aspects, c'est la mutiler au lieu de la comprendre en elle-même<sup>3</sup> car elle est "l'alpha et l'oméga de la conscience musulmane"<sup>4</sup>.

« La loi sacrée de l'Islam est un ensemble des devoirs religieux, la totalité des commandements d'Allah, qui règlent la vie de chaque musulman sous tous ses aspects. Elle comprend en les mettant sur le même plan, des obligations concernant la prière et le rite, aussi bien que des règles politiques et légales au sens strict du mot... La loi islamique est le résumé de la pensée islamique, la manifestation la plus typique du genre de vie islamique, le cœur et le noyau de l'Islam lui-même... »

Même à l'heure actuelle, le droit, y compris dans ses aspects les plus techniques, reste un élément important, sinon le plus important, dans le combat entre le traditionalisme et le modernisme, sous le choc des idées occidentales...Il est impossible de comprendre l'Islam si on ne comprend pas la loi islamique »<sup>5</sup>.

Ainsi, Fatima Mernissi, poursuivant son dialogue et s'insurgeant contre le sort inégal réservé à la femme, alors qu'elle demande pourquoi les lois ne sont pas faites par les femmes, s'entend-elle répondre : « Dès que les femmes seront assez intelligentes pour commencer précisément à se poser cette question... elles vont trouver une manière de changer les règles qui vont complètement bouleverser la planète ». Combien de temps cela prendra-t-il ? a-t-elle demandé. Et Yasmina, sa tante, a répondu : « Très longtemps »<sup>6</sup>.

---

instaure, sont enchâssés dans le droit et donc "touchés" par lui; mais ils ne font rien - ou du moins rien de spontané - pour instaurer le droit. D'où vient alors ce droit qui s'impose sans que les hommes aient cru, ou voulu, le créer? L'Histoire offre trois réponses:

- le droit vient des cieux;
- il est révélé par les poètes et les sages;
- il est l'œuvre du temps."

<sup>1</sup> Noël COULSON "Histoire du droit islamique" PUF 1995.

<sup>2</sup> Jean Claude VADET "Les idées morales de l'Islam" PUF 1995

<sup>3</sup> G. H. BOUSQUET "L'éthique sexuelle de l'Islam".

<sup>4</sup> Jean Claude VADET, *op. cit.*

<sup>5</sup> Joseph SCHADT "Introduction au droit musulman", trad. Paul Kempf et Abdel Magid Turki, Maisonneuve et Larose 1983.

<sup>6</sup> Fatima Mernissi, *op. cit.* p. 77.

La loi musulmane est une loi faite « de main divine et non de main d'homme, corps dogmatique partiellement fondé sur la Révélation et la Sunna, et relevant d'un univers éthico-juridique fondamentalement différent de celui des droits laïques »<sup>1</sup>.

Il nous appartiendra de ne pas perdre de vue cette donnée essentielle qui éclairera tout notre développement ultérieur ; cette loi invisible, cette *qa'ida* d'essence divine, architecte des rapports humains, posera pour règle, ainsi que nous tenterons de le démontrer, l'inégalité de condition et de capacité entre les sexes.

Notre propos se limitera au droit musulman malékite, premier rite en importance dans ce qu'il est convenu d'appeler l'orthodoxie musulmane.

Si, en effet, l'islam se répartit en plusieurs "familles d'esprit", si tous les musulmans croient au même Dieu, "leurs divergences portent essentiellement sur la façon de concevoir le pouvoir spirituel et temporel, et sur leur relation au Coran"<sup>2</sup>, un adage musulman avançant même que la diversité des rites est une grâce de Dieu<sup>3</sup>.

C'est, en conséquence, à ce cadre tant que nous limiterons notre propos pour tenter de cerner la capacité juridique de la femme dans le mariage, en ayant soin de distinguer entre deux notions voisines bien que différentes, qui sont celles de condition et de capacité, ce qui nous conduit tout naturellement à situer la femme dans la tradition islamique aux fins de poser les données du problème.

L'objet de notre étude se limitant à l'examen de la capacité de la femme au regard du lien matrimonial en droit musulman malékite, c'est, bien évidemment, l'aspect juridique que nous privilégierons. Il importe néanmoins de ne pas occulter le rôle social, voire sociologique de celle-ci, tant il apparaît que ces deux notions sont étroitement imbriquées.

Le droit, en effet, n'est autre, le plus souvent, que le reflet de la société dont il fixe les règles de fonctionnement. Droit et société sont étroitement liés, à telle enseigne que l'examen de toutes les doctrines sociologiques, politiques ou juridiques « ont porté sur les rapports réciproques entre droit et société : d'une part la question de la société dans le droit, c'est à dire des comportements socialement conformes ou

---

<sup>1</sup> F.P. BLANC Islam et/en laïcité.

<sup>2</sup> Paul BALTA, "L'Islam", éd. "le Monde" 1995, 215 p., p.30.

<sup>3</sup> Des quatre rites sunnites, (hanéfite, malékite, chaféite et hanbalite) l'école malékite, du nom de son fondateur Mâlik B. anas (ob. 795), plus proche du droit du hijaz, droit connu pour ses solutions formalistes et très traditionalistes, et représentant de la tradition médinoise dont il privilégie les sources, fleurit principalement en Afrique (Haute Egypte, Maghreb, Afrique noire). Cette école est dite « gens du hadith » ; elle a tendance à écarter le jugement personnel, pour s'en tenir à la stricte interprétation du Coran. Elle a mis en valeur l'ijma (consensus des « anciens savants de Médine ») ; d'après Ibn Khaldûn, « sa méthode est la recherche et l'étude de la manière d'agir et de décider du Prophète ». Ce rite préconise largement l'istislah, qui est la recherche de l'intérêt de la Communauté, et la maslaha (prise en compte de l'intérêt public). Il admet de façon non négligeable la coutume (urf), principalement pour les stipulations et les contrats. Rite moins ouvert, plus contraignant que le rite hanéfite, il laissera une moindre place au jugement personnel (ray) ou encore à l'effort de recherche personnel (ijtihad). La doctrine malékite est fortement charpentée, plus moralisante que juridique, et dépend aussi des pratiques juridiques omeiyades, celles de Médine et de la Mecque.

non au regard des normes, ce qu'on appelle la réalité juridique effective et qui peut aussi servir d'indicateur d'un droit libre, latent ou en formation, et d'autre part, la question du droit dans la société, c'est à dire de la position, de la fonction et des fins du droit dans la société »<sup>1</sup>.

Ainsi, et au regard de ce qui précède, il conviendra en préambule, de s'interroger sur la place de la femme dans la tradition islamique pour en comprendre son statut dans la société musulmane : selon le concept tribal de filiation par les hommes, la femme appartient à son groupe agnatique, ce qui suppose la responsabilité sur sa parenté du parent mâle de la ligne paternelle, tant sur le plan économique que moral et légal, et ce, quel que soit son statut marital. Par ailleurs, « l'honneur » de l'homme dépend essentiellement de la conduite morale des femmes de la famille ; d'où la nécessité absolue de chasteté pré-maritale chez les filles et les sœurs, de fidélité chez l'épouse, et de continence chez la veuve ou la divorcée (fille ou sœur). Ainsi donc, de par cette responsabilité envers les femmes de la parentèle, et d'honneur familial (liée à la pureté sexuelle des femmes), le contrôle des hommes sur les femmes s'en est trouvé consolidé. Ces deux éléments ont permis de perpétuer le statut de dépendance économique de la femme. L'islam, nous le verrons, ne réserve pas à la gent féminine le sort qu'attribuaient les romains à la "matrone", son rôle étant bien réel dans la "*domus*", tout comme en politique, suivant le dicton qui courait : « La République est dominée par les sénateurs, et les sénateurs par leurs femmes »<sup>2</sup>.

Une conception extrême, voire extrémiste, consisterait à nier toute existence à l'être féminin, dont la négation aurait été confirmée par la religion révélée. Le message musulman, malgré sa beauté estime que l'humanité n'est faite que de mâles. Non seulement les femmes sont considérées comme étant en dehors de l'humanité mais, de surcroît, comme une menace pour celle-ci.

La méfiance musulmane à l'égard de tout engagement hétérosexuel va se traduire par la ségrégation sexuelle et ses corollaires : le mariage arrangé, le rôle important que joue la mère dans la vie d'un fils, et la fragilité du lien matrimonial<sup>3</sup>.

La femme serait, en conséquence, pour les partisans de cette thèse, un sous-produit de l'humanité, quasiment un accident de l'histoire. Il ne nous paraît pas devoir faire notre conception pour le moins caricaturale. Certes, l'islam prône la prééminence masculine, sans toutefois nier, voire gommer l'existence de la

---

<sup>1</sup> Renato Treves, "Sociologie du droit", traduit de l'italien par William Baranès et Olivier Simsek, P.U.F. 1995, p. 15. De nombreux auteurs se sont exprimés sur ce point: voir encore Jean Carbonnier "Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur", L.G.D.J. Friedrich A. Hayek "Droit, législation et liberté" 3 volumes, P.U.F. Marcel Mauss "Sociologie et anthropologie" P.U.F. Louis Assier Andrieu, "Le droit dans les sociétés humaines", Nathan 1996.

<sup>2</sup> Romuald Szramkiewicz "Histoire du droit français de la famille", connaissance du droit, Dalloz, 1995, p. 7.

<sup>3</sup> Fatima Mernissi, "Sexe, idéologie, Islam", édition marocaine faite à partir des éditions Tierce, p. 30.

femme dont le rôle, à notre avis, participe à la cohésion sociale, voire à l'équilibre tel qu'il a été conçu par les tenants du Prophète.

En outre, s'il nous est permis de pousser plus avant notre raisonnement, il n'est nullement exclu de penser que c'est précisément ce sort "déséquilibré" réservé à la femme qui peut permettre à celle-ci, à l'aube de notre XXI<sup>e</sup> siècle, un sursaut salvateur qui extirpera le fanatisme religieux de la société musulmane pour recomposer cette dernière autour des valeurs essentielles pour toute civilisation avancée ou prétendue telle, que sont la démocratie et la liberté.

C'est bien plus l'acceptation de Boudhiba que nous ferons notre. La prééminence masculine est fondamentale en Islam. Mais le Coran n'en méconnaît pas pour autant l'éternel féminin. Après tout, la différence homme femme n'est que d'un seul pauvre petit degré *-daraja-* ! Un souffle féministe parcourt par moment les textes les plus sacrés. On raconte même que quelques femmes de la première communauté islamique étaient d'ardentes féministes, telle l'ancienne guerrière Nusaybah. Elle demanda à Mahomed pour quelles raisons, dans le Coran, Dieu s'adressait toujours aux hommes et jamais aux femmes. La légende veut que Dieu reconnut la validité de sa question car par la suite la Révélation parlera à la fois des "Croyants" et des "Croyantes"<sup>1</sup>.

Et, poursuivant son raisonnement, Bouhdiba résume cette situation à sa manière : « La femme procède de l'homme. Dieu nous a créés à partir d'une personne (*nafs*) unique dont il a tiré son épouse. La femme est chronologiquement seconde. C'est en l'homme qu'elle trouve sa finalité. Elle est faite pour sa jouissance, pour son repos, pour son accomplissement. L'homme qui se marie se rend possesseur de la moitié de sa religion »<sup>2</sup>.

Cette position médiane définit explicitement la place de la femme au sein de la Révélation : de rang inférieur, certes, mais omniprésente, tel que le principe en est posé par le Coran lui-même :

« *Les maris sont supérieurs à leurs femmes* » (II- 228).

---

<sup>1</sup> Abdelwahab Bouhdiba "La sexualité en islam" Puf, 1986, p. 31, citant Emel Esin, "La Mecque ville bénie, Médine ville radieuse" p. 97. Nous ne résistons pas à la tentation de citer à ce propos un texte de Naoual El Saadaoui, "La face cachée d'Eve", éd. des Femmes, 1982, qui nous paraît parfaitement résumer l'enjeu du débat: "Les femmes arabes doivent s'organiser en une force politique assez puissante afin d'œuvrer elles mêmes à leur propre libération. Elles doivent constituer des mouvements bien organisés de femmes dotées d'une grande conscience politique et capables, d'une part de déterminer les droits pour lesquels la femme doit lutter et, d'autre part, d'énoncer clairement leurs objectifs ainsi que la façon dont elles comptent les réaliser... Les femmes arabes ont été les premières à se rebeller contre le système patriarcal. Il y a quatorze siècles, elles ont obtenu gain de cause en s'élevant contre l'usage unique du genre masculin dans les passages du Coran qui s'adressaient aux hommes et aux femmes. Leur désapprobation est restée célèbre: "Nous avons professé notre foi en l'islam, tout comme vous! Pourquoi ne sommes nous pas mentionnées dans le Coran?" A l'époque, on utilisait pour les hommes et pour les femmes le terme unique de mouslimoun (musulmans) mais Dieu employa désormais les termes suivants: musulmans et musulmanes, croyants et croyantes".

<sup>2</sup> A. Bouhdiba, *op. cit.*

Nous nous permettrons cependant, de mettre en exergue le rôle majeur joué par la femme tout au long de l'histoire de l'avènement de l'islam, et ce, dès l'origine. Deux exemples nous convaincront : le premier Croyant en la mission de Mohamed aura été une femme, son épouse Khadidja, première dame de l'islam, "noble femme d'affaire, protectrice, maternelle et tellement aimante..."<sup>1</sup> suivie d'un enfant, Ali, qui sera ultérieurement une figure majeure de la nouvelle religion ; de même, la primauté du martyr de l'Islam revient à une femme, servante de surcroît, Soumaya, tuée par la lance d'Abou Jahl, ennemi juré de Mohammed.

Que dire encore d'Aïcha, la coquette "vertueuse", "tellement femme mais toujours sans reproche", de Zuleikha, l'énigmatique tentatrice de Joseph ?

Le Prophète lui-même, aux dires de la Révélation, a passé son existence terrestre entouré d'éléments féminins ; de nombreux récits faisant état de sa vie intime le montrent évoluant très souvent au milieu des femmes : quinze avec lesquelles il eut commerce, neuf autres qui le tentèrent, quatre filles qu'il engendra, sa mère Amina, sa nourrice Halima... « Ces femmes du Prophète si rarement évoquées de nos jours, absentes ou presque du regard de l'Islam moderne, étaient pourtant placées en pleine lumière par la Sunna »<sup>2</sup>. Mahomed disait, paraît-il, que parmi les « choses » les plus délectables de la vie figuraient les parfums et les femmes. Ses épouses furent, disait-il aussi, son plus grand plaisir dans la vie, subordonné seulement à celui que lui procurait la prière.

Aux antipodes d'un islam misogyne, ce rapport amoureux est un rapport chaleureux qui associe relation féminine et pratique religieuse (l'appartement ne communiquait-il pas directement avec la mosquée ?). Ce rapport s'inscrit dans le message de l'Islam et évoque le sens que le Coran donne à la relation conjugale : « *Il a établi l'amour et la bonté entre vous* » (XXX, 21). Il donne à la musulmane les droits qui s'attachent à la qualité de croyant, au même titre que les hommes, et est soumise aux mêmes devoirs fondamentaux de la religion<sup>3</sup>. « Ces épouses du Prophète ayant le libre accès à la mosquée ainsi qu'aux Lieux Saints, recevant l'éducation comme nécessaire fondement de la vie religieuse, apportent un démenti

---

<sup>1</sup> A. Bouhdiba, *op. cit.*

<sup>2</sup> Magali MORSY Les femmes du Prophète Mercure de France 1989, p. 14.

<sup>3</sup> Ainsi, XXXIII, 35 Les factions

Oui ceux qui sont soumis à Dieu et celles qui lui sont soumises  
les croyants et les croyantes,  
les hommes pieux et les femmes pieuses,  
les hommes patients et les femmes patientes,  
les hommes et les femmes qui redoutent Dieu,  
les hommes et les femmes qui font l'aumône,  
les hommes et les femmes qui jeûnent,  
les hommes chastes et les femmes chastes,  
les hommes et les femmes qui invoquent souvent le nom de Dieu,  
voilà ceux pour lesquels Dieu a préparé un pardon et une récompense sans limites.

mal supporté par toute société fondée sur la suprématie masculine et ses pratiques dominatrices<sup>1</sup> ». Nous sommes loin de la pratique sociale qui marginalise, dévalorise ou exclut la femme et en fait une éternelle mineure.

Nous pouvons déduire de ce qui précède que si, certes, l'Islam ignore la femme prophète, il n'en demeure pas moins que celle-ci est toujours présente, tous les hommes Prophètes baignent dans un monde féminin abondamment évoqué dans les textes sacrés<sup>2</sup>.

Qu'il s'agisse d'Eve<sup>3</sup>, de Bilquis<sup>4</sup>, reine de Saba et conquête de Salomon, de Marie<sup>5</sup>, de la femme de Loth et de ses filles abusives, de la femme de Noé, de la dame de Zacharie, d'Açia, femme du Pharaon,... la femme participe intégralement à la Révélation.

Or, toute société s'organisant "naturellement" autour des deux pôles, masculin/féminin, les données du problème nous apparaissent clairement non seulement au regard de l'organisation de la société musulmane elle-même, mais encore et surtout au regard du droit international privé. Le XXI<sup>e</sup> siècle frappe à nos portes et avec lui la multiplication des échanges internationaux rendue possible par le développement des moyens de communication, situation entraînant *ipso facto* un brassage de races notamment par le biais des mariages mixtes.

Comment, dans de telles hypothèses, concilier le droit occidental éminemment laïque, avec un droit musulman par essence religieux ?

Quelles solutions appliquer au litige mettant en présence un homme et une femme issus de deux traditions différentes, litige ayant trait au lien matrimonial ou encore à la filiation ?

En d'autres termes, à l'heure d'une mondialisation à outrance, comment régler les conflits de lois entre des systèmes ne procédant pas de la même logique ?

Ce qui démontre à l'évidence, que l'étude du droit musulman ne relève pas seulement d'une curiosité anthropologique, mais bien plutôt d'un impératif pour qui souhaite mieux appréhender la complexité de nos relations, *a fortiori* pour celui qui est tenu d'en résoudre les litiges.

Si nous avons volontairement limité notre propos à la capacité juridique de la femme au regard de son statut personnel, il n'en demeure pas moins qu'il est important malgré tout, fut-ce sommairement, de considérer celle-ci dans son statut religieux, statut qui nous permettra d'appréhender dans son acception la plus large l'essence même de sa condition, déterminante de sa capacité.

---

<sup>1</sup> Magali MORSY Les femmes...*op. cit.* p.17

<sup>2</sup> Bouhdiba, *op. cit.* p.31

<sup>3</sup> VII-18

<sup>4</sup> XXVIII, 22 à 44

<sup>5</sup> III; XIX; XXI, 31; XXIII,52; LXVI, 12.

