

LE DROIT DE LA FAMILLE DANS LE MONDE ARABE ENTRE LES LOIS ET LA CHARIA

Le droit de la famille, appelé aussi le droit du statut personnel, reflète la particularité sociale et religieuse, et constitue l'héritage des traditions et de la coutume, et la liaison entre nos ancêtres et les générations à venir.

Dans le cadre de cet article, nous allons aborder le sujet du droit de la famille dans le monde arabe, selon une lecture comparative. Nous allons présenter le droit Égyptien de la famille comme la pierre d'angle de notre sujet, ensuite nous allons présenter quelques thèmes caractéristiques du droit musulman de la famille (la charia), en précisant le traitement de ces thèmes en Égypte et les pays arabes qui disposent d'un code de la famille comme : l'Algérie, le Maroc, et la Tunisie.

Plan

Avant présenter les thèmes caractéristiques du droit de la famille dans le monde arabe en **Chapitre II**, nous allons présenter le droit de la famille en Égypte en **Chapitre I**:

Chapitre I

Le droit de la famille en Égypte

Dans le cadre du droit de la famille en Égypte, nous allons aborder la caractéristique la plus importante du droit égyptien de la famille, qui ne se trouve pas dans les autres pays arabes en **section I**, avant d'aborder les grandes lignes des réformes introduites dans le droit Égyptien de la famille depuis l'année 2000 en **Section II**.

Section I

La caractéristique la plus importante du droit égyptien de la famille

Soulignons d'abord, qu'il n'y a pas un code de la famille. L'Égypte est un pays qui a adopté le système juridique français, et applique le code civil de Napoléon, mais la partie consacrée au droit de la famille, a été détachée et remplacée par la référence, soit à la charia islamique, soit aux codes spéciaux des communautés religieuses¹.

Donc, la question de déterminer le droit applicable à une affaire du droit de la famille en Égypte constitue un aléa pratique primordial que le juge doit envisager avant de régler l'objet substantiel du contentieux². Cette situation ressemble au rôle des règles de rattachement au droit international privé. Cela revient à l'existence des plusieurs lois qui s'appliquent aux affaires de la famille soit aux procédures, soit au fond du litige.

On peut trouver une situation pareille au Liban, en Syrie et en Irak, où il y a plusieurs communautés religieuses.

Concernant les affaires de la famille pour les musulmans, elles sont réglées quant au fond par les deux lois n. 25 de 1920 et 25 de 1929 modifiées par la loi n. 100 de 1985. Ces lois qui s'appliquent au fond du litige ne traitent pas tous les sujets du droit de la famille, mais elle traite quelques thèmes précisés dans une vingtaine d'articles. C'est pourquoi le législateur prévoit que, le juge doit référer à la doctrine la plus authentifiée de l'école Hanéfite³, car il y a un vide législatif.

Pourtant le législateur égyptien a adopté beaucoup de solutions et des règles empruntées des autres écoles du droit de la charia sunnite⁴, voire quelquefois de l'école du droit chiite⁵.

Actuellement la loi n. 10 de 2004 qui établit les tribunaux de la famille organise les procédures de quelques affaires à côté de la loi n. 1 de 2000 qui traite aussi quelques matières de fond, et la loi de procédures civiles et commerciales en cas de silence.

Concernant les affaires de la famille pour les non musulmans, dans le cas de la réunion de la religion et de la communauté des deux parties, les règles de leur code de la famille

¹ Article 3 alinéa 1 de la loi de promulgation de la loi n. 1 de 2000.

² Juge, Achraf Mostafa KAMAL, *Commentaires sur les lois de statut personnel*, Dar El Adala, 2006, p. 1.

³ Kadry Bacha, *Morched El Hayran*, texte du droit de statut personnel de l'école Hanafite.

⁴ Bdel Rahman El Gezeery, *La doctrine dans les quatre droits*, 1969.

⁵ Abou AlKassem Ibn AlHassan Al Hally, *Al Moukhtassar Al Naffea à la doctrine de Imameya*, 1958

s'appliquent. Il s'agit des réglementations concernant les Coptes Orthodoxes⁶, les Coptes Catholiques, les Protestants Évangélistes, les Arméniens, les Roumis, les Syriens, ainsi que les juifs, etc...⁷

À moins que les deux parties n'appartiennent à la même religion ou à la même communauté, ce sont les règles de droit de la famille pour les musulmans qui s'appliquent. Mais cette hypothèse est très rare, car si le mari et la mariée appartiennent à des communautés religieuses différentes, avant la conclusion du mariage, l'un d'entre eux adhère à la communauté de l'autre. Souvent c'est la femme qui s'adhère à la communauté religieuse de son mari, afin de conclure un mariage aux confessions réunies et pouvoir appliquer leur code particulier de la famille

Depuis 1989, un projet de code de statut personnel commun pour tous les Chrétiens de l'Égypte a été proposé avec la participation des différents conseils des communautés, mais ce code n'est pas encore adopté par l'autorité législative égyptienne⁸.

Section II

La réforme du droit de la famille pour les musulmans.

Dans ce contexte, il faut souligner les grandes lignes introduites pendant la réforme de l'année 2000 au droit de la famille pour les musulmans.

A) Les Procédures

Nous pensons que le meilleur avantage de la loi n. 1 de 2000, c'est l'abolition de la réglementation des tribunaux du statut personnel n.78 de 1939 et la réglementation de l'exécution des décisions des tribunaux du statut personnel de 1907, en assujettissant les affaires de la famille

⁶ La réglementation du statut personnel des coptes Orthodoxes du 9 mai 1938, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1938, est la plus importante car les plupart des égyptiens non musulmans appartiennent à cette communauté religieuse.

⁷ Article 3 alinéa 2 de la loi de promulgation de la loi n. 1 de 2000.

