



CONNAÎTRE NOS DROITS



Femmes, famille,
lois et coutumes dans
le monde musulman



Cet ouvrage est une ressource essentielle pour celles et ceux qui remettent en cause et abordent de manière critique les droits, les lois et les constructions de la féminité dans les communautés et les pays musulmans et au-delà.

معوناتہ ذیہ اش مسام قوانین

Women living under muslim laws

النساء فی ظل قوانین المسلمین

Femmes sous lois musulmanes

Réseau International de Solidarité

Cet ouvrage est une ressource essentielle pour celles et ceux qui remettent en cause et abordent de manière critique les droits, les lois et les constructions de la féminité dans les communautés et les pays musulmans et au-delà.

CONNAÎTRE NOS DROITS

Femmes, famille,
lois et coutumes dans
le monde musulman

حوائېښ زېر اش مَسام قواينې
Women living under muslim laws
النساء في ظل قوانين المسلمين
Femmes sous lois musulmanes

Réseau International de Solidarité

Troisième édition

© Women Living Under Muslim Laws, 2006

Première édition par WLUML

B.P. 28445, Londres N19 5NZ, GB

Édition de la version française : Fatou Sow

Traduction : Aminata Sow et Malika Zouba

Couverture et mise en page : 33° L'Atelier Graphique & ArtéSoft, Sénégal

Toute utilisation de matériel de cette publication est autorisée, sous réserve de mention de la source.

ISBN 978-1-907024-25-2

Connaître nos droits : Femmes, famille, lois et coutumes dans le monde musulman

TABLE DES MATIÈRES

Mise à jour	
a)	Introduction de l'édition 2006..... 2
b)	Réformes juridiques majeures 2003-2006..... 2
c)	Tendances de la réforme du droit de la famille 2003-2006 3
Remerciements 7	
Glossaire 8	
Abréviations13	
Liste des textes législatifs15	
Chapitre 1 :	
Introduction	
a)	Introduction..... 19
b)	Synthèse internationale du Programme Femmes et Lois 23
Chapitre 2 :	
Lois, systèmes juridiques et changement	
a)	Notre définition des termes..... 29
b)	Droit constitutionnel, CEDEF, lois et normes internationales des droits humains 33
c)	Lois et contextes sociaux 35
d)	Cadres constitutionnels et juridiques..... 39
Chapitre 3 :	
Éléments constitutifs du mariage	
a)	Aperçu 63
b)	Capacité 69
c)	Consentement 83
d)	Mariage forcé et choix dans le mariage..... 93
e)	Capacité à se marier – Autres interdictions.... 101
f)	Conditions requises du mariage : Les témoins et la dot 113
Chapitre 4 :	
Le mariage d'enfants 119	
Chapitre 5 :	
Contrats de mariage	
a)	Enregistrement et validité 135
b)	Contrats et registres de mariage 149
c)	Droits inhérents et responsabilités 153
d)	Droits négociés et responsabilités..... 167
e)	Mahr (Dot) 179
f)	Autres paiements et échanges 189
Chapitre 6 :	
Types de mariage	
a)	La polygamie 197
b)	Mut'a, concubinage et mariage selon la Common Law 215
Chapitre 7 :	
L'entretien219	
Chapitre 8 :	
Statut des enfants231	
Chapitre 9 :	
Dissolution du mariage	
a)	Dissolution du mariage : un aperçu 247
b)	Lois musulmanes relatives à la dissolution – Un aperçu 253
c)	Mubarat et divorce par consentement mutuel 255
d)	Talaq..... 259
e)	Talaq Tawfid ('Esma et délégation de droit de divorce)..... 271
f)	Khul' 277
g)	Autres formes de dissolution pour les femmes 287
h)	Égalité entre l'homme et la femme quant aux motifs 299
Chapitre 10 :	
Questions relatives à la dissolution du mariage	
a)	'Idda et délai de viduité 307
b)	Droits et accords financiers 315
c)	Hilala (mariage intermédiaire) 337
d)	Garde et tutelle des enfants 341
Annexe 1 :	
Pays couverts par le Programme Femmes et Lois dans le monde musulman 1991-2001..... 351	
Annexe 2 :	
Liste des organisations 352	
Bibliographie357	
Index365	

MISE À JOUR

Introduction de l'édition 2006

Tout comme les sociétés qu'elles modèlent et qu'elles reflètent, les lois sont en évolution constante, tant de par leurs textes que dans leur mise en œuvre. Femmes sous lois musulmanes (Women Living Under Muslim Laws – WLUML) n'est pas en mesure d'entreprendre d'années en années un nouveau programme de recherche-action sur les femmes, sur les lois dans le monde musulman, mais nous reconnaissons que, pour être réellement utiles aux activistes des droits de la femme, nous devons nous assurer que des changements majeurs sont pris en compte. Cette édition couvre les changements majeurs intervenus dans la période 2003-2006. Nous examinons actuellement la possibilité de rendre ce manuel disponible en ligne, ce qui nous permettrait de le réactualiser sans avoir à supporter le coût de l'impression de nouvelles éditions. En attendant, le manuel est en train d'être traduit en plusieurs langues, notamment en arabe, bahasa d'Indonésie, farsi, français et russe, montrant ainsi qu'il s'est avéré d'une grande utilité pour ceux et celles qui défendent des réformes positives des codes de la famille, et pour ceux et celles qui résistent aux changements rétrogrades. À cette date de finalisation de l'édition française (2015), le manuscrit a été traduit en bahasa et en arabe.

Dans cette édition réactualisée, nous nous concentrons sur les changements significatifs apportés aux textes des lois dans certains pays où le projet initial, Femmes et Lois, avait été mené. Nous avons incorporé les changements apportés en Égypte, car bien qu'aucun projet Femmes et Lois n'ait été mené dans ce pays, nous avons inclus les lois égyptiennes dans l'édition initiale, ces lois étant de longue date considérées par d'autres systèmes comme une référence en matière de droit de la famille. Nous avons incorporé les nouvelles dispositions aussi bien aux comptes rendus descriptifs qu'aux tableaux de lois, et nous avons également réactualisé la section relative aux cadres constitutionnels et juridiques (voir p. 41).

Toutefois, nous n'avons ni changé l'information relative aux pratiques coutumières (qui nécessite un processus intensif de recherche sur le terrain) et à la mise en application des lois, ni modifié les taux de change.

En outre, il y a eu, dans les contextes musulmans, de nombreuses évolutions qui n'étaient pas couvertes par le projet initial Femmes et Lois (de même que les contextes migratoires comme au Canada), que nous incluons ci-dessous dans le cadre de notre discussion sur les tendances majeures récentes dans la réforme du code de la famille.

Réformes juridiques majeures 2003 – 2006

Cinq pays inclus dans le manuel initial ressortent comme ayant apporté des changements significatifs aux lois relatives à la famille : l'Algérie, l'Égypte, Fidji et le Maroc ont enregistré des réformes essentiellement positives, alors que les amendements apportés en Malaisie ont été sévèrement critiqués par les activistes locales des droits des femmes. Il y a eu des changements mineurs, tous positifs, en Iran, au Nigeria et au Sri Lanka.

Algérie : En février 2005, une Ordonnance présidentielle a introduit de nombreuses modifications dans le Code de la Famille qui ont amendé, complété et abrogé près de trente-cinq dispositions antérieures relatives aux aspects majeurs du Code, en suivant les recommandations de la Commission officielle Boutem et la grande campagne publique de la coalition 20 ans Barakat ! (20 ans, ça suffit !) regroupant des organisations féminines.

Égypte : Le Parlement égyptien a voté la loi N° 1 de 2000, qui introduit un certain nombre de modifications des procédures relatives à la pension alimentaire des enfants, aux tribunaux de la famille, à l'accès au divorce dans le mariage coutumier (al zawaj al urfi) et, question plus litigieuse, au droit des femmes au divorce par khul'. On ne s'explique pas pourquoi le gouvernement n'a pas publié de directives d'accompagnement dans le Journal officiel. Le décevant résultat des amendements ayant trait au khul', en particulier le degré de pouvoir judiciaire qui subsiste pour le patriarcat, a été documenté par les associations féminines (voir Bibliographie, page 357).

Fidji : La Loi relative au droit de la famille de Fidji (Fidji's Family Law Act 2003) a totalement remplacé les dispositions antérieures éparpillées au titre de la Loi coloniale sur les causes matrimoniales et l'English Common Law, ayant trait à l'annulation du mariage et au divorce, ainsi qu'aux règlements sur la pension alimentaire et la répartition des biens matrimoniaux, l'accent étant mis sur la protection des droits des enfants. Le vote du projet de loi avait été retardé pendant près de trois ans, à la suite du coup d'État de 2000. La nouvelle loi n'est entrée en vigueur qu'en décembre 2005, et il est donc trop tôt pour en évaluer l'impact et la façon dont elle a été mise en œuvre par les tribunaux.

Malaisie : En 2001, le gouvernement malais avait proposé un Droit islamique de la famille (Islamic Family Law – IFL) applicable comme tel dans l'ensemble des treize États de la Malaisie. Entre 2003 et 2005, divers États s'étaient fondés sur ce Droit pour modifier les lois relatives à la famille, au mépris des protestations des activistes des droits des femmes profondément déçues. Bien que voté par le Sénat en décembre 2005, l'IFL n'a pas été publié au Journal officiel dans les territoires fédéraux à la suite des protestations. De nouveaux amendements (plus positifs) sont en cours de dis-

cussion avec les représentants des associations féminines. Ces associations ont déjà documenté les injustices causées à certaines femmes par ces amendements.

Maroc : Introduite en février 2004 par le Parlement, la nouvelle Moudawana du Maroc est une nouvelle loi qui abroge totalement le Code de la famille antérieur de 1957. Les réformes ont bénéficié du solide appui de Mohamed VI et ont suscité un large débat public ainsi qu'une vaste mobilisation des associations féminines. La réussite des réformes dépend à présent de l'évolution de l'attitude des juges et des adouls (notaires) qui mettent en application le droit de la famille. Bien que le Roi ait promis le lancement d'une campagne de sensibilisation du public, les lignes directrices officielles relatives aux nouvelles dispositions n'ont pas encore été publiées.

Tendances de la réforme du droit de la famille 2003 – 2006

Au cours de la période 2003-2006, plusieurs tendances nettes se sont dégagées des différents contextes musulmans, majoritaires ou minoritaires, régis par des lois fondées sur les lois musulmanes ou sur des lois émanant d'autres sources. Il ne fait aucun doute que ces tendances font écho aux réformes du droit de la famille survenant au niveau mondial.

Dans l'ensemble, il y existe une tendance à la codification et à la refonte radicale de la base antérieure de l'arbitrage dans le droit de la famille. Du Maroc à Fidji, des États du Golfe aux Émirats arabes unis, et du Bahreïn aux pays d'Afrique francophone tels que le Bénin, le Tchad, le Mali et le Niger, des codes totalement nouveaux ont été introduits ou attendent un vote final. Le Women's Petition Committee du Bahreïn espère que la codification instaurera la primauté du droit et mettra un terme au caractère arbitraire des décisions judiciaires actuelles. Selon le Comité, les juges sont fréquemment liés les uns avec autres et entretiennent des relations avec les hommes qui portent plainte, ce qui rend la tâche difficile aux femmes pour s'assurer que justice soit faite.

Là où des codes totalement nouveaux ont remplacé les lois existantes avec succès (Fidji, Maroc), il a été reconnu comme nécessaire de modifier la compréhension élémentaire de la relation entre conjoints et entre parents et enfants. Tous les aspects du droit de la famille étant, à terme, étroitement liés (voir p. 36) l'adoption de simples « réformettes » même amendées largement, ne saurait amener les changements suffisants. C'est sur cette compréhension que s'appuient aussi les efforts de réforme en Asie du Sud-est par exemple. En octobre 2004, en Indonésie, le Ministère indonésien des affaires religieuses a élaboré un projet de texte alternatif à la Compilation des lois islamiques (KHI) qui adoptait l'égalité entre les sexes.

Toutefois, dans de nombreux contextes, des refontes totales n'ont pas été encore possibles. Les modifications varient selon qu'elles sont substantielles (en Algérie), ou significatives (Égypte, Malaisie), ou qu'elles mettent un accent sur des questions uniques (Iran – âge du mariage ; Sri Lanka – mata'a ; Syrie – garde des enfants). Dans certains systèmes qui n'ont pas encore connu de réformes, des campagnes à thème unique se poursuivent comme le montre le débat public croissant au Yémen sur le fait de retarder l'âge du mariage. Dans d'autres systèmes, des réformes majeures ont été lancées dans les domaines indirectement liés aux lois de la famille, tels que la Federal Child Rights Act de 2003, qui a relevé l'âge du mariage. Là où de nouveaux codes ou des changements majeurs ont été adoptés, tous ont été justifiés par référence à l'évolution des conditions sociales. S'adressant au Parlement sur la nouvelle Moudawana, le Roi Mohamed VI a indiqué qu'il répondait aux attentes légitimes du peuple marocain et qu'il prenait en compte l'esprit de modernité et les impératifs de développement. S'expliquant publiquement sur les raisons qui fondaient les réformes, le Ministère algérien de la justice a fait savoir que le code de la famille devait refléter le développement social, économique et culturel de la société. À Bahreïn, le gouvernement espère qu'un nouveau code de la famille codifié réduira les taux de divorces en générant une plus grande harmonie au sein de la famille. De nombreux systèmes qui ont instauré des réformes positives ou qui sont en train de le faire, ont noté la nécessité d'harmoniser les lois de la famille avec les dispositions constitutionnelles adoptées plus récemment, qui garantissent l'égalité entre les sexes. De plus, les systèmes fondés les lois musulmanes ont également eu recours à un double point de référence pour l'instauration de nouvelles dispositions davantage fondées sur l'équité hommes/femmes. Du Maroc en Indonésie, les efforts officiels de réformes ont insisté sur le fait que les changements étaient fidèles à l'esprit de l'ijtihad (voir p. 31) et aux principes de tolérance de l'Islam, ainsi qu'à la reconnaissance du « bien social » qui découle de la philosophie du droit. Dans le même temps, ils mettent l'accent sur les engagements nationaux envers les obligations internationales en matière de droits humains.

La résistance aux réformes positives est venue de manière caractéristique des groupes d'extrême droite, qui ont recours à l'identité ethnique et/ou religieuse pour rassembler contre le changement en faveur de l'adoption de dispositions davantage fondées sur l'équité entre les sexes. A Fidji, des coalitions chrétiennes ont insisté sur le fait que « les femmes doivent s'en remettre aux hommes » et que le projet de loi, dans son ensemble, qui a recours à un langage neutre pour aborder les questions de genre, était donc anti-chrétien et anti-fidjien. Au Bénin, la forte réaction politique des associations à la fois chrétiennes et musulmanes a empêché la promulgation du nouveau Code de la famille, alors qu'au Tchad et en Guinée, au Mali et au Sénégal, des associations

politiques musulmanes ont exigé des lois distinctes pour les musulmans et pour les chrétiens. En Syrie, avec la crise croissante qui prévaut en Irak, pays voisin, le droit de la famille est de plus en plus perçu comme un bastion de la domination musulmane sunnite. Les changements apportés aux dispositions relatives à la garde des enfants en 2003 ont été édulcorés et prises par un décret présidentiel, au lieu d'être de faire l'objet d'un débat parlementaire. En Algérie, le gouvernement ayant cédé aux pressions des conservateurs religieux, une modification de dernière minute a entraîné le maintien du concept de wali, ce qui est un coup majeur pour les efforts visant à modifier la conceptualisation de la femme adulte en tant que mineure légale dans le code de la famille.

En Égypte et à Fidji, les médias ont souvent joué un rôle hautement négatif en diffusant des mythes misogynes à propos des réformes proposées et en se faisant l'écho des attaques de la droite contre certains activistes, ainsi que des déclarations selon lesquelles la réforme du droit de la famille était 'occidentale' et mènerait à l'effondrement de la famille.

Là où ils ont réussi, les efforts de réforme ont résulté dans tous les systèmes de campagnes majeures et souvent très longues, menées par des coalitions d'associations de femmes qui ont clairement montré, à travers des études de cas documentées, que les lois de la famille existantes injustes étaient une cause d'instabilité de la famille. Au Canada, la collaboration entre des associations féminines dominantes et des femmes activistes au sein de la communauté musulmane tant laïques que religieuses, combinée à la solidarité féministe internationale, a contraint le gouvernement de l'Ontario à retirer des dispositions qui permettent le traitement des affaires familiales musulmanes par des « Tribunaux de la Shari'a » autoproclamés. Au Maroc, comme en Syrie, les campagnes de signatures publiques ont contraint à la poursuite du débat lorsque le processus de réforme s'était bloqué. La nécessité de susciter un appui public à la réforme a été clairement illustrée en Indonésie, où le ministère des affaires religieuses a dû de retirer la proposition de contre-projet de loi. En l'absence de campagne pour susciter un appui public à la réforme parrainée par les autorités officielles, il n'y avait pas de moyen de contrer l'opposition des conservateurs religieux. Un autre facteur essentiellement local a contribué à la réussite des réformes radicales au Maroc. En raison de son rôle d'Amir-ul-Mumineen (Commandeur des croyants), rôle constitutionnellement reconnu comme conférant une autorité suprême pour les questions religieuses, le Roi Mohamed VI pouvait affirmer que le projet de loi lui-même était sacré, rendant son approbation par le Parlement obligatoire. Ceci n'a pas eu d'influence sur les opposants extrémistes à la nouvelle Moudawana, mais a certainement aidé à donner à bon nombre de citoyens et de politiciens conservateurs l'encouragement nécessaire pour se mettre d'accord.

Le langage non sexiste est l'un des aspects communs à tous les efforts de réforme fructueux en cours et dans plusieurs systèmes, les droits et les responsabilités des conjoints sont à présent non-sexistes. Ceci est particulièrement visible dans les dispositions qui réglementent « l'obéissance », le divorce et les questions financières. Ce dernier élément reflète le nombre croissant de femmes engagées dans le secteur formel et reconnaît la contribution économique des femmes à la famille par le travail domestique non rémunéré. Tant à Fidji qu'au Maroc, il y a eu également un effort conscient visant à transformer dans son ensemble ce qui était perçu comme un langage dégradant, qui qualifiait les femmes de personnes à charge, incapables de raisonnement indépendant.

Toutefois, certains soulèvent des préoccupations au sujet d'un langage sélectif, non sexiste, qui dans des sociétés majoritairement patriarcales, peut mener à une discrimination conséquente et à de l'injustice à l'égard des femmes. Telle est l'analyse faite, par exemple, des amendements adoptés en Malaisie, qui ont donné aux hommes un accès au divorce pour cause de préjudice au motif de mauvais traitements et à certains droits sur les biens de leurs épouses en cas de divorce. Certains soutiennent à présent que si l'on confère aux femmes des responsabilités financières égales au sein de la famille, elles doivent également bénéficier de droits de succession égaux.

Pendant ce temps, le Maroc a tenté de refondre le mahr pour en faire un élément purement symbolique et mettre un terme à la relation croisée étroite (débatue dans de nombreuses sections de ce manuel) entre le mahr, « l'obéissance », les « devoirs » sexuels de l'épouse, et la pension alimentaire. Toutefois, les dispositions relatives à la pension alimentaire ne se sont pas débarrassées de leur lien à « l'obéissance ». Il reste à voir si, dans la pratique, les juges réduiront par exemple l'indemnisation financière d'une femme lorsqu'elle divorce pour cause de « différents irréconciliables », alors qu'elle avait été perçue comme « désobéissante » pour avoir quitté le domicile conjugal – même à la suite de violences perpétrées par son mari.

Donner aux femmes divorcées une part égale et plus équitable des biens acquis durant le mariage est l'un des domaines les plus vivement contestés de la récente réforme du droit de la famille dans les systèmes examinés ici, ce qui perpétue une tendance perçue il y a quelques années dans le processus de réforme du Code civil turc. Les nouvelles dispositions qui permettent à un couple de choisir son régime matrimonial (communauté de biens, séparation de biens ou propriété matrimoniale conjointe) est un premier pas commun vers davantage de justice dans ce domaine ; au Maroc, les officiers sont à présent tenus par la loi d'expliquer ces possibilités lors du mariage. Toutefois, en Malaisie, les conservateurs ont suggéré que le mari devait avoir le droit de revendiquer une partie des gains de la

femme en tant que biens *harta sepencarian* (biens acquis en commun par les époux pendant le mariage), car en accordant à l'épouse la permission de travailler, l'époux contribuait à ses gains. La bataille croissante sur les droits de propriété semble reposer sur la reconnaissance de la centralité de ces droits pour l'autonomie des femmes et pour leur capacité à faire valoir des options présentes dans d'autres domaines du droit de la famille.

Ce domaine pose également des défis conceptuels et stratégiques pour les activistes. D'une part, il est nécessaire de reconnaître que les femmes devraient posséder et contrôler les fruits de leur travail sur un pied d'égalité avec les hommes, dans un contexte où les femmes participent de plus en plus aux activités économiques et à la main-d'œuvre formelle, ainsi que leur contribution au secteur informel et à la création de revenu familial. D'autre part, il reste la nécessité de protéger les femmes qui n'ont pas la capacité de travailler en dehors du foyer, ou qui ne sont pas autorisées à le faire, ou encore qui accordent la priorité aux responsabilités domestiques.

A Fidji, la nouvelle loi relative au droit de la famille tente d'établir un équilibre entre ces divers besoins en prévoyant une marge de manœuvre considérable dans des limites soigneusement définies. Il est clair qu'un accent plus marqué sur la réforme du droit de la famille visera à modifier les attitudes des juges.

Prenant part à la tendance générale qui vise à une égalité accrue entre les sexes, l'accès au divorce s'est élargi pour les femmes, que ce soit à travers l'adoption de dispositions destinées à exiger des normes de preuves plus faibles, par exemple pour les « différents irréconciliables » (Algérie, Maroc) et la « rupture irrémédiable » (Fidji), ou à travers la reconnaissance du *talaq tafwid* dans le droit (Maroc), ou encore à travers l'acceptation du *khol'*, qui ne nécessite pas l'autorisation de l'époux (Algérie, Égypte, Émirats arabes unis, *Azad Jammu & Kashmir – Mst. Sarwar Jan v. Abdur Rehman*, Appel N° 16/2003 AJK Sharia Court). Il y a également une tentative visant à permettre aux conjoints d'arriver à un accord mutuel pour dissoudre leur mariage sans avoir à spécifier de faute. Fidji a mis un terme au divorce contentieux et le Maroc prévoit à présent une procédure pour le *mubarat*.

Il y a d'autres tendances perceptibles qui reflètent toutes une reconnaissance croissante des droits des femmes en tant que droits humains et de l'égalité juridique entre les hommes et les femmes. Celles-ci comprennent le fait de retarder l'âge minimal du mariage vers la norme internationale de 18 ans pour les hommes et les femmes, et l'assouplissement ou l'élimination du concept de tuteur (*wali*) pour donner une femme en mariage. En Algérie, l'un des aspects les plus remarquables du code de la famille réformé est d'avoir accepté que les femmes divorcées ayant la charge de leurs

enfants, peuvent également être leurs tutrices (voir p. 344). Toutefois, dans le mariage, le père algérien reste le « tuteur naturel » et des dispositions qui restent inéquitables au vue de la garde et de la tutelle, sapent la prétention à l'égalité entre les sexes dans la nouvelle Moudawana du Maroc.

Les progrès réalisés dans la réglementation de la polygynie sont très parcellaires. L'esprit de la nouvelle Moudawana du Maroc est de rendre la polygynie pratiquement impossible et l'Algérie elle, en a durci les contrôles. Toutefois, la promotion de la polygynie en tant que « droit » des hommes musulmans et « solution » aux problèmes sociaux, est l'un des aspects majeurs défendu par les groupes politiques religieux de droite, du Canada en Indonésie en passant par l'Ouzbékistan. En Malaisie, la réglementation a été affaiblie, alors qu'en Afrique de l'Ouest, la controverse concernant la polygynie (le Bénin cherche à établir la monogamie comme norme alors que la Guinée cherche à l'interdire totalement) est au cœur de l'opposition à l'adoption de nouveaux codes ou de nouvelles réformes.

Pourtant, une réglementation stricte peut avoir des désavantages. Les activistes marocains saluent comme « draconiennes » les nouvelles dispositions qui réglementent le *talaq*. Toutefois, s'il est immédiat, le divorce irrémédiable peut ne plus être légal, et résultat non escompté, les hommes évitent certains des fardeaux financiers relatifs au *talaq* en forçant leur femme à opter pour le divorce pour cause de « différents irréconciliables ». Ici, une plus grande latitude est laissée aux juges dans la question de l'indemnisation et en raison des attitudes patriarcales, les femmes peuvent tout bonnement se retrouver avec une faible indemnisation financière.

De plus, la réglementation stricte des pratiques telles que le non enregistrement des mariages, la polygynie, et le *talaq* immédiat, devient moins significative si elle n'est pas appuyée par des sanctions claires, comme dans le cas de la nouvelle Moudawana au Maroc, qui ne contient pratiquement aucune mesure punitive.

Plusieurs réformes et jugements récents semblent participer d'un effort conscient visant à intégrer le droit de la famille dans le XXI^{ème} siècle et à reconnaître l'évolution de la science ainsi que des questions sociales. En Algérie, le code amendé autorise à présent, de manière explicite, l'insémination artificielle pour les couples mariés, alors que la nouvelle Moudawana du Maroc permet l'établissement de la filiation par « tous les moyens scientifiques », et en Égypte, les tests ADN ont fait l'objet de vives discussions dans une affaire de paternité qui a fait date.

En Algérie, les nouvelles prescriptions en matière de tests médicaux pré-nuptiaux peuvent viser à réduire le nombre de divorces pour cause d'impuissance ou même à protéger les femmes contre l'infection par le VIH par leur futur conjoint. Toutefois, dans un contexte où la fraude est plus facile pour

les hommes, qui tendent à avoir davantage de ressources sociales et financières que les femmes, et où la virginité reste socialement valorisée, une telle prescription peut offrir moins d'options aux femmes.

Enfin, une attention soutenue aux questions de procédure dans le droit de la famille ressort comme un aspect positif des tendances récentes de la réforme. Des ordonnances provisoires d'assistance financière, en particulier pour la pension alimentaire de la femme et des enfants, sont à présent prévues de manière explicite en Algérie, en Égypte, à Fidji et au Maroc. Dans ces mêmes pays, de nouvelles dispositions ont également établi des tribunaux de la famille spécifiques, reconnaissant ainsi que le droit de la famille nécessite une approche et des structures spéciales.

L'attachement de l'État à protéger la famille ressort également des dispositions qui prévoient que les autorités publiques sont parties à toutes les affaires (Algérie, Fidji, Maroc), et par l'inclusion des pouvoirs de mise à exécution, de recouvrement, d'arrestation et de prévention de la fraude dans le cadre des compétences du juge de la famille (Fidji). Les problèmes croissants relatifs aux conflits de lois, résultant de l'essor de la migration dans les conditions de la mondialisation, ont été reconnus, et des tentatives spécifiques ont été menées pour clarifier les compétences et les dispositions qui régissent les personnes mariées ou divorcées à l'étranger, et dont les affaires ont été entendues par des systèmes étrangers (Fidji, Maroc). Des sections importantes des nouvelles dispositions, à Fidji, en Algérie et au Maroc, ont trait aux détails de procédures pour des questions telles que la validité du mariage, le divorce, la pension alimentaire et les arrangements financiers. Toutefois, les deux derniers pays sont totalement silencieux sur l'aide dont les femmes peuvent disposer au cas où la procédure n'est pas suivie par les autorités responsables ou par leur mari. En outre, les activistes de la réforme juridique au Maroc sont conscients de la nécessité d'une campagne d'information publique pour que soient efficaces les nouvelles dispositions complexes relatives à l'enregistrement du mariage et au divorce. Ceci nécessitera un engagement constant de l'État et des activistes.

Dans le même temps, les fondamentalistes se positionnent de manière stratégique dans les ministères et les organes publics : ainsi, ils font obstruction au développement des règles nécessaires pour accompagner la nouvelle Moudawana.

Dans les années à venir, il semble qu'en règle générale, les aspects procéduriers du droit de la famille seront des sources majeures de conflit entre les activistes des droits des femmes et les forces politiques de droite.

Cassandra Balchin, 2006

REMERCIEMENTS

Initiative considérée comme la plus vaste et la plus longue de tous les projets collectifs de WLUML, le Programme Femmes et lois dans le monde musulman a littéralement impliqué des milliers de femmes et d'hommes, et a couvert quelque vingt pays au cours d'une décennie. Une grande diversité de personnes s'est engagée tels que des participants à des groupes ciblés de discussion et des dactylos ; des petites organisations communautaires à des organisations non-gouvernementales nationales ; des membres actifs de réseaux qui ont conçu, planifié et mis en œuvre le programme et des experts externes qui ont contribué aux projets par pays et à la synthèse internationale. Des remerciements chaleureux sont dus à chacun de ceux qui ont participé à la collecte et à l'analyse de l'information, avec la conviction qu'ils aideraient à accroître les options à la disposition des femmes dans leurs contextes.

Nous nous limiterons à citer nommément toutes les personnes qui ont fait partie du groupe évolutif de membres de réseaux, qui ont directement aidé à façonner ce manuel. Il s'agit des participantes à la réunion de planification initiale du Programme Femmes et lois et aux trois réunions internationales de synthèse, dont bon nombre ont également continué à donner leurs commentaires durant les stades de la rédaction : Sherifat Hussein-Abubakar, Maryam Uwais, Marième Hélié-Lucas, Homa Hoodfar, Pinar Ilkkaracan, Ayesha Imam, P. Imrana Jalal, Sultana Kamal, Sindi Medar-Gould, Vahida Nainar, Kishali Pinto Jayawardena, Farida Shaheed, Salma Sobhan, Isabelita Solamo-Antonio, Hajara Usman et Faizun Zackariya ; ainsi que Hanadi Taha et Lynn Freedman, pour leurs contributions apportées durant les dernières phases cruciales. Il faudrait également remercier Suhraiya Jivraj, Shaheena Karbanee, Sarah Masters et Caroline Simpson pour leur assistance significative.

Il y a toutefois un autre groupe qui a participé non seulement aux diverses réunions de synthèse, mais a également assumé des responsabilités concrètes et apporté la contribution essentielle donnant au manuel sa forme actuelle. Sans leur dévouement et leurs éclairages, ce manuel serait resté un rêve. Il s'agit de Chulani Kodikara, Fatima Seedat, Salbiah Ahmad, Sohail Akbar Warraich, et Sume Epie-Eyoh. Nos remerciements très spéciaux vont également à Kathleen McNeil, qui s'est chargée de faire la révision linguistique et de rédiger l'index, pour sa sensibilité et sa capacité à travailler avec des échéances impossibles, ainsi qu'à Finn et Jason. Un projet de synthèse et de rédaction de cette ampleur et de cette complexité est simplement impossible à moins qu'une personne n'ait la vision, la passion et les compétences – et l'énergie – de le mener à bout. Pour nous, cette personne a été Cassandra Balchin. Plus qu'une simple coordinatrice de l'équipe de rédaction, Cassandra a été l'organisatrice, l'égérie, la conceptrice et la rédactrice. Ses compétences d'écrivain et de rédactrice sont reflétées dans de nombreuses parties de ce manuel.

Enfin, nous aimerions adresser nos remerciements à la Fondation Andrew W. Mellon pour ces longues années de soutien de la coordination internationale du Programme et la production de ce Manuel, ainsi qu'à toutes les autres organisations qui ont soutenu les activités du Bureau international de coordination de Femmes sous lois musulmanes et toutes les associations du Réseau qui ont participé au Programme Femmes et lois dans le monde musulman.

Femmes sous lois musulmanes

Février 2003

GLOSSAIRE

Il existe, dans l'ensemble des pays musulmans et de leurs communautés, plusieurs orthographes et des mots différents pour désigner essentiellement les mêmes choses. Par exemple, le magistrat ou toute autre autorité jugeant les affaires concernant les musulmans est connu diversement comme *cadi/kadi/kazi-/kathi/ khati/qazi/quazi/ qadi/qadhi*. En général, la difficulté réside dans la translittération et la traduction des mots arabes en langues locales. Dans ce manuel, nous avons opté pour la version la plus communément usitée ou celle qui nous semble la plus couramment admise, sans que cela implique toutefois une orthographe « correcte ».

A

Ahsan : Une forme de talaq. Elle est considérée comme la mieux acceptée: un seul talaq révocable.

Ahadith/Hadith : Paroles rapportées du prophète Mahomet.

Alliance : Liens de parenté découlant du mariage. Par exemple, belle-mère, gendre.

Alim (diplôme de) : Certification attestant les connaissances élémentaires des lois musulmanes ; vient du mot « Alim » : celui qui sait.

Anak dara : Femme, mariée ou non, n'ayant pas eu de rapports sexuels (Malaisie, Singapour, Indonésie).

Ayat : Verset du Coran.

B

Baligh : Âge de la puberté.

Bain : Irrévocable (lié au divorce).

Bain Kubra/Baynuna Kubra : La « plus grande irrévocabilité » : les parties ayant divorcé trois fois ne peuvent se marier à nouveau que lorsque l'ex-épouse aura contracté un mariage consommé, mariage intermédiaire (hilala), avec un autre homme.

Bain sughra/Baynuna sughra : La « moindre irrévocabilité » : les parties ayant divorcé doivent conclure un nouveau contrat de mariage si elles souhaitent se marier à nouveau.

Bid'a/Bida'a/Bidat : Littéralement, innovation désapprouvée. Utilisé en référence à un talaq prononcé trois fois en une seule séance ou majlis.

C

Chafiisme : École sunnite de droit musulman attribuée à Muhammad ibn Idris al-Shafii de la tribu Qurayshite. Né à Gaza en 150H, 767 apr. J.-C. (d. 204H; 819 apr. J.-C.), il a beaucoup voyagé au Hedjaz, au Yémen, en Égypte et en Iraq.

Consanguinité : Liens par le sang ou l'origine ; descendants d'aïeux communs, par exemple, mère, petit-fils.

D

Darar Syarie : Dommage ou danger à l'égard de la religion, la vie, le corps, l'esprit ou les biens. Utilisé comme motif de divorce dans le cas du divorce pour faute (Malaisie/Singapour).

Décret nisi : Décret provisoire ; en matière de divorce, il donne effet à un divorce conditionnel qui devient effectif à la survenance d'une éventualité envisagée (généralement l'écoulement d'une certaine période).

Dharar : Préjudice subi ; motif de demande divorce judiciaire formulée par l'épouse.

Dot Voir : Trousseau, ou biens (et argent) apportés lors du mariage par la mariée. Dans certaines sociétés, selon le régime des biens, la dot reste la propriété absolue de l'épouse.

Douaire : Voir *mahr*

E

Embryon dormant : Certaines écoles reconnaissent ce principe selon lequel un embryon peut « dormir » dans l'utérus de la mère et naître de nombreux mois, voire des années, après la dissolution du mariage et être tout de même attribué à l'ex-mari.

'Esmal/Ismaa'/Usma : Terme courant utilisé pour la délégation du droit de divorce/talaq *tafwid* dans les communautés arabophones.

Ex parte : Procédure judiciaire en l'absence de l'intimé, lorsque ce dernier n'a pas comparu aux audiences.

F

Faskh/Fasah/Fasakh : Divorce pour faute, généralement lié à une irrégularité dans le contrat ou en cas de violation d'une clause contractuelle. Divorce judiciaire communément réservé aux femmes.

Fatwa : Décision, décret ou avis religieux, généralement émis par un corps de savants religieux ou un érudit, ou même un imam de mosquée, avec ou sans autorisation de l'État.

Fausse prétention à l'état de mariage : Procédure judiciaire pour mettre un terme à une fausse prétention à l'état de mariage. Seule la partie réfutant la subsistance du mariage peut initier cette procédure.

Fiqh : Jurisprudence ; terme généralement utilisé pour désigner les lois musulmanes tel que rédigées par les juristes.

H

Hadanah/Hizanat : Garde ; soin des enfants et autorité sur les enfants.

Hadd : Littéralement, « les limites ». Utilisé principalement en référence au droit pénal musulman, exigences en matière de preuve et peines maximales prescrites par le Coran. À noter que les lois Hudud et Hoodood sont en vigueur dans certains États de la Malaisie, du Nigeria et au Pakistan.

Hadith : voir ahadith.

Hakam : Arbitres (membres de la famille ou étrangers) désignés pour aider les parties à un mariage à résoudre leurs différends en cas de désaccord et de discorde (shiqaq) amenant l'une des deux parties à demander le divorce.

Hanafisme : École sunnite de droit musulman attribuée à Abu Hanifah Nu'man Ibn Thabit. D'origine perse, il est né à Kufah, Iraq, en 80H, 699 apr. J.-C., (d.150H; 767 apr. J.-C.).

Hanbalisme : École sunnite de droit musulman attribuée à Abu Abdullah Ahmad Ibn Hanbal. Né à Bagdad en 241H, 780 apr. J.-C. (d.241H; 855 apr. J.-C.), il a séjourné en Syrie, au Hedjaz, à Kufah et à Bassorah.

Hantaran/Handaran : Littéralement, « envoi ». Échange de marchandises et d'argent entre les familles des époux à l'occasion du mariage de ces derniers (Malaisie, Singapour).

Haram : Interdit, illicite.

Harta sepencarian : Biens matrimoniaux acquis en commun (Malaisie, Singapour).

Hasan : Forme de talaq considérée comme acceptable.

Hiba : Cadeau offert par une personne de son vivant.

Hilala/Hila : Mariage intermédiaire ; voir Bain kubra.

Hudood/Hudud : Voir hadd.

Hukum Syara'/Hukum Syarak : Utilisé en Malaisie, à Singapour, en Indonésie, en référence aux principes généraux des lois musulmanes de l'école sunnite.

I

'Idda/Iddat/Iddah/Eddah : Délai de viduité à partir du moment où une femme musulmane est divorcée ou veuve. Le délai dépend du type de divorce, du fait de savoir si la femme est enceinte, si elle a toujours ses menstrues et si

elle est veuve. Pendant cette période, elle n'est pas libre de contracter un autre mariage. Dans certains systèmes, la 'Idda ne s'applique pas dans le cadre d'une dissolution de mariage non consommé.

Ijab & Qabul : Littéralement, « offre et acceptation » ; utilisé en référence à l'offre et l'acceptation des termes et conditions d'un contrat de mariage.

Ijbar : Le pouvoir reconnu par certaines écoles d'obliger une vierge célibataire au mariage. Ce pouvoir est conféré habituellement au père et au grand-père paternel.

Ijma : Consensus des savants sur une question.

Ijtihad : Raisonement indépendant pour parvenir à un principe juridique.

Ila' : Motif de divorce possible pour la femme qui saisit le tribunal si le mari fait serment de d'abstinence pendant au moins quatre mois. Les effets de la ila' diffèrent selon les systèmes juridiques.

Imam : Personne qui dirige la prière, habituellement de sexe masculin.

Irrévocable : Talaq ou dissolution du mariage devenue définitive. Si le couple désire se réconcilier, il sera tenu d'établir un nouveau contrat de mariage avec une nouvelle dot ou mahr.

Isbat/ithbat : Procédure judiciaire permettant d'établir l'existence ou la non-existence d'un mariage (certains pays arabophones ; Indonésie).

J

Jactitation : « Jactitation » est l'assertion fautive qu'on est marié avec une certaine personne. Procédure de justice qui consiste à faire taire les fausses requêtes de frais de subsistance d'un mariage. La procédure ne peut être engagée que par la partie qui refuse l'entretien du mariage.

Jamaat : Comité de la mosquée (certaines communautés musulmanes d'Asie du Sud).

Jehez/jihaz : Voir dot

Jirga : Instance traditionnelle d'arbitrage (Pakistan).

Jumma : Grande mosquée pour la prière du vendredi (certaines communautés musulmanes d'Asie du Sud).

K

Kabi nama : Contrat de mariage musulman (Bangladesh).

Kafa'a/Kafa'ah/Kaf'a : Principe selon lequel les parties à un mariage doivent être égales ou compatibles. Kafa'a ou parité est utilisé principalement pour l'époux – dont le statut ne doit pas être inférieur à celui de l'épouse. Bien que selon les juristes les facteurs à prendre en compte sont la noblesse

(hasab), la piété (din), l'extraction (nasab) et la famille (bayt). Aujourd'hui, la situation économique reste le principal critère.

Kahwin Cina Buta : Idiome local péjoratif pour désigner l'époux lorsqu'il s'agit d'un mariage intermédiaire ; voir Hilala (Malaisie, Singapour).

Kaikuli : Toute somme d'argent payée ou autres biens mobiliers donnés ou toute somme d'argent ou biens meubles promis par un parent de l'épouse, ou par toute autre personne, à l'époux pour disposer de la mariée, avant le mariage ou au moment du mariage. Le kaikuli doit être gardé en dépôt par l'époux pour le compte de la mariée et doit être rendu à tout moment sur demande ou lors de la dissolution du mariage (Sri Lanka).

Kalangies : Poids traditionnel de l'or au Sri Lanka (ou or mélangé).

Khiyar al-bulugh : Option de la puberté ; droit d'une femme musulmane, à la puberté, de valider ou d'annuler un mariage contracté lorsqu'elle était mineure, à condition que le mariage n'ait pas été consommé. Les écoles et les lois divergent quant à la possibilité pour une femme mariée par son père ou grand-père paternel de jouir de ce droit.

Kitabia/Kitabiyah/Kitabiya : S'applique généralement à une femme non musulmane appartenant aux « religions révélées », c'est-à-dire chrétiennes et juives. Les lois et la coutume varient concernant la définition précise.

Khul'/Khul/Khul' u/Khula : Forme de divorce possible pour une femme musulmane, en général avec compensation versée au mari. Les interprétations, les lois et les pratiques diffèrent quant au rôle et au pouvoir du mari et/ou du tribunal, et à l'irrévocabilité du divorce (bain sughra).

Kwatance : Voir embryon « endormi » dans l'utérus (Hausa).

L

Li'an : Procédure par laquelle une femme a le droit de demander un divorce judiciaire lorsque le mari l'accuse d'adultère ou désavoue la paternité d'un enfant. Pour que la procédure soit effective, le mari doit porter les accusations à l'encontre de son épouse sous serment et ce, cinq fois. La cinquième fois, il doit invoquer la colère de Dieu quand bien même son accusation serait fautive. Si la femme nie l'accusation exactement de la même manière, le tribunal dissout le mariage (la paternité n'est pas établie).

M

Ma'azoun/Mazoum : Personnalité religieuse officiant lors du mariage musulman. Fonctionnaire de l'État au Soudan et en Égypte.

Madrassa : École – terme aujourd'hui communément utilisé pour désigner les écoles dirigées par des groupes religieux.

Mahr/Mahari/Mehr : Dot. Les biens et/ou argent destinés à être donnés par l'époux à l'épouse comme condition de validité du mariage musulman. Ils peuvent être remis soit au moment de la cérémonie du mariage (immédiat), soit promis à une date ultérieure, soit lors du divorce ou du décès de l'époux (différé) ou alors fractionnés en part immédiate et part différée.

Mahr ul mithl : Également appelé « dot d'équivalence », le mahr ul mithl est dû lorsqu'aucun montant de mahr n'a été spécifié dans le contrat de mariage, mais que l'épouse souhaite à présent en récupérer le montant. Il est alors fixé (par un tribunal ou une autorité similaire) comme le montant dû à la femme sur la base du mahr reçu par ses parentes et/ou en tenant compte des moyens de l'époux.

Mala fide : De mauvaise foi.

Malékisme : École sunnite de droit musulman attribuée à Malik ibn Anas al-Asbahi. Il est né à Médine en 95 H, 713 apr. J.-C. et a vécu à Médine toute sa vie, à l'exception d'un pèlerinage à La Mecque (d. 179H, 795 apr. J.-C.).

Mariage par l'échange : Mariage par l'échange signifie le mariage entre un frère et une sœur d'une famille et la sœur et le frère d'une autre famille. Dans les cas extrêmes, un homme peut s'engager à donner toute fille à venir à sa belle-famille en échange de sa propre femme. Le mariage par l'échange implique que le sort d'un couple est lié à celui de l'autre de sorte que si le premier couple divorce, l'autre doit automatiquement faire de même, même s'il est heureux. Ces mariages interviennent souvent dans la famille, aggravant les problèmes. Connu sous le nom de berdar en Turquie, badal en Jordanie et en Palestine et watta satta ou addo baddo au Pakistan.

Masjid : Mosquée.

Maskahwin : Dot (Malaisie, Singapour, Indonésie).

Mata'a/Mutaah/Mut'ah : Paiement compensatoire du mari à l'épouse, effectué lors du divorce par talaq ou lorsque le « tort » revient à l'époux.

Maulana/Mowlana : Titre utilisé pour les personnes érudites ou supposées l'être. De plus en plus utilisé pour nommer uniquement les savants de l'Islam.

Maulvi/Mulla : Prédicateur. Parfois emprunté par des personnes comme titre ayant un statut religieux.

Mubarat/Mubara'a/Mubarat : Divorce par consentement mutuel.

Muhsan : Personne mariée.

Mumaiyiz : Âge de raison ; généralement utilisé en matière de litiges liés à la garde de l'enfant. Âge auquel la préférence de l'enfant peut être prise en compte.

Mut'a : Contrat de mariage temporaire : concept reconnu par l'école chiite.

N

Nafaqa/Nafaqah : Pension alimentaire de la femme et des enfants.

Nasab : Établir les ascendants et les descendants par les relations de sang.

Nazim : Responsable politique local (maire) ; Conseil de l'Union (Pakistan).

Nikah : Contrat de mariage (Asie du Sud).

Nikahnama : Contrat de mariage musulman (Inde, Pakistan).

Niza 'wa shiqaq : Discorde et conflit ; motif de divorce à la disposition des femmes et des hommes.

Nushuz/Nusyuz/Nashezeh/Nashiz/Nashizh : Désobéissance (terme utilisé le plus souvent pour la femme qui n'obéit pas à son mari).

Panchayat : Tribunal traditionnel d'arbitrage ; réunion informelle des personnes influentes au sein de la communauté/aînés de la famille.

Pemberian : Cadeaux de mariage (Malaisie).

Personnes avec qui le mariage est prohibé : Le mariage est prohibé entre personnes apparentées par consanguinité, alliance ou adoption.

Polygamie : Mariage dans lequel l'époux a simultanément plus d'une épouse.

Prix de la fiancée : Montant remis par le fiancé ou sa famille à la famille de la fiancée en échange de la main de cette dernière.

Q

Qabul : voir ijab

Qadiani : Secte musulmane - ses membres sont déclarés non-musulmans dans certains pays.

Qamariah : Mois ou année lunaire.

Qazi/Quazi/Qadhi : Juge ou greffier dans un tribunal musulman.

R

Rada : Accueil d'enfant.

Radjii : Révocation d'un divorce.

Régime de séparation complète des biens : Contrat par lequel chacun des conjoints conserve la propriété des biens apportés lors du mariage et des biens hérités pendant le mariage et conserve un contrôle individuel sur tous les

revenus ou richesses accumulés au cours du mariage, tous les biens devant être notés comme appartenant à l'un ou l'autre conjoint.

Régime de communauté de biens : Contrat par lequel les conjoints renoncent à la propriété individuelle des biens apportés lors du mariage et créés au cours de celui-ci. Ces biens doivent être partagés de manière égale lors de la dissolution du mariage.

Révocable : Divorce n'ayant pas atteint l'étape d'irréversibilité (n'ayant pas été mené à son terme). Après la prononciation du talaq ou dissolution, le couple peut se réconcilier (pendant la période de la 'idda) s'il le souhaite. Aucun nouveau contrat de mariage n'est nécessaire ; la révocabilité est la possibilité d'annuler la dissolution.

Ruju'/Rujk/Rujuk : Révocation de talaq.

Rushd : Âge de la majorité légale (lié à la puberté et l'âge de raison).

S

Sadaq/Sadak : Dans l'Arabie préislamique, le sadaq était le cadeau offert à l'épouse au moment du mariage. Utilisé dans certaines communautés pour désigner un cadeau offert en plus du mahr ou synonyme de mahr dans d'autres communautés.

Salish : Instance locale, traditionnelle et informelle de médiation. Habituellement composée des anciens du village, des personnes influentes localement et parfois du mollah du village.

Séparation des biens : Régime selon lequel chacun des conjoints conserve la propriété des biens qu'il apporte lors du mariage et des biens hérités pendant le mariage.

Shia : Rite (en anglais Sect = Secte) musulman(e) qui suit le fiqh de l'imam Jaffar Sadiq (également appelé fiqh-e-Jaffria). Il est né en 80H; 697 apr. J.-C. (d.148H; 765 apr. J.-C.).

Shiqaq : Voir niza'wa shiqaq.

Shurut : Clauses négociées dans le contrat de mariage / termes du contrat.

Sui juris : Âge de la maturité ; majorité.

Sunna : La pratique (comportement, actes/omissions et paroles) du Prophète Mahomet.

Sunni : Rite musulman composé traditionnellement de quatre grandes écoles de pensée: hanafisme, malékisme, chafiisme et hanbalisme.

Suo moto : À l'initiative propre du tribunal ; généralement utilisé pour qualifier l'initiative prise par un tribunal supérieur pour agir lorsqu'elle prend connaissance d'un incident.

Sourate : Verset du Coran.

Syed : Les descendants du prophète Mahomet.

T

Tafriq : Divorce judiciaire, généralement lié à des problèmes entre les époux, plus précisément, manquement d'un conjoint à certaines responsabilités conjugales.

Talaq : Divorce unilatéral par le mari.

Talaq bid'a : Voir bid'a

Talaq Tafwid/talaq-i-tawfi z/Tafweed : La délégation du pouvoir de talaq par le mari. Il peut être délégué à la femme (soit au moment de la cérémonie du mariage ou ultérieurement) ou à un tiers. Elle peut être conditionnelle ou inconditionnelle.

Talaqnama : Acte de divorce (Asie du Sud).

Ta'liq/Taklik : Divorce conditionnel. Le certificat de ta'liq est signé au moment du mariage. Les motifs habituels de ta'liq auxquels l'épouse a le droit de recourir auprès du tribunal sont la cruauté (violence conjugale et absence de relations conjugales), l'absence de pension alimentaire et l'abandon. Lorsque la preuve de la plainte est apportée, le tribunal confirme le divorce (faskh) en l'absence du mari ou le mari prononce le talaq.

Tamkin : Principe selon lequel la femme doit rester au domicile conjugal. Il implique « obéissance » et disponibilité sexuelle.

Thayyib/Thayyibah : Respectivement un homme et une femme ayant eu des relations sexuelles légales (par opposition aux vierges).

Tuhr/Tuhur : Période de pureté/propreté (purification-nettoyage-hygiène), c'est-à-dire entre les menstrues.

U

Ulema/Ulama : Érudits religieux ou juristes musulmans; singulier : alim.

V

Vakil : Voir Wakeel

Viol (sur personne mineure) : Viol d'une personne qui ne peut légalement être considérée comme ayant consenti à des relations sexuelles (généralement les personnes mineures et celles atteintes de maladies mentales).

Viol conjugal : Rapport sexuel entre époux lorsque l'un des conjoints n'est pas consentant.

W

Wakeel/Wakil/Wakal/Waqalah : Agent ou représentant.

Wali : Dans le cadre du mariage, un tuteur. Communément reconnu par certaines écoles comme étant le père ou le

grand-père paternel ayant le pouvoir de conclure le mariage au nom de la mariée.

Wali mujbir : Tuteur ayant le pouvoir de contraindre une vierge au mariage.

Wali nasab : Tuteur ayant un lien de sang avec les parties.

Wali raja : Tuteur n'ayant aucun lien de sang. Utilisé pour qualifier le transfert du pouvoir du wali au tribunal. Le transfert se fait lorsqu'il n'y a pas de wali nasab pour agir comme tuteur ou lorsque le wali mujbir a refusé sans motif raisonnable son consentement au mariage (Malaisie, Singapour).

Waliyat/Walayat-al-Jabar : Le pouvoir de ijbār.

Wilayat al-nikah : Le pouvoir de tutelle dans le mariage.

Z

Zar-i-Khula : L'indemnisation due à l'époux par la femme dans le cadre d'un divorce par khul' (Pakistan).

Zihar : Motif de divorce judiciaire à la disposition des femmes. Il est disponible lorsque l'époux considère sa femme comme sa mère ou toute autre femme prohibée de la famille.

Zina : Adultère. Rapports sexuels entre personnes non mariées.

ABRÉVIATIONS

ADMLA : Administration of Muslim Law Act, 1966 (Loi administrative musulmane) (Singapour)

CC : Code civil (Iran, Turquie et d'autres pays)

CSP : Code du statut personnel (Tunisie)

CF : Code de la famille, 1984, modifié en 2005 (Algérie)

ChMA : Christian Marriage Act, 1862 (Loi sur le mariage chrétien) (Gambie)

CMA : Civil Marriage Act, 1939 (Loi sur le mariage civil) (Cap 41:02) (Gambie)

CMPL : Code of Muslim Personal Law, 1977 (Code musulman de statut personnel) (Philippines)

CMRA : Child Marriages Restraint Act, 1929 (Loi sur le mariage d'enfants (Bangladesh, Inde, Pakistan))

CP : Code pénal (Sénégal)

CrC : Code pénal

CrPC : Code de procédure pénale (Bangladesh, Inde, Pakistan et d'autres pays)

DMMA : Dissolution of Muslim Marriage Act, 1939 (Loi sur la dissolution du mariage musulman) (Bangladesh, Inde, Pakistan)

FCA : Family Courts Act (West Pakistan), 1964 (Loi portant sur la création des tribunaux de la famille (Pakistan occidental)), modifiée en 2001 (Pakistan)

FL : Family Law (Code de la famille) (Ouzbékistan), date inconnue

FLA : Family Law Act, 2003 (Loi sur la famille) (Fidji)

GAMCOTRAP : Gambian Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children (Comité gambien sur les pratiques traditionnelles affectant la santé des femmes et des enfants)

GRAFELS : Groupe de recherche sur les femmes et les lois au Sénégal

IFLA : Islamic Family Law (Federal Territories) Act, 1984 (Loi islamique de la famille (Territoires fédéraux)) (Loi 303) (Malaisie)

KHI : Compilation de la loi islamique, 1991 (Indonésie)

LM : Law on Marriage (Décret d'application N° 9, 1975, de la loi de 1974 sur le mariage) (Indonésie)

LMA : Law on Marriage Age (Loi sur l'âge du mariage) (N° 56/1923) (Égypte)

LMA : The Law of Marriage Act, 1971 (Loi sur le mariage telle que modifiée par la loi 23/73 et la loi 9/96) (Tanzanie)

LMPS : Law concerning maintenance and some provisions in personal status (Loi relative à la pension alimentaire et certaines dispositions du statut personnel) (N° 25/1920) (Égypte)

LPS : Law Concerning Personal Status, 1992 (Loi de statut personnel) (Yémen)

MA : Marriage Act (Loi sur le mariage) N° 1/1974 (Indonésie)

MCA Matrimonial Causes Act (Lois sur les régimes matrimoniaux), (Royaume-Uni, Gambie, Nigeria)

MMDA : Muslim Marriage and Divorce Act 1951 (Loi sur le mariage et le divorce musulmans) (Sri Lanka)

MMDO : Mohammedan Marriage and Divorce Ordinance (Ordonnance de 1941 sur le mariage et le divorce musulmans) (Gambie)

MMDRA : Muslim Marriages And Divorces Registration Act (Loi sur l'enregistrement des mariages et divorces musulmans) 1974 (Bangladesh)

MWRAF : Muslim Women's Research & Action Forum (Groupe de recherche et d'action des femmes musulmanes)

OEC : Officier de l'État Civil

PC : Code pénal, 1860 Bangladesh, Inde, Pakistan, Sri Lanka

PLRC : Philippino Legal Resources Centre (Centre philippin de ressources juridiques)

RFSL/WLUML : Women Living Under Muslim Laws -
Réseau Femmes sous lois musulmanes

SMA : Special Marriage Act (Loi spéciale sur le
mariage), 1872 (Bangladesh, Pakistan), 1954 (Inde)

SG : Shirkat Gah Women's Resource Centre (Centre de
ressources féminines Shirkat Gah)

WC : Women's Charter (Charte des femmes), 1961
(Singapour)

WRAG : Women's Research and Action Group (Groupe de
recherche-action de femmes)

WWHR : Women for Women's Human Rights (Femmes pour
les droits des femmes)

ZO : Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance 1979
(Ordonnance sur la Zina (adultère), (application de la loi
Hudood) (Pakistan)

LISTE DES TEXTES LÉGISLATIFS

Il s'agit d'une liste non exhaustive des textes législatifs cités dans le présent guide. Toutes les lois pertinentes pour les questions abordées dans cet ouvrage et les règles de procédure n'y figurent pas.

Algérie

Loi N° 84-11 du 9 Juin 1984 portant sur le Code de la famille, modifiée par l'Ordonnance N° 05-02 de 2005

Arabie saoudite

Code of Civil Procedure (Code de procédure civile)

Judicial Regulation Decree 1975 ((N° 64/1395) (Décret de règlement judiciaire, 1975 (N° 64/1395)

Bangladesh

Child Marriage Restraint Act 1929 (Loi sur le mariage d'enfants) modifiée en 1984 Criminal Procedure Code (Code de procédure pénale)

Dissolution of Muslim Marriages Act 1939 (Loi sur la dissolution des mariages musulmans) Family Courts Ordinance 1985 (Ordonnance sur les tribunaux de la famille)

Guardians and Wards Act 1890 (Loi sur la tutelle et la garde)

Muslim Family Law Ordinance 1961 (Ordonnance sur le Code de la famille musulman)

Muslim Marriages and Divorces Registration Act 1974 (Loi sur l'enregistrement des mariages et divorces musulmans)

Muslim Personal Law (Shari'at) Application Act 1937 (Décret d'application du Code du statut personnel musulman) (Shari'at) Special Marriages Act, 1872 (Loi spéciale sur le mariage)

Cameroun

Code civil, 1981
Ordonnance sur l'état civil de 1981

Égypte

Civil Code (N° 131/1948) (Code civil (N° 131/1948))

Decree concerning provisions in Personal Status (N° 25/1929) (Décret concernant des dispositions du statut personnel (N° 25/1929))

Law concerning Maintenance and some provisions in Personal Status (N° 25/1920) (Loi relative à la pension alimentaire et à des dispositions du statut personnel (N° 25/1920))

Law of Bequest (N° 71/1946) (Loi sur le legs (N° 71/1946))

Law on Marriage Age (N° 56/1923) (Loi sur l'âge du mariage, N° 56/1923))

Personal Status (Amendment) Law (N° 100/1985) (Loi du code du statut personnel (amendement) (N° 100/1985))

Law N° 1 of 2000 (Loi N° 1 de 2000)

Fidji

Family Law Act 2003 (Loi sur la Famille)

Matrimonial Causes Act 1985 (Cap. 43) (Loi sur les régimes matrimoniaux) abrogée)

Gambie

Christian Marriage Act 1862 (Loi sur le mariage chrétien) Civil Marriage Act 1939 (Cap 41:02) (Loi sur le mariage civil)

Matrimonial Causes Act 1986 (Cap 43) (Loi sur les régimes matrimoniaux)

Mohammedan Marriage and Divorce Ordinance 1941 (Ordonnance sur le mariage et le divorce musulmans)

Inde

Bihar & West Bengal Registration of Muhammedan Marriages Acts 1876 (Lois sur l'enregistrement des mariages musulmans dans le Bihar et le Bengale occidental) Child Marriage Restraint Act 1929 (Loi sur le mariage précoce)

Criminal Procedure Code (Code de procédure pénale)

Dissolution of Muslim Marriages Act 1939 (Loi sur la dissolution du mariage musulman)

Family Courts Act 1984 (Loi sur les tribunaux de la famille)

Guardians and Wards Act 1890 (Loi sur la tutelle et la garde)

Muslim Personal Law (Shari'at) Application Act 1937 (Décret d'application du Code du statut personnel musulman (Shari'at) Acte d'application 1937)

Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986 (Loi sur la protection des droits des femmes musulmanes dans le divorce 1986) Special Marriage Act 1954 (Loi spéciale sur le mariage) The Shariat Act 1937 (Loi sur la Shariat)

Indonésie

Compilation of Islamic Law, 1991
(Compilation de la loi islamique 1991)
Décret d'application N° 9 de 1975 de
la loi sur le mariage de 1974
Marriage Law 1974 (N° 1/74) (Loi sur
le mariage 1974)

Iran

Code civil, 1928-1935 (modifié en
1982, 1992 et 1995)
[Loi sur la protection de la famille,
1967, abrogée]

Liban

Loi sur les droits de la famille, 1962

Malaisie

Islamic Family Law (Federal
Territories) Act 1984 (Act 303); Islamic
Family Law (Federal Territories)
(Amendments)
(Code de la famille musulman
(Territoires fédéraux), 1984 (Loi 303));
Projet de loi portant amendement au
Code de la famille musulman
(Territoires fédéraux) (Amendments),
adopté en 2005 par le Parlement,
mais non publié au Journal officiel.

