

LES GRANDES TENDANCES

de l'évolution du droit des personnes et de la famille dans les pays musulmans

Jean-Maurice VERDIER

Cet exposé liminaire peut surprendre. Pourquoi élargir encore l'horizon, que ce colloque étend déjà aux dimensions du Maghreb, alors que les législations et les pratiques tunisiennes, marocaines et algériennes nous fournissent ample matière à examen, à échange et à débat ?

L'exercice ne paraît cependant pas gratuit. Outre l'intérêt d'une vision panoramique mais nécessairement superficielle, on ne peut nier celui d'une étude quelque peu comparative, puisque malgré leur source principale commune, le droit musulman, les législations des différents états indépendants islamiques sont inévitablement influencées par les évolutions sociologiques ainsi que par les options politiques, quelque peu variables selon les pays. Mais surtout il paraît utile et même nécessaire - de situer les trois visées que nous allons faire dans l'ensemble du mouvement législatif important qui s'est produit et persiste dans les pays musulmans.

Diverses sont les interventions législatives opérées, mais au-delà de cette diversité apparaissent certaines grandes tendances, expression d'une profonde pulsation qui, pour ainsi être ici entretenue, là enregistrée, ailleurs encouragée, semble très générale. L'ampleur et la nouveauté des textes contemporains sont certes variables, mais on ne peut pas ne pas être frappé par la généralité du mouvement législatif depuis la fin du 19^e siècle et surtout depuis la circulaire judiciaire soudanaise de 1916 et la loi ottomane de statut personnel de 1917 qui ont en quelque sorte donné le coup d'envoi dans le domaine du droit de la famille, alors pourtant qu'en Turquie même elle eut une vie éphémère. Abrogée en 1919 en Turquie, elle continue d'être appliquée au Liban et en Palestine aux musulmans sunnites. Son exemple a été suivi : loi égyptienne sur la famille de 1929, loi indienne de 1939, jordanienne de 1951, syrienne et irakienne de Statut personnel de 1953 à 1959, codes tunisien et marocain de statut personnel de 1956, 1957 et 1958, ordonnance algérienne de 1959.

(*) Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Alger.

Ce mouvement législatif général fait évidemment écho aux changements qui se produisent dans les modes de vie et dans les mentalités, aux mutations psycho-sociologiques que subit la société dans tous les états musulmans.

Il ne fait pas de doute que, tout comme s'est produit dans les faits ce que les sociologues appellent *l'acculturation*, c'est-à-dire un échange de cultures et des modes de vie et des emprunts des uns aux autres, en particulier à la culture européenne, au plan du droit un phénomène *d'acculturation juridique* explique une part des interventions législatives des cinquante dernières années dans les pays musulmans.

Il est des cas où elle est indiscutable, bien qu'elle prenne des formes variées et ait des causes diverses.

a) elle peut être due à *l'intervention de l'autorité publique* ; il y a alors un emprunt sciemment décidé à un droit étranger. Elle prend alors diverses formes :

— elle est tantôt *globale* (adoption du Code Civil suisse par la Turquie d'Ataturk), tantôt *partielle* (par exemple en Tunisie, prohibition de la polygamie et introduction de l'adoption).

— elle est tantôt *légal* (forme la plus solennelle : (Cf. les exemples précédents), tantôt *judiciaire* : les juges empruntent à un droit étranger un moyen technique pour obtenir un résultat déterminé (exigence de l'intervention du *juge* en matière de divorce dans un certain nombre de pays musulmans dont l'Algérie, ou encore emprunt au droit français de la notion de *torts*, étrangère aux coutumes gabonaises, par les arbitres appelés à statuer sur des divorces d'époux soumis à des coutumes différentes).

b) elle peut être *spontanée* et résulter de l'imitation de pratiques juridiques étrangères (européennes par exemple), qui n'est pas sans influencer sur l'évolution du droit.

Les effets de l'acculturation juridique varient selon les sociétés plus ou moins réceptives ou plus ou moins réfractaires ; mais dans l'ensemble des pays musulmans le contact du droit européen a entraîné une certaine *émancipation de la femme*, plus nette par exemple en Tunisie qu'ailleurs, plus prononcée dans les familles de la bourgeoisie citadine instruite que dans les autres, ainsi qu'une certaine *émancipation du couple* par rapport à la grande famille, que les textes ont consacrées dans une certaine mesure.