⁸ Francis Chucuri et Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, PROJET COMMUN AUX CHRÉTIENS, Praxis juridique et religion, 7, 1989, 92-110

au droit des procédures civiles et commerciales, sauf aux cas d'exceptions traités par cette loi⁹. Il s'agit des règles de preuve, d'après la loi de 2000, elles sont soumises pour le fond à la charia et pour les formes au droit des procédures civiles. Mais, d'après la loi de 2004, elles sont soumises seulement au droit des procédures civiles¹⁰.

B) L'interdiction de quitter le territoire égyptien

Avant l'année 2000, l'époux pour interdire son épouse à sortir, n'avait rien à faire d'autre que signer une demande devant l'autorité administrative. Ensuite l'épouse se trouve, de plein droit, empêchée de passer les frontières de l'Égypte, pareillement aux criminels les plus dangereux condamnés par verdicts définitifs.

Actuellement, l'époux ou l'épouse, qui veut interdire son conjoint de partir en dehors de l'Égypte, doit saisir le juge de la famille par une pétition, qui comprend les motifs de la demande, notifiée à l'autre partie. Si le juge trouve la demande assez sérieuse, il peut donner un ordre sur pétition d'interdire l'autre partie de partir qui, à son tour, dispose un recours devant le tribunal contre cet ordre¹¹.

Nous pensons que c'est la réforme la plus remarquable car le législateur, à ce sujet, traite l'homme et la femme en égalité et sans discrimination.

C) La constitution des tribunaux spécialisés dans les affaires de la famille

Avant 2004, les affaires de la famille se déroulaient devant les tribunaux à côté des affaires civiles, voire des affaires criminelles. Les juges qui prononcent les jugements criminels étaient ceux qui tranchent les affaires de la famille.

D'après la loi n.s 11 de 2004, les tribunaux spécialisés dans le droit de la famille ont été installés dans de sièges différents de ceux des tribunaux civils ou criminels. Les juges qui tranchent les affaires de la famille, ainsi les fonctionnaires du tribunal, sont spécialisés dans ce

⁹ Article 4 de la loi de promulgation de la loi n. 1 de 2000.

¹⁰ Article 13 de la loi n. 11 de 2004.

¹¹ Article 1 alinéa 2-5 de la loi de promulgation de la loi n. 1 de 2000.

domaine du droit. Aussi, un parquet spécialisé des affaires de la famille a été créé dans chaque secteur géographique, et un membre du parquet doit apparaître à la session et présenter sa note. La loi nécessite la présence de deux experts, un sociologue et un psychologue, dont un d'entre eux, au moins, doit être une femme. Chaque expert doit présenter un rapport comprenant son opinion et les motifs sur lesquels il est fondé. Selon la loi, un bureau du règlement des différends de la famille est créé dans chaque tribunal de la famille, qui est chargé d'appeler les parties de la dispute en essayant de la régler à l'amiable avant d'être présentée au tribunal. Le procès ne serait pas recevable devant le tribunal, s'il n'était pas présenté au bureau compétent du règlement des différends de la famille.

D) L'âge minimum de mariage

En vertu du nouveau code d'enfant de la loi n. 126 de 2008, l'âge minimum du mariage est devenu de 18 ans pour les femmes ou les hommes. Avant cette loi, et selon l'ancienne loi de 1996, cet âge était de 16 ans pour les femmes et de 18 pour les hommes¹². En plus la loi prévoit une pénalité de prison pour toute personne impliquée dans la conclusion d'un mariage d'un mineur en dessous de l'âge minimum du mariage. Souvent le crime, de marier une fille mineure, est conjoint au crime de falsification des papiers d'identité ou de naissance¹³.

E) Le droit des femmes dans la garde des enfants

Avant l'année 2000, le droit des femmes à garder ses enfants était limité à 12 ans pour les filles et à 10 ans pour les garçons. D'après la loi de 2000, cet âge est devenu de 15 ans pour les filles et de 12 ans pour les garçons. Mais encore, depuis 2005, cet âge est devenu de 15 ans pour les filles ou les garçons. Au-delà de cet âge, c'est l'enfant qui doit choisir avec qui il veut vivre¹⁴.

¹² L'article 5 de la loi n. 126 de 2008, ajoutant l'article 31 bis. À la loi d'état civil n. 143 de 1994.

¹³ « Le procureur général renvoie un Saoudien et quatre autres accusés à la Court d'assise pour participer à la conclusion d'un mariage entre le premier et une fille mineure de 14 ans », Journal « Al-Masri Al-youm », 1^{er} février 2010.

¹⁴ Article 20 de la loi n. 25 de 1929, modifiée par la loi n. 4 de 2005.

En plus, l'ex-époux s'engage à fournir le logement à ses enfants et son ex-épouse ou la femme qui détient le droit de la garde. Cet engagement, de fournir le logement, n'arrive à expiration qu'à l'issue de la garde pour l'enfant cadet¹⁵.

¹⁵ Mohamed Hossein Mansour, Le domicile conjugal entre la loi de location et le droit du statut personnel, 1989. La loi de 44 de 1979 a prévu le droit de la femme qui garde ses enfants à demeurer à occuper le domicile conjugal, mais selon un pourvoi n. 28 deuxième année judiciaire, devant la Cour Suprême Constitutionnelle, ce texte est jugé non constitutionnel car, il faut distinguer entre le domicile loué et le domicile qui fait l'objet de la propriété du mari.

Chapitre II

Les thèmes caractéristiques du droit de la famille dans le monde arabe

Dans le cadre de ce chapitre, nous allons présenter les thèmes caractéristiques du droit de la famille dans la charia islamique. Nous allons aborder le traitement de ces thèmes dans les droits des pays arabes qui disposent de codes de la famille comme l'Algérie, le Maroc, et la Tunisie après avoir présenté le traitement du droit Égyptien des mêmes thèmes. Les thèmes caractéristiques que nous allons traiter sont ceux qui incarnent la particularité du droit de la famille dans la charia islamique par rapport aux autres systèmes juridiques. Nous envisageons les thèmes suivants: le fondement du mariage à la Section I; la capacité de contracter le mariage à la section II; la répudiation à la section III, le divorce à la demande de l'épouse à la section IV; la polygamie à la section V.