Dans son “Discours sur l’histoire universelle” (« al- Muqaddima »), Ibn Khaldûn<sup>1</sup> tout en mettant en exergue les prescriptions coraniques qui posent pour règle que “les hommes ont autorité sur les femmes”<sup>2</sup>, tempère cette assertion en ce qui concerne les devoirs religieux pour lesquels chacun serait seul juge. En réalité, les femmes se devraient de remplir leurs obligations culturelles non par simple analogie, mais bien parce que le Livre le leur enjoindrait expressément.

Nous savons que la participation des femmes dans le domaine religieux dura tout le temps de la prédication. « Des écrits nous rapportent en effet, que des Croyantes interrogeaient sans gêne Mahomet sur tel point de la Révélation et qu’il leur répondait tout aussi naturellement... Elles participaient aux débats sur la foi ou sur tout autre sujet. Elles assistaient aux prêches de Mahomet, se rendaient comme les hommes à la mosquée et prenaient part aux activités religieuses des jours de fête »<sup>3</sup>.

Pour les tenants d’une conception plus restrictive, il ne leur serait pas directement prescrit d’observer les lois religieuses dans la mesure où elles n’auraient aucun pouvoir par elles-mêmes<sup>4</sup>.

Si ces deux thèses n’ont en apparence qu’un intérêt limité pour notre sujet, elles donnent, l’une comme l’autre, le ton. En forçant le trait, la question qui viendrait immédiatement à l’esprit, serait de savoir si la femme est ou n’est pas créature de Dieu, ce qui, dans cette dernière hypothèse, la relèguerait au rang animal, duquel on n’attend aucune dévotion particulière.

Dans la pratique, la tradition musulmane ayant souvent voulu que la femme ne prie guère, mais se borne à former des vœux, l’inégalité paraît consommée, ce qui, à notre regard occidental s’avère pour le moins incompréhensible.

Il conviendra cependant de se garder de porter des jugements par trop hâtifs, à l’emporte-pièce, sauf à risquer de dénaturer le contenu de la loi musulmane et d’occulter sa spécificité tant historique que sociologique.

Est-il besoin de rappeler ici qu’avec “la fermeture des portes de l’effort”, le droit musulman s’est figé et est devenu par là insusceptible d’évolution ?

Cette donnée essentielle se devra d’être en permanence, présente à l’esprit dans la suite de notre propos, ne fût ce que pour considérer le sort qui lui est réservé par les codifications contemporaines.

Ce sort “inférieur” réservé à la femme procède d’une tradition solidement consacrée par notre ancien droit. Dès le premier siècle, l’Eglise appelle la femme à la même vie chrétienne que l’homme ; elle n’est pas, comme dans la religion juive, exclue du culte, mais ne peut, comme dans les cités grecques, accéder au sacerdoce ;

---

<sup>1</sup> Ibn KHALDÛN “Discours sur l’histoire universelle- al Muqaddima” t.1, Commission internationale pour la traduction des chefs d’œuvre, Beyrouth 1967.

<sup>2</sup> Coran, IV, 38.

<sup>3</sup> Juliette MINCES Le Coran et les femmes Hachette coll. Pluriel 1996 p. 67.

<sup>4</sup> D’après le savant religieux Ar Râsi cité par Ibn KHALDÛN.

elle ne doit ni enseigner, ni faire la loi à l'homme mais se tenir tranquille (Tim.2, 11-12). Si les veuves et les vierges sont spécialement consacrées aux "affaires du seigneur" (1 Cor.7, I Tim 5,9-10), la vocation normale de la femme est le mariage : elle doit être soumise à son mari, car le mari est le chef de la femme (*vir caput mulieris*) ; il doit aimer sa femme "comme son propre corps", "comme le Christ a aimé l'Eglise" (Eph.5, 21-33)<sup>1</sup>.

Le terrain de notre étude ainsi "défriché", nous pourrions aborder la capacité juridique de la femme dans le mariage sous deux aspects : dans la formation et les effets du mariage (I) et dans le cadre de sa dissolution (II).

## **I/ LA FORMATION ET LES EFFETS DU MARIAGE**

L'Islam, à l'inverse de notre civilisation chrétienne, n'a nullement, loin s'en faut, posé pour règle l'indissolubilité du lien matrimonial.

Alors que cette dernière est prônée par l'Eglise d'Occident au prétexte pris que « l'homme ne saurait désunir ce que Dieu a uni »,<sup>2</sup> en terre d'Islam cette conception n'a pas cours, la répudiation se trouvant très précisément codifiée. Comme toute institution, nous disent les auteurs classiques, celle du mariage nécessite un chef qui l'oriente, la guide et la protège et c'est à l'homme que les textes confient cette mission. Cet « état de chef » se résume par l'autorité omnipotente du mari sur la femme.

Certains juristes, tel l'imam Ghazali, iront jusqu'à convenir que le mariage est l'équivalent de l'esclavage pour une femme parce qu'elle se trouve dans l'obligation d'obéir à son mari, sans limite aucune, sauf dans le cas où ce qu'il lui demande constitue "une violence flagrante des ordres d'Allah". Serait-il, d'après la définition qu'en donnait Pascal « la plus pénible et la plus basse des conditions du christianisme, condition vile et préjudiciable » ?

Ainsi, le mariage dans l'Islam, point de départ d'une nouvelle cellule familiale, fera que l'épouse deviendra le plus souvent un personnage plus important que ne peut l'être la femme en tant que telle ; mais c'est à l'évidence, la fonction de reproduction que l'on vénère et non l'individu ; « le mariage est crucial dans la vie d'une femme, car de son issue dépend son destin futur<sup>3</sup>.

« Le mariage, en Islam est un contrat qui institue entre un homme et une femme un statut juridique, de nature morale et religieuse, influencé par des intérêts sociaux »<sup>4</sup>, acte juridique par lequel un homme et une femme acceptent de vivre

---

<sup>1</sup> Paul OURLIACH et Jean Louis GAZZANICA "Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil" éd. Albin Michel pp. 265-266.

<sup>2</sup> Seul l'Evangile de Matthieu (V-32 et XIX-9) ajoute « si ce n'est pour cause de fornication » (c'est à dire d'adultère), texte dont s'inspirera l'Eglise Orthodoxe pour autoriser le divorce.

<sup>3</sup> Malek CHEBEL, "Encyclopédie de l'amour en Islam" éd. Payot, p.222 lequel ajoute : "Un symbolisme touffu (souvent en référence à la terre-mère) entoure les étapes qui jalonnent la transformation du statut de la femme en épouse, l'épouse en mère, la mère en mère d'enfant mâle".

<sup>4</sup> François Paul BLANC "Le droit musulman" Dalloz, p. 37.

ensemble en vue de la fondation d'un nouveau foyer, acte ne symbolisant cependant que très rarement l'amour. Il n'est autre, le plus souvent que la résultante d'un arrangement entre deux familles, tout comme auparavant entre deux tribus. En effet, reprenant la coutume du *hedjaz*, l'islam ne considère pas le mariage comme un sacrement mais comme un engagement « civil » passé entre deux familles, même s'il se fait en présence d'un homme de religion qui joue alors le rôle de juge.

La déclaration islamique universelle des droits de l'homme<sup>1</sup> stipule dans son article 20 les "droits de la femme mariée", intitulé qui, à lui seul, dénote le caractère "réducteur" de ces derniers :

« Toute femme mariée a le droit :

a) de vivre dans la maison où vit son mari ;

b) de recevoir les moyens nécessaires au maintien d'un niveau de vie qui ne soit pas inférieur à celui de son conjoint et, en cas de divorce, de recevoir pendant la période d'attente légale (*'iddah*) des moyens de subsistance compatibles avec les ressources de son mari, pour elle-même ainsi que pour les enfants qu'elle nourrit ou dont elle a la garde ; toutes ces allocations, quels que soient sa propre situation financière, ses propres revenus ou les biens qu'elle pourrait posséder en propre ;

c) de demander et d'obtenir la dissolution du mariage (*khul'ah*) conformément aux dispositions de la Loi ; ce droit s'ajoute à son droit de demander le divorce devant les tribunaux ;

d) d'hériter de son mari, de ses parents, de ses enfants et d'autres personnes apparentées conformément à la Loi ;

e) à la stricte confidentialité de la part de son époux ou de son ex époux si elle est divorcée, concernant toute information qu'il pourra avoir obtenue à son sujet et dont la divulgation pourrait être préjudiciable à ses intérêts. La même obligation lui incombe vis à vis de son conjoint ou de son ex conjoint ».

Nous nous attacherons, en premier lieu, à considérer, pour la compréhension ultérieure de notre développement, la définition et la nature du mariage en droit musulman (A) pour aborder la capacité de la femme dans le cadre de la formation de celui ci (B) et des effets qu'il produit (C).

#### **A/ Définition du mariage musulman**

Considéré par le Coran comme un devoir<sup>2</sup>, le mariage, pour le musulman, est, après la naissance, l'autre grand moment de la vie ; il est le mode légal d'assouvissement de la sexualité<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rédigée par le Conseil Islamique d'Europe réuni à Londres et promulguée à l'UNESCO à Paris le 19 septembre 1981.

<sup>2</sup> Le Coran, XXIV,32 « La Lumière ».

<sup>3</sup> GHAZALI (1058-1111) présente cinq avantages du mariage: "Il procure la postérité, éteint la concupiscence, assure une bonne économie domestique, augmente les liens d'alliance (*achira*) et entraîne l'homme à lutter contre son égoïsme pour entretenir toutes les femmes de la famille." Il cite par ailleurs les hadiths suivants faisant ressortir la supériorité de l'homme marié: "Une rak'â (fraction de prière)

Le mariage et ses règles, le statut de la femme, sont autant de domaines de la vie sociale les plus fréquemment abordés par le Coran<sup>1</sup>, à telle enseigne que l'union de l'homme et de la femme en vue de la procréation pour perpétuer la race, est une obligation quasi-religieuse en Islam. A aucun moment le célibat ne sera valorisé; la femme sera l'instrument du plaisir de l'homme, plaisir prôné par le Coran, sans que jamais le Livre ne s'appesantisse sur une quelconque réciprocité.

Cela est si vrai que certains juristes classiques considéreront que le seul objet de l'union est la jouissance charnelle, « le contrat par lequel on obtient l'appareil générateur d'une femme dans l'intention d'en jouir » : la jouissance physique deviendrait ainsi le but déterminant du contrat<sup>2</sup>, en quelque sorte "la possession physique légale".

Nous constatons par là à quel point nous sommes éloignés de notre conception occidentale, héritière du droit romain et façonnée par la doctrine du christianisme !

Il n'en demeure pas moins, cependant, qu'au regard de notre propos, une telle approche du lien matrimonial pourrait, et certains s'y sont essayés, assimiler cette union à une vente, notamment par l'exigence légale de la dot, point sur lequel il nous sera donné de revenir.

Pour d'autres, le mariage se met au service d'intérêts religieux, sociaux ou encore matériels : l'aspect charnel n'en serait que l'un des aspects et non une fin en soi.

Al Ghazali considère qu'il « présente cinq avantages : il procure la postérité ; éteint la concupiscence ; assure une bonne base domestique ; augmente les liens d'alliance et entraîne l'homme à lutter contre son égoïsme pour entretenir les femmes de la famille....la postérité c'est bien le but recherché par la nature et la sagesse divine; la concupiscence n'est que le moyen d'y parvenir »<sup>3</sup>.

La finalité de l'union matrimoniale semble dès lors sinon controversée, pour le moins multiple, tant il apparaît que l'islam, bien loin de nier les rapports sexuels,

---

d'homme marié vaut mieux que soixante dix rak'â de célibataire" ou encore "La dévotion du dévot n'est pas complète tant qu'il ne s'est pas marié" (cité par Malek CHEBEL "L'Encyclopédie de l'Amour en Islam",PAYOT).

<sup>1</sup> Nous pouvons citer pour exemple quelques versets extraits de diverses sourates:

II- 187 "La cohabitation avec vos femmes vous est permise durant la nuit qui suit le jeûne. elles sont un vêtement pour vous, vous êtes, pour elles, un vêtement".

II- 223 "Vos femmes sont pour vous un champ de labour: allez à votre champ comme vous le voudrez..."

IV- 3 "Epousez, comme il vous plaira, deux, trois ou quatre femmes..."

<sup>2</sup> Aussi IBN'ARAFAH le définit-il de la manière suivante: "le mariage est un contrat qui a pour but unique de se procurer une jouissance physique avec une Adamite (femme) sans que l'homme ait à payer le prix de cette dernière". O.PRESLE, "Le mariage chez les malikites de l'Afrique du Nord" Rabat, 1936 p. 21 cité par ALAYLI Bahaeddine "La réglementation des rapports sexuels en droit musulman comparé" Thèse Paris 1980,p. 103.

<sup>3</sup> Al GHAZALI, trad. Bousquet et Bercher, p. 15.

prône la jouissance des corps<sup>1</sup>, alors que notre code civil suivant l'expression fameuse considère le mariage comme "une union de deux patrimoines bien plus que de deux épidermes".

Quel que soit le dessein qu'on attribue au mariage, il n'en demeure pas moins que le contrat y joue un rôle primordial, scellant officiellement une union entre deux personnes et deux familles. Il en fait un acte social. En particulier, il permet à la fiancée d'introduire des clauses qui préserveront certains de ses droits en limitant ceux de son futur mari : par exemple, elle peut lui demander de renoncer à son droit de polygamie, de lui permettre de poursuivre son activité professionnelle à l'extérieur. Mais, nombre d'entre elles, ignorant qu'elles peuvent s'assurer des droits ou subissant la pression de la famille, se retrouvent à la merci du bon vouloir de leur mari<sup>2</sup>.

Au delà de ces polémiques, les juristes modernes, dans bon nombre de cas, ne donneront que de rares définitions du mariage, pour bien plutôt en souligner les objectifs et les caractères généraux, la plupart des codifications contemporaines des pays arabes admettant une définition en vigueur dans nos systèmes occidentaux, et par là, proche du droit romain<sup>3</sup>.

Des éléments qui précèdent, il nous est loisible de dégager les quatre buts principaux de l'institution matrimoniale islamique :

- Le mariage fonde la famille conjugale;
- Il perpétue l'espèce humaine dans un cadre légal;
- Il participe de l'organisation de la vie en société;
- Il protège l'individu contre les débordements sexuels;

Ce qui fait dire à Alayli B. que "le mariage musulman est l'acte juridique par lequel l'homme et la femme s'unissent pour propager légitimement la race humaine, pour se protéger contre les dérèglements de la concupiscence et pour vivre en commun en prêtant secours et aide mutuelle<sup>4</sup>."

---

<sup>1</sup> L'acte sexuel serait même une médication puisque Selon Aïcha, épouse préférée du Prophète, le coït "repose l'âme, fortifie la volonté, éclaire l'esprit, améliore la vue, éloigne les maladies, prévient la folie et assouplit le corps"; selon All Suyuti Jalaleddine, "Kitâb al îdhâh'fi 'ilmil nikah" cité par A. Bouhdiha.

<sup>2</sup> L'importance du contrat présidant au mariage intervient surtout dans le cas où une femme refuserait l'introduction d'une coépouse, aucun texte ne prévoyant ce cas. Ce contrat fut utilisé par des femmes célèbres, dès les débuts de l'Hégire, pour s'assurer que leur époux resterait monogame.

<sup>3</sup> Art. 1 de la loi du 17/9/53 (code Syrien) : "Le mariage est un contrat entre un homme et une femme qui ne lui est pas interdite en droit, ayant pour but de créer un lien pour la vie en commun et la procréation..."; code marocain: "Le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable. Il a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par la fondation, sur des bases stables, et sous la direction du mari, d'un foyer permettant aux époux de faire face à leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel".

<sup>4</sup> ALAYLI B. *op. cit.* p. 113.

Rochdi Alili<sup>1</sup> fait valoir la prééminence de l'élément masculin, le rôle de la femme s'inscrivant dans une longue tradition héritée bien souvent des coutumes préislamiques, "l'organisation de la famille ne tourne pas autour d'un patrimoine mais autour de la personne même du chef de famille".

Qu'en est-il de cette "suprématie" tant dans la formation que dans les effets du mariage ?

## **B/ La capacité de la femme dans la formation du mariage**

L'étude de la capacité de la femme dans la formation du mariage nous conduira à l'examen de deux points particuliers : les conditions de validité de l'union (l'absence d'empêchements) et le consentement. De l'étude de ceux-ci, le sort particulier réservé à la compagne, dont l'inégalité par rapport à la masculinité est érigée en véritable institution, nous apparaîtra très nettement.

### **1° Les empêchements au mariage**

Préalablement à la formation du lien conjugal, le croyant se devra de respecter les prescriptions coraniques relatives aux empêchements à mariage.

Il n'est pas dans notre propos de nous étendre sur les empêchements permanents liés à la parenté, à l'alliance ou au serment d'anathème. La loi, en effet, réserve sensiblement le même sort aux futurs époux, indistinctement de leur sexe<sup>2</sup>. Seuls les empêchements spécifiques à la femme retiendront ici notre attention, empêchements qui sont par nature temporaires.

Il convient d'ores et déjà de préciser que certains relèvent d'un caractère religieux, d'autres obéissant à des considérations plus "profanes".

#### **a) L'empêchement religieux.**

Nous laisserons volontairement de côté l'état d'*ih'ram* ou de sacralisation dans la mesure où il touche indistinctement les deux sexes : le pèlerin se rendant à la ville sainte, et par là se mettant en état d'*ih'ram*, non seulement ne pourra commettre l'acte sexuel mais encore, pour les malékites, sera interdit au mariage : "Le pèlerin ne peut se marier ni adresser une demande en mariage"<sup>3</sup>.

Toute autre sera la question de la différence de religion.

S'il est posé pour principe que le mariage est absolument interdit entre musulmans et païens qu'en sera-t-il entre musulmans et gens du Livre ?

---

<sup>1</sup> "Qu'est ce que l'islam?" Coll. La Découverte, p. 115.

<sup>2</sup> A l'exception cependant de l'alliance en ligne directe dont les prescriptions sont posées par le Coran: "Vous sont interdites:...Les belles filles placées sous votre tutelle, nées de vos femmes avec qui vous avez consommé le mariage, nulle faute cependant ne vous sera imputée si le mariage n'a pas été consommé" (IV-23), ce qui pose pour règle dans ce dernier cas de non consommation que l'époux pourra épouser la fille de sa femme, alors que l'épouse ne pourra pas dans la même situation épouser le fils de son mari.

<sup>3</sup> L. MILLIOT, F. P. BLANC, "Introduction à l'étude du droit musulman" p. 288. Il est à noter qu'une solution toute différente sera adoptée par les hanéfites qui considèrent un tel mariage valable, puisque la consommation n'est pas concomitante à l'échange des consentements.