Mais le mouvement est *plus ample*, plus profond et débordé largement du cadre de l'acculturation juridique. Il procède *d'un dynamisme interne*, qui apparaît dans les trois grandes tendances que l'on peut dégager de l'ensemble des nouveaux textes promulgués depuis un demi siècle :

— D'une part une recherche de *l'unification* des institutions, poussée à des degrés divers, mais qui tend à traduire dans un domaine important du droit civil l'unité politique que traduit l'apparition ou la constitution d'un Etat ;

— Ensuite une volonté de *modernisation technique* des institutions, en vue de les rendre aptes à résoudre les problèmes posés par la nouvelle société qui, comme partout ailleurs, s'établit dans les pays d'Islam ;

— Enfin et surtout la recherche d'une promotion juridique de la personne au sein des divers groupes sociaux auxquelles elle est rattachée, en particulier pour la femme, le couple et l'enfant.

Immense effort d'*adaptation* en définitive, que le *législateur colonial* à juste titre respectueux des traditions, ne pouvait entreprendre, mais que l'indépendance a facilité ; effort inachevé, inégal selon les pays, mais dont on ne peut guère contester qu'il répond à une *aspiration fondamentale* et à une *exigence impérieuse*, dans ses *trois aspects complémentaires* qu'il convient d'envisager successivement.

— Unification et modernisation technique, tels sont donc les deux premiers aspects de l'effort d'adaptation entrepris par la plupart des législateurs dans les pays musulmans.

Mais le troisième est le plus important : il s'agit de la promotion de la personne.

I — **Le Mouvement d'unification** a suivi plusieurs voies et atteint des degrés divers.

A) L'unification a été parfois radicale, lorsqu'elle a consisté dans la *suppression du droit traditionnel*. Fort peu de pays ont suivi cette voie ; on trouve néanmoins l'exemple de la Turquie, dans son adoption du Code Civil suisse pour le droit des personnes, également celui de l'Albanie qui s'est inspirée du Code Civil Français et aussi quelque peu du Code Civil Italien.

Cette méthode brutale n'est pas forcément la meilleure et de fortes résistances se sont manifestées, notamment en Turquie, où, actuellement encore, dans bien des cas, certaines règles du droit traditionnel semblent toujours appliquées.

B) Plus fréquente, mais encore plus relativement rare est une seconde méthode consistant dans la promulgation d'une *législation unique*, inspirée des droits traditionnels, unifiée et applicable à tous les citoyens sans distinction d'appartenance religieuse ou ethnique.

Dans ce cas aussi, la notion de statut personnel fait désormais partie de celle de nationalité : tout national est automatiquement soumis à un même unique statut personnel. Cette méthode est assez rare et le seul exemple véritable que l'on puisse en donner est l'exemple tunisien. En 1956 le Gouvernement promulgua un code de Statut personnel qui ne s'appliquait qu'aux Tunisiens musulmans et méritait donc encore son appellation, les Tunisiens israélites demeurant soumis au droit hébraïque et les autres Tunisiens au droit français. C'est un an après, par une loi de 1957 qu'ont été supprimés les tribunaux rabbiniques et qu'il a été décidé que désormais les tunisiens de toutes

confessions et toutes origines lui seraient soumis. Le code de statut personnel ne méritait donc plus véritablement son nom puisqu'il s'applique à tous les nationaux, quelle que soit leur appartenance confessionnelle ou ethnique.

De l'exemple tunisien on peut rapprocher la loi gabonaise qui, en même temps qu'elle supprimait la dot à cause des abus auxquels elle donnait lieu, disposait que désormais « nul ne pourra réclamer les effets civils du mariage si le mariage n'a pas été célébré devant l'officier de l'Etat Civil ».

C) Une autre méthode, plus fréquemment suivie a été celle de *l'unification sur quelques points déterminés*.

On en trouve un exemple en Syrie. La loi du statut personnel du 17 septembre 1953 part du Droit Musulman mais déclare s'appliquer à tous les Syriens. Toutefois elle fait exception pour ce qu'elle appelle les points réservés ; on constate que ce sont les points les plus importants.