Maroc

Al-Moudawana/Code du statut
personnel du 5 Février 2004, Loi
N° 70.03 [Al Moudawana, 1957,
modifiée par la loi N° 1.93.347 1993
abrogée]

Nigeria

Marriage Act 1990 (Cap 218) (Loi sur
le mariage)
Matrimonial Causes Act 1970 (Cap
220) (Loi sur les régimes
matrimoniaux) Shari'a Court of Appeal
Act 1967 (Loi portant création d'une
Cour d'appel de la charia)

Pakistan

(West Pakistan) Family Courts Act
1964 ((Loi sur les tribunaux de la
famille) (modifiée en 2001) Pakistan
occidental) (West Pakistan) Muslim
Personal Law (Shari'at) Application
Act 1962 (Décret d'application du
code musulman du statut personnel
(Shari'at)) Pakistan occidental)

Child Marriage Restraint Act 1929 (Loi
sur le mariage d'enfants, 1929,
modifiée en 1961)

Criminal Procedure Code 1860 (Code
de procédure pénale) Dissolution of
Muslim Marriages Act 1939 (Loi sur la
dissolution du mariage musulman)
Dowry and Bridal Gifts (Restriction)
Act 1976 (Loi sur la limitation des
cadeaux nuptiaux et des dots)
Enforcement of Shari'a Act 1991 (Loi
portant application de la charia)
Guardians and Wards Act 1890 (Loi
sur la tutelle et la garde) Muslim
Family Laws Ordinance 1961
(Ordonnance sur le code musulman
de la famille)

Offence of Zina (Enforcement of
Hadd) Ordinance 1979 (Ordonnance
sur le délit de Zina (application des
Hadd))

Qanun-e-Shahadat (Law of Evidence)
1984 (Loi sur la preuve) Special
Marriages Act, 1872 (Loi spéciale sur
le mariage)

Philippines

Code of Muslim Personal Laws
(Presidential Decree N° 1083 1977)
(Code musulman du statut personnel)
(Décret présidentiel N° 1083 1977))
Family Code (Executive Order N° 209
1987) (Code de la famille (décret
N° 209 1987, modifié par le décret
N° 227 1987)

Sénégal

Code de la Famille 1972, modifié en
1974, 1979, 1989

Code pénal

Singapour

Women's Charter 1961 (N° 18/61)
(Charte des femmes (N° 18/61)) (Les
musulmans sont exemptés de
plusieurs articles de la Charte.)

Administration of Muslim Law Act
1966 (N° 27/66), (Loi portant
administration des lois musulmanes
(N° 27/66), modifiée en 1999)

Guardians of Infants Act 1961
(N° 6/61) (Loi sur la tutelle d'enfants
mineurs, (N° 6/61))

Soudan

Muslim Personal Law Act 1991 (Loi
musulmane de statut personnel 1991)

Sri Lanka

Adoption Ordinance 1941
(Ordonnance sur l'adoption 1941)

Muslim Marriage and Divorce Act
1951 (Loi sur le mariage et le divorce
musulmans 1951)

Tanzanie

Code of Civil Procedure 1966 (Code
de procédure civile 1966)

The Law of Marriage Act, 1971, (Loi
sur le mariage, modifiée par la loi
23/73, la loi 15/80 et la loi 9/96)

Tunisie

Code du Statut personnel de 1956,
également connu sous le nom de
Majalla (modifié notamment par les
lois N° 77/1959, N° 1/1964,
N° 7/1981, N° 74/1993)

Turquie

Civil Code, 2001 (Code civil, 2001)

Ouzbékistan

The Law on the Family, 1998 (Loi sur la famille, 1998)

Yémen

Civil Code (N° 19/1992) (Code civil N° 19/1992). Law Concerning Personal Status/Personal Status Act, 1992 (N° 20/1992) / Loi portant Statut Personnel, 1992 (N° 20/1992).

Penal Code, 1994 (N° 12/1994) (Code pénal 1994 N° 12/1994)

1a

INTRODUCTION

Ce document déjà ancien voit enfin le jour en français. Certes il aurait eu besoin d'une mise à jour pour être complètement utile, mais il demeure néanmoins l'éclatante démonstration qu'est fondamentalement erroné l'usage que font aussi bien les media du monde entier que les intégristes musulmans du terme « charia ».

Le simple énuméré de toutes les lois en vigueur dans les pays dits-musulmans montre, s'il en était encore besoin, par leur simple diversité et parfois leurs contradictions, que les lois sont toujours faites par des hommes et ne sont pas divines.

Ici l'homme et la femme ont des droits égaux dans le mariage, là la femme est complètement sous tutelle. Ici on peut adopter, là non. Ici on peut marier une femme contre son gré, sans son consentement, ni même sa présence, là on lui donne les pleins pouvoirs pour contracter quelque contrat que ce soit, y compris matrimonial. Idem pour l'héritage à part égale avec les frères, pour l'âge minimum au mariage, pour le droit d'initier le divorce, etc., toutes ces lois autour de la famille qui sont cruciales pour l'autonomie des femmes.

Et entre les extrêmes cités, on trouve tous les intermédiaires et toutes les nuances.

À titre d'exemple, la loi donne des responsabilités et des droits égaux à l'homme et à la femme dans le mariage en Turquie, à Fidji, dans les républiques (musulmanes) d'Asie centrale, en Indonésie, en Tunisie; alors que, bien que l'obéissance de l'épouse ne soit pas codifiée dans la loi, l'homme est le chef de famille au Bangladesh, au Pakistan, en Inde (pour les musulmans), au Sri Lanka, aux Philippines (pour les musulmans), au Sénégal, au Cameroun; et que l'obéissance de l'épouse est inscrite dans la loi en Malaisie, en Iran, en Égypte, au Soudan... De même, le consentement au mariage est indispensable et le mariage forcé puni par la loi en Tanzanie, en République kirghize, au Sénégal, en Tunisie, en Turquie, en Ouzbékistan; au Bangladesh, au Pakistan et en Iran ; s'il n'est pas fait mention de mariage forcé dans la loi, la mariée doit être physiquement présente et signer son contrat de mariage; le mariage forcé est interdit mais non puni par la loi à Fidji, en Algérie - ce qui rend l'interdiction inefficace ; le consentement de la mariée est requis, mais d'autres mesures légales en affaiblissent la portée en Égypte, aux Philippines, en Malaisie, au Nigeria, au Sri Lanka, en Indonésie, au Soudan, en Gambie... Cette diversité se retrouve dans l'âge légal au mariage, le droit des femmes à initier ou non le divorce, la répudiation, la garde des enfants, la polygamie, etc., tous droits légaux qui affectent lourdement la vie des femmes.

La question se pose donc : laquelle de toutes ces lois différentes et éventuellement contradictoires sera considérée comme « LA » charia ? Sachant que toutes ces lois, les autorités gouvernementales de chaque pays l'affirment, sont en parfaite conformité avec « LA » loi musulmane.

Il va de soi que les intégristes adoptent les provisions légales et les pratiques les plus rétrogrades et que les libéraux choisissent les plus progressistes pour les droits des femmes – et que tous sont convaincus de représenter l'islam, le vrai.

Ceci n'est certes pas une spécificité musulmane: il suffit pour s'en convaincre de comparer les interprétations du projet divin par - disons - l'Opus Dei, le Vatican, et les tenants de la théologie de la libération en Amérique latine, sur, par exemple, la contraception et l'avortement.

Pourtant, ce qui semble évident aux media du monde entier, quand ils parlent des pays de tradition chrétienne, ne semble plus l'être pour eux quand ils parlent de pays de tradition musulmane. Alors qu'ils n'osent plus depuis longtemps, sauf à être pris pour de virulents intégristes d'extrême droite, parler de « LA » loi chrétienne, ils osent, oui ils osent hélas, quand il s'agit de « LA » loi musulmane, servant ainsi, consciemment ou non, - au détriment des droits des femmes pour lesquels tant de femmes prennent tant de risques dans nos pays-, les revendications des intégristes sous couleur de respect de l'Autre.

L'histoire de ce volume consacré aux lois sur la famille vaut la peine d'être racontée. En 1985, j'invitais Farida Shaheed à me rejoindre pour un mois de travail, de façon à élaborer le programme qui allait occuper tant de femmes reliées entre elles par le

réseau international de solidarité Femmes Sous Lois Musulmanes (plus connu sous son acronyme en anglais WLUML – Women Living Under Muslim Laws), dans tant de pays, et ce pendant dix ans.

Ce fut un grand moment de l'histoire du WLUML et peut-être est-il temps d'en écrire l'histoire politique. Il n'est pas inutile de rappeler aujourd'hui que ce réseau, fondé en 1984, est non confessionnel et s'intéressait à la condition socio-politique des femmes vivant sous des lois dites-musulmanes. J'attribue ici un grand S majuscule au mot « lois », pour bien marquer le pluriel, tant nous avons souvent dû nous battre et devons encore le faire pour ne pas nous faire appeler « Femmes sous la loi musulmane » au singulier, - quand ce n'est pas carrément « Femmes sous la loi islamique », ou même, par un inquiétant glissement sémantique: « musulmanes » ! Les préjugés ont la vie dure et la recherche publiée ici s'attaque précisément à cette idée reçue là.

Elle a le mérite de démystifier le mythe d'un monde musulman homogène. Car il n'y a pas une loi islamique (c'est-à-dire issue directement de l'islam en tant que religion et de lui seul), mais de multiples et diverses lois dites-musulmanes (c'est-à-dire faites par des humains qui se disent musulmans), qui tirent leurs sources non pas seulement d'interprétations du Coran et d'autres sources purement religieuses, mais incorporent également des coutumes locales ou font des emprunts honteux aux lois coloniales quand elles sont suffisamment patriarcales pour passer pour... islamiques. Il en est ainsi des mutilations génitales féminines (MGF). Il s'agit d'une coutume préislamique pratiquée dans une région bien spécifique de l'Afrique, exactement dans l'ancienne sphère d'influence de l'Égypte pharaonique ; mais, dans ces régions, elle passe pour une obligation religieuse de l'islam, bien qu'à l'évidence elle soit aussi pratiquée par les chrétiens et les animistes ; c'est aussi le wali ou tuteur matrimonial qui maintient la femme dans une éternelle minorité juridique chez les malékites nord-africains inspirés des coutumes berbères; ou le mariage muta'a ou mariage temporaire dit de jouissance chez certains chiites, etc., ou même des éléments des lois coloniales. Ainsi en Algérie, à l'indépendance (1962), la loi nataliste française de la fin de la Première guerre mondiale criminalisait non seulement la pratique, mais également la diffusion de l'information sur la contraception ; l'avortement fut prorogée jusqu'en 1976 - et ce au nom de l'islam, en dépit d'une opinion écrite (fatwa) du Haut-Conseil islamique algérien de 1963 déclarant explicitement que la contraception était licite et les indications de l'avortement très larges, y compris celle de la santé mentale et morale de la mère, une position des plus avancées à cette époque: la France en était encore loin!-. On pourrait également citer l'exemple du Pakistan qui, à sa création en 1947, n'accorda aux femmes de la nouvelle nation aucun droit à l'héritage (contrairement à la pratique courante de droits inégaux entre frères et sœurs – la part du frère étant deux fois celle de la sœur), jusqu'à ce que celles-ci découvrent que c'était en application de la loi victorienne, tombée en désuétude depuis fort longtemps en Grande Bretagne !

Nos échanges entre féminismes de pays ou communautés musulmanes en Afrique et en Asie du Sud nous avaient rendues pleinement conscientes de la vaste disparité de nos conditions de vie et des lois qui affectent principalement les femmes, ainsi que des conséquences directes de ces lois sur l'autonomie des femmes.

Il fallait faire bénéficier le plus grand nombre possible de militantes féministes de cette prise de conscience. Et ce d'autant plus que, dans chacun de nos pays pris séparément, on nous disait: « c'est comme ça parce que c'est l'islam; c'est comme ça parce que c'est la loi religieuse ».

Or il suffisait de voyager parfois tout près, comme, par exemple, de franchir la frontière entre la Tunisie et l'Algérie, pour se dégager de cette autojustification et trouver le courage de se battre pour ses droits sans craindre d'affronter plus puissant que soi.

Farida et moi, nous avons alors mis au point un plan en trois parties, dont le présent volume n'est que le point d'aboutissement visible, mais qui était encore bien plus ambitieux.

Dans la première phase, nous organisâmes le contact direct entre féministes d'aires culturelles très variées bien que toutes soient supposées être de « culture musulmanes » L'idée était précisément d'organiser un véritable choc culturel.

En 1986, une vingtaine de femmes se sont rencontrées pendant deux semaines pour échanger et partager leur vécu, puis partir dans un autre pays dit-musulman, très différent du sien propre : par exemple, partir d'un pays où l'excision est pratiquée au nom de l'islam (bien que les chrétiens et les animistes aussi excisent leurs filles) vers un pays où l'on en n'a jamais entendu parler ; d'un pays où les femmes sont voilées vers un pays où elles ne le sont pas ; d'un pays où elles sont chefs d'État ou conductrices de taxi, vers un pays où elles sont recluses; etc... Il s'agissait de toucher du doigt, et pas seulement de lire dans les livres, le vécu d'une autre société qui elle aussi se considérait comme musulmane et se disait régie par « LA » loi musulmane. Comment cela pouvait-il être si différent ?

Ce programme d'échange fut réalisé avec l'aide de Isis-Women's international Cross-Cultural Exchange (Isis WICCE) qui eut la très grande générosité féministe de nous offrir toute leur aide technique et tous leurs services, tout en nous laissant la haute

main sur le contenu du programme, les lieux d'échanges et le choix des participantes. Grâce soient rendues à Isis-WICCE qui a ainsi sa part dans cette publication dont le projet fut scellé lors de cet échange de femmes.

Les deux premières semaines qui réunirent toutes les participantes furent l'occasion de confrontations bienvenues, chacune s'exclamant: « mais non, l'islam ce n'est pas comme ci, c'est comme ça », ou bien « l'islam dit que... » ou « la charia dit que... », car la prise de conscience de notre diversité de coutumes, de pratiques et de lois était bien le but recherché.

Les participantes partirent ensuite deux mois vers un « ailleurs musulman » qui, s'il fut une bouffée d'air frais pour celles qui venaient de pays très restrictifs, fut une réalité éprouvante et effrayante pour celles qui venaient d'un pays libéral. On peut dire que certaines en sortirent avec la claire conscience de ce pour quoi elles pouvaient se battre, alors que d'autres surent aussi exactement ce qu'elles devaient à tout prix préserver.

Les femmes mirent en commun et formalisèrent leurs expériences pendant une dernière semaine vécue ensemble, à leur retour de terrain. Leur demande fut claire, et celle que nous espérions : il fallait recenser et comparer ces lois dites-musulmanes, montrer leur origine humaine, que ce soit par les différentes interprétations possibles des textes fondamentaux de l'islam, par l'inclusion de pratiques culturelles antéislamiques ou non-islamiques, ou par l'apport – caché mais bien réel – de lois coloniales.

Laissez-moi vous en donner brièvement quelques exemples.

Devant la magnitude de la tâche à laquelle nous nous attachions, Farida et moi avons pris l'option d'étudier séparément ce qui avait trait spécifiquement à la religion et à ses interprétations, avant d'entamer la collection d'information sur les lois elles-mêmes.

En 1990, Farida organisa à Lahore, avec l'aide d'une théologienne féministe la première rencontre de travail où l'on examina, entre féministes, les différentes lectures possibles d'un même verset coranique défavorable aux femmes, et où l'on critiqua scientifiquement les sources de la jurisprudence.

Ce qui était pour nous le premier volet (impulsé par le programme d'échange) d'une vaste étude qui allait également passer au crible les cultures spécifiques dans lesquelles allaient s'enraciner et se développer certaines lois, puis la volonté politique d'instrumentaliser la religion, - ces trois volets ensemble constituant le Programme Femmes et Lois dans le monde musulman – connut un succès qui le détourna de ses buts. On peut dire que, politiquement, il nous échappa.

Nécessaire parenthèse : il y aurait beaucoup à dire sur le rôle politique des fondations qui octroient des fonds aux projets militants féministes. Outre la NGOisation qui, sous couleur de « professionnalisation » a tué le militantisme, sur laquelle il y a une littérature peu abondante mais qui constitue un corpus analytique sérieux, l'engouement des donateurs pour cette partie de notre programme sont à l'origine de la flambée de groupes et d'événements dédiés à la réinterprétation de l'islam par les femmes qui finit si lamentablement dans l'aliénation des « féministes islamiques ». Comme si la seule justification à toute lutte pour le changement ne pouvait se trouver qu'à condition de rester à l'intérieur des limites de la religion. L'identité des militantes fut ainsi progressivement restreinte à l'islamité, à l'exclusion de la citoyenneté et de l'universalité. Les fondations finançaient, à qui mieux mieux, des projets similaires, nous en suggéraient que nous déclinions, en poursuivant notre chemin, et en suggéraient à d'autres qui avaient l'âme moins bien trempée pour résister au tapis rouge bordé de dollars qui nous fut présenté.

Toutefois, à l'époque du projet lui-même, nous n'en étions pas encore là, nous n'en étions qu'au tout début de cette tendance politique des donateurs.

Ayant ainsi ouvert des questionnements relatifs aux interprétations religieuses, dix ans furent ensuite dédiés à la collection des lois sur la famille, à leurs interprétations et à leur application aux femmes, localement.

Bien entendu cette recherche aurait pu être faite en dix fois moins de temps. Mais j'avais une conscience aigüe du fait que les écrits sur des populations données qui servent de sujets d'étude leur reviennent rarement entre les mains pour qu'elles en fassent l'usage qu'elles souhaitent. Une masse de recherche existe, qui ne sert qu'à d'autres chercheurs, rarement aux politiques, et encore plus rarement aux acteurs des changements sociaux. Tel ne serait pas le destin de notre recherche, conçue pour donner des armes aux militantes des droits des femmes dans nos pays.

Nous avons donc décidé en toute conscience militante de ne pas initialement remettre ce projet aux mains de chercheuses, mais dans celles de groupes de base qui se battaient déjà sur le terrain, concrètement, contre ces lois dites-musulmanes, de groupes qui y verraient leur intérêt bien compris; et d'y impliquer leurs membres, de façon à ce que celles-ci s'en approprient le savoir et puissent le restituer aux femmes enquêtées qui en auraient l'usage pour leur lutte. Même si de chercheuses devaient

Intervenir plus tard pour formaliser les résultats, il importait que la phase initiale serve à la prise de conscience des femmes et à leurs luttes.

Ainsi fut fait et c'est la raison pour laquelle cela prit dix ans.

Mais laissez-moi vous donner un exemple bien concret de l'utilité de cette stratégie. Sans aucun doute, le savoir, la connaissance, donnent du pouvoir aux femmes.

Nous avons donc organisé des coordinations nationales, puis régionales, pour gérer le projet Femmes et Lois et le mettre en œuvre. Chaque enquête au niveau national fut restituée aux groupes de base et aux femmes enquêtées au cours de nombreux meetings et discussions; les résultats comparatifs régionaux furent publiés et distribués. On ne dira jamais assez que c'est dans le processus de la recherche elle-même et dans son appropriation par les enquêtrices et les enquêtées qu'il faut trouver la justification et la réussite de ce projet.

Le document présenté ici en est la synthèse au niveau international. Il est volontairement présenté sous la forme d'un manuel, sous un format utile aux militantes pour contester telle ou telle loi qui les opprime.

On peut voir d'un seul regard, par exemple, ce que disent les lois sur l'âge minimum au mariage et, dans quels pays, elles sont les plus favorables ou défavorables. On peut voir si elles sont vraiment appliquées ou bien si elles sont transgressées, et dans quelles circonstances ou dans quelles conditions. Nous ne souhaitons pas nous en tenir à la seule lettre de la loi. Et si besoin est, on peut contacter, via le réseau WLUML, les militantes de tel ou tel pays pour savoir quelles stratégies elles ont utilisées pour parvenir à un résultat favorable.

Et la question de l'universalité me direz-vous ? Oui, plus de vingt ans après, je vois que nous aurions pu et dû ajouter une colonne d'information sur les acquis de la CEDAW (mais c'était avant que les féministes ne s'investissent massivement dans le processus onusien) et les législations les plus favorables aux femmes dans quelque pays que ce soit – musulman ou pas.

Il reste que ce travail a pu clarifier nos idées sur le caractère incontestablement bien humain des lois dites-musulmanes et sur l'inanité de faire référence à « LA » charia, comme s'il s'agissait d'un corpus unique, écrit, partagé par tous les pays dits-musulmans, sur tous les continents. Il n'en est rien. Des influences diverses, politiques, culturelles, coutumières, coloniales ou simplement modernes, sont à l'œuvre dans l'élaboration de ces lois. Elles ont une histoire, comme toutes les lois, partout ; elles changent au cours du temps et c'est aussi ce qui nous permet de nous sentir légitimes à vouloir les changer nous aussi, maintenant. La référence a-historique à une charia immuable, à laquelle prétendent les intégristes, est une fraude et un non-sens historique. C'est une invention de notre extrême-droite religieuse, hélas relayée par des journalistes ignorants et paresseux, épris de terminologie exotique; des journalistes et parfois même des chercheurs, à qui il ne viendrait tout de même pas à l'idée de parler pompeusement et exclusivement de « LA » loi canonique aujourd'hui, pour analyser l'état présent des lois en Europe (dans cette Europe de culture chrétienne)...

Je laisse à chacun le soin de réfléchir aux réflexes inconscients qu'implique une telle différence de traitement.

Marième Hélié Lucas

2015



SYNTHÈSE INTERNATIONALE DU PROGRAMME FEMMES ET LOIS

Processus d'élaboration du manuel

Ce manuel est le fruit de près de dix ans de recherche et d'analyse collectives qui ont impliqué à divers stades près de la totalité des membres actifs du réseau WLUML. C'est ce que montre clairement le grand nombre de collaborateurs cités dans la longue liste de nos remerciements.

Après qu'un accord ait été trouvé sur une liste commune de thématiques de recherche, au cours d'une réunion à Lahore, en 1992, les projets par pays Femmes et lois ont démarré dans près de vingt pays pendant les six années suivantes. Dès 1996, les projets nationaux en Asie du Sud (Bangladesh, Inde, Pakistan et Sri Lanka), de Fidji, du Nigeria et de Turquie étaient suffisamment avancés pour que nous commencions à projeter de réaliser une synthèse sous la forme d'un manuel comparatif sur les femmes, les lois et les pratiques. Ainsi, en 1996, lors d'une réunion tenue à Mumbai, en Inde, nous avons établi le cadre du présent manuel et identifié les personnes qui y seraient le plus étroitement impliquées. Le concept A davantage été affiné lors de la réunion du troisième Plan d'action du WLUML, tenue en 1997 à Dacca, et nous avons encore progressé en 1998 grâce au travail effectué pendant trois mois par deux de nos membres du Pakistan et du Cameroun au sein de l'ancien Bureau international de coordination (International Coordination Office – ICO), à Grabels, en France. Elles ont parcouru les données préliminaires et les documents publiés par les projets nationaux Femmes et lois et ont identifié les lacunes existantes. Afin de traiter la quantité considérable d'information générée, des tableaux ont été élaborés pour chaque pays, faisant état des lois, de leur mise en œuvre et des pratiques (lorsque cela était disponible) pertinentes pour les questions de recherche identifiées en 1992. Ces tableaux ont par la suite été distribués aux équipes nationales pour complément d'information et corrections. En 2000, la première réunion de synthèse s'est tenue à Lahore, au Pakistan. Elle réunissait plus de douze membres d'Asie et d'Afrique afin d'entamer un processus intensif d'analyse croisée et de comparaison par pays sur chaque sujet. Les membres du réseau se sont concentrés sur la discussion des critères à utiliser pour le classement des lois, des pratiques de mise en œuvre et d'autres pratiques afin de déterminer si elles donnaient plus ou moins d'options aux femmes. Des groupes de travail ont été mis en place pour couvrir les thèmes du manuel : femmes au sein de la famille ; violence à l'égard des femmes et droits des femmes sur leur corps ; femmes en tant que citoyennes. Nous avons décidé d'accorder la priorité au thème femmes et droit de la famille car les membres du réseau et les personnes qu'elles avaient rencontrées demandaient très fréquemment des informations à ce sujet. Dès 2002, le travail pour le manuel entrait dans une phase plus intensive à l'ICO, installé désormais à Londres. La Coordinatrice du manuel, basée à Londres, et une stagiaire sud-africaine ont été en mesure de consacrer plusieurs mois à l'élaboration des sections préliminaires. Enfin, en septembre 2002, un comité de rédaction restreint (composé de membres du réseau) s'est réuni pour relire et finaliser ces textes préliminaires, distribués par la suite aux équipes nationales pour recevoir leurs remarques finales, avant une révision complète de la langue. Le processus de production finale a eu lieu au Shirkat Gah Women's Resource Centre, à Lahore, au Bureau de coordination régionale Asie du WLUML.

Nous sommes conscientes du fait qu'à bien des égards, l'impression de ce volume n'est pas la conclusion de notre travail, mais juste un jalon sur le chemin. Il reste non seulement à en publier deux volumes, mais comme il a été mentionné, nous insistons sur le fait que le volume actuel est loin d'être définitif. Nous attendons (et serions heureux) des membres du réseau et d'autres qu'ils nous envoient les informations en retour et les commentaires pouvant mener à une seconde édition.

Portée et limites

D'autres pays devaient être inclus, mais en raison de détails pratiques, nous avons été contraints de limiter les projets nationaux Femmes et lois aux pays suivants, tous représentés dans le manuel : Bangladesh, Cameroun, Fidji, Gambie, Inde, Indonésie, Iran, Malaisie, Maroc, Nigeria, Pakistan, Philippines, Sénégal, Sri Lanka, Soudan, Turquie ; une recherche partielle a également été menée dans les anciennes Républiques soviétiques d'Asie centrale : Ouzbékistan, Kazakhstan et la République kirghize.

Toutefois, aux fins du présent manuel, nous avons estimé qu'il était nécessaire d'étendre notre analyse, du moins des dispositions législatives et réglementaires, pour y inclure un certain nombre de pays. L'Égypte, par exemple, apparaît dans un certain nombre de sections, parce qu'elle a été à la fois l'un des premiers à codifier les lois sur le statut personnel et également en raison de la position d'Al-Azhar dans le monde musulman, ce qui fait des lois égyptiennes un cadre de référence pour les réformateurs de bon nombre de communautés et de pays musulmans. De même, la Tunisie a été incluse en tant qu'exemple clé de réformes dans un cadre religieux, en particulier dans les domaines litigieux de la polygamie et du talaq, tous deux prohibés. Le Yémen a été incorporé par endroits, en raison du poids de son histoire récente, notamment le statut d'État socialiste du Sud Yémen, la réunification ultérieure du Nord et du Sud Yémen et les changements que cela a entraîné dans le droit de la famille. Il est fait référence de manière ponctuelle à la Tanzanie (qui a une forte minorité musulmane régie par des lois de la famille qui s'appliquent à tous les citoyens et qui reconnaissent certains aspects des lois musulmanes) et Singapour (qui a également une minorité musulmane, mais régie par des lois distinctes) là où leurs dispositions peuvent servir de source d'inspiration utile pour les réformateurs juridiques. Enfin, le Liban (où plus d'une douzaine de communautés religieuses distinctes sont régies par des lois de la famille différentes) est mentionné de temps à autre, notamment dans le contexte d'une tentative avortée de 1998 visant l'introduction d'un code civil uniforme, soutenue par les associations féminines. Dans nombre de nos contextes où des différentes communautés coexistent, la question d'un code civil uniforme a, au cours de ces dernières années, en particulier dans le contexte de l'essor de la politique identitaire, fait l'objet de débats considérables.

Les projets Femmes et lois ont été menés dans la majeure partie des communautés et des pays couverts par le manuel, et notre but était de produire sur les lois, leur mise en œuvre et les pratiques, des informations qui seraient susceptibles d'être comparées. Toutefois, en raison du principe du respect de l'autonomie des groupes participants, prôné par le réseau, combiné à la capacité et aux ressources très diverses des équipes nationales, notre contenu n'est pas strictement comparable. Cependant, là où cela est possible, une synthèse internationale a été fournie. D'une part, les projets menés au Pakistan, au Sénégal et au Sri Lanka ont tous été en mesure de mener la recherche sur des années de jurisprudence, d'interroger des groupes de référence et de débattre des questions avec des juges et des Quazis/imams (les personnes en charge de l'application des lois sur le statut personnel applicables aux musulmans). Cette recherche approfondie a abouti à une compréhension approfondie des dispositions légales telles qu'elles s'appliquent réellement dans la vie des femmes. D'autre part, en raison de l'émergence relativement récente de l'activisme des femmes, les recherches menées au Cameroun, en et, en raison de restrictions politiques, celles réalisées en Iran et au Soudan, ont eu une portée plus limitée. La différence majeure entre projets était peut-être de savoir jusqu'à quel point le droit de procédure et les pratiques coutumières ont été examinés. Cependant, en particulier pour les femmes qui rencontrent généralement davantage de problème d'accès à la justice à travers les tribunaux officiels, les procédures déterminent systématiquement si les droits et les protections accordés aux fins d'une loi, offrent quoique ce soit aux femmes. De même, puisque la majeure partie de la population dans nombre de nos pays vit en dehors du système formel, les pratiques coutumières peuvent bien avoir plus d'importance dans notre vie quotidienne que tout droit conféré par les lois formelles. Enfin, les ressources, les opportunités et les priorités locales ont déterminé les sujets au cadre plus large du droit sur le statut personnel sur lesquels chaque équipe nationale s'est concentrée de manière approfondie ; dans seulement un ou deux cas, elles ont été en mesure de couvrir avec la même profondeur tous les sujets traités ici.

De plus, il y a un certain nombre d'autres facteurs qui font que ce manuel n'est pas définitif. En premier lieu, le programme Femmes et lois a été indéniablement une expérience d'apprentissage pour toutes les personnes impliquées, et notre analyse actuelle des questions, une décennie après le démarrage de la recherche, va, dans certains cas au-delà des perceptions qui avaient influencé le processus de recherche. Par exemple, il nous aurait peut-être suffi, initialement, d'apprendre que les tribunaux algériens permettent généralement un assouplissement de l'âge minimal du mariage pour les filles enceintes. Toutefois, nous comprenons à présent qu'il est important de savoir si cette flexibilité est motivée par les attitudes sociales ayant trait à la puberté plutôt que par l'âge légal de dix-huit ans considéré comme « approprié » pour le mariage des filles, ou si elle est plutôt motivé par le souhait de garantir que toute activité sexuelle a lieu au sein d'un mariage valide. En second lieu, les lois, la mise en application et les pratiques reflètent les sociétés au sein desquelles elles s'appliquent et continuent donc d'évoluer après l'achèvement de notre recherche. Dans certains cas, nous avons été en mesure d'inclure des changements récents, notamment dans les dispositions législatives et réglementaires, grâce au processus de retour d'information sur les textes préliminaires du manuel des équipes dans les pays. Nous sommes toutefois conscientes du fait que, même dans la période historiquement brève qui s'est écoulée depuis la conclusion de nos recherches sur les pratiques coutumières, les changements socio-économiques globaux et locaux ont eu des effets sur de telles pratiques. En troisième lieu, nous reconnaissons qu'en dépit de l'originalité de la perspective adoptée par WLUML, cette organisation n'est ni la première, ni la dernière à mener des recherches juridiques et des enquêtes sociologiques et anthropologiques sur les pratiques coutumières dans les communautés et les pays ciblés par le programme. Les équipes nationales ont peut-être passé en revue les recherches menées par des

groupes et des universitaires en dehors du réseau pour enrichir leurs travaux, mais ces recherches ne sont pas nécessairement reflétées dans le manuel.

D'autres limites à apporter à ce manuel découlent non des recherches menées dans le cadre du programme, mais de la nature de l'exercice de synthèse et de reproduction des résultats de la recherche dans le manuel. Il est inévitable que dans le processus de synthèse des données du programme Femmes et lois, nous perdions certaines subtilités de l'analyse et des interactions sociales, tant entre les diverses dispositions législatives et réglementaires appliquées à une communauté qu'entre les lois et les pratiques. Nous considérons donc ce manuel comme une ressource de base pour les efforts de plaidoyer et de réforme juridique, une référence pour les questions et les diverses lois et pratiques à travers les communautés et les pays ciblés. Nous avons tenté de mettre en évidence les principaux facteurs et les principales interrelations que les activistes devraient prendre en considération lorsqu'ils entreprennent des réformes juridiques et un plaidoyer qui concernent les droits des femmes au sein de la famille. Nous encourageons toutefois tant les membres du réseau que les lecteurs de ce manuel de prendre la peine de consulter les ressources citées, de mener leur propre recherche plus poussée et de contacter les groupes du réseau adéquats afin d'explorer les questions de manière plus approfondie (Voir Annexe 2 pour une liste des groupes du réseau qui peuvent être contactés pour tous renseignements complémentaires).

Ainsi, le manuel est une synthèse des résultats de notre recherche, rien de plus, rien de moins. Nous sommes toutefois certaines que de s'être attaché aux réalités de la vie des femmes et la clarté dont le programme fait preuve dans le domaine des relations croisées et des différences entre les lois, la religion et les coutumes, feront du manuel, même avec ses limites, une ressource essentielle pour nos efforts visant à instaurer des changements positifs dans la vie des femmes et dans la vie de leurs communautés.

Configuration et structure du manuel

Dans l'ensemble, ce manuel couvre vingt-six sujets ayant trait au mariage et au divorce, notamment le statut des enfants (paternité et adoption), et la garde et la tutelle des enfants, dans la mesure où ceux-ci affectent la vie des femmes en tant que mères. Bien que la succession soit une question de droit du statut personnel, nous avons choisi de la traiter dans un futur volume (Volume III), où nous nous focaliserons, entre autres, sur les droits économiques des femmes.

Tous les chapitres et toutes les sections des chapitres contiennent un aperçu descriptif des principales questions eu égard aux lois, à leur mise en œuvre et aux pratiques existantes pour un sujet visé. C'est dans cet espace restreint que nous avons tenté de présenter notre/nos position(s), notre analyse et nos débats. Là où nous avons cité des systèmes mis entre parenthèses, lors de la discussion sur un point, ils représentent des exemples plutôt qu'une liste complète de pays ou de systèmes qui illustrent ce point. Presque toutes les sections d'un sujet comprennent un tableau comparatif des lois (codifiées et non codifiées) qui régissent ce sujet.

Cet ouvrage étant un manuel qui ne se limite pas à des dispositions juridiques, mais s'intéresse aussi aux représentations des dispositions juridiques dans la réalité de la vie des femmes, nous avons toujours eu l'intention d'indiquer quelles dispositions leur offraient plus ou moins d'options. Dans la plupart des sections, les tableaux reprenant les lois sont donc classés, en commençant par les dispositions qui offrent le plus d'option jusqu'à celles qui en offrent le moins en passant par celles qui occupent un niveau intermédiaire, chaque catégorie figurant dans un encadré accompagné d'un symbole. Ce classement en tableaux devrait fournir au lecteur un guide visuel et immédiat des dispositions. Nous avons sciemment évité de statuer sur les dispositions offrant « le plus » ou « le moins » d'option, en reconnaissance du fait que celles en vigueur sont rarement idéales, du point de vue des femmes – elles peuvent être les options les meilleures **existantes**, mais certainement pas les meilleures **possibles** ; et en second lieu, en raison des différences de positionnement des femmes au sein même d'une communauté (en particulier en raison de facteurs de classe et d'âge), ce qui peut généralement offrir des options à la plupart des femmes, n'est peut-être pas la meilleure option possible pour toutes les femmes de cette communauté-ci, ou d'autres communautés. Toutefois, à un niveau très général, nous avons eu tendance à classer comme plus avantageuses les dispositions qui spécifient non seulement les effets de l'atteinte à un droit ou à une procédure (par exemple la validité d'un mariage polygame contrevenant aux procédures en matière d'autorisation), mais aussi les sanctions auxquelles un contrevenant s'expose. En effet, les lois qui fixent une sanction minimale offrent davantage d'options, car elles prémunissent contre le risque de voir les tribunaux laisser les contrevenants impunis.

Les critères pour de tels classements ont fait l'objet de discussions considérables et leur élaboration s'est avérée l'aspect le plus difficile de notre travail. Afin d'aider nos lecteurs à comprendre pourquoi et comment nous avons classé diverses dispositions comme offrant plus ou moins d'options, nous avons établi une liste de nos critères avant chaque tableau. Nous

souhaitons toutefois mettre l'accent sur le fait que ces critères ne sont pas destinés à servir de plan directeur pour la réforme ou même à constituer une liste des « meilleures pratiques ». Suite de la recherche menée par Femmes et lois, ils sont simplement l'expression de notre compréhension de ce qui serait le plus profitable à la plupart des femmes à ce stade crucial de l'histoire et dans les contextes où nous avons menés la recherche. Manifestement, les particularités des conditions locales détermineront si oui ou non notre perception de ce qui offre le plus d'options sera partagée par les activistes du plaidoyer et de la réforme sur le terrain. À certains endroits, notamment en ce qui concerne les questions liées à la validité du mariage d'enfants, des mariages non enregistrés et des divorces non enregistrés (voir page 125 et page 141), nous soulignons que nos discussions sur les critères ont été peu concluantes ou incomplètes.

En outre, même dans un contexte particulier, les situations propres aux femmes détermineront à quel point une disposition particulière offrira plus ou moins d'options. Par exemple, si un talaq ne suit pas la procédure juridique mais est néanmoins déclaré effectif par un tribunal, cette reconnaissance par le tribunal peut être à la fois un avantage et un désavantage pour les femmes. Dans le premier cas, pour une femme qui s'est remariée après un talaq (répudiation) verbal, non enregistré, la reconnaissance du talaq par le tribunal la soustrait à des accusations de bigamie ou d'adultère. D'autre part, pour une femme qui ne veut pas mettre fin à son mariage mais qui constate que le tribunal a accepté le talaq non enregistré prononcé par son mari, l'action du tribunal œuvre à son détriment.

Il y a quelques sections pour lesquelles nous avons décidé de ne pas classer les dispositions selon qu'elles offrent plus ou moins d'options. Certaines, telles que les sections sur les « Contrats et les registres de mariage » et « Autres formes de divorce pour les femmes », n'ont pas été classées simplement parce ceci n'était ni pratique, ni utile. Pour d'autres, nous avons décidé de ne pas classer les dispositions selon qu'elles donnent plus ou moins d'options afin de refléter le débat continu sur ces sujets. Par exemple, le mouvement des femmes dans son ensemble paraît indécis sur le point de savoir si oui ou non le principe selon lequel la responsabilité primordiale de la pension alimentaire de l'épouse et de la famille incombe à l'époux œuvre ou non à l'avantage des femmes (voir p. 219 - 220). De même, les activistes des communautés et des pays musulmans sont divisés sur le point de savoir si le mahr (la dot, voir glossaire) devrait être considéré comme une ressource financière utile pour les femmes mariées ou s'il devrait être perçu comme équivalant à la vente des services sexuels de l'épouse et à l'achat de son « obéissance ».

Parmi les catégories qui offrent davantage d'options, les intermédiaires et celles qui en offrent le moins, il n'y a pas de classement interne des dispositions ; nous avons parfois présenté les systèmes par ordre alphabétique dans chaque catégorie alors que dans d'autres cas, où les dispositions/une disposition d'un système sont/est clairement classée(s) en tête de toutes les autres, nous l'avons/les avons placée(s) en premier dans une catégorie pour indiquer que nous l'avons évaluée comme étant la 'meilleure' dans sa catégorie particulière. De même, un pays ou une disposition qui s'inscrit au bas du tableau peut ne pas nécessairement être, à terme, la disposition qui donne le moins d'options. Nous avons constaté, en menant l'analyse de synthèse, qu'aucun système ou ensemble de lois unique ne ressort comme étant 'le meilleur', à reproduire de manière non sélective. Si, pour certaines questions, les dispositions d'un système peuvent sembler plus proches du haut des classements, pour d'autres, elles peuvent s'inscrire dans le bas des classements. Même dans une question particulière, divers aspects des dispositions d'un système peuvent s'inscrire à différents endroits du tableau. Par exemple, le texte des lois relatives à la pension alimentaire peut offrir davantage d'options, alors que les procédures de recouvrement sont extrêmement faibles. Ceci a posé des problèmes dans le processus de classement des dispositions, en particulier là où nous n'avons pas eu accès à l'information relative aux questions de procédure.

Dans nos tableaux sur les lois, partout où cela est réalisable, nous avons paraphrasé les lois ou tenté de reproduire le libellé du texte de manière aussi fidèle que possible. Bien que nous ayons tenté de classer la plupart des lois, notre intention étant de résumer toutes les dispositions relatives à un sujet particulier dans des tableaux facilement accessibles, nous n'avons pas toujours été en mesure d'indiquer si une disposition est effectivement appliquée ou non. Les tableaux sur les lois doivent donc être simplement perçus comme un résumé des dispositions théoriques, sauf dans les cas où nous avons été en mesure d'inclure les décisions historiques et la jurisprudence qui établit un précédent solide, ainsi que d'autres décisions notoires. En conséquence, pour comprendre l'ensemble du tableau, il y a lieu d'examiner également l'aperçu descriptif et l'information relative à la mise en œuvre et aux pratiques. Par exemple, en vertu du Code de la famille du Sénégal, au moment de contracter un mariage, l'époux doit indiquer s'il a opté pour un mariage monogamique, un mariage polygamique limité à deux épouses, ou un mariage polygamique sans nombre spécifié d'épouses potentielles. L'information sur le point de savoir jusqu'à quel point les hommes y adhèrent, la position des tribunaux en cas de violation et la capacité des épouses à influencer sur le libre arbitre de leur époux ne figurera pas dans les tableaux des lois.

Dans la plupart des sections, l'information relative à la mise en œuvre et aux pratiques vient à la suite des tableaux sur les lois. Dans « Mise en œuvre », nous examinons le rôle des organes reconnus par l'État (en général le judiciaire, mais également,

parfois, les autorités locales et la police) dans la mise à exécution des dispositions mentionnées dans les tableaux sur les lois. Là où la jurisprudence reflète des tendances sociales ou politiques instables ou contradictoires, nous en avons également discuté. Nous avons parfois rencontré certains problèmes conceptuels dans la recherche menée sur la jurisprudence et nous avons tenté de comprendre si un jugement particulier opère au profit ou au détriment des femmes. Par exemple, un 'bon' jugement ne découle pas nécessairement d'un principe d'égalité entre les sexes, mais peut plutôt être influencé par le concept paternaliste de la nécessité de protéger les femmes en tant que « sexe faible ». Un tel jugement peut desservir les objectifs à long terme du plaidoyer en faveur des droits des femmes, mais peut être une expérience utile à partager pour des raisons tactiques ou stratégiques. De plus, même dans le cadre d'un même jugement, il peut y avoir des éléments qui opèrent à la fois au profit et au détriment des femmes, et il y a lieu de faire preuve de prudence en citant une jurisprudence lorsque que l'ensemble du jugement et des circonstances du cas n'est pas connu.

Dans « Pratiques », nous avons inclus l'information relative à ce que les communautés font réellement, au-delà de la portée, ou indépendamment, des dispositions juridiques. Cette information met en évidence la manière dont les communautés cherchent à contourner ou à ignorer les lois – à la fois pour promouvoir ou supprimer les droits niés ou accordés au titre des lois. Comme il a été discuté précédemment, « Pratiques » renvoie aux actes et aux normes qui ne peuvent être portés devant un forum formel en vue d'une décision, et qui ne sont donc pas 'justiciables'. Il y a un certain nombre de points importants à noter concernant l'information que nous présentons dans le manuel sur les pratiques coutumières.

En premier lieu, il peut y avoir une différence entre ce que les gens disent être la coutume de leur communauté et ce qui se passe effectivement dans la vie quotidienne. Par exemple, dans certaines communautés, le droit et la coutume stipulent que l'épouse doit « obéir » à son époux, mais nous savons tous que dans certains paramètres (convenus, qui généralement ne sont pas définis par les femmes elles-mêmes), les femmes de cette communauté peuvent bénéficier d'un pouvoir de décision considérable. Toutefois, le manuel et les descriptions des pratiques, nécessairement résumées qui y figurent, n'étaient pas le cadre approprié pour débattre de telles subtilités. En second lieu, nombre des projets nationaux Femmes et lois ont constaté des pratiques d'une diversité considérable même dans une zone géographique limitée, en partie en raison des différences de classe, d'ethnie, de secte, d'implantation urbaine ou rurale, et même des différences au sein des familles. Là encore, refléter cette diversité pour chacun des pays où la recherche sur les pratiques coutumières a été menée, dépasse le cadre de cet ouvrage.

En troisième lieu, partout où nous avons présenté une pratique comme étant l'une des normes d'une communauté particulière, nous reconnaissons que chaque cas présente des exceptions à la règle, en particulier là où des femmes déterminées et courageuses ont résisté à une pratique négative ou ont insisté en vue de l'élargissement de leurs options individuelles.

Si notre intention initiale était de classer la mise en œuvre des dispositions et les pratiques en catégories, selon qu'elles offrent davantage d'options, intermédiaire ou a minima, le fait que toutes nos équipes n'aient pas mené la recherche sur ces aspects nous a contraint de modifier nos plans. Sans un spectre plus complet de dispositions à comparer, il aurait été inapproprié d'identifier les tribunaux d'un pays particulier ou les pratiques d'une communauté particulière comment étant au haut ou au bas de la « Ligue ». En effet, cela aurait pu mener à des généralisations et à des stéréotypes peu fructueux (par exemple, les chapitres Témoin et Mahr, Entretien, Statut de l'enfant, Talaq Tafwid, Khul', Hilala/mariage avant le remariage au mari dont on a divorcé trois fois, Garde et tutelle des enfants), et l'absence de données de recherche exhaustives sur la mise en œuvre et les pratiques nous a menés à abandonner totalement ces sous-sections et à incorporer à la place l'information dont nous disposions dans l'aperçu descriptif.

Enfin, de nombreuses sections comprennent des informations supplémentaires sous forme d'encadrés et d'études de cas. Ceux-ci mettent l'accent sur des tendances positives ou négatives particulières, illustrent des questions et des stratégies en donnant des détails spécifiques par pays, ou soulignent les écueils possibles à la réforme.

Questions difficiles et positions du WLUML

Une fois que nous avons décidé de classer au moins les lois selon qu'elles donnent plus ou moins d'options aux femmes, nous avons pris conscience du fait qu'excepté les questions sur lesquelles « nous avons convenu de ne pas nous entendre » (notamment le mahr et la pension alimentaire, comme nous en avons discuté ci-dessus), nous aurions à prendre position nécessairement sur les sujet que nous analysons **en tant que réseau**. Celles qui connaissent bien le WLUML sauront qu'au vu de notre insistance sur de démarche collective et sur la nécessité de prendre en compte la diversité des positions, ce n'était pas une perspective aisée. Surtout parce que les huit membres du groupe éditorial qui finalisaient le manuel ne 'représentaient' pas la pleine diversité des contextes existants au sein du réseau. Nos discussions étaient en outre structurées par un souhait

conscient d'éviter les écueils du relativisme culturel et de l'universalisme. En outre, l'adoption d'une position sur un sujet avait inévitablement un impact sur nos positions et sur d'autres sujets de façon parfois incohérente. Nous estimons toutefois que notre détermination générale à mettre en évidence une perspective des droits imposait à terme un très haut niveau de cohérence.

Par exemple, dans la section sur les Capacités pour le mariage, nous visons à mettre en exergue les lois et les pratiques qui augmentent la possibilité pour les femmes de choisir leur partenaire dans le mariage. Dans le Chapitre 4 sur le « Mariage d'enfants », nous adoptons une position ferme sur l'âge de dix-huit ans comme âge minimal approprié pour le mariage et nous soulignons que les mariages de jeunes femmes de moins de dix-huit ans impliquent souvent un rapport de force car la fille peut ne pas avoir la capacité et la position sociale de donner son consentement en connaissance de cause. Notre position ferme sur cet âge minimal a été contestée lorsque nous examinons la position des filles du groupe d'âge quatorze-dix-huit ans qui souhaitent peut-être se marier contre la volonté de leurs parents. Nous avons décidé à terme que le seul moyen de concilier nos positions sur ces sujets était d'appuyer dix-huit ans comme âge minimal légal pour le mariage tout en autorisant des exceptions accordées par un tribunal, et non par l'autorité parentale. Toutefois, les activistes qui soutiennent des systèmes ayant de telles dispositions notent que ces exceptions peuvent créer un vide juridique pour la permanence du mariage des enfants ou forcé. En ce qui concerne la polygamie et le mariage « mut'a » couverts dans le Chapitre 6, certaines soutiennent que ceux-ci peuvent être utiles pour les femmes qui auraient autrement été contraintes au divorce par leur mari ou seraient restées célibataires. En effet, il semble que dans certains cas, les femmes elles-mêmes recherchent de telles unions. Dans le cas de la polygamie (mais non de mut'a, pour lequel nous ne disposons pas de données suffisantes pour prendre une décision), nous avons adopté après un large débat la position selon laquelle même si au plan stratégique, la polygamie peut donner des options aux femmes dans des circonstances particulières, dans l'ensemble, elle reflète les inégalités entre les sexes dans la société et ne peut donc être considérée, à terme, comme offrant des options (voir p. 198 sur les facteurs qui appuient la polygamie).

À mesure que l'élaboration du manuel progressait, il est également devenu apparent que nous appelions indirectement à une nouvelle conceptualisation du mariage dans nos lois et nos communautés. Nous étions critiques des lois et des pratiques qui privent les femmes de choix dans le mariage ; nous avons classé les dispositions qui impliquent un échange entre la disponibilité sexuelle et 'l'obéissance' par la femme, et l'entretien par le mari, parmi les dispositions qui offrent moins d'options aux femmes ; nous avons mis l'accent à maintes reprises, dans les sections sur les droits inhérents au mariage, la dissolution, les droits et règlements financiers à la dissolution, sur la nécessité de la mutualité et de l'équité entre les sexes ; nous avons délibérément mis en relief l'accord mutuel dans le divorce. Dans l'ensemble, nous avons rejeté plusieurs aspects de la situation actuelle où les lois et les pratiques reposent sur une interaction complexe des dispositions laïques patriarcales et des interprétations étriquées des lois musulmanes ; et où des pratiques culturelles négatives se sont combinées pour restreindre les options des femmes au sein de la famille. Nous demandons plutôt le droit d'établir des relations sur la base de l'harmonie, du respect et de la collaboration.

Cette introduction est immédiatement suivie d'un chapitre dans lequel nous définissons nos termes, identifions certaines questions ayant trait aux contextes juridiques et sociaux et exposons brièvement les cadres juridiques des pays et des communautés couverts par le programme Femmes et lois. Les lecteurs peuvent avoir à revenir à maintes reprises sur cette dernière section consacrée aux cadres juridiques, car, tout comme nous ne sommes que trop conscients de la diversité de notre réseau, le contexte socio juridique qui sous-tend une loi ou une pratique particulière est un point important à prendre en considération lorsque nous cherchons à avoir accès à l'expérience des femmes dans d'autres situations.

2a

LOIS, SYSTÈMES JURIDIQUES ET CHANGEMENT : NOTRE DÉFINITION DES TERMES

Que voulons-nous dire lorsque nous utilisons le terme de loi ?

Le mot loi a plusieurs significations. Il peut s'agir de :

a) d'événements invariables dans le monde physique. Ils sont souvent qualifiés de lois naturelles ou lois de la physique. Un exemple en est la loi de la gravité qui veut qu'une balle lancée, retombe.

b) de règles conçues pour réglementer les comportements. Il en existe deux sortes : (i) La première, ce sont des normes et des pratiques non écrites et considérées comme acquises. Offrir des cadeaux à l'occasion d'un mariage est l'une de ces normes connue dans la plupart des sociétés. Le non-respect de ces conventions peut susciter une critique sociale sévère. Une pratique dans un contexte social donné peut avoir force de « loi » parce que sa violation est punie (éventuellement de manière violente) par la société. Même si s'écarter d'une pratique socialement reconnue peut avoir des conséquences graves, aucun tribunal n'intervient dans l'application de la sentence.

(ii) La seconde, ce sont des règles prescrites (ce qui doit être fait) et prosrites (ce qui ne doit pas être fait ou n'est pas autorisé), que la société établit par le biais de systèmes formels tels que la police et les tribunaux étatiques. Un exemple en est donné par les règles régissant la polygamie ; un mari peut être tenu de demander une autorisation judiciaire avant de contracter un mariage polygame ou des coépouses peuvent saisir les juges pour exiger l'égalité de traitement. Il est même prévu une peine de prison et/ou une amende pour les maris passant outre l'obligation légale d'obtenir cette autorisation. Les lois appliquées par le biais des systèmes étatiques peuvent être écrites (législation) ou non écrites (lois coutumières), mais, contrairement à (i) ci-dessus, ces lois sont toujours exécutoires par le biais du système formel.

Le présent guide s'intéresse au point (b) aux lois de la société. En outre, les projets par pays de Femmes et Lois ont plutôt focalisé sur le point (ii) grâce à l'étude des textes de lois, à la recherche d'archives relatives à la jurisprudence et à des entretiens avec des juges et/ou d'autres personnes chargées de l'application de la loi. Cependant, certaines équipes, notamment celles qui ont obtenu les ressources institutionnelles leur permettant de mener de vastes recherches, ont également étudié le point (i) grâce à des enquêtes de terrain, des groupes de discussion et au travail de terrain.

Contrairement au point (a), les lois de la physique, les lois de la société (les normes coutumières comme les lois) changent avec le temps. Prenant l'exemple ci-dessus, la nature et le montant des cadeaux nuptiaux ou la règle du « qui donne quoi à qui » est en constante évolution, même si les pratiques d'aujourd'hui sont souvent présentées comme « ce qui s'est toujours fait ». De même, les lois régissant la polygamie ainsi que leur mise en œuvre par le magistrat ont changé dans la plupart de nos pays au cours des cinquante dernières années.

Types de lois

Il existe différents types de lois reconnues par les systèmes formels. Ainsi, dans les différents pays étudiés par cet ouvrage, les questions de statut personnel peuvent être régies par une ou plusieurs de ces lois.

1) La législation comprend toutes les lois et les textes juridiques adoptés par les instances législatives (le parlement ou les chambres de l'assemblée) dans les régimes démocratiques ainsi que les décrets et ordonnances adoptés par des régimes militaires ou des dictatures civiles. En principe, le législateur, notamment s'il s'agit d'un représentant élu du peuple, est censé porter les points de vue de la société. Mais, il défend généralement les intérêts de ceux qui sont au pouvoir.

2) Le droit commun est formé de règles auxquelles l'usage prolongé donne force de loi, au sens où l'entend la justice. Le droit commun est une combinaison de ce que les gens font déjà et la reconnaissance de cet état de fait par les juges.

3) Les lois coutumières (appelées parfois lois traditionnelles) englobent généralement une certaine forme de lois (us et coutumes), généralement non-écrites, appartenant aux peuples précoloniaux. Au vingtième siècle, les lois coutumières ont été,

pour la plupart, limitées aux questions de statut personnel (mariage, divorce, garde des enfants) et de propriété (foncière, en particulier). Les lois coutumières peuvent elles-mêmes découler de pratiques établies de longue date (la tradition) ou de décisions émanant d'organes détenteurs de l'autorité dans le passé (comme les chefs ou peut-être les conseils de village). Certaines pratiques peuvent également avoir des sources religieuses. Lorsque les tribunaux reconnaissent les pratiques coutumières, le système juridique formel les applique. Les lois coutumières et le droit commun sont donc très similaires.

Dans cet ouvrage, nous faisons la distinction entre « lois coutumières » et « pratiques ». Nous entendons par lois coutumières celles qui sont recevables par la justice (c'est-à-dire, celles que le juge accepte comme base pour juger une affaire).

En revanche, nous appellerons ici « pratiques » celles qui ne le sont pas. Par exemple, au Nigeria, un litige concernant les cadeaux promis et traditionnellement échangés au moment du mariage peut être soumis à un tribunal et jugé sur la base des lois coutumières. Toutefois, au Pakistan, où le mariage par l'échange (lorsqu'un homme et une femme d'une famille épousent une femme et un homme d'une autre famille) est couramment pratiqué: les juges ne feront pas exécuter une promesse entre musulmans de mariage par l'échange parce que seuls les textes législatifs régissent les mariages musulmans.

De nombreux pays opèrent des combinaisons diverses de tout ou partie de ces types de lois. Au Nigeria, par exemple, toutes les lois, qu'elles soient fondées sur la coutume, la religion, les textes législatifs ou le droit commun sont appliquées par un système judiciaire qui comprend en premier lieu le tribunal local, le tribunal coutumier et le tribunal pénal de première instance, jusqu'à la cour suprême. L'État nigérian dote ce système judiciaire du personnel nécessaire, le finance et le met en œuvre et ce, quel que soit le type de loi à la base de la saisine de l'affaire. Toutefois, en Inde, certaines questions relevant du statut personnel peuvent être régies par des lois appliquées par des tribunaux formels, tandis que d'autres aspects sont régis par des dispositions coutumières et religieuses non codifiées, qui peuvent être recevables ou non par les tribunaux formels. En revanche, dans les Républiques d'Asie centrale, seules les lois qui ne reconnaissent pas les pratiques coutumières, sont appliquées par les tribunaux.

Les sources du droit

Les convictions des êtres humains sur la manière dont les sociétés doivent être organisées et réglementées constituent les sources du droit. Ces convictions peuvent être laïques (comme l'empirisme pragmatique, les théories du développement, des Lumières ou le rationalisme socialiste), basées sur les traditions communautaires qu'elles soient élaborées en lien avec la religion ou non. Les sources religieuses incluent le raisonnement et les opinions des juristes religieux qui ont fondés leur système sur les révélations divines et les textes sacrés. Dans les sociétés musulmanes, ces conceptions et raisonnements forment la base de ce qui est appelé « charia ». Ici, nous utilisons délibérément l'expression « lois musulmanes » plutôt que « charia » pour rendre compte de la diversité de ces lois et battre en brèche le mythe selon lequel il existerait un système monolithique appelé « droit musulman » ou « loi islamique ». Des éléments provenant de lois musulmanes peuvent être codifiés et faire ainsi partie de la législation ; d'autres éléments peuvent également se retrouver dans le droit commun et le droit coutumier. Il existe d'autres exemples de systèmes explicitement religieux tels que les lois canoniques (lois basées sur les décisions de l'Église chrétienne) et la Torah (lois fondées sur le judaïsme).

Bien que ces catégories puissent être utiles à des fins d'analyse, en réalité, la distinction entre « lois laïques » et « lois religieuses » n'est pas aussi claire. Il y a une distinction entre l'autorité politico-législative qui adopte la loi - qu'il s'agisse d'autorité religieuse (les imams, le pape) ou d'autorité non-religieuse (le monarque, le dictateur militaire, le parlement). Cependant, même une loi instaurée par une autorité laïque peut être encore classée comme « religieuse » parce qu'elle repose sur les convictions et le raisonnement religieux en tant qu'autorité morale (comme c'est le cas pour les récentes lois de la charia au Nigeria ou les ordonnances hudood au Pakistan). De la même façon, même si une loi est adoptée par des autorités laïques sans aucune référence à l'autorité religieuse, elle peut encore avoir subi l'influence des convictions religieuses des législateurs, que cela soit reconnu ou non. Par exemple, dans de nombreux pays, la loi fixe la semaine de travail normale du lundi au vendredi. Inévitablement, nous retrouvons cette loi principalement dans les pays à dominante chrétienne ou à histoire coloniale européenne. En revanche, dans d'autres États d'histoire musulmane, la semaine de travail peut être fixée du dimanche au jeudi.

Les lois coloniales, encore importantes dans bon nombre de nos pays, illustrent bien le flou existant de la ligne de démarcation entre « lois laïques » et « lois religieuses ». Les lois coloniales sont celles qui ont été promulguées par les anciens colonisateurs (la Grande-Bretagne et la France, pour la plupart, mais aussi l'Espagne, le Portugal, la Hollande et la Belgique) et imposées aux anciennes colonies. Souvent, ces lois ont été maintenues, totalement ou partiellement, après l'accession de ces pays à l'indépendance politique. De même, les ex-républiques soviétiques ont conservé, en grande partie, le droit pénal et civil

soviétique après leur indépendance au début des années 1990. Les lois coloniales sont elles-mêmes issues de textes législatifs et du droit commun des colonisateurs et reposent sur leurs convictions. À l'exception du droit soviétique, qui, explicitement, a tenté de s'éloigner de l'influence de la religion, les lois coloniales, notamment celles relatives aux questions de statut personnel, ont souvent été fortement influencées par une combinaison de convictions religieuses et laïques. Par exemple, le Matrimonial Causes Act dont plusieurs pays ont hérité de l'époque coloniale britannique (souvent laissé en l'état, sans qu'y soient ajoutés les amendements intervenus en Grande-Bretagne), est fortement influencé par les traditions chrétiennes conservatrices. Cette influence se retrouve dans les possibilités limitées quant au divorce et le choix du mariage comme union intrinsèquement monogame.

En raison des problèmes évoqués plus haut et de l'imprécision de la notion de « droit laïque » (de son synonyme courant, « droit civil »), nous avons plutôt utilisé ici les termes de « loi fondée sur les lois musulmanes » et de « loi non fondée sur les lois musulmanes » ou de « loi fondée sur d'autres sources » plutôt que loi « religieuse » et « laïque ». L'utilisation des termes « non fondée sur » et « autres sources », ne signifie en aucune façon que la loi fondée sur les lois musulmanes doit être considérée comme la norme ou comme ce qui est souhaitable ou « meilleur » : nous essayons simplement de répondre aux questions soulevées plus haut. Dans les pays où les questions relatives au statut personnel (Code de la famille) de diverses communautés sont régies par la séparation entre lois religieuses et/ou lois coutumières de chaque communauté, nous avons utilisé le terme de « code de statut personnel ».

Nature des lois musulmanes

Il existe plusieurs « écoles » de lois musulmanes. Les quatre principales écoles sunnites de fiqh, ou de pensée, qui existent aujourd'hui se sont formées par l'allégeance personnelle des savants juridiques ou juristes à la doctrine dont le fondateur de chaque école a donné le nom - hanafite, malékite, chaféite et hanbalite.

En conséquence, chaque école a des variantes en fonction de la structure culturelle, politique et socio-économique dans laquelle elle s'est développée et le raisonnement philosophique en vigueur. L'école juridique chiite est apparue à la suite d'un désaccord entre les musulmans après la mort du Prophète. Une différence d'opinion politique a conduit ultérieurement à des différences doctrinales. L'imam Abou Jafar fut un éminent juriste de la principale école chiite.