La réponse est donnée sans ambiguïté aucune par le Coran : *“Ne mariez pas vos filles à des polythéistes avant qu’ils ne croient. Un esclave croyant vaut mieux qu’un homme libre et polythéiste, même si celui ci vous plaît.”*(II- 221).

L’un des éléments fondamentaux de l’Islam est que la Révélation divine s’est poursuivie postérieurement au judaïsme et au christianisme : Dieu s’est manifesté directement au Prophète Mahomed qui a reçu pour mission fondamentale de transmettre le message divin à sa communauté, sans pour autant rejeter les Ecritures Saintes révélées<sup>1</sup>.

Alors que l’on aurait pu croire à une égalité de traitement, II-221 réglant le sort de la femme comme celui de l’homme, force est de constater qu’il n’en est rien. La question du mariage masculin est en effet réglée par deux sourates, la seconde abrogeant la première : *“ N’épousez pas des femmes polythéistes, avant qu’elles ne croient. Une esclave croyante vaut mieux qu’une femme libre et polythéiste, même si celle ci vous plaît.”* (II-221), V-5 réformant sans ambages cette égalité : *“Aujourd’hui les bonnes choses vous sont permises. La nourriture de ceux auxquels le Livre a été donné vous est permise, et votre nourriture leur est permise. L’union avec les femmes croyantes et de bonne condition, et avec les femmes de bonne condition faisant partie du peuple auquel le Livre a été donné avant vous, vous est permise, si vous leur avez remis leur douaire, en hommes contractant une union régulière et non comme des débauchés, ou des amateurs de courtisanes ”*<sup>2</sup>.

Reste à savoir si “les bonnes choses permises” ne perdront pas le charme que constitue l’attrait du fruit défendu<sup>3</sup> !

Sur le plan doctrinal une telle alliance n’est cependant pas considérée comme la panacée : l’Imam Malik fondateur de l’Ecole, affirme d’après Ibn Al Qasim que le mariage entre l’homme musulman et la femme des gens du Livre est extrêmement blâmable, car, dit-il, “la chrétienne boit du vin, le mari couche avec elle et l’embrasse. S’il vient à avoir des enfants, ceux ci sont élevés dans la religion de sa femme, nourris des aliments interdits et abreuvés de vin”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> « Nous croyons en Dieu; à ce qui nous a été révélé; à ce qui a été révélé à Abraham, à Ismael, à Isaac, à Jacob et aux tribus; à ce qui a été donné à Moïse, à Jésus, aux Prophètes de la part de leur Seigneur. Nous n’avons pas de préférence pour l’un d’entre eux: nous sommes soumis à Dieu » (III- 84).

<sup>2</sup> Il n’est pas inutile de rappeler ici que selon l’Ancien Testament, il est interdit aux juifs d’épouser des non juives (Genèse XXIV, 2, 4) alors que le Christianisme n’opère aucune ségrégation de ce type, “le mari non croyant se (trouvant) sanctifié par sa femme et la femme non croyante se (trouvant) sanctifiée par le mari croyant” (1, Cor. 12,14).

<sup>3</sup> Une telle conception pourrait paraître pour le moins surprenante, à l’examen, dans la mesure où certains versets du Coran ne sont pas loin de considérer juifs et chrétiens comme des infidèles: “Les juifs ont dit: Uzaïr est fils de Dieu! Les chrétiens ont dit: le Messie est fils de Dieu! telle est la parole qui sort de leurs bouches; ils répètent ce que les incrédules disaient avant eux. Que Dieu les anéantisse! Ils sont tellement stupides!” (IX- 30).

<sup>4</sup> ALAYLI B. *op. cit.* p. 285. De même Mukhtasar Khalil, trad Bousquet “Abrégé de la loi selon le rite de l’Imam Malik” Alger 1958, t. II, p.35: “ Le mariage avec une infidèle est en principe interdit; il n’y a cependant que blâme de la loi si la femme est de condition libre, chrétienne ou juive, spécialement en territoire de guerre”. Encore Luba Al-Lubab, p. 90 cité par O. Pesle p. 108 “Le mariage chez les

Il n'en reste pas moins cependant que si l'homme a le droit d'épouser une femme de la religion du Livre, juive ou chrétienne, la femme ne pourra épouser qu'un musulman.

Les motifs d'une telle interdiction devront être recherchés dans la vocation expansionniste de l'Islam, vocation parfaitement résumée par Hervé Bleuchot : « L'islam est une religion à livre (le Coran) et porteuse d'un droit religieux écrit. Il s'accommode facilement des religions antérieures dans un premier temps, mais finit par les absorber dans un laps de temps plus ou moins long : le droit musulman est conçu de sorte que l'islam gagne toujours sur les tièdes des autres religions sans en perdre pour sa part un seul, ni par conversion, ni par mariage. Et comme la ferveur n'est pas héréditaire, de génération en génération, en captant les tièdes, l'islam convertit des continents entiers »<sup>1</sup>.

Il n'existera aucune contradiction pour l'homme à épouser une non musulmane monothéiste (*kitabya*) dès lors que les enfants issus de l'union seront élevés dans l'Islam, ce qui constituera un gain pour la communauté.

Tout différent sera le sort réservé à la femme en ce domaine puisque à défaut de conversion préalable du non musulman, ce dernier lui restera interdit. En effet, le mari exerçant une influence déterminante, il est à craindre que la musulmane mariée à un chrétien ou un juif n'abandonne la confession islamique pour embrasser la religion de son conjoint.

Les prescriptions coraniques de II-221 n'ont jamais été abrogées : l'union d'une musulmane avec un non musulman constituerait une perte pour la communauté<sup>2</sup>.

Il s'agirait même, pour nombre de musulmans de l'unique nullité radicale : c'est ainsi que le code ottoman de la famille de 1917 ne prévoyait en son article 58 la nullité radicale, ou empêchement au mariage que de celui résultant du fait que la femme était musulmane et le mari non musulman, "tous les autres empêchements, y compris les empêchements résultant de la parenté par le sang, ne produisaient que des effets plus restreints. Les mariages conclus en dépit de ces empêchements étaient simplement réputés viciés (*fâsid*)<sup>3</sup>.

Encore, de nos jours, la loi sur l'organisation de la famille, propre aux Chypriotes turcs, bien qu'ayant abandonné les normes du droit musulman, a conservé cette interdiction. C'est dire à quel point cette "mésalliance" heurte la conscience des musulmans!

---

Malékites" : "Les rapports sexuels avec les idolâtres sont interdits, que ce soit par mariage ou par tasarri (rapports légaux). Les rapports sexuels avec les femmes du Livre sont autorisés que ce soit par mariage ou par tasarri".

<sup>1</sup> Hervé BLEUCHOT, "Les cultures contre l'homme? Essai d'anthropologie historique du droit pénal soudanais", Presses Universitaires d'Aix en Provence.

<sup>2</sup> Ces prescriptions reprises par tous les codes de la famille expliquent les difficultés qu'ont les jeunes filles, issues de l'immigration, de faire accepter un mariage mixte à leurs parents.

<sup>3</sup> LINANT DE BELLEFOND "Traité de Droit Musulman Comparé" t. II, p. 125.

Cette prohibition sera intégrée dans l'ensemble des codifications contemporaines et posée comme règle<sup>1</sup>, à l'exception cependant du droit tunisien où elle est cependant appliquée suivant le principe immuable selon lequel dans le silence de la loi (contemporaine) il convient de se référer à la charria : le législateur tunisien aura estimé inutile de rappeler un principe fondamental du droit musulman.

Autant cette inégalité de traitement peut paraître pour le moins inique à nos yeux d'occidentaux, encore faut-il se placer dans le contexte musulman. Sa justification se trouve dans la fonction patrimoniale de la famille et sa structure patriarcale qui lui est liée. Le modèle traditionnel de la famille musulmane impose sociologiquement cette solution, le père détenant le pouvoir économique et par là détenant l'autorité. La mère et les enfants se trouvent de la sorte sous la dépendance directe du chef de famille.

La véritable question, réside dans la mutation de notre société, mutation à laquelle l'Islam n'échappe pas et que semble laisser entrevoir la législation tunisienne : les bouleversements socio-économiques de cette fin de siècle ont vu la femme remplir le rôle traditionnellement réservé à l'homme : le partage de l'autorité entre époux, le travail des femmes, l'accès à l'instruction...

Encore, se pose-t-il une autre interrogation de taille, relative au phénomène de la colonisation ou de l'immigration : le mariage du musulman avec une française ne serait-il pas une apostasie, les enfants devenant automatiquement français, n'étant plus régis par le droit personnel musulman<sup>2</sup> ?

---

<sup>1</sup> Article 29 du Code du statut personnel Marocain :

“Empêchements temporaires. - Sont prohibés :....

4°- Le mariage d'une musulmane avec un non musulman...”

De même encore l'article 48 al.2 du Code Syrien ou l'article 17 du code Irakien.

<sup>2</sup> La position développée par Mohamed Chafi, annotateur du Code du statut personnel marocain, 1<sup>o</sup> éd. 1996, nous paraît fort intéressante au regard du problème des mariages mixtes: “Néanmoins, la femme peut s'unir à un non musulman, mais à l'étranger, notamment devant l'officier de l'état civil des pays laïcs (par exemple en France) puisque cet officier ne tient plus compte, en raison de la laïcité du mariage et du principe de l'égalité des sexes, de l'empêchement pour disparité de culte. Apportées à la liberté du mariage par la loi personnelle d'origine, les restrictions religieuses seront écartées au nom de l'ordre public français. Mais au regard du droit marocain, une telle union est inexistante. Un auteur voit dans ce genre d'union “une atteinte à la souveraineté nationale (marocaine)” (ALLAL AL FASSI, « Pour la protection de la famille: Mariage mixte: une atteinte à la souveraineté nationale », EL ALAM, 15 et 16 mars 1974, R.T.D. 1975, p. 18, car l'officier de l'état civil, célébrant le mariage, ne respecte pas la loi personnelle de la femme marocaine. Mais, liée à un non musulman, cette dernière sera considérée comme non mariée, voire vivant en état de concubinage. Et si les époux en situation irrégulière se trouvent sur le territoire marocain, ils seront frappés par des sanctions pénales en vertu de l'article 409 C. P. Certains juristes considèrent la femme, violant une règle unanimement admise, comme apostate (V.A. FATTAL, “Le statut légal des non musulmans en pays d'Islam” Beyrouth, 1985, p. 86; AL DEEB ABU SAHLIEH, « L'impact de la religion sur l'ordre juridique: non musulmans en pays d'Islam » Thèse Fribourg, 1979). En revanche, la prohibition peut être levée par la conversion du prétendant, ce qui entraîne souvent des conversions artificielles pour obtenir un ersatz de statut ou recourir à toutes les fraudes possibles, telles la pratique de la polygamie, de la répudiation ou encore l'exhérédation des héritiers car un non musulman n'hérite pas d'un musulman (art. 228 C.S.P. comp. art 5 C.S.P.T. et V. HIZEM, “le mariage de la femme musulmane avec un non musulman en Tunisie”, D.E.S. Paris 1974).

Il apparaît en conséquence que cet empêchement, de caractère religieux, ne puisse évoluer en fonction de l'état de modernisation de la société de marché, car l'essence même la Révélation en serait dénaturée. Islam et modernisme, de ce point de vue, paraissent antinomiques.

**b) Autre cause d'empêchement : la tétragamie**

Au nombre des autres empêchements temporaires dont il n'est pas lieu de traiter ici, la tétragamie retiendra plus particulièrement notre attention en ce qu'elle évoque la question de la polygamie, touchant au premier chef à la capacité de la femme et par là même, à son "inégalité" de sort et de statut. Il s'agira de l'hypothèse que l'on peut qualifier de "polygamie excessive" : un homme marié à quatre femmes ne pourra en épouser une cinquième<sup>1</sup> et ne pourra par voie de conséquence avoir un quelconque commerce charnel avec elle sous peine de tomber sous le coup de « l'infraction péché » qu'est le *zina*.

Il en résulte que si l'homme peut épouser quatre femmes, la femme, en revanche ne pourra avoir qu'un seul mari,<sup>2</sup> ce qui aura pour conséquence pour l'homme l'interdiction de contracter mariage avec une femme déjà mariée, encore que les malékites autorisent le mari tétragame, du moment que la répudiation est définitive, à remplacer celle qui lui est devenue juridiquement interdite, dès avant l'expiration du délai de la retraite de continence<sup>3</sup>.

L'interdiction de cette "inflation polygame" nous conduit immédiatement à son corollaire : si la femme a l'obligation juridique de n'épouser qu'un seul homme, qu'elles sont les considérations sociologiques de la polygamie, même si celle-ci, il est vrai, a tendance à disparaître ne fût-ce que parce que les contraintes économiques modernes ne permettent que difficilement à l'homme de remplir ses obligations financières et d'entretenir simultanément quatre foyers ?

Celle-ci, loin d'être une spécificité islamique, existait dans la loi hébraïque et se pratiquait dans les premiers siècles du christianisme.

Il semble toutefois que la justification première résidait dans la crainte d'une certaine dénatalité ; encore, n'est-il pas impossible d'avancer que l'expansionnisme musulman ne serait point étranger à l'affaire : "mariez-vous, multipliez-vous..." "Celui qui renonce à se marier par crainte d'avoir une famille, ne fait pas partie des

---

Or, cette conversion ne suffit pas; il faut que le converti produise une autorisation préalable du ministre de la justice, en application de la circulaire du 27 février 1957. Mais depuis la circulaire du 17 mai 1979, le pouvoir du ministre de la justice est désormais délégué aux procureurs généraux près des cours d'appel...

<sup>1</sup> Coran, IV-3. En ce qui concerne la doctrine classique de l'école Malékite, voir QAYRAWANI, "La Risalâ", trad Bercher, p. 179.

<sup>2</sup> Il convient de remarquer que cette inégalité de sort entre l'homme et la femme loin de se limiter à l'existence terrestre se poursuit dans l'au delà. "Les femmes au Paradis sont spécialement affectées à leurs époux et ne veulent point en changer. Pour l'homme, il se peut qu'il ait de nombreuses épouses au Paradis, mais la femme n'y aura pas plusieurs époux. (Al QAYRAWÂNÎ, "La Risâla", p. 113).

<sup>3</sup> Encore qu'il soit tenu dans ce cas de l'obligation alimentaire de la femme répudiée tant que durera la retraite.

nôtres...»<sup>1</sup>. Il en ressort qu'à l'origine, le but de la polygamie demeure la procréation avec pour souci premier la transmission de la Révélation<sup>2</sup>.

Certains auteurs, interprètent les recommandations d'équité du Prophète envers les quatre épouses, y ont vu la préférence pour la monogamie de celui-ci et la difficulté pour l'époux polygame de se montrer également intentionné : « *Vous ne pourrez jamais traiter également toutes vos femmes, quand même vous le désireriez ardemment. Gardez-vous donc de suivre entièrement la pente et d'en laisser une comme en suspens* » (IV, 128).

Une autre considération d'ordre sociologique venant au secours de la justification de la polygamie se fait jour : si l'homme peut avoir quatre épouses légitimes pourvu qu'il y ait partage égal des nuits, ne peut-on faire valoir qu'il s'agit là, dans une certaine mesure d'un signe extérieur de richesse, les puissants ayant la faculté économique d'entretenir plusieurs foyers ? Ou encore, à l'inverse, n'est-elle pas une sorte de main d'œuvre à bon compte pour les plus pauvres ? Deux interrogations qui méritaient d'être posées dans la mesure où entre ces deux extrêmes, la monogamie a prévalu.

Car, d'après ce que nous avons déjà vu et ce que nous verrons ultérieurement, ce qui caractérise la femme dans l'islam, c'est d'une part son statut de mineure, d'autre part son rôle limité à la famille exclusivement, en tant que reproductrice, éducatrice, c'est à dire gardienne des traditions, et productrice dans les classes défavorisées. En ce qui concerne les législations contemporaines, elles demeurent partagées sur ce problème. C'est ainsi que certaines l'interdisent, telles la Turquie qui impose à l'homme déjà marié qui voudrait se remarier de prouver que son précédent mariage a été dissous par la mort, par le *talâq* ou par la nullité de l'acte<sup>3</sup>, ou encore la Tunisie allant jusqu'à la réprimer pénalement<sup>4</sup>. D'autres encore en limitent la pratique : il s'agit du Maroc dont l'article 30 du Code du Statut personnel modifié par dahir portant loi n° 1.93.347 du 10 septembre 1993 reprend

---

<sup>1</sup> Hadiths cités par AL GHAZALI.

<sup>2</sup> Telle est la conception d'Alayli Bahaeddine, *op. cit.*: "La situation démographique du début de la période "post hégirienne" était caractérisé par une dénatalité, le nombre des croyants était peu élevé. Ce phénomène s'explique, bien évidemment par la nouveauté de la communauté musulmane d'une part et d'autre part par la hausse du taux de mortalité due à l'autorisation du DJIHÂD ou "guerre sainte" par la loi révélée. Il était normal, ainsi, dans des conditions pareilles, que le Prophète encourage ses adeptes par tous les moyens à se marier et à se multiplier. Mais, avec la conquête de la Mecque ou même avant, lors du traité de "H'UDAYBIYAH", les musulmans sont devenus assez nombreux: la multiplication des naissances n'est plus une nécessité primordiale; c'est plutôt la réglementation du mariage et de la famille qui est devenue la règle générale dans cette seconde période de la vie du Prophète..." p. 146

<sup>3</sup> art. 93 de la loi du 4/4/1926.

<sup>4</sup> Article 18 du Code du statut personnel modifié par la loi n°58-70 du 4 juillet 1958: " La polygamie est interdite. Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 24000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi".

sensiblement la rédaction antérieure<sup>1</sup> soumettant la question au contrôle du juge, à l'instar des codes syriens ou pakistanais<sup>2</sup>. D'autres enfin semblent y demeurer fort attachées telles le Liban ou l'Iran.

Si certains codes de la famille, égyptien notamment, disposent que la première épouse doit être informée du second mariage, de même que la nouvelle épouse doit être mise au courant de la précédente union de son mari, et que toutes deux doivent donner leur consentement, le Coran, quant à lui, dont s'inspirent ces codes, n'en dit rien<sup>3</sup>.

Si la femme considère qu'il y a injustice, elle peut saisir le juge qui apprécie le préjudice que lui a causé le deuxième mariage, comme si la polygamie en elle-même n'était pas une injustice, et une inégalité flagrante entre l'homme et la femme !