Par exemple il est dit que les Syriens chrétiens et les syriens juifs sont soumis à la nouvelle loi, sauf pour tout ce qui ne touche pas aux successions ; en conséquence ils ne sont soumis aux nouvelles dispositions que pour les successions et pour le reste, mariage, dissolution, filiation, il est bien spécifié que la législation religieuse reste applicable aux chrétiens et aux juifs et que les tribunaux confessionnels demeurent compétents. Pour les Druzes, toujours en Syrie, la nouvelle loi les exempte de son application pour tout ce qui touche à leurs pratiques propres ; ainsi, pour ne prendre qu'un exemple la polygamie reste interdite aux Druzes alors que la nouvelle loi fondée sur le droit musulman la permet ; de même le divorce des Druzes ne peut être que judiciaire, conformément à leurs coutumes. En définitive l'unification ne concerne donc que la matière des successions.

Au Maroc, en revanche, où un nouveau Code de Statut personnel a été promulgué le 3 avril 1958, le texte ne s'applique qu'aux Marocains musulmans, aucune unification n'est donc ici recherchée.

D) Il est une dernière voie, une dernière méthode, qui conduit *indirectement* à l'unification du statut personnel, c'est celle de *l'option*.

Dans un certain nombre de pays devenus indépendants, il existe un statut personnel que la loi qualifie de « moderne ». Très souvent le législateur permet à ses nationaux d'opter pour ce statut moderne et d'abandonner leur statut coutumier traditionnel, par un acte qui doit être accompli dans certaines conditions précises.

L'Algérie avait connu avant l'indépendance un système de ce genre avec une option possible pour le statut civil français. A l'heure actuelle d'autres pays ont utilisé cette méthode, notamment en Afrique Noire. Au Sénégal, par exemple, une ordonnance de 1960 permet à tout Sénégalais de se soustraire à sa coutume pour se soumettre au statut

dit « moderne » par un acte de volonté non équivoque. A Madagascar une option est également prévue mais elle ne peut être que partielle, à propos d'un acte déterminé touchant au statut personnel.

E) Du système de l'option on ne peut pas ne pas rapprocher une autre méthode d'unification du statut personnel qui consiste dans l'institution *d'une prédominance du statut moderne sur le statut traditionnel coutumier*. On en trouve encore un exemple au Sénégal où la loi décide que lorsqu'une coutume est dans une de ses dispositions contraire à une loi récemment promulguée par le législateur et déclarée d'ordre public, la coutume ne peut pas s'appliquer. Il est même assez piquant de lire dans un texte sénégalais une disposition selon laquelle le silence ou l'obscurité de la coutume sur un point déterminé, la loi moderne et le règlement servent de « raison écrite », appellation jusqu'ici réservée, sous le savez, au droit romain, pendant une partie du Moyen-Age. Liée à cet effort d'unification du statut personnel, une autre tendance se dessine aussi manifestement vers une modernisation technique, sur le plan de la technique juridique du statut personnel.

II — **La modernisation technique du statut personnel** s'effectue le plus souvent par la voie d'emprunt à des techniques utilisées ailleurs et qui ont fait leur preuve.

De tels emprunts effectués purement et simplement sans adaptation sont souvent dangereux, une technique juridique n'étant pas nécessairement transposable telle quelle dans un contexte et à des situations différentes.

Mais sans porter de jugement sur ceux qui ont été effectués, il est possible de distinguer deux grandes catégories d'emprunts techniques susceptibles d'adapter le droit des personnes aux conditions nouvelles d'une société moderne. Certains d'entre eux ont servi à opérer des réformes de police juridique, alors que d'autres étaient destinés à réaliser des réformes de fond et ont donc une beaucoup plus grande portée.

A) Les emprunts techniques de *police juridique* procèdent en général de la nécessité pour des Etats nouveaux de recenser leurs ressortissants.

Il n'est donc pas surprenant que dans beaucoup de législations récentes soient apparus des codes de la nationalité, dans l'ensemble largement inspirés du point de vue technique des codes occidentaux, en particulier du code français de 1945, et où des notions étrangères au droit musulman comme celle de la nationalité acquise ou de perte de la nationalité ont trouvé droit de cité, en même temps que le fameux principe de l'allégeance perpétuelle, fondamental dans l'Islam traditionnel, a presque toujours disparu.

Il n'est pas plus étonnant que, dans la plupart des pays, ait été créé un état civil selon les techniques européennes souvent adaptées aux conditions locales particulières de même qu'ait été promulguée une législation sur le nom patronymique, devenue indispensable à la suite de la création d'Etats musulmans de type moderne, qui dans leur

rapport avec les individus connaissent ceux-ci non comme membres de telle famille (individualisés par le prénom), mais comme individus.