Section I

Le fondement du mariage

Le fondement du mariage dans le monde arabe, demeure toujours la religion, en tant que droit dicté par Dieu, donc dans cette logique il ne faut pas toucher à ce droit car Dieu ne donne que le droit le plus idéaliste.

Par exemple, la constitution de l'Égypte prévoit que l'Islam est la religion de l'État, et que la Charia islamique est la source principale de législation¹⁶.

La note d'explication, annexée à la loi n. 100 de 1985, cite quelques versets du Coran en tant que le fondement de cette loi. C'est pourquoi, chaque fois une réforme est introduite dans le droit de la famille, il faut l'approbation du Moufti, c'est le grand chef de clergé de l'Égypte

La constitution marocaine prévoit dans son préambule que le Royaume du Maroc, est un État musulman souverain. Elle prévoit aussi que l'Islam est la Religion de l'État qui garantit à tous le libre exercice des cultes, et que la devise du Royaume est le Dieu, la

¹⁶ Article 2 de la constitution de la République Arabe d'Égypte de 1971, modifiée en 1980.

Patrie, le Roi¹⁷.

Le nouveau code Marocain de la famille entré en vigueur en 2004, El Modawana, explique dans sa Préambule que la charia n'était pas violée et, que la réforme, introduite au code de la famille, est conforme aux règles de la charia qui autorise la combinaison entre les nouveaux intérêts de la société et le principe de la justice (Ijtihad)¹⁸.

Ainsi, selon la constitution algérienne, l'Islam est la religion de l'État¹⁹.

La constitution tunisienne prévoit que la Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam.

En Tunisie, pour interdire la polygamie, le Moufti de la Tunisie s'est fondé sur l'interprétation de l'esprit de l'Islam. Le Cheïkh Mohamed Fadhel Ben Achour, qui était Moufti de Tunisie et recteur de l'Université Zitouna, a publié sa fatwa, fruit d'un Ijtihad personnel²⁰.

Ce n'est pas pareil en Turquie, qui est un pays laïc et majoritairement musulman, et qui interdit la polygamie sur le fondement de la laïcité, sans référence à la religion²¹.

Section II

La capacité de contracter le mariage

En Égypte, l'âge minimum du mariage est de 18 ans, mais l'âge de la majorité selon le code civil égyptien est de 21 ans²². Ça veut dire que le mari ou la mariée entre 18 ans et 21 ans doivent contracter par l'intermédiaire d'un tuteur.

¹⁷ Articles 6 et 7 de la Constitution marocaine du 13 septembre 1996.

¹⁸ Poupart André, « Adaptation et immutabilité en droit musulman. L'expérience Marocaine », Harmattan, Paris, 2010, p. 83 et suivantes. V. aussi, Omar Mounir, Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai Analytique, BiblioMonde, 2005.

¹⁹ Article 2 de la constitution Algérienne de 1996.

²⁰ Ridha Kéfi, « Et Bourguiba libéra la femme », *Jeune Afrique*, 27 août 2006.

²¹ Expliquons la laïcité, « Turquie, La laïcité en bikini indésirable? », www.expliquonslalaicite.org.

²² Article 44 alinéa 2 du code civil Égyptien.

Au Maroc, et en Tunisie, l'âge minimum du mariage, est celui de la capacité de contracter, soit 18 ans, la femme peut contracter le mariage elle-même²³.

Au Maroc, au-dessous de cet âge, le juge peut autoriser le mariage d'un mineur ~~aux~~ dans des cas exceptionnels²⁴.

En Algérie, c'était 18 ans pour les femmes, et 21 ans pour les hommes. Mais, après la réforme du 27 février 2005, l'âge minimum du mariage est devenu 19 ans pour la femme ou l'homme. Avant la réforme du droit algérien, pour contracter le mariage, le tuteur doit représenter la femme, même si elle était majeure. Au cas de son refus, elle peut obtenir l'autorisation du juge²⁵. Mais, actuellement après la réforme de 2005, la tutelle matrimoniale a été supprimée²⁶.

Pourtant, la tradition arabe exige qu'un tuteur, soit le père, le frère, ou l'oncle représente la femme pendant l'acte du mariage, malgré sa capacité contractuelle.

Section III

La répudiation

La répudiation peut être définie comme un acte juridique ayant effet de mettre fin à la relation conjugale par la volonté unilatérale de l'époux. Elle aboutit aux mêmes effets que le divorce.

Égypte

En Égypte, avant 2000, l'époux, pour répudier sa femme, n'avait rien à faire que lui dire « tu est répudiée ou divorcée ». Puis c'est la femme, même divorcée malgré sa volonté, qui cherche la preuve de son divorce, en ouvrant un procès devant le tribunal contre son ex-époux. En plus c'était elle aussi, qui porte la charge de preuve du divorce. À l'instar du divorce, la révocation du divorce pendant le délai de viduité s'exprime aussi verbalement²⁷.

²³ Article 19 du code marocain et article 5 du code tunisien.

²⁴ Article 20 du code marocain de la famille.

²⁵ Article 10 du code algérien de la famille de 1984.

²⁶ Kamel Saïdi, LA RÉFORME DU DROIT ALGÉRIEN DE LA FAMILLE: PÉRENNITÉ ET RÉNOVATION, Revue internationale de droit comparé, n. 1/ 2006, p. 119-152.

²⁷ Juge, Achraf Mostafa KAMAL, *Commentaires sur les lois de statut personnel*, Dar El Adala, 2006, p. 178-206.

Actuellement, un divorce n'est pas reconnu et ne donne pas effet à moins qu'il soit exprimé par écrit dans un document formel et fait par l'officier compétent²⁸.