Quoiqu'il en soit, au regard de cette infériorité féminine, de cette limitation de capacité, il nous paraît opportun de nous ranger à l'avis de Fatima Mernissi : "Les hommes et les femmes sont considérés comme ayant des élans instinctuels semblables ; cependant, les hommes ont droit à quatre partenaires légitimes pour satisfaire leurs élans alors que les femmes doivent se contenter au mieux d'un seul homme, et parfois d'un quart à peine. Puisque la polygamie est nécessaire pour la pleine satisfaction de l'élan sexuel chez les hommes, on peut se demander si la peur de la situation inverse - une femme avec quatre maris - n'est pas à l'origine de l'hypothèse selon laquelle les femmes sont insatiables, hypothèse qui est au centre même du concept musulman de la sexualité. Puisque l'Islam considère qu'un individu frustré sexuellement est un croyant très problématique et un citoyen gênant dans l'*umma*, la méfiance serait donc encore plus grande vis-à-vis des femmes dont la frustration sexuelle est organisée institutionnellement"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 30:

"1°- La première épouse doit être avisée du désir du conjoint de se remarier la seconde de ce qu'il est maritalement uni à une autre femme.

2°- l'épouse peut stipuler que son conjoint s'abstienne de contracter un nouveau mariage sous peine d'option pour elle.

3°- L'acte de mariage concernant la seconde épouse ne sera dressé qu'après que celle-ci aura été informée du fait que son prétendant est déjà marié.

4°- dans tous les cas si l'injustice est à craindre entre les co épouses, le juge n'autorise pas la polygamie".

<sup>2</sup> Cf. art. 17 du code Syrien.

<sup>3</sup> Signalons que nombre d'anecdotes relatent que le Prophète craignait la jalousie entre ses coépouses ; il existe toute une littérature musulmane racontant les méfaits de la polygamie.

<sup>4</sup> FATIMA MERNISSI "Sexe, idéologie et Islam" *op. cit.* p. 35. En outre, sur le "danger sexuel" représenté par la femme pour le Croyant, nous renvoyons à l'ouvrage de BOUHDIBA, *op. cit.*, p. 53: "La voix de la femme musulmane aussi est 'awra. Non seulement parce que les doux propos qui sortent de sa bouche doivent être réservés à son seul époux et maître, mais parce que la voix peut créer un trouble et engager le cycle de zina. Lorsqu'on frappe à la porte d'une maison et qu'il n'y a ni homme ni petit garçon ni fillette pour répondre "qui est là?", une femme ne doit jamais parler: elle se contentera de claquer des mains".

## 2°/ Le consentement à mariage

Les législations contemporaines ont consacré le caractère synallagmatique du mariage et posé en tant qu'élément constitutif dont la condition est requise pour sa validité, l'échange des consentements<sup>1</sup>. Est-ce reconnaître par là l'égalité des deux sexes ? Nous examinerons successivement l'échange des consentements en lui-même avant que de nous intéresser aux témoins.

### a) L'échange des consentements

Il nous apparaît de manière évidente que l'islam assure sinon la domination, pour le moins la prééminence masculine en tous domaines et tout particulièrement au regard du mariage. "L'homme fait son mariage, il décide de sa structure... Le mariage est donc envisagé par le droit que du côté du conjoint mâle"<sup>2</sup>.

La doctrine classique, si elle exige le consentement de la femme, prévoit qu'il sera exprimé par son *wâli* ou tuteur matrimonial, qui sera en règle générale un homme de la famille. Si cette prescription revient certes à poser pour principe la nécessité du consentement, encore faut-il considérer celui-ci non comme expression directe de volonté de la future épouse, mais bien en tant que manifestation de la volonté du clan familial d'unir l'une de ses filles à tel autre clan dans un but d'intérêt patrimonial, en vue de la procréation. Deux hadiths du Sahih Mouslim militent clairement en ce sens :

Ibn Abbas a rapporté que le Prophète- Que Dieu lui accorde sa Grâce et Sa Paix- a dit : "La femme ayant été déjà mariée a plus de droit que son protecteur de consentir au mariage, tandis que la vierge, on doit lui demander son consentement, et son consentement sera son silence"<sup>3</sup>, silence confirmé si besoin était, de manière éclatante au chapitre X du même texte : "Aïcha a rapporté que le Prophète - Que Dieu lui apporte sa Grâce et Sa Paix- l'épousa alors qu'elle avait sept ans, la cérémonie des noces à l'âge de neuf ans en emportant avec elle ses jouets. Quand il mourut, elle avait dix huit ans"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 4 du code du statut personnel marocain:

"1- Le mariage est valablement conclu par l'échange de consentement des parties, exprimé en termes consacrés ou à l'aide de toute expression admise par l'usage;

2- Pour toute personne se trouvant dans l'impossibilité de s'exprimer, le consentement résulte valablement d'un écrit si l'intéressé est lettré, sinon de tout signe impliquant d'une façon certaine un consentement de sa part".

Article 3 du code du statut personnel tunisien: "Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux".

<sup>2</sup> Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, "Histoire juridique de la Méditerranée; droit romain, droit musulman" publications scientifiques tunisiennes série histoire du droit n° 1, p. 636.

<sup>3</sup> Sommaire du sahih Mouslim, Titre 16, Le livre du mariage, chapitre IX: La femme déjà mariée doit déclarer son consentement au mariage et la vierge par son silence", trad. Fawzi Chaaban, éd. Beyrouth, vol. 1, p. 424.

<sup>4</sup> *Id.*, même titre, chapitre X.

Il résulte de ce qui précède que la femme en droit musulman classique ne conclut pas son mariage : ce droit appartient à son *wâli*, tuteur matrimonial mâle. Ce droit de *djabr*, institué pour la protection des incapables, tels les impubères qui leur sont assimilés, survivance du droit coutumier préislamique assure la prééminence masculine puisque appartenant au père bien que parfois dévolu suivant les régions au tuteur désigné par le père ou aux parents mâles. Dans le rite malékite qui nous intéresse ici, la fille devenant majeure uniquement par le biais de son mariage, est contrainte au mariage tant qu'elle est tenue légalement pour vierge, c'est à dire jusqu'à la consommation du premier mariage. Certes, s'il s'avère que le titulaire de ce droit ne doit en user que dans l'intérêt de celui pour lequel il consent l'union et non dans son intérêt propre, nous touchons là encore une limitation certaine de la capacité de la femme; si les codifications contemporaines posent pour règle que le titulaire de ce droit doit obtenir le consentement préalable de l'épouse, il n'en demeure pas moins que par ce droit que l'on pourrait qualifier de "contrôle", l'égalité des sexes n'est pas davantage assurée. Néanmoins, en apparence, la situation paraît évoluer pour favoriser l'expression de volonté de la femme ainsi qu'en dispose l'article 5 du code du statut personnel marocain<sup>1</sup> dans sa rédaction de 1993. Le législateur mettant l'accent sur le libre échange des consentements depuis une période somme toute récente, tout porte à croire qu'il convenait d'éradiquer les abus antérieurs du tuteur matrimonial qui représentait la femme, le plus souvent sans la consulter. "Le rôle du tuteur matrimonial se trouve réduit puisque celui-ci n'est qu'un simple représentant de la future épouse qui ne peut désormais être contrainte au mariage, mais qui donne pouvoir à son tuteur de conclure en son nom, à moins qu'elle ne soit majeure et orpheline de père puisque, dans ce cas, elle peut se marier sans la présence d'un tuteur"<sup>2</sup>.

Cette "semi-liberté" acquise, force est de constater que le code, au regard de la femme ne fait nullement allusion à l'hypothèse où la femme serait désireuse d'épouser tel ou tel autre contre l'avis de son tuteur : tout porte à croire que, s'il lui est demandé son consentement, dans le cas extrême où elle refuserait l'union projetée, il ne lui resterait d'autre recours que le célibat ou le contentieux judiciaire ; en cas de concurrence entre deux "prétendants", entre "le choix du cœur et celui de la raison" il semblerait qu'il faille s'adresser à justice, ainsi que cela peut se déduire des dispositions de l'article 9<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 5 modifié par dahir portant loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993: "1°- Le mariage ne peut être conclu qu'avec le consentement et l'accord de l'épouse, ainsi que l'apposition de la signature de cette dernière sur l'extrait de l'acte de mariage dressé par deux adouls ; en aucun cas, le wali ne dispose de pouvoir de contrainte..."

<sup>2</sup> Mohamed CHAFI, "Code de statut personnel annoté", article 12 alinéa 2. Il est à noter que jusqu'en 1993 ce droit de contrainte pouvait s'exercer sur une personne majeure si l'on craignait qu'elle se conduise mal. Mais c'est le juge et non le père qui pourra la contraindre au mariage.

<sup>3</sup> Article 9: "Le mariage avant l'âge de la majorité légale est subordonné à l'accord du wali (tuteur matrimonial) ; si ce dernier le refuse et si le désaccord persiste entre les parties, le juge est saisi".

### **b) Les témoins**

L'une des exigences de forme pour la conclusion du mariage impose l'échange des consentements entre les contractants ou leurs représentants en présence de deux témoins pubères, musulmans, masculins et sains d'esprit<sup>1</sup>.

Là encore, la prééminence masculine consacre la limitation de capacité de la femme qui ne pourra, en cette matière, ratifier l'accord de volonté des époux.

Il ne s'agit cependant pas d'un cas isolé en droit musulman : c'est ainsi qu'en matière pénale, la règle reconnue par tous les jurisconsultes est que la preuve par deux témoins<sup>2</sup> s'avère comme le moyen de preuve par excellence dans la procédure ordinaire : deux témoins suffisent comme règle générale pour constituer la preuve et rendre la sentence, l'autre règle générale posée consistant à considérer qu'il faut deux femmes pour équivaloir à un homme<sup>3</sup>. Une telle conception pour le moins réductrice est posée sans ambiguïté par ibn Abî zayd Al-Qayrawânî : "Le témoignage des femmes n'est admis que dans les actions qui portent sur les biens. A cet égard, cent femmes ne valent pas plus que deux qui, elles-mêmes, équivalent à un homme. On ne peut ni valider ni invalider le témoignage des femmes"<sup>4</sup>.

Dès lors, si la capacité de la femme se trouve limitée dans la formation du mariage, tant au niveau de son consentement qu'au regard de sa capacité à témoigner, qu'en sera-t-il dans le cours de sa vie maritale ?

### **C/ La capacité de la femme au regard des effets du mariage**

A considérer l'institution matrimoniale, nous sommes forcés de constater que dans la conception classique du droit musulman elle n'aurait d'autre justification que de pouvoir jouir de manière licite de l'autre. Le mariage se définirait dans ses traits essentiels, comme un contrat par lequel un homme s'engage à verser une dot à une femme et à pourvoir à son entretien, en contrepartie du droit d'avoir avec elle, licitement, des rapports intimes. Ainsi, l'objet du contrat de mariage serait "la possession physique sous l'angle de la licéité"<sup>5</sup>.

La femme, ainsi considérée comme "objet de plaisir", représenterait, nous l'avons déjà évoqué, un danger pour la "santé morale" de l'homme puisqu'elle serait cause, du fait de ses attraits, de la tentation de chair conduisant à l'infraction péché

<sup>1</sup> Cf. Code du statut personnel marocain article 5-2°.

<sup>2</sup> Sauf en matière de zina où il faudra le témoignage de quatre hommes libres, musulmans, pubères et d'honorabilité testimoniale reconnue.

<sup>3</sup> Lesquelles d'ailleurs dans la plupart des cas seront appelées non pour témoigner, mais bien plutôt pour émettre un avis, sorte d'expertise, permettant d'éclairer la religion du juge: ce sera par exemple le cas de quatre matrones qui devront se prononcer sur la virginité de la femme célibataire accusée de fornication par quatre témoins mâles et qui s'en défend.

<sup>4</sup> IBN ABÎ ZAYD AL-QAYRAWÂNÎ, "La Risâla ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite mâlékite" chap.XXXVIII, chapitre des décisions de justice et des témoignages, trad. BERCHER, pp. 263- 265.

<sup>5</sup> LINANT DE BELLEFOND, *op. cit.* tome II, PP23 et s. citant le cheik Abû Zahra, "le mariage", p. 16.

de zina. Indépendamment de la satisfaction de la sexualité qui, dans le mariage, permet certes la procréation mais également la jouissance réciproque (prônée dans la sourate «la génisse», II, 183), le Coran insiste sur l'importance d'une relation d'affection, de respect, voire d'amour entre les époux, du reste difficile à établir car... « Beaucoup d'hommes de la Méditerranée, et plus particulièrement en islam du fait des traditions, ne peuvent aimer réellement qu'une seule femme dans leur vie : leur mère, la seule en outre en qui ils ont confiance<sup>1</sup> ».

Cette méfiance, due à un rang inférieur concédé à la femme, la rend indiscutablement responsable du plus grand nombre de maux : «Osâma rapporte que le Prophète a dit : «j'étais debout à la porte du Paradis. La masse de ceux qui y entraient était des pauvres, tandis que les gens aisés étaient retenus à l'entrée (pour le règlement de leur compte), sauf ceux qui méritaient l'Enfer et qui y avaient déjà été conduits. Je me tins debout devant la porte de l'enfer. La masse de ceux qui y entraient étaient des femmes»<sup>2</sup>. Une telle délicatesse se passe de tout commentaire !

La loi musulmane impose six obligations au mari et cinq à la femme<sup>3</sup>.

Il en résulte de manière éclatante, que le mariage consacre le principe de la masculinité, prééminence absolue de l'homme sur la femme, les droits du mari s'analysant en droit musulman classique en autant de restrictions à la capacité de l'épouse, les droits et devoirs réciproques ne venant que conforter cette situation, malgré une amélioration toute relative des codifications contemporaines.

### **1°/ Les droits du mari en tant que restrictifs de la capacité de l'épouse**

Les droits, avant tout moraux, du mari se définissent en pouvoirs sur la personne de sa femme, la supériorité de l'homme préexistante à l'islam ayant été reprise par les dispositions coraniques : «Les maris sont d'un degré supérieurs à

---

<sup>1</sup> Juliette Mincès Le Coran et les femmes, *op. cit.* p.90.

<sup>2</sup> EL BOKHÂRI "Les traditions islamiques" traduites de l'arabe par O. Houdas, librairie d'Amérique et d'Orient Adrien Maisonneuve, tome troisième, titre LXVII, chap. LXXXVII, p. 590.

<sup>3</sup> Les six obligations du mari sont les suivantes:

- Obligation de cohabiter avec son épouse;
- Obligation d'assurer le devoir conjugal;
- Obligation du partage équitable des nuits;
- Obligation d'entretenir son épouse;
- Obligation de s'abstenir de tous sévices à son encontre;
- Obligation de maintenir les relations de l'épouse avec sa famille.

Les cinq obligations de l'épouse sont:

- Obéissance au mari;
- Obligation d'habiter au domicile conjugal;
- Obligation de fidélité au mari;
- Obligation aux soins du ménage;
- Obligation de solliciter l'autorisation du mari pour disposer en certains contrats.

leurs femmes” (II-228), “Les hommes sont supérieurs aux femmes” (IV-34) et confirmée par de nombreux hadiths.

Les droits du mari (droit de les punir, de les frapper même, de les «reléguer » si elles se montrent indociles, de les répudier, etc.) sont autant de devoirs pour la femme mariée (d’obéissance, de pudeur, de disponibilité sexuelle, de chasteté, etc.) !

Les règles ainsi posées, restrictives de la liberté d’action de la femme mariée, affectent sa capacité juridique au regard de son statut personnel.

L’autorité maritale se résume à équivaloir aux droits du mari sur sa femme, à la “possession” au sens le plus juridique de ce terme, sur celle-ci.

N’envisager, encore une fois, une telle situation, que sous l’angle de notre conception occidentale moderne, reviendrait immanquablement à occulter une part essentielle qu’est la donnée anthropologique : l’éthique conjugale, en terre d’islam obéit à des considérations très particulières, qui sont consacrées par le droit discrétionnaire de répudiation détenu par l’époux: c’est le mari, et lui seul, à l’exclusion de tout autre, qui est juge de la “qualité” de l’union et de ses effets ainsi que des mérites ou des manquements de sa compagne. La vie conjugale s’est figée au cours des siècles au seul avantage des maris par le biais de la soumission de la femme. Tant que subsistera cette répudiation discrétionnaire la situation ne sera pas susceptible d’évolution favorable, les droits du mari entraînant des obligations à caractère négatif au regard de la condition féminine. Ce sont ces droits restrictifs de capacité qu’il convient d’examiner successivement.

***a) Droit pour le mari de fixer le domicile conjugal : l’impossibilité pour l’épouse de résider séparément au lieu de son choix***

Cette disposition, au demeurant abandonnée à une époque relativement récente par le code civil français<sup>1</sup>, éminemment restrictive, s’analyse en un droit d’ordre public pour le mari, toute disposition contraire dans le contrat de mariage étant réputée non écrite.

La seule atténuation à ce principe intangible, pour le moins chez les malékites, consiste en l’obligation pour le mari de fournir à sa femme un logement possédant un confort raisonnable et ne devant pas se trouver dans la proximité immédiate de gens de mauvaise réputation. De même et encore, une telle marque de tact se devant d’être soulignée, le mari ne peut obliger la cohabitation avec d’autres épouses ou avec ses propres parents.

***b) Droits sur la personne physique de sa femme : obligation pour elle de ne pas se soustraire au devoir conjugal***

Le mariage, ainsi que nous l’avons souligné, étant le seul mode légal d’assouvir l’instinct sexuel, le mari ayant rempli son obligation de paiement de la

---

<sup>1</sup> Loi du 11 juillet 1975. Selon le nouvel article 108, le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu’il soit porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie.

dot, a acquis “l’appareil géniteur de la femme avec le droit d’en jouir”. Celle ci ne saurait se refuser à lui, quelles que soient les circonstances<sup>1</sup>.

“Selon Abou-Horaira, le Prophète a dit : “Lorsqu’un mari appelle sa femme pour qu’elle vienne dans son lit et qu’elle refuse de venir, les anges la maudissent jusqu’au matin”... Abou-Horaira rapporte que le Prophète a dit : “Lorsqu’une femme refuse de passer la nuit dans le lit de son mari, les anges la maudissent jusqu’au moment où elle s’y rend”<sup>2</sup>.

Seuls les empêchements posés par la loi coranique, périodes de jeûne ou menstruation, permettent à la femme de se soustraire au désir masculin.

Une telle prescription découle du principe selon lequel la femme ne saurait non seulement avoir une “autonomie” sexuelle, apparentée à un libre arbitre, mais encore ne pourrait-elle se refuser à l’homme ayant accompli cette obligation qu’est le paiement de la dot, contrepartie de la sexualité. Nous reviendrons sur cette notion, certains juristes ayant précisément, en raison de cette particularité, assimilé le mariage musulman à un contrat de vente.

L’islam a interdit toutes les pratiques où l’autodétermination sexuelle de la femme s’affirmerait ; le mariage musulman a sacralisé l’autorité absolue de l’homme<sup>3</sup>.