Même les plus anciennes écoles de droit musulman n'ont vu le jour que de nombreuses décennies après la révélation du Coran et la mort du Prophète. Ainsi, les lois ainsi développées ne sont manifestement pas des révélations divines venant directement de Dieu. En revanche, ce sont des lois élaborées grâce au raisonnement juridique humain (ijtihad, en arabe). Le fait que ces lois ne soient pas sacro-saintes, mais produites par les hommes (au sens littéral du terme, car les femmes ont été exclues du processus d'élaboration des lois) est souvent occulté par ceux qui tentent, par leur biais, d'asseoir leur autorité morale et politique. Tout comme est occultée la diversité des lois musulmanes qui reflète les préoccupations diverses et évolutives de la société où elles sont apparues. Les lois musulmanes ne sont donc ni immuables ni appelées à être acceptées aveuglément par tous les musulmans. Les penseurs qui ont donné leurs noms aux quatre écoles sunnites actuellement reconnues n'avaient pas l'intention de faire de leurs points de vue des dispositions définitives et obligatoires pour tous les musulmans.

Abu Hanifa a déclaré : « Il n'est pas juste de la part de quiconque d'adopter les avis que nous émettons à moins qu'il sache d'où nous les tenons ». L'imam Hanbal enjoint : « Ne m'imitiez pas, n'imitiez ni Malek, ni al-Shafi, ni al-Thawri, allez directement aux sources dont ils se réclament ». Pour sa part, l'imam Malek met en garde : « Je ne suis qu'un être humain. Je peux avoir raison comme je peux avoir tort. Il vous faut donc analyser d'abord ce que je dis. Si mon discours est conforme au Livre et à la Sunna, alors, vous pouvez l'accepter. Mais s'il ne l'est pas, alors vous devez le rejeter » (MWRAF, 2000). Ainsi, les fondateurs mêmes des écoles ont exhorté les musulmans à débattre, à remettre en question et à faire confiance à leurs propres raisonnements et convictions.

L'acceptation sans réflexion qui domine aujourd'hui les sociétés musulmanes est la conséquence du mythe de la « fermeture des portes de l'ijtihad », qui, au cours du dernier millénaire ou plus, a donné un coup d'arrêt à la jurisprudence et a engendré un suivisme des modèles établis. Toutefois, il convient de noter que cette « fermeture » est un changement politique d'approche. Abu Zahra a écrit que l'Ijma (consensus parmi les écoles de droit musulman à l'époque), au dixième siècle, n'a été institué en tant qu'« autorité après les textes sacrés » que pour le maintien de l'unité nationale et la fin des déviations individuelles (MWRAF, 2000). Ainsi, refuser de promouvoir l'ijtihad n'est ni un acte religieux ni une sanction divine. Ce n'est requis ni par le Coran ni par la Sunna (les paroles et les pratiques du Prophète). D'ailleurs, l'école chiite n'a jamais accepté la fermeture des portes de l'ijtihad.

Aujourd'hui, la plupart des textes législatifs et même les lois musulmanes non codifiées appliquées par les tribunaux sous le titre de « lois musulmanes » sont le résultat d'un mélange éclectique de dispositions puisées dans les différentes écoles. À ces dispositions s'ajoutent l'acceptation des principes de modernisation (prouvée notamment par la nécessité pour l'État de réglementer le mariage et le divorce) et des vestiges de pratiques coutumières (par exemple, le refus des tribunaux dans de nombreux systèmes de reconnaître les droits des femmes aux biens au moment du divorce). Dans la recherche de Femmes et Lois, nous avons également constaté que, les juges et les communautés déclarent souvent que leur application des lois musulmanes s'inspire d'une école particulière (par exemple, lois malékites ou hanéfites) même si les gens appartenant à la même école ailleurs font les choses différemment.

2b

LOIS, SYSTÈMES JURIDIQUES ET CHANGEMENT : DROIT CONSTITUTIONNEL, CEDEF, LOIS ET NORMES INTERNATIONALES DES DROITS HUMAINS

La constitution d'un pays incarne les principes de base qui doivent le régir. Souvent décrite comme la loi suprême, la constitution énonce les principes fondamentaux qui règlent les relations entre l'État et ses citoyens ainsi que les relations entre les citoyens. Tandis que les lois spécifiques traitent de questions comme celles de la famille, des crimes et des peines, de la procédure civile, etc., la constitution régleme le fonctionnement de l'ensemble des lois.

Les constitutions post coloniales suivent le même schéma. Elles fixent la forme du gouvernement du pays : qu'il s'agisse d'un régime parlementaire, présidentiel ou même d'une monarchie, d'un gouvernement fédéral ou d'une république unie. Toutefois, les parties les plus importantes d'une constitution sont celles qui traitent de l'ethos d'un pays, ses principes directeurs. Les constitutions doivent être examinées pour savoir si elles protègent les droits des individus et ceux des minorités religieuses et ethniques ; si tous les citoyens, quels que soient leur caste, leur couleur, leur conviction, leur appartenance ethnique ou leur sexe, sont égaux ; qui peut être citoyen. Dans la Grèce antique, berceau de la démocratie occidentale, ni les femmes ni les esclaves n'étaient citoyens. Il s'agit de savoir si l'État a des pouvoirs arbitraires d'arrestation et de détention et, si son action peut être contestée ou non en cas d'anti-constitutionnalité. Il est important de connaître les droits fondamentaux (la liberté de religion et de croyance, l'égalité devant la loi et devant la justice) que protège la constitution elle-même. Parfois, il est possible d'aller devant la justice pour que soit appliqué le droit fondamental. Toutefois, dans certains cas, même lorsqu'un principe fondamental est affirmé par la constitution, il peut ne pas être exécutoire devant les tribunaux. Autrement dit, la constitution dit : « C'est ce que nous voudrions voir se produire, mais nous ne vous promettons rien ».

L'égalité juridique, même si elle est constitutionnellement garantie, est souvent réduite à néant par le maintien des lois de statut personnel discriminatoires qui sont généralement le fruit d'une interprétation des lois religieuses et coutumières ou même de la reconnaissance par la constitution elle-même des lois coutumières, comme dans la constitution gambienne. Ce point est développé ci-après.

L'égalité devant la loi ne signifie pas la même chose que l'égalité juridique. La première porte sur les procédures juridiques (par exemple, si les hommes et les femmes sont traités de manière égale par la police et la justice). La deuxième se rapporte au statut (par exemple, la loi reconnaît-elle aux femmes et aux hommes l'égalité des droits en matière de choix dans le mariage). La plupart des clauses d'égalité sont suffisamment vastes pour comprendre à la fois les procédures et le statut. Toutefois, en pratique, dans de nombreux États, les dispositions relatives à l'égalité dans les constitutions sont interprétées de façon restrictive par la justice. Cette dernière soutient que l'égalité doit être interprétée à la lumière des clauses garantissant la liberté de religion ou celles reconnaissant les lois coutumières, plutôt que l'inverse, et cela même si la constitution ne dit pas explicitement que ces clauses sont supérieures au droit fondamental à l'égalité. L'Afrique du Sud est l'exception qui confirme cette règle. En effet, une décision de la Cour suprême a décrété que l'égalité avait la primauté. Pendant la période de débat intense qui a entouré l'élaboration de la constitution de l'Afrique du Sud dans les années 1990, les réseaux féministes comme Femmes sous lois musulmanes ou WLSA (Women and Law in Southern Africa) ont partagé avec leurs camarades sud-africaines leurs inquiétudes et leurs expériences quant aux dangers de la reconnaissance constitutionnelle des lois coutumières. Le climat actuel les encourage à être encore plus vigilantes.

Dans les systèmes où les lois sur la preuve et le code pénal sont fondés sur des interprétations locales rétrogrades des lois musulmanes, elles sont porteuses de discriminations diverses à l'égard des femmes : en dévalorisant le témoignage des femmes dans certains cas, en les rendant passibles de peine à un âge plus précoce que celui des hommes et, parfois, en les indemnisant dans une moindre mesure (soit en tant que victimes ou comme héritières de victimes) dans le cadre des lois de Qisas et Diyah (châtiment et prix du sang).

Ainsi, même les garanties constitutionnelles de non-discrimination et d'égalité peuvent ne pas signifier grand-chose. Dans ce contexte, les conventions internationales ont un rôle majeur à jouer.

Le droit international est un système de règles et de règlements par lequel des États souverains s'engagent à se comporter d'une certaine façon. La principale différence entre le droit international et les législations nationales réside dans le fait que les

États ne s'engagent que volontairement à respecter le droit international. Une citoyenne peut ne pas aimer les lois de son pays, mais elle y sera liée par celles-ci quand même. Les États n'ont pas une telle obligation sauf s'ils ont passé un accord (ils peuvent également, s'ils sont suffisamment puissants ou riches dénoncer des traités qu'ils auront signés). Des institutions telles que l'Organisation des Nations unies et la Cour internationale de justice (et maintenant la Cour pénale internationale) utilisent les traités, les conventions et les protocoles pour rappeler les nations à l'ordre et pour protéger les États les plus faibles contre les plus puissants.

La Déclaration universelle des droits de l'homme a été officiellement adoptée en 1948. Plusieurs autres conventions ont suivi. En 1963, vingt-deux pays en développement et d'Europe de l'Est ont demandé à la Commission sur la condition de la femme (Assemblée générale des Nations unies A/5606 du 15 Novembre) d'élaborer une déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Ce sont l'Afghanistan, l'Algérie, l'Argentine, l'Autriche, le Cameroun, le Chili, la Colombie, la Tchécoslovaquie, le Gabon, la Guinée, l'Indonésie, l'Iran, la Mongolie, le Maroc, le Pakistan, le Panama, les Philippines, la Pologne, le Togo et le Venezuela. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), qui a vu le jour en 1985, était donc l'expression des préoccupations de ces pays plutôt qu'une vision « occidentale » imposée comme on essaie souvent de le faire croire. En fait, les États-Unis, principale puissance occidentale, sont l'un des rares pays qui continuent de refuser d'adopter cette convention. La CEDEF est un outil aux mains des femmes pour essayer de neutraliser le patriarcat inhérent à la législation qui les régit, y compris les constitutions de leurs pays. Seuls trois pays à majorité musulmane ont ratifié la convention, même si, par exemple, le Bangladesh, l'Iraq et le Maroc, émettent souvent des réserves à l'article 2, qui engage l'État, entre autres choses, à amender les lois nationales pour les mettre en conformité avec les normes internationales. Toutefois, la ratification assortie de réserves ne se limite pas à des pays à majorité musulmane: la Nouvelle-Zélande, au nom des Iles Cook, et la Grande-Bretagne ont toutes deux émis des réserves à la CEDEF.

Si un pays ratifie une convention internationale, les dispositions de cette dernière n'auront pas nécessairement force de loi au sein de ce pays. Dans certains cas, la constitution intègre immédiatement le traité ou la convention ayant été ratifiés. Plus souvent, l'intégration passe par un acte législatif. Cependant, rien n'empêche les juges de faire appel à une norme internationale. Ainsi, des militantes veillent à avancer ce type d'arguments dans les dossiers portés devant la justice. Il y a eu des cas où les juges ont pris connaissance de ces conventions et s'en sont inspiré pour rendre des jugements tenant compte des sexes.



LOIS, SYSTÈMES JURIDIQUES ET CHANGEMENT : LOIS ET CONTEXTES SOCIAUX

Droit et patriarcat

Les femmes ont rarement eu la possibilité d'adopter, d'élaborer et de mettre en œuvre les lois. Ainsi, les lois ont été développées, au fil des siècles, à partir du point de vue (implicite ou non) des hommes. Cela s'applique aussi bien aux lois non basées sur les lois musulmanes qu'à celles relevant des lois coutumières ou musulmanes. Il est donc dangereux de supposer que l'abandon des lois religieuses ou coutumières garantit l'absence de discrimination à l'égard des femmes. Le patriarcat (au sens minimaliste d'ordre dominé par les hommes) a prévalu pendant longtemps et continue d'influencer les modes de pensée et les comportements.

Les lois qui ne sont pas fondées sur la religion sont souvent discriminatoires. Ainsi, le patriarcat n'est pas une construction de la religion, mais, il provient d'une répartition inégale des ressources et de la prise de décision en fonction du sexe. L'influence négative du patriarcat est visible y compris dans les lois n'ayant aucun lien avec le statut personnel dans les pays où les lois sur la famille sont inspirées des lois musulmanes. Par exemple, les femmes ayant épousé des étrangers se voient souvent refuser le droit de transmettre leur nationalité à leur mari (en Égypte, au Maroc, au Bangladesh et au Pakistan), même si les étrangères mariées à des hommes de ces mêmes pays ont droit à la nationalité. De même, le patriarcat constitue un problème dans les pays où les lois sur la famille ne sont pas fondées sur les lois musulmanes. Par exemple, le mari est souvent institué chef de famille: cette disposition, influencée par le colonialisme français, existe au Sénégal laïcisant et n'a été retirée du Code civil turc qu'en 2001.

En outre, l'influence du patriarcat continue de se faire sentir dans des dispositions constitutionnelles contradictoires (comme nous l'avons vu plus haut concernant les dispositions sur l'égalité des sexes et les libertés religieuses et/ou la reconnaissance des lois coutumières), ainsi que dans l'attitude des institutions de l'État, comme la justice, la police et les instances administratives. Par exemple, même si les lois régissant la nationalité ou la famille ne l'exigent pas, comme au Nigeria par exemple, des fonctionnaires peuvent néanmoins demander à une femme de prouver qu'elle a l'autorisation ou le consentement de son mari avant de lui délivrer un passeport.

Par conséquent, il est clair que les réformes juridiques ne suffiront pas à elles-seules à changer le statut des femmes au sein de la famille. La protection des droits des femmes dépend non seulement de la formulation des lois mais aussi des relations sociales prévalant dans le pays où elles vont être appliquées.

Comme le souligne Farida Shaheed, « si l'interprétation de la loi ne peut être détachée du contexte culturel spécifique dans lequel elle se situe, les normes et pratiques admises affectent profondément son application et son interprétation » (1998:65). Ainsi, au Pakistan, jusqu'en 1990, « une provocation grave et soudaine » était acceptée comme argument de défense pour justifier le meurtre commis par des hommes sur leurs parentes - même si une preuve réfutait cette allégation ou s'il n'y avait pas de preuve du tout qu'il y ait eu provocation et encore moins qu'elle ait été soudaine ou grave ». Le discours juridique nu a été habillé de normes socioculturelles en matière de comportement acceptable pour les hommes et les femmes. Les hommes de la famille sont encore acquittés pour l'assassinat de membres féminins de la même famille. Même si le motif « provocation grave et soudaine » n'apparaît plus dans la loi des Qisas et Diyat de 1990, changer l'attitude des avocats et des juges pour s'assurer que les hommes qui tuent leurs parentes ne soient pas condamnés à des peines plus légères, s'est révélé être une tâche ardue.

Sans aucun doute, l'un des plus grands indices de la prédominance du patriarcat est le manque général d'accès à la justice des femmes, parce qu'elles ne connaissent pas leurs droits ou en raison d'autres facteurs qui en limitent l'accès. Dans ce guide, nous nous sommes focalisés sur les lois formelles pour tenter de mettre en évidence les dispositions les plus favorables aux femmes, mais nous n'avons pas toujours pu dire dans quelle mesure ces dispositions sont vérifiées par la pratique.

Interrelation des lois

Il est difficile de recourir à la réforme des lois et à l'accès aux droits pour développer et protéger les droits des femmes et leur autonomie. Car améliorer la loi dans un domaine est insuffisant si l'on ne tient pas compte du fait que cela va avoir un impact sur d'autres domaines. Par exemple, les lois sur le divorce doivent renvoyer à des dispositions sur le mahr (dot) (est-il recouvrable ou remboursable ?), la garde des enfants (la mère aura-t-elle la garde des enfants ?), les biens matrimoniaux (la femme recevra-elle une part de ces biens ?), etc. ; les dispositions relatives à la polygamie doivent être examinées à la lumière de celles qui régissent l'entretien (une coépouse peut-elle saisir la justice et exiger un entretien égal, est-ce une condition pour la polygamie?, l'enregistrement du mariage (le mariage polygame peut-il être enregistré ?), le divorce (une femme peut-elle demander le divorce si son mari contracte un mariage polygame, en violation de la loi sur la polygamie ?), la dot (est-elle due lorsque l'époux contracte un autre mariage ?), les droits relatives aux biens (la façon dont les biens matrimoniaux sont répartis dans les ménages polygames ?) et la possibilité de négocier les clauses du contrat de mariage (la femme peut-elle exiger que le mariage reste monogame ou est-ce au mari de dire si le mariage est monogame ou polygame ?). Par conséquent, lors de l'utilisation de ce guide comme outil d'analyse de la réforme (de la loi formelle ou le fait d'apporter des changements aux pratiques communautaires) pour une question particulière concernant la famille, il est nécessaire de garder à l'esprit tous les aspects qui y sont liés. C'est pourquoi nous avons tenté de signaler le fait que lorsqu'une partie fait référence à une question abordée dans une autre, elles doivent être mises en relation. En outre, pour analyser la mise en œuvre d'une loi particulière et son impact sur la vie des femmes, il faut étudier l'interaction du droit de la famille avec le droit civil, le droit pénal, les structures judiciaires, la constitution, les institutions de formation judiciaire, etc. Par exemple, l'enregistrement des mariages peut être lié à des règles, des directives et aux compétences des greffiers chargés de cette formalité ; les dispositions constitutionnelles concernant le droit de fonder une famille ou les relations existant entre les membres de différentes communautés religieuses ; ou le droit pénal sur les délits sexuels (tels que les mariages non enregistrés qui exposent des couples à l'accusation de zina).

La loi comme outil de réforme

Lorsque nous militons pour la réforme des lois, nous devons faire preuve d'une prudence particulière. Nous devons savoir si oui ou non, et dans quelles circonstances, un changement qui semble être un avantage peut avoir des conséquences contradictoires et douloureuses. Par exemple, nous pensons généralement que les droits des femmes sont mieux protégés lorsque la loi impose l'enregistrement officiel des mariages car lorsque les mariages non enregistrés ne sont pas reconnus, les mariages précoces et forcés sont beaucoup moins susceptibles de se produire. Toutefois, si la loi ne reconnaît pas les mariages non enregistrés, qui existent tout de même en grand nombre, cela pourrait alors avoir pour conséquence le fait que les épouses des mariages non enregistrés ne puissent pas revendiquer leur part d'héritage ou l'entretien ou la paternité non reconnue de leurs enfants (elles sont donc dans l'incapacité d'avancer des revendications auprès des pères putatifs).

Le fait n'est pas simplement que la réforme puisse avoir des conséquences fâcheuses mais aussi qu'il y ait (comme indiqué plus haut dans la partie relative au patriarcat et aux contextes sociaux), dans certains cas, des limites très claires à la réforme de la loi comme outil de changement social. Par exemple, les réformes visant à limiter le mariage des enfants et la polygamie ont été inefficaces dans de nombreux pays. Ainsi, tout changement (hausse ou baisse de la pratique) s'est fait malgré les dispositions légales plutôt qu'en raison de ces dispositions. De même, l'entretien des épouses et des enfants, quel que soit le degré de protection qu'offrent les dispositions juridiques, est impossible à faire appliquer dans la majorité des cas, en particulier au sein d'économies pauvres sans archives.

S'agissant de la réforme de la loi, le débat n'est toujours pas clos sur la question de savoir si une loi exhaustive et détaillée est plus favorable aux femmes (comme le code d'avant la réunification du Yémen du Sud et de nombreux aspects des lois musulmanes de la famille en Malaisie) ou des lois qui posent certains principes mais laissent aux juges le pouvoir discrétionnaire considérable de les interpréter. Lorsqu'elles sont bien formulées, les dispositions détaillées ont l'avantage de limiter le risque de procès interminables et l'exploitation des failles par le plus fort (généralement l'homme lorsqu'il s'agit de lois sur la famille) et de fixer les paramètres fondamentaux des décisions de justice. Toutefois, lorsque des lois détaillées contiennent des dispositions restrictives, elles peuvent laisser peu de marge de manœuvre aux femmes, aux avocats progressistes et aux juges sensibles aux questions de genre. D'autre part, des dispositions vagues et confuses quant aux objectifs de la loi, laissent les femmes à la merci des juges et des changements politiques dans le pays. En fin de compte, lorsqu'il s'agit de promouvoir la réforme, les militantes doivent être conscientes des dangers inhérents aux dispositions explicites ou implicites.

Il s'agit également de savoir s'il est plus avantageux d'avoir une législation (notamment s'il s'agit de dispositions particulièrement rétrogrades ou mal formulées) que des pratiques non codifiées. Lorsque les femmes ont un niveau

d'autonomie reconnu par la communauté, une mauvaise loi peut effectivement limiter leurs possibilités. Cela est nettement visible, par exemple, dans le Kerala, en Inde, où le divorce entre musulmans est complètement libre. Récemment, des femmes travailleuses migrantes ont envoyé à leurs maris des « avis de talaq » (divorce), pratique acceptée et reconnue par les communautés. Mais si, par exemple, une loi reconnaît aux hommes le « droit » unilatéral de talaq et leur en donne libre usage en dehors de quelques règles de procédure, tout en limitant l'accès des femmes à la séparation judiciaire, la codification et la réglementation peuvent se faire au détriment des femmes. Cela souligne la nécessité de l'intervention des femmes dans le processus de réforme des lois car elles vont veiller à ce que l'avènement de la réglementation (qui avantage **généralement** les femmes) n'aboutisse pas dans les faits à supprimer la marge de manœuvre dont elles disposaient dans un système non réglementé.

Dans le processus de réforme de la loi, il s'agit de savoir si une réglementation plus stricte ne va pas pousser tout simplement à la clandestinité les pratiques négatives qu'elle cherche à encadrer. Encore une fois, il est clair que la réforme de la loi et sa réglementation doivent être accompagnées d'efforts plus importants vers un changement social.

Enfin, le contexte politique local permettra de déterminer l'approche stratégique la plus appropriée s'agissant de renforcer les droits des femmes au sein de la famille. Par exemple, des facteurs tels que la préoccupation du gouvernement face à l'influence grandissante des partis politico-religieux en Turquie, le cadre laïque du droit de la famille et les niveaux élevés d'instruction et d'emploi chez les femmes, ont permis aux organisations de femmes turques de contrer les forces conservatrices qui s'opposaient aux changements radicaux et positifs du Code civil turc. Dans d'autres contextes (ou systèmes tel que traduit dans l'ensemble du manuel), les changements progressistes apportés aux lois sur la famille peuvent être politiquement impossibles parce que l'État cède de plus en plus à l'influence de la politique identitaire. Ainsi, la réduction des droits des femmes est toujours la première concession faite aux partis politico-religieux. Cela a été le cas en Algérie avec l'adoption du Code de la famille de 1984, et en Égypte lorsque certaines dispositions positives introduites en 1979 ont été abrogées à la faveur de la réforme du code de la famille de 1985. Dans ces pays, la réforme des lois procédurales et administratives, qui sont moins sous l'œil du public, peuvent constituer un moyen plus simple d'aboutir à un changement immédiat.

Des tendances contradictoires se font jour au sein des pays et entre les pays. D'une part, des facteurs tels que le développement socio-économique, une plus grande prise de conscience et le travail des militantes des droits des femmes donnent plus d'opportunités aux femmes, encouragent des interprétations juridiques plus sensibles au genre et exercent une pression croissante en vue d'une réforme positive. D'autre part, la montée des fondamentalismes et la résistance de plus en plus violente au changement de la part des puissants rétrécissent le champ des opportunités pour les femmes. Des tendances peuvent être particulièrement contrastées dans les pays où différents systèmes juridiques coexistent avec des lois distinctes applicables à différentes communautés. Par exemple, au Sri Lanka, sous les pressions constantes exercées par des militantes des droits humains, des amendements ont été récemment apportés à la loi sur le mariage d'enfants. Ces changements imposent un âge minimum de mariage. Cependant, les musulmans ont été exclus de la nouvelle loi à cause de l'opposition des musulmans conservateurs et des partis politico-religieux (à l'époque un élément clé de l'équilibre parlementaire), de sorte qu'il n'y a effectivement pas d'âge minimum au mariage pour les musulmans au Sri Lanka. Dans ce cas, les États peuvent prétendre qu'ils ne sont pas en mesure de « s'immiscer » dans les « traditions » d'une communauté, même si de nombreux membres de cette communauté exigent des réformes. Ce souci apparent des droits des communautés est souvent, dans les faits, une politique discriminatoire bien calculée.



LOIS, SYSTÈMES JURIDIQUES ET CHANGEMENT : CADRES CONSTITUTIONNELS ET JURIDIQUES

Dans les pays et les communautés présentés dans ce guide et pour la grande majorité des femmes, les droits au sein de la famille sont régis essentiellement par des pratiques hors du cadre formel de la loi. Néanmoins, il nous est indispensable de comprendre les cadres constitutionnels et juridiques si nous voulons obtenir des lois et des pratiques équitables car ils montrent les limites actuelles dans lesquelles nous pouvons travailler ainsi que celles que nous voulons repousser. Les éléments suivants composant ces cadres peuvent déterminer le succès des tentatives individuelles et collectives d'accéder à la justice:

- **Les dispositions constitutionnelles** notamment celles concernant l'égalité des sexes, la liberté de religion, la nature laïque ou religieuse de l'État et la reconnaissance ou la non-reconnaissance des pratiques coutumières (en particulier celles contraires à un droit fondamental garanti par la constitution);
- **Les dispositions déterminant quelles lois sont applicables à quelles communautés** et, dans le cas de coexistence de systèmes, si les femmes dans les communautés musulmanes doivent être régies par des lois fondées sur les lois musulmanes ou si elles peuvent choisir d'être régies par des lois basées sur d'autres sources ;
- **La structure judiciaire** et si il existe ou non des tribunaux distincts pour juger selon les lois musulmanes et/ou coutumières, et si les femmes appartenant aux communautés musulmanes peuvent saisir les tribunaux généraux pour le règlement des litiges relevant du droit de la famille ;
- **La coutume est-elle ou non défendable devant la justice**, c'est-à-dire, les tribunaux acceptent-ils des cas où le jugement est rendu sur la base de la coutume?

Les cadres juridiques dans les pays étudiés couvrent différents cas depuis la loi unique non fondée sur les lois musulmanes, celle qui s'applique à tous les citoyens, quelle que soit leur appartenance ethnique ou religieuse (Républiques d'Asie centrale, Fidji et Turquie) en passant par la coexistence d'une combinaison de lois comme les lois musulmanes, les lois coutumières et les lois fondées sur d'autres sources au sein d'un même État (Gambie, Inde), parfois adossées à plusieurs systèmes judiciaires (Nigeria). De nombreux pays figurant dans ce guide ont institué des lois spécifiques aux différentes communautés: c'est pourquoi nous avons pris le soin d'utiliser le terme « système » plutôt que « pays » lorsque nous traitons une disposition particulière du droit. Dans les pays où il existe des lois différentes pour les diverses communautés ethniques ou religieuses et une soi-disant loi laïque applicable à tous les citoyens, les gens peuvent avoir la possibilité de choisir la loi qui leur est appliquée (Inde, Nigeria) ou pas (Malaisie, Pakistan, Sri Lanka).

Les changements politiques peuvent limiter ces choix, comme au Nigeria où le processus de « charianisation » qui a été particulièrement manifeste depuis 1999, a limité la possibilité qu'avaient les femmes musulmanes de se marier selon les lois coutumières ou selon le Matrimonial Causes Act. Autre exemple, le Special Marriages Act au Bangladesh, en Inde et au Pakistan a été utilisé le plus généralement pour les mariages interreligieux. Au Bangladesh, le texte de la loi laisse entendre que toute personne souhaitant se marier en vertu de la loi doit renoncer à sa foi, alors que tout musulman est automatiquement obligé de se marier dans le cadre de la Muslim Family Laws Ordinance. En Inde, suite à une réforme de 1954, un citoyen peut se marier dans le cadre du Special Marriages Act sans avoir à renoncer à sa foi. Mais, au Pakistan, le choix de se marier selon le Special Marriages Act (qui a conservé son texte initial, comme au Bangladesh) a été considérablement réduit par « l'islamisation ». Ainsi, de nouvelles dispositions du code pénal concernant le blasphème peuvent être maintenant invoquées contre une personne renonçant à sa foi en vue de se marier dans le cadre du Special Marriages Act.

Pour compliquer un peu plus la situation, certaines affaires familiales (par exemple, le mariage et le divorce) peuvent être traitées par des tribunaux appliquant une loi spécifique fondée sur la religion ou la coutume, tandis que d'autres questions familiales (par exemple, la pension alimentaire, l'adoption, l'application des jugements) peuvent être régies par une loi générale applicable à toutes les communautés.

Pour les femmes, cela peut présenter des difficultés extrêmes. Par exemple, au Sri Lanka, un jugement prononcé pour la pension alimentaire d'une femme mariée dans le cadre du Muslim Marriage and Divorce Act de 1951, doit être rendu par le

tribunal de cadî, mais ce dernier n'ayant pas de pouvoir d'exécution, la femme doit s'adresser à un tribunal général pour le faire exécuter. Enfin, dans certains cas (Cameroun, communauté palestinienne en Israël), le plaideur peut choisir de saisir un tribunal général ou un tribunal statuant sur la base des lois coutumières ou musulmanes.

De manière générale, la plupart des femmes n'ont pas la possibilité de choisir le système qui leur est appliqué en raison de leur faible pouvoir de décision au sein de la famille. En outre, il est difficile de désigner clairement le « meilleur » système pour une femme comme le montrent les conclusions de femmes et lois et les chapitres suivants sur les questions familiales. Dans chaque système, les opportunités peuvent être plus grandes dans une sphère et moindres dans l'autre. Dans certains pays d'Afrique de l'ouest, par exemple, les mariages selon le Matrimonial Causes Act peuvent comporter plus de garanties, que le mari reste monogame ou qu'il puisse être condamné pour polygamie, mais, les options au cours d'un divorce peuvent être plus restreintes que dans les lois coutumières et musulmanes. Souvent, ce sont les hommes qui tirent avantage de l'existence de plusieurs systèmes. En Inde, en Malaisie et au Sri Lanka, la conversion à l'Islam est un stratagème utilisé par les époux chrétiens et hindous pour pouvoir user de la facilité du divorce unilatéral ou de la polygamie dont jouissent les maris musulmans.

Dans un État fédéral d'autres difficultés peuvent s'ajouter. Dans le gouvernement fédéral du Nigeria, les lois coutumières varient d'une région à l'autre sans coïncider forcément avec les frontières de chaque État. Par ailleurs, chaque État ayant un système judiciaire considéré comme autonome, un précédent positif dans un État ne s'applique pas automatiquement dans l'autre. Dans la Malaisie fédérale, le droit de la famille varie d'un État à l'autre. Ainsi, les maris peuvent tenter de se soustraire à la réglementation sur la polygamie ou de la contourner en effectuant leur demande d'autorisation de mariage polygame ou leur mariage polygame dans un autre État. Toutefois, en Malaisie, les épouses non-musulmanes semblent être protégées de la tentation de l'époux de se convertir grâce à un jugement de la Cour fédérale qui énonce que tout différend matrimonial doit être réglé selon la loi applicable aux parties au moment de leur mariage lorsqu'une seule partie s'est convertie. Mais ce jugement peut ne pas avoir cours dans tous les États.

Algérie

Constitution

L'Algérie est une république unie. L'article 29 de la Constitution de 1976 stipule que tous les citoyens sont égaux devant la loi et proscribit toute discrimination y compris celle fondée sur le sexe. L'article 31 met l'accent sur l'obligation de l'État de prendre des mesures pour assurer l'égalité notamment entre les hommes et les femmes ; l'article 32 prévoit que les hommes et les femmes jouissent de leurs droits fondamentaux. Dans le même temps, l'article 2 affirme que l'Islam est la religion de l'État tandis que l'article 36 protège la liberté de religion. Le texte n'indique pas comment résoudre un conflit éventuel entre ces dispositions.

Autres lois

Les minorités religieuses sont régies par des lois sur le statut personnel séparées, mais toutes les affaires relevant de la famille sont jugées par un système judiciaire général unique.

Lois musulmanes

Après la lutte contre le colonialisme français inspirée des principes socialistes, l'État algérien a affirmé une identité musulmane de plus en plus restrictive pour forger une identité nationale postindépendance. Les droits des femmes ont été au cœur de cette contradiction. En 1984, un Code de la famille très contesté et patriarcal basé sur une interprétation régressive des lois musulmanes a été promulgué. Il a fallu près de deux décennies de tentatives controversées de réformes de ce code pour qu'en février 2005, à l'issue de la campagne « Vingt ans Barakat! » menée par les femmes en faveur de la réforme, l'ordonnance N° 05-02 introduise des amendements significatifs à la loi. Les femmes continuent toutefois à lutter contre les autres aspects régressifs du code.

Lois coutumières

Les pratiques coutumières ne sont pas défendables devant la justice.

Commentaire général

Une guerre civile entre l'État algérien et des groupes extrémistes politico-religieux armés fait rage depuis les années 1990. Elle a coûté la vie à plus de cent mille personnes. Les femmes ont été une cible particulière des crimes de guerre perpétrés par les fondamentalistes du FIS et GIA. Pour leur part, les progressistes ont été persécutés par le gouvernement comme par les extrémistes.

Bangladesh

Constitution

La laïcité était l'un des principes fondamentaux de la constitution du Bangladesh. Ce principe a été abrogé. Les dispositions sur l'égalité contenues dans la constitution sont limitées par d'autres articles protégeant la liberté de religion. Dans la pratique, même lorsqu'une loi discriminatoire ne repose pas sur les lois religieuses, les juges n'ont pas utilisé les dispositions sur l'égalité pour l'abolir.

Autres lois

Le sous-continent indien a vécu sous domination britannique pendant environ deux cent ans, jusqu'en 1947. Au cours de cette période la Common Law anglaise a été importée dans la région et y a été codifiée. Les communautés religieuses ont gardé des lois diverses de statut personnel, dont certaines ont été finalement codifiées. À la fin de la domination coloniale, en 1947, et à l'indépendance du Pakistan, en 1971, le Bangladesh, a maintenu la Common Law anglaise comme source de la plupart des lois. Les citoyens peuvent se marier selon la loi laïque Special Marriages Act de 1872. Toutefois, pour le faire, ils doivent renoncer à leur foi.

Lois musulmanes

Les diverses communautés religieuses sont régies par des lois de statut personnel séparées. Il s'agit notamment de lois datant d'avant l'indépendance comme le Dissolution of Muslim Marriage Act de 1939, la Muslim Family Laws Ordinance de 1961 (MFLO) ainsi que le Muslim Marriages and Divorces Act de 1974. Tous les citoyens musulmans du Bangladesh doivent être régis par le MFLO. Bien que l'école hanafite soit dominante au Bangladesh, les lois régissant la communauté musulmane sont puisées dans différentes écoles. Il n'existe pas de tribunaux ou des juges séparés pour statuer sur les affaires liées aux lois musulmanes de la famille.

Lois coutumières

Pour les musulmans, la coutume n'est pas défendable devant la justice dans le domaine relatif aux questions familiales.

Commentaire général

Dans le domaine du droit de la famille, il existe une interaction entre les lois fondées sur les lois musulmanes et celles fondées sur d'autres sources avec des répercussions sur des questions de fond liées aux procédures. Par exemple, le Guardian and Wards Act de 1890 qui régit toutes les communautés, est appliqué en relation avec les règles de la tutelle contenues dans les lois musulmanes lorsqu'il s'agit de statuer dans des litiges concernant les musulmans. Le droit d'une femme au mahr est régi par les lois musulmanes, favorisé par les dispositions du contrat de mariage standard établi dans le cadre des Muslim Family Ordinances Rules de 1961. Toutes ces dispositions sont mises en œuvre par des tribunaux de la famille dont on ne sait pas s'ils sont réservés uniquement aux musulmans.

Cameroun

Constitution

Le Cameroun est une République unitaire « décentralisée », laïque, démocratique et sociale (amendement de 1996 à la constitution de 1972). Elle reconnaît et protège les valeurs traditionnelles conformes aux principes démocratiques, aux droits de l'homme et à la loi. Toutefois, les dispositions sur l'égalité ne mentionnent pas le genre. Il n'y a pas de religion d'État dans cette société multi-religieuse.

Autres lois

Le Cameroun a connu la domination allemande, française et britannique avant son indépendance en 1960. Le système judiciaire est en grande partie basé sur le système français même si l'influence de la Common Law anglaise est évidente. En droit de la famille, les huit provinces francophones appliquent l'Ordonnance sur l'état civil tandis que dans les deux provinces anglophones, le droit applicable est la Common Law anglaise. Étant donné que le français et l'anglais sont des langues officielles, toutes les lois sont censées exister dans les deux langues. Mais, le français est souvent considéré comme la version originale d'où des divergences provoquées par la traduction. L'Ordonnance sur l'état civil régit les mariages enregistrés et seuls ces derniers sont reconnus.

Lois musulmanes / Lois coutumières

Les conjoints doivent être d'accord pour être jugés soit par (a) le tribunal de première instance, plus accessible, qui fonde son jugement en grande partie sur les lois coutumières et musulmanes, ou par (b) la Haute cour, qui applique l'ordonnance sur l'état civil.

Commentaire général

Le très faible nombre d'avocats et de magistrats met le système judiciaire sous forte pression et décourage les personnes de recourir à la justice.

Egypte

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>L'Égypte est une République unie. L'article 1 de la constitution stipule que c'est un État socialiste démocratique. En vertu de l'article 2, l'Islam est la religion de l'État et la jurisprudence islamique constitue la source principale de la loi. L'article 11 précise que l'égalité des femmes et des hommes est assurée sans préjudice des dispositions de la jurisprudence islamique, alors que l'Article 12 privilégie les valeurs traditionnelles, et patriotiques, les réalités scientifiques, le comportement socialiste et la moralité publique. L'article 40 parle d'égalité des citoyens devant la loi sans préciser s'il s'agit d'égalité des femmes et des hommes.</p>	<p>Un code de statut personnel séparé existe pour l'importante minorité chrétienne copte. Cependant, il y a eu des cas où des femmes mariées selon ce code ont été autorisées à recourir au khul' comme forme de divorce.</p>	<p>L'Égypte possède l'un des plus anciens codes de statut personnel fondé sur les lois musulmanes. Adopté dans les années 1920, ce code a été amendé à maintes reprises, en 1985 et 2000 pour les plus récentes, et bien qu'inspirées en grande partie par l'école hanafite, ses dispositions concernant le divorce à l'initiative de la femme proviennent d'autres écoles. Bien que les amendements de 2000 aient porté sur la création des tribunaux de la famille, le processus de leur mise en place a été lent. Ainsi, les affaires liées au statut personnel sont jugées par des sections spéciales des tribunaux généraux d'instance et par des juges formés aux lois musulmanes.</p>	<p>Les pratiques coutumières ne sont pas défendables devant la justice, bien que les amendements procéduraux de 2000 aient permis aux tribunaux de traiter les affaires de dissolution initiées par les femmes dans les mariages urfi (mariage coutumier non enregistré).</p>	<p>Le code de la famille a été la cible de l'extrême droite politico-religieuse et d'une puissante campagne réactionnaire dans les médias. La constitutionnalité d'un décret présidentiel de 1979 qui, entre autres dispositions, a introduit des réformes du code de statut personnel, a été contestée dans le milieu des années 1980. À la suite d'un compromis avec les forces conservatrices au Parlement, la plupart des dispositions de 1979 ont été adoptées dans le cadre de la loi de 1985 mais un article positif sur la réglementation de la polygamie en a été supprimé.</p>

Constitution

La Constitution est la loi suprême de la République de Fidji. Toute loi contraire à ce texte est invalidée.
 L'article 35 garantit la liberté de croyance religieuse.
 L'article 38 stipule le droit à l'égalité devant la loi et interdit la discrimination dont celle basée sur le sexe.

Autres lois

Les tribunaux de Fidji continuent d'appliquer le précédent britannique notamment pour statuer dans le cadre du Matrimonial Causes Act fondé sur la Common Law.

Lois musulmanes

Les lois musulmanes ne sont pas reconnues par les tribunaux comme source du droit.

Lois coutumières

Les pratiques coutumières ne sont pas défendables devant la justice pour les musulmans, bien que les juridictions inférieures puissent les prendre en compte dans les jugements sur la famille concernant des musulmans.

Commentaire général

Un avant-projet de Code de la famille va introduire des réformes importantes notamment en matière de divorce mais il n'amendera toutefois pas directement le Marriage Act. Bien que l'avant-projet de loi ait été débattu pendant de longues années, son adoption a été fortement combattue par des organisations militant pour une identité politique fondée sur la religion et l'appartenance ethnique, notamment les autorités chrétiennes locales et les nationalistes fidjiens.

Gambie

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>La constitution de 1997 est la loi suprême de la Gambie. Toutes les lois contraires à ce texte sont non avenues. La constitution comporte des articles garantissant les droits humains et les libertés fondamentales sans distinction de sexe. Toutefois, elle reconnaît (Les lois de la Gambie, 7 a-f) « la charia » en tant que source de la législation dans le domaine de la famille pour les musulmans et les lois coutumières comme sources de droit dans le pays. Les militantes pensent que cela porte atteinte aux garanties constitutionnelles d'égalité des sexes. Il n'y a pas eu de cas pour mettre à l'épreuve les dispositions constitutionnelles sur l'égalité dans le domaine de la famille.</p>	<p>Le Code civil largement dépassé est un héritage du régime colonial britannique. En plus de la loi sur le statut personnel et des lois coutumières, les décrets adoptés par le Conseil provisoire des forces armées au pouvoir ainsi que les principes de la Common Law sont reconnus comme lois de la Gambie. Les citoyens peuvent choisir de se marier selon le Civil Marriage Act de 1939 (Cap 41:02) et du Matrimonial Causes Act de 1986 (Cap 43) et d'être régis par ces lois.</p>	<p>La Mohammedan Marriage and Divorce Ordinance de 1941 régit certaines questions familiales, dont l'enregistrement du mariage et du divorce pour les musulmans mariés en vertu de cette ordonnance. D'autres questions familiales sont régies par des lois musulmanes non codifiées. Le tribunal de cadi (créé dans le cadre du Code de la famille Partie 3:137 (1-7)), est une combinaison de l'école malékite et des coutumes locales. Les appels des décisions du tribunal de cadi ne peuvent être examinés par nulle autre instance.</p>	<p>La constitution reconnaît l'application inconditionnelle des lois coutumières sans aucune modification (chapitre 2:7 (e)). Les personnes mariées en vertu des lois coutumières sont régies par celles-ci indépendamment des dispositions des lois musulmanes ou d'autres lois. Les lois coutumières sont fondées sur les pratiques établies des divers groupes ethniques et tribaux, elles sont rendues par les aînés de sexe masculin ou l'autorité locale.</p>	

Inde

Constitution

La Constitution de 1949 abondamment amendée stipule que l'Inde est une fédération laïque. Bien que l'article 25-28 garantisse la liberté de religion, l'article 44 stipule l'objectif d'établir l'uniformité juridique en Inde, notamment par le biais d'un code civil uniforme, auquel s'opposent aujourd'hui des pans entiers de la communauté musulmane minoritaire. L'article 15 garantit la non-discrimination dont celle basée sur le sexe et autorise la discrimination positive par l'État pour promouvoir la condition des femmes.

Autres lois

Le système juridique indien est très influencé par la Common Law anglaise après des siècles de domination coloniale. Bien que la politique coloniale ait consisté à ne pas codifier le droit de la famille, à la fin des années 1800 et au début des années 1900, une législation de base applicable à toutes les communautés a été adoptée, notamment le Guardians and Wards Act de 1890 et le Child Marriage Restraint Act de 1929. Le Code de statut personnel musulman est appliqué par les tribunaux familiaux généralistes créés dans le cadre du Family Court Act de 1984 sur les tribunaux familiaux - mais uniquement dans les États indiens qui ont institué des tribunaux familiaux séparés. Le mariage interreligieux et laïc est possible dans le cadre du Special Marriages Act de 1954.

Lois musulmanes

Les lois sur le statut personnel pour les musulmans sont, pour l'essentiel, restées non codifiées depuis la période coloniale. Les affaires sont jugées essentiellement sur la base de la jurisprudence hanafite, même si de précédentes interprétations faites par d'autres écoles et la coutume puissent être considérées comme faisant autorité. Le Muslim Personal Law (Shariat) Application Act de 1937 prévoit simplement que les affaires de statut personnel concernant les musulmans soient régies par le Code du statut personnel musulman. Le Dissolution of Muslim Marriages Act de 1939 a été adopté sous la pression des autorités religieuses locales car de nombreuses femmes musulmanes avaient renié l'Islam pour mettre fin à des mariages malheureux.

Lois coutumières

Les tribunaux de la famille ont de plus en plus rejeté les interprétations coutumières négatives des lois musulmanes comme le triple talaq, en s'appuyant sur les droits fondamentaux ou de nouvelles interprétations des lois musulmanes.

Commentaire général

Certains États ont prévu des dispositions pour l'enregistrement des mariages et des divorces comme le Registration of Muhammedan Marriages and Divorces Act de 1876 applicable dans le Bihar et le Bengale occidental. La réforme du Code du statut personnel pour les musulmans est au centre de la revendication identitaire depuis les années 1980 et l'affaire Shah Ban. La loi de 1986 sur les femmes musulmanes (Protection of Rights on Divorce) reste très controversée et sujette à diverses interprétations juridiques.

Indonésie

Constitution

La constitution de 1945 stipule que l'Indonésie est une république unie. Elle n'adopte aucune religion officielle, mais l'article 29 (1) affirme la croyance en Un Dieu suprême. Aucune disposition sur l'égalité entre les sexes n'y est prévue.

Autres lois

Le système juridique indonésien a été influencé par la domination coloniale néerlandaise et combine droit romain et néerlandais, lois musulmanes et coutumières. Une loi controversée sur le mariage applicable à tous les indonésiens a été adoptée en 1974. Les tribunaux généralistes statuent sur les affaires concernant les minorités religieuses tandis que les tribunaux de la charia traitent les affaires sur le statut personnel concernant les musulmans. Les musulmans ont le choix entre les lois musulmanes et le droit général dans le traitement de leurs affaires familiales.

Lois musulmanes

Durant la période coloniale, les lois musulmanes étaient appliquées dans le domaine de la famille et la succession à Java et Madura. Après l'indépendance, en 1945, la Muslim Marriage and Divorce Registration Law est promulguée en 1946. Dans les années 1980, l'État a publié des compilations de lois musulmanes afin de clarifier leur champ d'application. Ces lois sont dominées par les interprétations chaféites. La loi de 1989 sur les tribunaux religieux a restreint la juridiction laïque par rapport aux tribunaux religieux.

Lois coutumières

Les lois coutumières « adat » avaient été reconnues sous l'occupation néerlandaise. Elles ont continué à être appliquées en matière de succession jusqu'à l'islamisation des lois dans les années 1980.

Commentaire général

Le gouvernement indonésien a accepté l'application de la « charia » dans la province d'Aceh comme concession au mouvement pour l'autonomie de la province, ce que les militantes féministes ont dénoncé comme préjudiciable à leurs droits. D'autres régions, comme l'ouest de Sumatra et le sud de Sulawesi ont également appliqué des lois restrictives y compris, par exemple, une loi restreignant la circulation des femmes après la tombée de la nuit. En 2004, la tentative d'introduire des réformes plus égalitaires dans les lois musulmanes de la famille a tourné court. Présentée sous la forme d'un « contre-projet juridique » et bien que parrainée par le ministère des affaires religieuses, l'initiative a soulevé une controverse et le projet a été retiré avant d'être déposé au Parlement.

Iran

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>L'article 1 de la constitution de 1979 stipule que l'Iran est une république islamique. Bien que l'article 12 précise que l'école chiite est la religion officielle, les autres écoles sont respectées, soit lorsqu'un parti appartient à l'une de ces écoles ou lorsque la région est dominée par l'une de ces écoles. Selon l'article 13, le christianisme, le judaïsme et le zoroastrisme sont officiellement reconnus. Les articles 20 et 21 garantissent l'égalité de la loi aux femmes et à leurs droits « conformément aux critères islamiques ».</p>	<p>Les chrétiens, les juifs et les zoroastriens sont régis par leurs propres lois sur le statut personnel. L'enregistrement du mariage a été imposé à toutes les communautés dans les années 1930.</p>	<p>Le code civil traite les questions familiales ainsi que le droit procédural généraliste. La loi de 1967 sur la protection de la famille qui a modifié des aspects du Code civil A codifié et réglementé de nombreux domaines du droit de la famille, même si elle n'a pas contesté la base patriarcale des rôles dévolus aux genres. Les dispositions de cette loi ont été abrogées en 1979 et remplacées par une réglementation moins stricte dans de nombreux aspects du droit de la famille. L'actuel code civil a été modifié à de nombreuses reprises, positivement dans la plupart des cas sous la pression des militantes des droits humains.</p>	<p>Les pratiques coutumières concernant les musulmans ne sont pas reconnues par la justice.</p>	<p>Œuvrant dans le cadre de l'Islam et pour concrétiser le slogan de justice sociale de la révolution de 1979, les organisations de femmes, modernes et traditionalistes, ont milité avec succès pour la réforme des affaires familiales. L'ardente presse féminine y a joué un rôle important.</p>

Malaisie

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>L'article 3 de la Constitution prévoit que l'islam est la religion des treize États qui forment la Fédération de Malaisie. En septembre 2001, la Malaisie a été déclarée État islamique. Il s'agit d'une démarche politique dont le but était de contrecarrer l'affirmation par l'opposition politico-religieuse d'extrême droite selon laquelle elle était « plus islamique » que le pouvoir en place. Le sens et les effets de cette déclaration ne sont pas clairs. En 2001, la constitution du pays a été modifiée pour y inclure la clause de l'égalité entre les sexes. Toutefois, d'autres dispositions constitutionnelles (notamment celles concernant la nationalité) sont contraires à cette clause, qui doit être encore testée. La constitution est supérieure à toutes les lois.</p>	<p>Le système juridique a été dominé par la Common Law anglaise avant l'indépendance du pays en 1957. Le système parallèle des lois non basées sur les lois musulmanes s'est développé depuis de façon indépendante sous forme de législation votée par le parlement national et la jurisprudence. Cette législation parallèle régissant les affaires familiales et fondée sur d'autres sources n'est pas appliquée aux musulmans. En 1988, la compétence de la Cour supérieure civile sur les affaires des tribunaux syariah a été supprimée. Ainsi, cette Cour ne pouvait plus statuer sur les affaires relatives à la tutelle, à la succession et aux biens jugées dans le cadre des lois musulmanes. Le sens et l'impact de ces amendements continuent d'alimenter la controverse.</p>	<p>Dans le cadre de la constitution fédérale post- indépendance, les instances législatives de l'État ne peuvent légiférer que pour le Code de la famille musulman, les infractions aux « préceptes de la religion » et la succession. Chaque État peut adopter des lois musulmanes sans être lié par la législation ou la jurisprudence des autres États. Avec l'islamisation des lois des années 1980, le Code de la famille pour les musulmans a été codifié et les tribunaux syariah ont été promus. En décembre 2005, le projet de loi apportant des amendements à la loi islamique de la famille s'appliquant au territoire fédéral, a été adopté avec, à la clé, plusieurs changements régressifs du droit de la famille. La nouvelle loi est parue au Journal officiel de la plupart des États, mais ne l'a pas été au Journal officiel de l'important territoire fédéral grâce aux pressions des militantes féministes. Le débat est en cours entre les militantes et le gouvernement afin d'instaurer une toute nouvelle loi plus égalitaire. Au cours des dernières années, les lois taazir et huddud ont été introduites dans les États de Kelantan et de Terengganu, mais restent inapplicables.</p>	<p>Les lois coutumières font référence aux coutumes des peuples Minangkabau, principalement dans l'État de Seremban. En 2002, un tribunal fédéral a reconnu les droits fonciers coutumiers d'une communauté autochtone dans l'État de Selangor. Les tribunaux coloniaux avaient reconnu « les coutumes et pratiques autochtones », surtout les lois du statut personnel musulman. L'islamisation continue des lois semble aller vers la création d'une « Common Law malaisienne » largement fondée sur les principes des lois musulmanes.</p>	<p>Le système parallèle a abouti à un conflit entre les lois concernant le mariage et le divorce. Par exemple, lorsque l'un des conjoints dans un mariage de droit civil existant se convertit à l'islam ; lorsqu'une personne musulmane veut épouser une non-musulmane (effectivement impossible pour les femmes ou les hommes); ou lorsqu'une personne non-musulmane se convertit pour épouser un musulman puis renie l'islam. Le droit de renier l'islam n'existe pas, il s'agit d'un crime en vertu des lois musulmanes de l'État ; des lois de réhabilitation existent dans plusieurs États pour les « déviants » et « apostats ». Dans l'État de Selangor, lorsqu'un père se convertit à l'islam, ses enfants mineurs sont réputés être musulmans. Malgré une forte contestation, cette loi n'a pas été abrogée.</p>

Maroc

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>Le Maroc est une monarchie constitutionnelle et un État uni. En vertu de l'article 5 de la constitution, tous les citoyens marocains sont égaux devant la loi. Le roi a un rôle constitutionnel en tant que commandeur des croyants (Amir-ul-Mumineen). L'article 6 déclare l'islam religion officielle de l'État et garantit la liberté de culte pour tous les citoyens.</p>	<p>Pour se marier, les musulmans ne peuvent pas choisir une autre loi. Certaines lois procédurales s'appliquent à tous les citoyens et sont fortement influencées par le droit français, conséquence de la colonisation. Une faible minorité juive est régie par des lois séparées du statut personnel.</p>	<p>Après l'indépendance, en 1956, un code de statut personnel (al-Moudawana) a été adopté, sur la base de l'école malékite dominante mais inspiré également par d'autres écoles et la législation existant dans les pays voisins. Des améliorations ont été apportées à la Moudawana en 1993 à la suite de campagnes menées par les militantes. En février 2004, à la suite d'une campagne d'envergure nationale menée par les femmes, la Moudawana a été complètement révisée, instituant le concept de l'égalité dans le mariage. La nouvelle loi a également créé les tribunaux de la famille, même si ces derniers doivent encore être pleinement opérationnels et même si les règles régissant le nouveau code de la famille doivent encore être élaborées.</p>	<p>Les pratiques coutumières ne sont pas défendables devant la justice.</p>	<p>Les changements positifs intervenus au Maroc semblent être une source d'inspiration pour une réforme égalitaire des lois régissant la famille au Maghreb et dans la région arabophone.</p>

Nigeria

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>La constitution renferme des clauses garantissant les droits humains fondamentaux (y compris la non-discrimination fondée sur le sexe). Cependant, ce sont des clauses non défendables devant la justice. La constitution elle-même est discriminatoire à l'égard des femmes s'agissant de la nationalité. La constitution reconnaît les lois coutumières et religieuses du statut personnel, et ne fait pas de commentaires quant à la primauté des dispositions relatives aux droits humains sur les lois religieuses et coutumières. Cela n'a pas été testé pour les lois musulmanes.</p>	<p>Le Nigeria était sous domination britannique jusqu'en 1960. Les britanniques ont instauré des lois et des procédures fondées sur la Common Law anglaise. Le système s'est ensuite développé de façon indépendante par le biais de la législation et de la jurisprudence. Le Nigeria a un système fédéral dans lequel le législateur fédéral a des pouvoirs exclusifs pour certaines questions tandis que sur d'autres (y compris les lois du statut personnel) il peut légiférer à l'échelle locale. Les citoyens peuvent choisir de se marier dans le cadre du Matrimonial Causes Act de 1970 (Cap 220) et du Marriage Act de 1990 (Cap 218) et d'être régis par ces derniers. Des tribunaux civils séparés statuent dans les affaires relevant de ces lois.</p>	<p>Dans l'ancienne région du Nord, les musulmans ont longtemps pu saisir les tribunaux musulmans de l'État pour statuer dans les affaires de statut personnel sur la base de lois musulmanes non codifiées, historiquement influencées par l'école malékite. Les lois musulmanes n'existent dans aucun des États de ceux qui formaient les régions de l'ouest et de l'est. Depuis 2000, de nombreux États ont adopté des lois qui étendent les lois musulmanes aux infractions pénales (notamment les infractions hudud). Ces lois sont censées ne s'appliquer qu'aux musulmans et aux personnes qui choisissent de se faire appliquer les lois musulmanes, mais la question de savoir si les musulmans peuvent choisir d'être régis par d'autres lois, n'a pas encore été réglée.</p>	<p>Les citoyens dans l'ensemble du pays peuvent choisir d'être régis par les lois coutumières non écrites pour les affaires familiales et certaines questions foncières. Dans les régions à dominante musulmane, l'accès aux lois coutumières non-musulmanes peut être difficile. Les tribunaux étatiques coutumiers les traitent.</p>	<p>Dans les cas de lois coutumières, la jurisprudence soutient de plus en plus que l'inégalité entre les sexes est « contraire à la justice, la conscience et à l'équité » et cite la CEDEF à l'appui (ratifiée sans réserve par le Nigeria).</p>

Pakistan

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>La structure et les principes de la constitution de 1973 ont été subvertis par les amendements répétés opérés sous la loi maritale et par les gouvernements militaires et ceux élus depuis les années 1980. En 1985, le huitième amendement a fait du préambule « Objectives Resolution » (Résolution), une partie importante de la constitution. Même si la résolution parle également de justice sociale dans un climat politique qui règne depuis les années 1980, elle a été affirmée et utilisée pour porter atteinte aux droits fondamentaux des femmes. La constitution renferme des contradictions. L'article 8 affirme que toutes les lois et coutumes contraires aux droits fondamentaux garantis par la constitution sont nulles et non avenues, pourtant, par exemple, les amendements portant création de tribunaux fédéraux de la charia sont discriminatoires. Dans le même temps, plusieurs lois et coutumes discriminatoires sont restées en l'état et n'ont pas été contestées sur la base de l'article 8.</p>	<p>La politique coloniale britannique ayant consisté à laisser le droit de la famille dans le cadre du statut personnel, chaque communauté religieuse a des lois distinctes, bien que toutes les affaires soient traitées par les tribunaux de la famille créés en vertu de la loi de 1964. Pour se marier selon la loi laïque de 1872, le Special Marriages Act, les couples sont tenus de renoncer à leur foi, or cela est impossible pour les musulmans en raison des lois strictes sur le blasphème. Les juges des tribunaux de la famille ne doivent pas être nécessairement musulmans pour traiter les affaires des musulmans, mais de plus en plus de juges non-musulmans se déclarent incompetents. Les femmes peuvent être juges. Le Guardians and Wards Act de 1890, le Child Marriage Restraint Act de 1929 ainsi que le Dowry Restriction Act de 1976 s'appliquent à toutes les communautés.</p>	<p>Promulguée à la suite de recommandations de la Commission Rashid, la MFLO de 1961 a offert une protection importante aux droits des femmes au sein de la famille, mais elle était loin de répondre aux revendications de nombre d'entre elles. Depuis sa promulgation, la MFLO est la cible d'attaques de la part des forces politico-religieuses réactionnaires. En 2000, bien que les dispositions relatives à la polygamie et à l'enregistrement des mariages aient été maintenues, certaines dispositions relatives à l'enregistrement des divorces ont été considérées comme « infâmes pour l'Islam » et appelées à être modifiées par la législature. Un recours introduit par le gouvernement est toujours en suspens.</p>	<p>Elles ne sont pas défendables devant la justice pour les musulmans: les tribunaux rejettent systématiquement le recours à la coutume dans les affaires de droit de la famille. Pour la plupart, les lois sur la famille pour les Hindous sont non codifiées. Les affaires sont jugées sur la base de la coutume établie de longue date.</p>	<p>De nombreux cas tombant sous le coup de l'ordonnance de 1979 sur la zina (application des Hadd) recourent les questions des lois de la famille comme l'enregistrement du mariage et du divorce. Pour éviter aux femmes les châtiments extrêmes prévus par l'ordonnance, les tribunaux ont escamoté l'aspect protecteur contenu dans la MFLO. La MFLO a également fait l'objet d'un débat très passionné pour savoir qui de la loi ou des injonctions de l'Islam devait avoir la primauté, et si les tribunaux supérieurs pouvaient déclarer une loi infâme.</p>

Philippines

Constitution

La constitution de 1987 prévoit l'égalité entre les sexes et un État laïque. En 1989, quatre provinces de Mindanao dont les populations musulmanes sont importantes ont accédé à l'autonomie.

Autres lois

En vue de donner effet à la disposition garantissant l'égalité des sexes contenue dans la constitution de 1987, un nouveau Code de la famille applicable à tous les Philippines non musulmans a été adopté en 1988. Ce code a modifié certaines des dispositions discriminatoires du Code civil de 1949, mais il reste fortement influencé par la conception catholique du mariage.

Lois musulmanes

En 1977, le régime impopulaire de Marcos a promulgué le Code of Muslim Personal Law (CMPL) afin d'apaiser les séparatistes musulmans. Les femmes musulmanes n'ont pas été consultées en tant que femmes lors de la rédaction du code. Actuellement, des initiatives sont prises pour une réforme du code par le biais des femmes parlementaires. Le CMPL ne codifie pas tous les aspects du droit de la famille et donc les juges des tribunaux de la charia ont des pouvoirs d'interprétation considérables. Ce code s'applique à tous les musulmans mais, de façon générale, il est moins favorable aux femmes que celui appliqué aux autres femmes philippines. Les tribunaux de la charia chargés de statuer sur des affaires dans le cadre du CMPL n'ont été créés qu'en 1985. Les recours sont déposés devant les tribunaux locaux de la charia puis sont déferés à la Cour suprême, pour les questions de droit. Une initiative lancée par des militantes pour une réforme approfondie du CMPL est en cours.

Lois coutumières

Sous le régime colonial américain, les Moros de Mindanao et de Sulu se sont opposés aux tentatives de codification, préférant des lois non écrites. Ainsi, jusqu'en 1977, les musulmans ont été régis par le « Kitab », c'est-à-dire, les lois coutumières « adat » et les interprétations des lois musulmanes. Les juges des tribunaux de la charia n'ont aucune autre référence que la loi « adat » si elle n'est pas contraire à la constitution, au CMPL, à l'ordre et à l'intérêt publics.

Commentaire général

Une lutte armée est en cours pour l'indépendance/autonomie des régions de Mindanao, à forte population musulmane. Le conflit armé qui continue malgré la signature de plusieurs accords entre les groupes politico-religieux extrémistes et l'armée, empêche les initiatives de développement. Il y a un manque grave de tribunaux de la charia, mais les musulmans peuvent saisir le greffe général dans les régions où ces tribunaux n'existent pas. Il n'y a qu'une seule femme juge de tribunal de la charia.