B) Plus intéressants, parce que leur portée idéologique est plus grande, sont les emprunts techniques exécutés en vue de réaliser des *réformes de fond*. Là encore on peut distinguer quelques types :

1°) Un premier type d'emprunt technique en matière de droit des personnes, c'est l'emprunt *global*, l'emprunt d'une institution tout entière. En Tunisie par exemple deux institutions étrangères au droit traditionnel ont été introduites dans la législation tunisienne : la tutelle publique pour les enfants abandonnés et l'adoption. Je n'y insiste pas puisque ces deux institutions auront leur place dans certains rapports relatifs au droits de l'enfant.

2°) Certains emprunts ne sont que des emprunts *partiels*. On peut citer à titre d'exemple l'institution de la forme civile du mariage, imposée à peine de nullité dans un certain nombre de pays (TUNISIE), (ALGERIE), ou bien offerte au choix des intéressés qui peuvent opter entre elle ou la forme coutumière (MAROC).

L'intervention obligatoire du juge en matière de divorce, même lorsqu'il procède d'une volonté unilatérale de répudiation, en est un autre exemple. Dans certains pays (ALGERIE-TUNISIE) l'intervention du juge est nécessaire dans tous les cas, dans d'autres (MAROC - SYRIE - IRAK) elle ne l'est que dans certains cas. Mais toujours il s'agit d'instituer un certain contrôle en vue de réduire les abus.

On peut citer encore l'utilisation de certaines procédures, comme la procédure de conciliation ou encore le recours à certains concepts comme celui de torts en matière de divorce, utilisés par exemple par les arbitres africains appelés à connaître des conflits entre coutumes différentes et qui règlent le sort des enfants en cas de divorce en tenant compte des torts des parents, un peu comme le fait un juge français, alors que les coutumes le faisaient selon d'autres critères.

De même le souci d'assurer à l'enfant légitime des moyens de subsistance, qui constituent un droit, a conduit certains législateurs à introduire la notion d'aliments ou de pension alimentaire, qui permet, tout en respectant les règles traditionnelles en matière de filiation, d'assurer à l'enfant l'entretien et l'éducation.

III — Les réformes de fond et la promotion de la personne

Les interventions de fond des législateurs dans les pays musulmans peuvent en effet être regroupées autour de l'idée de promotion de la personne. A cet égard elles s'inscrivent dans la recherche du *développement*, au sens plein et global du terme, qui requiert la participation active de chaque personne, et implique donc qu'elle soit traitée comme être *responsable* et soit suffisamment *émancipée* du groupe familial ou tribal pour être capable *d'initiative créatrice*.

Le sens de cette promotion n'est pas toujours le même : libération surtout, bien qu'elle consiste concrètement aussi en une protection, quand elle concerne la femme, elle apparaît davantage comme la recherche d'une protection lorsqu'elle est celle de l'enfant.

A) *La promotion de la personne en général*, concerne l'individu mais aussi le couple conjugal, le ménage, dont la législation s'efforce dans certains pays de reconnaître l'autonomie. Si on s'en tient au droit des personnes, elle a deux manifestations principales :

1) L'institution d'une *majorité légale*, dans la plupart des pays musulmans, fixée à un âge variable, pour tenir compte de la précocité plus ou moins grande des jeunes, est d'une grande portée en ce qu'elle fait échapper l'individu à partir de cet âge à l'autorité du père, à laquelle il était parfois soumis toute sa vie, et le rend libre d'accomplir tous les actes juridiques.

Capitale en soi, dans la mesure où elle accentue la conviction qu'à partir d'un certain moment la personne est indépendante, même si souvent elle ne change pas immédiatement grand chose en fait, cette institution a une *importance indirecte* mais particulière en matière de mariage, puisqu'elle va en général permettre désormais celui-ci en l'absence même de consentement familial, une fois la majorité atteinte.

2) On vient ainsi tout naturellement à cet autre aspect essentiel de la promotion de la personne qu'est l'exigence du *consentement des époux au mariage*. Elle transforme le mariage d'accord entre deux groupes, entre deux familles, *en un accord entre deux personnes*. Or plusieurs *textes récents* disposent que « le mariage se forme par le consentement des deux époux » (ordonnance algérienne du 4 février 1959) ou que « Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux » (code Tunisien du statut personnel).

Certes en soi on pourrait penser qu'il n'y a rien là de très nouveau puisque le droit musulman exige le consentement des futurs conjoints pubères, au moins pour l'homme. Mais on trouve là l'affirmation d'un principe essentiel, celui de la liberté dans un acte important, exprimée par l'engagement personnel de chacun des époux.