Ensuite, l'officier s'engage à notifier l'acte du divorce à la femme, si elle était absente lors de l'accomplir du divorce²⁹.

La même règle s'applique pour la révocation du divorce pendant le délai de viduité.

Pourtant nous pensons que la réforme concernant la répudiation n'est pas complète. Si nous admettons que, la répudiation verbale exprimée par l'époux suffit pour le divorce, conformément à la charia islamique, la femme deviendra divorcée de facto sans un document formel de divorce reconnu par l'État. C'est pourquoi, il fallait insérer une sanction pénale qui frappe l'époux qui répudie son épouse verbalement sans compléter le document formel de divorce devant l'officier ou l'agent désigné par l'État, pendant le délai de 3 mois, c'est-à-dire la période de viduité de la femme divorcée.

À titre de conclusion, selon le droit égyptien, l'époux pour obtenir le divorce, n'est tenu que de se rendre chez l'officier ou l'agent compétent pour exprimer sa volonté et prononcer la phrase du divorce, puis cet officier s'engage à compléter et à authentifier le pacte du divorce et à le notifier à la femme divorcée.

Bien sûr, l'époux qui fait le divorce unilatéral subira des conséquences financières à la suite de la dissolution du mariage, comme, la pension alimentaire pendant la période de viduité, la partie suspendue de la Dot s'il y a lieu. En plus, en cas du divorce unilatéral, c'est-à-dire sans la faute de l'épouse et malgré sa volonté, l'époux sera tenu à verser à son ex-femme une indemnisation de son préjudice (*El Motaa*). Cette indemnisation peut atteindre la pension alimentaire jusqu'à 20 ans, et ne doit pas être inférieure à celle de deux ans. Le juge détermine ce montant en fonction des motifs du divorce, et du préjudice subi par la femme divorcée³⁰.

Souvent, l'époux, qui veut divorcer son épouse sans encourir ces conséquences, essaie d'obtenir le divorce à l'amiable. Dans ce cas, il faut que l'épouse se présente avec son époux devant l'agent du mariage pour conclure le divorce à l'amiable.

²⁸ En vertu des articles 21 et 22 de la loi n. 1 de 2000.

²⁹ Article 24 alinéa 4 de la réglementation des agents et des notaires du mariage de 1955, modifiée par la décision du ministre de la justice n. 1727 de 2000.

³⁰ Article 18 bis. De la loi n. 25 de 1929.

ALGÉRIE

Selon le code Algérien de la famille de 1984, le divorce ne peut avoir lieu que par une décision du tribunal. **Le divorce intervient par la volonté de l'époux. Mais, le divorce ne peut être établi que par jugement précédé par une tentative de conciliation du juge, qui ne saurait excéder un délai de 3 mois³¹.**

MAROC

Selon le code marocain de la famille, entré en vigueur à 2004, le divorce ne peut avoir lieu que par une décision du tribunal. Le droit marocain distingue entre un divorce sous contrôle judiciaire, qui comprend le divorce à la demande de l'époux, et un divorce judiciaire.

Ainsi l'article 78 prévoit que le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent code.

Le juge prononce le divorce à la volonté de l'époux, après une tentative de réconciliation. Si l'époux persiste en sa demande du divorce, le juge lui offre un délai qui ne dépasse pas 30 jours pour l'exécution de ses obligations envers son épouse, c'est-à-dire la partie suspendue de la Dot, la pension alimentaire, le montant d'indemnisation que le juge détermine, en fonction des motifs du divorce et le préjudice subi par l'épouse³².

TUNISIE

Selon le code tunisien du statut personnel de 1964, l'époux ne peut pas obtenir le divorce au moyen de la répudiation. Le divorce ne peut avoir lieu que par et devant le Tribunal³³.

On peut conclure que,

En Algérie et au Maroc, malgré la nécessité de saisir le tribunal, l'époux peut avoir le divorce à sa volonté, sans référer à une faute de la part de sa femme ou à un motif qui justifie le divorce. On est toujours à dans la logique de la répudiation.

³¹ Articles 48 et 49 du code algérien de la famille de 1984.

³² Articles de 78-93 du code marocain.

³³ Article 30 alinéa 1 du code tunisien.

En Tunisie, les deux époux sont traités en égalité à l'égard du divorce. L'époux ou l'épouse pour avoir le divorce doivent prouver un préjudice, avoir le consentement de son conjoint, ou exprimer sa volonté au cas de rupture de la vie commune ou d'un conflit grave.

Section IV

Le divorce à la demande de l'épouse

Egypte

À la différence de l'époux, l'épouse n'a le droit au divorce qu'après avoir saisi le tribunal pour prononcer le divorce, à moins qu'elle ne soit autorisée par son époux à divorcer elle-même par le pacte du mariage, ou par une procuration particulière. Étant donné que l'époux peut, par procuration, autoriser quelqu'un d'autre pour divorcer son épouse, il peut autoriser par procuration son épouse de divorcer elle-même.

La demande du divorce faite par l'épouse, doit être soumise selon l'un des cas précisés par le droit.

- Cas du préjudice matériel ou moral

Toute sorte de préjudice peut donner le droit du divorce à l'épouse, les préjudices ne sont pas limités par le droit, à titre d'exemples : si l'époux insulte son épouse, s'il la frappe, s'il l'abandonne, au cas de délaissement, s'il n'acquiesce pas sa pension alimentaire, c'est le cas aussi de l'incapacité physique ou sexuelle de l'époux³⁴.

Ce cas se rapproche du cas de divorce pour la faute dans le droit français.

- Cas d'un vice rédhibitoire chez l'époux

C'est le cas d'une maladie grave mentale ou corporelle, à condition que l'épouse ne sache pas que son mari avait cette maladie avant le mariage, ou bien que le mari a éprouvé cette maladie après le mariage³⁵.

³⁴ Article 6 de la loi n. 25 de 1929, modifiée par la loi n. 129 de 1985.