Sénégal

Constitution

En vertu de l'article 1 de la constitution, le Sénégal est une démocratie laïque, garantissant l'égalité de tous les citoyens sans aucune distinction, y compris celle basée sur le sexe. L'article 5 interdit la discrimination dont celle basée sur la religion tandis que l'article 24 protège la liberté de religion.

Autres lois / Lois musulmanes / Lois coutumières

Le Code de la famille qui s'applique à toutes les communautés, est largement inspiré du code Napoléon, mais, il est également influencé par les lois coutumières wolof et reconnaît certains aspects des lois musulmanes tels que la dot et le devoir d'entretien dévolu au mari. Seuls les mariages enregistrés dans le cadre du Code de la famille sont reconnus même si des mécanismes existent pour l'enregistrement des mariages coutumiers et musulmans jusqu'à six mois après la cérémonie. Les juges musulmans siégeaient dans la période postindépendance mais ils n'ont pas été remplacés à leur retraite, ainsi le système judiciaire officiel est aujourd'hui entièrement laïque.

Commentaire général

Les groupes politico-religieux d'extrême droite ont pris le Code de la famille comme prétexte pour une mobilisation politique contre la laïcité. Ils ont exigé un nouveau Code de la famille régressif, applicable aux musulmans uniquement. Une coalition d'organisations de femmes et des droits humains, d'associations religieuses et de syndicats ont résisté à cette tentative.

Singapour

Constitution

Singapour, ancienne colonie britannique est un État laïque uni, qui s'est séparé de la fédération de Malaisie en 1967. Il n'existe pas de clause d'égalité entre les sexes dans la constitution.

Autres lois

Les lois de Singapour et son système juridique sont inspirés de la Common Law anglaise, bien que les Britanniques aient maintenu inchangées les lois sur la famille pour les Malais musulmans et les populations chinoises autochtones. Le droit de la famille ne repose pas sur les lois musulmanes. Il comprend la Women's Charter, le Guardianship of Infants Act (qui comprend les dispositions sur la tutelle), la loi sur la preuve (qui traite la légitimité) et l'Adoption Act. Ces lois s'appliquent aux personnes quelle que soit leur appartenance religieuse. Le mariage entre parties dont l'une est musulmane est possible en vertu de la Charte.

Lois musulmanes

L'Ordonnance de 1957 crée le tribunal Syariah pour traiter les questions relevant du Code de la famille musulmane. L'Administration of Muslim Law Act de 1966 contient les seules lois musulmanes appliquées à Singapour. Elle a été modifiée en 1999 expressément pour réduire la durée des procès relatifs aux divorces.

Lois coutumières

Les pratiques coutumières ne sont pas défendables devant la justice.

Commentaire général

Il existe une double juridiction celle des tribunaux de la famille et celle des tribunaux Syariah pour les questions concernant des musulmans et se rapportant à la pension alimentaire, la garde, la tutelle, la paternité et les droits de succession de l'enfant. Les musulmans ont tendance à déférer ces questions devant les tribunaux civils qui ont des pouvoirs appropriés d'exécution. Les parties engagées dans les tribunaux Syariah peuvent également s'adresser aux tribunaux civils de la famille pour demander l'exécution des jugements, faire appel de ces jugements ou faire modifier des ordonnances relatives aux domaines mentionnés plus haut. Il n'y a pas eu de réel effort de rationaliser les procédures de ces deux systèmes de justice parallèles.

Soudan

Constitution

La constitution de 1998 cite les sources de la législation soudanaise : il s'agit de la loi islamique, des résultats des référendums, de la constitution, des coutumes de la société. Selon la constitution, l'État a le devoir de libérer les femmes de l'exploitation et d'encourager leur rôle dans la vie publique et familiale. La constitution garantit l'égalité des sexes et proscriit la discrimination fondée sur le sexe. Le Soudan est une fédération.

Autres lois

Le système juridique est influencé par les lois musulmanes, par les systèmes civils adoptés dans de nombreux pays arabes, et la Common Law anglaise, conséquence de la colonisation britannique.

Lois musulmanes

Les musulmans sont soumis aux lois musulmanes en ce qui concerne l'héritage, le divorce, les relations familiales, les fonds de bienfaisance et la zakaat (aumône). Les gouvernements des États fédéraux du nord ont tenté d'instituer des lois musulmanes en tant que code national civil et pénal. Cette tentative a été la cause principale d'une longue guerre civile. La loi portant sur le code du statut personnel musulman de 1992 régit les questions familiales. Les tribunaux dans le sud du pays n'appliquent pas formellement les lois musulmanes.

Lois coutumières

Les lois coutumières s'appliquent aux affaires familiales concernant les non-musulmans.

Commentaire général

Au début du vingtième siècle, le Soudan se trouvait parmi les premiers pays au monde à compter des femmes parlementaires et à avoir codifié le droit de la famille. En janvier 2005, un accord de paix historique a mis fin à des décennies de guerre civile, mais les différentes factions politiques, ethniques et religieuses, se livrent toujours une guerre civile marquée notamment par le viol systématique des femmes dans la région du Darfour.

Sri Lanka

Constitution

La constitution de 1978 comporte des clauses garantissant les droits humains fondamentaux, y compris la non-discrimination sur la base du sexe. Ces droits sont défendables si la violation est commise par l'administration/ l'exécutif. Le droit à l'égalité peut être limité pour des raisons de sécurité nationale et pour préserver l'harmonie religieuse et raciale. Toutes les lois, y compris les lois discriminatoires envers les femmes antérieures à la constitution de 1978 ne peuvent être contestées pour non-conformité avec les dispositions constitutionnelles. L'article 9 de la constitution donne au bouddhisme « la première place » dans la république. Il exige de l'État qu'il protège et favorise le bouddhisme, nonobstant les garanties de liberté de croyance pour toutes les communautés religieuses.

Autres lois

Le droit romain-néerlandais, introduit par les colons néerlandais, est considéré comme droit supplétif bien qu'il s'applique aussi en tant que législation indépendante dans certains domaines du droit civil. Bon nombre de textes, tels que le code pénal, sont fondés sur le droit anglais, hérité de la période coloniale britannique. Des lois du statut personnel parallèles s'appliquent à diverses communautés. La loi générale, qui est une combinaison de principes de droit romain-néerlandais et de Common Law anglaise s'applique à l'ensemble de la population, mais la loi Kandy et Thesavalmi s'appliquent à certaines parties de la population. Une personne musulmane peut épouser une/un non-musulman(e) dans le cadre de la loi générale, mais, le mariage de deux musulmans n'est pas valable s'il est conclu selon la loi générale.

Lois musulmanes

Les musulmans (y compris les Malais) sont régis par des lois musulmanes. Celles-ci ont été codifiées pour la première fois en 1806 sous le régime colonial hollandais. Le Muslim Marriage and Divorce Act (MMDA) datant de 1951, et encore en vigueur, s'appuie largement sur l'école chaféite. Cette loi répond aux questions de fond et de procédure, mais reste incomplète ; lorsque la loi n'a rien prévu, celle du groupe auquel la partie appartient sera utilisée comme base de décision. Les tribunaux cadi traitent les affaires régies par les lois musulmanes ; les recours sont déposés devant le Conseil des cadis puis déferés en dernier recours à la Cour suprême. Seuls les hommes musulmans peuvent être cadis. En 1992, deux femmes ont siégé à la commission devant examiner la réforme du MMDA, mais les recommandations attendent encore leur mise en œuvre.

Lois coutumières

Les pratiques coutumières ne sont pas défendables pour les musulmans.

Commentaire général

Les femmes et les enfants musulmans ont bénéficié des valeurs juridiques contenues dans la loi générale applicable à la majorité non-musulmane. La récente réforme favorable aux femmes (sur le mariage d'enfants, le viol conjugal et l'avortement) ne s'applique pas aux musulmans en raison de l'influence croissante de la politique identitaire et des groupes de pression musulmans au sein du parlement. Le Sri Lanka a ratifié la CEDEF et a également rédigé une charte des femmes pour mettre en œuvre la CEDEF au niveau national. Les tribunaux cadi ont peu de pouvoirs d'exécution. Pour que les décisions en leur faveur soient appliquées, les femmes mariées dans le cadre du MMDA doivent saisir les tribunaux civils. Il y a eu des conflits de lois. Les musulmans peuvent adopter des enfants dans le cadre de l'ordonnance de 1941 sur l'adoption, mais, selon la jurisprudence, les questions successorales sont régies par les lois musulmanes. Cette contradiction est toujours d'actualité.

Tunisie

Constitution

L'article 1 de la constitution de 1959 affirme que l'Islam est la religion de la république. L'article 5 [intégrité personnelle, conscience, croyance] stipule que la république tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, à condition que cela ne trouble pas l'ordre public. L'article 6 (égalité) déclare que tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi.

Autres lois

Le Code civil tunisien, qui s'applique à tous les citoyens, est largement inspiré de la loi française suite à la colonisation du pays. En matière de statut personnel, chaque communauté, y compris la minorité juive, est régie par des lois séparées, le choix de se marier selon d'autres lois n'existe pas.

Lois musulmanes

Le Code du Statut Personnel (CSP) de 1956 (également appelé Majalla) s'applique aux musulmans. Bien que la Tunisie soit à dominance malékite, le CSP s'inspire des différentes écoles, et comporte notamment des dispositions progressistes en matière de polygamie et de talaq.

Lois coutumières

Les pratiques coutumières ne sont pas défendables en justice.

Commentaire général

Turquie

Constitution	Autres lois	Lois musulmanes	Lois coutumières	Commentaire général
<p>Le préambule de la constitution souligne le principe laïc de la non-ingérence des sentiments religieux dans les affaires de l'État et la politique. L'article 2 déclare la laïcité et le respect des droits de l'homme comme les caractéristiques de l'État turc uni. L'article 10 proscriit toute discrimination, entre autres, celle sur la base du sexe. L'article 24 affirme la liberté de croyance religieuse, mais ajoute que la religion ne peut pas être exploitée à des fins personnelles ou politiques.</p>	<p>Le Code civil turc régit les questions familiales et s'applique à tous les citoyens quelle que soit leur religion ou leur identité ethnique. Suite à une campagne d'envergure menée par une coalition d'organisations de femmes, des amendements importants ont été apportés au Code civil et sont entrés en vigueur en 2001. Ces amendements ont notablement modifié un grand nombre des dispositions les plus patriarcales du Code civil, fondé sur le code civil suisse, inspiré du code Napoléon. Les militantes féministes ont réussi à faire adopter des amendements positifs du code pénal.</p>	<p>Non applicable. Les dispositions des lois musulmanes telles que le mahr, le talaq, etc., ne sont pas reconnues. La polygamie est interdite.</p>	<p>Les pratiques coutumières ne sont pas défendables en justice.</p>	<p>Les amendements au Code civil ont été fortement contestés par les puissants partis politiques et les forces politico-religieuses.</p>

Ouzbékistan

Constitution

La Constitution de 1992 portant sur la création de l'Ouzbékistan en tant que république démocratique, conserve de nombreux éléments résultant de décennies de régime soviétique. L'article 18 garantit l'égalité devant la loi quelles que soient les différences, y compris de sexe, tandis que l'article 46 établit l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. L'article 31 garantit le droit de pratiquer ou de ne pas pratiquer toute religion.

Autres lois

Le système juridique continue d'être dominé par l'influence soviétique, même après l'indépendance du pays en 1991. Le Code civil, qui régit les questions familiales, est presque identique au code soviétique antérieur et met en exergue l'égalité des hommes et femmes dans le mariage.

Lois musulmanes

Une loi récente permet aux couples d'ajouter un contrat de mariage négocié à la procédure habituelle d'enregistrement, peut-être dans le souci de reconnaître le concept de mariage musulman. Elle est cependant peu connue et ses dispositions ne sont pas disponibles.

Lois coutumières

Les lois coutumières ne sont pas reconnues et certaines pratiques coutumières dans la famille sont pénalisées.

Commentaire général

Des débats récurrents ont eu lieu au Parlement et dans les médias concernant la légalisation éventuelle de la polygamie qui continue d'être pratiquée. L'âge du mariage a également été abaissé à la suite de pressions exercées par des organisations conservatrices musulmanes.



ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE : UN APERÇU

Dans la plupart des communautés musulmanes présentées dans ce manuel, un mariage valide établit certains droits et responsabilités essentiels tels que l'héritage mutuel entre époux, les droits de l'épouse et des enfants à la pension alimentaire, et la légitimité des enfants conçus durant le mariage¹. Ces droits et responsabilités sont établis, que la loi au titre de laquelle le couple s'est marié repose sur les lois musulmanes de diverses écoles ou d'autres sources, car, fondamentalement, le mariage a le même effet dans toutes les sociétés.

Pour les femmes, en fonction du contexte juridique et social, contracter un mariage non valide peut aboutir à un quelconque ou à l'ensemble des résultats suivants: elles peuvent devenir des parias sociales ; la loi ne reconnaît pas leurs droits dans le mariage ; elles sont confrontées à la destitution si leur époux les quitte ou s'il décède ; elles risquent des poursuites pour zina² (relations sexuelles en dehors d'un mariage valide). Ce sont là les conséquences publiques possibles d'un mariage non valide.

Toutefois, la question de la validité légale et/ou sociale d'un mariage est également liée à des questions profondément personnelles telles que le bonheur individuel, la satisfaction sexuelle et les droits reproductifs. Le fait que ces sujets fassent rarement l'objet de recherche sur le statut juridique des femmes ne devrait pas occulter la réalité de l'impact des lois et coutumes sur la vie quotidienne des femmes. Si la loi (comme c'est le cas dans certains systèmes) reconnaît le droit des tuteurs de sexe masculin d'obliger une femme à contracter un mariage, cette loi cautionne effectivement le viol conjugal et la probabilité pour la femme d'avoir peu de contrôle le nombre des enfants qu'elle aura et sur l'espacement de leurs naissances. Si le droit de la femme d'exercer un choix dans le mariage est rendu impossible par les attitudes sociales, ces attitudes peuvent de fait l'empêcher de jamais connaître l'amour dans le mariage. En conséquence, les lois et les coutumes relatives aux conditions requises pour la validité du mariage sont étroitement liées au bien-être psychologique et physique de la femme.

Les éléments constitutifs sont similaires d'un système à l'autre

Sur la base du concept de mariage comme contrat, presque toutes les communautés musulmanes partagent une liste de conditions requises pour la validité du mariage, des conditions qui ont trait à la capacité légale des parties à contracter un mariage valide (ont-ils la capacité mentale et physique, sont-ils libres de toute entrave liée à l'âge, au sexe, au statut personnel et/ou de la religion?) ; au consentement des parties ; et à la présence de témoins.

Même dans les pays où le mariage est célébré selon des lois qui ne reposent pas sur le droit musulman et où le mariage n'est pas perçu comme un contrat, les conditions requises prévalent.

Les lois musulmanes considèrent également la dot (mahr) comme élément essentiel d'un mariage musulman valide.

Le mahr (dot, voir lexique) est un paiement effectué directement par le futur époux à la future épouse et il est différent du prix de la mariée et du douaire. Le prix de la mariée renvoie au paiement effectué par le futur époux ou sa famille à la famille de la future épouse. Le douaire (dowry) renvoie aux biens que la future épouse apporte au domicile conjugal. La nature précise du mahr est

¹ Dans les systèmes qui ne reposent pas sur des lois musulmanes, le droit à l'héritage pour les enfants n'est pas une conséquence automatique du mariage valide. Les musulmans régis par de tels systèmes sont donc tenus de faire des testaments pour spécifier comment leurs biens doivent être répartis. A Fidji, par exemple, il ne suffirait pas de simplement spécifier dans le testament que 'les lois musulmanes doivent être suivies', car il n'y a pas de reconnaissance des lois du statut personnel.

² Les lois musulmanes ne considèrent pas un couple coupable de zina si les conjoints pensent être dans un mariage valide. Par exemple, au Pakistan, la section 5 de l'Offence of Zina (Enforcement of Hudoob) Ordinance de 1979, exempte les hommes et les femmes des accusations de zina s'ils se 'soupçonnent' d'être mariés à l'autre personne. Toutefois, cette disposition n'a pas pu protéger les couples contre l'accusation de zina, au titre de la Zina Ordinance, si une tierce partie conteste la validité de leur mariage. Si les tribunaux ont par la suite renvoyé ces affaires, il ne faudrait pas sous-estimer les souffrances sociales et émotionnelles entraînées par de telles accusations.

litigieuse car ce paiement semble se situer entre une condition requise et une conséquence d'un mariage musulman valide. On perçoit également le mahr comme une « considération » pour le mariage. Dans certains systèmes, le mahr peut également figurer dans le statut en tant qu'élément essentiel d'un mariage valide. Même si cela n'est pas spécifié au moment du mariage, le mahr est supposé exister (mahr ul mithl ou 'dot adéquate') ; et même si le mariage n'est pas consommé, la moitié du mahr peut être due en cas de dissolution du mariage.

Même si les lois ont tendance à énoncer des conditions requises similaires, la manière dont celles-ci sont interprétées et appliquées dans les communautés et les pays musulmans dépend essentiellement de la source du droit : lois musulmanes, lois coutumières, ou lois basées sur d'autres sources. Ce qui peut être considéré comme valide dans un système ou une communauté peut ne pas l'être dans un autre. Par exemple, aux fins de la Family Law Act de Fidji, qui ne repose pas sur les lois musulmanes, tous les mariages (y compris ceux de Fidjiens musulmans) peuvent avoir deux femmes comme témoins valides. À l'inverse, au titre de la Loi sur le statut personnel musulman (Muslim Personal Law Act) au Soudan, un mariage n'ayant que des femmes comme témoins est non valide. Même des systèmes régis par des lois découlant de la même source peuvent différer dans leurs dispositions. Le Code de la famille de l'Algérie et le Code des lois sur le statut personnel musulman (Code of Muslim Personal Laws) des Philippines, par exemple, découlent tous deux des lois musulmanes, mais chacun spécifie un âge minimum différent pour le mariage. Il y a, dans le même temps, un large écart entre les lois et les pratiques, même au sein de la même communauté. Par exemple, si une tante et une nièce sont mariées au même homme, dans une union polygame, les tribunaux pakistanais (qui suivent les lois musulmanes) déclareraient le dernier des deux mariages non valide, alors que de tels mariages continuent d'avoir lieu dans certaines communautés du Pakistan.

Codification des éléments constitutifs du mariage

Les conditions requises pour la validité d'un mariage peuvent être déterminées à travers le droit écrit, la jurisprudence ou par référence aux lois musulmanes ou à la coutume locale.

Lorsque les conditions requises sont énoncées dans le droit écrit, certaines lois ne définissent de manière explicite que les conditions requises pour la validité du mariage, alors que d'autres énoncent également les effets d'un mariage non valide, ainsi que les sanctions encourues. D'autres encore ne définissent plutôt que les obstacles au mariage. Les lois musulmanes des écoles sunnites font une distinction entre un mariage nul et un mariage irrégulier (la plupart des formes de mariage irrégulier étant celles où il y a une interdiction temporaire du mariage, qui peut être corrigée, à la suite de quoi le mariage devient pleinement valide) ; les Écoles chiites, par contre, ne reconnaissent que les concepts de mariage valide ou nul. Les législations non fondées sur les lois musulmanes n'ont recours qu'à deux catégories : le mariage valide ou non valide. Il est intéressant de noter que la plupart des lois codifiées fondées sur les lois musulmanes traitent également le mariage comme valide ou non valide. Le Code du statut personnel de la Tunisie, par exemple, spécifie l'irrégularité des mariages qui ne respectent pas certaines dispositions relatives aux conditions requises, mais la législation poursuit en clarifiant que ces mariages « seront nuls ». Pourtant, cette législation reconnaît spécifiquement certains effets d'un mariage invalide, s'il a été consommé. Ceux-ci comprennent le droit de la femme au mahr, la paternité de tout enfant. Ainsi, en règle générale, dans la discussion sur les dispositions ayant trait à la validité telle que définie par les lois codifiées, nous nous servons des termes tels qu'ils figurent dans le droit écrit.

Lorsque le droit omet de spécifier les conditions requises, celles-ci peuvent être réglementées à travers des contrats de mariage types, ou déterminées par le recours aux lois musulmanes et aux coutumes locales.

En règle générale, plus les conditions de la validité du mariage dans un contexte donné ont été spécifiées avec clarté, plus ce contexte est porteur d'options pour les femmes. Des clauses claires protègent les femmes contre les litiges, et contre la confusion possible sur leur statut (et sur les droits qui en découlent). Lorsque les clauses ne sont pas claires, les femmes peuvent faire l'objet de tentatives visant à les déshériter en tant qu'épouses, et même certaines visant à des poursuites pour zina (adultère). Comme dans tous les autres aspects des lois et des coutumes qui régissent les questions familiales, en cas de manque de clarté, la confusion est systématiquement résolue en faveur de la partie la plus forte dans le différend. En conséquence, dans leur grande majorité, les différends ayant trait au mariage et à la dissolution du mariage seront tranchés en faveur des hommes. Ainsi, les lois qui spécifient les conséquences de l'invalidité du mariage, les mécanismes de mise en application des conditions requises et les moyens de réparation en cas de violation (y compris les sanctions pour la violation et la détermination de la personne en faute) offrent généralement davantage de protection aux femmes que les lois qui ne le font pas. Toutefois, là où les conditions requises sont largement restrictives en ce qui concerne l'autonomie des femmes, la codification peut réduire les options offertes aux femmes. Par exemple, les lois qui annulent un mariage s'il est contracté sans le consentement du père/grand-père agissant en tant que wali (tuteur du mariage), peuvent limiter la capacité des femmes à exercer le choix dans le mariage.

Il y a lieu, manifestement, de recouper les lois et les pratiques ayant trait à la validité avec un large spectre d'autres lois et pratiques, afin de comprendre pleinement l'impact possible sur la vie des femmes. Par exemple, les dispositions pénales concernant la zina (adultère) peuvent entraîner des pénalités (comme conséquence d'un mariage non valide) qui ne sont pas mentionnées dans les lois relatives à la famille.

L'autonomie physique et affective des femmes est violée de manière constante et flagrante par les lois et pratiques ayant trait aux conditions requises pour la validité d'un mariage. Ces violations sont particulièrement graves et fréquentes dans les domaines du consentement et de la capacité.

Capacité : âge, sexe et situation de famille

Les lois musulmanes établissent la maturité (communément définie comme la puberté) comme l'âge minimal auquel les hommes et les femmes ont la capacité de se marier. Toutefois, certaines communautés musulmanes sont régies par des législations qui ne sont pas fondées sur les lois musulmanes. De plus en plus, les systèmes qui reconnaissent les lois musulmanes sur le statut personnel, ont néanmoins rehaussé l'âge minimum au mariage à dix-huit ans ou plus, pour les hommes comme pour les femmes.

Dans certaines écoles de droit musulman, la femme peut ne jamais avoir le droit de contracter son premier mariage de manière indépendante ; elle a toujours besoin du consentement d'un tuteur pour le mariage. La capacité sociale et légale d'une femme musulmane adulte à prendre une décision autonome pour se marier est analysée dans la section Capacité (p. 69).

La capacité a également trait à la question de savoir si une personne est libre ou non de se marier, en raison de sa situation familiale existante. Dans tous les systèmes, une femme toujours mariée ou dont le divorce n'a pas été prononcé de manière adéquate, est considérée comme n'ayant pas la capacité de se marier. Par contre, dans des circonstances similaires, les hommes sont considérés comme ayant la capacité de se marier dans des systèmes qui permettent la polygamie. Les systèmes fondés sur les lois musulmanes limitent les hommes à un maximum de quatre épouses. Il est toutefois fréquent que les systèmes fondés sur des lois coutumières ne fixent pas de telles restrictions (voir Polygamie, p. 197).

Qui est-ce qu'une femme peut épouser ? Autres aspects de la capacité

Une fois la capacité établie en termes d'âge, de sexe et de situation de famille, toute interdiction légale d'un mariage doit être prise en compte. Les lois musulmanes, indépendamment de l'école de pensée sur laquelle elles sont fondées, énoncent trois catégories de relations qui entravent la validité du mariage : la consanguinité (liens de sang étroits) ; l'alliance (relations acquises à travers le mariage) ; et prise en charge/adoption. En termes plus simples, ces lois interdisent les relations incestueuses. Toutefois, ce que l'on considère comme de l'inceste varie largement. Dans les systèmes où les lois relatives à la famille ne sont pas formulées par référence aux lois musulmanes, ou lorsqu'il y a une tradition d'exogamie tribale, les lois peuvent également inclure les cousins du premier degré parmi les consanguins tout en n'interdisant pas le mariage entre frères et sœurs de lait. De même, les systèmes dominés par les écoles shafi et hanafi ont des dispositions divergentes sur ce qui est considéré exactement comme la « prise en charge ». Ces dispositions établissent les liens nourriciers en se fondant sur la quantité de lait que deux bébés ont tété de la même mère.

Les lois musulmanes établissent également des interdictions sur la base de l'affiliation religieuse. Ces lois interdisent à des femmes musulmanes de se marier avec des hommes non musulmans tout en permettant à des hommes musulmans d'épouser une Kitabia (une personne du Livre, voir lexique). Toutefois, tous les systèmes fondés sur les lois musulmanes ne codifient pas de telles dispositions de manière explicite. L'interprétation normale selon laquelle les femmes musulmanes ne peuvent valablement se marier qu'à des hommes musulmans est débattue par certains hommes érudits et a été largement contestée par les théologiens et les activistes féministes. Dans les pays où il n'y pas de possibilité de se marier selon une législation non fondée sur les lois musulmanes, les femmes sont confrontées au « choix » impossible entre inciter leur fiancé à se convertir à l'Islam, se marier et s'installer dans un autre pays, ou ne pas se marier du tout.

Dans de nombreuses communautés, il est également impossible de se marier à cause d'autres frontières : la classe, la race, l'ethnie, la tribu ou la secte. Ces obstacles sont culturellement déterminés et peuvent être tout aussi significatifs. Les femmes qui contractent un mariage légal en allant à l'encontre des normes sociales peuvent faire l'objet de sanctions sociales sérieuses. Il arrive souvent qu'un mariage parfaitement légal, certifié par un tribunal, ne réussisse pas à jouir du statut de mariage socialement valide.

Le concept de kafa'a (prescription de l'égalité sociale des époux, voir lexique) est un autre moyen de restreindre le choix des femmes dans le mariage. Dans des systèmes où il constitue un motif juridique pour contester la validité d'un mariage, le kafa'a peut servir à renforcer ou à légitimer les obstacles sociaux au mariage. De plus, les interdictions coutumières au mariage via des obstacles peuvent être renforcées par des lois qui approuvent de fait les « crimes d'honneur ». Ces lois et/ou interprétations juridiques peuvent de manière implicite approuver les « crimes d'honneur », tout d'abord en établissant une distinction entre les meurtres perpétrés au non sur l'honneur et ceux où d'autres raisons sont invoquées; et en second lieu, en prévoyant une sanction moindre pour les personnes accusées de « crimes d'honneur ».

Consentement

Bien que de nombreux systèmes spécifient qu'une femme devrait donner son consentement pour se marier, très peu de systèmes en font une réalité (par exemple, en garantissant que la future épouse signe le document ou le registre de mariage ou en prévoyant la présence d'un responsable public pour recueillir son consentement). Certaines lois spécifient même de manière explicite que « qui ne dit mot, consent » (Indonésie, tant qu'il n'y a pas de rejet clair, Mauritanie, Soudan). Il n'est pas aisé de garantir le consentement libre de la femme et en connaissance de cause. Il ne suffit pas d'insister sur le fait qu'on doit l'entendre dire « oui » à voix haute, parce que la contrainte physique et affective peut l'obliger à le faire. Dans le même temps, on ne peut supposer que ne pas entendre le consentement de manière formelle indique un mariage forcé. Dans certaines communautés, les femmes sont consultées sur leur choix de conjoint tout en étant apparemment exclues des formalités de la célébration du mariage. Si les hommes sont également confrontés au mariage forcé, les positions sociales et les rôles reproductifs des femmes les rendent plus vulnérables au mariage forcé. La section sur le Consentement (p. 83) fournit une analyse plus détaillée.

Témoins et mahr (dot)

Les systèmes qui suivent des législations relatives à la famille basées sur les lois musulmanes et ceux qui suivent des législations relatives à la famille basées sur d'autres sources diffèrent souvent eu égard à l'acceptabilité juridique du témoin (en particulier sur le point de savoir si une femme peut ou non faire office de témoin dans un mariage).

Le mahr (dot) est examiné de manière exhaustive dans le Chapitre 5 : Contrats de mariage, dans les sections Enregistrement et Validité (p.133) et Mahr (p. 179), ainsi que dans la section Droits et règlements financiers à la dissolution du mariage (p. 315). En conséquence, dans la présente section, nous ne discuterons du mahr qu'en ce qui concerne ses effets sur la validité du mariage musulman.

Un mariage qui ne remplit pas les conditions requises

Différents systèmes varient largement dans leurs approches en matière de validité des mariages qui ne remplissent pas les conditions requises. Certaines de ces différences découlent celles notées dans les diverses sources possibles du droit (par exemple, la pensée sunnite, la pensée shiite, la Common Law ou le droit civil européen, hérité de la période coloniale, ou une combinaison de tout cela). Un spectre déconcertant de termes est utilisé pour décrire ces mariages, notamment comme étant « réguliers », « nuls » et « annulables ». Dans certains cas, aucun droit ne découle d'un mariage estimé non valide. Dans d'autres cas, les conséquences d'un mariage (par exemple la paternité légale de tout enfant) restent intactes. Divers termes sont également utilisés pour décrire la réparation possible en cas de mariage déclaré non valide, notamment la « nullité », « l'annulation », et même la « dissolution du mariage ».

Pour des besoins de clarté, le manuel met en perspective le statut et des mesures correctrices possibles pour les mariages qui ne remplissent pas une condition requise particulière. Par exemple, concernant les dispositions relatives aux mariages où le mahr n'est pas spécifié ou bien lorsqu'il reste impayé, voir témoins et mahr (dot), (p. 113) et autres formes de dissolution pour les femmes, (p. 287). Les dispositions relatives aux mariages contractés à des degrés prohibés (voir lexiques) ou sans témoin, sont également couvertes dans leurs sections (p. 101 et p. 113) respectivement). Toutefois, du fait de l'imbrication des questions de choix dans le mariage et de mariage forcé (étroitement liées à la capacité et au consentement) et de leur importance pour les femmes, les tendances juridiques et sociales ayant trait à ces questions (ainsi que les mesures correctrices disponibles lorsque les mariages ne remplissent pas les conditions requises en matière de capacité et de consentement) sont discutées dans une section séparée, Mariage forcé et choix dans le mariage, (p. 93).

Le mariage forcé des mineurs et les mesures correctrices pour de tels mariages (tel que, par exemple, l'option de la puberté, voir lexique) sont discutées dans le chapitre Mariage d'enfants, (p. 119). L'option de la puberté, disponible dans les lois musulmanes, permet à la femme de rejeter le mariage lorsqu'elle arrive à la maturité alors que mineure, elle a été donnée en mariage par son tuteur. Dans certains systèmes fondés sur les lois musulmanes, cette option lui permet effectivement de passer outre les souhaits de son tuteur. Toutefois là où l'ijbar (le droit du tuteur de contraindre sa pupille, même une femme adulte, à se marier) est reconnu, l'option de la puberté devient effectivement vide de sens. Ainsi, pour comprendre ce que l'on entend par mineure et aussi pour examiner un large spectre de questions relatives à la capacité et au consentement dans les mariages d'enfants, le lecteur devra lire, en plus du chapitre sur le Mariage d'enfants, le chapitre 3b sur la Capacité.

Rituels des fiançailles et du mariage

Parce que Femmes sous lois musulmanes a choisi de se concentrer dans ce manuel sur un nombre restreint de questions, les rituels des fiançailles et du mariage n'ont pas été couverts. Les sources des lois musulmanes n'ont aucune prescription religieuse spécifique concernant ces rituels, tant les lois que les pratiques varient largement. Si, dans certaines communautés, la rupture des fiançailles peut entraîner des pénalités sociales graves (allant même jusqu'à des vendettas), il est parfaitement acceptable dans d'autres communautés, de rompre des fiançailles. Certains systèmes peuvent spécifier que l'une ou l'autre partie peut y mettre fin et prévoient également un droit à réparation spécifique en cas de rupture de fiançailles entraînant une perte de biens ou un « dommage moral » pour l'une des parties (Algérie, Maroc et Tunisie). D'autres systèmes ne prévoient aucun droit de réparation explicite pour la « partie lésée », au cas où une rupture de fiançailles cause des dommages. En conséquence, le seul recours serait une action civile, ou une action en diffamation au cas où, par exemple, une allégation haineuse ou non fondée soit faite en public contre une partie, puis les fiançailles sont rompues (Pakistan, Philippines).

Les États peuvent exiger la célébration du mariage dans un lieu spécifique, devant des représentants étatiques (greffiers en charge de l'enregistrement des mariages) ; de telles prescriptions sont traitées en page 136 de la section Enregistrement et validité. Au-delà, les États ne légifèrent pas sur les rituels du mariage, sauf occasionnellement, pour contrôler les dépenses excessives. Toutefois, les communautés ont souvent des idées bien ancrées sur les rituels sans lesquels un mariage n'est pas socialement reconnu. Par exemple, une jeune femme assistée par un réseau qui devait lui permettre de quitter sa communauté afin de pouvoir épouser l'homme de son choix, était angoissée parce qu'elle estimait qu'elle ne pouvait pas se marier correctement en l'absence des femmes de sa communauté : celles-ci devaient faire se toucher sa tête et celle de son mari. Elle considérait ce rituel comme l'essence même de la validité d'une cérémonie de mariage.



ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE : CAPACITÉ

Introduction

On entend par capacité de se marier la liberté du futur époux et de la future épouse de se marier sans rencontrer d'obstacle: ils ne sont ni trop jeunes ; ni déjà mariés (à moins que la polygamie ne soit autorisée) ; ni étroitement apparentés ; là où les futurs conjoints sont de religions différentes, il n'y a pas d'interdiction à leur mariage ; et ils sont en mesure de prendre la décision de se marier sans avoir besoin de l'autorisation de leurs parents, des tribunaux ou de toute tierce partie. La capacité légale peut être assez différente de la capacité sociale. Par exemple, la législation d'un pays peut reconnaître à une femme musulmane adulte la capacité de contracter un mariage de manière indépendante, alors que la société s'attend à ce qu'elle ait l'autorisation de son wali (tuteur pour le mariage). De même, la capacité légale dans le mariage et la capacité légale générale peuvent être traitées différemment. Certaines lois peuvent reconnaître qu'une femme musulmane adulte est en mesure de s'engager dans d'autres contrats (tels que les contrats de travail ou d'affaires), tout en ne reconnaissant pas sa capacité à s'engager dans un contrat de mariage. Cette section se concentre sur l'âge et le sexe comme deux facteurs majeurs qui déterminent la capacité.³ Voir Capacité à se marier – Autres interdictions, (p. 101) pour l'examen des questions liées à la capacité relatives à la fois aux degrés d'interdiction et aux mariages avec des non-musulmans, ainsi que la p. 103 pour l'examen des questions concernant la capacité ayant trait à la polygamie. La plupart des conditions requises en matière de capacité sont étroitement liées aux questions de droit à l'intégrité physique et de liberté de choix. Toutefois, les lois du Soudan prévoient aussi que (seuls) les hommes doivent être arshad (que l'on peut traduire en gros par une personne moralement et éthiquement mûre), ce qui veut dire que la capacité est déterminée par le comportement d'un homme, plutôt que par son statut économique. La future

³ La capacité des personnes à prendre la décision autonome de se marier sans avoir toute leur raison n'est pas traitée ici dans le détail. C'est l'un des rares sujets où toutes les communautés et tous les pays musulmans ont des dispositions similaires (et où elles cadrent avec celles des sociétés non-musulmanes), qui exigent le consentement du tuteur. Un exemple en est l'article 7 du Code sur le statut personnel de la Tunisie.

épouse n'a pas de rôle dans la décision de savoir si le mari proposé répond à cette prescription.

Fixer un âge minimal

Fixer un âge au-dessous duquel une femme (et un homme) ne peut légalement prendre la décision autonome de se marier – c'est-à-dire un âge au-dessous duquel ils ne disposent pas de la capacité de prendre une telle décision – peut être une mesure à la fois protectrice et restrictive. Ce qui semble être utile pour une femme dans une situation donnée, peut ne pas l'être pour une autre femme dans une autre situation. Par exemple, les Fidjiennes âgées de moins de vingt et un ans ne peuvent pas se marier sans l'autorisation de leurs parents. Ceci pourrait être interprété comme une sorte de protection des jeunes Gambiennes contre la prise de décision peu judicieuse. Toutefois, la loi garantit également le contrôle parental sur le choix des enfants pendant quelques années après qu'ils soient devenus sexuellement actifs. Les lois iraniennes, par contre, exigent l'approbation du tribunal pour les mariages de filles âgées de moins de treize ans, mais elles sont libres de se marier au-dessus de cet âge – peut-être même contre la volonté de leurs parents. Pour comprendre comment ceci opère dans la pratique, il y a lieu d'examiner également les dispositions relatives aux walis et aux mesures correctives contre le mariage forcé (voir page 93). Actuellement, un consensus international semble fixer à dix-huit ans (pour les femmes et les hommes) l'âge minimal approprié pour le mariage, bien que manifestement, ceci soit une moyenne qui ne prend pas en compte les différences individuelles en termes de développement.

Toutefois, en règle générale, les lois qui fixent un âge minimal pour le mariage permettent aux hommes et aux femmes d'arriver à la maturité mentale et physique avant de contracter un mariage. La Convention relative aux droits de l'enfant (article 1), la Convention de 1964 relative au consentement au mariage, à l'âge minimal pour le mariage et à l'enregistrement du mariage (article 2), et la Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 19), comprennent toutes des dispositions ayant trait à la capacité pour le mariage et au droit au choix dans le mariage; et elles semblent toutes convenir du fait que dix-huit

ans est un âge minimal approprié pour le mariage (voir *Mariage d'enfants*, p. 119).

Cependant, de nombreux pays ont un mélange déroutant de lois dans lesquelles l'âge légal du passage à l'âge adulte peut varier sur diverses questions : le vote, le mariage, la majorité légale, la responsabilité pénale (notamment la responsabilité pour zina). Une telle incohérence crée des zones obscures problématiques pour les jeunes femmes et les filles qui cherchent à faire des choix indépendants dans le mariage. Du fait que nombre de parents cherchent à contrôler la sexualité de leurs filles ou à l'utiliser pour servir leurs propres intérêts sociaux et financiers, l'abaissement de l'âge de la capacité légale peut offrir aux femmes davantage d'options lorsque ceci leur permet d'éviter ce contrôle et cette manipulation. Toutefois, cet avantage doit être mis en balance, avec attention, avec les dangers du mariage des enfants. Là où les mariages précoces forcés sont une pratique courante, l'abaissement de l'âge de la capacité pour le mariage chez les filles ne peut profiter qu'aux rares d'entre elles qui sont en mesure de prendre une décision autonome, tout en portant préjudice à la majorité, qui est exposée au mariage des enfants forcé.

L'âge légal pour le mariage chez les hommes et les femmes des communautés musulmanes, diffère d'un système à l'autre. Par exemple, tant au Bangladesh qu'en République kirghize, l'âge légal est de dix-huit ans, sans exception reconnue par la loi. Dans d'autres systèmes, l'âge minimal varie de dix à vingt et un ans, ou est fixé à la puberté (qui peut être définie ou non par la loi). Le recours à la puberté pour fixer l'âge minimal au mariage pose problème. En termes médicaux, la « puberté » est un processus plutôt qu'un événement unique, spécifique, bien que la plupart des systèmes et des pratiques coutumières semblent considérer que le début des menstrues indique que la fille a atteint la puberté. Toutefois le caractère vague du terme « puberté » peut donner aux tribunaux une certaine latitude pour décider du point de savoir si l'âge approprié est atteint ou non. Au Soudan, par exemple, les tribunaux et les tuteurs ont recours à des jugements de valeur personnels pour interpréter la « puberté ». Socialement, le début de la puberté est considéré comme l'âge idéal pour le mariage et la flexibilité dans la détermination de l'âge de la « puberté » confère au wali (tuteur du mariage) la capacité de marier une fille à chaque fois qu'il décide que ce serait « pour son bien ».

Enfin, dans certains systèmes, il n'y a pas d'âge minimal du tout (la Gambie, au titre des lois coutumières et musulmanes, le Sri Lanka, pour les musulmans). Cette absence d'âge minimal ne contribuera en rien à permettre aux femmes de faire un choix là où les mariages précoces et forcés sont courants. Ces lois défavorisent également les femmes et les filles des communautés musulmanes, par rapport à celles d'autres communautés religieuses.

Certaines lois permettent des exceptions à l'âge minimal du mariage, avec l'autorisation des tribunaux. Si ces lois reconnaissent la réalité de l'activité sexuelle, elles sabotent l'un des éléments protecteurs de la législation relatif à l'âge minimal et laissent des vides juridiques qui peuvent être exploités par les familles. Le point de savoir si de telles lois de compromis opèrent en faveur ou au détriment des femmes, sera donc déterminé par référence aux pratiques.

Tendances en matière d'âge pour le mariage

En règle générale, dans la plupart des contextes musulmans, l'âge de la capacité, tant de par la loi que par la pratique, enregistre une hausse régulière vers la norme légale de dix-huit ans – et plus, là où les pressions économiques retardent le mariage. Au cours des trois dernières années, l'Algérie, la Jordanie et le Maroc n'ont pas fait de différence entre les sexes pour l'âge du mariage et l'ont rehaussé à dix-huit ans ou plus. Toutefois, au Yémen (voir encadré p. 73) et, en Ouzbékistan, l'âge du mariage a été abaissé, sous l'influence d'interprétations rétrogrades des lois musulmanes ou des pressions des fondamentalistes.

La pratique du wali limite le choix chez les femmes

Dans le contexte du mariage, le walayāt-al-jabr ou wali renvoie au tuteur pour le mariage. Dans la plupart des lois et pratiques, le wali doit être de sexe masculin (généralement le père ou le grand-père). Toutefois, au Maroc, la Moudawana amendée de 2004, permet à la femme de déléguer son pouvoir de contracter un mariage à son père ou à un membre de sa famille – dont le sexe n'est pas spécifié.

Une comparaison faite des lois qui contiennent des dispositions relatives aux walis, révèle une grande confusion sur le rôle précis de celui-ci.

Dans certains systèmes, notamment au Soudan, la notion de wali renvoie simplement à un agent ou à un représentant, une personne qui célèbre le mariage au nom d'une femme et qui transmet son consentement. En effet, le terme couramment utilisé au Soudan est wakeel (agent, ou représentant). Dans des contextes où les femmes sont confinées et séparées des hommes, il pourrait être positif pour une femme d'avoir un homme pour représenter ses intérêts lors d'une manifestation aussi publique qu'un mariage.

Dans d'autres systèmes, le wali doit consentir au mariage, ou le mariage n'est pas valide (à moins que la future épouse n'ait obtenu du tribunal l'autorisation de se marier, parce que son wali refuse de donner son consentement de manière

déraisonnable) (Algérie, Malaisie, Sri Lanka). Ainsi, quel que soit son âge, un tel système considère la femme comme n'ayant pas la capacité de prendre la décision indépendante de se marier, sur le seul motif qu'elle est une femme. Dans d'autres systèmes encore, la loi semble confuse sur le point de savoir si le wali est simplement l'agent de la femme ou s'il est doté de pouvoirs réels sur les choix de la femme (Philippines, Indonésie). Cette confusion sur le point de savoir si le wali est un simple représentant ou un tuteur ébranle toute dimension de protection que sous-entend la notion de représentation.

L'évolution des circonstances sociales, telles que la migration et la dislocation de la famille élargie, a montré la confusion des tribunaux sur la logique qui était les pratiques de wali. Par exemple, avec la dislocation des communautés au Maroc, un nombre croissant de femmes adultes s'adressaient aux tribunaux pour faire valoir qu'elles n'avaient pas de père pour agir en tant que wali ; et les tribunaux ont commencé à permettre à ces femmes de se marier par elles-mêmes ou de choisir leurs propres walis (rendu possible par un amendement de la Moudawana, en 1993, sur demande faites par les femmes). Toutefois, les tribunaux ne se sont pas expliqués sur le point de savoir pourquoi les femmes orphelines devaient avoir davantage de capacité que les autres femmes. Au Soudan, dans des circonstances similaires, le tribunal nommera un wali pour une fille vierge, et ce wali peut ne pas être apparenté à la fille. En conséquence, pour certaines femmes, le rôle du wali se réduit à une simple question de représentation car il n'a aucun contrôle social sur elle. À terme, dans la nouvelle Moudawana de 2004, le wali devient totalement facultatif dans le cadre d'un ensemble de réformes destinées à refléter l'évolution des conditions sociales. Il reste à voir dans quelle mesure le caractère facultatif du wali aidera les femmes qui ont moins de pouvoir de négociation au sein de leurs familles.

Les lois et les pratiques qui mettent en vigueur le concept de wali restreignent sérieusement l'autonomie physique et mentale des femmes. Là où ces lois et pratiques sont appliquées, les femmes des communautés musulmanes se trouvent désavantagées par rapport aux femmes d'autres communautés et par rapport aux hommes des communautés musulmanes.

Les walis jouissent d'un large contrôle sur les futures épouses dans les pays et les communautés qui suivent les écoles malikites et shafi (Afrique du Nord, la plupart des communautés musulmanes de l'Afrique de l'Ouest et Asie du Sud-est ; la Tunisie est l'exception, car, au moins dans la loi, elle a rendu le wali facultatif). À l'inverse, dans les pays et les communautés où l'école hanafi domine (Asie du Sud, à l'exception du Sri Lanka), ainsi que dans les pays où le mariage est régi par des lois laïques (Républiques d'Asie

centrale, Fidji, Sénégal, Turquie), ou où le « mariage civil » est possible pour les musulmans (Gambie, Inde et certains États du Nigeria), le wali n'est pas requis par la loi. Dans ce cas, les lois peuvent restreindre la liberté de choix de la femme en codifiant le concept de kafa'a (prescription selon laquelle les conjoints sont tenus d'avoir un statut égal, voir ci-dessous) (Égypte).

Alternatives lorsque le wali refuse le consentement

Comme nous l'avons vu, le wali peut exercer un contrôle absolu sur les choix de la future épouse ou jouer un rôle essentiellement symbolique. Ces niveaux de pouvoir différents conférés aux walis par les lois et la communauté influent considérablement sur le niveau d'autonomie dont jouissent les futures épouses, quel que soit le contexte. Par exemple, certaines communautés du Nord du Nigeria ont recours aux walis, mais ont tendance à intervenir pour persuader le wali d'accepter le choix de la femme en cas de divergence d'opinion.

Les contextes les moins avantageux sont ceux où le consentement de la femme est perçu comme étant sans importance et où un wali passer outre son refus à travers l'ijbar (processus au titre duquel un wali peut contraindre une femme à épouser une personne qu'il a choisie en soutenant que le mariage est dans l'intérêt de la femme). Lorsque l'ijbar est invoqué, la femme a peu de possibilités d'éviter le mariage. Elle peut tenter de s'opposer au choix du wali en ayant recours au concept de kafa'a (voir page 94).

Les contextes légèrement moins restrictifs sont ceux où les lois autorisent les femmes à s'adresser au tribunal lorsque le wali refuse son autorisation « pour des motifs déraisonnables ». Malheureusement, comme peu de lois définissent le terme déraisonnable, l'avenir de la femme repose entre les mains des juges qui peuvent partager les normes restrictives du wali. En Malaisie, les juges partent généralement du principe que le wali a le pouvoir d'autoriser le mariage de la femme, mais au Sri Lanka, le recours à de telles dispositions est moins fréquent. Quelle que soit la pratique judiciaire, lorsque la femme doit faire appel à un tribunal pour l'annulation de la décision de son wali, c'est à la femme qu'il revient de prouver le caractère « déraisonnable » de cette décision ; on ne part du principe que la femme a le droit au choix dans le mariage.

Le Code de la famille de l'Algérie est un exemple de législation confuse pour les femmes qui n'ont pas l'autorisation de leur père pour se marier. Dans la pratique, cette confusion opère pour priver les femmes de leur droit au choix dans le mariage. La loi spécifie que le wali ne peut pas empêcher le mariage de

sa pupille, mais dans la même phrase, elle exige de celle-ci qu'elle prouve au tribunal que le mariage est « bénéfique » (appliquant le principe du kafa'a). Un tel libellé met l'accent sur le statut économique pour déterminer au mieux si un mariage marchera ou non, et implique que la femme n'est pas la meilleure juge pour déterminer si son choix de partenaire est convenable ou non. Dans le même temps, le Code de la famille spécifie que le wali est le père ou un parent proche ou 'toute personne de son choix' (de la femme). Ceci soulève, sans la clarifier, la possibilité de choisir un wali bienveillant.

Les procédures de recherche d'alternatives sont importantes, car si elles sont complexes et imprécises, les femmes en tirent peu de profit. Manifestement, les contextes où les tribunaux eux-mêmes agissent spontanément en tant que wali ou renoncent à cette exigence offrent davantage d'options.

Quelles que soient les alternatives disponibles pour se soustraire au contrôle du wali, et même si le wali n'a de fait que peu de pouvoir, le concept de wali sert encore à garantir le contrôle patriarcal sur les choix de la femme. Il appuie de manière implicite l'idée que les femmes ne savent pas ce qui est mieux pour elles, et l'idée que ce qui est mieux pour les intérêts de la famille d'une femme est d'une certaine façon mieux pour elle. En conséquence, les questions ayant trait aux walis et à la capacité sont au cœur de certaines des affaires ayant eu, ces dernières années, le plus de retentissement à l'échelle internationale (voir p. 80), les affaires au Pakistan).

Capacité en cas de remariage

Alors que certains systèmes ne prévoient pas que la femme divorcée ou veuve ait besoin de l'autorisation d'un wali pour se remarier (Iran), d'autres systèmes ne disent rien sur cette question (par exemple, au Sri Lanka, où il y a une jurisprudence contradictoire concernant les walis et le remariage).

Tendances à davantage de choix dans le mariage

Il y a des tendances positives dans l'interprétation des lois qui régissent la capacité dans le mariage et dans de nombreux pays, les tribunaux sont de plus en plus disposés à accepter que les parents n'aient pas le droit exclusif de prendre des décisions pour leurs filles, ainsi que pour leurs fils. Ceci peut en partie être attribué à des questions économiques, car les familles n'ont plus les moyens d'entretenir leurs filles au sortir d'un mariage malheureux. En outre, les femmes sont de plus en plus conscientes de leur droit soit de se marier sans autorisation parentale, soit du moins de se rendre devant les tribunaux pour obtenir une autorisation alternative. Grâce au travail de renforcement des capacités et de sensibilisation au

sein des communautés, aux effets positifs de soutien et de solidarité par le processus d'établissement de réseaux, et aux changements sociaux fortuits entraînés par d'autres forces socioéconomiques, il y a eu une tendance générale à une renonciation au mariage forcé et à la prise en considération, par les parents du choix, des enfants. En conséquence, les problèmes ayant trait à l'autorisation parentale sont généralement en baisse, bien que dans certaines communautés, il pourrait y avoir, dans le même temps, une hausse contradictoire des « crimes d'honneur » à l'encontre des femmes qui exercent leur liberté de choix dans le mariage. Contrairement à cette tendance générale, la capacité des femmes à s'engager dans le mariage de manière indépendante est restée un terrain de lutte dans certains pays. En Algérie, une modification de dernière minute apportée aux projets d'amendement du Code de la famille (2005) a été introduite sous les pressions des fondamentalistes, et la présence du wali a été conservée comme condition pour valider le mariage d'une femme.

Évolution des tendances

La loi N° 1 de 1974 relative à la famille, du Sud Yémen socialiste, dans ses articles 7 et 11, a aboli la restriction coutumière sur le témoignage des femmes dans leur propre contrat de mariage, et en 1984, l'âge du mariage a été rehaussé à dix-huit ans pour les femmes, et à vingt ans pour les hommes.

Toutefois, à la réunification avec le Nord Yémen en 1990, et avec l'introduction de la loi du statut personnel, l'âge du mariage a été abaissé à quinze ans tant pour les femmes que pour les hommes et la prescription du wali a été réintroduite.

En Malaisie, jusqu'à l'instauration des nouvelles lois relatives à la famille, dans les années 80, si un wali refusait de donner son consentement, le droit des couples à se marier selon leur propre choix n'était pas clair. Dans certains cas tranchés, le *cadi* appliquait simplement la réglementation hanafi (alors que la Malaisie est majoritairement shafi) au titre de laquelle lorsqu'elles ont atteint la puberté, les parties peuvent contracter un mariage de leur propre choix. Dans d'autres cas, le droit de consentement était transféré au *cadi* ou au tribunal, lorsque le wali résidait à plus de deux *marhalah* (environ soixante-dix kilomètres) de là.

Bien que les jeunes couples continuent de penser que la solution face au refus de consentement du wali est de s'enfuir puis de chercher à transférer l'autorité du wali au tribunal, ceci n'est plus nécessaire. Aux fins des nouvelles lois musulmanes relatives à la famille mises en application dans l'ensemble des treize États de la Malaisie, le consentement du wali est une condition requise, mais peut être accordé par le tribunal si le wali refuse son consentement de manière déraisonnable ; et la plupart des tribunaux accordent la permission de se marier lorsque le couple est en âge de se marier ou en est proche.

LOIS : Éléments constitutifs du mariage - Capacité

Critères : Âge minimum pour se marier

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - Fixent 18 ans comme l'âge minimum pour se marier, tant pour les femmes que pour les hommes.
Les lois intermédiaires, tranche supérieure, sont celles qui :
 - Permettent des exceptions à l'âge minimum, dans une limite d'âge spécifiée.
- ☺ Les lois intermédiaires sont celles qui :
 - Permettent des exceptions à l'âge minimum, sans restriction.
 - Supposent le consentement parental pour le mariage, en dessous de 21 ans.
- ☹ Les lois qui donnent moins d'options sont celles qui :
 - Fixent un âge minimum inférieur à 15 ans pour les femmes ; ou
 - N'ont pas d'âge minimum pour le mariage.

☺ 18 ans pour les femmes ; les exceptions ne sont pas autorisées

Bangladesh : Au titre du CMRA, 1929 (amendé en 1984), l'âge minimum pour le mariage est fixé à 18 ans pour les femmes et à 21 ans pour les hommes.

République Kirghize: L'âge minimum légal pour le mariage est de 18 ans pour les hommes comme pour les femmes.

☺ 17-19 ans pour les femmes ; des exceptions sont possibles

Turquie : Au titre du Code civil amendé, l'âge du mariage a été rehaussé de 15 à 18 ans pour les femmes. Dans des circonstances exceptionnelles, l'âge minimum peut être abaissé à moins de 16 ans avec l'autorisation du tribunal.

Ouzbékistan : L'âge minimum pour le mariage est de 17 ans pour les femmes et de 18 ans pour les hommes (soit une baisse par rapport au minimum de 18 ans pour les hommes et les femmes, au titre de la législation soviétique). Aux fins de l'article 15 des Lois relatives à la famille, dans des circonstances spéciales, les autorités locales peuvent accorder l'autorisation de réduire l'âge d'un maximum d'un an.

Tadjikistan: Aux fins de l'article 12 du Code de la famille, l'âge minimum légal pour se marier est de 17 ans pour les femmes et les hommes, mais peut être abaissé d'un an au maximum dans des cas exceptionnels (par exemple si la femme est enceinte ou s'il n'y a pas de parents).

Jordanie : La loi temporaire sur le statut civil de 2003 a rehaussé l'âge du mariage à 18 ans pour les hommes et les femmes.

Maroc : Aux fins de l'article 19 du Moudawana de 2004, l'âge de la capacité matrimoniale légale est à plus de 18 ans grégoriens, soit une hausse par rapport à l'âge de 15 ans pour les femmes dans le Moudawana antérieur. Aux fins de l'article 20, un juge peut autoriser un mariage en-dessous de cet âge, mais est tenu d'établir le bien-fondé de sa décision, d'en expliquer les raisons après avoir entendu les parents ou le wali. Il fera procéder à une expertise médicale ou à une enquête sociale.

Algérie : Aux fins de l'article 7 du Code de la famille amendé de 2005, la capacité matrimoniale est considérée comme valide à plus de 19 ans pour les femmes et les hommes. Le juge peut accorder dispense d'âge aux femmes et aux hommes pour une raison d'intérêt ou dans un cas de nécessité, à la condition qu'il soit établi que les parties ont conscience du sens du mariage.

Tunisie : L'âge minimum pour se marier est de 17 ans pour les femmes et de 20 ans pour les hommes. En-dessous de ces âges, tant les femmes que les hommes doivent avoir le consentement de leur tuteur ou de leur tutrice (article 6 du Code relatif au statut personnel), ou doivent obtenir l'autorisation du tribunal, mais uniquement 'pour des raisons pressantes et dans l'intérêt bien compris des deux futurs époux (article 5 du Code relatif au statut personnel).

21 ans pour les femmes et les hommes; des exceptions sont possibles

Fidji: Au titre de la Loi relative au mariage, les parties qui se marient en-dessous de l'âge de 21 ans ont besoin du consentement parental. Si la femme a plus de 16 ans et l'homme plus de 18, les futurs époux peuvent rechercher l'autorisation écrite du Magistrat au cas où les parents refusent leur consentement de manière déraisonnable. Toutes les parties doivent être entendues.

Gambie (mariages au titre du CMA et du ChMA): Au titre des sections 7(b) de la CMA et 11 de la ChMA, l'âge minimum pour se marier, pour les hommes et les femmes, est fixé à 21 ans. Si l'un des futurs époux est âgé de moins de 21 ans, le consentement parental doit être accordé.

Indonésie : Aux fins de la Loi relative au mariage, l'âge minimum pour le mariage est de 16 ans pour les femmes et 19 ans pour les hommes. Les futurs époux âgés de moins de 21 ans ont besoin du consentement des parents.

Nigeria (mariages aux fins de la MCA): La MCA ne spécifie pas d'âge pour le mariage et il est fait recours à la législation britannique en vigueur au moment de l'incorporation coloniale au Nigeria (1960). Aux fins de cette loi, l'âge minimum pour le mariage est de 21 ans, ou de 18 ans, avec le consentement parental tant pour les hommes que pour les femmes. Toutefois, la Child Rights Act fédérale de 2003 fixe l'âge du mariage à 18 ans pour les femmes et les hommes.

16 ans pour les femmes ; des exceptions sont possibles

Sénégal : Au titre de l'article 111 du Code de la famille, l'âge minimum pour le mariage est de 16 ans pour les femmes et de 20 ans pour les hommes. Seul un juge peut autoriser un mariage en dessous de cet âge, pour des 'raisons graves' (généralement interprétées comme une grossesse). Une enquête et le consentement parental sont également nécessaires. Aux fins de l'article 138, un parent peut faire annuler un mariage lorsque l'un des conjoints n'a pas l'âge requis. Toutefois, l'article 140 stipule que le parent perd ce droit si le mariage est par la suite approuvé expressément ou tacitement ou là où, avant que les conjoints n'atteignent la majorité, les parents ont laissé s'écouler une année sans exercer l'action, après avoir pris connaissance du mariage, ou là où les conjoints ont atteint l'âge de 19 ans sans qu'il n'y ait eu de réclamation.

Pakistan : Au titre de la CMRA de 1929 (amendée par la Muslim Family Laws Ordinance, 1961), l'âge minimum du mariage est de 16 ans pour les femmes et de 18 ans pour les hommes. Au-dessus de cet âge, le droit de choix dans le mariage, pour la femme musulmane, est clairement établi par la jurisprudence, bien que les tribunaux inférieurs prononcent parfois des jugements défavorables qui sont infirmés en appel. La jurisprudence accepte que même les filles de 15 ans ont la capacité de contracter un mariage de manière indépendante, à moins qu'il ne soit établi qu'elles n'ont pas la capacité mentale de comprendre le sens du consentement. Les tribunaux ont fait valoir que si le mariage d'une femme de moins de 16 ans constituait un délit, le mariage était valide si la femme avait atteint la puberté, comme aux fins des Lois musulmanes (Behram Khan contre Mst. Akhtar Begum PLD 1952 Lahore 548; Allah Diwaya contre Mst. Kammon Mai PLD 1957 Lahore 651; Bakhshi contre Bashir Ahmed PLD 1970 SC 323; Zafar Khan contre Muhammad Ashraf Bhatti et un autre dans PLD 1975 Lahore 234).

Égypte : L'âge minimum du mariage est de 16 ans pour les femmes et de 18 ans pour les hommes. Aux fins de l'article 9 de la Loi relative au mariage, tout mariage entre époux en-dessous de l'âge de maturité a besoin d'un wali. S'il refuse le mariage, le juge décidera du point de savoir si l'objection est raisonnable.

Malaisie (sauf Perak State, voir ci-dessous) : L'âge minimum du mariage est de 16 ans pour les femmes et de 18 ans pour les hommes. Toutefois, dans certaines circonstances (non définies et donc discrétionnaires), le Juge Syar'iah peut accorder l'autorisation d'un mariage de mineurs.

Nigeria : Le Projet de loi de 1956 de l'ancienne région Est (ère coloniale, majoritairement peuplée de populations chrétiennes) fixe l'âge minimum du mariage à 16 ans. La loi est silencieuse sur les effets des mariages impliquant des époux n'ayant pas atteint l'âge minimum.

15 ans pour les femmes ; les exceptions sont possibles

Cameroun : Les femmes de moins de 15 ans et les hommes de moins de 18 ans peuvent se marier s'ils ont l'autorisation du Président de la République et de leurs parents. L'absence d'autorisation rend le mariage annulable, c'est-à-dire que ceci peut être rectifié si l'autorisation est accordée ultérieurement.