Cette exigence du consentement n'est pas toujours aussi directement posée, mais elle l'est *au moins indirectement partout* par la *suppression du droit de contrainte matrimoniale*. Et cela pas seulement dans les *pays de rite hanéfite*, où les futures époux pubères ne sont pas contraignables et où par conséquent la prescription d'un âge minimum pour la validité du mariage ne permet celui-ci, désormais, qu'entre époux pubères, donc libres. Mais il en est de même dans les pays *malékites*. En Afrique du Nord, le *Code Tunisien* de statut personnel a *complètement écarté* le droit de contrainte matrimoniale, les époux devant seulement avoir obtenu l'autorisation de leur tuteur s'ils n'ont pas atteint la majorité légale. Au Soudan une circulaire judiciaire de 1960 a supprimé la contrainte matrimoniale et les textes algériens de 1959 ont bien fait de même en exigeant le consentement personnel de chaque époux

devant l'officier d'état-civil ou le cadi. Au Maroc le droit de jabr ne peut être exercé sur une femme majeure que dans le cas où l'on a des raisons de craindre son inconduite, mais c'est le juge et non le père, qui peut seul alors la contraindre au mariage.

Mais surtout cette double affirmation prend toute sa portée pratique si on la rapproche d'autres interventions du législateur :

— D'abord l'exigence de la *forme civile du mariage*, a pour effet de renforcer celle du consentement personnel et libre des deux époux, dont la réalité est vérifiée par le cadi ou l'officier d'état-civil, et à cet égard on ne peut que souligner l'insistance du texte algérien en vertu duquel le consentement des deux époux est exprimé, à peine de nullité, « verbalement, publiquement et en personne ».

— Ensuite certaines législations n'exigent plus la présence du tuteur matrimonial de la femme majeure ; tel le code Tunisien de statut personnel, ainsi que la plupart des lois d'inspiration hanéfite, c'est-à-dire syrienne, pakistanaise, égyptienne, la loi irakienne de 1959 aujourd'hui abrogée : la femme majeure apporte elle-même son consentement au mariage et telle est bien l'intention des textes algériens qui exigent le consentement « verbal » et « en personne » de la femme comme du mari.

— Enfin c'est surtout l'exigence d'un *âge minimum* pour la validité du mariage qui donne tout son relief à celle du consentement. Certes les préoccupations démographiques n'en sont pas absentes et expliquent que dans certains pays l'âge ait été récemment relevé et parfois confondu avec la majorité légale, afin de réduire la natalité. Mais essentiellement il s'agit d'obtenir que le consentement personnel exigé de chaque époux, même s'il a besoin d'une autorisation de son tuteur parce qu'il est mineur, soit éclairé, conscient, davantage à l'abri des influences comme peut l'être celui d'une personne parvenue à l'âge adulte non seulement *physiologiquement*, mais *moralement*. A cet égard l'exigence d'un âge minimum contribue à faire du mariage un *engagement personnel* de chacun des époux, et renforce donc l'efficacité de la condition du consentement personnel des futurs conjoints.

Nul doute que cette double condition du consentement personnel et d'un âge minimum, manifestation de la promotion de la personne en général, tout comme l'institution de la majorité légale, ne contribue plus spécialement à la promotion de la condition de la femme.

B) *Promotion de la condition de la femme.*

Nous ne reviendrons donc pas sur l'incidence très directe que doivent avoir en ce domaine des mesures précédemment exposées qui, réalisant une promotion de la personne en général, ont des incidences très directes sur la condition de la femme.

Mais cette recherche d'une promotion de la condition de la femme se manifeste aussi et plus spécialement dans trois domaines : la polygamie, la dissolution du mariage, les successions.

Trois domaines dans lesquels le législateur ne pouvait pas ne pas tenir compte de l'évolution des mœurs et des modes de vie, mais où il l'a parfois encouragée.

1°) *La Polygamie*, c'est une banalité de le dire, est en régression. Mais nul doute qu'elle ne soit pour la femme une des causes majeures de son infériorité, ne serait-ce que par la menace que le mari peut faire peser sur elle de prendre une seconde épouse, même si parfois c'est elle qui le pousse à le faire pour des raisons variables, notamment pour ne pas être répudiée.