Notons la singularité de cette coutume préislamique, abolie par le calife Oumar, et pratiquée de nos jours uniquement par l’Iran chiite, le mariage provisoire ou *Mut’a*, qui permet à un homme et une femme de contracter une union temporaire pour un temps fixé entre eux par avance, de manière précise, relation dans laquelle la contraception est permise, et le montant de la dot devant être versé à la femme, fixé. Ce type d’union permise à l’homme marié ou engagé dans d’autres unions provisoires et à la femme non vierge, non engagée dans les liens du mariage ou dans d’autres unions provisoires, n’aurait pour but premier que la satisfaction de l’instinct sexuel et par là pour unique finalité le plaisir, sans la procréation ou d’autres fins habituellement demandées au mariage<sup>4</sup>.

A l’examen, les finalités de ce type de mariage se résumeraient à la satisfaction du plaisir sexuel de l’homme, à l’autonomie sexuelle de la femme, voire

---

<sup>1</sup> « Vos femmes sont un champ de labour pour vous. Venez à votre champ de labour comme vous le voulez » ; Coran, « La génisse », II, 223, trad. Blachère, p. 62.

<sup>2</sup> EL-BOKHÂRI, *op. cit.* tome III, titre LXVII, chapitre LXXXV, p. 590.

<sup>3</sup> IBN SAAD, “Kitab at Tabaqat al Kubra” vol 8 Beyrouth, 1958.

<sup>4</sup> Ce type de mariage dont la finalité n’est autre que le plaisir sexuel n’est pas propre à l’époque préislamique: en Grèce, Platon avait prévu “une sorte de mariage temporaire pour l’élite de la société des gardiens” (cf. GOLDZIEHER “Le dogme et la loi islamique” trad. Arin, Paris 1920, p. 191), l’Irlande connaissait encore ce type d’union limité à deux ans (TOURNEAU “L’évolution du mariage et de la famille” Paris 1888, p.307 et s.); en Egypte ancienne, il était fréquent (ASADULLAH, “Le mariage temporaire”, thèse, Paris, p. 13); voir encore tous les exemples et la position juridique de l’islam sur cette sorte d’union, ALAYLI Bahaeddine, “La réglementation des rapports sexuels en droit musulman comparé, thèse Paris 1980, pp.163 à 170.

à la “légalisation” de l’activité de prostitution, encore que, ainsi que le démontrent les conditions de validité du *mut’a*, le sort réservé aux deux sexes est fort différent.

L’occasion nous sera donnée de revenir sur ce problème des rapports sexuels dans le cadre des devoirs et obligations réciproques des époux, tant il est clair que l’obligation faite par la femme de ne point se soustraire à “l’appel des sens” de son époux ne signifie nullement qu’elle puisse exiger une quelconque réciprocité.

**c) Le contrôle des sorties de l’épouse, limitation au droit d’aller et venir**

L’islam pose pour règle que le mari possède un droit de contrôle sur les visites et les sorties de son épouse. Si les juristes ont reconnu ce droit au mari, certains auteurs lui ont permis de soumettre son épouse à un régime de claustration absolue et de lui interdire toute sortie (sans toutefois se référer à aucun texte coranique précis).

La seule exception à cette “liberté surveillée” plus ou moins grande, sera pour l’épouse le droit de rendre visite à ses père et mère ou parents au degré où le mariage est prohibé, même en cas d’opposition du mari, du moins pour les malékites. Il s’agira de la seule visite permise sans autorisation du conjoint. On aurait pu imaginer que le fait de se rendre à la Mosquée pour pratiquer ses dévotions puisse entrer dans ce cadre : le législateur ne l’a point prévu, ne s’agissant que d’exalter la fidélité des liens filiaux. Il conviendra par ailleurs de noter ce souci sans cesse présent de limiter l’activité sexuelle féminine puisque l’épouse ne pourra rendre visite qu’à ceux de ses parents en dehors de ses pères et mères qui lui sont interdits au mariage, encore que la fréquence de ces visites soit réglementée par la coutume : généralement une fois par semaine pour les père et mère et une fois par an pour les parents au degré prohibé. Cette règle de fréquence sera néanmoins écartée pour le cas où le père serait gravement malade, preuve une nouvelle fois de la prééminence du mâle<sup>1</sup>.

L’un des traits caractéristiques à la plupart des manquements de l’épouse à ces obligations consistera en une sanction d’ordre économique. Certes, le mari, juge de la conduite de son épouse aura toujours ainsi que nous l’avons souligné, la possibilité d’exercer son droit discrétionnaire de répudiation et par là-même de mettre un terme à l’union, mais pour le cas où il n’envisagerait pas cette extrémité, il pourrait se soustraire à la *nafaka* ou devoir d’entretien.

Dans le cadre qui nous occupe, la *nafaka* ne sera suspendue que lorsque la durée de la sortie pourra être considérée comme un abandon du domicile conjugal, ce qui pourra par ailleurs entraîner l’application du droit de correction dont nous aurons l’occasion de reparler plus avant.

La difficulté majeure de cette limitation au droit d’aller et venir prend tout son sens dans nos sociétés modernes : le mari peut interdire à son épouse de

---

<sup>1</sup> Bien que le code du statut personnel tunisien soit considéré comme le plus favorable à la femme, un arrêt de la Cour de Cassation tunisienne n° 1210- Février 1962 indique que « la femme n’a pas le droit de sortir sans l’avis et sans l’autorisation de son mari ».

travailler en dehors de chez elle, ayant pour corollaire, en guise de maigre consolation pour cette dernière de ne pas être tenue de travailler contre son gré à l'extérieur<sup>1</sup>.

**d) Droit du mari d'interdire à sa femme de recevoir des visites**

D'après Abou Horaira, l'Envoyé de Dieu a dit : « il ne lui (à une femme) est pas permis d'autoriser quelqu'un à entrer dans la maison de son mari, à moins que celui-ci ne donne son autorisation »<sup>2</sup>.

Si l'épouse ne peut, ainsi que nous l'avons traité sortir du domicile conjugal sans l'autorisation de son conjoint, il ne lui est pas davantage permis de recevoir quiconque, sans l'autorisation de ce dernier, à l'exception des enfants en bas âge d'un autre lit, dans le seul souci de parfaire leur éducation.

Cette nouvelle limitation à sa capacité s'inscrit en droite ligne des considérations envisagées précédemment, à savoir la primauté masculine ayant pour conséquence une certaine négation de la femme qui ne saurait exister par elle-même et surtout pour elle-même. Elle ne peut exister, au sens plein du terme, qu'au travers de son mari ou de ses parents si elle est célibataire. Son libre arbitre est limité à sa plus simple expression ; il n'est que de considérer pour s'en convaincre le droit que possède son mari d'emmener l'une de ses épouses en voyage, selon son gré, les hadiths recommandant cependant un tirage au sort pour assurer l'égalité de traitement entre chacune des épouses et par là bannir le favoritisme! D'après Aïcha, quand le Prophète, devant partir en expédition, fit tirer au sort entre ses femmes, le sort désigna Aïcha et Hafsa. Or, dès que la nuit arrivait, le Prophète faisait route avec Aïcha pour causer avec elle. Voudrais-tu, dit Hafsa à Aïcha, monter cette nuit sur mon chameau, tandis que moi je monterai sur le tien, nous verrons toi et moi ce qui arrivera ? - J'accepte répondit Aïcha. Puis, chacune d'elles étant montée sur le chameau de sa compagne, le Prophète vint vers le chameau d'Aïcha qui portait Hafsa. Il salua et fit route avec elle jusqu'à l'étape, Aïcha l'ayant attendu vainement. Quand on arriva à l'étape, Aïcha mettant ses deux pieds dans de l'idzkhir (herbe) s'écria : «Seigneur, fais qu'un scorpion ou un serpent me pique, car je ne puis rien lui dire (pour me justifier)<sup>3</sup> ; égalité de traitement qui, soit dit en passant, paraît des plus éphémères ainsi que le reconnaît le Prophète lui-même: "Vous ne pourrez pas être d'une équité absolue entre vos femmes..." (IV- 128 et 129).

---

<sup>1</sup> L'article 73 du Code du statut personnel Syrien se prononce en faveur de la possibilité pour le mari d'interdire à sa femme toute activité en dehors du domicile.

<sup>2</sup> EL BOKHÂRI, *op. cit.* p. 590.

<sup>3</sup> EL BOKHARI, *op.cit.* chap.XCVII,p.594.

### e) *Le droit de correction du mari sur son épouse*

Les droits de la femme se résumant en des devoirs vis à vis de son mari, ce dernier bénéficie d'un arsenal de mesures pouvant aller jusqu'à la dissolution du lien matrimonial. Sans recourir à une telle extrémité, le Coran lui indique une sorte "d'échelle de peines":

"Celles dont vous aurez à craindre l'insubordination, vous les réprimanderez, vous les reléguerez dans des lits à part, vous les battrez" (IV-34).

Nombre de juristes justifieront ce recours à la "correction" en faisant remarquer que l'hypothèse envisagée est celle de l'insubordination avérée à l'endroit du mari et que ce châtiment ne vient qu'au troisième rang des sanctions, après la simple réprimande ou encore la frustration sexuelle, tout en s'accordant sur le fait qu'il ne peut s'agir que d'une correction modérée qui ne serait applicable que lorsque l'insubordination toucherait à des manquements tels que la prière ou les ablutions. Pour d'autres, le champ d'application de la punition corporelle devrait s'étendre à d'autres domaines, "le mari (ayant) le droit de battre sa femme dans quatre cas afin de l'obliger à cesser de se farder (ou de s'orner) après le lui avoir demandé ; quand elle refuse les rapports conjugaux sans excuses, si elle sort du domicile conjugal sans son autorisation et sans motifs légitimes et, d'après une version autorisée, si elle néglige la prière"<sup>1</sup>.

Autant dire que ce droit de la rééduquer et la soumettre à l'obéissance (*hak al-taadib*), fut-il modéré, ne fait que rajouter à la condition inférieure faite à la femme dans la législation classique : sa capacité est enserrée dans le carcan de la puissance maritale lui laisse une marge d'autodétermination des plus restreintes se résumant à observer scrupuleusement son devoir de fidélité et d'obéissance. C'est en tenant son rôle de femme ainsi défini par les prescriptions coraniques qu'elle pourra "échapper à toute offense" (XXXIII, 59) et par là conserver sa pureté dont le voile serait l'emblème : "Dis aux croyantes : de baisser leurs regards, d'être chastes, de ne montrer que l'extérieur de leurs atouts, de rabattre leurs voiles sur leurs poitrines, de ne montrer leurs atouts qu'à leurs époux, ou à leurs pères, ou aux pères de leurs époux, ou à leur fils, ou aux fils de leurs époux, ou à leurs frères, ou aux fils de leurs frères, ou aux fils de leurs sœurs, ou à leurs servantes ou à leurs esclaves, ou à leurs serviteurs mâles incapables d'actes sexuels ou aux garçons impubères". (XXIV, 31).

La femme musulmane respectant ces prescriptions, a vocation à servir ses parents, son époux et ses enfants et pour y parvenir elle se devra de ne point s'écarter de cette double recommandation : baisser les yeux et cacher ses appas.

"La valeur (du voile) dépasse le simple niveau utilitaire pour ressortir une véritable théologie de la maintenance de la pureté féminine... Le voile va donc faire passer la musulmane dans l'anonymat le plus total ; être musulmane c'est vivre incognito. Et pour en être sûr la société arabe n'a plus qu'à séquestrer la gent

---

<sup>1</sup> Ibn Nujaym cité par Linant de Bellefonds, *op. cit.* p. 295 tome 2.

féminine. La maison arabe ne sera plus qu'un voile de pierre renfermant le voile de coton ou de laine"<sup>1</sup>.

S'il apparaît que Mahomed, par la Révélation a tenté de transformer la famille patriarcale en une famille conjugale et que son œuvre a abouti à un adoucissement du sort de la femme mariée en lui octroyant notamment une capacité juridique distincte et indépendante de son mari qui lui faisait antérieurement défaut, si le mariage ne la frappe pas d'incapacité et qu'elle aura, ainsi que nous le verrons, un patrimoine propre, cette capacité se réduit cependant à "peau de chagrin", ses devoirs découlant des droits que son mari possède sur elle, ainsi que le démontrent les droits et devoirs réciproques des époux.

## **2°/ Les droits et devoirs réciproques des époux limitatifs de la capacité de la femme mariée**

Faire état des droits et devoirs réciproques des époux laisserait sous-entendre une notion d'égalité entre eux, notion cependant totalement étrangère au droit musulman.

Certes, les déclarations d'intention allant dans le sens de cette "égalité" ou du moins du bon traitement qui doit être réservé par le mari à sa femme ne manquent pas. Le Coran lui-même s'en fait l'écho<sup>2</sup>; mais l'on pourrait chercher vainement une quelconque application pratique de cette égalité : nous n'en donnerons pour preuve qu'un seul exemple se limitant à l'éphémère devoir de cohabitation qui n'est pas loin de s'apparenter à un droit de séquestration. En effet, si l'épouse ne peut quitter le domicile conjugal, le mari, quant à lui, étant tenu au partage égal des nuits entre les coépouses, il n'aura pour seule obligation de vivre auprès de chacune d'entre elles qu'au quart de temps, en d'autres termes de pratiquer une cohabitation régulière ! Nous aurons l'occasion d'examiner la position des législations actuelles sur ces droits et devoirs réciproques, pour constater qu'hélas, la situation a fort peu évoluée, tant et si bien que l'on peut légitimement s'interroger : ces droits et devoirs réciproques dont il sera question, n'existent-ils pas exclusivement dans la pensée des occidentaux ? La femme, à supposer leur existence établie, aura-t-elle acquis par leur biais une parcelle supplémentaire de capacité ?

Nous nous attacherons à l'examen de trois points particuliers, le premier traitant de la sexualité, le second de la contraception et le troisième de la fidélité.

---

<sup>1</sup> BOUHDIBA, *op. cit.* p. 50.

<sup>2</sup> "Vous qui croyez! Il ne vous est pas permis de recevoir des femmes en héritage contre leur gré, ni de les empêcher de se remarier pour vous emparer d'une partie de ce que vous leur aviez donné, à moins qu'elles n'aient manifestement commis une action infâme. Comportez vous envers elles suivant la coutume. Si vous éprouvez de l'aversion pour elles, il se peut que vous éprouviez de l'aversion contre une chose en laquelle Dieu a placé un grand bien" (IV- 19).

" Les femmes ont des droits et des obligations, et conformément à l'usage" (II-228).

" Il a créé pour vous, tirées de vous, des épouses afin que vous reposiez auprès d'elles, et il a établi l'amour et la bonté entre vous" (XXX-21).

*a) L'exigence sexuelle féminine.*

L'assouvissement de la sexualité pour nombre d'auteurs musulmans est l'objet principal, la fine première du mariage à l'égard du mari. La femme ne pourra se soustraire à "l'empire des sens" de son époux. Existe-t-il une quelconque réciprocité ? La femme peut-elle exiger, certes à quart de temps, "l'hommage" de son conjoint ?

La législation classique ne règle le problème que par rapport au mari au travers de l'*ilâ* autrement dénommé "serment de continence" : le mari jure qu'il ne touchera pas sa femme pendant quatre mois ; pour le cas où il respecterait son serment, s'abstenant de tout rapport sexuel avec son épouse, celle-ci serait réputée répudiée sans qu'il soit nécessaire de prononcer de formule répudiaire, ni même d'avoir recours au juge. Une telle conception ne fait que confirmer avec force que si le mari a des droits sur son épouse en matière sexuelle, si elle est "sa chose", celle-ci en retour n'aurait que des devoirs, ce que rapporte savoureusement Aïcha : "Un homme avait répudié sa femme et celle-ci prit un nouvel époux qui la répudia. Cet homme, qui avait une verge pareille à un bout de frange, n'arrivait pas à lui procurer le moindre des effets qu'elle désirait, aussi ne tardât-elle pas à être répudiée. Elle alla alors trouver le Prophète et lui dit : Envoyé de Dieu, mon mari m'a répudié (par trois fois), et j'ai épousé un autre homme. Il est entré chez moi pour consommer le mariage et il avait une verge pareille à un bout de frange. Il ne m'a approchée qu'une seule fois sans que cela m'ait produit le moindre effet. Suis-je licite pour mon premier mari ? - Tu ne seras licite pour ton premier mari, me répondit-il, qu'autant que le second t'aura fait goûter son petit miel et que tu lui auras fait goûter le tien"<sup>1</sup>. Certes, ce hadith est relatif à la consommation de la nouvelle union consécutive à la répudiation par trois ne rendant l'épouse licite à son premier époux que postérieurement à la consommation avec le nouveau mari ; il n'en reste pas moins qu'il démontre à quel point la femme a des devoirs et non des droits, le premier d'entre eux consistant à faire "goûter son petit miel" à son conjoint : l'épouse peut simuler le plaisir mais nullement l'acte : la consommation sera le passage obligé.

Les malékites considèrent toutefois que la femme aurait quelque droit à exiger l'acte puisqu'elle pourrait saisir le juge pour le cas où son mari la négligerait, ce qui entraînerait la dissolution du lien matrimonial, dans l'hypothèse où le mari ne reviendrait pas à de meilleurs sentiments dans le délai que ne manquerait pas de lui fixer le juge.

Les hanbalites, quant à eux, exigeront pour que l'action de la femme soit recevable, que l'abstinence ait duré plus de quatre mois, que le refus de l'époux soit volontaire et qu'il cause un réel préjudice à l'épouse, tant dans leur sagesse les jurisconsultes considèrent-ils que l'âge de l'épouse doit être pris en compte pour

---

<sup>1</sup> EL BOKHARI, *op. cit.* tome troisième, titre LXVIII, chap. VII.

l'évaluation du préjudice allégué : la jeune épousée, tout juste pubère pouvant s'attendre à plus de sollicitations de son mari que la femme au seuil de la ménopause.

Hormis ces cas, l'acte sexuel n'est autre pour la femme que le simple accomplissement d'un devoir où seule la volonté masculine a sa part.

#### **b) La contraception**

La seconde difficulté soulevée, qui prend tout son sens de nos jours, réside dans la perception musulmane de la contraception. La fécondité féminine est à l'honneur en terre d'Islam. Elle est un gage de stabilité pour la famille doublé d'une sécurité pour la femme ; "la répudiation et le nombre d'enfants sont placés dans un rapport inversement proportionnel"<sup>1</sup>.

Qu'advierait-il cependant du désir du mari imposant à sa femme des moyens anticonceptionnels ? Cette dernière pourrait-elle s'y opposer avec quelque chance de succès, en se targuant des mérites de la famille musulmane, facteur d'équilibre social ?