Moins de 15 ans pour les filles

Iran : Aux fins de l'article 1041, le mariage avant l'âge de la puberté est interdit. Un amendement de 2003 à l'article 1210 rehaussait l'âge du mariage de 9 années lunaires pleines à 13 années solaires. Le mariage d'une femme âgée de moins de 13 ans et d'un homme de moins de 15 ans nécessite l'approbation du tribunal.

Nigeria : La Native Authority (Declaration of Idoma Native Marriage Law and Custom) Order S. 49(3) de 1959 (une loi coloniale dans un État à majorité chrétienne) fixe l'âge minimum pour le mariage à 12 ans.

☹ Puberté chez les femmes

Nigeria : Dans les États de Kano et Sokoto States (dont la majeure partie de la population est musulmane), l'âge minimum du mariage est celui de la puberté.

Philippines: aux fins de la CMPL, l'âge minimum pour le mariage est fixé à la puberté pour les femmes et à 15 ans pour les hommes. Une femme est supposée être arrivée à la puberté à l'âge de 15 ans. Le tribunal de District Shari'a peut, à la demande d'un wali adéquat, ordonner la célébration d'un mariage dans lequel la future épouse a atteint la puberté mais a moins de 15 ans, mais pas moins de 12 ans. Le consentement du wali adéquat est suffisant pour la validité du mariage.

Soudan : L'âge pour se marier est de 10 ans ou à la puberté pour les filles.

Pas d'âge minimum fixé pour le mariage

Sri Lanka : Il n'y a pas d'âge minimum fixé pour le mariage des musulmans, mais le mariage d'une fille de moins de 12 ans nécessite l'autorisation d'un quazi (juge d'un tribunal musulman). Toutefois, les rapports sexuels entre un adulte et une enfant âgée de moins de 12 ans étant considérés comme un viol de mineure, la loi limite effectivement les mariages d'enfants de moins de 12 ans.

Gambie : La loi est imprécise. Aux fins de la Constitution de 1997, les hommes et les femmes majeurs et ayant la pleine capacité sont habilités à se marier et à constituer une famille, mais la majorité et la pleine capacité ne sont pas définies dans la loi. La MCA de 1986 (chap. 43) est silencieuse sur l'âge minimum du mariage, mais rend un mariage nul lorsque les parties ne sont pas en âge de se marier. La reconnaissance du droit coutumier est source de complications supplémentaires. Aux fins de la section 7(e) de la Constitution de 1997, les lois de la Gambie comprennent à la fois la législation constitutionnelle et les lois coutumières.

Malaisie (Perak State) : Il n'y a pas d'âge minimum pour le mariage.

LOIS : Capacité matrimoniale des femmes

Critères

- ☺ Les lois qui donnent davantage d'options sont celles qui :
 - ne nécessitent pas de wali.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - nécessitent un wali, mais offrent à la femme un moyen de contester un « refus déraisonnable » ; ou
 - nécessitent un wali mais ont des dispositions contradictoires eu égard à des alternatives.
- ☺ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - considèrent comme non valide un mariage sans wali et n'offrent aucune alternative.

☺ Le wali n'est pas requis

Lois non-musulmanes : **Cameroun** (mariages au titre du CSO, Civil Code, 1981),

Fidji, Gambie (mariages au titre de la CMA (Cap. 41:02), MCA (Cap. 43), Nigeria (mariages au titre de la MCA), **Turquie, Ouzbékistan, République kirghize**. En République Kirghize, aux fins de l'article 155 de la CrC, s'opposer à un mariage est un délit.

Jurisprudence hanafi : **Sri Lanka** (le wali n'est pas requis pour les femmes hanafi ayant atteint la puberté), **Bangladesh, Pakistan**.

Tunisie : Aux fins de l'article 9 du Code du statut personnel, l'époux comme l'épouse ont le droit de contracter leur mariage par eux-mêmes, ou de désigner des représentants. Aux fins de l'article 3 ayant trait à la validité, le consentement du wali n'est pas exigé.

Maroc : Au titre de l'article 25 de la Moudawana de 2004, une femme ayant atteint la majorité légale peut conclure un mariage par elle-même ou déléguer ce pouvoir à son père ou à un membre de sa famille.

☺ Le wali est nécessaire ; des mécanismes existent pour des alternatives

Égypte : Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'avoir un wali, un mariage peut être autorisé par le tribunal si le wali refuse. Le wali ne peut pas empêcher un mariage au motif du montant du mahr ou du statut social (une référence apparente au kafa'a).

Iran : Au titre de l'article 1043 du Code civil, la future épouse, quel que soit son âge et si elle est vierge, doit avoir le consentement de son père ou de son grand-père pour se marier. Toutefois, une fille âgée de plus de treize ans peut demander au tribunal l'autorisation de se marier, malgré l'opposition de son wali, si le mariage est dans son intérêt.

Malaisie : Au titre de la section 37(b) de la loi territoriale fédérale, empêcher une femme âgée de seize ans ou un homme âgé de dix-huit ans de contracter un mariage valide est un délit, passible d'une amende de six mois d'emprisonnement, ou des deux. La section 7 reconnaît le consentement du wali comme élément constitutif d'un mariage valide. Toutefois, la section 3 de la loi accorde une dispense du consentement du wali et prévoit le consentement du tribunal s'il y a des raisons valables d'accorder la dispense, « après une enquête ».

Philippines : Au titre de l'article 15(c) de la CMPL, le tuteur adéquat dans un mariage (wali) doit donner son consentement, à la suite de quoi, la proposition et l'acceptation doivent se faire en présence de témoins. La CMPL prévoit le consentement des parties contractantes, mais le consentement est donné par l'intermédiaire d'un wali. Aux fins de l'article 18, l'autorité du wali est requise pour la célébration, mais la CMPL ne fait pas état de l'effet du non-respect des obligations. La CMPL reconnaît toutes les quatre écoles sunnites et donc théoriquement une femme hanafi ne devrait pas être tenue d'avoir un wali. Pour le moment, il n'y a pas eu d'affaires sur cette question portées devant les tribunaux.

Sri Lanka : Aux fins de la MMDA, les musulmans sont régis par la loi de leur secte. L'article 25(1) de la MMDA stipule que le mariage d'une femme shafi de n'importe quel âge, en violation de l'obligation d'obtenir le consentement du wali, n'est pas valide. Toutefois, l'article 47(2) permet à la femme dont le wali refuse de consentir à son mariage sans motif raisonnables de demander à un cadî de l'autoriser à se marier. Lorsqu'une enquête est menée par le cadî et que l'ordonnance prise autorise la femme à se marier sans l'autorisation du wali, une attestation permettant l'enregistrement du mariage est délivrée après un délai de dix jours suivant l'ordonnance (pour permettre au wali de faire appel).

Soudan : Au Soudan, le wali est davantage un agent qu'un tuteur et il porte le nom de 'wakeel'. Aux fins de la section 25 de la MPLA de 1991, le mariage sans un agent de sexe masculin (wakeel) est considéré comme nul. La section 32 de la MPLA classe les tuteurs en fonction de leurs liens de sang. Il n'est toutefois pas obligatoire que l'agent soit apparenté à la future épouse. Les veuves et les divorcées n'ont pas besoin d'un wakeel. Les vierges ont besoin d'un agent mais il n'est pas nécessaire que ce soit un membre de la famille.

Il est nécessaire d'avoir un wali ; les mécanismes alternatifs ne sont pas clairs

Algérie : Aux fins de l'article 11 du Code de la famille, une femme doit contracter son mariage en présence de son wali, qui est son père, un parent proche ou toute autre personne de son choix. Ceci impliquerait que la notion de wali est plus proche de celle d'agent que de tuteur. Toutefois, l'article 12 est resté non amendé et bien qu'un juge puisse autoriser un mariage contre la volonté du wali, il est demandé à la femme de prouver que le mariage est bénéfique. Ceci introduit le concept de kafa'a.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Il est nécessaire d'avoir un wali (textes de référence issus de la législation musulmane utilisés par les tribunaux de la charia). Les textes ne spécifient ni l'âge ni les circonstances dans lesquelles une femme n'a plus besoin d'un wali et ils ne proposent pas d'alternatives lorsque le wali refuse de donner son autorisation. Toutefois, la jurisprudence indique que la notion de wali est plus proche de celle d'agent que de tuteur et que d'autres hommes de la famille peuvent faire office de wali.

⊗ **Indonésie** : Au titre de l'article 14 de la KHI, la présence du wali des deux parties est l'une des conditions au mariage. Le certificat de mariage pour les mariages musulmans nécessite la signature du wali ou d'un représentant. Il n'y a pas de procédure spécifiée, en cas de refus de wali de donner son consentement. Il n'y a pas d'assouplissement de l'exigence d'un wali pour les femmes hanafi. Toutefois, la jurisprudence montre des cas où les femmes ont obtenu du tribunal qu'il agisse en tant que wali, lorsque le père refusait d'autoriser une femme adulte à se marier de son propre chef (Décision N°. 40/Pdt.P/1999/PA.Btl.).

MISE EN ŒUVRE

Dérogation aux prescriptions relatives à l'âge

Algérie : Prenant en compte la situation sociale des parties, les juges accordent généralement une dérogation aux restrictions relatives à l'âge en cas de grossesse.

Capacité des femmes âgées de quinze à dix-huit ans de contracter un mariage

Bangladesh : Il y a des cas de jurisprudence contradictoire sur la capacité des musulmanes âgées de quinze à dix-huit ans de contracter un mariage valide. Même lorsqu'il y a un consentement clair et un document de mariage valide, la pratique judiciaire courante est d'envoyer de force les femmes âgées de moins de dix-huit ans, qui se sont mariées contre la volonté de leurs parents, dans des centres d'accueil ou en détention préventive, en attendant une décision à leur sujet, ou même jusqu'à ce qu'elles atteignent la majorité plutôt que de leur permettre de rester avec leur mari. Les tribunaux semblent se préoccuper essentiellement de la notion de femmes et de filles « mineures » et en conséquence, de la nécessité de les placer « en détention » soit auprès de leurs parents (Sukhendra Chandra Das c Secretary, Home Ministry 42 DLR 1990 79) soit auprès de tierces parties neutres, et notamment, dans les cas extrêmes, les autorités pénitentiaires (Khairunnessa contre Illy Begum 48 DLR, AD, 1996, 67). Les cas où des femmes âgées de quinze à dix-huit ans ont été autorisées à se marier sans le consentement parental comprennent l'affaire Ananda Mohan Bannerjee contre The State 35 DLR 1983, 315.

Droit du parent de s'opposer à un mariage

Fidji : Dans l'affaire R. contre Registrar General: ex-parte Abdul Hamid, Court of Appeal case 386/1985, le tribunal a statué que le vice de procédure commis par le tribunal inférieur, qui n'avait pas donné au père l'occasion d'être entendu (lorsqu'il s'était opposé au mariage), ne rendait pas nul le mariage de son fils musulman.

Capacité des musulmanes adultes de contracter un mariage

Pakistan : Les tribunaux inférieurs décident parfois qu'une femme musulmane a besoin d'autorisation parentale pour se marier, mais les tribunaux supérieurs soutiennent systématiquement le droit d'une femme musulmane adulte de choisir dans le mariage. (Mst. Humera Mehmood contre The State and others PLD 1999 Lahore 494), même si le père se

prétend malikite (Hafi z Abdul Waheed contre Miss Asma Jehangir and another PLD 1997 Lahore 301).

Dérogations aux prescriptions en matière de wali

Algérie : Les tribunaux accordent généralement aux veuves et aux divorcées une dérogation à l'obligation d'avoir un wali.

Sri Lanka : La jurisprudence est contradictoire sur l'obligation pour les veuves et les divorcées non-hanafi d'avoir l'autorisation du wali en cas de remariage. Dans l'affaire Rahuman contre Yasin 1941 2 MMDR 128, il a été soutenu que pour une femme adulte thayyib (qui a déjà été mariée), le wali ne repose que sur la notion d'agent plutôt que de tuteur. Dans l'affaire Rhode Rhyde contre Ibrahim 1951 3 MMDR 130, il a été décidé qu'une thayyiba devait obtenir le consentement d'un tuteur.

Malaisie : Dans l'affaire Azizah contre Mat (1976) 2 Jurnal Hukum 251, le père d'une jeune femme refusait de donner son consentement à son mariage, souhaitant qu'elle gagne d'abord sa vie. Lorsqu'elle en a fait la demande à l'officier d'état civil, ce dernier a transféré la tutelle du mariage à un wali raja (c'est-à-dire au tribunal). Le père a été autorisé à apporter des preuves, et il est apparu que son refus de donner son consentement reposait sur le fait qu'il souhaitait recevoir une compensation pour son entretien. Le consentement au mariage avait été accordé par le tribunal.

PRATIQUES

Concernant les tendances pour l'âge du mariage, voir Mariage d'enfants, (p. 119).

Le Wali dispose de pouvoirs limités

Nigeria Nord : Bien que le wali soit considéré comme étant nécessaire, les femmes qui cherchent à se marier contre la volonté de leurs parents peuvent généralement mobiliser la pression communautaire pour convaincre le wali. On sait également que des femmes sont en mesure de convaincre un autre homme de la famille (un grand frère ou un oncle) à tenir le rôle de wali.

Le mariage nécessite l'approbation parentale

Gambie, Philippines, Soudan et Asie centrale : Dans les communautés musulmanes, le mariage nécessite l'approbation parentale qui est perçue comme étant le consentement du père. Le choix des femmes dans le mariage est particulièrement restreint par les attitudes socioculturelles traditionnelles qui imposent diverses restrictions au choix d'un

époux par la femme. Toutefois, de plus en plus, en particulier dans les communautés urbaines, les parents autorisent à présent leurs filles de choisir leurs partenaires, avec leur orientation.

Asie centrale : La norme socialement acceptée qui veut que les femmes se marient dès qu'elles ont atteint l'âge minimum légal (dix-huit ans) renforce le contrôle parental sur les choix des femmes au mariage. La possibilité légale de se marier, dès seize ans, est en contradiction avec la prescription de douze années d'éducation obligatoire. Les pères arrangent souvent une union dans leurs propres intérêts, et lorsque les pères ont des divergences, le couple est tenu de divorcer.

Gambie : Pour les femmes de tout âge, le consentement parental est obligatoire, mais les hommes adultes peuvent contracter un mariage valide sans consentement parental. La raison avancée pour cette inégalité est que le paiement du prix de la mariée, un élément fondamental dans la cérémonie de mariage, ne peut être versé de manière adéquate sans le consentement de la famille de la future épouse.

Philippines : Bien que la loi autorise les femmes hanafi à se marier sans un wali, dans la pratique, tous les mariages sont célébrés par l'intermédiaire d'un wali.

Sanction extrême contre le choix dans le mariage

Inde, Pakistan, Communautés palestiniennes en Israël, Turquie : Les couples ont recours à la pression communautaire et familiale pour disposer d'une marge de manœuvre pour le choix matrimonial. Si l'opposition parentale persiste et les époux restent mariés, des crimes d'honneur peuvent survenir (constatés dans toutes les communautés et classes).

Pakistan : Les familles qui s'opposent aux choix matrimoniaux de leurs enfants ont recours à diverses dispositions pénales qui font à présent partie de la zina (Enforcement of Hudoob) Ordinance de 1979 pour bloquer ces mariages. Dans la plupart des cas, les parents portent plainte pour enlèvement contre l'époux et amènent la femme à témoigner contre l'homme qu'elle a choisi d'épouser. Même si elle déclare qu'elle n'a pas été enlevée et que l'époux soutient l'avoir épousée, les époux sont tenus de prouver que leur mariage est valide, sinon, ils risquent d'être poursuivis pour infractions graves, car toute relation sexuelle en dehors du mariage est un délit sérieux. Les personnes qui se marient selon leur propre choix rencontrent des problèmes pour enregistrer leurs mariages. Et bien que le non enregistrement du mariage n'invalide pas le mariage, le défaut d'enregistrement peut soulever des doutes sur l'existence même du mariage, ce qui peut rendre l'accusation d'enlèvement difficile à contester.

Turquie : Les crimes d'honneur existent parallèlement à une indépendance considérable dans les choix matrimoniaux. Une

enquête (voir Canan, 1997) révèle que 54% des femmes avaient rencontré leur époux et s'étaient mariées indépendamment de leurs familles.

Les femmes shafi changent de secte pour éviter la prescription du wali

Sri Lanka : Des femmes shafi changent de secte pour se marier sans l'autorisation d'un wali. Nombre de femmes ne sont pas conscientes du fait que la loi autorise le cadi à accorder cette autorisation en cas d'opposition du wali. Même lorsqu'elles ont connaissance de la loi, les femmes peuvent choisir de changer de secte par une déclaration sous serment, car cette démarche prend moins de temps et qu'elle est moins difficile que de demander l'autorisation du cadi. La MWRAF a constaté qu'entre 1989 et 1994, la Kandy Cadi avait reçu cent demandes de wali mais n'avait délivré que vingt-cinq permis. Si un permis est refusé, les parties se rendent auprès d'un autre cadi pour en obtenir un. Certains couples musulmans se sont mariés dans le cadre du droit général pour éviter la prescription de wali, mais leurs mariages ne sont pas valides parce que les musulmans doivent se marier selon la MMDA.

Amis faisant office d'agents au nom de la future épouse

Soudan : Lorsque le wali fait office d'agent et non de tuteur, et lorsque la loi autorise une personne qui n'est pas membre de la famille à faire office de wakeel, la femme qui choisit un époux contre la volonté de son wali peut (et cela arrive souvent) obtenir d'un ami ou d'un membre compréhensif de la famille qu'il agisse en tant que représentant pour son contrat de mariage.

Les forces sociales s'affrontent sur le droit de choisir dans le mariage

La question du droit de la femme à exercer son choix dans le mariage fait de plus en plus l'objet de confrontations publiques entre deux forces sociales contradictoires au Pakistan. Il y a toujours eu une résistance au droit des femmes de contracter un mariage contre la volonté de leurs familles. Toutefois, au cours des deux dernières décennies, il y a eu d'une part une hausse du nombre de femmes contractant un mariage de leur choix ; et d'autre part, une résistance plus forte de leurs familles, encouragée par les lois discriminatoires et l'approche sexiste des organismes chargés de les faire respecter.

Ces tendances ressortaient clairement dans deux affaires hautement médiatisées qui ont eu lieu dans les années 90, impliquant les filles de familles importantes, Saima Waheed et Humaira Butt. Ces familles s'étaient heurtées de toute leur puissance politique et sociale à leurs filles et aux associations féminines et de droits humains vers lesquelles celles-ci s'étaient tournées. Dans le passé, lorsque la fille d'une famille influente contractait un mariage de son choix, la famille évitait généralement d'intenter une action en justice. Mais aujourd'hui, l'essor du conservatisme social a rendu beaucoup plus facile la mobilisation du système judiciaire et de la police en faveur de ces familles et les a encouragées à intenter d'interminables poursuites judiciaires contre leurs filles. Dans le même temps, la résistance organisée à l'oppression des femmes s'est accrue. Il en résulte que si dans le passé de telles affaires impliquaient des individus qui s'opposaient l'un à l'autre, aujourd'hui on voit, dans le cadre de telles affaires, des familles puissantes qui non seulement tentent d'ébranler la crédibilité des associations de droits humains, de manipuler la presse et de calomnier les avocats favorables à leurs filles, voire même de lancer des attaques physiques contre les bureaux et les centres d'accueil de ces organisations.

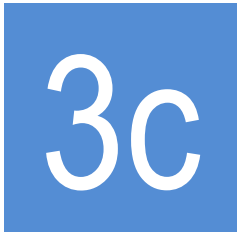
Avant l'introduction de la Zina (Enforcement of Hood) Ordinance de 1979, en règle générale, les familles portaient plainte pour enlèvement contre le mari de leur fille, ou présentaient une demande d'*habeas corpus*, en accusant l'homme de séquestration et/ou en niant l'existence d'un mariage valide. Préalablement à 1979, la fornication n'était pas un délit, mais avec l'introduction de la Zina Ordinance et des fortes pénalités qu'elle impose pour tous actes sexuels en dehors d'un mariage valide, il est indéniable que la pression exercée sur les couples qui contractent un mariage de leur choix se fait de plus en plus forte. En raison de la gravité du délit de zina aux yeux de la loi et du fait qu'il s'agit à présent d'un délit contre l'État, des agences étatiques telles que la police sont automatiquement impliquées dans les poursuites contre le couple.

Saima Waheed avait contracté un mariage contre la volonté de sa puissante famille d'industriels, qui avait des liens forts avec les groupes religieux conservateurs et les madrassas (écoles religieuses). Ces groupes avaient soutenu qu'en tant que femme musulmane, elle n'avait pas le droit de contracter un mariage contre la volonté de son père et qu'elle était tenue d'obéir à sa famille. Humaira Butt avait également contracté mariage contre la volonté de son père, un membre de l'Assemblée provinciale. Toutefois, dans son cas, sa famille avait soutenu qu'elle était déjà mariée à un cousin et que le mariage qu'elle venait de contracter n'était donc pas valide. Dans les deux cas, après de longues batailles juridiques, la jurisprudence existante, qui acceptait le droit d'une femme musulmane adulte

de contracter un mariage de son propre choix, avait été reconnue fondée (Hafi z Abdul Waheed v Miss Asma Jehangir and another PLD 1997 Lahore 301; Mst. Humera Mehmood v The State and others PLD 1999 Lahore 494).

Les liens forts et la forte coopération entre les associations locales féminines et de droits humains qui appuyaient Saima et Humaira étaient des facteurs majeurs du succès remporté par ces deux affaires. À un stade, Humaira avait de fait été enlevée par la police d'un centre d'accueil respecté dans une autre province où elle avait trouvé refuge. La police espérait manifestement la ramener dans sa province d'origine où les autorités locales pouvaient être influencées de manière plus étroite par son père. Des préoccupations sérieuses avaient été formulées concernant sa sécurité. Toutefois, la réaction rapide des associations, leur capacité à activer un réseau à travers le pays et la dénonciation publique de l'attaque contre le centre d'accueil avaient garanti qu'aucun mal ne lui serait fait à l'avenir.

Dans le cas de Saima, sa famille avait tenté de contourner la loi établie du Pakistan sur le droit d'une femme musulmane adulte de contracter un mariage de son choix, en faisant valoir que le père était maliki et qu'à ce titre, sa fille n'était pas en mesure de se marier sans l'autorisation de son wali. C'était peut-être la première fois qu'une affaire se concentrait de manière publique sur la question des différences d'interprétation des lois musulmanes par diverses sectes plutôt que sur le droit pakistanais. Les avocats de Saima avaient été en mesure d'utiliser leurs liens avec d'autres groupes pour mobiliser des interprétations, des opinions et des jugements venant des quatre coins du monde pour appuyer leur réponse, à savoir que Saima, en tant que femme musulmane adulte, n'avait pas besoin de l'autorisation de son wali.



ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE : CONSENTEMENT

Introduction

Tant les lois musulmanes que les lois fondées sur d'autres sources considèrent le consentement comme un élément constitutif d'un mariage valide. Du fait qu'elles définissent un mariage musulman comme un contrat entre époux, les lois musulmanes stipulent généralement qu'il devrait y avoir une offre et une acceptation des termes et des conditions du contrat par les parties en une séance.

Toutefois, les lois et coutumes privent souvent les femmes d'un rôle actif dans le processus d'établissement du contrat en ne prévoient pas de mécanismes de procédure qui garantissent que la femme donne son consentement librement, en connaissance de cause. Ce rôle passif expose la femme au mariage forcé. En effet, quelques systèmes fondés sur les lois musulmanes autorisent directement un wali (tuteur du mariage) à contraindre sa pupille au mariage, dans le cadre du concept de l'ijbar (contrainte dans le mariage).

Bien que le pouvoir de ijbar soit limité par la condition générale selon laquelle le mariage doit être « pour le bien » de la femme, le fait même que la loi permette que l'on aille à l'encontre du consentement de la femme et que ce ne soit pas à elle (mais au tribunal) de décider si ceci est justifié ou non, renforce incontestablement les attitudes sociales qui partent du principe que les hommes de la famille sont tous puissants pour décider des options matrimoniales de la femme.

Bien que les hommes puissent être forcés à se marier, les implications du mariage forcé ne sont généralement pas aussi extrêmes pour les hommes que pour les femmes parce que ceux-ci ont souvent davantage accès au divorce (en particulier là où le talaq est reconnu et qu'ils ne sont pas exposés à la vulnérabilité physique dans leur relation avec leur(s) épouse(s) (car ils ne sont exposés ni à la grossesse, ni au viol conjugal).

Pour être significatif dans la pratique, le consentement doit être en connaissance de cause, et ne pas être donné sous une forme quelconque de pression mentale ou physique. Nous devons veiller à établir une distinction entre les mariages arrangés, où la femme peut consentir à un choix fait par ses parents, et les mariages forcés, où le mariage est contracté contre la volonté de la femme. La prescription du consentement protège la femme contre le mariage forcé. Une femme adulte doit déterminer par elle-même si son mariage lui

a été imposé ou non. Cette section ne traite pas de la question du mariage forcé des mineures, parce que des dispositions et des options très différentes s'appliquent aux mineures (voir Mariage d'enfants, p. 123 et p. 129). La revendication par la femme de son droit individuel au consentement est souvent perçue comme une violation du droit collectif communautaire de déterminer qui les femmes de la communauté épouseront. En transgressant les frontières dans le mariage, les femmes peuvent contester l'ordre social existant. Souvent, le conflit entre une femme qui revendique ses droits et ses pouvoirs au sein de sa communauté, qui cherche à la priver de ces droits, est qualifié, au sein de la communauté et dans les tribunaux, de conflit entre les valeurs « modernes » ou « occidentales » et « traditionnelles » ou « musulmanes ». Une telle caractérisation stéréotypée ignore délibérément le fait que les valeurs évoluent et que les lois musulmanes invalide un mariage célébré sans consentement. Les stratégies de contestation de cet étiquetage « Orient contre Occident » a mis l'accent sur une perspective des droits humains dans certains contextes (renvoyant de temps en temps aux instruments internationaux de droits humains), alors que dans d'autres contextes, elles ont mis l'accent sur la justice sociale comme but dans les sociétés musulmanes. Une stratégie additionnelle a été de mettre en évidence les conséquences négatives probables subies par une communauté ou des parents qui engagent leurs enfants dans un mariage forcé. Ces conséquences comprennent le fardeau économique d'avoir à entretenir une fille au sortir d'un mariage malheureux.

Lois qui exigent ou facilitent le consentement de la femme

Dans les pays où il y a des lois parallèles, les dispositions relatives au consentement octroient souvent des droits différents à différentes femmes, en fonction de la législation au titre de laquelle elles se marient. Les lois qui ne reposent pas sur le droit musulman prévoient souvent davantage de marge pour le consentement, parce qu'elles ne reconnaissent pas le concept de wali. En conséquence, de telles lois exigent clairement le consentement de la femme elle-même. Naturellement, même lorsque la loi suppose le consentement formel de la femme, ceci ne garantit pas qu'il n'y aura pas de mariage forcé.

Les lois qui à la fois invalident clairement les mariages sans consentement des deux conjoints et qui spécifient des pénalités contre ceux qui imposent un mariage forcé sont celles qui offrent le plus d'options (Turquie, Tanzanie et Tunisie). La Tanzanie a pris des mesures positives pour renforcer de telles dispositions en détaillant dans le texte ce que l'on ne peut qualifier de consentement et en spécifiant dans la même loi la sanction qui sera appliquée en cas de violation. De plus, les lois peuvent encourager la participation de la future épouse en incluant la condition selon laquelle celle-ci doit indiquer son consentement dans le contrat standard et/ou dans les formulaires d'enregistrement du mariage. Au Bangladesh et au Pakistan, par exemple, le contrat de mariage standard reconnaît que la femme est plus exposée au mariage forcé en exigeant la signature de la future épouse alors qu'un mandataire peut signer le contrat à la place du futur époux.

Importance de la procédure

La matière dont le consentement est formulé et à qui il est formulé indique l'importance accordée à la question du consentement dans un contexte donné. Si le texte effectif d'une loi accepte le silence comme consentement et n'exige pas la présence de la femme à la cérémonie (Mauritanie, Soudan), cette loi offre généralement moins de protection à la femme qu'une loi ou une pratique qui oblige la femme à dire 'Oui' à haute voix devant un officier d'état civil (Code civil turc et jurisprudence en Tunisie) (voir également Enregistrement et validité, p. 135).

Toutefois, toutes les dispositions de ce type ne peuvent empêcher la coercition mentale et physique et les activistes ont constaté que les mesures juridiques 'protectrices' ont des limites que seul l'activisme social peut prendre en compte. De plus, il y a lieu de se demander à quoi la future épouse consent. La loi ou la coutume prévoit-elle que les termes et conditions du contrat de mariage soient lues à haute voix à la future épouse, afin qu'elle soit consciente de ses droits et responsabilités et qu'elle soit en mesure de donner son consentement en connaissance de cause ? Par exemple, est-elle informée (là où le système le prévoit) du fait qu'il y a dans le contrat un espace où elle pourrait ajouter ses propres conditions (voir Droits et responsabilités négociés, p. 167) ? Ce renseignement est d'une importance particulière dans les contextes où les femmes peuvent être exclues des négociations ayant trait aux conditions (financières et autres) de leurs contrats de mariage.

Résister au mariage forcé

Il y a un certain nombre de facteurs qui peuvent rendre particulièrement difficile la résistance au mariage forcé, en particulier pour les jeunes femmes. Ces facteurs comprennent des questions de mobilité, le manque de réseaux de soutien économique et social pour les femmes, en dehors de la famille et de la communauté immédiate, et les problèmes particuliers que les femmes peuvent rencontrer dans l'accès aux systèmes judiciaires formels et informels. C'est pour cela qu'il est important d'examiner les options offertes par le droit formel pour empêcher le mariage forcé ou pour garantir que le mariage est par la suite déclaré non valide et que ceux qui ont noué le mariage sont punis.

Dans la pratique, la force des mesures légales destinées à garantir le consentement est souvent étroitement liée à l'âge légal du mariage. Bien que même les femmes plus âgées ayant un revenu puissent avoir des difficultés à résister à un mariage forcé, les jeunes femmes en particulier rencontrent des difficultés à affirmer leur droit au consentement.

Là où le mariage forcé persiste

De nombreuses lois ayant trait au consentement et au mariage forcé sont contradictoires, ou sont sapées par une interprétation juridique (essentiellement masculine). Cette absence de protection juridique reflète la perception persistant de la femme comme propriété de leurs familles.

Par exemple, les lois musulmanes étatiques relatives à la famille en Malaisie (qui reconnaît l'*ijbar*) reposent manifestement sur l'hypothèse selon laquelle le wali se préoccupe essentiellement du meilleur intérêt. De telles lois partent du principe que les femmes, en particulier les jeunes femmes, ne savent pas ce qui est bien pour elles. La compatibilité (*kafa'a*) avec le futur époux choisi ne dépend pas du choix personnel de la future épouse, mais de critères juridiques. Néanmoins, le mariage forcé n'est pas pratiqué en Malaisie et à Singapour, parce que d'autres aspects des lois et des attitudes sociales empêchent de tels mariages. Les seules circonstances dans lesquelles un couple peut être 'forcé' à se marier ce sont celles où le couple a eu des relations sexuelles avant le mariage et où la femme est enceinte. Dans la plupart des cas, ils sont tenus de se marier à moins que la femme ne subisse un avortement.

Les violations coutumières du droit de la femme au consentement peuvent survenir dans un large spectre de situations et avec des justifications diverses. Dans certaines communautés, le non-respect du consentement de la femme peut se justifier au motif que la famille se préoccupe simplement de sa sécurité économique et qu'elle marie la fille à une personne considérée comme économiquement sûre. Les activistes ripostent qu'une telle justification ignore le fait

que nombre de femmes sont économiquement indépendantes, et sont employées en dehors du foyer.

Dans d'autres contextes, les femmes peuvent être vendues comme prostituées à travers de faux contrats de mariage. Là où il existe toujours des structures féodales/tribales, il peut y avoir un recours à l'échange de femmes comme moyen de régler des querelles. La Cour suprême du Pakistan a rejeté cette pratique. Dans une affaire portée devant le tribunal en juillet 2002, huit femmes avaient été offertes, avec de l'argent, en compensation d'un nombre non spécifié de meurtres. La Cour suprême a pris des mesures *suo moto* (d'office) et l'administration a renvoyé les femmes au sein de leurs familles. Dans une autre affaire, la Haute cour de Peshawar a déclaré qu'il était illicite de donner une femme en mariage dans le cadre du règlement d'un conflit (une pratique connue sous le nom de *swara*) et que les mariages qui en résultent peuvent être considérés comme non valides (Journal Jang, 30 novembre 2000).

D'autres groupes sociaux traitent les femmes comme un bien en autorisant le frère d'un mari décédé à « hériter » de la veuve (techniquement ceci est appelé « lévirat »). Cette pratique est constatée dans certaines parties de l'Afrique francophone, en Gambie, au Nigeria, dans les communautés palestiniennes, au Pakistan et au Sud Soudan. Alors que les populations du Nigeria abandonnent cette tradition, il y a toujours des cas de lévirat. Si elle refuse de se marier avec son beau-frère, l'épouse doit renoncer à ses droits à l'entretien et à l'héritage, ainsi qu'à ses enfants. Dans le même temps, les populations en Gambie adoptent de plus en plus la pratique et la justifient par rapport à la religion et à l'idée que la famille devrait « rester soudée ». Au Soudan, une logique similaire s'applique lorsqu'au décès de l'épouse, la famille insiste pour que son mari épouse la sœur de la femme décédée. Dans certains cas, elle peut même être une contrainte.

Le mariage forcé imposé par les membres de la famille est-il un délit ?

Dans un certain nombre de pays, tant l'enlèvement de femmes pour le mariage que la traite de femmes sont des infractions pénales.

Au Bangladesh, en Inde et au Pakistan, diverses sections du Code pénal 1860 d'avant l'indépendance (sections 361, 363, 365, 366, 368) criminalisaient l'enlèvement « d'une femme dans l'intention de la contraindre, ou en sachant qu'elle était susceptible d'être contrainte, à se marier contre son gré, ou afin de la contraindre ou de l'inciter à des rapports sexuels illicites ». Même le fait de faire venir dans le pays une femme/fille âgée de moins de 21 ans est une infraction, si cela est fait dans l'intention de la contraindre ou de l'inciter à des rapports sexuels illicites. Au Pakistan, la section 366 a été remplacée par la section 11 de la Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance de 1979, qui utilise pratiquement le même libellé et qui mentionne spécifiquement le recours à l'intimidation criminelle ou à l'abus d'autorité ou à toute autre méthode de contrainte. Les pénalités sont graves dans tous les trois pays, notamment la possibilité de l'emprisonnement à vie et de lourdes amendes.

À ce jour, les tribunaux n'ont pris en considération que les dispositions qui s'appliquent à l'enlèvement de femmes par des étrangers ou par des personnes n'appartenant pas à la famille (on y a souvent recours lorsqu'une femme quitte la maison familiale volontairement, avec un homme de son choix). Il est paradoxal que des dispositions censées protéger les femmes contre le mariage forcé avec des étrangers - enlèvement - soient dans la pratique utilisées par les familles pour empêcher le mariage par choix. Dans le cas du mariage forcé d'une femme adulte, son seul recours est de déposer une plainte pour réclusion illégale contre ceux qui la détiennent. La réparation la plus courante est recherchée à travers une pétition d'*habeas corpus*. Dans de nombreux cas, les tribunaux pakistanais ont accepté la pétition et fait libérer la femme.

LOIS : Éléments constitutifs du mariage - Consentement

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - considèrent comme non valide un mariage célébré sans le consentement de la future épouse ;
 - criminalisent l'acte de forcer une personne à se marier.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - exigent le consentement de la femme mais ébranlent cette obligation dans d'autres dispositions ; et/ou
 - sont imprécises.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - reconnaissent l'ijbar.

☺ L'absence de consentement de la future épouse rend le mariage non valide ; la contrainte criminalisée.

Tanzanie : Aux fins de la section. 16(1) de la loi relative au mariage (Law of Marriage Act 1971), aucun mariage ne sera contracté sans le consentement librement et volontairement donné par chacune des parties. La section 16(2) spécifie dans quelles conditions le libre consentement est supposé ne pas avoir été donné : « Aux fins de cette loi, le consentement sera considéré comme n'ayant pas été librement et volontairement donné si la partie qui était censé le donner (a) a été influencée par coercition ou par fraude ; ou (b) a été trompée sur la nature de la cérémonie ; ou (c) souffrait d'une incapacité mentale permanente ou temporaire, ou était ivre, de sorte qu'elle n'était pas pleinement en mesure d'apprécier la nature de la cérémonie, et les références, dans cette loi, au « consentement » à un mariage projeté seront interprétées comme renvoyant au consentement donné librement et volontairement ». La section 151 prévoyait une peine d'emprisonnement de trois ans (pas d'option d'amende) pour toute personne condamnée pour avoir frauduleusement usé de la force, l'incitation ou l'intimidation pour en amener une autre à donner son consentement.

République kirghize : Aux fins de l'article 155 du CrC, forcer une femme à se marier et/ou enlever une femme pour la marier constitue un délit.

Sénégal : Au titre de l'article 141 du Code de la famille, un mariage sans le consentement des conjoints (y compris les mariages forcés) sera déclaré nul. La nullité absolue est considérée comme une question de politique publique et une action en nullité peut être exercée par toute personne qui y a intérêt. Le Code pénal sénégalais punit le mariage forcé.

Tunisie : Aux fins de l'article 3 du Code du statut personnel, il n'y a pas de mariage sans le consentement des conjoints. L'article 21 stipule que le mariage est déclaré nul. L'article 21 est interprété par la jurisprudence pour signifier que le consentement devrait être manifesté de manière indiscutable par un « oui » prononcé devant l'officier célébrant.

Turquie : Au titre de l'article 142 du Code civil, la femme comme l'homme sont tenus de déclarer ouvertement leur libre arbitre devant l'officier des mariages.

Ouzbékistan : Au titre de l'article 63 de la constitution et du droit de la famille, le mariage repose sur le libre accord des deux conjoints. L'article 136 de la constitution stipule qu'il est interdit de forcer une femme à se marier ou d'empêcher un mariage.

La force n'est pas autorisée ; pas de pénalités

Fidji : La force rend nul un mariage, mais la contrainte n'est pas définie, et aucune sanction n'est prévue. Dans l'affaire Nisha contre Aziz, 1981, le tribunal (invokant le fait qu'elle était financièrement indépendante de ses parents et qu'elle aurait donc pu résister à un mariage forcé) a rejeté la demande d'annulation de son mariage formulée par une femme, au motif de contrainte. Le tribunal définissait la contrainte de manière restrictive comme ne survenant que dans le cadre d'une menace physique. Le tribunal ne reconnaissait pas les pressions sociales comme des sources de contrainte.

Algérie : Au titre de l'article 13, une fille mineure ne peut être mariée sans son consentement, que le wali soit son père ou une autre personne. Seul l'officier d'état civil ou un notaire peut demander le consentement au moment de l'établissement du certificat de mariage. L'article 33 stipule que le mariage est déclaré entaché de nullité si le consentement n'est pas valide.

La future épouse doit signer les documents de mariage ; le mariage forcé n'est pas défini

Bangladesh et Pakistan : Le document de mariage type doit être signé par la future épouse (alors que le futur époux peut donner son consentement par l'intermédiaire d'un représentant), signifiant son consentement. Toutefois le mariage forcé n'est pas défini et il n'y a pas de pénalisation du défaut d'obtention de consentement: aucune législation ne spécifie la nullité du mariage forcé. Dans l'affaire Mst. Humera Mehmood contre l'État et autres PLD 1999 Lahore 494, le tribunal avait eu recours aux définitions du dictionnaire pour interpréter le consentement comment étant l'expression consciente du souhait de l'individu, sans intimidation ni coercition externe.

Iran : L'officier en chef du registre des mariages est tenu de lire à haute voix les conditions du contrat de mariage aux deux parties et de leur faire signer séparément chacune des conditions pour indiquer leur acceptation.

Maroc : Au titre de l'article 10 de la Moudawana, un mariage est légalement conclu par consentement mutuel, l'article 17 prévoyant que le contrat soit conclu en présence des parties. Toutefois, une procuration peut être donnée à cet effet, sur autorisation d'un juge. L'article 12 reconnaît la contrainte mais ne prévoit aucune sanction. Aux fins de l'article 57, le mariage est nul lorsque les consentements des deux parties ne sont pas concordants (ijab ou qabul).



Le consentement de la future épouse est nécessaire, mais ceci est ébranlé par d'autres dispositions

Égypte : Aux fins de l'article 5(2), deux adultes sont tenus de témoigner qu'il y a eu consentement entre le mari et le wali. Rien n'est dit sur le consentement de la future épouse.

Philippines : Au titre de l'article 17 de la CMPL, le document de mariage porte la signature ou toute autre marque des parties contractantes. Le consentement est vicié s'il est obtenu par violence, intimidation, fraude, tromperie ou fausse déclaration et rend le mariage passible d'annulation - article 32(c). Toutefois, l'âge minimum du mariage, qui est bas, associé à des dispositions qui permettent la régularisation du mariage après qu'il soit mis un terme aux circonstances qui vicent le consentement, affaiblit la protection contre le mariage forcé.

Malaisie : Le consentement des deux parties est obligatoire pour la reconnaissance et l'enregistrement d'un mariage (section 13 de la loi territoriale fédérale). Toute personne qui a recours à la force ou qui menace de contraindre une personne à se marier contre sa volonté commet un délit passible d'une amende n'excédant pas mille ringgit (environ deux cent soixante-cinq dollars US) ou d'une peine d'emprisonnement ne dépassant pas six mois (section 13 de la loi territoriale fédérale). Bien que cette disposition semble être affaiblie la formulation « sauf lorsqu'il est autorisé au titre du Hukum Syariah » (ce qui peut être interprété comme ouvrant la voie à l'ijbar), la loi permet également une dispense du consentement dans des circonstances reconnues par l' Hukum Syariah. La situation juridique est donc déroutante.

Nigeria : Pour les communautés malikites, (la majeure partie des musulmans nigériens), un père biologique a le droit d'exercer le pouvoir d'ijbar (les tribunaux peuvent faire référence à Bulugul Marami, p. 260 Fighus Sunnah Vol. II). Toutefois, le wali ne peut obliger sa fille à épouser un homme qui souffre d'une maladie contagieuse (telle que la lèpre), de démence ou qui a des problèmes reproductifs. La jurisprudence est claire sur le fait que l'ijbar ne peut être appliqué à une femme adulte et les tribunaux acceptent généralement une diversité de circonstances qui annulent la possibilité d'ijbar, y compris lorsque la femme gagne elle-même sa vie.

Sri Lanka : La section 25(1) (b) prévoit que le wali obtienne le consentement de la future épouse avant le mariage. Toutefois, la signature de la future épouse n'est pas requise lors de l'enregistrement du mariage, même si la législation de sa secte permet le mariage sans wali.

Indonésie : Aux fins de l'article 14 de la KHI (Compilation of Islamic Laws), tant la future épouse que le futur époux doivent être présents lors du mariage et il doit y avoir consentement mutuel (ijab et qabul). Aux fins de l'article a.6 (1) de la loi relative au mariage, un mariage est fondé sur un accord entre à la fois la future épouse et le futur époux. Toutefois, l'article 16(2) de la KHI stipule que le consentement « peut également être sous la forme de silence, c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas de rejet clair ».

Soudan : Les vierges doivent être consultées et le Ma'azoun (célébrant) et les deux témoins sont tenus par la loi de vérifier le consentement de la future épouse. Toutefois, la loi considère le silence comme « un signe de consentement ». Les veuves ou les divorcées ont le droit de demander au wakeel (l'officier) de les marier sans consultation préalable. Bien qu'il n'y a pas de pénalité en cas d'atteinte au droit de la vierge au consentement, celle-ci peut porter l'affaire au tribunal, et le mariage peut être considéré comme nul et automatiquement dissous.

La loi est mal définie

Gambie : Les lois sont contradictoires. Aux fins de la section 27(2) de la Constitution de 1997, le mariage est fondé sur le consentement total et libre des parties. Les lois musulmanes stipulent que la femme ne devrait pas être donnée en mariage sans avoir formulé son consentement en bonne et due forme. Toutefois, la protection constitutionnelle des lois coutumières ébranle les efforts qui visent à empêcher le mariage forcé.

⊗ L'ijbar est reconnu

Malaisie (États du Kelantan et Kedah): En dépit de dispositions prévoyant le consentement de la future épouse, si la femme est une vierge non mariée (anak dara), le père ou le grand-père paternel (wali mujbir) peuvent la marier à toute personne de leur choix, sans son consentement. Trois conditions doivent être remplies ; (a) le wali mujbir et le futur époux ne sont pas en conflit ; (b) le futur époux a le même statut social que la future épouse ; (c) le futur époux est en mesure de s'acquitter d'une maskahwin (mahr - dot) raisonnable.

MISE EN ŒUVRE

Les officiers ne remplissent pas toujours leurs responsabilités

Algérie : Bien qu'un officier soit supposé recueillir le consentement afin de valider un mariage, dans la pratique, dans un mariage traditionnel, il est difficile d'exiger que cette disposition soit respectée.

Bangladesh : Afin de renforcer le rôle des officiers du mariage en garantissant que les éléments constitutifs du mariage sont respectés, les conditions d'éligibilité à la fonction d'officier des mariages ont été durcies aux fins des règles d'enregistrement des mariages et des divorces musulmans (Muslim Marriages and Divorces (Registration) Rules) de 1975. L'officier doit être détenteur d'une attestation Alim délivrée par un comité Madrasha établi aux fins de la législation (c'est-à-dire qu'il doit être indiqué qu'il a une bonne connaissance des lois musulmanes), être âgé de vingt et un à quarante ans, et être résident dans la région. En dépit de ces tentatives visant à s'assurer que les officiers ont les qualifications requises, ceux-ci omettent toujours de contester les mariages forcés.

Pakistan : Dans l'affaire Shah Din et autres contre l'État, PLD 1984 Lahore 137, le tribunal avait statué qu'il est du devoir de l'officier Nikah, entre autres, de mener des enquêtes adéquates sur le point de savoir si oui ou non les parties agissent de leur plein gré et sans aucune contrainte ». Le tribunal avait déclaré que si les officiers Nikah ne parviennent pas à garantir le libre consentement des parties, ils doivent être tenus pour responsables. Toutefois, le rapport de la Commission d'enquête sur les femmes de 1997 a noté que les juristes, les initiés et les officiers au mariage œuvrent de concert pour amener les jeunes femmes à contracter des mariages frauduleux.

PRATIQUES

Les mariages forcés existent ; le consentement de plus en plus reconnu

Asie centrale : Dans les grandes villes et au sein des familles ayant un haut niveau d'instruction, les femmes ont peu voix au chapitre. Au Tadjikistan, des femmes sont enlevées à des fins de mariage. Les femmes ont des difficultés à échapper à de telles situations en raison d'attitudes sociales qui leur sont peu favorables. Durant la guerre civile et les tensions du début des années 90, des milliers de femmes ont été enlevées puis abandonnées ensuite par leurs familles, lorsqu'elles réussissaient à s'échapper. Les associations locales de

femmes ont mis en place des centres d'accueil pour la réadaptation de ces victimes d'enlèvement.

Fidji : Les mariages surviennent chez les Indo-Fidjiens. Ils sont rarement contestés devant les tribunaux à la fois parce que nombre de femmes n'ont pas conscience du fait que les mariages forcés sont illicites et parce qu'elles sont peu disposées à payer le coût social du refus du conformisme.

Gambie : Les mariages sont souvent arrangés sans le consentement de la femme et les fiançailles à la naissance sont courantes. Le mariage forcé est justifié en avançant l'idée que la femme est une charge économique pour la famille. Traditionnellement, les souhaits de la famille sont considérées comme primordiales et prévalent sur ceux de la future épouse et du futur époux. Les pratiques qui consistent à priver une veuve d'héritage aboutissent au fait que celle-ci a le choix entre accepter le frère du mari défunt comme nouvel époux ou être privée d'accès aux terres agricoles de son défunt mari, étant son seul moyen de survie. Pour aggraver les choses, un frère peut choisir de ne pas hériter d'une femme pauvre ou d'une femme ayant un trop grand nombre d'enfants en bas âge, ce qui laisse donc celle-ci (et ses enfants) dans le dénuement.

Nigeria : Les citoyens et les parents instruits ont tendance à rechercher le consentement de leurs enfants avant de faire un mariage arrangé. Dans les zones rurales, le mariage des enfants est plus fréquent. Pour les femmes adultes des zones rurales, les conséquences du mariage forcé (rupture du mariage et retour de la femme au domicile familial) peuvent être citées comme des raisons pour éviter le mariage forcé.

Pakistan : Le mariage arrangé est la norme, plutôt que le mariage forcé. Toutefois, le droit de la femme de donner son consentement peut être ignoré, même lorsque la formalité est rigoureusement observée. Le consentement de la future épouse peut être lui être soutiré en lui donnant des coups, ou sa tête peut être inclinée par la force, ou son silence peut être interprété comme signifiant son consentement. Les femmes n'ont pas conscience du fait que le mariage forcé est nul ; les fiançailles à la naissance ou à un âge précoce sont courantes. Toutefois, les femmes résistent de plus en plus au mariage forcé par des moyens sociaux (accès à la pression communautaire ou à des centres d'accueil et à des associations féminines) si bien que les parents sont plus attentifs à obtenir un consentement réel.

Sénégal : L'héritage de la femme (ou lévirat) est pratiqué : au décès du mari, l'épouse doit se remarier avec le frère de celui-ci ou avec un parent proche. Les imams interrogés durant la recherche du GREFELS ont spécifié qu'au titre des lois musulmanes, une vierge doit donner son consentement au mariage avant sa célébration. Le père ou le tuteur n'a pas le droit d'ignorer son opinion, et la contrainte n'est pas autorisée.

Toutefois, son silence peut être interprété comme signifiant son consentement.

Sri Lanka : Chez la plupart des Malais, le consentement est obtenu verbalement. Dans les zones rurales, les pères choisissent le mari et le choix de la future épouse n'est pas pris en considération. Il y a une tendance positive chez les classes moyennes éduquées, où les parents cherchent à obtenir le consentement réel de leurs filles.

Soudan : Les formalités de mariage excluent les femmes et le consentement de la future épouse est généralement attesté en consultant son (ses) tuteur(s) ou les hommes de sa famille. Le wakeel (agent) de la femme peut se rendre auprès d'elle pour recueillir son consentement le même jour et au moment même où le Ma'azoun est en train de contracter le mariage. Ceci se fait souvent sous forme de procédure nominale, le wakeel allant à l'intérieur pour demander son consentement. De plus, la future épouse ne pouvant assister à la cérémonie, son consentement est considéré comme allant de soi.

Turquie : Une enquête WWHR a constaté que 54% des femmes avaient rencontré des hommes et s'étaient mariées indépendamment de leurs familles, et 41% s'étaient mariées par des mariages arrangés. Chez celles qui avaient contracté des mariages arrangés, 39,7% n'avaient pas été en mesure de voir leur mari avant le mariage ; pour 28,6%, il ne leur avait pas été demandé si elles souhaitaient se marier ou non ; et 28,6% ne s'étaient pas mariées de leur plein gré. Le mariage forcé n'est pas à l'ordre du jour du mouvement des femmes, bien qu'il soit courant dans certaines communautés.

Lobbying pour faire évoluer les attitudes de l'Etat face au mariage forcé

Le mariage forcé est de plus en plus reconnu comme étant un problème dans les communautés émigrées en Europe, à la fois par les membres des communautés elles-mêmes, et par les autorités locales. Au Royaume-Uni, le Foreign and Commonwealth Office a mis sur pied une unité spéciale de liaison communautaire (Community Liaison Unit) chargée de fournir des renseignements et un soutien aux citoyens qui contacte le Foreign Office concernant des mariages forcés. En réponse à l'activisme des ONG et afin de permettre une plus grande prise de conscience de la nécessité de réagir aux mariages forcés, diverses forces de police à travers le pays ont travaillé avec les ONG à l'élaboration de lignes directrices pour combattre ce problème. De plus, au cours des deux dernières années, des activistes ont réalisé des matériels d'information à l'intention des professionnels (juristes, enseignants, travailleurs du secteur de la santé, fonctionnaires de l'immigration, etc.) amenés à être en contact avec des personnes qui contractent un mariage forcé et des jeunes en situation de risque.

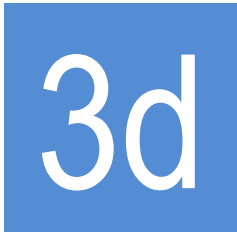
De plus, le Gouvernement britannique a changé de politique en ce qui concerne l'aide fournie aux Bangladeshis et aux Pakistanais britanniques (la double nationalité est possible) qui ont été soumis au mariage forcé. Dans le passé, lorsque des binationaux (essentiellement des femmes et des filles, mais aussi quelques hommes) sollicitaient l'aide du Haut-commissariat de Grande-Bretagne, il leur a été répondu par les responsables qu'ils étaient tenus de se conformer aux règles du pays où ils résidaient à ce moment-là. C'est la seule réponse qui était apportée aux binationaux qui avaient été victimes de mariages forcés lors de « vacances familiales » au Bangladesh, même si ces personnes n'avaient pas encore atteint l'âge légal du mariage au Bangladesh.

Les activistes tant au Bangladesh qu'au Pakistan ont commencé à fournir des efforts concertés pour rencontrer les responsables publics afin de leur présenter des documents d'information destinés à leur faire prendre conscience du fait que le mariage forcé et le mariage des enfants étaient interdits dans l'ensemble des trois pays. Au Bangladesh, lorsqu'un enfant (âgé de moins de dix-huit ans) est marié, le père, ainsi que le célébrant du mariage et le marié (s'il est adulte) sont passibles de sanctions. De même, au Pakistan où l'âge du mariage est à seize ans pour les filles, le mariage forcé de toute personne ayant plus de seize ans peut être déclaré nul.

En 2000, à la suite d'un travail considérable fourni par les ONG locales et des ONG basées en Grande-Bretagne, ainsi que des responsables britanniques compréhensifs, la politique a évolué. Le Haut-commissariat de Grande-Bretagne apporte son assistance, à présent, dans les affaires de mariage forcé, que la personne impliquée ait la double nationalité ou qu'elle soit juste de nationalité britannique.

Toutefois, des associations basées en Grande-Bretagne se sont dites préoccupées par le fait que la question du mariage forcé pouvait servir de prétexte pour introduire des contrôles plus stricts de l'immigration (voir, par exemple http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk_politics/2446875.stm, 12 novembre 2002). En Norvège et au Danemark, il y a eu un très large débat sur la question des mineur(e)s dans les familles immigrées qui contractent des mariages arrangés à l'étranger, puis qui cherchent à revenir avec le conjoint/la conjointe en Norvège ou au Danemark. Le gouvernement norvégien a pris

l'engagement d'ouvrir des centres d'accueil pour les personnes qui fuient un mariage forcé et il y a des appels à des poursuites obligatoires par le ministère public dans les affaires de mariage forcé, afin que le conjoint réticent n'ait pas à intenter un procès contre sa propre famille. Toutefois, parallèlement à cette évolution positive, il y a eu des appels pour élever l'âge du mariage pour les immigrés et les nationaux de la seconde génération, ce que les groupes antiracistes rejettent comme étant discriminatoire. Depuis 2000, au Danemark, l'âge du mariage pour toute personne faisant venir son conjoint dans le pays est plus élevé (vingt-quatre ans) que pour les couples dont les deux conjoints sont danois. La loi était apparemment conçue pour freiner le mariage forcé, mais a été introduite par un gouvernement bien connu pour ses politiques anti-immigrations.



ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE : MARIAGE FORCÉ & CHOIX DANS LE MARIAGE

Introduction

Cette section débat des recours possibles à la suite d'un mariage contracté sans l'autorisation d'un wali (si cette autorisation était obligatoire), ou sans le consentement d'une femme adulte. Les femmes étant plus exposées au mariage forcé et le divorce étant plus accessible aux hommes, ces recours ont généralement davantage d'importance pour les femmes.

Le statut des mariages et les réparations disponibles lorsque d'autres éléments constitutifs du mariage (non liés au consentement et à la capacité à donner son consentement) font défaut sont discutés dans Témoins et mahr, (p. 113) et Capacité à se marier – Autres interdictions, (p. 101).

On ne peut pas accéder aux recours pour un mariage contracté sans consentement adéquat que lorsque il a été effectivement célébré, et que l'un des conjoints (ou dans certains cas, une tierce partie) cherche des clarifications sur le statut et les effets dudit mariage. Est-ce réellement un mariage ? Que deviennent les droits inhérents et négociés résultant de ce mariage ? La paternité des enfants est-elle reconnue ? L'épouse a-t-elle le droit d'hériter ?

La réparation varie, allant d'une déclaration par le tribunal selon laquelle il n'y a jamais eu de mariage (nul de plein droit) à l'autorisation pour la femme de rechercher la dissolution. Ces deux possibilités supposent l'intervention d'une instance reconnue, généralement un tribunal ou un conseil traditionnel. La pression communautaire contre un mariage et les sanctions sociales peuvent également empêcher les conjoints de rester dans un mariage inacceptable.

Les lois de nombreux pays sont silencieuses sur les mesures correctrices et sur les conséquences précises d'un mariage contracté sans le consentement d'une femme adulte. Elles ne prévoient pas de mécanisme clair pour la réparation. Par contre, certaines lois mettent l'accent sur le droit d'un wali d'empêcher un mariage ou de contraindre sa pupille à se marier.

Systèmes non fondés sur des lois musulmanes

Dans les systèmes qui ne reposent pas sur des lois musulmanes, un mariage célébré sans le consentement de l'un ou l'autre des conjoints est considéré comme vicié. En Turquie, par exemple, la loi permet aux conjoints de faire une demande de dissolution en cas de consentement forcé. Au Cameroun, la loi établit une distinction entre un mariage sans consentement des conjoints (« nul ») et un mariage où le consentement a été forcé (« passible d'annulation »). Dans ce système, un mariage « nul » est considéré comme n'ayant jamais eu lieu, alors qu'un mariage « passible d'annulation » peut être corrigé et rendu valide si l'épouse confirme ultérieurement qu'elle accepte le mariage. La distinction est subtile, mais importante pour les droits de la femme. Un exemple de mariage « nul » est celui où une femme peut prouver qu'elle n'a même jamais été présente à son supposé mariage. Dans un tel cas, elle n'y a manifestement jamais consenti. Ce concept protège la femme contre le harcèlement par des hommes qui prétendent à tort être leur mari. Un exemple de mariage annulable est celui où une femme a été forcée à donner son consentement. La loi lui accorde alors le pouvoir d'accepter ou de rejeter le mariage. Quoi qu'elle décide, la paternité de tout enfant est reconnue. Ce concept de mariage « passible d'annulation » est utile dans les systèmes qui autrement n'accordent aux femmes que peu de motifs de divorce, tels que l'adultère avéré.

Le Sénégal établit également une distinction entre la nullité absolue (où le consentement de la femme au mariage fait défaut) et la nullité relative (où son consentement au mariage a été obtenu par la force ou la tromperie). Dans ce dernier cas, elle a le droit d'accepter le mariage ou de le faire déclarer comme étant nul. Si elle choisit la dernière option, elle conserve néanmoins tous les droits découlant du mariage.

Réparation dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes

Dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes, il y a une division fondamentale entre ceux qui reconnaissent le concept de wali et ceux qui ne reconnaissent pas ce concept.

Au Pakistan, où le wali n'est pas exigé, il n'y a pas dans la Muslim Family Laws Ordinance de disposition explicite concernant l'effet du défaut de consentement. Toutefois, si un mariage n'a jamais eu lieu, une femme peut s'adresser au tribunal pour faire déclarer que le mariage n'a jamais eu lieu (« jactitation » de mariage). Au cas où elle souhaite faire dissoudre le mariage mais sans en annuler les résultats, par exemple protéger la paternité légale de tout enfant, elle peut faire une demande de dissolution en application de la Dissolution of Muslim Marriages Act (DMMA), 1939.

Aux fins de la DMMA, la consommation est considérée comme impliquant le consentement, à moins que la femme ne soit en mesure de prouver clairement qu'elle a été forcée, enlevée ou séquestrée, ou que le document de mariage est un faux. En cas d'un mariage forcé où elle n'est pas en mesure de prouver le recours à la force, la femme aurait à fonder la plainte sur d'autres motifs de dissolution, tels que le défaut d'entretien ou la cruauté (voir p. 292 pour les motifs en application de la DMMA).

Les femmes disposent de redressement limité dans les systèmes qui autorisent la contrainte dans le mariage (ijbar). En Iran, par exemple, une femme peut adresser une demande au tribunal pour faire déclarer nul un mariage forcé. Toutefois, le tuteur peut bloquer ce processus d'annulation s'il peut prouver qu'il a contracté le mariage dans le plus grand intérêt de la femme. Dans certains cas, une femme pourrait tenter de recourir au concept de kafa'a (la prescription selon laquelle les conjoints doivent avoir une situation comparable), afin de faire annuler un mariage non souhaitable. Même s'il était possible de déposer une plainte pour incompatibilité au motif du kafa'a, les lois ne prévoient pas de mécanisme clair pour permettre aux femmes de déposer de telles plaintes. Au lieu de cela, les lois ne débattent que du droit du wali d'empêcher la femme de rechercher de tels recours, ou du droit du wali à l'ijbar.

La situation est plus confuse dans les systèmes où un wali est exigé mais qui n'autorisent pas l'ijbar de manière explicite. Par exemple, le Sri Lanka n'a pas de dispositions explicites concernant le redressement en cas de mariage forcé. La jurisprudence montre toutefois que les femmes peuvent s'adresser au tribunal en se fondant sur le concept de kafa'a (même si ceci n'est pas reconnu comme kafa'a) pour faire valoir que le futur époux ne leur convient pas.