³⁵ Article 9 de la loi n. 25 de 1920, modifiée par la loi n. 129 de 1985.

- Cas de l'impossibilité de continuer la vie commune

C'est le cas où l'épouse quitte le domicile conjugal, et que l'époux l'a mise en demeure de retourner à la maison, mais l'épouse peut s'opposer à cette mise en demeure en intentant une action de divorce invoquant l'impossibilité de continuer le mariage, le juge statue le divorce après une tentative de réconciliation et l'intervention de deux arbitres représentant les deux parties. Il faut dire que l'épouse ne peut pas intenter cette action initialement, mais elle doit agir à la suite d'une mise en demeure fait de la part de son époux³⁶.

- Cas de l'absence de l'époux

Si l'époux est résident dans un autre pays plus d'un an continué volontairement, sans retourner et sans proposer à son épouse de l'accompagner en lui offrant les moyens. Ce cas comprend aussi le cas où l'époux est condamné à une peine de prison d'un an ou plus. Il faut souligner que si la peine de prison est inférieure d'un an, l'épouse peut quand même demander le divorce en se fondant sur le préjudice³⁷.

- Divorce à la volonté de l'épouse « EL KHOLA »

Bien qu'il soit établi par la charia islamique, au profit de la femme qui rend la Dot à son époux. Avant 2000 le droit du statut personnel égyptien ignorait ce droit. Le divorce à l'amiable relevait toujours de la volonté de l'époux qui peut enfin le refuser malgré la restitution de sa Dot.

Actuellement, si l'époux refuse le divorce à l'amiable, l'épouse, qui renonce à ses droits matrimoniaux et rend la Dot à son époux, obtiendra le divorce par le juge après un essai sérieux de réconciliation et l'intervention de deux arbitres représentants les deux parties³⁸.

Pourtant le texte de cette loi n'a pas envisagé le cas où une dispute sur la détermination de la Dot apparaît pendant le procès du divorce. Étant donné que le montant de la Dot peut être indéterminé dans le pacte du mariage, c'est le cas de la fameuses phrase, dite « la Dot est nommée entre nous ». Étant donné aussi que même si la Dot est déterminée explicitement au dans le pacte du mariage, l'époux peut s'opposer en se fondant sur la simulation du montant de la Dote.

³⁶ Article de 7-11 et 11 bis 2 de la loi n. 25 de 1929, modifiée par la loi n. 129 de 1985.

³⁷ Article de 12-14 de la loi n. 25 de 1929, modifiée par la loi n. 129 de 1985.

³⁸ En vertu de l'article 20 de la loi n. 1 de 2000.

La tendance judiciaire pour le premier cas, où le montant de la Dot est indéterminé dans le pacte du mariage ou dans un autre document écrit, consiste à permettre aux parties de prouver le montant réel de la Dot par le témoignage.

Mais pour le deuxième cas, où l'époux s'oppose au montant mentionné au pacte de mariage en se fondant sur la simulation, les tribunaux n'ont pas présenté une tendance unifiée.

Quelques tribunaux négligent cette opposition, au motif que, l'épouse n'est tenue qu'à rendre le montant mentionné dans le pacte du mariage, au-delà de ce montant, il peut être qualifié comme un cadeau ou un don, donné par l'époux à son épouse, qui ne sera pas restitué.

D'autres tribunaux acceptent en principe l'opposition de la simulation, mais n'autorisent de la prouver que par écrit en se fondant sur l'article 61 de la loi de preuve.

Avant 2004, où les règles de preuve étaient soumises à la charia, les tribunaux envisageaient l'opposition de la simulation du montant de la Dot, en donnant à l'époux la possibilité de prouver le montant réel par le témoignage, ce qui menait à la prolongation du délai du procès. Car la charia ne connaît pas la règle de preuve disant « On ne peut prouver le contraire de tout ce qui est écrit, que par le même moyen ».

De plus, l'époux peut ouvrir une action de simulation initiale devant le tribunal civil. Si le tribunal de la famille suspend le procès du divorce jusqu'à ce que le procès civil soit définitivement tranché, l'affaire attendra quelques années au tribunal.

ALGÉRIE

D'après le droit algérien, le divorce est la dissolution du mariage. Il intervient par la volonté de l'époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus dans la loi. Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé par une tentative de conciliation du juge, qui ne saurait excéder un délai de 3 mois³⁹.

L'article 53 comprend une liste des cas qui peuvent autoriser le divorce à la demande de l'épouse, le dernier alinéa établit le droit de la femme à avoir le divorce à n'importe quel cas où elle subirait un préjudice. Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour les causes ci-après : 1°) pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcée par jugement à moins que l'épouse eut connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles

³⁹ Articles 48 et 49 du code algérien.

78, 79 et 80 de la présente loi,

2°) pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage,

3°) pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois,

4°) pour condamnation du mari à une peine infamante privative de liberté pour une période dépassant une année, de nature à déshonorer la famille et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,

5°) pour absence de plus d'un an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,

6°) pour tout préjudice légalement reconnu comme tel notamment par la violation des dispositions contenues dans les articles 8 et 37,

7°) pour toute faute immorale gravement répréhensible établie.

Le droit algérien reconnaît El khola, si la femme rend la Dot à son époux. Il prévoit que l'épouse peut se séparer de son conjoint moyennant réparation (khl'a) après accord sur celle-ci. En cas de désaccord, le juge ordonne le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité à l'époque du jugement⁴⁰.

On peut dire que le droit algérien connaît presque les mêmes raisons connues dans le droit égyptien, du divorce à la demande de l'épouse.

MAROC

Le droit marocain reconnaît, dans le cadre du divorce sous contrôle judiciaire, le droit de l'épouse à obtenir le divorce au cas où elle rendrait la Dot à l'époux (El Khola)⁴¹.

Ainsi l'article 78 prévoit que le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent code.