Dans l'islam classique qui nous occupe plus particulièrement ici, l'hypothèse considérée est celle du *'azl* ou coït interrompu : l'homme se retire, se sépare. Il semblerait que le Prophète n'ait pas été hostile à cette solution, mais doutant cependant quelque peu de son efficacité<sup>2</sup>. Divers auteurs feront une distinction selon la condition de la femme, distinction entre la femme esclave, l'esclave épousée ou encore la femme mariée de condition libre, distinction sur laquelle nous ne nous étendrons pas ici ; retenons cependant que le retrait en cas de commerce avec une femme esclave ne nécessiterait pas son consentement puisque la finalité de l'acte ne serait pas la procréation mais la recherche exclusive du plaisir. Les malékites auraient tendance pour leur part à requérir le consentement de la partenaire : "Le retrait ne peut être licite qu'avec le consentement de l'épouse libre ; pour ce qui est de l'épouse esclave, le mari doit avoir le consentement s'il a désiré de pratiquer le retrait avec elle"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> LINANT DE BELLEFOND, *op. cit.* tome 2, p. 300, note 17 : " En Egypte, Abû Zahra, dans Revue al-Qanûn wa-l-iqtisâd n° 1 et 2 de 1954, p. 48, a calculé qu'au dessus de cinq enfants, les répudiations (33 pour cent des mariages en moyenne) tombaient à moins de deux pour mille mariages".

<sup>2</sup> "1. Djâbir a dit: "Du temps du Prophète, nous nous retirions pour éjaculer". 2. Djâbir a dit "Nous nous retirions pour éjaculer, alors que le Coran avait déjà commencé à être révélé". Suivant un autre isnâd il aurait dit : "Du temps du Prophète, nous nous retirions pour éjaculer, alors que le Coran avait déjà commencé à être révélé". 3. Abou-Sa'id-El-Khodri a dit: " Nous avions pris des captives et nous nous retirions au moment d'éjaculer. Comme nous interrogeons l'Envoyé de Dieu à ce sujet, il nous répondit en disant par trois fois: "Est ce que vraiment vous faites cela ? Toute âme devant exister au jour de la Résurrection ne saurait manquer d'exister". EL BOKHARI, "Les Traditions islamiques", *op. cit.* titre LXVII, chap. XCVI.

<sup>3</sup> SUYÛT'Î "TANWÎR AL-H'AQÂID" Commentaire de MUWAT'T'A' MALIK, t. 2, p. 38, Edition Le Caire, cité par ALAYLI B. *op. cit.* p. 208 ; cf. sur ce point très particulier de la contraception la thèse de BALAYLI B. pp. 183 à 229.

En dépit de l'exhortation du Prophète « Croissez et multipliez » rien, en principe, ne s'oppose au contrôle des naissances, si ce n'est précisément le statut précaire et inique de l'épouse. Il n'est ni interdit, ni autorisé explicitement par le Coran.

Il n'est pas inutile de considérer en outre, à ce propos, les prescriptions coraniques qui prévoient le principe d'une politique générale de réglementation des naissances recommandant fortement à ceux qui n'ont pas la capacité de pourvoir aux dépenses du mariage et de la famille de pratiquer l'abstinence temporaire<sup>1</sup> (il est vrai dans des cas très particuliers).

On le voit, ici encore, la capacité de la femme sur ce qui la touche au plus intime, son libre arbitre quant à son éventuelle maternité est quasiment réduit à néant : cette solution proviendrait-elle de l'obligation qu'a son mari de pourvoir à son entretien ?

### **c) Le devoir de fidélité**

Dans le cadre des devoirs et obligations réciproques des époux il ne nous paraît pas vain de soulever l'obligation de fidélité, précisément pour rejeter avec force son caractère de réciprocité. Celui-ci ne pèse exclusivement que sur la femme, avec une sanction gravissime en cas de manquement<sup>2</sup>. Le mari, en effet, peut disposer de quatre épouses répudiables à discrétion et remplacées aussitôt si tel est son bon plaisir, celles-ci formant une chaîne ininterrompue. En outre, l'Islam classique connaissant la pratique de l'esclavage, la femme esclave représentera une concubine pour son maître, et le nombre sera proportionnel à la fortune. La femme, quant à elle, possédant des esclaves mâles n'aura aucun droit de disposer de leurs corps. La rédaction de l'article 36 du Code du statut personnel marocain ne peut, dans cet ordre d'idée, que nous laisser perplexe en notre XX<sup>e</sup> siècle en ce qu'il rappelle le caractère unilatéral de l'obligation de fidélité.

---

<sup>1</sup> XXIV-33 IV-3.

<sup>2</sup> Cf. LINANT DE BELLEFONDS *op. cit.* p. 301, t. 2, note 21: "En Haute Egypte, par exemple, c'est la famille de la femme qui se charge de venger, par la mort, l'honneur du mari bafoué. Du reste, dans tout l'Islam, "le crime d'honneur", celui commis par le frère et même par le cousin, qui exécute sa sœur ou sa cousine quand celle-ci s'est "mal conduite", ce "crime d'honneur" est pratiqué plus ou moins fréquemment suivant les régions et le régime politique qui prévaut dans le pays; mais à notre connaissance, nous ne croyons pas qu'il existe, ailleurs qu'en Irak, des dispositions légales faisant bénéficier le meurtrier d'une excuse absolutoire. Les prescriptions nouvelles de la législation irakienne (loi du 5 avril 1964) absolvent en effet le parent qui a tué sa parente coupable de prostitution, d'adultère ou de fornication, d'abandon du domicile conjugal injustifié, et lorsqu'elle se marie ou se remarie sans le consentement de la famille".

### **3°/ Amélioration relative de la capacité de la femme dans les codifications contemporaines.**

Eu égard aux effets du mariage et à la capacité de la femme, les législations contemporaines n'ont apportées que des améliorations toutes relatives par rapport au droit musulman classique.

Toutes consacrent le sacro-saint principe de suprématie masculine, certaines de manière brutale, telles la loi ottomane ou jordanienne : "Le mari est obligé de traiter sa femme avec bienveillance, et la femme de lui obéir"<sup>1</sup>; d'autres sur un ton plus "suave" mais emportant des principes identiques, tel le code Tunisien : « Le mari doit traiter sa femme avec bienveillance et vivre en bon rapports avec elle. Il doit éviter de lui porter préjudice...La femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et, dans cette mesure, lui doit obéissance...La femme doit remplir ses devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume »<sup>2</sup>.

Afin d'illustrer notre propos, il suffira d'examiner sur quelques points particuliers, les dispositions de la loi marocaine à cet égard.

Les articles 35 et 36 du Code du statut personnel énumèrent les droits de l'épouse à l'égard de son mari (art.35) et les droits du mari à l'égard de sa femme (art. 36)<sup>3</sup>.

A la simple lecture de ceux ci, un certain nombre d'observations se font jour, certaines d'une importance toute relative, bien que significative. C'est ainsi qu'il est loisible de rapprocher l'article 35 al.3 autorisant l'épouse à recevoir ou rendre visite à ses parents "dans les limites du convenable" et l'article 36 al.5 imposant à l'épouse déférence envers les père et mère du mari. Point de déférence réciproque, point de restriction au droit du mari de voir ses parents aussi fréquemment que souhaité,

---

<sup>1</sup> Article 73 de la loi ottomane de 1917 et article 35 de la loi jordanienne de 1951.

<sup>2</sup> Article 23 alinéas 1, 3 et 4 du code du statut personnel tunisien.

<sup>3</sup> Article 35:

"Les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont:

1°- L'entretien prévu par la loi, tels que la nourriture, l'habillement, les soins médicaux et le logement;

2°- L'égalité de traitement avec les autres épouses en cas de polygamie;

3°- L'autorisation de rendre visite à ses parents et de les recevoir dans les limites des convenances;

4°- L'entière liberté d'administrer et de disposer de ses biens sans aucun contrôle du mari, ce dernier n'ayant aucun pouvoir sur les biens de son épouse.

Article 36:

"Les droits du mari à l'égard de sa femme sont:

1°- La fidélité;

2°- L'obéissance conformément aux convenances;

3°- L'allaitement au sein, si possible, des enfants issus du mariage;

4°- La charge de veiller à la marche du foyer et à son organisation;

5°- La déférence envers les père, mère, et proches parents du mari.

preuve supplémentaire s'il en est du système patriarcal musulman. La capacité de la femme se résumera en devoirs, même si le mari se doit de faire montre de quelque respect vis à vis de sa compagne en la traitant sur un pied d'égalité avec ses rivales "légales" que sont les co-épouses.

Hormis les devoirs d'aliments du mari, la *nafaka*, ainsi que les droits reconnus à la femme sur son patrimoine, points sur lesquels nous reviendrons ultérieurement, un certain nombre d'actes paraissant anodins requièrent une autorisation, maritale ou judiciaire selon les cas, limitant par là considérablement la capacité juridique.

Il en sera ainsi de l'article 336 alinéa 2 du Code de procédure pénale aux termes duquel, l'épouse déclarant se constituer partie civile à l'encontre de son mari devra y être autorisée par la juridiction saisie.

Ou encore la production de l'autorisation maritale pour l'obtention du passeport, limitation extrême de la capacité car découlant du principe limitatif de la liberté d'aller et venir<sup>1</sup>.

Cette situation défavorable de la femme mariée ne peut être tolérée de nos jours; elle est en désaccord substantiel avec:

1°- L'article 133 du Code du statut personnel qui dispose que toute personne qui jouit de ses facultés mentales et dont la prodigalité n'a pas été établie, a la pleine capacité pour exercer ses droits civils lorsqu'elle atteint l'âge de la majorité;

2°- l'article 137-2 qui fixe l'âge de la majorité légale à vingt ans révolus;

3°- l'article 149 qui précise expressément que le père exerce sa tutelle à la fois sur la personne et sur les biens de l'incapable, jusqu'à ce que ce dernier devienne pleinement capable<sup>2</sup>.

L'article 36, énumérant les devoirs de l'épouse dont il est demandé la stricte application à l'endroit du mari, pose pour règle première le devoir de fidélité. Nous avons vu par ailleurs l'importance qu'il revêtait: il s'agira ici encore d'une limitation de la liberté, voire de la capacité, ce devoir n'étant imposé par la loi civile qu'à l'épouse. Certes, il convient de rappeler que le code pénal marocain, dans son article 491, ne fait aucune distinction entre les sexes en cette matière, considérant qu'il s'agit d'obligations réciproques, tout en prévoyant cependant une disposition particulière pour la femme commettant l'adultère quand son mari est absent du territoire du Royaume: le Ministère public aura la possibilité de déclencher les poursuites<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. V.Z. BENNANI et FATIMA MERNISSI, "Sexe du passeport ou passeport du sexe", Libération, 10 et 11 novembre 1978.

<sup>2</sup> MOHAMMED CHAFI, Code du statut personnel annoté, p. 72. voir aussi: MOHAMMED CHAFI, "Les rapports juridiques entre époux" Thèse de doctorat.

<sup>3</sup> Art. 491: "Est punie de l'emprisonnement d'un à deux ans toute personne mariée convaincue d'adultère. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé. Toutefois, lorsque le mari est éloigné du

Nous avons par ailleurs évoqué le droit de correction dont dispose le mari dans la législation classique, droit bannissant cependant les violences graves, limité dans son exercice, et dont l'usage doit répondre à la "sagesse" qui l'a institué.

Force est de constater que le code du statut personnel n'en fait nullement mention; cependant, parmi les devoirs de l'épouse à l'égard de son mari figure le devoir d'obéissance: est-ce dire que le manquement à ce devoir pourrait entraîner le droit de correction, la sharia ayant vocation à s'appliquer dans le silence de la loi ? Nous avons tendance à le penser: en effet, s'il est vrai que l'article premier du code du statut personnel dispose expressément que le but du mariage est de fonder un foyer permettant aux deux époux de vivre dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel, ces principes se déduisent de la lecture de la loi sacrée elle-même, et ne constituent dès lors nullement une entrave à ce droit de correction en cas de manquement. Il serait faux de prendre pour argument militant en faveur de l'interdiction de ce droit les dispositions combinées des articles 56 du Code du statut personnel ou 400 du code pénal, ainsi que l'avance Mohammed Chafi<sup>1</sup>. En effet, si l'article 56 déclare recevable la demande en divorce présentée par la femme qui subit un préjudice venant du mari et rendant intolérable le maintien de la vie commune, et si l'article 400 donne la possibilité aux tribunaux de condamner le mari pour ses excès ou violences sur présentation de certificats médicaux, il est question ici de voies de fait dépassant le "simple" stade de la correction modérée admise par le droit islamique.

Il ressort dès lors de l'examen des quelques points qui précèdent que l'épouse musulmane, celle de la législation classique aussi bien que notre contemporaine, vit sous le joug d'une dépendance économique maritale: les structures hiérarchiques de la famille reposent essentiellement sur le travail des hommes et le poids paraîtra plus sensible encore dans le cadre de la dissolution du lien matrimonial.

## II/ LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL

Nombre de juristes n'ont cessé d'effectuer une comparaison entre la période préislamique et l'avènement de la Révélation pour affirmer l'amélioration du sort fait à la femme. La réforme coranique n'aurait certes pas bouleversé les structures anciennes mais aurait tendu à fixer de façon précise les conditions de l'union légitime de l'homme et de la femme. La répartition entre eux deux, des droits et devoirs, aurait même pour certains traditionalistes fait un sort enviable à la femme mariée, puisque toutes les obligations pèseraient sur le mari à qui reviendrait la charge de payer la dot et d'entretenir le ménage, alors que la femme, elle, ne serait tenue que d'accomplir son devoir conjugal, de s'occuper de ses enfants et de son intérieur.

---

territoire du Royaume, la femme qui, de notoriété publique, entretient des relations adultères, peut être poursuivie d'office à la diligence du Ministère public".

<sup>1</sup> MOHAMMED CHAFI, *op. cit.* Code du statut personnel marocain, note sous article 36, page 75.

Pour les modernistes, la femme aurait été reléguée dans un état d'asservissement, "toujours menacée d'être répudiée et sans savoir quand cette répudiation peut avoir lieu"<sup>1</sup>, la répudiation étant la faculté unilatérale de tout homme de se séparer d'une épouse quand bon lui semble et sans avoir à en justifier la décision.

Quoiqu'il en soit, ce trait de supériorité masculine qui heurte nos sensibilités et nous paraît pour le moins d'un autre âge, ne saurait nous faire oublier des conceptions similaires d'une époque somme toute récente au regard de l'histoire, dans notre propre société occidentale. Il suffit de rappeler, au plan juridique, les propos de Portalis: "Dans le mariage, les deux époux sont égaux en certaines choses, ils ne sont pas comparables dans d'autres... La femme a besoin de protection car elle est faible... La prééminence de l'homme est impliquée par la constitution même de son être...l'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège", ce qui conduit à l'ancienne rédaction de l'article 213 du Code Civil: "Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari"<sup>2</sup>.

Encore, au XVIII<sup>e</sup> siècle, droit et religion considèrent la femme comme un être inférieur, relayés par les grands philosophes des Lumières. Ainsi, Rousseau dans "L'Emile": "Les femmes sont de grands enfants"; ou encore Voltaire pour qui l'homme a beaucoup de supériorité par la force du corps et même celle de l'esprit. Rares sont ceux qui, à l'instar de Condorcet<sup>3</sup> prôneront une opinion inverse<sup>4</sup>.

Un hadith du Prophète ne dit-il pas : « Aucune nation gouvernée par une femme n'a réussi<sup>5</sup> » ? Rappelons toutefois, qu'en 1994, trois femmes musulmanes exerçaient la fonction de Premier ministre : Benazir Bhutto au Pakistan, Khaleda Zia au Bangladesh et Tansu Ciller en Turquie !

Il n'en demeure pas moins que le point d'orgue de la limitation de la capacité de la femme musulmane se rencontre dans la dissolution du lien matrimonial, qu'il s'agisse de la répudiation (A) ou du divorce (B), notre étude n'ayant pas pour objet de nous appesantir sur leurs mécanismes et d'en faire une étude exhaustive qui dépasserait largement le cadre de notre recherche, mais simplement de mettre en

---

<sup>1</sup> Exposé des motifs du code marocain du statut personnel, cité par LINAN DE BELLEFOND, tome II, p. 22.

<sup>2</sup> ROMUALD SZRAMKIEWICZ, "Histoire du droit français de la famille" Dalloz, p. 97.

<sup>3</sup> Qui rédigea en 1788 "Droit politique des femmes".

<sup>4</sup> Et que dire de cette "pensée" de HEGEL selon laquelle « La différence qu'il y a entre l'homme et la femme est celle qu'il y a entre l'animal et la plante. L'animal correspond davantage au tempérament masculin, la plante davantage à celui de la femme. Car la femme a davantage un développement paisible, dont le principe est l'unité indéterminée de la sensibilité. Si les femmes sont à la tête du gouvernement, l'Etat est en danger, car elles n'agissent pas selon les exigences de l'universalité, mais au gré des inclinations et des opinions contingentes. La formation de la femme se fait on ne sait trop comment, par imprégnation de l'atmosphère que diffuse la représentation, c'est à dire davantage par les circonstances de la vie que par l'acquisition des connaissances. L'homme, par contre (sic), ne s'impose que par la conquête de la pensée et par de nombreux efforts d'ordre technique..." On en reste pantois!!!

<sup>5</sup> El Bokhari, L'authentique tradition musulmane- Sinbad.

exergue la capacité, quoique limitée, de la femme en ces domaines, afin de considérer ce qu'il en est des législations contemporaines (C).

#### **A/ La Répudiation (*Talâk*)**

A l'inverse du Christianisme, pour lequel la famille a un fondement divin, le mariage créant celle-ci, l'homme contractant l'union matrimoniale, quittant son père et sa mère pour s'attacher à sa femme, par une union qui ne peut être dissoute, la volonté de l'homme et de la femme s'avérant impuissante à désunir "ce que Dieu a uni", l'Islam pour sa part n'accorde aucun caractère sacré à l'union de deux êtres.

Ceux-ci ne sont nullement tenus pour la vie et la "désunion" dépendra en grande partie, pour ne pas dire quasi exclusivement, de la volonté maritale.

Par la répudiation, droit inaliénable du mari, celui-ci affirme sa suprématie de façon éclatante :

"S'ils décident de répudier leurs femmes, Dieu est celui qui entend, celui qui sait" (II-227).

Sur le plan juridique, l'allusion la plus significative, relevant de la faculté capricieuse de l'homme de rompre le lien conjugal, nous est encore posée par la loi révélée:

"Si vous voulez échanger une épouse contre une autre, et si vous avez donné un quintar à l'une des deux, n'en reprenez rien; le reprendre serait une infamie et un péché évident" (IV-20).