Cas où de tierces parties peuvent interférer

Les lois (et les coutumes également) peuvent différer sur le point de savoir qui peut rechercher un redressement en cas de mariage contracté sans pleine réalisation des éléments constitutifs du mariage ayant trait à la capacité à donner son consentement au consentement. En règle générale, le droit

d'interférer de tierces parties (le tuteur et/ou l'État) dans un mariage n'est reconnu que dans les systèmes où un wali est requis. Ceci fournit un moyen puissant de mettre fin, de force, à des mariages qui ne répondent pas à l'approbation personnelle ou sociale du parent/tuteur ou aux critères requis par l'État pour la validation d'un mariage. On peut même recourir à la menace de déclarer nul le mariage pour contraindre les femmes à se conformer aux normes sociales et traditionnelles qui portent atteinte à leurs libertés individuelles.

Toutefois, certains systèmes permettent à toute partie affectée de s'adresser au tribunal en cas de suspicion de défaut de consentement (Sénégal). Ceci permet aux autres membres de la famille ou même aux officiers concernés (là où une question de politique publique est en jeu) d'aider les femmes dans des situations de mariages forcés, lorsque les pressions sociales les empêchent de porter elles-mêmes l'affaire devant le tribunal. Dans certains systèmes, une tierce partie peut également porter plainte pour « jactitation » de mariage, si elle a un intérêt direct dans la question ; par exemple, un mari peut porter plainte si un autre homme apparaît et prétend être marié à la même femme. Au Maroc, un mariage doit avoir deux adouls (notaires officiellement nommés) comme témoins. Étant souvent âgés et conservateurs, les adouls sont souvent enclins à empêcher un mariage qui peut être socialement désapprouvé ou peuvent être disposés à servir de témoins dans un mariage forcé. Il n'y a pas de dispositions pour les sanctionner dans l'un et l'autre cas, et les associations féminines appellent à la formation et à la sensibilisation des adouls.

Conséquences de la dissolution d'un mariage vicié

Peu de lois sont claires sur les conséquences exactes d'un mariage déclaré vicié ou de la dissolution d'un mariage en raison d'un vice. Ce manque de clarté peut mener à une grande confusion sur nombre de questions, notamment le statut de la femme (est-elle considérée comme n'ayant jamais été mariée ou est-elle tenue d'observer une période d'attente avant de se remarier ?), les droits économiques dus à la femme en raison du mariage (notamment le moment précis où, le cas échéant, ces droits prennent fin), le statut des enfants et le point de savoir si le mariage a établi des interdictions sur la base de l'alliance entre les époux.

Le Code du statut personnel de la Tunisie est peut-être le plus clair, car il énonce les conséquences de la dissolution des mariages viciés, consommés ou non. Si un mariage non valide reste non consommé, il reste totalement sans effet. Toutefois, si un mariage non valide a été consommé, l'épouse a droit au mahr ; la paternité des enfants est reconnue ; l'épouse est

tenue d'observer la 'idda (période d'attente avant de pouvoir se remarier) ; et une relation d'alliance est établie. Toutefois, l'épouse n'a droit ni à la pension alimentaire, ni à l'héritage.

Le Sénégal fournit également des détails exhaustifs sur les effets d'un mariage déclaré nul par la suite. À la condition qu'elle agisse de bonne foi et qu'elle ait été forcée ou trompée pour l'inciter à contracter un mariage par la suite annulé, la femme conserve tous les droits dus à une épouse dans un mariage valide.

LOIS :

Mariages forcés et choix dans le mariage

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - ne reconnaissent pas l'ijbar ; et
 - prévoient un mécanisme précis pour déclarer le défaut de consentement d'un époux ; et spécifient alors les effets d'une telle déclaration.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - ne sont pas précises sur le redressement possible et sur les effets d'un mariage vicié.
- ☺ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - reconnaissent l'ijbar et permettent au wali de revendiquer l'ijbar pour annuler la plainte d'une femme en ce qui concerne son défaut de consentement.

☺ L'ijbar n'est pas reconnu ; mécanismes et effets clairs en cas d'absence de consentement de la femme.

Bangladesh et Inde (mariage selon SMA) : Aux fins de la section 19 du Divorce Act 1869, une action en nullité peut également être intentée pour vice de consentement, si l'accord obtenu par la force ou par tromperie.

Sénégal : Au titre de l'article 138 du Code de la famille, un mariage célébré sans le consentement de l'un des époux, ou sur la base du consentement d'un conjoint obtenu par la force ou par erreur, est passible de nullité relative. Aux fins de l'article 140, une telle plainte doit être déposée par le conjoint et ceci doit se faire dans un délai de six mois après qu'il/elle a retrouvé sa liberté ou que l'erreur a été reconnue par lui/elle. Passé ce délai, le droit est perdu. Aux fins de l'article 141, le défaut de consentement de l'un des conjoints est une cause de nullité absolue, et le mariage ne peut jamais être confirmé. Ce droit est accessible à toute personne y ayant intérêt. Au titre de l'article 144, un mariage déclaré nul est considéré comme dissous à compter de la date de la déclaration. Les articles 144 et 145 permettent la reconnaissance de tout effet rétroactif d'un mariage déclaré nul. Toutefois, seul l'époux qui agit de bonne foi peut en bénéficier.

Tunisie : Au titre de l'article 22, en cas de mariage non consommé, il n'y a pas de conséquences mariage s'il est alors déclaré non valide par un tribunal. Si le mariage est consommé puis déclaré non valide, l'épouse peut demander son mahr ; la paternité des enfants est reconnue et l'épouse doit observer la idda avant un remariage. Ces lois concernent les mariages célébrés sans le consentement requis des époux. Il n'y a pas lieu de recourir à une procédure de divorce, et l'un ou l'autre conjoint, ou tout parent ou tuteur, ou le service juridique de l'État, peuvent chercher une déclaration concernant le mariage.

Turquie : Au titre de l'article 151 du Code civil, les époux contraints au mariage peuvent demander une déclaration attestant cette contrainte et faire annuler le mariage.

Bangladesh et Pakistan : La MFLO de 1961 ne spécifie pas les conditions requises d'un mariage valide et les effets d'un mariage irrégulier ou d'un mariage nul. Cependant, le contrat-type de mariage (kabinnama au Bangladesh et nikahnama au Pakistan) formulé selon les règles de la MFLO Rules, indique les conditions requises pour un mariage valide (voir p. 151). Une femme peut déposer une demande de 'jactitation' de mariage, afin d'établir la non existence d'un mariage célébré sans son consentement.

Fidji : Aux fins de la section 32 de la FLA, une demande d'ordonnance en nullité peut être faite en cas de mariage nul, notamment en cas de défaut de consentement réel de l'une ou l'autre des parties, parce qu'il a été obtenu par la contrainte (S. 32(2) (d) (i)). La jurisprudence a seulement interprété la force contrainte comme la menace physique à la vie et ne considère pas les pressions sociales comme formes de contrainte. La FLA de 2003 ayant introduit le divorce au motif de rupture irréversible (section 30), la femme peut à présent choisir de mettre un terme à un mariage par la nullité ou le divorce, en fonction d'autres circonstances telles que l'existence d'enfants. Toutefois, aux fins de l'article 33, si à la fois la demande de nullité et de dissolution sont présentées au tribunal, le tribunal est tenu d'examiner en premier lieu la demande de nullité.

Maroc : Aux fins des articles 12 et 63 de la Moudawana, tout conjoint ayant fait l'objet de contrainte pour l'amener à accepter un mariage peut faire une demande d'annulation avant ou après la consommation, dans un délai n'excédant pas deux mois à compter du jour de la levée de la contrainte. Dans l'article 63 traitant également du mariage par tromperie, on ne voit pas clairement si la possibilité de demander une compensation s'applique également au mariage sous contrainte ou uniquement au mariage par tromperie. Aux fins de l'article 57, un mariage sans consentement (à travers l'offre et l'acceptation énoncées dans l'article 10) est nul et non avenu, mais après consommation, le mahr est dû. La paternité est également reconnue et les interdictions du mariage sur la base de la consanguinité, de l'alliance et de l'appartenance à une même famille nourricière s'appliquent.

Pakistan : La jurisprudence est claire sur le fait qu'un mariage sans consentement est nul (Mst. Humera Mehmood contre l'État et autres PLD 1999 Lahore 494). Selon la section. 23 du Family Courts Act de 1964, la validité d'un mariage enregistré ne peut être récusée, mais la jurisprudence a établi que si une femme porte plainte pour tromperie, duperie, coercition, défaut de consentement, etc., alors un mariage enregistré dit valide peut être remis en question. Dans l'affaire Mohammad Azam contre Mohammad Iqbal PLD 1984 SC 95, une cour plénière de cinq membres a estimé que la section. 23 de Family Courts Act n'admettait la validité du mariage que si certaines conditions étaient remplies et cette section n'empêche aucune partie de prouver que le mariage n'a pas eu lieu du tout, que la duperie a été commise ou que le nikahnama était un faux et /ou que les signatures y étaient contrefaites. La jurisprudence précise que même si le marié a obtenu un jugement sur ses droits conjugaux mais que dans ce jugement, la validité du mariage n'a pas été déterminée, le jugement n'interdit pas à une femme de déposer une demande subséquente de 'jactitation' de mariage (Mohammad Rafiq contre Family Court PLD 1985 Lahore 613). La jurisprudence permet aussi à une femme de faire une demande de dissolution au titre de la DMMA de 1939 au cas où elle a été contrainte à accepter un mariage, ce qui signifie qu'elle conserve tous les droits découlant du mariage.

Cameroun : Les mariages peuvent être annulés s'ils sont « nuls » (ne peuvent pas être corrigés) ou « passibles d'annulation » (ils peuvent être reconnus ainsi si le vice de forme est rectifié). Le mariage sans le consentement des époux est nul et est considéré comme si le mariage n'avait jamais existé. Le mariage sous la contrainte est considéré nul.

☺ La loi n'est pas claire sur les réparations et les effets possibles en cas de défaut de consentement de l'épouse

Algérie : Au titre de l'article 32 du Code de la famille, un mariage sera déclaré nul si l'un des éléments constitutifs est vicié. Ceci inclut implicitement les mariages sans le consentement des parents et/ou des époux. La loi est silencieuse sur les réparations et les effets possibles d'un tel mariage.

Malaisie : Aux fins de la section 37, l'usage de la force ou de la menace pour contraindre une personne à accepter un mariage contre son gré ou à empêcher le mariage de personnes ayant l'âge légal est passible d'une amende allant jusqu'à mille ringgit et ou/jusqu'à six mois de prison. En vertu de la section 52 (1) (j), une femme contrainte au mariage peut demander un faskh, ce qui signifie que la loi ne fait pas de différence entre annulation et divorce.

Indonésie : L'article 22 qui porte sur la dissolution du mariage ne reconnaît pas le concept d'annulation. Les mariages subséquemment déclarés non valides, même s'ils ne sont pas consommés, sont dissous par le divorce.

Sri Lanka : La section 25 (1) (b) sous-entend uniquement l'invalidité d'un mariage sans consentement. La loi ne prévoit pas de procédure spécifique pour contester les mariages forcés ou faire déclarer l'invalidité d'un mariage. La jurisprudence montre qu'une différence d'âge peut être, pour certaines femmes, un motif suffisant pour obtenir réparation par l'annulation au lieu du divorce (Sithi Umma contre Aydroos (1949) 3 M.M.D.L.R. 96).

⊖ L'ijbar est reconnu, mais la réparation est possible en cas d'absence de consentement de l'épouse

Nigeria : Un mariage contracté sans le consentement du wali est passible d'être déclaré nul chez les Malikites. Cependant, une telle dissolution étant considérée comme un talaq, le couple n'est pas coupable d'adultère; les enfants sont considérés comme légitimes et la femme est tenue observer la idda. Dans les tribunaux musulmans, la jurisprudence, établit que l'ijbar n'est pas imposé aux femmes adultes et qu'une femme peut résister à un mariage forcé.

Soudan : Au titre de la MPLA, un mariage peut être déclaré nul si la condition du consentement des époux n'est pas satisfaite. La section 62 rend de tels mariages nuls. Cependant, l'ijbar est reconnu. En raison de points faibles dans les dispositions concernant le consentement de la future épouse, il est difficile de prouver la contrainte. En règle générale, les tribunaux se concentrent plutôt sur la validité des procédures, c'est-à-dire sur ce que le wakeel a transmis au Ma'azoun comme étant l'opinion de la future épouse. De plus, le défaut de respect des procédures n'invalide pas un contrat de mariage.

Iran : Un tribunal peut déclarer nul un mariage forcé. Cependant, les tuteurs ont l'opportunité de prouver qu'ils ont contracté le mariage dans le plus grand intérêt d'une femme adulte et s'ils réussissent, ils peuvent empêcher le mariage d'être déclaré nul.

PRATIQUES

Les attitudes et pratiques sociales empêchent les femmes de chercher réparation en cas de mariage forcé

Égypte : La plupart des femmes ne sont pas informées des dispositions légales en matière de déclaration de nullité de mariage. Elles quittent souvent leur mari et attendent cinq ans de séparation avant de faire une demande de divorce. De plus, les femmes peuvent craindre que l'annulation de leur mariage ne leur fasse perdre leurs droits (y compris le droit à pension alimentaire) et la reconnaissance légale de paternité de leurs enfants.

Fidji : Il y a rarement de recours pour annulation au motif consentement forcé en raison de l'ignorance de la loi et de la crainte des conséquences sociales.

Sénégal : La coutume ne reconnaît pas l'option d'annulation en cas de défaut de respect des conditions requises du mariage. Les femmes ont rarement accès à la nullité même en cas de non versement par le mari de la dot convenue (là où la dot est stipulée comme condition du mariage).

Les femmes sont en mesure de rechercher réparation en cas de mariage forcé

Nigeria : Les femmes et les filles peuvent trouver des parents compatissants pour les aider et les soutenir dans les procès contre un père qui les a forcées à se marier. Les journaux locaux signalent aussi de telles affaires quand ils arrivent devant les tribunaux. Par exemple en septembre 2002, une jeune femme de dix-neuf ans qui étudiait encore dans la ville de Joos, dans le Nord s'était adressée au tribunal musulman pour demander un jugement afin d'empêcher son père de la forcer à se marier. Son père avait déjà contracté le mariage en son nom. Elle raconta à la cour qu'elle souffrirait d'un traumatisme psychologique et que l'on empiéterait sur son droit de choisir un mari si elle devait subir ce mariage (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/224284.stm>)

Espace de négociation en cas de mariage forcé

Même en tant qu'adulte de près de vingt ans, il peut être difficile pour la femme de résister à la pression parentale pour faire un mariage de son choix.

C'est ce qui est arrivé à une jeune femme de vingt-deux ans, étudiante à l'Université de Dacca. Ses parents souhaitaient la marier à son cousin afin de conserver leurs biens dans la famille (elle n'avait pas de frères). Des pressions émotionnelles considérables furent exercées sur elle et elle se rendit compte qu'elle serait enfermée à la maison et qu'elle ne serait pas autorisée à reprendre ses cours ou à aller n'importe où si elle refusait le mariage proposé.

Dans ces circonstances, la femme donna son accord pour se marier, à condition qu'elle puisse avoir l'option de divorcer de son mari (par talaq tafwid, droit délégué au divorce) si elle n'était pas « heureuse ». Toutes les parties étant d'accord pour lui accorder cette option, elle signa le contrat de mariage. La cérémonie de mariage fut célébrée la semaine suivante et elle fut autorisée à reprendre ses cours. Dès la reprise des cours, elle se réfugia chez une amie et entra en contact avec une organisation des droits humains pour présenter sa situation. L'organisation prit l'initiative d'introduire en son nom une demande de divorce.

Dans ce cas, la femme s'était fondée sur sa connaissance des dispositions du talaq et sur le fait qu'afin d'éviter un scandale public, il était essentiel pour ses parents qu'elle semble disposée à accepter le mariage, avant les préparatifs en vue d'un grand mariage de la 'haute société'.

Application du Kafa'a – Mais cela ne se reproduirait pas aujourd'hui

Les Facultés de droit à Singapour enseignent le cas suivant comme exemple de plus mauvais scénario dans l'application du kafa'a. Le cas révèle aussi un conflit juridique entre les dispositions du Code pénal, qui punissent un homme qui détourne une mineure de ses tuteurs légaux, et les lois musulmanes qui considèrent la femme Hanafi ayant atteint l'âge de la puberté comme adulte (et par conséquent indépendante de son tuteur). Cependant, suite aux réformes des années 80, la décision malencontreuse du tribunal ne serait pas appliquée aujourd'hui.

Dans l'affaire Husseinah Banoo (1963, décision non signalée), une fille de quatorze ans avait fui son wali à Singapour avec son petit ami, Abdul Rahman pour se rendre dans l'État de Negari Sembilan, en Malaisie où le cadî (greffier) les avait mariés. Le point de savoir pourquoi le pouvoir du wali avait été transféré au tribunal n'était pas évident. Il y a deux possibilités : la première étant que la fille était Hanafi et avait atteint l'âge de la puberté ; l'autre étant que son wali mujbir (père) était à plus de deux maralah (près de soixante-dix kilomètres).

Le père s'adressa au tribunal pour faire annuler le mariage, non parce qu'il n'avait pas donné son consentement, mais au motif de kafa'a. Le greffier qui avait célébré le mariage avait démontré qu'il les avait mariés en raison du risque de zina, si le mariage n'avait pas été célébré.

Ce cas reflète la position générale des tribunaux locaux qui accordent davantage de priorité à la prévention des rapports sexuels illégaux qu'à insister sur le consentement du wali. Selon les interprétations locales des lois musulmanes, si le wali réside à deux maralah (environ soixante-dix kilomètres) de là, le tribunal a automatiquement le droit d'assumer le pouvoir du wali et de marier le couple, et peu importe pour le greffier que la pupille se soit échappée du wali ou que le wali se trouve résider à une certaine distance de celle-ci ou qu'il s'en soit temporairement éloigné. Aujourd'hui, les lois de la région reconnaissent cette position des tribunaux et codifient l'autorité du tribunal comme wali.

Malheureusement dans le cas de Husseinah Banoo, le mariage avait annulé au motif de kafa'a (bien qu'elle ait déjà donné naissance à un enfant). Selon la coutume locale, le principe du kafa'a est strictement suivi chez les Hanafi. C'est le seul cas où il s'est avéré qu'un mariage avait été annulé bien que consommé. Le père avait aussi accusé Abdul Rahman d'enlèvement de mineure en vertu du Code pénal ; et Abdoul Rahman avait été jugé coupable.



ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE : CAPACITÉ À SE MARIER – AUTRES INTERDICTIONS

Introduction

Toutes les sociétés imposent des restrictions légales et sociales à la fois sur le point de savoir qui peut se marier (c'est-à-dire qui a la capacité de se marier) et qui cette personne peut épouser (c'est-à-dire qui répond aux critères pour être l'épouse/époux d'une personne donnée). Des restrictions peuvent interdire les mariages dans les degrés prohibés (consanguinité, alliance et adoption), les mariages où les conjoints ne sont pas considérés comme étant libres de se marier en raison de liens conjugaux existants, et (dans le cas de lois musulmanes) les mariages qui portent atteinte aux règles de l'appartenance religieuse.

Toutes les législations traitées dans ce manuel admettent qu'il y a un obstacle permanent aux mariages dans les degrés prohibés et que de tels mariages ne peuvent jamais être validés. Mais les systèmes diffèrent sur le point de savoir si les mariages qui violent les restrictions restantes sont soit juste temporairement interdits (auquel cas le vice peut ultérieurement être corrigé, rendant le mariage pleinement valide) soit interdits de façon permanente.

Les communautés peuvent également imposer des restrictions ayant trait au statut économique et social du prétendant (voir kafa'a p. 94) ou des restrictions sur la base de l'ethnie, la caste, la tribu, etc. Souvent, mais pas toujours, les normes communautaires dictent un spectre de mariages convenables plus étroit que celui proposé par les lois qui régissent la même communauté. De plus, quelques fois les unions qui entrent dans le cadre des degrés légalement interdits peuvent être jugés comme socialement « convenables » par les communautés. Souvent les personnes concernées ignorent que le mariage est nul au regard de la loi.

Nombre de communautés pratiquent le mariage d'échange, le mariage entre cousins germains et la promesse de mariage d'enfants à la naissance. Toutes ces pratiques sont diversement contraignantes pour les femmes, à la fois parce qu'elles n'offrent pas la possibilité de choix du conjoint et parce que plus tard, pendant la durée du mariage, de telles alliances sont considérées par la communauté comme beaucoup plus contraignantes que les mariages 'ordinaires'.

Certains systèmes codifiés ont élaboré une liste d'interdictions permanentes et provisoires pour le mariage et ils ont spécifié

dans cette législation les effets des mariages qui violent ces interdictions (Algérie, Cameroun, Philippines, Sénégal, Tunisie). D'autres systèmes codifiés appliquent des règles de jurisprudence type, sans les spécifier ou sans spécifier les conséquences de violation de ces règles dans le texte de loi (Bangladesh, Pakistan).

Certaines lois prennent clairement en compte certaines interdictions ainsi que leurs effets, tout en n'abordant que vaguement d'autres interdictions. Par exemple, la loi sur le mariage et le divorce du Sri Lanka (Marriage and Divorce Act) définit le mariage dans les degrés prohibés comme délit passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans, tandis qu'un mariage contracté durant la 'idda de la femme ne peut simplement être enregistré: la loi reste silencieuse sur les conséquences d'un tel mariage.

Alors que l'ancienne Moudawana du Maroc énumérait les interdictions mais non leurs effets, le nouveau code a plusieurs dispositions qui tentent de clarifier la procédure et les conséquences d'un mariage qui porte atteinte à ces interdictions.

Quand ils fournissent une codification claire des dispositions ayant trait la capacité à se marier, les systèmes empêchent les couples de contracter des unions susceptibles d'être déclarées nulles. En outre, une codification sans ambiguïté, fournit des règles claires pour aider le tribunal dans la prise de décision, en cas de remise en question d'une union.

Si les femmes sont généralement exclues du libre choix de leur conjoint dans le mariage, elles pâtissent davantage des conséquences d'un mariage nul ou vicié. Leurs droits à la pension à l'héritage, ainsi qu'à la reconnaissance légale de paternité de leurs enfants, sont menacés. Ainsi, les lois imprécises et faibles ont tendance à opérer au détriment des femmes.

Nous établissons une autre distinction entre les lois qui fondent les interdictions au mariage sur les interprétations des lois musulmanes (Tunisie) et celles qui fondent les interdictions sur d'autres sources telles que le Code Napoléon (Cameroun). Les interdictions découlant de ces deux types de sources diffèrent de façon plus importante dans le domaine des mariages interreligieux.

Enfin, il conviendrait de comparer les lois qui définissent d'autres interdictions ayant trait à la capacité de se marier pour les musulmans aux lois qui, à l'intérieur d'un même pays, sont applicables aux autres communautés ou qui s'appliquent quand un couple choisit de se marier sous une loi non basée sur les lois musulmanes.

Empêchements permanents du mariage

Certains types de mariage sont interdits parce que les parties sont dans ce que l'on appelle des « degrés prohibés » de lien l'un par rapport à l'autre.

Ceux-ci sont classés en trois catégories :

- **La consanguinité** : les liens par le sang ;
- **L'alliance** : les liens découlant du mariage ;
- **L'allaitement (rada)** : les liens découlant de l'allaitement par la même femme.

Les interdictions découlant de la consanguinité empêchent un mariage entre un homme et sa sœur ou sa mère (et par dans le même ordre d'idée, entre une femme et son père ou son fils) et tous les ascendants et les descendants en ligne directe (par exemple, petite-fille et petit-fils). Elles empêchent également le mariage entre frères et sœurs, frères et sœurs de lait ou demi-frères et demi-sœurs. Les lois les énoncent de diverses manières. Tandis que certaines se concentrent sur les interdictions imposées aux femmes eu égard à certains hommes, d'autres énoncent des restrictions dans des termes plus neutres pour ce qui est du genre.

Les lois diffèrent sur le point de savoir si elles définissent les cousins comme étant ou non dans les degrés prohibés de consanguinité. Tant le Code civil du Cameroun que le Code des lois sur le statut personnel musulman des Philippines interdisent les mariages entre cousins au troisième degré. La Moudawana du Maroc n'interdit que les mariages entre cousins germains (premier degré). Au Pakistan et chez les Musulmans du Soudan, il n'y a pas d'interdictions concernant les mariages entre cousins, même les mariages entre cousins germains sont permis. Il est difficile de classer ces lois en catégorie plus ou moins favorable aux femmes, car elles dépendent d'autres pratiques associées aux mariages entre cousins. Quelle que soit la manière dont les lois définissent la consanguinité, elles conviennent du fait que les couples définis comme parents de sang ne peuvent jamais se marier de façon valide. Dans le cas où un tel mariage est contracté et déclaré par la suite invalide, certaines lois reconnaissent la paternité des enfants conçus durant le mariage invalide (Maroc) alors que d'autres non (Cameroun).

En ce qui concerne les interdictions venant de l'alliance, la plupart des écoles, chiites et sunnites, conviennent que

l'alliance découle de relations sexuelles entre deux parties, qu'elles soient licites ou non. En conséquence, des individus apparentés à travers un mariage valide ou à d'autres relations sexuelles ne sont pas autorisés à se marier. Cependant l'école shafi énonce que des relations sexuelles illicites ne créent pas de relations d'alliance. En conséquence, seuls les individus apparentés à travers un mariage valide n'auraient pas le droit de se marier en raison d'interdictions ayant trait à l'alliance.

Alors qu'elles appliquent les mêmes interdictions ou des interdictions similaires en matière de consanguinité et d'alliance, les principales écoles sunnites et chiites diffèrent considérablement dans leur traitement d'adoption. Les chiites appliquent les mêmes règles aux relations résultant de l'adoption qu'à celles résultant de la consanguinité. Par ailleurs, les sunnites appliquent des interdictions distinctes, définies de manière plus stricte, aux relations découlant de l'adoption : seul l'enfant adopté ne peut pas épouser ses frères et sœurs de lait, mais tout autre frère ou sœur de cet enfant n'est pas inclus dans de telles interdictions.

Dans les systèmes influencés par les Écoles sunnites, l'interdiction du mariage entre frères, sœurs de lait et des enfants nourris au sein de la même femme varie de manière subtile d'un système à un autre. Les Sunnites fondent la relation d'adoption et toutes les interdictions qui en découlent sur le point de savoir à quel moment du développement de l'enfant adopté l'allaitement a eu lieu. Le Code du statut personnel de la Mauritanie, par exemple, énonce que tout allaitement au sein au cours des vingt-six premiers mois de la vie d'un enfant établit des liens nourriciers. D'autres lois fixent la durée de la période d'allaitement à deux ans (Algérie, Maroc). Dans tous ces exemples, la quantité de lait importe peu – même une seule goutte suffit. Toutefois, aucune relation nourricière n'est établie si l'enfant a été allaité après son sevrage. La famille nourricière n'étant pas reconnue en Algérie, le mariage entre enfants adoptifs est possible, tant qu'ils ne partagent pas le lait de leur mère. Par contre, le droit tunisien reconnaît l'adoption et en conséquence, interdit le mariage entre parents et enfants adoptifs, entre les parents adoptifs et l'enfant du conjoint et entre frères et sœurs adoptés. Démarche inhabituelle, la réforme du droit de la famille libanais, qui a s'est soldée par un échec, proposait l'élimination des interdictions fondées sur la famille nourricière.

S'il est difficile d'évaluer dans quelle mesure une interdiction plus large ou plus stricte est plus favorable aux femmes, on peut avoir la certitude que des lois imprécises sont la plus grande source de problèmes potentiels parce qu'elles laissent subsister des doutes sur la validité des mariages. Au Pakistan et au Bangladesh, par exemple, les lois ne légifèrent pas de manière spécifique sur la validité ou l'invalidité d'un mariage.

Avec diverses écoles de jurisprudence traditionnelles qui diffèrent sur la question de la famille nourricière, la validité de certains mariages peut être mise en doute en fonction de la

personne qui juge de cette validité. Alors que tous les systèmes juridiques examinés dans le manuel reconnaissent les restrictions au mariage basées sur les « degrés prohibés », certains systèmes contiennent des interdictions supplémentaires. Par exemple, les Philippines ressortent comme le seul pays à avoir spécialement légiféré contre le mariage d'un couple où l'un des conjoints ou les deux conjoints ont été jugés coupable du meurtre de l'ancien conjoint du nouveau partenaire. Les amendements de 2005 apportés au Code de la famille algérien abrogeaient la disposition qui déclarait nul un mariage en cas d'apostasie de l'un des conjoints.

Interdictions ayant trait aux liens matrimoniaux existants

Les systèmes basés sur les lois musulmanes peuvent aussi énumérer des obstacles supplémentaires concernant les restrictions existantes au mariage. En vertu de ces obstacles, il est interdit à un homme de prendre une cinquième femme, d'épouser deux sœurs ou des parentes proches en même temps, dans un mariage polygame ou d'épouser une femme observant la 'idda. Au Cameroun et au Sénégal, au moment du mariage, le mari doit spécifier si le mariage va être monogamique ou polygame. Au Sénégal il doit aussi spécifier s'il se limitera potentiellement à deux femmes ou s'il en épousera plus. Si le mari par la suite tente de contracter un mariage qui ne respecte pas ces spécifications convenues, le mariage consécutif n'aura pas d'effet au regard de la loi.

Quand un mariage viole les interdictions concernant les liens matrimoniaux existants, les lois musulmanes sunnites qualifient ce mariage d'« irrégulier », ou les interdictions de « temporaires ». Ces termes impliquent que, dans certains cas, le mariage peut devenir pleinement valide (par exemple lorsque qu'une femme des premières femmes est répudiée par un mari polygame ayant cinq épouses). Cependant selon certaines lois codifiées, des mariages qui violent ces interdictions risquent d'être déclarés non valides devant les tribunaux (bien que certains effets du mariage puissent être reconnus, voir p. 110, Sénégal). Les lois iraniennes, qui sont basées sur la jurisprudence shiite, ne reconnaissent pas du tout les mariages irréguliers et considèrent de tels mariages comme nuls.

Validité des mariages contractés durant la 'idda

De même que les interdictions au mariage dans le cadre des degrés prohibés, les interdictions concernant les liens matrimoniaux existants exposent les femmes à davantage de risques quand elles sont incertaines ou imprécises.

Comme on l'a noté plus haut, les lois du Pakistan souffrent de cette absence d'interdictions spécifiées et de leurs effets. En outre, les individus qui se livrent à des relations sexuelles en dehors d'un mariage valide sont passibles de poursuites judiciaires pour zina. La jurisprudence locale a eu à discuter des effets du mariage nul et irrégulier dans des cas de zina, où les femmes font face à de sévères condamnations pour avoir contracté un autre mariage pendant leur période de viduité (idda). En d'autres termes, pour évaluer l'impact d'un mariage irrégulier, il convient également d'examiner les dispositions pénales ayant trait à la bigamie et au zina. Une telle évaluation est également nécessaire dans les systèmes non fondés sur les lois musulmanes, comme au Sénégal où la bigamie est un délit.

La jurisprudence pakistanaise fait une distinction entre des mariages contractés durant la 'idda qui suit différentes formes de dissolution. Par exemple, si la femme se marie durant cette période après que son mari ait prononcé le talaq, son nouveau mariage est nul, parce l'autorité de révoquer le talaq incombe au mari durant la période de viduité ; si par la suite il révoque le talaq, l'épouse serait mariée à deux personnes en même temps, et en conséquence, tout mariage consécutif au mariage antérieur serait nul. Ici, l'épouse serait coupable de bigamie et également peut-être de zina, si le mariage consécutif a été consommé (voir p. 268, le traitement réservé à ce problème par les tribunaux).

Cependant, si une femme a exercé son droit de talaq tafwid, tout mariage qu'elle contracte durant la 'idda peut entrer dans la catégorie des mariages « irréguliers » parce que le fait de contracter un mariage ultérieur prouve son intention de ne pas révoquer le talaq et de fait, son mari n'a pas le pouvoir de révoquer son talaq. De même, un mariage contracté par une femme durant la période de viduité qui suit l'obtention d'un jugement de dissolution par le tribunal, tombe aussi dans la catégorie des mariages « irréguliers » parce que le mari, là encore, n'a pas de pouvoir de révocation, et qu'il revient à la femme de décider de se réconcilier ou non et de rendre l'ordonnance de dissolution sans effet. Ces questions ont été discutées en détail dans l'affaire Abdul Sattar contre Mst. Zahida Parveen et dix autres en 1991 MLD 403.

Mariage entre musulmans et non musulmans

En règle générale, les systèmes non basés sur les lois musulmanes n'interdisent pas les mariages entre époux de confessions différentes. Les lois musulmanes, généralement, ne reconnaissent pas comme valide un mariage entre une femme musulmane et un homme non musulman, alors qu'elles permettent aux hommes musulmans d'épouser des femmes Kitabia (gens du Livre). (Certaines lois permettent

même aux hommes de contracter un mariage irrégulier avec une femme en dehors du Kitabia, par exemple, hindou.) Les juristes sont divisés sur le point de savoir si un mariage entre une femme musulmane et un homme non musulman est nul ou irrégulier. (Par exemple, dans les Mulla's Principles of Mohammedan Law du sous-continent, la section 259(2) précise qu'un tel mariage est irrégulier, tandis que Fyzee le déclare nul.)

Cependant, dans certains systèmes, il est également interdit aux hommes, soit de manière explicite, soit dans les faits, de se marier avec des non musulmanes. Par exemple, en Malaisie, la loi définit Kitabia de manière si minutieuse que le mariage interreligieux est pratiquement impossible, et les mariages contractés à l'étranger ne peuvent pas être enregistrés par la suite en Malaisie s'ils ne respectent pas ces prescriptions juridiques. Par contre, certains systèmes basés sur les lois musulmanes ne codifient pas de telles dispositions de manière explicite. (La Moudawana du Maroc et les lois malaises le font, alors que le Code du statut personnel de la Tunisie ne le fait pas.)

Même là où les lois musulmanes interdisent spécifiquement les mariages interreligieux, les couples ont la possibilité de se marier sous une autre loi qui reconnaît leur union (Bangladesh, Cameroun, Inde, Nigeria, Sénégal, Singapour, Sri Lanka)

Au Bangladesh, le Special Marriage Act de 1872 permet les mariages interreligieux, mais la loi implique que les deux parties doivent faire profession de foi de non croyants. Ce faisant, une femme musulmane perd son droit à l'héritage et son droit à la dot – pour ne pas parler de toute une identité religieuse. Ain o Salish Kendro (ASK) mène actuellement une campagne continue en vue de la suppression de la clause de renonciation (comme c'est arrivé avec l'India's Special Marriages Act 1954) et de la modification de la loi pour permettre aux citoyens qui désirent exercer leur droit de se marier de manière non religieuse de disposer d'une option laïque, civile. L'islamisation au Pakistan a certainement restreint les options à la disposition des femmes dans ce domaine. Depuis les années 70, l'accès à la loi spéciale sur les mariages (Special Marriages Act) de 1872 a pratiquement cessé, en raison des dispositions pénales strictes ayant trait au blasphème, qui rendent impossible pour quiconque la possibilité de renoncer à l'Islam. Au Sri Lanka, une femme musulmane peut contracter un mariage valide avec un non musulman, aux fins de la loi générale (General Law) du Sri Lanka. À la suite d'un tel mariage, la femme serait régie par la loi générale, et non par les lois musulmanes. La loi générale diffère des lois musulmanes dans les dispositions concernant un certain nombre de questions, notamment le divorce et l'héritage. À Singapour, un musulman peut épouser un non musulman, au titre de la Charte des femmes (qui reconnaît les mariages dans lequel l'une des parties est musulmane).

Cependant, l'État semble décourager de tels mariages, et à vrai dire, il est généralement demandé à la partie musulmane de consulter l'officier d'état civil en charge des mariages musulmans, avant de contracter au titre de la Charte des mariages.

De même, la validité des mariages avec des hommes de sectes déclarées non musulmanes (dans certains pays) est devenue incertaine. Les Ahmedi/Qadiani, par exemple, qui font l'objet de persécutions considérables au Pakistan, ne s'adressent plus aux tribunaux réguliers pour la résolution de leurs affaires familiales. Ils ont plutôt développé leur propre système parallèle. En Iran, par contre, la nouvelle législation exige des officiers d'état civil qu'ils enregistrent automatiquement les mariages d'hommes âgés de plus de vingt ans et de femmes de plus de dix-huit ans, sans demander leur religion. Cette législation semble être en train d'atténuer certains des problèmes rencontrés par les bahá'ís.

Alors que des mariages entre des hommes musulmans et des femmes non musulmanes peuvent être plus ou moins socialement acceptables, les mariages de femmes musulmanes à des hommes non musulmans font l'objet de restrictions sociales beaucoup plus fortes. Indépendamment des options légales disponibles, la plupart des couples de ce type partent se marier à l'étranger. Leur capacité à retourner dans leur propre pays dépend du climat social qui prévaut, ainsi que de la reconnaissance juridique ou de la non-reconnaissance de leur mariage.

Cependant, certains pays limitent même la possibilité pour une femme musulmane de se marier à un homme non musulman à l'étranger (au titre d'un système qui apparemment n'a pas d'interdictions religieuses). Par exemple, dans certains pays européens, l'Ambassade du Soudan a expédié des notes aux autorités municipales locales énumérant deux conditions qui doivent être appliquées lorsqu'une citoyenne soudanaise cherche à se marier dans la municipalité. En premier lieu, elle doit fournir un certificat de l'ambassade attestant qu'elle est célibataire. Un tel certificat n'est pas délivré selon une procédure établie. Il est plutôt délivré ou refusé en fonction des jugements idéologiques du personnel de l'ambassade. En second lieu, elle doit fournir une lettre attestant du consentement de son père ou de son tuteur au mariage. Cette lettre doit être certifiée par l'ambassade. La nouvelle Moudawana du Maroc cherche à réglementer les mariages de citoyens marocains à l'étranger et exige que de tels mariages remplissent les mêmes conditions requises pour les Marocains vivant au Maroc concernant la capacité et les interdictions.

Les lois peuvent aussi être discriminatoires à l'égard des femmes qui épousent des étrangers. Par exemple, les femmes iraniennes doivent obtenir une autorisation officielle pour se marier à des citoyens non-iraniens, tandis que les hommes iraniens n'ont besoin d'une telle permission que s'ils occupent des postes officiels sensibles. Le mariage doit également être

contracté durant une cérémonie de mariage musulman, car le statut de mariage civil contracté à l'étranger n'est pas clair. (Les mariages civils ne sont pas officiellement reconnus. Cependant, les tribunaux peuvent reconnaître de manière arbitraire certains droits résultant obligatoirement du mariage). Dans un tel cas, le tribunal a soutenu le droit du mari à « l'obéissance » de sa femme (dans un mariage civil célébré à l'étranger.) Selon la loi iranienne, tous les mariages de citoyens iraniens à l'étranger doivent être enregistrés à l'ambassade. Un tel enregistrement exige du couple qu'il présente un certificat de mariage musulman et/ou un certificat de conversion. Manifestement, les citoyens iraniens qui vivent dans un pays sans relations diplomatiques avec l'Iran et, par conséquent, sans ambassade iranienne, rencontrent d'énormes difficultés pour contracter un mariage valide.

reconnus ; alors que les mariages irréguliers, même s'ils ne sont pas consommés, jouissent d'un certain statut.

Effets du mariage qui violent d'autres interdictions concernant la capacité

Dans certain cas, des mariages à des degrés prohibés font l'objet d'un jugement et de dissolution. Ainsi au Sénégal, une annulation absolue peut être déclarée en cas de mariage (a) entre personnes de même sexe (b) entre personnes apparentées à un degré interdit de consanguinité ou d'alliance (c) entre un homme et une femme qui sont dans une union existante pas encore correctement dissoute. Dans de tels cas, les époux sont obligés de se séparer automatiquement dès la découverte de l'irrégularité de leur union. Bien que ces mariages soient susceptibles de dissolution, même par des tierces parties, les effets de tels mariages (jusqu'à la date d'annulation) restent valables. En conséquence, la paternité légale des enfants sera reconnue et l'héritage ne peut être réclamé par la famille du défunt. La nouvelle Moudawana du Maroc considère également tous les « obstacles temporaires » (le mariage à des sœurs ou le mariage à un plus grand nombre de femmes que le nombre légalement autorisé, le mariage durant la idda ou le mariage à des non-musulmans, tels que décrits ci-dessus) comme ayant les mêmes effets qu'un mariage nul.

Certains systèmes établissent une distinction entre les effets découlant de mariages prohibés, avant et après la consommation. Dans ces systèmes, un mariage nul avant consommation n'a aucun effet juridique, alors qu'après la consommation, le mahr est dû et la paternité est établie. Certaines lois exigent également de la femme qu'elle observe la 'idda après l'annulation du mariage (Algérie, Maroc, Tunisie). De plus, certaines lois spécifient qu'un mariage nul établit des relations d'alliance (Maroc, Tunisie). Sous lois musulmanes, au Nigeria, les mariages aux degrés de relations interdits sont traités comme nul ab initio et n'ont pas d'effets

Abus politique des clauses de la dissolution

Dans certains pays (Algérie, Égypte) des tierces parties ont demandé au tribunal d'annuler un mariage à la suite prétendue d'apostasie de l'un des conjoints. Cette stratégie a été utilisée par des extrémistes politico-religieux pour faire annuler le mariage d'adversaires politiques. Si ceci n'est plus possible à la suite des amendements apportés au Code de la famille de l'Algérie, nous discuterons ici d'un cas survenu en Égypte.

En 1993, le professeur de littérature arabe, Nasr Hamid Abu Zaïd avait été accusé d'apostasie. Les accusations étaient portées par un avocat et un autre homme qui agissaient au nom d'activistes politico-religieux. Les requérants plaidaient en faveur de la séparation obligatoire du Pr Abu Zaïd et de sa femme, au motif de son 'apostasie', comme prétendument exprimée dans ses écrits et recherches. La loi égyptienne n'a pas de disposition explicite concernant l'apostasie. Cependant, la loi égyptienne de la famille laisse ouvert aux juges la possibilité d'appliquer la loi Hanafi dans les cas qui ne sont pas traités dans le Code civil égyptien.

Les accusations étaient portées au titre du principe de l'hisba. Selon ce principe, les musulmans peuvent s'immiscer dans la vie de ceux qui ont commis un crime contre Dieu ou contre le peuple, même si ces individus n'y étaient pas directement intéressés.

Le tribunal de première instance avait rejeté la plainte en 1994. Le tribunal ne reconnaissait pas le principe de l'hisba et avait renvoyé l'affaire au motif que les requérants n'étaient pas directement intéressés. Cette décision avait été annulée en 1995 par la Cour d'appel du Caire, qui avait décidé que le mariage d'Abu Zaïd était nul au motif de son 'apostasie'.

Le procureur de la République égyptien avait porté alors l'affaire devant la Cour Suprême, au motif que la décision constituait une menace grave à l'ordre social et la stabilité en Égypte. En vain : la Cour suprême avait confirmé le jugement en 1996.

Le gouvernement égyptien, pour tenter de mettre un terme à un tel litige soulevé par les Islamistes, avait promulgué une loi en 1996, qui interdit à toute partie de porter directement devant les tribunaux, toute affaire ayant trait à des questions personnelles et fondée sur le concept de l'hisba. Désormais les plaintes portées devant le tribunal par un individu plutôt que par le procureur de la République, ne sont pas recevables, sauf si elles émanent d'une personne personnellement et directement intéressée.

Cette législation a contrecarré avec succès une tentative semblable menée en 2001 lorsqu'à la demande de groupes politico-religieux, un avocat avait déposé une plainte pour apostasie contre l'écrivain féministe reconnue, Nawal el-Saadawi. Le juge avait rejeté l'accusation portée contre elle, en déclarant que seul le procureur général d'Égypte pouvait intenter un procès pour apostasie et que l'avocat n'avait pas le statut légal exigé.

LOIS :**Les mariages entre
Musulmans et non-
Musulmans****Critères**

Suite au manque de renseignements disponibles sur la manière dont la jurisprudence traite des effets des unions qui violent les interdictions permanentes et autres interdictions au mariage, nous n'avons pas établi la liste de lois, dans cette section, en fonction des critères qui donnent plus ou moins d'options. Une exception est la sous-section sur les mariages avec des non-musulmans, où les dispositions sont énumérées en fonction de savoir si elles offrent ou non des options alternatives aux couples interreligieux.

 **Il n'existe pas d'interdiction**

Cameroun, Fidji, Sénégal : Il n'y a pas d'interdictions juridiques au mariage entre personnes de confessions religieuses différentes.

Liban (proposition de Code civil uniforme 1998, jamais adopté) : Il n'est pas fait mention de la religion des futurs époux et permet indirectement une femme musulmane d'épouser un non-musulman.

 **Des lois alternatives existent**

Gambie et Nigeria : Les musulmans peuvent se marier au titre du MMDO et du MCA respectivement, qui n'interdisent pas les mariages interreligieux, ou au titre des lois coutumières qui n'interdisent pas le mariage interreligieux.

Inde : Le SMA de 1954 prévoit le mariage entre deux personnes, indépendamment de la religion, à condition que l'homme ait vingt et un ans et la fille dix-huit ans. Si le mariage a été célébré hors de l'Inde, les deux parties doivent être des citoyens indiens et domiciliés en Inde. Après l'enregistrement, l'héritage des biens des époux est régi par l'Indian Succession Act de 1925.

Sri Lanka : Une femme musulmane peut contracter un mariage valide avec un non-musulman, au titre de la loi générale du Sri Lanka. À la suite de ce mariage, elle sera régie par loi générale, et non par les lois musulmanes. Les deux types de lois diffèrent grandement de par leurs dispositions relatives au divorce et à l'héritage. Deux musulmans ne peuvent se marier au titre de la loi générale.

Bangladesh : Le mariage entre une femme musulmane et un homme non musulman est traité selon les principes généraux des lois musulmanes. Un tel mariage est considéré comme nul et la paternité légale des enfants n'est pas reconnue. Cependant, ces couples peuvent se marier au titre de la loi coloniale SMA de 1872, mais les deux conjoints seraient dans l'obligation de faire une déclaration de 'non croyance'. Le préambule de la loi énonce que « considérant qu'il est indiqué de permettre une forme de mariage pour les personnes qui ne sont de confession ni chrétienne, ni juive, ni hindoue, ni musulmane, ni parsi, ni bouddhiste, ni sikh, ni jainan et de légaliser certains mariages, dont la validité est incertaine... ». Les hommes musulmans peuvent contracter un mariage valide avec une femme Kitabia (gens du Livre). En outre, un homme musulman pourrait épouser une femme hindoue, mais le mariage serait alors considéré comme irrégulier. Dans un tel mariage, la paternité légale de l'enfant est reconnue mais il n'y a pas de droits à l'héritage ou de pension alimentaire établie entre les époux.

Singapour : Au titre de la section. 3 (4) de la Charte des femmes, le mariage entre musulmans sera célébré et enregistré en vertu de la loi, ce qui veut dire que si l'une des parties est musulmane, la célébration et l'enregistrement sont possibles au titre de la loi. Cependant, les lois de Singapour ne sont pas précises sur le traitement de l'héritage dans de tels cas, et il n'existe pas encore de cas de jurisprudence pour clarifier la situation.



Le mariage entre femmes musulmanes et hommes non musulmans n'est possible que si l'homme se convertit à l'Islam

Pakistan : Depuis les années 70, l'accès au SMA (Special Marriage Act – Loi spéciale sur les mariages) a pratiquement cessé, en raison des dispositions pénales strictes ayant trait au blasphème qui font qu'il est impossible pour un individu de renoncer à l'Islam. Depuis que les Ahmedi/Qadiani ont été déclarés non-musulmans en 1974 au Pakistan, il n'a pas de précision sur le point de savoir si la MFLO s'applique aux mariages impliquant des Ahmedi, ou si une femme musulmane peut valablement épouser un homme Ahmedi. Les tribunaux préfèrent éviter de traiter directement de cette question litigieuse, et statuent plutôt sur la question immédiate portée à leur attention (la demande de pension alimentaire et validité du talaq). Dans les trois affaires connues, il est apparu que le mari avait tenté de se soustraire à ses responsabilités légales en prétendant que le mariage n'était pas valide, et dans chacun des cas, le tribunal a tranché en faveur de la femme sans se prononcer directement sur la question de la validité (Nasir Ahmed Shaikh contre Mrs. Nahid Ahmed Shaikh NRL 1986 Civil 659 ; LN 1986 Lahore 597 ; Muhammad Rashid contre Mst. Nusrat Jahan Begum 1986 MLD 1010 Lahore).

Algérie : Aux fins de l'article 30 du Code de la famille, il y a un obstacle temporaire au mariage d'une femme musulmane à un homme non-musulman (c'est-à-dire qu'il peut être rectifié si le mari se convertit à l'Islam). En application de l'article 34, si ceci n'est pas rectifié, le mariage est susceptible d'être déclaré nul, qu'il ait été consommé ou non, bien que la paternité soit établie, et la idda exigée.

Iran : Les femmes musulmanes ne peuvent pas contracter un mariage valide avec des hommes non-musulmans, mais un tel mariage sera reconnu si l'homme se convertit à l'Islam. Aux fins des nouvelles dispositions relatives à l'enregistrement des mariages, si un homme de vingt ans et une femme de près de dix-huit ans vont dans un bureau d'enregistrement et disent qu'ils sont mari et femme, l'officier de l'état civil est tenu d'enregistrer leur mariage sans leur demander leur religion. Alors que la loi avait peut-être pour but de résoudre les problèmes auxquels les Bahá'ís sont confrontés en Iran, elle pouvait également être utilisée pour faciliter les mariages interreligieux. Cependant, jusqu'ici, rien ne prouve qu'elle ait été utilisée à de telles fins. Si une femme non-musulmane épouse un Iranien musulman sans se convertir, le mariage est enregistré comme mariage temporaire pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. Les femmes disposent de droits restreints dans un mariage temporaire.

Malaisie : Aux fins de la section 10 de l'IFLA de 1984 (Législation sur les lois relatives à la famille islamique), une femme musulmane ne peut se marier qu'avec un homme musulman. Un homme musulman peut épouser une femme non-musulmane Kitabiyah. Cependant, la loi définit, de façon stricte une Kitabiyah comme une femme dont les ancêtres étaient des descendants de Bani Ya'qub, une femme chrétienne dont les ancêtres étaient des Juifs avant l'arrivée du Prophète Mohammad, ou une femme juive dont les parents étaient des Juifs avant l'avènement du Prophète 'Isa' - Jésus. Les mariages contractés à l'étranger qui ne se conforment pas aux conditions requises du Hukum Syr'iah, ne peuvent être enregistrés.

Maroc : Aux fins de l'article 39 de la Moudawana, il y a un empêchement temporaire au mariage d'une femme musulmane à un homme non-musulman et d'un homme musulman à une femme non-musulmane (à moins qu'elle ne soit d'obédience chrétienne ou juive) (c'est-à-dire que ceci peut être rectifié si le mari se convertit à l'Islam). Si ceci n'est pas rectifié, en application des articles 54 et 58, le mariage est susceptible d'être déclaré nul par le tribunal, à la demande de la partie concernée. Après consommation, le mahr est dû, la paternité établie et le mariage entraîne les empêchements habituels au mariage (c'est-à-dire les interdictions sur la base de l'alliance).

Soudan : Une femme musulmane n'a pas la capacité d'épouser un homme non-musulman. Un homme musulman peut épouser une femme chrétienne et/ou juive.

LOIS :**Interdictions sur la base de la consanguinité et de l'alliance**

Dans **tous les pays traités ici** (les exceptions et les particularités y compris) les mariages nuls incluent ceux entre les **parents de sang** (ascendants et descendants aussi bien des tantes maternelles et paternelles et filles d'un frère ou d'une sœur), aussi bien ceux contractés entre des personnes apparentées **par alliance** (le père/le grand-père d'une ex-femme ou d'une veuve; fils/petit-fils d'une ex-femme ou d'une veuve).

Cameroun : Aux fins de l'Ordonnance sur le statut civil et du Code civil, il y a des interdictions additionnelles ayant trait à la consanguinité et à l'alliance; des personnes ainsi apparentées ne peuvent pas se marier jusqu'au quatrième degré.

Gambie : En application de la section 148 du CrC, l'inceste est un acte criminel. Un homme ne peut pas avoir des relations sexuelles ou maritales avec sa mère, sa sœur, sa fille ou petite-fille. Une femme de plus de seize ans qui consent à des relations sexuelles avec son grand-père, son père, son frère, ou son fils est également coupable de crime. Les relations par alliance ne sont pas interdites.

Philippines : En vertu du CMPL (Code sur les lois du statut personnel musulman), il y a des interdictions additionnelles concernant la consanguinité et l'alliance ; un mariage ne sera pas contracté entre tout homme et toute femme et ses parents par alliance en ligne ascendante et collatérale au troisième degré.

Sénégal : Selon A. 141-145 du Code de la famille, le mariage dans les degrés prohibés de consanguinité et d'alliance (non définis) sont susceptibles d'annulation par une partie intéressée ou par l'État. Le mariage est considéré nul à compter de la date de dissolution, mais les effets du mariage restent valides (héritage jusqu'à la date de l'ordonnance et paternité légale des enfants).

Sri Lanka : En vertu de la section 80 de la MMDA, les hommes et les femmes âgés de plus de douze ans sont passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de trois ans s'ils ont, sciemment, des relations charnelles auxquelles ils sont liés par le sang et par alliance. Aux fins de la section 80(2), les femmes peuvent proclamer la contrainte comme défense valide. Ce sont des interdictions plus fortes que celles de la loi générale.

Soudan : La loi interdit expressément le mariage avec les belles-filles.

LOIS :**Interdictions sur la base de l'accueil et de l'adoption**

Les systèmes basés sur les lois musulmanes suivent généralement selon lequel le fosterage (la relation créée par rada' – l'allaitement) crée les mêmes interdictions que la consanguinité et l'alliance.

Cependant, la quantité de lait (ou le nombre d'allaitements au sein requis pour établir une relation de famille nourricière diffèrent (voir les détails ci-dessous).

Par contre, les systèmes suivants (non basés sur les lois musulmanes) n'ont pas d'interdictions fondées sur l'allaitement : **Bangladesh** (SMA, 1872), **Cameroun**, **Républiques d'Asie Centrale**, **Fidji**, **Gambie** (MMDO, 1941), **Inde** (SMA, 1954), **Nigeria** (MCA, 1970), **Sénégal et Turquie**.

Tunisie : La loi permet l'adoption ; donc, l'adoption crée les mêmes interdictions que la consanguinité et l'alliance. Au titre de l'article 17 du Code du statut personnel, l'allaitement (le nombre n'est pas fixé) crée les mêmes obstacles au mariage que la consanguinité et l'alliance.

Liban : L'infructueux Code civil uniforme de 1998 proposait de permettre le mariage entre des conjoints appartenant à la même famille nourricière (allaitement).

Algérie : Aux fins des sections 27 à 29 du Code de la famille, le fosterage est couvert par les interdictions relatives à la consanguinité. L'appartenance à la même famille nourricière n'est établie que si la mère nourricière allaite (sans tenir compte de la fréquence), l'enfant placé durant ces deux premières années de vie de vie, ou avant son sevrage.

Malaisie : Au titre de la section 9(3), le lien de parenté établi à travers un 'acte d'allaitement' crée une relation interdisant le mariage.

Maroc : Au titre de l'article 38 de la Moudawana, les empêchements au mariage résultant de la parenté par allaitement sont les mêmes que celles interdites à travers la consanguinité et l'alliance. L'allaitement n'est un empêchement que s'il a eu lieu durant les deux premières années de vie de l'enfant.

Philippines : Une relation d'allaitement est établie si l'enfant est allaité au moins cinq fois durant les deux premières années de vie.

LOIS :

Autres empêchements au mariage

Algérie : Au titre des articles 30 et 34 du Code civil, les mariages suivants sont nuls : mariage avec une femme déjà mariée ; mariage avec une femme observant la idda à la suite d'un divorce ou d'un veuvage ; le mariage avec une épouse divorcée trois fois et qui ne s'est pas mariée entre temps avec un autre homme, et le mariage simultané avec deux sœurs ou deux femmes ayant des liens de parenté étroits. Ces mariages seront déclarés nuls, qu'ils aient été consommés ou non. Cependant, la paternité est établie et la femme doit observer l'idda.

Bangladesh et Inde (mariages sous la SMA) : Aux fins de la section 2 de la SMA, les mariages peuvent être déclarés nuls ou dissous quand une condition du mariage fait défaut. Ces conditions comprennent le fait qu'au moment du mariage, aucune des parties n'ait une femme ou un mari vivant.

Maroc : Au titre de l'article 39 de la Moudawana, les mariages suivants sont temporairement interdits : mariage avec deux femmes liées par consanguinité (bien que le mariage avec une femme et la mère de son ancien mari, ou avec la fille de son ancien mari, au même moment, ne soit pas interdit) ; le fait d'avoir un nombre d'épouses supérieur à celui légalement autorisé ; ou un mariage avec la même femme après trois répudiations successives, à moins qu'elle n'ait achevé la période de viduité après un mariage avec un autre homme ; un mariage avec une femme achevant sa période de viduité. Aux fins de l'article 57, de tels mariages sont nuls, et l'article 58 spécifie que leur nullité peut être prononcée par le tribunal, ou à la demande d'une des parties. Toutefois, après consommation, le mahr est dû et la paternité est établie, de même que sont établies les interdictions qui découlent du mariage.

Philippines : Le CMPL (Code des lois musulmanes sur le statut personnel) interdit les mariages entre deux individus si l'un ou les deux ont été jugés coupables du meurtre du conjoint de l'un ou l'autre.

Tunisie : Aux fins de l'article 22 du Code du statut personnel, un mariage irrégulier est déclaré nul mais la dot, la paternité, l'idda et les relations de parenté ou d'alliance, sont établis. En vertu de l'article 21, un couple qui continue la vie commune à la suite d'une déclaration d'irrégularité de leur mariage est passible de six mois d'emprisonnement.

Sénégal : Le Code de la famille prévoit une annulation absolue d'un mariage célébré durant l'idda et d'un mariage qui ne respecte pas le nombre d'épouse spécifié dans l'option du mariage. Les époux tenus de se séparer à la découverte de l'irrégularité de leur union et toute partie intéressée ou l'État peut demander une déclaration d'annulation. Cependant, la paternité légale des enfants est reconnue et tout héritage reçu par le conjoint ne peut être réclamé par la famille du conjoint décédé à la suite d'un jugement d'annulation.

PRATIQUES

Mariages en dehors de la communauté

Républiques d'Asie centrale : Il y a des mariages inter-ethniques, mais essentiellement entre femmes russes et hommes d'Asie Centrale ; l'inverse est plus rare. Des femmes ouzbèkes peuvent épouser des Tatares, des Arméniens, des Géorgiens, etc. (c'est-à-dire des nationalités européennes non-slaves). Le mariage inter-ethnique est plus fréquent dans la jeunesse urbaine, européanisée.

Fidji : Il y a des attitudes rigides contre le mariage inter-ethnique. Ces attitudes se sont renforcées la polarisation politique des communautés en fonction de l'une des identités communautaires.

Iran : Les mariages entre femmes musulmanes et hommes non-musulmans ne sont pas socialement acceptables, mais les propres mariages entre hommes musulmans et des femmes non-musulmanes ne sont pas perçus favorablement. Des débats sur ces questions ont été soulevés par les femmes activistes et repris par certains dirigeants religieux.

Liban : Il existe dix-huit communautés religieuses distinctes reconnues au Liban, et en dépit des années de guerre civile, des relations intercommunautaires se sont formées. Ces relations ont influencé la proposition de 1998 qui vise à permettre les mariages interreligieux, intersectes. Actuellement les couples dont la religion ne leur permet pas de se marier vont à l'étranger pour le faire.

Nigeria : Les mariages inter-ethniques sont possibles (et de plus en plus courants, dans les zones urbaines et parmi les jeunes et/ou les personnes ayant reçu une éducation formelle), mais sont plus facilement acceptés entre des personnes de même confession religieuse. La possibilité d'accepter socialement d'un mariage inter ethnique et d'un mariage interreligieux s'accroît avec l'âge de la femme.

Pakistan : Dans les familles Syed, en particulier dans les familles Shira Syed, il n'est pas permis aux femmes d'épouser des non-Syed. S'il n'y a pas de prétendant adéquat pour une fille, certaines familles féodales Syed de la province du Sindh lui demanderont de renoncer à son droit au mariage. Elle fait alors une renonciation officielle sur le Coran. Cette tradition est connue sous le nom de « mariage avec le Coran » ou Haq bakhshwana (littéralement renonciation au droit de se marier). La femme est donc condamnée à une vie sans mari et sans enfants, et peut vivre en recluse. Les familles imposent un tel sort à leur fille pour éviter qu'elle n'épouse une personne de statut social inférieur, mais aussi pour s'assurer que les biens restent dans la famille. Le mariage en dehors de la tribu/ caste/ secte est fortement découragé au Pakistan, en

particulier dans les zones féodales où la hiérarchie sociale est déterminée par la caste, combinée à d'autres facteurs. Cependant de tels mariages sont progressivement mieux acceptés.

Soudan : Il est permis aux hommes musulmans d'épouser des femmes non-musulmanes alors que les femmes musulmanes ne sont pas autorisées à épouser des hommes non-musulmans. L'injustice des interdictions reflète à la fois la croyance que les hommes sont assez forts pour résister et éviter la conversion (ce qui n'est pas le cas des femmes), et que traditionnellement, les enfants suivent la religion du père.

Mariages d'échanges

Dans un certain nombre de pays, les communautés pratiquent le mariage d'échange (souvent pour éviter les pratiques de la dot et du mahr). Ceci est connu sous le nom de berdar en Turquie, badal en Jordanie et Palestine, et watta satta ou addo baddo au Pakistan. Dans le mariage d'échange, un homme et une femme d'une famille sont mariés à un homme ou une femme d'une autre famille. Cet échange d'ordinaire unit des frères et des sœurs, mais peut sauter des générations, de sorte qu'une tante et un neveu, ou même un père et sa fille, peuvent se marier dans la même famille. Au Pakistan, même avant la naissance, un enfant peut être promis à un mariage d'échange. L'échange peut être « équilibré » par l'ajout de biens ou de liquidités si l'une des parties est plus laide ou plus âgée etc. Le sort des deux couples devient alors inextricablement lié, et s'il y a divorce ou séparation dans un couple, l'autre couple est contraint par la communauté de divorcer/ se séparer, même si les époux sont heureux ensemble. Il est extrêmement difficile de rompre un mariage d'échange en raison des relations sociales complexes en jeu.