Le rôle du juge dans cette affaire du divorce est limité à surveiller les procédures et la réunion des conditions du divorce.

Le droit marocain connaît aussi le divorce judiciaire, c'est le divorce prononcé par le tribunal à la demande de l'épouse dans les cas précisés par la loi. Le rôle du juge dans ces cas est

⁴⁰ Article 54 du code algérien.

⁴¹ Article 71 du code marocain.

plus important que celui du divorce sous contrôle judiciaire, car c'est la décision du juge qui établit le divorce.

Dans le cas d'un conflit grave entre les deux époux, de sorte que la reprise de la vie commune soit impossible, le juge prononce le divorce après l'échec de la tentative de réconciliation par deux arbitres. Cette raison existe dans le droit égyptien.

L'épouse peut demander le divorce judiciaire pour l'une des causes suivantes :

- Le manquement de l'époux à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage; cette raison n'existe pas dans le droit égyptien

- Le préjudice subi;

- Le défaut d'entretien;

- L'absence du conjoint;

- Le vice rédhibitoire chez le conjoint;

- Le serment de continence ou le délaissement. Cette raison se rapproche de l'action de preuve du divorce⁴².

TUNISIE

Selon le droit tunisien, le divorce ne peut avoir lieu que par et devant le Tribunal⁴³.

Le Tribunal prononce le divorce :

0. en cas de consentement mutuel des époux,

. à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi,

. à la demande du mari ou de la femme.

Il est statué sur la réparation du préjudice matériel et moral subi par l'un ou l'autre des époux et résultant du divorce prononcé dans les deux cas prévus aux 2^{ème} et 3^{ème} alinéas ci-dessus⁴⁴.

⁴² Article 98 du code marocain.

⁴³ Article 30 du code tunisien.

⁴⁴ Article 31, modifié par la loi n° 81-7 du 18 février 1981.

Donc, en Algérie et au Maroc, le juge prononce le divorce à la demande de l'époux qui exprime sa volonté pour le divorce, le droit marocain a l'avantage de ne pas prononcer le divorce à la volonté de l'époux qu'après le versement des droits financiers et l'indemnisation à sa femme.

Alors que la femme doit, soit référer à un cas précisé dans la loi qui lui permet de demander le divorce, soit se fonder sur « al khola » et rendre la Dot à son époux.

Le droit tunisien est le seul droit dans le monde arabe qui traite l'homme et la femme en pleine égalité. Même, il est le seul droit qui donne à l'homme le droit de l'indemnisation au cas où il subirait un préjudice de fait du divorce.

À titre de comparaison,

On peut trouver que le droit tunisien est très proche du droit français, selon l'ancien article 229 du code civil français de la loi de 11 juillet 1975, qui prévoyait que le divorce peut être prononcé en cas :

- de consentement mutuel;
- de rupture de la vie commune;
- ou de faute.

Le consentement mutuel : soit les deux époux soumettent ensemble la demande, ou l'un entre eux la soumet puis l'autre l'approuve devant le juge. Les deux époux doivent présenter une convention qui règle les effets du divorce, relatifs aux enfants et aux droits de chaque époux.

La rupture de la vie commune : au cas d'une séparation de fait au moins de six ans, il s'agit aussi du cas où le conjoint aurait une maladie mentale grave, le juge peut prononcer le divorce sans besoin de statuer sur la faute de l'un des époux. Quand la demande est faite par l'un des époux, si l'autre se fonde sur la faute du demandeur, la demande se transformera en un divorce pour faute.

Pourtant, pour les deux premiers cas, le juge peut refuser d'office la demande de divorce, si elle porte atteinte aux droits des enfants ou de l'un des époux.

La faute : au cas d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, qui rend intolérable le maintien de la vie commune. Il s'agit aussi du cas où le conjoint serait condamné à une peine. Si l'autre conjoint défendeur réussit à prouver la faute du conjoint demandeur, le juge peut prononcer le divorce pour la faute partagée.

Mai actuellement, le nouvel Article⁴⁵, prévoit que le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

Section V La polygamie

Égypte

Le droit de la famille Égyptien ne présente aucun traitement important de la polygamie. Même, l'époux n'est pas tenu de notifier sa première épouse de sa volonté de se marier avec la deuxième, mais c'est l'officier du mariage qui s'engage à la notifier après la conclusion du mariage⁴⁶.

Le droit égyptien donne à la première épouse le droit du divorce au cas où elle subirait un préjudice en raison du deuxième mariage. Elle doit intenter l'action dans ce cas pendant un délai d'un an après sa connaissance du nouveau mariage⁴⁷.

ALGÉRIE

Selon le droit algérien, il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la charia si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies et, après information préalable des précédentes et futures épouses. L'une et l'autre peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint en cas de loi, ou demander le divorce en cas d'absence de consentement⁴⁸.

Donc, le droit algérien, comme le droit égyptien n'exige pas l'autorisation du tribunal pour

⁴⁵ Article 229 modifié par la loi 2004-439 du 26 mai 2004 entrera en vigueur le 1er janvier 2005

⁴⁶ Article 40 bis A de la réglementation des agents et des notaires du mariage de 1955, modifiée par la décision du ministre de la justice n. 1727 de 2000.

⁴⁷ Article 11 de la loi n. 25 de 1929, modifiée par la loi n. 129 de 1985.

⁴⁸ Article 8 du code algérien.

le deuxième mariage.

Pourtant, le droit algérien présente l'avantage d'obliger l'époux qui a l'intention de se marier à nouveau d'informer sa première épouse, et de permettre à la première épouse d'intenter une action de divorce en cas de l'absence de son consentement avec son droit de demander d'indemnisation au cas où le deuxième mariage ne serait pas bien justifié, ou manquait à l'une de ses conditions.

MAROC

Le code marocain de la famille « Al Modawanah », entré en vigueur en 2004, exige l'autorisation du tribunal avant de conclure le deuxième mariage. Le juge doit vérifier la réunion des conditions du mariage comme : la capacité financière, l'égalité entre les épouses, les motifs du mariage et surtout le consentement des deux femmes⁴⁹.