Elle a été *rarement supprimée* Le législateur tunisien l'a fait en trois temps du reste. En 1956 il l'a interdite sous peine de sanctions pénales (amende et prison) mais sans en faire un cas de nullité du mariage. Certains mariages polygamiques se réalisant en pratique clandestinement dans les formes traditionnelles, une loi de 1958 a imposé l'emploi de la forme civile pour le mariage, sous peine de sanctions pénales. Mais cette exigence s'étant révélée insuffisante, le législateur a en 1964 exigé la forme civile pour la validité du mariage. De sorte que, le mariage célébré hors des formes légales étant nul et une union polygamique étant impossible dans les formes légales, la nullité du mariage polygamique ne paraît plus faire de doute.

Mais d'une manière *très générale* c'est plutôt une recherche de *limitation de la polygamie* qui apparaît dans les législations récentes, par des *moyens indirects*, fondés sur le conseil coranique de n'épouser qu'une seule femme si l'on craint de n'être pas équitable avec plusieurs ce qui est effectivement difficile ! et, sur les obligations faites au mari envers son épouse par le droit musulman.

L'obligation d'entretien de la femme par le mari a permis au législateur syrien de décider qu'il appartiendra au juge de n'autoriser le deuxième mariage que s'il estime que le mari sera en mesure de subvenir aux besoins de ses deux épouses.

Le devoir du mari de *traiter également* ses diverses femmes a conduit le législateur marocain à interdire la polygamie « quand une injustice est à craindre envers les épouses » (art. 30). Mais le code de statut personnel marocain comme la plupart des autres lois récentes, a pu aller plus loin et, réprimant l'obligation imposée dans certains rites au mari *d'avertir* sa future épouse qu'il est déjà marié, il ne permet de dresser l'acte de mariage qu'une fois la seconde épouse informée qu'elle est la deuxième. Enfin ce texte rappelle, comme plusieurs autres, le droit de la femme de demander à son mari de s'engager dans l'acte de mariage à ne pas lui adjoindre de co-épouses et à lui reconnaître le droit de demander la dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé (art. 31).

Le législateur Irakien paraissait être allé en 1959 un peu plus loin et s'être davantage rapproché de l'exemple tunisien : la loi de 1959, aujourd'hui abrogée, avait posé le *principe de l'interdiction* de la polygamie, mais *laissé au juge* un pouvoir quasi discrétionnaire pour

autoriser un mariage polygamique, à la double condition que le mari ait la capacité financière suffisante pour entretenir plusieurs femmes et que l'union présente un avantage légitime pour la nouvelle épouse.

Egalité de traitement, ressources suffisantes, information de la nouvelle épouse, *autant de freins* mis à la pratique de la polygamie, dont l'emploi est confié au juge, chargé souvent de donner l'autorisation préalable nécessaire.

Interdiction parfois, limitation presque toujours l'une et l'autre conformes à la *raréfaction de la pratique*. Aussi apparaît *beaucoup plus grande* la portée pratique de certaines mesures, destinées à enrayer les *abus du divorce*.

2°) *La dissolution du mariage* est sans conteste le point le plus « névralgique » de l'évolution du statut de la femme. J'en parlerai moins puisque certains de ses aspects sont inscrits au programme du colloque. Mais c'est sur ce terrain que *l'inégalité* de condition entre les époux est la plus évidente en droit Musulman et là que les *abus* les plus graves se sont produits, surtout dans le contexte social nouveau de la dispersion des familles et de la vie dans les grandes villes.

Cette inégalité se trouve dans une certaine mesure atténuée, parfois supprimée, tandis que par ailleurs le caractère judiciaire du divorce tend à être très généralement imposé.

a) *La supériorité du mari* s'affirmait surtout en ce qui concerne les *causes* de divorce. On a pu dire qu'en droit musulman la rupture du mariage est toujours une *répudiation* de la femme par le mari, privilège de ce dernier, quelque soit la forme qu'elle prenne, même prononcée par le juge. Or les législateurs ont cherché à tempérer l'inégalité entre les deux époux tant en matière de répudiation proprement dite que par l'extension des possibilités pour la femme de demander le divorce.