Mariages qui violent des empêchements permanents et temporaires

Gambie et Pakistan : Des individus des communautés musulmanes se marient quelques fois dans des relations prohibées par ignorance des dispositions.

Philippines : L'interdiction des mariages entre parents par alliance dans la ligne collatérale est souvent violée parce qu'il est dit que cette interdiction n'a pas de fondement théologique.

Sri Lanka : La jurisprudence sur le mariage dans les degrés prohibés indique que de tels mariages sont contractés. Les autorités religieuses interviennent rarement s'ils viennent à prendre connaissance d'un tel mariage.

Sénégal : Les cadis sont conscients des interdictions aux titres des lois musulmanes et peuvent annuler le mariage s'ils sont informés de la violation.

Mariage entre un musulman et une hindoue : le père peut-il faire objection ?

Une hindoue et un musulman âgés de moins de vingt-et-un ans cherchaient à se marier sans le consentement du père du garçon (R contre Registrar General : ex parte Abdul Hamid, Fij, Court of Appeal case 386/1985).

Le couple avait obtenu le consentement de Magistrate's Court (Tribunal des Magistrats) au motif que leurs parents refusaient leur consentement de façon déraisonnable. À cause d'une erreur administrative du Tribunal, le père n'avait pas reçu la notification de l'audience et par conséquent, ne s'était pas présenté pour faire connaître ses objections. L'officier d'état civil avait marié le couple, mais le père avait porté plainte contre l'officier, en faisant valoir que, sans le consentement des parents, le mariage était nul.

Pour la Haute Cour, la question était de savoir si le père avait ou non le droit d'être entendu avant que l'officier d'état civil ne décide de consentir à marier le couple, en application de la section 5.13 du Marriage Act (loi sur les mariages).

L'affaire était passée de la Haute cour à la Cour d'appel qui avait déclaré que le père était en droit d'être entendu et de présenter ses objections. Du fait que le père n'avait pas été entendu, le consentement de l'officier n'était pas fondé. Cependant, l'absence de notification était une erreur, non un acte délibéré, et le fait que les procédures adéquates n'aient pas été suivies ne rendaient pas le mariage illégal.

Jallal, P. I. (1998), Law for Pacific Women : A Legal Rights Handbook, Fiji Women's Rights Movement, Suva, Fidji



CONDITIONS REQUISES DU MARIAGE : LES TÉMOINS ET LA DOT

Introduction

Les lois et coutumes diffèrent sur le point de savoir si elles spécifient ou non le nombre, le sexe et les compétences, tout comme les obligations des individus qui peuvent servir de témoins à un mariage. Cette section examine ces différences et leurs implications pour les femmes. Pour des détails supplémentaires en ce qui concerne l'implication des témoins dans la procédure d'établissement et d'enregistrement des contrats de mariage, (voir p. 149).

Cette section examine également le point de savoir si le mahr est défini ou non comme une condition requise pour un mariage musulman valide devant la loi. D'autres aspects du mahr, notamment les avantages et problèmes possibles associés au mahr et les pratiques pertinentes sont discutés à la page 179. Le mahr est également brièvement mentionné dans Enregistrement et validité p.135 et Contrats et registres de mariage, p. 149.

Rôle des témoins

En général, les systèmes qui exigent la présence de témoins pour qu'un couple contracte un mariage valide sont plus avantageux pour les femmes. L'idéal serait que les témoins soient tenus de témoigner pour l'ensemble des conditions requises : l'âge, la capacité et le consentement des parties, aussi bien que la fixation du mahr ou toutes autres conditions convenues par le mariage (le cas échéant). Malheureusement, il n'existe pas de lois qui spécifient de telles prescriptions. Par essence, le rôle du témoin est de protéger contre la violation des droits. Puisque les femmes sont généralement la partie la plus vulnérable dans le mariage, les témoins sont particulièrement importants pour elles. Par exemple, les témoins devraient agir pour empêcher le mariage en attestant de l'âge et du consentement des conjoints. S'il y a, par la suite, un quelconque désaccord sur l'existence d'un mariage, les témoins peuvent attester la validité du mariage (ou au moins de la bonne foi de l'un ou des deux conjoints), pour que la femme soit en mesure de conserver ses droits économiques et d'assurer la paternité légale de ses enfants.

Cependant, en particulier dans les communautés où l'on s'oppose fortement au choix dans le mariage, les couples qui se marient contre le souhait de leurs familles peuvent avoir

des difficultés à trouver des témoins disposés. Dans de tels cas, l'exigence de la présence de témoins pour qu'un couple contracte un mariage valide fragilise la capacité du couple à exercer son choix. De plus, les lois qui spécifient une qualification particulière pour les témoins peuvent servir à renforcer les notions traditionnelles de pouvoir. Par exemple, au Soudan, les lois exigent des témoins qui soient de « bonne réputation et dignes de confiance ». Dans de tels contextes, les témoins offrent peu de protection aux femmes. Il n'y a pas de loi connue qui prévoit d'imposer des sanctions aux témoins dans les cas où des mariages violent les prescriptions légales (par exemple, en cas de mariage forcé ou de mariage d'enfants). Seuls les célébrants sont sanctionnés.

Certaines lois spécifient ce que les témoins sont tenus d'attester. Ils peuvent témoigner de l'ijab (offre) et du qabul (acceptation) ; ou du paiement du mahr, ou à la fois du mahr et du consentement. En termes de droits des femmes, le rôle le plus important du témoin est d'attester du consentement de la femme. Là où les lois appliquent la pratique du wali (tuteur), seul l'accord du wali a besoin d'être attesté, ce qui fragilise toute protection contre les mariages forcés. De même, si la loi considère que « qui ne dit mot, consent » (Soudan) témoigner du consentement de la future épouse n'a plus de sens.

Les lois ne précisent pas toujours que les témoins à un mariage doivent être ceux-là mêmes qui signent tout document d'enregistrement du mariage distinct. Ce manque de clarté crée des vides juridiques qui peuvent être exploités par ceux qui cherchent à saper les droits des femmes dans le mariage.

Témoins et discrimination liée au genre

La plupart des lois exigent que deux personnes (de sexe non spécifié) soient témoins à un mariage. A Fidji, où aucune loi sur le statut personnel n'est appliquée, un mariage dont deux femmes sont témoins est valide, mais dans la plupart des systèmes basés sur les lois musulmanes, la règle est que les deux témoins soient des hommes. Cependant, les lois au Soudan et au Yémen mentionnent qu'un homme et deux femmes peuvent servir de témoins. La plupart des lois ne permettent pas de prendre quatre femmes comme témoins

d'un mariage. Il est dit que la « valeur » moindre attribuée aux femmes comme témoins repose sur des dispositions du Coran (2 : 282) ayant trait aux témoignages de contrats impliquant de futures obligations financières. Du fait qu'un mariage musulman implique fondamentalement le paiement du mahr et de la pension d'entretien à l'épouse, le mariage peut être considéré comme un contrat financier. Le Code de procédure civile tunisien est unique parmi les lois fondées sur les sources musulmanes dans l'acceptation de témoins au mariage de sexe masculin ou féminin.

Dans la plupart des communautés musulmanes, l'exigence de la présence de témoins est respectée. Toutefois, ces lois insistent sur la reconnaissance publique du mariage plutôt que sur la réalisation des conditions requises et la protection des droits des conjoints. Bien qu'elles soient associées de près aux cérémonies de mariage, les femmes (et en particulier la future épouse) sont souvent exclues des formalités contractuelles et elles interviennent très rarement comme témoins dans les mariages verbaux ou écrits, non enregistrés ou enregistrés. Comme les formalités sont généralement prises en main par les personnalités les plus fortes des deux familles, il est de fait peu probable que les témoins offrent une réelle protection contre une violation des droits, par exemple le mariage forcé ou le mariage d'enfants. De plus, si la femme a besoin, par la suite, de prouver le mariage ou les conditions qui y sont liées, contre le souhait de sa famille (obtenir un divorce par exemple), il se peut que les témoins soient peu disposés à l'aider à accéder à ses droits.

Statut des mariages célébrés sans témoin

Les systèmes qui exigent qu'un mariage soit célébré devant un officier ou qui ne reconnaissent pas les mariages non enregistrés ont tendance à considérer le mariage sans témoins comme non valide. La loi de la Tunisie est claire sur le fait que la violation d'une quelconque de ces conditions requises pour le mariage (et spécifie précisément quels sont les articles concernés) rend un mariage nul et sans effet: s'il reste non consommé. Si le mariage a été consommé, le couple est toujours tenu de se séparer, sans aucune procédure de dissolution. Cependant, le mahr devient un dû, la légalité de la paternité est établie et la 'idda doit être observée.

D'autres lois, qui n'énumèrent pas clairement les conditions requises pour la validité du mariage (Bangladesh, Pakistan, Sri Lanka) peuvent mener à des litiges. Au Pakistan, les conséquences de tels litiges sont devenues plus complexes avec l'introduction de la Zina Ordinance, 1979 (voir p.63, note de bas de page N° 2).

Cependant, en termes de pratiques, le mariage est certainement considéré comme un événement public, social et par conséquent les mariages sans témoin sont extrêmement rares. Les mariages sans témoin, dans la mesure où il n'y a eu aucune cérémonie, sont brièvement discutés en p. 217.

Statut des mariages sans mahr

Le mahr n'est pas une condition requise pour la validité d'un mariage dans les systèmes non fondés sur les lois musulmanes. En conséquence, pour les musulmans qui se marient sous ces lois, la présence ou l'absence de mahr n'affecte que la validité sociale, mais non légale d'un mariage (voir mahr, p. 179).

Le Code de la famille du Sénégal tente de séculariser les lois de la famille, mais reconnaît certains aspects des lois musulmanes. Ainsi, le Code de la famille ne considère le non-paiement comptant du mahr comme une cause de nullité uniquement si le couple accepte, à l'avance, le mahr est alors une condition de validité du mariage.

Pour les systèmes fondés sur les lois musulmanes, la fracture principale est entre les lois fondées sur le droit malikite et celles fondées sur d'autres écoles. Par exemple, en Algérie et en Tunisie où l'École malikite prédomine, les lois définissent un mariage sans mahr comme étant nul si le mariage n'a pas été consommé. Dans le cas contraire, le mahr ul mithl est dû. Dans les systèmes où d'autres écoles de loi priment sur les lois musulmanes (Bangladesh, Malaisie, Inde, Philippines, Sri Lanka), la non-stipulation du mahr dans le contrat de mariage ne rend jamais le mariage nul, et le mahr ul mithl est toujours dû (la moitié avant la consommation et le tout après consommation). La plupart de ces systèmes ne spécifient pas de dispositions concernant le mahr et la validité du mariage. (Le code des lois sur le statut personnel musulman des Philippines - Code of Muslim Personal Law - est une exception). Ceci sous-entend que le mahr est un élément automatique d'un mariage musulman.

LOIS : Conditions requis du mariage – Les témoins

Critères

- ☺ Les lois qui donnent davantage d'options aux femmes sont celles qui :
 - spécifient que les témoins sont une condition requise pour la validité du mariage ; et ou
 - spécifient que les témoins doivent attester du consentement de la future épouse; et
 - permettent de manière égale à des femmes et à des hommes de servir de témoins.
- ☹ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - exigent des témoins mais impliquent également qu'ils doivent attester du consentement de la future épouse ; et/ou
 - sont muettes sur le choix des femmes comme témoins.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - exigent la présence de témoins, mais ceux-ci n'attestent que du consentement du wali ; et/ou
 - interdisent de prendre des femmes comme témoins ou pour lesquelles deux femmes témoins équivalent à un homme.

☺ Les témoins attestent du consentement de la future épouse

Sénégal : Pour un mariage contracté devant un Officier d'état civil, la présence deux témoins majeurs est nécessaire, un pour chaque époux. Au titre de l'article 147(1), pour les mariages non contractés devant un Officier d'état civil, au moment de l'enregistrement du mariage, deux témoins adultes qui ont assisté au mariage et qui peuvent attester de l'offre et de l'acceptation, sont requis pour chaque époux. Le sexe des témoins n'est pas spécifié.

Philippines : En vertu de l'article 15 du CMPL, l'ijab et le qabul et la clause du mahr doivent être dûment attestés par au moins deux personnes compétentes. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. Les articles 30 à 32 relatifs aux mariages nuls et irréguliers ne précisent pas le statut d'un mariage sans témoins.

Maroc : Aux fins de l'article 13(4) de la Moudawana, deux adouls (officiers publics) doivent entendre le prononcé de l'offre et de l'acceptation par les deux parties et en faire la consignation par écrit. La loi ne donne pas de précisions sur la validité et les effets d'un mariage sans témoins. Il n'y a pas d'autre disposition, à l'exception de la déclaration générale au titre de l'article 82, qui préconise de suivre l'École malikite là où la loi est muette.

Soudan : Au titre du MPLA, les témoins doivent être dignes de confiance et de bonne réputation. Ils assistent à la rédaction du contrat de mariage pour attester, par leur signature, du consentement de la future au mariage et du mahr. Les témoins doivent rencontrer et parler à la future avant la rédaction du contrat. Les deux témoins peuvent être soit deux hommes, soit un homme et deux femmes. (Note : Cependant, le MPLA du Soudan considère que 'Qui ne dit mot consent').

Yémen : En vertu de l'article 9 de la Loi sur le statut personnel de l'après-réunification, deux hommes musulmans ou un homme et deux femmes peuvent servir de témoins.



Le témoignage du consentement de la future épouse est uniquement impliqué

Tunisie : Au titre de l'article 3 du Code du statut personnel, deux témoins « dignes de confiance » sont essentiels pour la validité du mariage. La présence exigée de témoins est mentionnée dans le même article que celui qui a trait à l'exigence du consentement des époux et du mahr. Ceci implique que le consentement et les accords ayant trait mahr devraient se faire devant témoins. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. Aux fins des articles 21 et 22, un mariage sans témoin est nul ; le divorce n'est pas exigé pour y mettre fin et le contrat n'a pas d'effet. Si le mariage a été consommé, le mahr devient un dû pour la femme ; la paternité des enfants est reconnue et la 'idda doit être observée à la séparation.

Turquie : Le Code civil exige que les mariages soient célébrés devant un officier et deux témoins. IL implique que ces personnes témoigneront du consentement. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. Un mariage sans témoin est nul.

Cameroun : En vertu de l'article 49 de l'Ordonnance sur le statut civil, les noms des témoins à un mariage doivent être enregistrés sur le certificat de mariage. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. Un mariage sans témoin est nul.

Bangladesh : Le contrat de mariage type nécessite la signature de deux témoins. Il est juste sous-entendu qu'en signant le contrat de mariage, ils attestent de ses termes et conditions et de la satisfaction des conditions requises, y compris le constat du consentement de la future épouse. Le sexe des témoins n'est pas spécifié.

Indonésie : Au titre de l'article 2(1) de la loi sur les mariages (MA), la validité du mariage est déterminée par référence aux lois musulmanes. L'article 14 du KHI (conditions requises du mariage) ne spécifie pas le sexe des témoins et leur fonction.

Algérie : Au titre de l'article 9 du Code de la famille, un mariage doit être contracté en présence d'un wali et de deux témoins. L'exigence de la présence de témoins est mentionnée dans le même article que celui de la condition requise au consentement des deux époux, ce qui implique que le consentement des deux époux soit l'événement à attester. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. Au titre de l'article 33, le mariage sans deux témoins est nul avant consommation, et le mahr n'est pas dû. Après consommation, si seulement une condition manque, le mariage est confirmé et le mahr devient dû.

Pakistan : Le contrat de mariage type nécessite la signature de deux témoins. Il est seulement sous-entendu qu'en signant le contrat de mariage, les témoins attestent de ses termes et de ses conditions, et du respect des conditions requises, y compris le constat du consentement des époux. Le Qanun-e-Shahadat (Law of Evidence) 1984 du Pakistan énonce que les femmes ne peuvent pas servir de témoins, sur une base d'égalité avec les hommes, à la signature de documents ayant trait à de futures obligations financières. Il n'y a pas de cas connus de contestation de la validité d'un mariage parce qu'un homme et deux femmes avaient été témoins du mariage. La validité d'un mariage sans témoin (bien que le célébrant se soit présenté devant le tribunal pour attester de l'existence du mariage) avait été reconnue fondée dans une affaire d'adultère (Arif Hussain et Azra Parveen contre l'État, PLD 1982 FSC 42).



Le témoignage du consentement de la femme est seulement sous-entendu ; le rôle du wali est reconnu.

Égypte : L'article 5(2) énonce que la présence de deux adultes est exigée pour témoigner du consentement entre le mari et le wali. Rien n'est dit sur le consentement de la future épouse.

Malaisie : Aux fins de la section 11 de l'IFLA, un mariage est nul s'il ne remplit pas « toutes les conditions nécessaires en vertu du Hukum Syara ». La section 11 de la même loi ne permet pas l'enregistrement des mariages nuls. Aux fins de la section 21, au moins deux témoins doivent attester du paiement du mahr. En vertu de l'article 22, l'inscription dans le registre des mariages des détails du mariage (impliquant le consentement du wali) et de toutes les conditions doit être attestée par deux témoins présents lors de la célébration du mariage. Le sexe des témoins n'est pas spécifié dans la loi territoriale fédérale. La Kelantan law spécifie que les témoins doivent être de sexe masculin, - dans l'annexe à la loi. La plupart des lois étatiques sur la preuve chez les musulmans (muslim evidence) spécifient que les témoins doivent être de sexe masculin, sauf dans des circonstances spécifiées qui ont trait aux preuves de la naissance d'un enfant et à domaines de connaissance exclusive des femmes.

Sri Lanka : Au titre de la section 19 (1) (d) de la MMDA, deux témoins présents à la cérémonie nikah doivent signer le registre des mariages. La loi n'exige pas explicitement qu'ils soient témoins du consentement de la future épouse. Le sexe des témoins n'est pas spécifié. La loi est silencieuse sur le statut des mariages sans témoin.

Nigeria : Il est supposé que la présence de deux témoins de sexe masculin est obligatoire.

LOIS : Éléments constitutifs du mariage – La dot (Mahr)

Critères

Au vu des différences en ce qui concerne les avantages et inconvénients du mahr pour les femmes, les lois sont uniquement énumérées ici par ordre alphabétique.

Algérie : Au titre de l'article 9 du Code de la famille, la constitution de la dot (mahr) est un élément constitutif du mariage. L'article 15 stipule qu'il faudrait préciser si le versement de la dot sera immédiat ou à terme. Au titre de l'article 33, un mariage sans dot est nul avant consommation. Cependant après consommation, le mahr ul mithl est dû, à condition que les autres conditions aient été remplies.

Bangladesh et Pakistan : Aucune loi ne spécifie les conditions requises d'un mariage musulman valide. Le contrat de mariage type selon les règles de la MFLO de 1961, exige que le montant du mahr soit enregistré, de même que les parties à verser immédiatement et celles à verser à terme; le montant versé au moment du mariage ; ainsi que les détails et la valeur de tout bien donné à la place de tout ou partie du mahr. Si la dot n'est pas fixée, les tribunaux décideront du montant du mahr ul mithl.

Cameroun : La dot n'est pas une condition requise au mariage, au titre de l'ordonnance sur le statut civil. Au titre de la section 49, le certificat de mariage devrait indiquer si un contrat de mariage séparé a été établi avant le mariage.

Gambie (mariage selon les lois musulmanes) : Pour qu'un mariage soit valide selon les lois musulmanes, la dot doit être versée par le mari au moment où le mariage est contracté, ou la promesse doit être faite de verser la somme à une date à venir si le mari a des contraintes financières au moment du mariage.

Indonésie : L'article 14 (les conditions requises du mariage) spécifie l'obligation du mari de fournir la dot. Aux fins de l'article 80, le futur marié est tenu de verser à la future mariée la dot du montant, de la forme et de la nature convenus par les deux parties.

Iran : Aux fins de l'article 1087 du Code civil, si le mahr n'est pas mentionné dans un contrat de mariage permanent, le mariage est toujours valide et le couple peut fixer une dot par accord mutuel, après le contrat de mariage.

Malaisie : La spécification du mas kahwin n'est pas une condition requise explicite pour un mariage musulman valide. La section 21 de l'IFLA exige simplement que le registre des mariages enregistre la valeur et d'autres données sur la dot, y compris toute partie non versée au moment du mariage, la date promise de versement ; et toutes sortes de sécurité pour le paiement de tout mas kahwin. La dot n'étant pas stipulée comme condition requise dans la loi, le mariage sans versement de la dot n'est pas considéré comme nul, au titre de la section 11 de la loi.

Maroc : Au titre de l'article 13(2) de la Moudawana, l'une des conditions requises pour contracter un mariage est qu'il n'y ait ni intention ni entente sur la suppression de la dot. Aux fins de l'article 27, un mariage sans spécification de la dot est considéré comme nikah tafwid.

Philippines : Au titre de l'article 15, la dot doit être stipulée. Cependant le défaut de stipulation de la dot ne rend pas le mariage nul. Aux fins de l'article 20, le montant de la dot peut être fixé par les parties contractantes avant, durant ou après la célébration du mariage. Le tribunal, à la requête de la femme, déterminera le montant de la dot, s'il n'a pas été fixé.

Sénégal : La dot constitue une condition essentielle pour la validité des mariages contractés selon la coutume ou les lois musulmanes. Aux fins de l'article 132 du Code de la famille, les époux peuvent convenir de la dot comme condition du mariage. Si les futurs époux font un tel accord, le mariage peut ne pas être célébré tant que la part stipulée payable d'avance n'a pas été versée. En vertu de l'article 138, si les époux ont accepté la dot comme condition, la femme peut recourir à un jugement en nullité relative au cas où la part payable d'avance n'a pas été versée au moment du mariage.

Sri Lanka : La loi ne précise pas de manière explicite que la dot est exigée pour la validité du mariage. Si aucune dot n'est spécifiée ou expressément convenue au moment du mariage, les tribunaux reconnaissent le droit de la femme de recevoir le mahr ul mithl au divorce ou à la séparation.

Soudan : Au titre de la section 27 de la MPLA, la dot doit être enregistrée au moment du mariage. La section 62 stipule que la dot est un élément constitutif d'un mariage valide et qu'un mariage peut être déclaré nul si la dot n'est pas adéquate.

Tunisie : Au titre de l'article 3 du Code du statut personnel, la spécification du mahr est une condition requise pour la validité du mariage. L'article 21 stipule qu'un mariage sans dot est frappé de nullité avant consommation. Après consommation, le mariage est toujours nul et les seuls effets seront le droit au mahr ul mithl, la reconnaissance en paternité des enfants et l'exigence de la 'idda à la séparation des époux.

Turquie : La dot n'est pas reconnue par le Code civil.

4

LE MARIAGE D'ENFANTS

Introduction

Comme nous l'avons déjà vu dans la partie consacrée aux conditions du mariage : la capacité, (p. 74), les systèmes varient considérablement quant aux dispositions concernant l'âge minimum du mariage, qui, pour les femmes, va de dix-huit ans, pour l'âge le plus bas, à dix ans (Soudan). Si le chapitre précédent traite plutôt des conditions d'âge minimum en termes de capacité et de choix (ce qui signifie à quel âge, éventuellement, et dans quelles circonstances une femme peut prendre la décision de se marier de manière autonome), le présent chapitre traite de l'âge minimum du point de vue de son impact sur l'enfant, sur ses droits et son bien-être. Nous verrons si les systèmes reconnaissent que le mariage avec un conjoint dont l'âge est inférieur à dix-huit ans (« le mariage d'enfants ») a généralement un impact négatif sur le développement mental et physique de l'enfant ainsi que sur sa capacité d'exercer ses droits. Dans les systèmes où cet impact négatif est admis, nous verrons comment le mariage d'enfants est défini, et, si une législation a été mise en place ou si des efforts sont déployés pour y mettre fin.

Dans le présent chapitre, nous classons (conformément à la définition du terme « enfant » dans les instruments internationaux) tous les systèmes autorisant les mariages de conjoints dont l'âge est inférieur à dix-huit ans comme des systèmes permettant le mariage d'enfants. À l'exception du Bangladesh et de la Kirghizie où aucune exception à cette limite d'âge n'est possible, de l'Algérie, Fidji, la Gambie (mariages ne relevant pas des lois musulmanes), du Maroc et du Nigeria (mariages ne relevant pas des lois musulmanes et coutumières) où des exceptions sont possibles, tous les autres systèmes étudiés dans le présent manuel autorisent ce que nous définissons comme le mariage d'enfants ou précoce. Toutefois, il y a une nette tendance générale à fixer l'âge minimum du mariage à dix-huit pour tous.

Bien que la plupart des systèmes codifiés aient légiféré sur l'âge minimum du mariage ou imposé d'autres restrictions au

mariage d'enfant, les lois fixent souvent un âge minimum très bas et/ou comportent bon nombre de failles. En outre, de nombreux systèmes ont prévu une législation visant à prévenir le mariage d'enfant et à punir ceux qui les facilitent, mais elle est rarement accessible. Les faiblesses de la loi et de sa mise en œuvre ont souvent pour conséquence un décalage entre l'âge minimum légal du mariage et celui pratiqué par les communautés.

Par ailleurs, certaines lois et pratiques considèrent « la puberté » comme l'âge minimum du mariage. Définir la « puberté » comme l'âge minimum du mariage pose problème. Du point de vue médical, « la puberté est un processus qui peut prendre des mois ou des années plutôt qu'un événement unique spécifique. Ainsi, l'imprécision du terme « puberté » introduit un élément de subjectivité lorsqu'il s'agit de décider si l'âge requis a été atteint. Cependant, la plupart des systèmes et des pratiques coutumières semblent considérer l'apparition des premières règles comme le signe que la femme a atteint l'âge de la puberté. Même si nous admettons dans le cadre du présent chapitre la puberté comme un processus, nous prenons généralement la puberté telle qu'elle est définie dans les lois et les pratiques : un événement apparemment identifiable.

Convention relative aux droits de l'enfant (1990)

Article 1 - Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable.

Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages (1964)

Article 2 - Les États parties à la présente Convention prendront les mesures législatives nécessaires pour spécifier l'âge minimum du mariage. Ne pourront contracter légalement un mariage les personnes qui n'auront pas atteint cet âge, à moins d'une dispense d'âge accordée par l'autorité compétente pour des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux.

Les législateurs doivent faire face à de nombreux écueils lors de l'élaboration de lois sur le mariage d'enfant. Le principal dilemme auquel ils sont confrontés est de savoir s'ils doivent prévoir une peine en cas de non-respect de la limite d'âge, tout en reconnaissant les effets de ce mariage (par exemple, l'enfant mariée peut saisir le tribunal pour une demande d'entretien ou d'héritage); **ou** imposer une interdiction absolue des mariages de mineurs et la renforcer par une non reconnaissance des effets de ces mariages. La même question se pose concernant la reconnaissance des mariages non enregistrés (voir p. 141). Dans les deux cas ce sont les femmes et les filles qui subissent les conséquences des pratiques négatives.

La difficulté d'obtenir une déclaration fiable des naissances, particulièrement dans les zones rurales, reste l'un des principaux obstacles à l'application des lois interdisant le mariage d'enfants.

Même si nous reconnaissons que le mariage des enfants a des effets dévastateurs tant sur les filles que sur les garçons, ce chapitre traitera principalement de l'impact de cette pratique sur la vie des filles.

Mariage d'enfants, mariage forcé et recours juridique éventuel

Dans la plupart des mariages de personnes âgées de moins de dix-huit ans, il existe un élément contraignant parce que :

- généralement, les enfants n'ont ni la capacité de comprendre les conséquences du mariage ni celle de prendre une décision en connaissance de cause ;
- les enfants n'ont généralement pas le choix de résister aux pressions de la famille et de la communauté en matière de mariage.

Le mariage forcé d'enfants soulève plusieurs questions interdépendantes, et notamment: qui est autorisé, le cas échéant, à décider qu'un enfant (dont l'âge est inférieur à l'âge minimum du mariage) se marie ? L'ijbar (obligation de se marier) est-il en vigueur ? L'enfant dispose-t-il d'un moyen, comme le khiyar al-bulugh ou « option de la puberté ») (dans les systèmes basés sur les lois musulmanes) de refuser ce mariage ? Bien que l'option de la puberté offre une issue aux enfants mariées, de nombreux systèmes basés sur les lois musulmanes donnent également aux tuteurs la liberté d'agir pour que les enfants dont ils ont la garde soient mariés à un très jeune âge. Cela signifie que de manière générale, les filles dans les pays et les communautés musulmanes sont lésées par rapport à celles vivant dans les systèmes qui ne reconnaissent pas les lois musulmanes. Par exemple, les filles musulmanes peuvent être mariées dès l'âge de douze ans aux Philippines alors que le Code de la famille applicable à

d'autres communautés fixe l'âge minimum du mariage à dix-huit ans pour les hommes et les femmes. Pour les mariages forcés des adultes (voir p. 93); pour les mariages au-dessous de l'âge minimum du mariage et le mariage contre le gré de la famille (voir p. 77).

Incidences sur les droits

Le mariage d'enfant est arrangé par les familles et les tuteurs convaincus, parfois sincèrement (s'ils sont induits en erreur), que cette union est dans l'intérêt de l'enfant. Il s'agit parfois d'un moyen d'assurer à la famille, des bénéfices financiers ou autres. Les mariages d'enfants sont fréquents lorsque la virginité est très prisée et que les filles sont considérées comme un fardeau économique pour leur famille d'origine et/ou lorsque le rôle social des femmes se limite uniquement à leur capacité de reproduction.

Le changement exige beaucoup plus qu'une simple réforme de la loi. Au Nigeria, par exemple, ce n'est qu'après une campagne gouvernementale d'informations sur les dangers des mariages précoces et l'amélioration du niveau d'instruction que les mariages d'enfants ont commencé à diminuer.

L'enfant mariée est privée d'une enfance, étape essentielle au développement mental et psychologique de tout être. Ainsi, elles sont confrontées à des responsabilités d'adultes à un âge précoce.

Pourtant, si à l'âge adulte, les enfants mariées souhaitent mettre fin à leur mariage, elles n'ont souvent aucun moyen de le faire. Même dans les cas où il est théoriquement possible de demander l'annulation du mariage ou le divorce, les femmes se rendent compte souvent que les réalités sociales la rendent impossible.

Par ailleurs, le mariage précoce exacerbe les nombreux problèmes rencontrés par les femmes à tous les âges de la vie. Les enfants mariées se retrouvent au bas de l'échelle du pouvoir hiérarchique familial. Sous l'autorité des adultes de et parfois de maris beaucoup plus âgés, il arrive qu'elles subissent des maltraitances et soient exploitées par des épouses et des parentes plus âgées présentes dans le foyer.

De plus, les inégalités existantes entre les sexes dans le mariage sont aggravées par le fait que l'enfant mariée ne peut pas se soustraire aux rapports sexuels avec son mari. Incapable de négocier une contraception ou d'assurer satisfaction sexuelle, on lui refuse souvent une expérience sexuelle sans risque et satisfaisante. Son immaturité physique et sexuelle lui fait également courir un grand risque de santé lié à la grossesse et à l'accouchement, notamment la mortalité maternelle la fistule vésico-vaginale (FVV) et la fistule anale.

Dans les régions où l'espérance de vie est faible, les mariages précoces induisent également l'existence de très jeunes veuves. Si les conventions sociales empêchent le remariage de la veuve, une jeune femme veuve peut être condamnée à une longue vie de célibat et de monoparentalité. Si elle retourne chez ses parents ou chez ses tuteurs, elle peut être considérée comme un fardeau social et économique et avoir peu ou pas d'emprise sur le cours de sa vie et sur celle de ses enfants.

L'âge minimum du mariage et la discrimination de genre

Bien que les dispositions concernant l'âge minimum du mariage aient déjà été abordées dans le chapitre consacré à la capacité (p 69), nous les aborderons à nouveau dans ce chapitre en essayant de savoir si le fait de célébrer et de consommer un mariage avant l'âge minimum entraîne des sanctions, et dans quelles conditions les mariages avant l'âge minimum sont autorisés.

Tous les systèmes précisent un âge minimum dans divers domaines tels que le vote, le travail, la responsabilité pénale, la majorité légale et le mariage. Parce que les objectifs qui ont motivés ces limites d'âge sont variables, on rencontre une mesure qui s'applique partout. Toutefois, il y a certainement moins de confusion (et donc moins d'abus) lorsqu'une limite d'âge unique s'applique dans tous les domaines. Il ne suffit pas que les âges de la majorité et du mariage soient identiques, car dans les deux cas, cet âge peut être précoce en Iran, par exemple, l'âge de la majorité et l'âge minimum du mariage sont de treize ans (supérieur à l'âge de la puberté fixée dans une loi antérieure) pour les femmes, ce qui expose de très jeunes filles à la responsabilité pénale. Par conséquent, si un seuil minimum doit être fixé pour la majorité et le mariage, il est préférable que ce soit dix-huit ans. De même, les législations qui frappent d'illégalité et/ou d'invalidité les mariages de conjoints en dessous d'un certain âge sont vides de sens si l'âge minimum est déjà très bas (Soudan).

Considérant les problèmes posés par les mariages précoces, la plupart des systèmes ont légiféré sur l'âge minimum du mariage ou adopté d'autres restrictions sur le mariage d'enfant. Toutefois, lorsque des lois différentes s'appliquent aux musulmans, les filles dans les communautés musulmanes peuvent être moins protégées du mariage des enfants que celles d'autres communautés (Philippines, Sri Lanka). Dans d'autres cas, la réglementation s'appliquant aux mêmes communautés peut être contradictoire et source de confusion. Par exemple, au Nigeria, la loi fédérale de 2003 sur les droits de l'enfant stipule que dix-huit ans est l'âge minimum fixé pour le mariage. Toutefois, seuls quelques États ont légiféré pour donner effet à cette loi tandis que d'autres États ont des lois

où l'âge minimum varie de la puberté à douze ou seize ans. D'autres incompatibilités existent car certains États ont adopté des lois pénalisant le viol (l'agression sexuelle sur enfant mineur), mais elles ne s'appliquent pas si l'agression est commise par le mari de la victime.

Certains systèmes ne font pas de distinction entre les filles et les garçons lors de l'établissement de l'âge minimum du mariage (Algérie, Fidji, Kazakhstan, Maroc et les mariages ne relevant pas des lois musulmanes et coutumières en Gambie et au Nigeria). Cependant, la plupart des systèmes applique un âge minimum pour les filles inférieur à celui des garçons. Pourtant, les filles, plus que les garçons, subissent directement et physiquement l'impact négatif du mariage des enfants et sont plus vulnérables aux déséquilibres du pouvoir dans les relations conjugales.

Lorsque les systèmes fixent un âge minimum légal inférieur pour les filles, ces minima semblent être basés sur les mêmes concepts patriarcaux, qui, au niveau de la communauté, encouragent le mariage des enfants pour les femmes (voir implications sur les droits plus haut).

Dérogations à l'âge minimum

Certains systèmes fixent un âge minimum pour le mariage mais permettent également le mariage entre conjoints à un âge inférieur à celui fixé, dans des circonstances exceptionnelles et sous réserve d'une autorisation du juge. Certains systèmes fixent une limite en dessous de laquelle aucune autorisation ne peut être accordée (Républiques d'Asie centrale, les Philippines), tandis que d'autres ne le font pas (Maroc). Les systèmes permettant les dérogations sont plus favorables aux femmes que les systèmes qui frappent d'illégalité le mariage des enfants (mais reconnaissent ses effets) parce que ce type de système requiert l'intervention de l'État (on présume que la politique de l'État est de décourager le mariage des enfants). Par exemple, au Sénégal, le code de la famille stipule que le mariage à un âge précoce exige à la fois des situations exceptionnelles et l'autorisation du juge. En outre, cette autorisation ne peut être accordée qu'après enquête par le juge sur les circonstances de l'affaire. Cette procédure peut empêcher les parents de conclure oralement et sans enregistrement le mariage de leur fille mineure et de faire connaître le mariage pour « validation », une fois qu'elle est enceinte. Au Maroc, la Moudawana oblige le juge chargé d'examiner une demande de dérogation de procéder à une enquête sociale, d'ordonner un examen médical et de notifier dans un arrêt détaillé les raisons pour lesquelles il a accordé la dérogation.

Toutefois, dans l'évaluation des lois plus ou moins favorables aux femmes, il faut accorder une attention particulière aux limites réelles d'âge concernées. Dans les Républiques d'Asie

centrale, l'âge le plus bas du mariage, avec autorisation du juge, est de seize ans pour les femmes. Aux Philippines, cet âge peut atteindre douze ans, et, en Iran, il peut théoriquement être encore plus bas. Enfin, que les « circonstances exceptionnelles » soient définies ou non par la loi, il doit être clair du côté de l'État que ces dispositions ne doivent pas être utilisées comme subterfuges pour continuer de pratiquer le mariage d'enfants.

L'âge minimum pour la « consommation » du mariage

Si un système a légiféré contre le viol sur mineur (voir le glossaire), défini un âge minimum pour la consommation du mariage et/ou défini un âge de consentement aux relations sexuelles, ces dispositions peuvent être des indices de la volonté de l'État de protéger les jeunes filles du mariage d'enfants. Par exemple, au Soudan, la loi fixe la puberté comme âge minimum requis pour contracter et consommer un mariage. En revanche, les lois du Sri Lanka permettent au Cadi d'autoriser le mariage d'une fille de moins de douze ans, mais, des lois locales précisent dans le même temps que consommer un mariage avec une épouse âgée de moins de douze ans est considéré comme un viol sur mineure. Au Pakistan, la loi ne fixe pas d'âge minimum légal pour la consommation du mariage depuis l'ordonnance de 1979 sur la zina qui a abrogé les lois antérieures concernant le viol.

Lorsqu'il n'y a pas d'âge minimum légal pour la consommation du mariage, on observe que cet âge est fixé par la coutume. La plupart des coutumes permettent pourtant la consommation lorsqu'une femme est encore bien trop jeune pour être prête physiquement et mentalement à subir la consommation proprement dite ou les conséquences possibles de la grossesse.

Réglementer le mariage d'enfants : validité et sanctions

Dans certains systèmes, tous les mariages dont un conjoint a moins que l'âge minimum légal (en l'absence d'une autorisation du juge en raison de circonstances exceptionnelles dans les systèmes où elle est exigée) sont considérés comme nuls et sans effet juridique (Cameroun, Républiques d'Asie centrale, Fidji, Yémen). Lorsque le mariage n'est pas reconnu par la loi, les droits des mineurs mariés (et ceux de leurs enfants) découlant du mariage peuvent ne pas être protégés. En outre, des lois très strictes, non accompagnées de réformes sociales, peuvent pousser le mariage des mineurs à la clandestinité. Il existe une autre possibilité que des lois strictes. Elle peut être efficace dans les conditions socioéconomiques qui prévalent dans bon nombre

de pays traités dans ce manuel. On pourrait d'ailleurs considérer le mariage d'un enfant non valable et de nature à être déclaré nul et non avenue tout en reconnaissant certains droits associés tels que les droits du mariage, la pension alimentaire du conjoint, la paternité des enfants et l'héritage. Ce système est appliqué au Sénégal où des sanctions très sévères sont également prévues pour la consommation d'un mariage avec des enfants de moins de treize ans.

Dans certains systèmes, contracter un mariage d'enfant est illégal, toute personne le célébrant comme tout conjoint adulte sont passibles de sanctions. Mais, le mariage lui-même est tout de même reconnu comme juridiquement valide. Ce type de système offre moins de protection que la possibilité présentée plus haut. Ainsi, la protection est encore plus faible lorsque les amendes ou les peines de prison prévues sont minimales (Bangladesh, Inde, Pakistan).

Dans la réforme de la Moudawana au Maroc, la procédure est apparemment bien libellée car elle permet le mariage de mineurs en raison de circonstances exceptionnelles et exige le consentement de la personne mineure à son mariage. Mais, la loi n'est pas explicite quant à la validité et les effets d'un mariage contracté en violation de ces dispositions. Aucune sanction des adultes responsables n'est prévue non plus.

Qui peut marier un enfant mineur ?

Certains systèmes fondés sur des lois autres que musulmanes permettent également aux tuteurs de donner leur accord au mariage d'un enfant mineur dont ils ont la garde lorsqu'il est de sexe féminin et que son âge est inférieur à l'âge minimum au mariage. Cette pratique est toutefois plus communément admise dans les systèmes basés sur les lois musulmanes et coutumières. Les tuteurs auxquels la loi offre ce privilège sont, dans la plupart des cas, de sexe masculin. En Tunisie, même lorsqu'une mère a la tutelle de son enfant après la mort du père, seul le frère du père peut consentir au mariage de l'enfant mineur. Puisque, comme indiqué plus haut, les mariages de mineurs ont peu de chances de se faire avec le consentement de l'enfant dûment informé. Ces dispositions permettent en effet aux parents/tuteurs d'arranger le mariage de leurs filles quand celles-ci sont encore plus jeunes que l'âge minimum légal du mariage (Cameroun, Égypte, Iran, Philippines, Soudan, Turquie).

Les systèmes diffèrent principalement quant à la nécessité de l'autorisation du juge (Cameroun, Maroc, Philippines, Soudan, Tunisie, Turquie) ou tout simplement celle du tuteur (Égypte, Iran) pour qu'une personne au-dessous de l'âge minimum légal soit mariée. La plupart des systèmes exigent l'autorisation du juge ainsi que celle des parents, mais seule l'autorisation du juge est nécessaire en Malaisie et au Sénégal. Même si l'autorisation du juge est exigée pour le

mariage d'un mineur, il se peut que cela n'offre pas une grande protection, si l'âge minimum légal est déjà très bas comme au Soudan.

Certains systèmes exigent également le consentement de l'enfant (Maroc, Tunisie, Turquie). Si ce critère peut viser à protéger les droits de l'enfant, il peut n'être guère de nature à empêcher le mariage forcé car il est peu probable que l'enfant soit capable de donner son consentement au mariage en connaissance de cause.

Dissolution du mariage d'enfants et option de la puberté (khiyar al-bulugh)

Les femmes mineures victimes d'un mariage forcé (lorsque le mariage est valide) ont la possibilité de le refuser à l'âge adulte. Certains systèmes offrent cette issue grâce à une procédure en annulation (Sénégal) tandis que d'autres l'incluent dans la législation sur la dissolution du mariage (Bangladesh, mariages sous lois musulmanes en Inde, Pakistan).

Dans les systèmes basés sur les lois musulmanes, la possibilité de dénoncer rétroactivement un mariage d'enfants est connue sous le nom d'option de la puberté ou khiyar al-bulugh. Toutefois, les systèmes diffèrent quant à l'octroi de cette possibilité aux femmes mariées par l'autorité du père ou du grand-père. Au Bangladesh, en Inde et au Pakistan, cette option est possible quel que soit le type de mariage. En Iran et aux Philippines, elle est refusée aux femmes dont le mariage a été arrangé par leur tuteur.

Lorsque le père ou le tuteur dispose du droit d'ijbar, l'option de la puberté peut ne pas exister du tout. Dans certaines écoles juridiques musulmanes, le concept d'ijbar permet au père ou autre tuteur de sexe masculin de forcer au mariage un enfant ou un adulte de sexe féminin dont ils ont la tutelle. La seule condition limitant l'ijbar reste que le mariage doit intervenir dans l'intérêt supérieur de la mariée (pour l'ijbar dans le cas de la femme adulte, (voir p. 88). Dans certains systèmes, seul le père biologique peut forcer sa fille mineure ou majeure au mariage. En Iran, si le tuteur peut prouver que le mariage est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le mariage ne peut être contesté.

Bien que la possibilité de dénoncer ultérieurement un mariage d'enfants offre aux femmes une certaine issue, celle-ci est limitée car elle n'est possible qu'après le mariage et exige une procédure judiciaire.

En outre, dans les systèmes qui offrent l'option de la puberté, il y a généralement un délai pendant lequel une femme peut en bénéficier.

Passé ce délai, la femme est supposée avoir consenti au mariage. Dans certains cas, l'option de la puberté peut être choisie après l'âge de la puberté et avant celui de la majorité (dix-huit ans au Pakistan). Dans d'autres cas, cette option n'est disponible que pendant quatre ans après que la femme ait atteint la puberté (Philippines). Au Bangladesh où l'âge minimum légal du mariage est plus élevé (dix-huit ans pour les femmes), la loi permet aux femmes d'accéder à l'option de la puberté avant l'âge de dix-neuf ans. D'autres systèmes exigent que cette possibilité soit choisie immédiatement après l'âge de la puberté (Sénégal). Quels que soient les délais, si une jeune fille n'agit pas dans leurs limites, elle devra demander la dissolution pour d'autres motifs.

L'option de la puberté peut encore être subordonnée à la non-consommation du mariage. Toutefois, les juges peuvent considérer que toute consommation avant que la femme ait atteint l'âge minimum du mariage est une consommation forcée et donc ne pas en tenir compte (Pakistan). Sinon, les juges peuvent insister sur le fait que le mariage ne doit pas avoir été consommé après l'âge auquel l'option de la puberté peut être exercée (Bangladesh).

Les revendications identitaires et leur impact sur la réforme du droit de la famille

Bien que la question du mariage des enfants ait fait l'objet d'un long débat au sein de la communauté musulmane au Sri Lanka (comme parmi les autres communautés), l'âge minimum du mariage n'est toujours pas fixé. La réforme des lois pour les musulmans a très peu avancé en grande partie à cause de la montée des revendications identitaires.

En Septembre 1995, l'âge minimum du mariage pour les personnes appartenant à d'autres communautés du Sri Lanka (c'est-à-dire celles relevant de la loi générale et de la loi de Kandy) a été porté à dix-huit ans pour les hommes et les femmes. Aucune modification de cette nature n'est intervenue dans les lois régissant les musulmans. Le ministre de la Justice justifie cette décision par le souci de protéger les traditions et les aspirations culturelles de la communauté musulmane. Au cours des débats parlementaires, il a déclaré :

« Nous admettons le fait que la communauté musulmane a le droit d'être régie par ses propres lois, us et coutumes et il serait contre-productif de viser l'uniformité qui ne reconnaîtrait pas de façon adaptée la diversité des traditions culturelles et les aspirations de la communauté musulmane. C'est par respect de la diversité des cultures et de la multitude de traditions culturelles qui enrichissent notre pays que le gouvernement fait cette exception... »

« ... Ce ne sont ni des tergiversations, ni un signe de faiblesse. Cela incarne l'essence de la tradition démocratique. Ce sont des questions très difficiles en particulier dans un pays comme le Sri Lanka où diverses parties de la population sont régies par des lois différentes. Je pense que la reconnaissance des diverses valeurs culturelles et leur intégration dans la législation de notre pays ne portent pas atteinte à la valeur de notre système juridique, mais l'améliorent et l'enrichissent plutôt ».

Hansard, Vol.101, N° 2, 20 septembre, p.209-210.

Ainsi, une conception très particulière des « coutumes », « culture », et « tradition » a été utilisée par des forces politiques pour refuser des droits aux femmes appartenant à la communauté musulmane.

LOIS : Le mariage d'enfants

Critères

Il est extrêmement difficile de comparer les dispositions concernant le mariage d'enfants car on doit tenir compte d'éléments complexes pour déterminer celles qui sont plus ou moins favorables.

Il s'agit notamment de savoir :

- s'il est prévu ou non un âge minimum pour le mariage et, si oui, quel est-il ?
- si un mariage dont les conjoints sont en dessous de l'âge légal du mariage est légal et si oui, quels sont les conditions et consentements requis ?
- s'il est prévu un autre âge minimum en dessous duquel la dérogation est impossible ;
- si le mariage d'enfants est illégal et passible de sanctions, et, si oui, qui est sanctionné ?
- si le mariage d'enfants est illégal mais néanmoins valide, ou ;
- s'il est illégal et invalide mais ses effets sont reconnus, ou ;
- s'il est illégal et invalide et ses effets ne sont pas reconnus ;
- s'il est prévu d'autres dispositions (éventuellement dans le Code pénal) concernant la consommation du mariage, l'âge de consentement à des relations sexuelles, et/ou la définition du viol sur personne mineure et les sanctions qui y sont liées ;
- si l'ijbar (obligation au mariage) est permis et si oui, qui détient ce pouvoir ? Et enfin,
- si les épouses mineures ont la possibilité de dénoncer leur mariage, et si oui, dans quels cas ?

Il est difficile par exemple de dire clairement laquelle des deux possibilités suivantes est la plus favorable : une loi qui ne reconnaît pas les effets d'un mariage contracté sans autorisation du juge lorsque la mariée est âgée de moins de seize ans, mais qui permet le mariage d'enfant avec une autorisation du juge et la consommation de ce mariage à condition que la mariée ait treize ans (Sénégal), **ou bien** une loi qui fixe à dix-huit ans l'âge minimum du mariage et punit les contrevenants qui le célèbrent ainsi que le conjoint adulte mais, considère le mariage comme valide (Bangladesh).

Lors de la rédaction du présent guide, nous avons constaté que les informations concernant les dispositions connexes telles que celles pénalisant la consommation d'un mariage avec une épouse mineure ou celles indiquant si le mari est susceptible d'être poursuivi pour viol sur mineure, n'étaient pas toujours disponibles, ce qui a compliqué notre tâche.

Enfin, la situation socioéconomique et le niveau de développement sont essentiels pour déterminer les lois les plus favorables. Par exemple, dans certaines Républiques d'Asie centrale, à Fidji et en Indonésie, l'âge de seize/dix-sept ans est fixé comme étant l'âge le plus bas possible du mariage. Les mariages dont les conjoints ont un âge inférieur à ces seuils sont nuls et sans effet.

Ces lois peuvent être favorables lorsque les naissances sont déclarées avec précision, les niveaux d'instruction des femmes sont élevés et d'autres facteurs découragent les mariages précoces. Cependant, elles portent certainement atteinte aux droits des femmes et des filles dans des contextes où les filles se marient généralement à un très jeune âge.

LOIS : Le mariage d'enfants

Critères

Compte tenu des conditions prévalant dans la plupart de nos communautés, les lois idéales devraient :

- décourager le mariage d'enfants en le rendant illégal pour les enfants (hommes et femmes au-dessous de l'âge de dix-huit ans) ;
- autoriser les dérogations uniquement assorties de l'autorisation du juge qui n'est accordée qu'après enquête ; et fixer un âge minimum au-dessous duquel cette autorisation est impossible ;
- imposer des sanctions très strictes aux tuteurs, aux personnes célébrant le mariage ainsi qu'aux conjoints adultes violant ces limites d'âge ; et aussi,
- reconnaître les effets du mariage d'enfants une fois qu'il a eu lieu, de manière à garantir les droits et les revendications légales du conjoint enfant.

Aucune de ces mesures n'existent. Par conséquent, dans ce chapitre, il n'y aura pas de classement des lois selon qu'elles sont plus ou moins favorables aux femmes. Dans la catégorie des lois les moins défavorables, nous avons essayé d'indiquer les dispositions qui offrent aux femmes et aux jeunes filles plus d'options, mais ces indications ne sont qu'une évaluation provisoire faite sur la base des informations limitées dont nous disposons actuellement.

☹ **Mariages de conjoints âgés de moins de quinze ans non reconnus**

Ouzbékistan et Kirghizie : L'âge minimum du mariage est de dix-huit ans pour les femmes mais le juge peut autoriser le mariage à l'âge de dix-sept ans pour des raisons exceptionnelles, avec l'autorisation des parents.

Gambie : (Mariages en vertu du CMA (a.7b) : L'âge minimum du mariage est de vingt-et-un ans pour les femmes et les hommes mais le mariage est possible à dix-huit ans sous réserve d'obtenir l'autorisation parentale. Le mariage est nul si les parties n'ont pas atteint l'âge du mariage.

Nigeria : Selon les articles 21 et 22 de la Loi fédérale sur les droits de l'enfant de 2003, l'âge minimum du mariage est de dix-huit ans et le mariage à un âge inférieur est nul et non avenu. Toutefois, seuls quelques États ont légiféré pour donner effet à cette loi.

Fidji : L'âge minimum du mariage est de vingt-et-un ans pour les femmes et les hommes, mais le mariage est possible à seize ans avec autorisation parentale.

Indonésie : Dans le cadre de la loi sur le mariage, l'âge minimum du mariage est de seize ans pour les femmes. Pour les conjoints âgés de moins de vingt-et-un ans l'autorisation des parents est requise.

Turquie : Selon le Code civil amendé, l'âge du mariage a été porté de quinze à dix-huit ans pour les femmes. Pour des raisons exceptionnelles, l'âge minimum du mariage peut être abaissé à seize ans avec l'autorisation du juge. En vertu de l'article 151 du Code civil, les personnes mineures comme les adultes peuvent s'adresser au juge pour faire annuler un mariage conclu sous la contrainte.

Les juges peuvent autoriser les mariages lorsque les conjoints ont moins de quinze ans mais pas moins de douze ans

Sénégal : Selon l'article 111 du Code de la famille, l'âge minimum du mariage est de seize ans pour les femmes. Un juge peut autoriser, après enquête, les jeunes filles de moins de seize ans à se marier pour des raisons exceptionnelles (par exemple, la grossesse). Les mariages conclus sans autorisation et non enregistrés ne sont pas valides. L'article 111 modifié le 5 août 1999 par l'Assemblée nationale reconnaît la pratique du mariage d'enfants dans certaines communautés (Peuhl, Hal Pulaar, Layène, etc.) L'âge minimum requis pour la consommation du mariage est fixé à treize ans. En vertu de l'article 300 du Code pénal, la consommation du mariage avec un conjoint âgé de moins de treize ans est punie d'une peine de prison de deux à cinq ans ; si

l'acte de consommation du mariage provoque de graves blessures ou une infirmité même temporaire ou si les relations sexuelles causent la mort de l'enfant ou si l'acte a été accompagné de violences, la peine va de cinq à dix ans.

Bangladesh : Dans le cadre du CMRA (amendé en 1984), l'âge minimum du mariage est de dix-huit ans pour les femmes. Toute personne célébrant et contractant un mariage d'enfant ainsi que le conjoint adulte, risque une sanction (peine de prison légère et/ou amende). Cependant, les mariages des jeunes filles de moins de dix-huit ans sont validés et leurs effets reconnus. En vertu de l'article 375 du Code pénal, les rapports sexuels entre un homme et sa propre épouse sont considérés comme un viol si elle est âgée de moins de treize ans. Selon l'article 376, les rapports sexuels avec une femme de moins de douze ans sont passibles de la prison à vie ainsi que d'une amende ; si la femme violée est sa propre épouse et qu'elle n'est pas âgée de moins de douze ans, le mari est passible d'une peine de prison de deux ans ou d'une amende, ou des deux.

Cameroun : L'âge minimum du mariage est fixé à quinze ans pour les femmes. Les mariages des filles âgées de moins de quinze ans sont considérés comme nuls. Les mariages pour lesquels l'âge de l'un des deux conjoints est inférieur à l'âge légal du mariage ne sont possibles que pour des motifs graves et sous réserve de l'autorisation du chef de l'État/Président. En vertu de l'article 356 (4) du Code pénal, organiser, célébrer un mariage ou être le conjoint adulte d'une jeune fille de moins de quatorze ans est passible d'une peine d'au moins deux ans quelles que soient les éventuelles circonstances atténuantes.

Nigeria : L'article 49 (3) du décret de 1959 relatif à la Déclaration sur les lois et coutumes du mariage des autochtones Idoma (loi coloniale dans un État à majorité chrétienne) fixe l'âge minimum à douze ans. La loi ne donne aucune indication concernant les effets des mariages avec des conjoints d'âge inférieur.

Philippines : En vertu du CMPL, l'âge minimum du mariage est l'âge de la puberté pour les filles. Une jeune fille est ainsi présumée avoir atteint l'âge de la puberté à quinze ans. Le tribunal local de la charia peut, à la demande du wali, ordonner la célébration d'un mariage lorsque l'épouse est pubère et qu'elle est âgée de moins de quinze ans, mais pas moins de douze ans. Le consentement du wali suffit pour la validité du mariage.

Le juge peut autoriser le mariage lorsque l'âge des conjoints est inférieur à l'âge du mariage, mais les lois sur la famille n'en font pas mention ou au contraire précisent l'âge minimum absolu

Algérie : Selon l'article 7 du Code de la famille, l'âge minimum du mariage est de dix-neuf ans pour les femmes et les hommes. Un juge peut accorder une dispense d'âge par intérêt ou nécessité à condition que les conjoints soient en mesure de comprendre le sens du mariage. L'article 33 sur les causes de nullité des mariages ne mentionne pas le mariage des mineurs et aucune peine n'est prévue pour les adultes responsables.

Tunisie : L'âge minimum du mariage est de dix-sept ans pour les femmes. Le mariage des jeunes filles dont l'âge est inférieur à dix-sept ans requiert l'autorisation du juge.

Malaisie : Selon l'article 8 du IFLA, l'âge minimum du mariage est de seize ans pour les femmes. Le mariage des jeunes filles de moins de seize ans requiert ainsi l'autorisation du tribunal Syar'iah.

Égypte : En vertu de l'article 9 du LMA, l'âge minimum du mariage est de dix-huit ans pour les hommes et de seize ans pour les femmes. Les parties dont l'âge est inférieur à ces limites peuvent se marier avec l'autorisation du wali.

Sri Lanka : Il n'y a pas d'âge minimum de mariage prévu dans le MMDA. En vertu de l'article 23, le mariage d'une jeune fille de moins de douze ans nécessite l'autorisation d'un Cadi aux fins de son enregistrement. Selon l'article 82, l'enregistrement par le greffier ou des complices du mariage d'une fille de douze ans sachant que la permission du Cadi n'a pas été obtenue comme l'exige l'article 23, constitue un délit. En vertu de l'article 363 du Code pénal de 1883 tel que modifié en 1995, les rapports sexuels entre un homme et son épouse dont l'âge est inférieur à douze ans, constitue un viol sur mineure. Un mariage non enregistré est néanmoins considéré comme valide.

Soudan : L'âge minimum du mariage est fixé à dix ans selon le MPLA. Les mariages de conjoints âgés de moins de dix ans requièrent l'approbation du juge. Même si une fille de moins de dix ans est mariée sans l'approbation du juge, le mariage reste valide. En vertu de l'article 34 du MPLA, il ne devrait pas y avoir de relations conjugales entre conjoints avant que la femme n'ait atteint la puberté.

Maroc : Selon l'article 19 de la Moudawana, les femmes et les hommes peuvent se marier à dix-huit ans révolus. Mais, l'article 20 dispose qu'un juge peut autoriser le mariage à un âge inférieur après enquête sociale et médicale. L'article 57 qui précise les conditions de nullité d'un mariage ne se prononce pas sur le mariage précoce sans autorisation du juge. Aucun recours explicite pour annulation d'un mariage d'enfants n'est prévu. Aucune peine n'est indiquée dans le cas des mariages conclus en violation des articles 19 et 20, mais, l'article 66 prévoit qu'en cas d'obtention frauduleuse d'une autorisation judiciaire pour un mariage de mineurs, la partie lésée peut demander l'application de l'article 366 du Code pénal.

Iran : L'article 1041 interdit le mariage avant l'âge de la puberté. Une modification apportée en 2003 à l'article 1210 a relevé l'âge du mariage pour les femmes à treize années solaires au lieu de neuf années lunaires pleines. Le mariage des personnes dont l'âge est inférieur à treize ans pour les femmes et quinze ans pour les hommes exige l'approbation du juge. Toutefois, le mariage contracté avant la puberté est valide s'il est autorisé par le tuteur naturel et à condition que cette union soit dans l'intérêt de l'enfant. Cette disposition a annulé l'ancienne loi sur la protection de la famille, qui, dans son article 23, stipulait que le juge et un médecin devaient être d'accord pour dire que la femme mineure était physiquement et psychologiquement prête à se marier avant qu'elle ne puisse le faire. La loi iranienne fait également la distinction entre bulugh (proche de la notion de maturité physique - c'est-à-dire la menstruation) et rushd (discernement, maturité mentale).

L'âge minimum du mariage est fixé, mais la législation est souple

Pakistan : Dans le cadre du CMRA (tel que modifié par le MFLO, 1961), l'âge minimum du mariage est de seize ans pour les femmes. Toute personne célébrant et contractant un mariage d'enfant ainsi que tout conjoint adulte est passible d'une sanction pénale (peine de prison légère et/ou amende). Cependant, les mariages des filles de moins de seize ans sont valides et leurs effets reconnus. Avant l'ordonnance zina de 1979, la consommation d'un mariage avec une épouse dont l'âge est inférieur à treize ans (dix-sept ans dans la Province de la frontière Nord-Ouest du Pakistan) était illégale. Depuis 1979, il n'existe aucune restriction légale à la consommation d'un mariage avec une femme, quel que soit son âge.

Nigeria : Dans les États de Kano et Sokoto (dont la population est à majorité musulmane), l'âge minimum du mariage est la puberté. La loi de 1956 s'appliquant à l'ancienne partie orientale (période coloniale, population à majorité chrétienne) fixe à seize ans l'âge minimum du mariage. La loi ne dit rien sur les effets du mariage de conjoints ayant un âge inférieur à l'âge minimum.

Yémen : Au moment de l'unification, l'âge minimum du mariage a été ramené de seize à quinze ans pour les femmes. Selon l'article 15 du Code de statut personnel de 1992, les mariages entre conjoints ayant moins de 15 ans ne sont pas valides mais la loi n'est guère appliquée.

☹ Pas d'âge minimum du mariage ; aucune restriction à la consommation du mariage

Gambie (mariages selon les lois coutumières et musulmanes), **État de Perak en Malaisie**, **certains États du Nigeria** : il n'y a pas d'âge minimum du mariage. (Nous ne sommes pas sûres de l'existence de dispositions limitant la consommation du mariage.) Au Nigeria, dans les États où l'âge minimum du mariage n'est pas codifié, cet âge est en général supposé être celui de la puberté. En Gambie, la Constitution de 1997 (Section 7, paragraphe (e)) reconnaît l'application des lois coutumières sans aucune modification, ce qui autorise les mariages coutumiers précoces.