Même des menaces de répudiation peuvent avoir valeur effective si elles sont faites devant témoins. Dans tous les cas, la femme n'a aucun recours. La première forme de répudiation admise par l'orthodoxie musulmane, consiste en ce que le mari prononce la forme de répudiation simple devant n'importe quel témoin, même si sa femme est absente. Cette procédure ne deviendra toutefois effective qu'après une période correspondant à trois cycles menstruels. La forme la plus fréquemment employée, est le divorce de l'« innovation » (*talaq al bid'a*). Le mari n'a qu'à prononcer par trois fois devant témoins la formule de répudiation, pour dissoudre, sans délai, définitivement et irrévocablement le mariage. Cette pratique rend impossible le remariage entre les deux époux, à moins que la femme répudiée contracte un nouveau mariage, puis divorce.

Les seuls termes "vouloir échanger" constituent les éléments clés de l'institution musulmane; l'homme n'aura pas à justifier sa décision qui ne sera pas plus examinée par un tribunal que par un juge: l'homme possède le droit absolu de rompre le lien conjugal.

"Toute femme qui suit son mari et porte ses enfants, qui sont de son sang, perd de son plein gré le droit de disposer de sa personne. Son mari a entière autorité sur elle et lui seul a le droit de décider le divorce"<sup>1</sup>. *A fortiori* en est il de la répudiation!

---

<sup>1</sup> W. ROBERTSON SMITH "Kinship and marriage in early Arabia" Boston, Beacon press, 1903, p. 92.

Toujours ressenti dramatiquement par les femmes, la répudiation, selon la loi coranique, ne devrait pas avoir de conséquences économiques graves, puisqu'à l'origine tout était conçu en termes de famille ou de clan. La famille de la femme répudiée a donc un certain nombre d'obligations morales et matérielles envers elle<sup>1</sup>.

Il semblerait, contrairement à l'opinion communément admise, que l'ère préislamique ait été plus favorable à la femme, les liens matrimoniaux étant plus variés et moins codifiés; certaines unions allaient même jusqu'à garantir à celle-ci un certain droit à l'auto-détermination: elle pouvait choisir son mari et le renvoyer si tel était son désir.

La femme avait le loisir de s'offrir à l'homme, de sa propre volonté; tel fut le cas de Leila Bint Al Khatim qui s'offrit au Prophète, lequel accepta:

"Elle s'approcha du Prophète (à lui le salut!) Qui était assis en train de parler à un autre homme, et qui ne l'avait pas vue jusqu'au moment où il sentit sa main sur la sienne. Il lui demanda: "Qui es-tu?" Et elle répondit: "Je suis Leila Bint Al Khatim, je suis venue m'offrir à toi. Veux-tu m'épouser?" Il dit: "J'accepte"<sup>2</sup>.

Ainsi, apparaît-il clairement, que la femme avait la capacité de contracter sans se soucier d'une quelconque volonté externe; elle ne fait que prendre en compte les conseils qui lui sont prodigués, sans être aucunement tenue à les suivre.

"L'*hiba*" ("l'acte par lequel une femme se donne à un homme") fut prohibé après la mort du Prophète. Celui-ci fut le dernier arabe à être choisi librement par des femmes; il fut probablement aussi le dernier à être "répudié" par celles-ci<sup>3</sup>.

La tradition rapporte en effet que le mariage du Prophète fut rompu par trois fois à l'initiative des femmes, suivant une formule triple, dès lors aux conséquences définitives, rappelant la formule de répudiation institutionnalisée par l'Islam comme étant le privilège des hommes<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Les écoles hanafite, chaféite et hanbalite admettent que la femme répudiée, si elle n'a pas de ressources, retombe à la charge de son père; seule, l'école malékite le lui refuse, l'obligation alimentaire du père s'étant éteinte avec la consommation du mariage de sa fille et ne pouvant «renaître» après répudiation.

<sup>2</sup> IBN SAAD, "Kitab at Tabaqat al-Kubra", vol. 8, "On women" (Beyrouth: Dar Beyrouth Lit-tiba'a wananasr, 1958) pp. 150 et 154, cité par Fatima MERNISSI, "Sexe, idéologie et islam", édition marocaine faite à partir de la traduction des éditions Tierce, 1985, p. 39. Il est à noter que ce mariage n'eut pas lieu, non parce que Leila n'avait pas la capacité de contracter, mais simplement parce qu'elle suivit le conseil émis par les membres de sa tribu qui lui donnèrent pour argument que son tempérament fier s'accommoderait mal des exigences que suppose un mariage polygame.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 201. En ce qui concerne la faculté de répudier de la femme dans l'ère préislamique: "A l'époque de la Jahiliya, les femmes, ou tout au moins certaines d'entre elles, avaient le droit de renvoyer leur mari, en procédant de la façon suivante: si elles habitaient dans une tente, elles la retournaient en sorte que si la porte faisait face à l'Est, elle était tournée vers l'ouest, et lorsque l'homme voyait cela, il savait qu'il était renvoyé et il ne rentrait pas." Al-Isfahini, "Al Agani". Traduction W.R. SMITH "Kinship in early Arabia" p. 80.

<sup>4</sup> "Chaque fois que la formule était prononcée par la femme, le Prophète cachait son visage dans sa manche, quittait immédiatement la couche nuptiale et demandait que la femme soit rendue à sa tribu. "Lorsque Asma Bint An Numan entra dans la pièce où se trouvait le Prophète, il ferma la porte et tira le rideau. lorsqu'il avança la main vers elle, elle dit: "Je demande protection à Allah". Immédiatement le

Il s'en suit qu'à l'évidence, la femme disposait d'une certaine indépendance et d'un certain degré d'autodétermination, facultés qui lui furent retirées par l'Islam.

“La peur de l'autodétermination des femmes est au centre de l'organisation de la famille dans l'ordre musulman où elle est identifiée au concept de *fitna*. Si les femmes ne sont pas socialement contrôlées et surveillées, les hommes doivent faire face à leur pouvoir sexuel irrésistible qui engendre inévitablement *fitna* et le chaos en les poussant au *zina*, copulation illicite. L'expérience du Prophète lui-même face à ce pouvoir corrosif des femmes explique en grande partie l'attitude musulmane à l'égard des femmes et de la sexualité”<sup>1</sup>.

Il semble en effet, que la faculté de répudiation dont la femme se trouve privée, n'est autre que le corollaire de la polygamie, l'une et l'autre participant à l'exaltation du désir masculin, la première prenant en compte l'aspect frivole ordinairement attribué à la gent masculine, la seconde lui permettant d'échapper à la routine, cause dans nos sociétés modernes de bien des ruptures.

“Si Dieu, par sa bonté et par sa grâce, lui facilite ainsi la vie en lui permettant d'être polygame et qu'il ait la tranquillité du cœur par elles (les femmes), c'est fort bien. Sinon, le changement lui est recommandé... On dit qu'Hassan Ibn Ali (petit fils du Prophète) était un convoleur fieffé: il épousa en tout plus de deux cent femmes; parfois il en prenait quatre d'un seul coup, parfois il répudiait à la fois ses quatre épouses et en prenait d'autres à leur place. Mahomet (à lui bénédiction et salut) a dit à Hassan: “tu me ressembles au physique et au moral”...On dit que cette propension à beaucoup convoler est précisément un des caractères de similitude entre lui et l'Envoyé de Dieu (que Dieu lui accorde la bénédiction et le salut!)”<sup>2</sup>.

Comme la polygamie, la répudiation est présentée par certains auteurs (Boudhiba par exemple) comme le biais par lequel une femme peut connaître plusieurs hommes dans sa vie. Ce serait donc un moyen que lui donnerait l'Islam de changer licitement de partenaires sexuels, bien évidemment dans le cadre du mariage. Mais c'est l'homme qui détient, dans la majorité des cas, la décision.

---

Prophète se couvrit la tête avec sa manche et répondit: “Cette protection t'est accordée” et il répéta cette phrase trois fois. Puis il la laissa et donna des ordres pour qu'elle fut rendue à sa tribu”. FATIMA MERNISSI, “Sexe, idéologie, Islam”, *op. cit.* p. 41. Cet auteur nous explique que selon les diverses sources musulmanes, les motivations ayant conduit les trois femmes à agir de la sorte provenaient du fait qu'elles auraient été induites en erreur par les autres co-épouses: “Toutes trois appartenaient à des tribus étrangères, différentes de celles du Prophète. Les femmes du Prophète originaires de Quraich (menées, bien sûr, par Aïcha, l'infatigable, fine et intelligente bien aimée du Prophète) se sentant menacées par la beauté exotique des trois femmes étrangères, auraient conseillé aux nouvelles venues de prononcer la formule de répudiation qui fit fuir le Prophète, en leur disant qu'il les apprécierait davantage s'il l'entendait. Victimes de cette duplicité les trois femmes auraient été surprises par la réaction que le Prophète adopta à leur égard”.

<sup>1</sup> FATIMA MERNISSI, *op. cit.* p. 43.

<sup>2</sup> AL GHAZALI, “Revivification”, p. 30.

Au demeurant, une telle conception ne fait que réaffirmer avec force la puissance de l'homme sur le lien de mariage, puissance dont Ghazâli, théologien du XI<sup>e</sup> siècle souligne la place dépendante de la femme à l'égard de son mari:

“(Le Prophète) a dit: “Chaque fois qu’une femme meurt, alors que son mari aura été satisfait d’elle, elle va au Paradis. Partant en voyage, un homme aurait exigé de sa femme qu’elle ne descende pas de l’étage supérieur (occupé par lui) pour se rendre à l’étage inférieur, habité par le père de son épouse. Celui ci étant tombé malade, la femme fit demander à l’Envoyé de Dieu (à lui bénédiction et salut) la permission de descendre auprès de son père: “Obéis à ton mari”, lui fit il dire. Le père étant venu à mourir, elle fit demander une décision au Prophète et il dit: “Obéis à ton mari!”. Après l’enterrement, l’Envoyé de Dieu (à lui bénédiction et salut!) lui dépêcha quelqu’un pour l’informer de ce que Dieu avait pardonné à son père en raison de ce qu’elle avait obéi à son mari. L’Envoyé de Dieu (à lui bénédiction et salut!) a dit: “La femme qui accomplit les cinq prières de Dieu (obligatoires), jeûne durant le mois (de ramadân), préserve la chasteté de son sexe et obéit à son mari, entrera au Paradis de Son Seigneur”<sup>1</sup>.

Ce hadith est révélateur de la pensée musulmane et de la restriction de la capacité de la femme, en ce qu’il associe l’obéissance envers le mari aux pratiques les plus fondamentales de l’Islam.

L’homme fait son mariage, décide de sa structure et de sa dissolution à sa guise par la voie de la répudiation sans avoir à se justifier. “La lecture des textes permet sans doute de sentir comment l’ordre de Dieu s’impose à l’homme, mais on constate aussi qu’en matière de vie conjugale, c’est l’homme qui est le “décideur”: il peut s’engager à s’abstenir de ses femmes; il peut décider de répudier, il peut décider de reprendre sa femme, ou de la renvoyer... Même si naturellement les droits du mari s’exercent dans les limites prescrites par l’ordre divin, il reste que la femme semble être l’objet de la décision de l’homme dans le *fiqh*....Les formes de la répudiation sont explicites du pouvoir discrétionnaire du mari. C’est un acte domestique”<sup>2</sup>.

Pourtant, de façon générale, tout est organisé pour qu’une femme répudiée soit remariée au plus vite. C’est une situation considérée par la société comme transitoire, l’objectif étant le remariage rapide et l’enfantement. Généralement, cette nouvelle union intervient rapidement car le douaire demandé au prétendant est moins élevé que s’agissant d’une jeune fille, car elle a le désavantage des années et de son état de non vierge. Une femme ne peut donc passer que d’une tutelle, celle du père ou des frères, à celle du mari.

Le mariage musulman, bien loin de la conception de sacrement, apparenté bien plutôt à un devoir social, s’il peut être rompu unilatéralement par l’homme au

---

<sup>1</sup> GHAZÂLÎ, “Ih’ya ûlûm ad Dîn”. Extrait: Le livre des bons usages en matière de mariage par L. BERCHER et G. H. BOUSQUET, Paris, Oxford 1953, PP. 104-105, cité par Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, *op. cit.* p. 636.

<sup>2</sup> J. LADJILI-MOUCHETTE, *op. cit.* PP. 637-638.

travers de la répudiation, l'épouse aura-t-elle la capacité d'y mettre un terme dans le cadre du divorce et dans l'affirmative, dans quelles conditions?

### **B/ Le divorce**

Le mariage n'étant pas « sanctifié », comme c'est le cas dans le christianisme, union temporelle et non spirituelle, acte éminemment social, peut donc être dénoncé sans difficulté par l'un ou l'autre des contractants, le plus souvent par la répudiation, institution ancienne, chose banale, à l'usage exclusif de l'homme, mais qu'en est-il de la dissolution judiciaire du lien matrimonial?

Il paraît pour le moins évident que cette dissolution sera à l'usage quasi unique de la femme, car le mari n'aura, par le biais de la répudiation, aucun justificatif à apporter et ne verra pas sa décision soumise à l'appréciation du juge.

Un seul cas cependant échappera à la règle et sera réservé à l'époux: le serment d'anathème (*li'an*). Celui-ci démontre par son objet même le souci de la société musulmane de protéger la famille et par là, la descendance avec les conséquences patrimoniales attachées à l'appartenance à la dite famille; il s'agira d'établir l'adultère de la femme et d'empêcher que soit attribué au mari un enfant qui ne serait pas le sien, de faire échec à la présomption légale de paternité. Ce désaveu, seul mode autorisé en droit musulman, et dont l'examen dépasserait le cadre de notre étude, s'il est reçu par le juge, outre le fait de dissoudre le mariage, entraînerait inmanquablement des sanctions pénales à l'endroit de l'épouse, celle-ci se voyant manifestement convaincue de *zina*.

Il n'en demeure pas moins que le droit musulman réserve, à l'exception précitée près, un quasi-égalité de sort entre l'homme et la femme en matière de résolution judiciaire du mariage. (À l'exception près, que l'homme peut par sa seule volonté mettre fin à son mariage).

Quant à l'épouse, elle aura la capacité de saisir le juge tant pour vices rédhibitoires de son conjoint (1°) que pour inaccomplissement des obligations nées du mariage (2°), le juge pouvant dans certains cas prononcer une dissolution d'office (3°)<sup>1</sup>.

#### **1°/ Le divorce pour vices rédhibitoires**

L'homme et la femme se trouveront sur un pied d'égalité, du moins sur le principe, pour solliciter le prononcé du divorce en cas de vices rédhibitoires tels que la maladie rendant la vie conjugale périlleuse ou encore les défauts rendant les rapports conjugaux difficiles. Signalons cependant que le terme « divorce » n'apparaît pas dans le Coran. Un seul verset fait référence à une séparation engagée par l'épouse ! « *Si vous craignez de ne point les observer (les lois de Dieu), il ne résultera aucun péché pour aucun de vous, de tout ce que la femme fera pour se racheter* » (« La génisse », II, 229).

---

<sup>1</sup> Ces causes là énumérées par le législateur ne sont pas aisément accueillies par le juge : cf. Dalhati Idrissia La condition de la femme répudiée en islam Mémoire, faculté des lettres et sciences humaines, Rabat, 1985, p. 157 et s. (en arabe).

Qui dit, cependant, vice rédhibitoire, laisse entrevoir l'une des particularités du mariage musulman, particularité relevée par certains auteurs mais qui néanmoins ne paraît pas devoir être retenue<sup>1</sup>: le mariage, contrat synallagmatique serait assimilé à une vente. Pour la majorité d'entre eux tel Mahfoud Bennoune, le mariage musulman n'est pas une vente ; c'est avant tout le moyen de lever religieusement le tabou dont sont frappées les relations sexuelles.

La restriction de capacité féminine, l'inégalité de sort entre les époux, résidera non sur le principe mais sur les conditions de recevabilité: pour que l'épouse puisse invoquer le vice encore conviendra-t-il que celui-ci soit antérieur à la conclusion du mariage. Dans le cas contraire, s'il survenait pendant le cours de l'union, il appartient à la femme de s'en accommoder: elle serait mariée "pour le meilleur et pour le pire" pour reprendre une expression familière.

Dans la conception musulmane du mariage, il est loisible de comprendre qu'une telle exigence ne soit pas imposée au mari, celui-ci ayant à sa disposition l'arme de la répudiation; il eut été nul et non avenu de lui imposer l'existence du vice antérieurement à l'union.

S'agissant d'une demande en divorce formulée par une femme la plupart des codes de la famille reprenant la législation islamique posent des conditions précises. Cette demande (la concernant, il s'agit moins d'un droit, que d'une possibilité) doit être formulée auprès d'un *cadi* qui décide si elle est valable. D'une façon générale, selon la loi islamique, le divorce est accordé sur le champ lorsque le mari est « incapable de coïter avec sa femme à cause de l'ablation de la verge ». « Si l'incapacité du mari est due à d'autres causes -impuissance, impotence ou castration- le divorce n'est pas entériné de suite par le *cadi* : ce dernier accorde à l'époux un délai d'une année lunaire pour consommer le mariage<sup>2</sup>. » Cela étant, pour les malékites, ainsi que pour les hanéfites, une fois le mariage consommé, l'épouse ne pourra plus rien exiger, ni le divorce, ni le coït.

Là néanmoins où l'infériorité féminine s'affiche avec force est le cas d'impuissance du mari: non seulement conformément à la règle posée, elle doit être préexistante au mariage, mais encore et surtout, il suffit pour le mari d'affirmer avoir coïté pour faire échec à la demande de l'épouse; il sera cru sur parole! Une telle solution serait à rapprocher du principe dégagé par la législation islamique relatif aux règles de capacité pour témoigner: les préceptes coraniques jugeant les femmes émotives et imaginatives considèrent qu'elles peuvent facilement être induites en erreur, d'où la nécessité de les représenter en justice ou encore de considérer que deux témoignages féminins seraient nécessaires pour équivaloir à un témoignage masculin<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Ne fût ce que pour une raison, juridiquement essentielle: la vente est nulle si aucun prix n'est fixé, tandis que le mariage est valable sans aucune stipulation de dot. Il existe cependant des différences entre les écoles.

<sup>2</sup> Ghassan ASCHA *Du statut inférieur de la femme en Islam*, l'Harmattan, Paris, 1987.

<sup>3</sup> cf. Paul BALTA, "L'Islam", *Le monde poche*, coll. Marabout, p. 137.

## 2°/ Le divorce pour manquement aux obligations du mariage

Le droit musulman classique fait entrer dans cette catégorie, réservée le plus souvent, rappelons le, à l'épouse, trois cas:

- La non consommation du mariage doublée du non paiement de la dot;
- Le défaut d'entretien du ménage par le mari;
- Le manquement à un engagement contenu dans le contrat de mariage<sup>1</sup>.

L'ensemble des écoles considère le mariage comme recommandé (*mustahabb*) par la Révélation, car il permet à l'homme d'assouvir licitement son instinct sexuel sans pour autant tomber sous le coup de l'infraction péché de *zina*,<sup>2</sup> crime contre Dieu, contre ses lois et contre l'ordre établi.