1) La plupart des législateurs ont essayé de *limiter les méfaits de certaines formes* de répudiation. Ils l'ont fait en particulier pour la répudiation dite « triple » ou par « trois », c'est-à-dire prononcée trois fois à la suite ou accompagnée du mot ou du signe (geste) trois. *Depuis les origines* on l'a considérée comme équivalente à trois répudiations successives, espacées dans le temps, dont on sait que la troisième a pour effet de rompre définitivement le mariage et d'interdire aux « ex-époux » de se remarier, à moins qu'entre temps la femme ait été épousée par un tiers et que le mariage intermédiaire ait été consommé. *Pour éviter le recours à la pratique du mariage intermédiaire* avec un tiers (ami) de complaisance ou avec un impubère proche de la puberté, pratique aussi désagréable pour la femme que pour le mari qui regrette son geste, la loi égyptienne de 1929, imitée par les lois soudanaise, jordanienne, irakienne, syrienne et marocaine, a décidé que la répudiation accompagnée de paroles ou de gestes indicatifs d'un nombre équivaldrait à une seule répudiation ; il en résulte que dans ces pays

la répudiation irrévocable et créatrice de l'interdiction de se remarier ne résulte plus que de trois répudiations successives, séparées par un certain intervalle de temps.

La répudiation *conditionnelle* posait un problème plus *aigu* surtout lorsque la condition posée est un acte ou une abstention de la femme, contrainte ainsi à se conformer à la volonté du mari. Constatant que cette pratique donnait lieu à trop d'abus, la femme se trouvant « continuellement menacée de répudiation sans savoir quand cette répudiation peut avoir lieu » (exposé des motifs de plusieurs lois récentes), certains législateurs ont entendu la limiter en déclarant *nulle* la répudiation conditionnelle *quand* la condition, consistant dans un acte que la femme doit faire ou ne pas faire, est de nature à *intimider* celle-ci et à la *contraindre* à agir selon le bon plaisir du mari (Egypte, Syrie, Jordanie, Soudan). Seuls le code *marocain* et la loi *irakienne* de 1959 sont allés *plus loin* en *interdisant* toute répudiation sous condition, quelle qu'elle soit.

Le législateur tunisien a résolu d'emblée toutes ces difficultés en supprimant carrément la répudiation en tant que telle et en instituant le divorce judiciaire, par volonté unilatérale, aussi bien de la femme que du mari. Les deux époux se trouvent ainsi placés sur un pied *d'égalité*.

Il est *intéressant de remarquer* que le décret du 17 septembre 1959, maintenu en vigueur par le législateur algérien indépendant, a en commun avec le texte tunisien de rendre nécessairement judiciaire toute répudiation, même celle du mari. Reste à savoir quel est exactement alors le pouvoir du juge, s'il peut ou non refuser d'accéder à la demande du mari, question qu'un rapport spécial doit aborder.

2) *La femme voit dans l'ensemble élargies ses possibilités de demander le divorce*. Certes le *droit malékite* lui permettait de le demander pour des causes spéciales (vices rédhibitoires, non-paiement de la dot, absence du mari, inexécution de l'obligation d'entretien) ou encore par mésentente ou préjudice subi par elle du fait du comportement du mari. Mais le *droit hanéfite* ne l'y autorisait guère que pour impuissance du mari. Dans les pays de rite hanéfite, le législateur a cherché à réduire l'inégalité de condition des époux en ce domaine en consacrant les règles du *droit malékite* (Soudan, Egypte, Inde, Syrie, Jordanie, Irak). Et dans les pays malékites d'Afrique du Nord, la notion de *torts* a été utilisée pour permettre à la femme, aussi bien qu'au mari, d'obtenir du juge le prononcé du divorce, la loi algérienne faisant même de certains griefs (adultère, condamnation à certaines peines) une cause péremptoire de divorce, qui oblige le juge à prononcer ce dernier.

b) *Le caractère judiciaire* de la dissolution du mariage tend en effet à se *généraliser* dans les législations récentes et là encore il est permis d'y voir une volonté de *mettre un frein au pouvoir discrétionnaire du mari*. Certes l'invention du juge n'était inconnue d'aucun rite et le *droit malékite* lui faisait une place appréciable en cas de demande

en divorce formée par la femme. Mais souvent la loi nouvelle impose une constatation du divorce, même de la répudiation ou de l'accord des époux (répudiation « convenue » ou « par compensation ») ; tel est le cas en droit marocain. Et *parfois* il incombe au juge de « prononcer » le divorce, comme l'exigent le code de statut personnel tunisien et le décret algérien de 1959. Il est également *remarquable* que ces deux textes obligent le juge à tenter une *conciliation*. La loi algérienne exige même de lui, au cas de divorce par *consentement mutuel*, qu'il vérifie *soigneusement*, au besoin en ordonnant des mesures d'instruction, la *liberté* du consentement des deux époux ; en pratique il s'agira surtout de celui de la femme, afin qu'une répudiation unilatérale ne soit pas camouflée en divorce amiable. On ne peut que souligner l'importance de cette intervention d'un juge, de nature à réduire les inconvénients pour la femme du caractère traditionnellement domestique du divorce.