La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse.

Il faut souligner que selon le droit égyptien, cette condition est invalide, car la condition dans le pacte du mariage ne doit pas autoriser quelque chose interdite, ni interdire quelque chose autorisée.

Donc, la condition de ne pas adjoindre une autre épouse est valide dans le droit marocain, et invalide dans le droit égyptien⁵⁰.

Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants :

- lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis :
- lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie⁵¹.

En l'absence de condition par laquelle l'époux s'engage à renoncer à la polygamie, celui-ci, s'il envisage de prendre une autre épouse, doit présenter au tribunal une demande d'autorisation

⁴⁹ La Moudawana a amplement contribué au recul de la polygamie au Maroc, www.menara.ma, 13 décembre 2007.

⁵⁰ Article 40 du code marocain.

⁵¹ Article 41 du code marocain.

à cet effet. La demande doit indiquer les motifs objectifs et exceptionnels justifiant la polygamie et doit être assortie d'une déclaration sur la situation matérielle du demandeur⁵².

Les articles de 43 à 46, traitent les procédures du procès devant le tribunal en assurant la nécessité de convoquer les deux femmes concernées.

On peut conclure que,

On peut conclure que les modifications apportées au code marocain de la famille imposent au mari qui désire prendre une seconde épouse d'avoir une permission écrite de sa première femme et l'autorisation du juge et de prouver qu'il est capable de subvenir aux besoins des deux femmes, garantir leurs droits, leurs pensions alimentaires, leur logement, et leur entretien.

Ces conditions rendent la polygamie presque impossible⁵³. Il est à noter que cette réforme a donné ses fruits, et la polygamie au Maroc a enregistré un recul remarquable⁵⁴.

TUNISIE

Le code du statut personnel tunisien, est le plus sévère dans le monde arabe à l'égard de la polygamie. Depuis 1964 le code du statut personnel tunisien interdit explicitement la polygamie, et il prévoit une pénalité de prison et une amende pour qui contracte un nouveau mariage avant la dissolution de son mariage précédent ou qui contracte un mariage hors de la loi. La sanction frappe aussi toute personne qui participe à la conclusion du nouveau mariage.

Selon le droit tunisien, 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 240000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi.□□Encourt les mêmes peines, quiconque, ayant contracté mariage hors des formes prévues par la loi, conclut une nouvelle union et continue la vie commune avec son premier conjoint.□□Encourt les mêmes peines, le conjoint qui, sciemment,

⁵² Article 42 du code marocain.

⁵³ La Moudawana a amplement contribué au recul de la polygamie au Maroc, www.menara.ma, 13 décembre 2007.

⁵⁴ « Le code de la famille au Maroc, instauré en 2004, a enregistré des résultats "positifs" en 2005 avec notamment la baisse des cas de mariages polygamiques de 6,97%, a déclaré le ministre marocain de la Justice Mohamed Bouzoubaâ. En 2005, 841 actes de mariage polygamique ont été enregistrés contre 904 en 2004. Le ministre a rappelé que le nouveau code de la famille pose de sévères conditions à la polygamie », 6 février 2006, www.bladi.net.

contracte mariage avec une personne tombant sous le coup des dispositions des deux alinéas précédents⁵⁵.

Il faut dire que lors de la promulgation du code de statut personnel à 1964, le Moufti ou le grand clerc musulman de la Tunisie a affirmé que l'interdiction de la polygamie est inspirée des principes de la charia⁵⁶.

Malgré l'interdiction et la criminalisation de la polygamie en Tunisie, la société tunisienne assiste à un phénomène de retour à la polygamie en concluant un deuxième mariage hors de loi⁵⁷. En plus, un secteur du peuple tunisien appellent au retour et à la légalisation de la polygamie pour lutter contre le phénomène de « vieille filles »⁵⁸.

æ

Conclusion Générale

Dans le cadre de notre étude, nous venons de montrer que la charia islamique, surtout la partie qui s'applique aux relations personnelles, comporte des principes généraux plutôt que des lois précises. La différence de traitement des thèmes caractéristiques du droit de la famille entre un pays arabe et l'autre, assure cette conclusion.

Bien sûr, le fondement du droit de la famille dans tous les pays arabes est la religion. Les pays arabes, où il y a plusieurs communautés religieuses comme l'Égypte, applique les codes de la famille particuliers de chaque communauté religieuse non musulmane à côté de la charia islamique pour les musulmans.

Concernant la capacité de contracter le mariage, la charia islamique a donné le principe général, c'est que la fille majeure puisse contracter le mariage elle-même, alors que la loi de chaque pays arabe fixe un âge particulier de majorité ou de capacité de contracter le mariage. Pourtant, la tradition et la coutume de certain pays exigent que la fille, même s'elle est majeure, contracte le mariage au moyen d'un tuteur.

Concernant la répudiation, la charia islamique a imposé à l'époux qui désire divorcer sa femme à lui donner une indemnisation déterminable en fonction du préjudice subi par la femme. Certains droits arabes limitent le divorce aux cas précisés dans la loi comme la Tunisie, d'autres

⁵⁵ Article 18 du code tunisien du statut personnel.

⁵⁶ Ridha Kéfi, « Et Bourguiba libéra la femme », *Jeune Afrique*, 27 août 2006.

⁵⁷ Fatou K. Sene, La polygamie interdite depuis 1957 - une loi défiée en cachette, allAfrica.com, 30 Décembre 2009.

⁵⁸ Jamel Arfaoui, Un possible retour à la polygamie inquiète les Tunisiens, Magharebia, 15/8/2009.

pays nécessitent la prononciation du divorce devant le tribunal comme le Maroc et l'Algérie. Certains pays comme l'Égypte donne la possibilité à l'époux de divorcer sa femme par une simple déclaration devant l'officier du mariage.