Il convient cependant de remarquer qu'à ces trois cas de figure ainsi dégagés, correspondent les seuls devoirs du mari à l'égard de son épouse, devoirs entraînant des droits dont celui, le plus réducteur s'il en est, de jouir de son corps le temps qu'il lui conviendra, jusqu'à ce que, pourrait-on dire, répudiation s'ensuive!

La non consommation du mariage retiendra cependant notre attention, en tant qu'invoquée par la femme devant le juge pour solliciter la résolution du mariage, non consommation qu'il convient toutefois de ne point confondre avec le refus d'accomplir le devoir conjugal: l'hypothèse ici examinée est celle de l'homme ayant contracté un mariage valide sans pour autant l'avoir consommé.

Comment, en effet, pourrait elle invoquer l'attitude passive, voire indifférente du mari, ce dernier, en l'absence d'appétence sexuelle pouvant décider d'une répudiation, dont nous avons examiné par ailleurs le caractère unilatéral?

“ La satisfaction sexuelle des deux partenaires est considérée comme nécessaire pour prévenir l'adultère. Le concept de *muhsan*, qui signifie “protéger”, est interprété juridiquement comme signifiant à la fois “mariage” et “chasteté” parce qu'une personne mariée devrait être *muhsan*, “protégée” de l'adultère par la satisfaction de ses désirs dans le cadre licite, celui du mariage. D'après le code pénal, le *muhsan* reçoit un châtement plus sévère qu'une personne non mariée qui s'adonne au *zina*”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cas de divorce prévus par la Moudawana :

Article 56 : « pour délaissement »

Article 58 : « Par suite du serment de continence ou de délaissement »

Article 53 : « Pour défaut d'entretien ».

<sup>2</sup> Certains auteurs, tenants de l'école zahirite aujourd'hui disparue considèrent au contraire que le mariage est obligatoire, kifāya, donnant aux “recommandations” contenues à ce propos dans le Coran le caractère d’ordres” (awāmīr) formulés de façon impérative, le mariage devenant une obligation stricte pour chaque individu qui ne pourrait dès lors vivre dans le célibat, fût-il le plus honnête. Cf à ce propos LINANT DE BELLEFOND, *op. cit.* tome 2, pp. 27 et 28.

<sup>3</sup> FATIMA MERNISSI, “Sexe, Idéologie et Islam”, *op. cit.* p. 50.

cf. encore sur ce point JOSEPH SCHACHT “Introduction au droit musulman”, *op. cit.* pp. 147 et s.

Point n'est besoin d'aller chercher ailleurs la motivation de la possibilité pour l'épouse de saisir le juge en une telle hypothèse: la femme, de par les désirs qu'elle suscite est potentiellement dangereuse, potentialité pour le moins décuplée si elle se trouve sexuellement frustrée. Il convient d'éviter que l'un des deux partenaires, et principalement la femme, dont il s'agit là de l'unique moyen de réclamer son dû, d'aller trouver "fortune" en dehors du cadre légal. "Contrôler la sexualité, agressive par nature, des femmes, empêcher leur auto-détermination en matière sexuelle, telles sont les bases sur lesquelles reposent de nombreuses institutions de la famille musulmane"<sup>1</sup>.

Une femme peut ainsi demander le divorce dans quelques autres cas dont elle doit apporter la preuve : lorsque son mari n'est pas sain d'esprit ou qu'il est atteint d'une maladie qui risque de rendre dangereuse la vie conjugale.

Nous envisagerons ultérieurement, dans le cadre de la capacité juridique de la femme au regard de son patrimoine, les effets attachés au défaut d'entretien, tout comme le non-paiement de la dot. Bornons nous ici simplement à signaler la possibilité réservée à l'épouse de solliciter le divorce pour le cas où son mari n'aurait point respecté certains des engagements contenus dans le contrat de mariage tel que la promesse d'une union monogame, ou encore le fait de résider dans tel lieu...

Si théoriquement, dans de tels cas le divorce est recevable, ne peut-on considérer qu'il s'agit tout simplement là de vœux pieux? Le non-respect d'une des obligations de l'époux d'une clause spécifique du contrat de mariage si elle s'avère juridiquement possible, n'est-elle pas socialement impossible? La question reste posée, mais nous pensons, sans crainte de nous égarer, que sa réponse sera une fois encore limitative de la capacité féminine.

### **3°/ La dissolution d'office par le juge**

Des quatre cas prévus par le législateur musulman, nous nous attacherons plus particulièrement à l'abus d'autorité maritale ainsi qu'au dissentiment grave entre conjoints propre au rite malékite. En effet, l'épouse peut saisir le juge lorsque son mari fait preuve de cruauté, notion toutefois difficile à cerner, puisque les châtiments corporels infligés par le mari sont admis par le Coran. Nous remettons volontairement l'étude relative à la contestation sur le montant de la dot au chapitre traitant de cette dernière.

Il s'avère donc pour le moins surprenant qu'alors que le mari, ainsi que nous l'avons précédemment évoqué, dispose d'un droit de correction à l'égard de son épouse, cette dernière puisse saisir le juge en cas de maltraitance.

La réponse à cette interrogation semble trouver son fondement dans le Coran lui-même: la femme aura le loisir d'exprimer une volonté au sujet de son mariage dès lors que son mari exercera des violences contre elle, violences dépassant l'entendement et la mesure. Il s'agirait d'une rupture du mariage, d'une sorte de

---

<sup>1</sup> *Ibid.* p. 54.

répudiation de la femme par le mari. La démarche positive de l'épouse se justifierait par le manquement du mari à la règle issue de la Révélation. Cette idée est confortée avec la lecture des *hadith* qui autorisent la femme à demander le divorce judiciaire: "si un mariage cause préjudice à la femme, vous le cesserez". La femme y est placée en objet du problème à résoudre, bien plus que comme source de la décision"<sup>1</sup>. C'est dans cette hypothèse que le juge, prééminence masculine réaffirmée, prononcera la répudiation par trois fois interdisant par là au mari de récupérer son épouse qui lui deviendra interdite, ce qui aura pour mérite de la faire échapper au joug et aux violences de son conjoint.

Le rite malékite, pour sa part, dans un souci apparent de plus grande justice matrimoniale, se basant sur les préceptes coraniques, permettra l'intervention d'arbitres familiaux pour régler les conflits. Il permettra à l'épouse de faire trancher le différend par une sorte d'"expertise" qui s'imposera au Qâdi, les autres écoles confinant ces arbitres dans le rôle de conciliateurs, sans pouvoir particulier.

"Si vous craignez la séparation entre des conjoints, suscitez un arbitre de la famille de l'époux, et un arbitre de la famille de l'épouse. Dieu rétablira la concorde entre eux deux, s'ils veulent se réconcilier. Dieu est celui qui sait et qui est bien informé" (IV-35).

Il s'agirait là, à n'en pas douter, du divorce pour "incompatibilité d'humeur", élargissant singulièrement le champ de la capacité féminine.

Mais même si la femme peut demander et obtenir le divorce (sauf s'il s'agit d'une séparation par consentement mutuel) sa démarche est souvent lourde de conséquences, compte tenu des responsabilités qu'elle prend et auxquelles elle n'est pas préparée. En effet, le divorce n'est pas seulement la séparation de deux personnes, c'est aussi la rupture entre deux familles. C'est également le risque pour elle de se voir retirer la garde des enfants, ou même le droit de visite<sup>2</sup>.

Dès lors, cette capacité pour le moins réduite dans la plupart des cas posée par les règles classiques, trouve-t-elle son application dans les codes contemporains?

### **C/ Les codifications contemporaines**

Notre propos se limitant essentiellement au rite malékite, c'est vers les législations des pays du Maghreb que nous tournerons notre regard.

Une évidence s'impose cependant: aucune conception "révolutionnaire" n'a présidé à l'élaboration des codes du statut personnel en cette matière. L'examen des articles 53 à 59 du code marocain en est une preuve.

Un certain nombre de cas sont prévus par le législateur:

---

<sup>1</sup> Jeanne LADJILI-MOUCHETTE, *op. cit.* p. 638; hadith rapporté par L. MILLIOT, "Introduction à l'histoire du droit musulman" Paris 1953, p. 348.

<sup>2</sup> Que le législateur français prête plus d'attention à la situation d'après divorce ne fait aucun doute (en particulier en prévoyant pour le conjoint divorcé certaines prestations pécuniaires). Il est à noter que ce statut protecteur n'est pas sans exercer quelque attrait sur les femmes maghrébines en France, d'où les conflits culturels qui en découlent.

- Le défaut d'entretien (article 53)
- Les vices rédhibitoires (article 54)
- Les sévices (article 56)
- L'absence du mari (article 57)
- Le serment de continence ou de délaissement (article 58)

Sans pour autant entrer dans l'examen détaillé des causes et des conséquences des textes susvisés, une constante s'impose: le législateur marocain insiste tout particulièrement sur la capacité de la femme en de tels domaines; les causes de dissolution du lien matrimonial prévues dans les textes précités seraient une sorte de protection à l'usage de l'épouse, le législateur s'adressant principalement à elle, le mari ayant à sa disposition la faculté de répudiation<sup>1</sup>.

Les "avancées", pourrait on dire, par rapport à la législation classique s'avèrent peu nombreuses: l'influence des législations occidentales semble n'avoir point pénétré ce domaine qu'est le droit de la famille, fondement de l'Islam et mettant la femme en état de sujétion par rapport à l'homme. Citons cependant quelques unes d'entre elles:

-L'article 56 posant pour principe que les faits reprochés au mari par sa femme soient "de nature à rendre la vie conjugale impossible, eu égard à sa condition sociale", exigence non posée par le droit classique malékite.

- De même et encore, le vice rédhibitoire affectant le mari survenant durant le mariage peut provoquer la dissolution de ce dernier par le prononcé du divorce à la requête de l'épouse.

Il apparaît en conséquence qu'au regard de la situation de la femme musulmane dans le mariage, de la formation de celui-ci à sa dissolution, en passant par ses effets, sa capacité juridique dans le cadre de son statut personnel soit pour le moins réduite à la "portion congrue".

"Tant que subsistera la répudiation discrétionnaire, privilège du mari, de mettre fin quand bon lui semble, au mariage, il ne saurait en être autrement (l'auteur faisant état de la négation de l'existence d'un comportement propre à la femme musulmane). Ce ne sont pas, en effet, les aspirations de la femme qui entrent en ligne de compte, mais l'idée que les maris se font de leurs droits. Dès qu'ils estiment que la façon d'agir de leur femme ne correspond pas à leur conception de la vie conjugale, forgée à leur unique avantage par des siècles de soumission de la femme, ils s'empressent de brandir la menace de la répudiation. C'est dire que, si la répudiation devait subsister, et elle ne paraît pas sur le point de disparaître, loin de

---

<sup>1</sup> ....ARTICLE 53: "L'épouse aura la faculté de demander au juge..."

ARTICLE 54: "L'épouse qui découvre chez son conjoint..."

ARTICLE 56: "Si l'épouse se prétend objet de quelque sévice..."

ARTICLE 57: "Du divorce pour absence du mari"

ARTICLE 58: "Lorsque le mari aura prêté serment de délaisser sa femme...celle ci est fondée..."

là, une évolution favorable à la femme dans le domaine qui nous intéresse pour le moment, devrait commencer par un changement complet de la mentalité des maris”<sup>1</sup>.

Une inégalité fondamentale résidant entre les droits de l’homme (absolus) et ceux de la femme répudiée (quasi inexistantes), ont amené les législations de plusieurs pays arabes à réformer une situation devenue pour beaucoup inacceptable. Ainsi, la répudiation est elle interdite en Tunisie et le droit au divorce légal largement reconnu. En Algérie, le divorce peut intervenir par consentement mutuel ; si c’est l’épouse qui l’a demandé, elle doit verser une réparation à son mari. En cas de litige, après tentative de conciliation, c’est le juge qui tranche.

Pour Platon, une cité qui n’éduque ni n’emploie les femmes est semblable à l’homme qui ne se servirait que de son bras droit. Dans “Le Banquet”, c’est la femme, la célèbre prêtresse Diotima qui confère à Socrate son intelligence philosophique.

A l’inverse, pour Aristote, la femme “est un homme imparfait”, l’enfant n’héritant que des qualités de l’homme, qui se trouvaient telles quelles dans sa semence, au moment de la procréation, conception qui prévalut jusqu’au Moyen Age.

Les préceptes coraniques sont, pour nombre d’entre eux, marqués par les structures sociales antéislamiques de l’Arabie: les femmes sont considérées comme des biens familiaux; leur fonction première et essentielle consistant à procréer, principalement des garçons, force de la famille patriarcale. La virginité des filles et la fidélité des épouses garantiront la pureté du sang et l’honneur des proches, clan et tribu.

L’Islam, nous l’avons compris, se définit en ce domaine autour de la tutelle masculine. La femme, bien que possédant quelques droits les ignorera le plus souvent et subira la pression conjugale de la famille, de la société, des coutumes.

Il reste que la condition de la femme a suscité, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, tout un bouillonnement d’idées émanant de nombreux penseurs; sur cette question, l’égyptien Kasim Amin se montra d’emblée le plus audacieux. Son traité, “Libération de la femme” (Tahris al Mara) paru en 1899, réclamait une véritable égalité entre l’homme et la femme.

Les femmes prirent leurs intérêts en main telles les égyptiennes Malak Hifni Nasif et Houda Charawi.

En 1913, à la Sorbonne, Mansour Fahmi, égyptien, lui aussi, soutint une thèse sur le statut de la femme dans l’Islam avec le philosophe français Lévy-Bruhl; encore, autre défenseur de la cause féminine, Tahar Haddad, qui fut cheikh à la grande mosquée de Tunis, publia “Notre femme dans la loi et la société”.

Mais, par ailleurs, il existe toute une littérature issue de la mouvance intégriste qui donne une vision très précise du rôle de la femme occidentale,

---

<sup>1</sup> Linant de Bellefond, *op. cit.* tome 2, p. 288.

symbole vivant de ce contre quoi s'érigent les islamistes, l'égalité entre les hommes et les femmes ; en particulier, l'un des idéologues, le Pakistanais al Mawdudi (mort en 1979) écrit : «...Le monde entier est loin derrière l'islam... et même au XX<sup>e</sup> siècle, la pensée humaine n'a pas encore atteint le niveau de l'islam. Tout ce que l'occident a accordé à la femme, il ne le lui a pas accordé en tant que femme, mais après l'avoir dépossédée de sa nature féminine et transformée en homme... ».

D'autres auteurs, nombreux, mettent l'accent sur une « nature » féminine, généralement négative, en se référant à des textes scientifiques occidentaux du XIX<sup>e</sup> siècle, aujourd'hui totalement dépassés, mais qui prouvaient l'infériorité de la femme par le fait « qu'elle avait une ossature plus fine et un cerveau plus petit ».

Ainsi, Joseph de Maistre, écrivain français, dans « Lettre à sa fille » en 1808, souligne : « les femmes ne sont nullement condamnées à la médiocrité ; elles peuvent même prétendre au sublime, mais au sublime féminin...En un mot, la femme ne peut être supérieure que comme femme ; mais dès qu'elle veut émuler l'homme, ce n'est qu'un singe »

Dans le même ordre d'idée, Yaya Wane écrit en 1966 : « La condition sociale de la femme est faite d'infériorité congénitale et d'imperfection définitive<sup>1</sup> ».

El Khalil, dans son Mokhtassar, au XIV<sup>e</sup> siècle de notre ère, écrivait : « il convient, en toute circonstance de préférer le mâle à la femme, l'homme libre à l'esclave, le savant à l'ignorant » (I, 101).

Nous sommes loin de l'opinion émise par Elizabeth Badinter<sup>2</sup> : « Il fallut presque deux siècles aux femmes pour faire admettre à leurs pères et époux qu'elles étaient des « hommes » comme tout le monde ! Les mêmes droits devaient s'appliquer à leurs compagnons et à elles même, ils devaient partager ensemble les mêmes devoirs. »

Cette égalité tant réclamée par les féministes n'est elle point un leurre au regard de la nature même du droit musulman issu de la Révélation?

Tout changement, aussi infime soit-il dans l'ordonnancement voulu par Dieu et révélé à son Prophète, ne constitue-t-il pas une altération des prescriptions divines ayant vocation à régler toute la vie du croyant jusque dans ses détails les plus anodins? La question demeure posée. Dominique Venner<sup>3</sup> résume parfaitement notre pensée: "Avant d'en dire plus, je veux souligner que j'ai du respect pour l'Islam et pour les fidèles de cette religion trop mal connue en Europe. Je confesse n'éprouver aucune animosité à l'encontre de l'islamisme qui est l'affaire des musulmans, non la mienne....Cela étant posé, je sais de science sûre qu'un peuple se condamne à mourir (s'il n'est déjà mort) quand il ne se jette pas à la gorge de l'étranger qui, par

---

<sup>1</sup> Ecrivain africain cité par Vincent Monteil Mansour L'Islam noir éd. Du Seuil 1971.

<sup>2</sup> Elizabeth BADINTER L'un est l'autre, 1986.

<sup>3</sup> Rédactrice en chef revue "Enquête sur l'histoire".

provocation, vient narguer ses dieux dans ses propres sanctuaires<sup>1</sup>... Rien n'est plus révélateur de la nature d'un peuple que ses rapports à l'amour. Si la fonction physique et sexuelle ne connaît pas de frontière, l'amour, lui, est inséparable de la culture donc de ce qui fait l'originalité des peuples. L'image de la femme en terre d'Islam, n'est pas celle que dévoile le sort de la belle Hélène ou les poèmes de Louise Labbé, la belle Cordière<sup>2</sup>.

D'autre part, la place de la femme dans une société n'est elle pas un des indicateurs les plus significatifs du degré de développement de cette société ?

Ouvrir un débat sur le statut de la femme, prôné par beaucoup aujourd'hui, n'amènerait-il pas à statuer sur les rapports entre les hommes et les femmes car, sauf à établir une égalité juridique absolue, le statut des uns ne peut se définir qu'en rapport avec le statut des autres ?

Malika Mokeddem, médecin et écrivain algérienne, dans une belle formule résume leur différence de statuts : « L'Islam inflige sans vergogne son masculin pluriel à son apartheid féminin. ».

---

<sup>1</sup> Allusion à l'inauguration de la plus importante mosquée construite en Europe, à Rome, en 1995- Urbs, centre spirituel de l'Europe païenne et chrétienne, cité des Césars et des papes. Sur l'échelle des symboles, cette mosquée dépasse toutes celles qui, depuis 10 ans, ont été édifiées en terre européenne.

<sup>2</sup> Revue Enquête sur l'histoire, l'Europe et l'Islam, n° 15.