3) Le mouvement n'épargne pas *le droit successoral*. Dans plusieurs états musulmans les droits successoraux des femmes ont été *renforcés*. En Tunisie une loi de 1959 a été en ce sens. Plusieurs textes ont décidé que désormais les descendantes du défunt, jusque là exclues par certains héritiers masculins, passeraient avant les héritiers mâles de la branche paternelle. Mais c'est en Irak que l'effort avait été le plus grand, puisque la loi de statut personnel de 1959, applicable à tous les irakiens, reconnaissait aux femmes les mêmes droits successoraux qu'aux hommes. Le législateur irakien avait *fait valoir* que les règles coraniques successorales n'étaient que de *simples recommandations* destinées à permettre l'inégalité des sexes dans les successions, mai non à l'imposer, de sorte qu'il était en droit de les écarter.

Promotion de la personne en général, promotion de la femme en particulier. Il ne faudrait pas omettre celle de l'enfant.

C) *Promotion de la condition de l'enfant.*

Il s'agit là davantage d'une *protection*, mais qui réalise indiscutablement une promotion. J'y *insisterai moins* puisque deux thèmes particuliers de ce colloque lui sont consacrés. Il importe toutefois de signaler l'effort particulier entrepris par le législateur *tunisien* en faveur des enfants *sans foyer* en instituant la *tutelle publique* des enfants abandonnés et en introduisant *l'adoption*, qui a connu un grand succès, et pour les *enfants illégitimes*, en facilitant l'établissement de leur filiation et en consacrant leur droit à *des aliments* ; enfin, pour *tous les enfants* moralement ou matériellement en danger, il a institué la *juridiction du juge des enfants*, même en matière civile, suivant en cela l'exemple de nombreux pays où se développent les mesures d'assistance éducative. La *tutelle* a souvent été aménagée dans un sens *plus protecteur* des intérêts moraux et matériels de l'enfant (Algérie, Tunisie notamment) et l'attribution de la *garde* a donné lieu à des interventions législatives assez nombreuses qui ont en commun, tout en maintenant les règles classiques, de fixer au juge une *directive impérative*, en lui laissant un large pouvoir dans son

application : *l'intérêt de l'enfant* doit avant tout guider le juge algérien au cas de divorce (ord. 1959 art. 7), comme son homologue tunisien, aussi bien au cas de renonciation de la personne à qui la garde est confiée qu'en cas de divorce (loi du 3 juin 1966). Au Maroc, entre plusieurs attributaires possibles, le juge doit désigner « le plus apte à assurer cette garde » (art. 101 Code statut personnel).

Telles nous semblent être les principales tendances des législations récentes dans les pays musulmans.

Elles révèlent un effort, une recherche, tâche que tout législateur doit partout reprendre sans cesse, en vue de l'adaptation et du progrès

— Mais ce sont là des *intentions*. Or elles peuvent être maladroites, inopportunes, excessives, insuffisantes. C'est l'épreuve de la vie qui permet de les juger et de voir ce qui doit être encore fait, ou ce qu'il faut parfois défaire ou refaire.

— *Voilà pourquoi* nous sommes réunis, universitaires et praticiens : dans une société qui *change*, au rythme de l'*accélération* de l'histoire, aucun juriste n'a droit au *confort intellectuel* des systèmes immuables et des théories abstraites ; chacun doit accepter et rechercher les remises en question que fait sans cesse la vie. Or elles sont *plus fréquentes dans le droit des personnes* que partout ailleurs, puisqu'il touche à la vie de tous et de tous les jours.

On ne pouvait, bien sûr, tout voir et tout étudier dans les limites de ce colloque.

Le thème choisi nous a paru permettre d'aborder les points les plus immédiatement affectés par les mutations sociales actuelles : le changement des structures sociales et des cadres de vie affecte au premier chef la solidité et la stabilité de la famille ;

— la poussée démographique et l'urbanisation, le grand nombre des jeunes sans foyer ou livrés à eux-mêmes, obligent à repenser les institutions protectrices de l'enfance.

C'est dans ce souci de réalisme et sans esprit de système que des juristes maghrébins peuvent utilement confronter leurs expériences, et par delà leurs différences s'éclairer mutuellement sur leurs problèmes communs.