Concernant le divorce à la demande de l'épouse, la charia autorise à la femme d'obtenir le divorce à sa volonté à condition de rendre la Dot à son mari. Certains pays arabes ont adopté récemment cette cause du divorce comme l'Égypte et le Maroc, alors que le droit Algérien la connaît depuis 1984. Si la femme cherche le divorce en gardant la Dot, elle doit avoir une raison du divorce établi par le droit comme le préjudice, l'absence du mari, l'impossibilité de la vie commune. Il faut dire que le droit tunisien est le seul droit dans le monde arabe qui traite l'homme et la femme en pleine égalité, même il donne la possibilité de l'époux d'obtenir une indemnisation au cas où il subirait un préjudice à cause du divorce.

Concernant la polygamie, c'est vrai que la charia permet le choix de l'homme d'avoir quatre épouses en même temps, sous condition de la capacité et de l'égalité entre elles, sinon il doit se satisfaire d'une seule femme. Les plupart des droits des pays arabes ne présentent pas de traitement important de la polygamie, étant donné que la polygamie n'est pratiquée que rarement. Le droit du Maroc exige l'autorisation du tribunal pour avoir une deuxième femme, et impose des conditions draconiennes à l'homme pour avoir cette autorisation. Le droit Algérien n'exige pas l'autorisation du tribunal, mais il donne la possibilité à la femme d'avoir le divorce avec son droit d'indemnisation. Le droit tunisien est le seul droit qui interdit explicitement la polygamie en se fondant sur les principes de la charia islamique.

Bibliographie

Juge, Achraf Mostafa KAMAL, *Commentaires sur les lois de statut personnel*, 2006

Abou Zahra, *Le contrat de mariage*, 1971.

Abdel Wahab Khallaf, *Le droit du statut personnel dans la charia islamique*, 1938.

Abdel Rahman Tag, *Le droit du statut personnel dans la charia islamique*, 1955.

Zaki Eldeen Shaaban, *Le droit de la charia du statut personnel*, 1964.

- Ali Hasaballah, *La séparation entre les deux époux*, 1968.
- Zakareya El Bardisy, *Le droit de l'Islam du statut personnel*, 1967.
- Zakareya El Berry, *Le droit de la famille dans la charia islamique*, 1971.
- Ahmed Nasr El Gendy, *Le dossier du statut personnel*, 1980.
- Ahmed Nasr El Gendy, *Les principes de la jurisprudence du statut personnel*, 1986.
- Mohamed El Degwy, *Le statut personnel pour les musulmans*, 2me Édition.
- Saleh Hanafy, *La référence au statut personnel*, 1985.
- Abdel Aziz Amer, *Le statut personnel*, 1986.
- Abdel Nasser El Attar, *La famille et le droit du statut personnel*, 1985.
- Kamal El Banna, *Les procédures du statut personnel*, 1987.
- Ahmed El Ghandour, *Le divorce dans la charia islamique*, 1967.
- Anwar El Amrousy, *Les règles des procédures de la charia*, 1971.
- Cheikh Ahmed Ibrahim, *Les moyens de preuve de la charia*, 1985.
- Omar Abdollah, *Le droit du statut personnel dans la charia islamique*, 1968.
- Mohamed Youssef Moussa, *Le droit du statut personnel dans la doctrine islamique*, 1956.
- Badr Abol Enein, *Le mariage et le divorce dans l'Islam*, 1957.
- Kadry Bacha, *Morched El Hairan Fi Maarefat Ahwal El Ensan*.
- Mohamed Said Tantawy, *Le statut personnel dans la charia Islamique*, 1972.
- Mohamed Hossein Mansour, *Le domicile conjugal entre la loi de location et le droit du statut personnel*, 1989.
- Mohamed Salam Madkour, *Le droit de la famille dans l'Islam*, 1975.
- Ahmed Ibrahim, *Les règles des pensions dans la charia islamique*, 1934.
- Bdel Rahman El Gezeery, *Les doctrines dans les quatre écoles du droit*, 1969.

Abou AlKassem Ibn AlHassan Al Hally, *Al Moukhtassar Al Naffea à la doctrine de Imameya*, 1958

Ahmed El Nagdy Zeho, *Le droit de la famille dans la charia islamique*, 1992.

Said Kassem, *Le statut personnel dans la charia islamique*, 1990.

« PROJET COMMUN AUX CHRÉTIENS », Francis Chucru et Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Praxis juridique et religion*, 7, 1989, 92-110.

Poupart André, *Adaptation et immutabilité en droit musulman. L'expérience Marocaine*, Harmattan, Paris, 2010 .

Ridha Kéfi, « Et Bourguiba libéra la femme », *Jeune Afrique*, 27 août 2006.

« La loi islamique et l'égalité des sexes - Pourrait-il y avoir un terrain d'entente ? : Une étude sur le divorce et la polygamie dans la loi de la Charia et la législation contemporaine en Tunisie et en Egypte »

Rapport de Human Rights Watch intitulé "Divorcé de la justice" ("Divorced from Justice").

Thabet, Gihane. "Les femmes dans les lois sur le statut personnel : l'Iraq, Jordanie, Liban, Palestine, Syrie". 2004. (Women in Personal Status Laws : Iraq, Jordan, Lebanon, Palestine, Syria)

Bouraoui, Soukeina. "Les lois sur la famille et la citoyenneté", Quatrième Forum pour le développement de la Méditerranée (MDF4) - Genre et citoyenneté dans le monde arabe- (Family Laws and Citizenship", Fourth Mediterranean Development Forum - Gender and Citizenship in the Arab World) Amman - Avril 2002

Welchman, Lynn. *Les Droits des Femmes et le Code de la Famille Islamique : Perspectives sur la Réforme*. 2004

Droits des Femmes dans le Monde Arabe (Women's æRights in the Arab World) Rapport
GTZ. 2004