LOIS :**Option de la puberté****Critères**

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui:
 - permettent de faire jouer l'option de la puberté quelle que soit la personne qui donne en mariage l'enfant mineure.
- ☹ Les lois les moins favorables sont celles qui :
 - ne prévoient pas l'option de la puberté si l'enfant mineure a été donnée en mariage par son père ou son grand-père paternel ; ou
 - reconnaissent l'ijbar et exigent de la femme la preuve que le mariage n'a pas été conclu dans son intérêt.

☺ **L'option de la puberté peut être appliquée, même si le père ou le grand-père paternel donne l'enfant mineure en mariage**

Bangladesh : Une femme peut saisir le juge pour faire valoir l'option de la puberté dans un délai d'un an à partir de sa majorité (dix-huit ans). En vertu de l'article 2 (vii) du DMMA, l'option est possible même si l'enfant mineure a été mariée par son père ou un autre tuteur à condition que le mariage n'ait pas été consommé. Cependant, les juges ne considèrent pas la consommation du mariage comme confirmation volontaire sauf si les deux conjoints sont âgés d'au moins dix-huit ans au moment où il a lieu.

Pakistan : Selon l'article 2(vii) du DMMA (telle que modifiée par la MFLO en 1961), lorsqu'elle est âgée de moins de seize ans, une femme mariée par son père ou un autre tuteur peut choisir l'option de la puberté avant l'âge de dix-huit ans à condition que le mariage n'ait pas été consommé. Les juges considèrent comme forcée toute consommation avant l'âge de seize ans, âge de l'épouse.

Sénégal : Une enfant mineure a la possibilité de refuser le mariage lorsqu'elle atteint l'âge de dix-huit ans. Ce droit est perdu s'il n'est pas exercé immédiatement après la majorité. Selon l'article 142 du Code de la famille, la nullité ne peut être invoquée pour des époux mineurs jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge requis.

Nigeria : Bien qu'en vertu des lois malékites non codifiées, le droit d'ijbar du père/grand-père est reconnu, dans la pratique, les juges ne l'acceptent pas. En revanche, ils permettent aux femmes qui ont atteint l'âge de la maturité (généralement considéré comme l'âge de la puberté) à mettre fin à un mariage d'enfants.

Sri Lanka : une femme donnée en mariage avant la puberté peut choisir l'option de la puberté et s'adresser au tribunal Cadi pour obtenir l'annulation de l'acte de mariage. La loi ne dit pas si ce droit est toujours applicable si le mariage a été arrangé par le père ou le grand-père, mais, dans la jurisprudence, les juges se sont néanmoins prononcés en se basant sur le fait qu'une musulmane peut choisir l'option de la puberté si elle a été mariée alors qu'elle était encore mineure.

☹ **Option de la puberté possible sauf si le mariage de l'enfant mineure a été arrangé par le père ou le grand-père paternel**

Philippines : Selon l'article 16 (3) du CMPL, les mariages contractés par l'intermédiaire d'un wali et dont l'âge des conjoints est inférieur à l'âge requis (la puberté) sont considérés comme des fiançailles et peuvent être annulés à la demande de l'une des parties dans un délai de quatre ans après que les conjoints aient atteint l'âge de la puberté, à condition qu'aucune cohabitation volontaire ne soit intervenue et que le wali qui a contracté le mariage n'était ni le père ni le grand-père paternel.

Iran : Si une jeune fille ayant atteint la puberté annonce qu'elle n'a pas consenti à un mariage contracté alors qu'elle était pré-pubère, le mariage reste valide à condition que le tuteur soit en mesure de démontrer que le mariage a été contracté dans l'intérêt de la jeune fille.

Malaisie : Dans les États de Kelantan et de Kedah, si une fille est vierge et célibataire (anak dara), le père ou le grand-père paternel (wali mujbir) peut la donner en mariage à toute personne qu'il aura choisi sans solliciter son consentement.

PRATIQUES

Tendances à l'abandon du mariage d'enfants

Globalement, la tendance générale dans les communautés et les pays musulmans, comme ailleurs, semble s'orienter vers un âge du mariage plus élevé pour les femmes, bien que dans de nombreuses communautés, il peut toujours être bien inférieur à dix-huit ans. Les besoins croissants et les possibilités qu'ont les femmes de travailler formellement ou d'être économiquement actives dans le secteur informel, retardent l'âge du mariage (en particulier lorsque les femmes ne sont pas censées continuer à travailler après le mariage). La pratique de plus en plus répandue de la dot peut également retarder le mariage jusqu'à ce que la famille de la jeune fille puisse assumer les frais de son mariage. Un meilleur niveau d'instruction des femmes et les efforts de sensibilisation menés par les organisations de femmes y ont également contribué.

Pakistan : Selon une étude démographique officielle, 86% des femmes âgées de quinze à dix-neuf ans n'ont jamais été mariées contre seulement 25% lors du recensement de la population de 1961.

Sénégal : Beaucoup d'hommes s'opposent à la tendance du mariage à un âge plus avancé. Ils prétendent que ce changement est le résultat des influences négatives « occidentales » ou « modernes ». Toutefois, il est de plus en plus admis que les mariages forcés sont sources de problèmes dans les familles. En outre, l'évolution de l'emploi influe également sur l'âge du mariage. Comme les hommes perdent leur emploi et plus de femmes en obtiennent un, les familles sont encouragées à maintenir leurs filles au travail.

Yémen : L'inquiétude croissante devant les taux très élevés de mariages précoces (selon l'UNICEF, 41% des enfants de moins de quinze ans sont mariés) a déclenché différentes campagnes nationales non gouvernementales contre cette pratique. Toutefois, le sujet reste très controversé. C'est pourquoi la plupart des campagnes ont mis l'accent sur les aspects sanitaires plutôt que sur la question des droits.

Incidence croissante des mariages d'enfants

La tendance internationale du recul du mariage d'enfants est inversée partout où des partis politico-religieux extrémistes exercent une influence croissante en développant la peur de la transgression sexuelle féminine. Cette tendance va généralement de pair avec la progression de la pauvreté et le manque de solutions alternatives pour les femmes (par exemple, dans l'éducation, l'emploi). Des exemples nous viennent de la communauté musulmane du Sri Lanka qui a été

déplacée par le conflit pour l'indépendance tamoule, ainsi que des communautés en Ouzbékistan et au Tadjikistan. Dans les communautés migrantes marocaines en Europe, les mosquées (souvent financées par le gouvernement marocain) exercent de fortes pressions sur les pères pour qu'ils renvoient leurs filles âgées de quatorze-quinze ans au Maroc pour les y marier » avant qu'elles ne transgressent ».

Persistance des pratiques négatives du mariage d'enfants

Bangladesh : La pratique des mariages d'enfants persiste dans les zones rurales. Dans les cas extrêmes, les mariages précoces ont conduit au meurtre de l'épouse pour « non-accomplissement de ses devoirs conjugaux ». Autrement dit, elle a été tuée parce qu'elle ne pouvait pas supporter d'avoir des relations sexuelles. D'autres problèmes surgissent car les faillies dans la déclaration des naissances peuvent conduire à la falsification de l'âge de la fille dans les documents de mariage. Un rapport de l'Organisation mondiale de la santé montre que dans certaines régions, 60% des jeunes femmes ont été mariées alors qu'elles étaient mineures en raison de la progression de la pauvreté et de la peur de la transgression sexuelle.

Compte tenu de la réalité sociale du Bangladesh marquée par l'analphabétisme et le manque de contrôle des femmes sur leur sexualité, le recours à l'option de la puberté est très faible, et bien que juridiquement possible, il est rarement exercé.

Égypte : Il est fréquent que les filles âgées de treize ans soient mariées, mais le mariage n'est enregistré que lorsqu'elles atteignent seize ans. Cette pratique entraîne des problèmes pour les femmes lorsqu'elles veulent prouver la légitimité de leurs enfants et leur assurer l'héritage si le mari décède avant l'enregistrement du mariage.

Gambie, Turkménistan, Pakistan : Il n'est pas rare pour les filles d'être fiancées (la rupture de cet engagement est socialement très difficile à assumer) à la naissance et d'être verbalement données en mariage à un très jeune âge. Les familles s'engagent pour garantir une union précise et éviter les pratiques qui nécessitent des moyens excessifs au moment du mariage (Dot, mahr et autres paiements, voir p. 179 et p. 189).

Gambie : La plupart des filles sont données en mariage bien avant l'âge du consentement (dix-huit ans). Les personnes chargées de légiférer et d'appliquer les dispositions concernant le mariage d'enfants sont souvent elles-mêmes coupables de ces pratiques. Aussi sont-elles réticentes lorsqu'il s'agit de créer un précédent positif pour les femmes. Être une femme mariée est considérée comme le seul statut souhaitable pour les femmes. Par conséquent, les parents arrangent des mariages précoces et forcés afin d'éviter que leur fille ne leur reste « sur les bras ». Selon le recensement

de 1993, près d'un tiers des filles gambiennes âgées de treize à dix-neuf - ans étaient mariées contre 1,6% seulement des garçons du même groupe d'âge (zones rurales : 35,3% des filles/1,8% des garçons ; zones urbaines : 21% des filles/1,1% des garçons) (PNUD, 1997 : 46).

Nigeria : Le mariage d'enfants est couramment pratiqué dans de nombreuses communautés qui sont très influencées par les lois musulmanes et/ou les lois coutumières conservatrices à travers tout le pays. Toutefois, le taux le plus élevé de mariage d'enfants se retrouve dans les régions du nord à majorité musulmane. Dans la pratique musulmane ou coutumière, il n'y a aucune restriction quant à l'âge auquel les relations sexuelles peuvent commencer une fois le mariage célébré. Les campagnes d'éducation menées par le gouvernement et les militantes autour des risques sanitaires associés au mariage d'enfants (ou plutôt les grossesses précoces) ont eu un certain succès. Les mariages des jeunes filles n'ayant pas atteint la puberté ou ayant juste atteint l'âge de la puberté ont baissé. Pourtant, les chiffres restent assez élevés.

Pakistan : La tendance générale est au recul du mariage d'enfants dans les zones rurales à quelques exceptions près. Par exemple, dans les milieux urbains et les classes moyennes féodales, l'influence de l'islamisation de ces dernières années a fait qu'il y a eu plus de mariages et de fiançailles pendant les années d'université (fin de l'adolescence et vers les vingt ans) alors qu'auparavant une jeune fille était censée terminer ses études avant de se marier. Puisque le mariage entre cousins et le mariage par l'échange sont courants, les mariages d'enfants peuvent se conclure pour ne pas manquer un parti convenable quand il se présente. Les familles craignent que cette occasion ne se représente plus. La consommation de ces mariages est généralement retardée jusqu'à l'apparition des règles, même si le couple vit dans un même lieu. Il arrive, parfois, que le mari viole sa femme avant que le rapport sexuel ne soit socialement approuvé. De manière générale, la communauté ne considère pas cela comme un problème. Les filles peuvent être également données en « mariage » pour régler une querelle.

Le mariage d'enfants étant verbal et non enregistré, il est donc difficile à prouver. Cela constitue un obstacle à l'accès de la jeune fille à l'option de la puberté surtout si elle tient à annuler le mariage contre le gré de ses parents. L'option de la puberté n'est possible que lorsque les deux familles ne s'entendent pas ou que la famille de la jeune fille est intéressée par un autre parti. La pratique qui consiste à promettre en mariage une enfant à sa naissance est en baisse.

Philippines : Dans les villes et villages ruraux musulmans, les garçons comme les filles sont souvent fiancés au moment de la puberté avec l'approbation de leurs parents. En revanche, à

Marawi et à Davao City, les familles préfèrent fiancer et marier leurs enfants beaucoup plus tard, généralement lorsqu'ils atteignent l'âge de vingt ans.

Sri Lanka : La tendance est au mariage après dix-huit ans. Cependant, les recherches dans les communautés musulmanes déplacées en raison de conflit ethnique ont montré une augmentation des mariages d'enfants, principalement pour des raisons économiques.

Soudan : Le MPLA n'a pas réussi à endiguer le mariage d'enfants mais a plutôt accéléré ce phénomène, en particulier dans les zones rurales. Les filles sont mariées bien avant l'âge de dix-huit ans, généralement sans leur consentement. Les membres aînés de la famille attribuent les cousins et les proches les uns aux autres. Dans certains cas, la vie conjugale peut ne pas commencer avant la puberté de la fille. Cependant, les époux ne doivent pas nécessairement avoir atteint l'âge de la puberté pour que le mariage soit valide.

Turquie : Une étude menée à Ankara a montré que, bien que l'âge moyen du mariage pour les femmes soit de vingt-deux ans, de nombreuses femmes ont également été mariées dès l'âge de quatorze ans et 41% ont fait l'objet de mariages arrangés.

Ouzbékistan : Dans les zones rurales les filles se marient tôt, en particulier dans la région de la vallée de Ferghana où elles le sont parfois dès l'âge de quatorze ou quinze ans.

Adda Bano refuse d'accepter son sort

Adda Bano a quatorze ans. C'est une élève brillante. Elle est l'une des trente-trois enfants que compte sa famille. Elle a été informée que suite à ses excellents résultats scolaires, elle allait être transférée dans le meilleur collège public fédéral du Nigeria (Queen's College de Lagos). Enthousiaste, elle a pris place à bord de l'avion qui l'emmenait à Lagos un vendredi après-midi. Pendant ce temps, à son insu, son frère du côté maternel avait été envoyé faire une course.

Au moment où son avion décollait, la Fatiha du mariage d'Adda Bano était dite dans un autre lieu, et, alors qu'elle était encore dans les airs, elle était mariée... À son arrivée à Lagos, elle a commencé à se comporter de façon exubérante, comme à son habitude, sa mère lui fit des remontrances puis a ajouté qu'en tant que femme mariée, elle devait désormais se comporter comme telle. Adda Bano a été mariée à un cousin âgé de cinquante-six ans ! Elle eut l'audace de dire à sa mère que ce n'était pas possible car on ne lui avait jamais parlé de mariage.

Plus tard, quand on lui demanda de s'habiller pour la nuit de noces, elle le fit, ne sachant pas ce que cela signifiait. Puis on lui a dit d'aller dans la chambre de l'homme ... Elle a attendu là et quand l'époux est arrivé, elle sut d'instinct que quelque chose n'allait pas. Mais vraiment pas. Elle s'enfuit de la chambre. Une fois dehors, elle fut accueillie avec colère par celles qui tentaient de la faire retourner dans la chambre de sorte que son mariage puisse être consommé. Au cours de cette bataille, elle fut violemment battue. Pourtant, elle ne se laissa pas faire. Elle menaça de se suicider et eut la paix pour le reste de la soirée.

L'évasion

Le lendemain matin, elle profita d'un moment de distraction de sa mère pour quitter la maison avec sa demi-sœur, qui souhaitait échapper au même destin. Cette dernière avait été amenée à Lagos pour l'ami du marié.

Les deux sœurs se rendirent dans une maison du voisinage où Adda Bano essaya de vendre ses bijoux à la femme qui y vivait.

Soupçonnant les raisons d'Adda de vouloir vendre ses bijoux, la femme refusa d'abord d'acheter quoi que ce fût ; puis, elle dit aux filles qu'elle n'avait pas d'argent. Alors les jeunes filles lui demandèrent de donner ce qu'elle pouvait, ce qu'elle fit. Ensuite, elles réussirent à aller à l'aéroport, mais furent déçues de découvrir qu'elles n'avaient pas assez d'argent pour retourner à la maison. À l'aéroport, des jeunes hommes leur proposèrent d'essayer le parc automobile. De là, elles firent leur voyage de retour. Adda Bano a dû mettre ses chaussures au clou pour payer la dernière étape du voyage !

Quand elles arrivèrent finalement à la maison, elles constatèrent que les recherches étaient en cours. Adda Bano apprit qu'elle devait être renvoyée à l'homme. Elle tenta par deux fois de fuir la maison de ses parents. À chaque fois, ses frères et sœurs et d'autres membres de la famille avaient révélé l'endroit où elle se cachait. Chaque fois, l'homme auquel elle avait été mariée portait des accusations d'enlèvement contre ses hôtes, qui furent arrêtés. Finalement, son frère signala sa situation à la protection sociale et un ami rapporta l'affaire au centre d'habilitation des femmes et des adolescentes.

Les employés du centre se mirent immédiatement à la recherche d'Adda Bano et la retrouvèrent déjà dans le bureau du juge des mineurs. L'agent de la protection sociale l'y avait emmenée parce que selon la loi personne ne pouvait la reprendre de ce lieu. Le juge fut coopératif et accepta d'aider le personnel du centre en allant voir le responsable de la jeunesse au ministère de la protection sociale et en tenant le dossier d'accusation prêt à être présenté au tribunal dès son ouverture le lendemain. En outre, il accepta d'élaborer avec le département de la protection sociale et le juge en chef d'une stratégie juridique pour Adda Bano.

L'affaire des droits humains d'Adda Bano

Le lendemain matin, au tribunal, deux plaintes ont été déposées au nom d'Adda Bano. La première concernait une demande en annulation du mariage fondée sur la conviction qu'il n'y a pas de mariage musulman sans le consentement de la mariée. La deuxième plainte a été déposée sur l'allégation que les droits humains d'Adda Bano avaient été violés.

Son père fut assigné à comparaître, mais il refusa de se présenter au tribunal. Dans ce cas, la loi veut que si l'accusé est convoqué et qu'il ne comparait pas pour se défendre, le jugement est prononcé en son absence. À midi, le même jour, les juges signèrent l'annulation.

Même si elle était libre, Adda Bano avait encore de nombreux obstacles à surmonter. Elle rentra à la maison comme l'aurait fait toute petite fille. Le centre l'assura de son soutien. Quand elle arriva à la maison, son père lui dit que puisqu'elle voulait tellement aller à l'école, elle devait y aller ; mais il ne lui paya ni les frais d'inscription ni les livres, ni l'uniforme. Elle parla de sa situation au centre qui offrit l'aide nécessaire pour continuer ses études. Pendant un temps, elle semblait stable. Mais quelques jours après, son père l'appela alors qu'elle était sur le point d'aller à l'école et lui dit qu'il voulait lui parler. À sa grande surprise, elle a été battue et embarquée dans un véhicule et une fois de plus conduite au domicile du « marié ». Quand ils arrivèrent, elle a été laissée à une vieille tante. Elle a rapidement fui, probablement avec l'accord tacite de la tante, et s'en est allée chercher refuge au centre dont elle est ainsi devenue la protégée.

Elle changea d'école après discussion avec la principale. Même si la principale avait soutenu Adda depuis le début, elle a toujours pensé qu'Adda devait être transférée dans un pensionnat car l'école de jour ne peut pas protéger une fille de l'enlèvement après l'école ou sur le chemin du retour. Il a été convenu d'essayer de lui trouver un pensionnat à l'extérieur de la ville. L'école a des règles et des procédures strictes et il serait très difficile de faire sortir une fille de l'école si elle ne le veut pas. La principale était généralement respectée et reconnue comme étant stricte sur les déplacements de ses élèves. Elle accepta Adda Bano et assura le centre qu'elle s'engageait à s'occuper d'elle.

Finalement, le père d'Adda Bano a renoncé et a dit qu'il faisait confiance au coordonnateur du centre s'agissant de son enfant. Pendant ce temps, le « marié » décida d'épouser une autre femme. Sa nouvelle femme était âgée de dix-huit ans et il prit plaisir à l'annoncer dans le journal local. Cette annonce était tout à fait inhabituelle dans la communauté, elle a été interprétée comme une manière de dire, « j'ai renoncé, et de toute façon, j'ai désormais quatre épouses ! ».

L'annulation d'un mariage d'enfants forcé

À Édimbourg, en Écosse, une jeune femme a remporté une bataille juridique en réussissant à annuler son mariage forcé. Le juge a déclaré qu'Aneeka Sohrab avait été « trompée et effrayée par le mariage » alors qu'elle n'avait que seize ans. Mademoiselle Sohrab, dix-neuf ans, de Pollokshields, dans la région de Glasgow, a été mariée dans une mosquée de la ville en 1998. Elle a dit au juge qu'elle avait été informée du mariage une semaine avant la date à laquelle il devait avoir lieu et l'a refusé. On lui a dit qu'elle apporterait la honte à sa famille et devrait être envoyée au Pakistan. Sa mère a également menacé de se suicider. Le marié, Raja Khan, est arrivé en Grande-Bretagne trois mois avant le mariage. Le juge apprit que les parents de Mademoiselle Sohrab avaient rencontré ceux de Monsieur Khan, de Bury, dans le Lancashire, des semaines avant le mariage et s'étaient mis d'accord pour que ce mariage ait lieu. Le mariage échoua et Mademoiselle Sohrab quitta son mari au bout de quelques mois. Le juge a déclaré que bien que les parents aient pensé qu'ils agissaient dans l'intérêt de leur enfant, il était très triste pour les conjoints et craignait que leur vie en soit anéantie. Il espérait que leur jeune âge leur permette de se reconstruire. Bashir Maan, le représentant du Conseil musulman de Grande-Bretagne en Écosse, a déclaré: « Si le mariage échoue et que l'une des parties n'est pas satisfaite, il n'y a pas de mal à annuler ce mariage. ... La charia ne force pas des parties à vivre ensemble ».

Rapporté sur le site Web de la BBC <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/scotland/1946135.stm> - Mardi 23 avril, 2002.

5a

CONTRATS DE MARIAGE : ENREGISTREMENT ET VALIDITÉ

Introduction

Cette section traite des prescriptions en matière d'enregistrement des mariages. Ces prescriptions peuvent s'appliquer aux mariages tant écrits que verbaux.

Il convient d'être très attentif à la distinction entre le respect des prescriptions de l'enregistrement et le respect des conditions requises pour la validité du mariage (voir p. 63). Les couples seront tenus de se conformer aux conditions requises pour que soit validé le mariage avant d'être en mesure d'honorer les clauses obligatoires incluses dans un contrat de mariage et/ou un formulaire d'enregistrement (voir p. 149). Toutefois, le processus à suivre pour respecter ces conditions est distinct du processus réel d'enregistrement du mariage auprès de l'État ou toute autre autorité. L'incapacité à remplir les conditions requises pour valider un mariage affecte la validité de ce mariage, alors que l'incapacité à honorer les prescriptions en matière d'enregistrement peut ne pas l'affecter.

Des contrats ou des documents de mariage valides garantissent que les termes et les conditions d'un mariage sont publiquement connus de tous. Dans l'ensemble, plus il y a de documents pour un mariage, moins il y a de risques de conflits sur les termes et les conditions de ce mariage, et plus il devrait être facile pour la femme d'avoir accès à ses droits inhérents et négociés découlant du mariage (voir p. 153 et p. 167).

Les systèmes varient largement en ce qui concerne la rigueur des prescriptions en matière d'enregistrement. Certains exigent que les couples suivent un processus d'autorisation et d'enregistrement en deux étapes (Malaisie). D'autres reconnaissent comme valides les mariages verbaux, non enregistrés (Nigeria, mariages sous lois musulmanes et coutumières). Les pays diffèrent également sur la validité des mariages pour lesquels l'on ne s'est pas conformé aux procédures d'enregistrement requises. Si certains déclarent ces mariages comme étant non reconnus et non valides (Afrique du Sud, Fidji), d'autres exigent l'enregistrement mais le défaut d'enregistrement n'a d'effet ni sur la validité, ni sur l'invalidité du mariage (Malaisie).

Souvent, lorsque la loi définit un mariage comme non valide parce qu'il n'a pas été correctement enregistré, la coutume reconnaîtra la validité de ce même mariage. De telles

contradictions opèrent rarement à l'avantage des femmes. Pour les femmes qui ont des capacités individuelles, ou pour celles qui vivent au sein de communautés où les droits inhérents et négociés des femmes sont protégés de manière assez équitable, la flexibilité offerte par les contrats verbaux peut être bénéfique.

Toutefois, la majeure partie des femmes vivent dans des situations où les droits conjugaux des femmes ne sont pas aussi bien protégés que ceux des hommes. Étant la partie plus vulnérable dans un mariage, une femme tire profit des documents de mariage parce qu'ils rehaussent ses chances d'être en mesure d'accéder à ses droits inhérents et négociés. À mesure que les changements sociaux pénètrent même dans les villages isolés et désagrègent les mécanismes antérieurs de contrôle social, les femmes qui ne disposent pas de documents de mariage deviennent encore plus vulnérables parce que les contrats verbaux peuvent devenir inapplicables. Ainsi, il s'avère qu'en dépit de leurs faiblesses, les lois formelles offrent généralement davantage d'options aux femmes que les pratiques.

Les communautés ont souvent une attitude hypocrite eu égard à l'enregistrement du mariage. D'une part, elles peuvent résister à l'enregistrement du mariage parce qu'une demande d'enregistrement formulée par une partie peut être perçue comme une indication insultante du manque de confiance envers l'autre partie. D'autre part, elles peuvent choisir d'enregistrer les mariages lorsqu'elles tirent de cette démarche un avantage officiel (pensions de l'État, passeports, visas, etc.). Souvent les représentants communautaires auront recours aux traditions de manière sélective pour justifier leur réticence vis-à-vis de mesures administratives qui protègent les droits des femmes.

Dans des systèmes où les personnes accusées de se livrer à des relations extraconjugales encourent des sanctions sévères (Iran, Pakistan), les couples doivent disposer des documents de mariage adéquats pour les protéger contre des poursuites.

Cette protection est particulièrement importante lorsque les familles (et d'autres) sont autorisées à accuser de zina (adultère) les couples mariés contre le souhait de leurs familles. Dans certains cas, l'enregistrement peut imposer à la société des contrôles ayant des conséquences négatives pour les femmes. En Indonésie, par exemple, les mariages entre

musulmans et non-musulmans sont assez fréquents, mais rencontrent des problèmes face à l'enregistrement. L'État tente actuellement de renforcer les frontières identitaires en accroissant ces obstacles. La relation entre l'enregistrement et la validité n'est pas toujours et exclusivement établie par les lois de la famille. Des dispositions pertinentes peuvent être énoncées dans les lois civiles générales ou également dans les règles, directives et formulaires. Il est donc nécessaire de consulter un large éventail de documents pour comprendre la relation entre la validité et l'enregistrement du mariage, au sein d'une communauté particulière. Par exemple, le droit est muet sur le statut des mariages non enregistrés, alors qu'il stipule que seuls les conjoints ayant enregistré leur mariage peuvent prétendre à des prestations de sécurité sociale.

Enregistrement et validité du mariage

Dans les pays où elles sont fondées sur des sources autres que les lois musulmanes (Cameroun, Républiques d'Asie centrale, Fidji, Afrique du Sud, Turquie), les lois ont tendance à ne reconnaître que les mariages à la fois célébrés à travers une procédure civile et enregistrés auprès de l'État. La législation relative à de telles dispositions résulte peut-être d'une ou de plusieurs des raisons suivantes : la nécessité pour les autorités coloniales de régler la population, le souhait de l'État de protéger les droits des femmes dans le mariage et/ou de restreindre le pouvoir social des imams.

Les conséquences pour les couples qui contractent un mariage non reconnu, varient en fonction du niveau de contrôle exercé par l'État dans un contexte donné. Dans un État fortement centralisé, tous les aspects de la vie quotidienne du couple pourraient être remis en cause. Par ailleurs, dans une communauté ayant peu d'interactions avec l'État et le droit formel, le couple peut noter peu d'impact, si non aucun.

Les couples continuent de contracter des mariages « religieux » (par exemple la cérémonie du Nikah à la mosquée), même si ces mariages ne sont pas reconnus par l'État alors qu'ils sont perçus comme socialement valides par leurs communautés. Dans de nombreuses communautés, des couples peuvent se « marier » deux fois – une fois en organisant une cérémonie religieuse et une autre fois, une cérémonie reconnue par l'État. Les communautés ont parfois recours aux procédures du mariage « religieux » (en dehors du processus civil) pour nouer des mariages impliquant des enfants illicites ou des mariages polygames. Si la loi décrète la non validité des mariages religieux, l'épouse n'a aucun moyen d'accéder à ses droits inhérents et/ou négociés à travers les tribunaux. Elle doit plutôt s'appuyer sur sa communauté pour résoudre tout différend.

D'autre part, il y a de nombreux systèmes où la validité est déterminée par la réalisation des conditions requises pour le mariage.

Ainsi, la validité ne dépend donc pas de l'enregistrement, bien qu'un mariage non enregistré puisse être contesté s'il y a d'autres doutes concernant sa validité. L'enregistrement peut n'être perçu, dans de tels systèmes, que comme une simple mesure administrative.

Néanmoins, les procédures d'enregistrement devraient exiger la vérification, par l'officier d'état civil, de la réalisation des conditions requises pour la validité.

Dans l'ensemble, les systèmes qui reconnaissent les mariages non enregistrés comme valides (même s'ils peuvent appliquer des pénalités en cas de défaut d'enregistrement) sabotent l'élément « protecteur » de l'enregistrement (Égypte, Malaisie, Pakistan, Sri Lanka). Toutefois, le refus total de reconnaître les mariages non enregistrés peut s'avérer la solution trop radicale dans de nombreux contextes.

Procédures en deux étapes

Certains systèmes disposent d'une procédure à deux étapes pour la validation du mariage. En premier lieu, les futures conjoints sont tenus d'informer de leur intention de se marier (ou faire une demande d'autorisation de mariage), puis d'attendre pendant une période spécifiée pour que le mariage soit célébré. En second lieu, ils doivent enregistrer le mariage, une fois conclu. Divers systèmes disposent de ce type de procédure en deux étapes (Fidji, Cameroun, Sénégal, Malaisie, Sri Lanka ; Maroc, pour le mariage d'un converti à l'Islam).

De nombreux systèmes appliquent également un processus à deux étapes pour le mariage de mineurs et pour la polygamie. Cette procédure présente des avantages. En exigeant une autorisation/notification préalables pour se marier, de tels systèmes donnent théoriquement le temps de mener une enquête approfondie pour savoir si les conditions requises pour le mariage ont été remplies. Si la loi devait exiger qu'il soit remédié à tout non-respect des conditions requises avant que la cérémonie ne puisse commencer, les femmes bénéficieraient d'une plus grande protection contre des violations telles que le mariage précoce ou le mariage forcé. Toutefois, la plupart des procédures à deux étapes ont apporté peu d'avantages. Au Sénégal, par exemple, nous avons constaté que le mauvais état de conservation des archives administratives et la possibilité de falsifier de tels documents ont mis à mal l'efficacité des procédures de notification. En effet, ce système pourrait entraver la femme dans l'exercice du choix (là où de tels choix ne sont pas déjà soumis à l'approbation du wali de la femme) en donnant à ceux qui rejettent le conjoint qu'elle s'est choisi davantage de

temps pour réagir. Notre recherche ne montre aucun avantage ou désavantage clair en découlant, dans la pratique.

Enregistrement, preuve du mariage et sanctions

De nombreux systèmes qui exigent l'enregistrement prévoient des sanctions pour défaut d'enregistrement. Celles-ci comprennent des peines de prison légères et/ou des amendes. La question importante qui se pose est de savoir qui est chargé de faire la demande d'enregistrement et à quelles sanctions cette personne s'expose-t-elle en cas de défaut d'enregistrement. Manifestement, dans les systèmes où le mariage doit être célébré par ou devant un officier d'état civil, ou un responsable public de même niveau, cette question ne se pose pas. Si l'enregistrement relève exclusivement de la responsabilité de l'époux, la loi peut s'avérer très faible car un homme peut avoir intérêt à bloquer l'accès de son épouse à ses droits inhérents et/ou négociés.

Des dispositions plus efficaces sont celles qui permettent à la fois à l'épouse et à l'époux de faire enregistrer les documents de mariage et celles qui confèrent au célébrant du mariage la responsabilité d'en faire l'enregistrement (Bangladesh, Pakistan).

L'exclusion coutumière des femmes, en particulier celle de la future épouse, des procédures d'enregistrement affaiblit souvent toute protection prévue pour celle-ci par les prescriptions en matière d'enregistrement. Les systèmes qui n'exigent pas la signature de la future épouse sur le registre de mariage (Sri Lanka) sont particulièrement faibles à cet égard. Les systèmes où l'enregistrement n'affecte pas la validité peuvent mener à un enregistrement tardif (toujours, sous réserve, bien sûr, de la réalisation des conditions requises pour se marier). Un délai peut être spécifié ou non. En Malaisie, par exemple, les couples mariés qui n'ont pas enregistré leur mariage bénéficient d'un délai limité après la date du mariage pour faire un enregistrement tardif. Ils sont tout de même tenus de payer une amende en raison de cet enregistrement tardif.

Là où les enregistrements tardifs sont possibles, il n'est peut-être pas souhaitable d'accroître les pénalités associées, car cela pourrait être contre-productif et inciter les couples qui auraient enregistré leur mariage en retard, à ne plus le faire du tout.

Dans certains systèmes, les mariages non enregistrés restent non reconnus de manière permanente (Républiques d'Asie centrale, Turquie). Toutefois, dans d'autres systèmes qui reconnaissent les mariages non enregistrés, les conjoints dans un mariage non enregistré peuvent avoir accès aux avantages liés au mariage à travers des mécanismes (souvent

longs) qui établissent la preuve des mariages non enregistrés devant le tribunal ou devant une autre autorité (Algérie, Indonésie, Maroc, Sénégal). Des mécanismes similaires sont souvent accessibles dans les systèmes qui reconnaissent la validité des mariages verbaux, non enregistrés. Comme il peut être difficile pour les femmes de rassembler les éléments nécessaires pour prouver leur mariage, de tels mécanismes de reconnaissance tardive sont d'une utilité limitée lorsque les femmes tentent d'avoir accès à leurs droits à travers les tribunaux. Néanmoins, les lois qui prévoient une telle option offrent au moins aux femmes la possibilité d'avoir accès à leurs droits à travers les tribunaux. En règle générale, une fois ainsi prouvé, un mariage est traité comme s'il avait été enregistré. Le Code de la famille du Sénégal combine des sanctions de l'État qui frappent les mariages non enregistrés (ces couples non enregistrés ne peuvent bénéficier des prestations médicales de l'État) de dispositions qui autorisent l'enregistrement des mariages coutumiers et religieux verbaux, dans un délai allant jusqu'à six mois à la suite de leur célébration. Si le Code ne décrète pas la non validité des mariages non enregistrés, les tribunaux exigent des parties qui leur soumettent une affaire matrimoniale, qu'elles soumettent un certificat de mariage avant d'obtenir une audience. En conséquence, une femme qui recherche l'assistance du tribunal aurait à passer par le processus juridique afin d'établir l'existence de son mariage avant d'obtenir une audience pour déposer sa plainte. Ainsi, la loi décourage beaucoup de personnes qui recherchent la justice. Par contre, pour les mariages célébrés selon les lois musulmanes, les lois nigérianes n'exigent pas des couples qu'ils apportent la preuve de leur mariage pour bénéficier des prestations de l'État ou pour obtenir une audience concernant une affaire matrimoniale. La preuve du mariage n'est requise qu'au cas où une partie quelconque conteste le mariage (par exemple la belle-famille dans une affaire d'héritage).

Certificats de mariage et contrats enregistrés

Là où les mariages sont enregistrés et où un certificat de mariage ou un contrat enregistré est délivré aux couples comme preuve du mariage et de son enregistrement, il est important que l'épouse reçoive une copie de tout document délivré. C'est ce que semble reconnaître la Moudawana du Maroc en spécifiant que l'original du contrat de mariage doit être remis à l'épouse, une copie de ce document devant être remise également à l'époux. Il est en outre important que les règles permettent aux épouses d'obtenir aisément des copies de ces documents en cas de destruction de leurs propres copies. Les lois ou règles qui exigent de manière explicite à la fois qu'une copie des documents de mariage soit délivrée à l'épouse et que celle-ci ait accès à des copies

supplémentaires de ces documents sont donc des lois avantageuses. Les lois qui le sont moins (Sénégal), prévoient uniquement la délivrance d'une copie du livret de famille au couple, et ce livret est toujours remis à l'époux.

Dans certains systèmes, un mariage est certifié par simple inscription au registre officiel des mariages. Dans d'autres, les contrats de mariages sont remplis en plusieurs exemplaires, et un exemplaire est conservé par l'officier en charge de l'enregistrement, la ou les copie(s) restante(s) étant délivrée(s) au couple. Quelle que soit la méthode adoptée pour certifier le mariage, les documents qui y sont associés deviennent des documents publics et toute personne voulant avoir accès à de tels documents peut en faire la demande. Bien que les certificats de mariage et/ou les contrats de mariage enregistrés soient généralement des preuves suffisantes de la validité d'un mariage, des éléments supplémentaires peuvent être nécessaires pour en prouver la validité, si l'authenticité d'un certificat ou d'une inscription est contestée devant un tribunal (voir page 89).

Certains systèmes exigent des documents multiples dans le cadre de l'enregistrement d'un contrat de mariage (Maroc). Ceci peut renforcer le caractère protecteur du processus d'enregistrement, mais peut également décourager l'enregistrement en raison de la paperasserie qu'il implique.

En plus de prévoir une autorisation spécifique pour les mariages des mineurs et les mariages polygames, le Maroc prévoit un certificat d'autorisation si l'un des conjoints est converti à l'Islam ou s'il est étranger.

Célébration

Différents systèmes ont des prescriptions variables en ce qui concerne la célébration. Dans certains, la cérémonie et l'enregistrement du mariage doivent se dérouler comme un seul événement (un processus en une étape) dans un lieu reconnu ou désigné tel une mosquée ou un hôtel de ville (Algérie, Républiques d'Asie centrale, Fidji, Turquie). Dans d'autres, l'officier chargé d'enregistrer les mariages peut être autorisé à célébrer un mariage dans un lieu autre que celui qui est désigné (domicile de l'épouse, par exemple) (Malaisie, Iran, Soudan). D'autres encore n'ont de prescriptions ni à propos du lieu où le mariage doit être célébré, ni à propos de la personne devant le célébrer, à la condition que le mariage soit par la suite enregistré devant une autorité publique (Bangladesh, Sri Lanka, Pakistan). Au Sénégal, les mariages contractés verbalement selon les lois coutumières ou les lois musulmanes sont autorisés, à la condition qu'ils soient enregistrés dans un délai de six mois. Les procédures d'enregistrement varient largement parce que les États diffèrent en ce qui concerne leur niveau de réglementation, ainsi que la reconnaissance des pratiques communautaires.

En outre, les lois musulmanes (contrairement aux lois chrétiennes, par exemple) ne prévoient pas l'implication d'autorités religieuses dans les cérémonies de mariage. Dans certains systèmes, les parties choisissent de plus en plus un processus à une étape (Singapour). Dans d'autres, les parties continuent de célébrer les cérémonies de mariage en dehors du système formel, en raison d'une pénurie d'officiers d'état civil reconnus (Sénégal, Soudan).

Quel que soit le système appliqué, les qualifications de l'officier d'état civil chargé de l'enregistrement tout comme la sensibilité dont il fait preuve vis-à-vis des droits des femmes, sont d'une grande importance. Au Bangladesh, l'État a reconnu le rôle crucial que jouent les officiers d'état civil dans la protection des droits des femmes et a donc renforcé les critères de sélection des officiers du Nikah. Ces mesures ont été prises afin de garantir le respect des conditions requises pour le mariage, en particulier celles qui empêchent les mariages d'enfants. En outre, les conditions requises pour la validité d'un mariage sont susceptibles d'être respectées là où les autorités en charge de l'enregistrement sont passibles de sanctions pour négligence si elles enregistrent un mariage qui n'a pas respecté ces mêmes conditions.

Mariages à l'étranger

Avec les perpétuations mondiales, qui favorisent l'accroissement de la migration et de l'émigration, les mariages contractés à l'étranger deviennent de plus en plus courants. Depuis 2003, Fidji comme le Maroc ont initié des réformes majeures dans les lois de la famille, et ont introduit de nouvelles dispositions clarifiant la procédure et le statut des mariages de leurs citoyens célébrés à l'étranger.

Les lois et les pratiques communautaires peuvent différer de par leur reconnaissance de ces mariages. Certains systèmes prévoient l'enregistrement des mariages contractés par des citoyens à l'étranger. En règle générale les mariages contractés à l'étranger sont soumis aux mêmes conditions que les mariages contractés au niveau national (Malaisie, Maroc). Les textes de certaines lois prévoient des règles claires régissant la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger (Malaisie) et une procédure précise pour la célébration de tels mariages à l'étranger (Maroc). La Family Law Act 2003 de Fidji fournit d'amples détails sur le point de savoir qui peut s'adresser aux tribunaux fidjiens, ainsi que sur le champ d'application et l'effet des ordonnances étrangères, et enfin, sur le processus de transmission des ordonnances des Iles Fidji aux tribunaux étrangers – des questions qui se posent de plus en plus dans ce que l'on appelle le droit privé international. Toutefois, d'autres systèmes ne clarifient la procédure qu'à travers la jurisprudence (parfois contradictoire), si tant est qu'ils le fassent (Bangladesh, Pakistan) ou alors partiellement à travers la législation (Inde).

Les personnes régies par deux systèmes, comme les binationaux anglo-bangladeshis et pakistanais résidant au Royaume-Uni, sont particulièrement vulnérables aux ambiguïtés de la loi. S'ils se marient au Royaume-Uni, ces binationaux doivent faire un mariage civil ('Registre') parce que le droit britannique ne reconnaît le mariage civil qu'au titre du Marriage Act de 1949 (tel qu'amendé à ce jour). Toutefois, la Muslim Family Laws Ordinance (MFLO) de 1961 s'applique également à ces personnes, où qu'ils puissent être, parce qu'il s'agit d'une loi extraterritoriale. En conséquence, les binationaux qui célèbrent leur mariage à l'étranger (hors Royaume-Uni) doivent remplir le formulaire du contrat de mariage normal (kabinnama/nikahnama) fourni par l'Agent consulaire de la Mission du Bangladesh ou du Pakistan dans le pays où le mariage est célébré. Après le mariage, le formulaire doit être renvoyé à la mission où il est certifié puis renvoyé, pour être transmis à un greffier des mariages Nikah au Bangladesh/Pakistan. La responsabilité de l'envoi du contrat au greffier Nikah adéquat (c'est-à-dire au greffier de la zone de résidence de l'épouse, ou dans le cas où l'épouse est de nationalité bangladeshi/pakistanaise, au greffier de la région de résidence de l'époux) incombe à la personne qui célèbre le mariage. (Si cette personne n'est pas un citoyen du Bangladesh ou du Pakistan, cette responsabilité incombe à l'époux. Si l'époux n'est pas un citoyen de ces pays, cette responsabilité incombe à l'épouse).

Même si le MFLO exige que les binationaux suivent les procédures ci-dessus, les tribunaux du Bangladesh et du Pakistan ont néanmoins reconnu comme mariages musulmans valides des mariages civils célébrés devant un officier d'état civil au Royaume-Uni, tant que ces mariages ne portent pas atteinte aux lois musulmanes (par exemple, une union contractée entre une femme musulmane et un homme non-musulman) *Ali Nawaz Gardezi contre Lt. Col. Mohammad Yusuf* PLD 1963 SC 51; *Marina Jatoui contre Nuruddin K. Jatoui* PLD 1967 SC 580).

.

L'État reconnaît l'importance de l'enregistrement du mariage

La plupart des États reconnaissent que la femme subit de graves conséquences lorsque son statut matrimonial n'est pas clairement défini. Lorsque les États réglementent l'enregistrement du mariage, même dans des systèmes où l'enregistrement n'affecte pas la validité du mariage, ils agissent pour protéger la femme contre ceux qui pourraient tirer parti de toute ambiguïté liée à leur statut.

LA MFLO (Muslim Family Laws Ordinance), qui a introduit l'enregistrement obligatoire des mariages au Pakistan (et au Bangladesh, lorsque ce pays a obtenu son indépendance), est un exemple de réglementation destinée à protéger les femmes. Cette ordonnance se heurte à l'opposition de groupes politico-religieux d'extrême droite depuis son introduction, en 1961. En 1974, le Bangladesh a remplacé la section 5 de la MLFO par une loi encore plus protectrice, la Muslim Marriages and Divorces

Registration Act. Cette loi renforçait les dispositions relatives à l'enregistrement des mariages.

Au Pakistan, dans les années 90, des éléments politico-religieux d'extrême droite avaient déployé des efforts concertés pour amener les tribunaux à décréter que le MFLO était « non-islamique ». Bien qu'ils y aient en partie réussi (en 2000, certaines sections du MLFO ont été annulées), la section 5, qui a trait à l'enregistrement des mariages, a été maintenue (Allah Rakha et autres contre Fédération du Pakistan et autres PLD 2000 FSC 1).

En Iran, l'enregistrement des mariages était prescrit des décennies avant la Family Protection Act (Loi relative à la protection de la famille) de 1967. Toutefois, l'idée selon laquelle l'enregistrement des mariages n'était pas requis aux fins des lois musulmanes restait largement répandue et de nombreux couples continuaient de se marier sans obtenir de pièces justificatives.

En Iran, dans la période suivant la révolution, ce point de vue avait gagné du terrain, avec l'annulation de la loi relative à la protection de la famille, en 1980. Toutefois, l'ancienne loi relative à l'enregistrement n'avait jamais été abrogée. Les femmes avaient dénoncé le manque de protection, peu de mariages étant enregistrés. En conséquence, les autorités avaient réaffirmé la validité de la loi relative à l'enregistrement et le caractère obligatoire de l'enregistrement des mariages.

LOIS : Contrats de mariage – Enregistrement et validité

Critères

Nous avons constaté qu'il était difficile d'élaborer des critères pour évaluer si oui ou non les dispositions débattues dans cette section offrent des options aux femmes. Nos débats ont montré que les mêmes dispositions ont des effets particuliers dans des contextes différents. Plusieurs facteurs semblent influencer les effets de ces dispositions, notamment la manière dont les dispositions sont administrées ; les conditions de développement qui prévalent là où elles sont appliquées (l'accessibilité aux enceintes d'enregistrement, par exemple) ; et les attitudes sociales dans le contexte où elles sont appliquées.

Nous nous sommes entendus sur les critères qui permettent de déterminer quelles sont des dispositions qui donnent davantage d'options aux femmes, mais nous avons débattu sur le point de savoir si les systèmes qui considèrent comme non valides les mariages non enregistrés devraient figurer dans la catégorie intermédiaire ou dans celle qui donne moins d'options. Dans les contextes où le niveau d'instruction est élevé, il semble y avoir un appui social à la protection des droits des femmes dans le mariage, et des structures d'enregistrement d'un accès aisé ; les prescriptions faibles en matière d'enregistrement (c'est-à-dire une disposition qui reconnaît la validité des mariages non enregistrés) offrent moins d'options car ils sabotent la nécessité d'enregistrer les mariages. En conséquence, dans le même type de contexte, les lois qui invalident les mariages non enregistrés ont pour effet d'inciter les parties à respecter les prescriptions en matière d'enregistrement et devraient donc être classées dans la catégorie intermédiaire.

Toutefois, la plupart du temps, les conditions citées ci-dessus n'existent pas et les femmes ont donc peu de contrôle sur l'enregistrement de leur mariage. Il en résulte que les lois qui pénalisent les femmes contractant un mariage non enregistré en déclarant ce mariage non valide, sont inéquitables et devraient donc figurer dans la catégorie des lois qui donnent moins d'options. Nous avons choisi de procéder au classement des lois dans cette section, mais nous reconnaissons que les catégories suivantes devront être débattues de manière plus approfondie :

- ☺ Les lois qui offrent plus d'options sont celles qui :
 - rendent l'enregistrement obligatoire tout en tenant les célébrants responsables du respect des prescriptions en matière d'enregistrement ; et
 - ne donnent accès aux avantages de l'État et/ou à certains droits de citoyenneté relatifs aux personnes mariées qu'aux personnes ayant contracté un mariage enregistré ; et
 - prévoient des mécanismes pour l'enregistrement tardif.
- ☹ La catégorie intermédiaire comprend les lois qui :
 - déclarent non valides les mariages non enregistrés ; ou
 - offrent le même accès aux droits et aux avantages, que les mariages soient enregistrés ou non.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - n'ont pas de prescriptions en matière d'enregistrement ; ou
 - n'ont pas de mécanismes d'enregistrement tardif et/ou de reconnaissance des mariages non enregistrés.

☺ Les mariages non enregistrés ne sont pas valides

Cameroun, dans les Républiques d'Asie centrale et à Fidji : Seul un mariage enregistré, célébré devant un officier d'état civil, est légal. Si un mariage n'est pas enregistré, la loi ne reconnaît aucun droit découlant de ce mariage.

Indonésie : Aux fins de l'article 2(2) de la MA (Marriage Act – Loi relative au mariage) et de l'article 5(1) du KHI, tous les mariages doivent être enregistrés à des fins de respect de l'ordre public. En application de l'article 6 du KHI, un mariage non enregistré n'a pas de force juridique, et au titre de l'article 7, un mariage ne peut être prouvé que par un certificat de mariage. Toutefois, l'article 7(2) stipule que les couples peuvent faire une demande d'isbat (déclaration) de mariage auprès du tribunal religieux.

L'enregistrement prévoit la présence des deux conjoints, de leurs parents et du greffier durant la cérémonie, celle de deux témoins qui signeront le certificat de mariage. Les violations commises par le greffier sont des délits passibles d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois mois ou d'une amende ne devant pas excéder 7.500 ringgit (moins d'un dollar US). Les autres personnes jugées coupables sont passibles d'une amende n'excédant pas 7.500 ringgit

Sénégal : Aux fins de l'article 125 du Code de la famille, les futurs époux sont tenus d'informer l'officier d'état civil un mois avant la célébration du mariage, dans les localités où il y a un centre d'état civil. Ces mariages doivent être célébrés publiquement, dans le centre d'état civil du lieu de résidence ou de domicile du couple. Aux fins de l'article 114, qu'ils soient célébrés au bureau de l'état civil par l'officier d'état civil ou célébrés autrement, les mariages doivent être enregistrés et il est délivré à l'époux un livret de famille alors qu'il est délivré à l'épouse le premier volet de l'acte de mariage. Bien qu'aux fins de l'article 130(3), l'État ne reconnaisse que les mariages avec des documents écrits, la loi tolère de manière implicite les mariages verbaux célébrés au titre des lois coutumières ou religieuses, à la condition qu'ils soient enregistrés dans un délai de six mois (article 147(1)). Pour l'enregistrement, les deux témoins du mariage doivent se présenter devant l'officier d'état civil.

Tunisie : En vertu de l'article 4 du CSP, un mariage n'est prouvé que par un document officiel prescrit par la loi. Un mariage qui se déroule au domicile de l'un des conjoints ou dans tout autre lieu privé doit être célébré devant deux greffiers. Autrement, un mariage peut être célébré en public, devant un officier d'état civil dans le bureau d'un conseil municipal (ou devant un agent consulaire ou un diplomate, si le couple se marie à l'étranger). Les mariages qui ne se déroulent pas devant un officier d'état civil ou un greffier sont nuls et non avenue.

Turquie : En vertu du Code civil, seuls les mariages civils, enregistrés sont légaux. Une cérémonie de mariage religieuse ne confère aucun droit contraignant. Elle ne peut être célébrée qu'à la suite d'une cérémonie civile. Le non-respect des prescriptions en matière d'enregistrement expose le couple et l'autorité religieuse à des sanctions pénales. Les mariages sont légalisés par le maire d'un district pertinent ou par un fonctionnaire agissant sous l'autorité du maire. Aux fins de l'article 137, dans les villages, le conseil des anciens doit être informé de l'intention du couple de se marier, puis le chef du village est tenu de légaliser le mariage. Si le futur époux et la future épouse sont des citoyens turcs, le consulat turc pertinent doit légaliser le mariage. Si la future épouse ou le futur époux est citoyen du pays où le mariage a lieu, le mariage est légalisé conformément aux procédures de ce pays. Un tel mariage est valide en Turquie, à la condition qu'il ne contrevienne pas au droit turc.

☺ L'enregistrement est obligatoire mais n'est pas une condition requise pour la validité

Algérie : Aux fins de l'article 18 du Code de la famille, le mariage doit se dérouler devant un officier public ou une autre autorité juridiquement compétente. Au titre de l'article 21, les dispositions du Code d'état civil s'appliquent aux procédures d'enregistrement. L'article 21 stipule qu'un mariage enregistré peut être validé par un jugement d'un tribunal, sous réserve que toutes les autres conditions requises soient remplies. Il est ensuite inscrit au Registre d'état civil.

Bangladesh : Aux fins du S. 3 du MMDRA, tous les mariages sous lois musulmanes seront enregistrés « nonobstant tout élément figurant dans une loi, une coutume ou un usage quelconque » (formulation plus forte que celle de la section 5 de l'Ordonnance sur les Lois musulmanes relatives à la famille – MFLO – voir Pakistan ci-dessous). Aux fins de la section 5(2), la violation est passible d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 mois et/ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 500 taka (env. 9 dollars US).

Égypte : Le contrat est établi (notarié) devant l'officier autorisé à célébrer la cérémonie de mariage (le Mazoum) et enregistré dans le registre officiel de l'État. Un contrat est valide même s'il n'est pas notarié. Toutefois, une épouse dans un mariage non officiel n'a pas accès aux mêmes avantages publics qu'une épouse ayant contracté un mariage notarié.

Iran : L'enregistrement a été introduit dans la période de l'après seconde guerre mondiale, à travers une législation qui reste distincte du Code civil. Il a été réaffirmé dans les années 80, à la suite de la confusion apparente qu'il suscitait dans le public. L'officier principal du Registre des mariages est tenu de lire à haute voix, aux deux parties, les conditions du contrat de mariage et de leur faire signer le contrat, s'ils en acceptent les conditions. Les mariages non enregistrés restent valide, bien qu'un défaut d'enregistrement puisse entraîner l'imposition d'une amende. Les mariages célébrés oralement sont techniquement valides si l'époux reconnaît le mariage. Toutefois, si la validité du mariage est contestée, ceci posera des problèmes aux femmes parce qu'elles sont tenues de produire deux témoins de sexe masculin pour attester de la réalité du mariage.

Malaisie : Au titre du S. 16 de l'IFLA (Indonesia Family Law Act), chaque partie doit adresser au Greffier des mariages une demande d'autorisation pour se marier. Cette demande doit être faite au moins 7 jours avant la célébration du mariage (des exceptions sont possibles). Au titre du S. 17, le Greffier est tenu de vérifier que les conditions requises ont été respectées, notamment le point de savoir si le mari a obtenu ou non l'autorisation de se marier, en cas de polygynie. Dans certains cas, l'autorisation de se marier ne peut être accordée que par un juge Syar'iah. Toutefois, aux fins de S. 6 et 32, l'absence d'enregistrement n'invalide pas un mariage musulman valide au titre du Hukum Syar'iah. Seul le célébrant (agréé ou autre) d'un mariage 'non agréé' est sanctionné. La validité d'un tel mariage peut être prouvée au tribunal par présentation de preuves, et s'il est validé, le mariage est alors enregistré.

La loi énonce également les procédures à suivre et les formalités à accomplir pour contracter un mariage. Elle comprend diverses dispositions relatives aux éléments suivants : lieux de célébration des mariages, formes de mariages, demandes à faire pour se marier, autorisation de se marier, célébration, ta'liq, attestation par des témoins, enregistrement du mariage, inscription dans le registre des mariages, exemplaires mis à la disposition des deux parties et enregistrement volontaire des mariages contractés avant l'adoption de la loi relative aux mariages musulmans. Aux fins de S. 31, les mariages musulmans contractés à l'étranger (à la condition qu'ils respectent le Hukum Syar'iah) doivent être enregistrés dans un délai de 6 mois suivant le retour en Malaisie, ou dans un délai de 6 mois suivant la date du mariage ; l'enregistrement tardif est possible après paiement d'une amende.

Maroc : En vertu de l'article 16 de la Moudawana, le contrat de mariage est la preuve juridique acceptée du mariage. Si, pour des raisons de force majeure, le contrat de mariage n'est pas enregistré dans les délais, de manière officielle, le tribunal peut prendre en considération toutes les preuves et toute l'expertise juridique. Durant leur enquête, les tribunaux ahlI prennent en considération les enfants, la grossesse résultant des relations conjugales, et le point de savoir si la demande avait été formulée durant la vie en couple. Pour encourager l'enregistrement des mariages antérieurement non enregistrés, aux fins de l'article 16, les demandes de reconnaissance de mariages sont admises pendant une période provisoire ne devant pas dépasser cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de cette loi. Aucune sanction n'est mentionnée dans la Moudawana pour défaut d'enregistrement de mariage. Aux fins de l'article 68, le contrat est enregistré dans les archives des tribunaux de la famille. Un résumé est transmis au bureau d'état civil du lieu de naissance des deux conjoints, accompagné d'un accusé de réception dans un délai de 15 jours après authentification par le juge. Les extraits de naissance des deux conjoints sont amendés pour y noter leur nouveau statut. Aux fins de l'article 69, il est délivré à l'épouse l'original du contrat de mariage, et à l'époux, un exemplaire de ce document, après authentification de ce document par le juge. L'article 65 indique la liste de documents et le processus nécessaires pour la légalisation d'un contrat de mariage.

Pakistan : Le contrat de mariage type (nikahnama) est formulé dans les règles 8 et 10 de la MFLO (Muslim Family Laws Ordinance – Ordonnance sur les lois relatives à la famille). Au titre du S.5 de la MFLO, l'enregistrement est obligatoire, auprès du Greffier Nikah du lieu de résidence de l'épouse), et de légères peines sont appliquées si le célébrant ne fait pas enregistrer le mariage ; il n'y a pas de délai pour l'enregistrement. La procédure d'enregistrement est énoncée dans la Règle 11 pour les mariages célébrés au Pakistan, et la Règle 12 pour les mariages célébrés à l'étranger. La loi n'exige aucune forme de cérémonie religieuse pour la validité d'un nikah, et n'exige pas non plus la présence d'un religieux. Elle ne spécifie pas qu'un mariage non enregistré n'est pas valide. Les tribunaux reconnaissent les mariages non enregistrés s'ils sont attestés par d'autres preuves (Arif Hussain & Azra Parveen c The State PLD 1982 FSC 42, une affaire de zina). Il y a eu des cas où les tribunaux n'acceptent pas un mariage non enregistré en raison d'autres doutes et de l'absence de preuves claires, en particulier lorsqu'une partie soutient que le mariage a été contracté et que l'autre partie soutient le contraire.

Philippines : L'article 17 du CMPL exige un contrat de mariage écrit, que l'on entend comme un instrument de déclaration publique devant être signé en trois exemplaires pour les parties contractantes et par les témoins et attesté par l'officier célébrant. Il est délivré un exemplaire aux parties, un exemplaire au Greffier du circuit d'enregistrement, alors qu'un autre exemplaire est conservé par l'officier célébrant. S'il n'y a pas de pénalités pour défaut d'enregistrement d'un mariage ou pour enregistrement

tardif, les mariages coutumiers verbaux non enregistrés ne sont pas reconnus. Les certificats de mariage sont nécessaires pour bénéficier des prestations de sécurité sociale, pour l'établissement de passeports, etc.

Sri Lanka : Aux fins de S.17 du MMDA, les mariages doivent être enregistrés immédiatement après la célébration. Ceci relève de la responsabilité du futur époux, du wali (là où cela est requis) et du célébrant ; tous sont tenus d'inviter le Greffier des mariages à la cérémonie nikah. Il n'y a pas de contrat de mariage distinct, mais plutôt une inscription est portée dans un registre des mariages (établi aux fins du MMDA) et attestée. Aux fins de S.81, 83 et 85, de légères peines (allant à un maximum de 6 mois d'emprisonnement) sont appliquées pour défaut d'enregistrement et pour enregistrement par un Greffier non agréé ; toutefois, au titre de S.16, l'absence d'enregistrement n'invalide pas le mariage.

Soudan : L'enregistrement est exigé et reconnu par l'État. Les Ma'azouns sont tenus d'assister au mariage et d'attester les éléments figurant dans le contrat de mariage. Tout adulte musulman de sexe masculin peut célébrer le mariage. Les femmes n'ayant pas de contrat de mariage enregistré rencontrent des difficultés dans l'accès à leurs droits à travers les tribunaux.

☹ L'enregistrement n'est pas exigé

Gambie (mariages sous lois musulmanes) : Au titre du MMDO, l'enregistrement est une procédure administrative facultative qui ne prévoit pas de sanctions pour défaut d'enregistrement. Les mariages verbaux non enregistrés sont donc reconnus comme valides. Toutefois, seules les femmes ayant procédé à un mariage enregistré, sont en mesure de revendiquer des avantages tels que le congé de maternité avec salaire ou d'autres avantages matrimoniaux. L'enregistrement peut se faire en l'absence des deux époux. Le tribunal musulman est l'enceinte réglementaire chargée d'enregistrer les mariages et de délivrer les certificats de mariage impliquant des parties musulmanes dans leurs juridictions en Gambie.

Inde (mariages sous lois musulmanes) : Bien qu'il n'y ait pas de code prévoyant l'enregistrement, de nombreuses communautés reconnaissent les avantages de l'enregistrement, ou du moins, de la tenue d'un registre public des documents de mariage. Au Bengale, par exemple, des procédures officielles existent pour l'enregistrement centralisé volontaire des mariages musulmans. Dans d'autres communautés, un exemplaire du contrat de mariage peut être conservé à la mosquée locale ou jamaat.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes et coutumières) : Il n'y a pas d'obligation d'enregistrement.

MISE EN ŒUVRE

L'État reconnaît la préférence sociale

Fidji : De nombreux chefs religieux sont également habilités à célébrer des mariages et sont donc en mesure de présider aux deux cérémonies – celle requise par la loi et celle relevant de pratiques communautaires.

Problèmes administratifs qui entravent l'enregistrement

Sénégal et Soudan : Il y a une pénurie d'officiers habilités par l'État à certifier les mariages. En conséquence, les contrats de mariage sont souvent oraux et non enregistrés.

Indonésie : Les officiers d'état civil sont peu disposés à enregistrer les mariages de couples n'appartenant pas à l'un des cinq cultes officiellement reconnus (Islam, catholicisme, protestantisme, bouddhisme et hindouisme) ou de couples de cultes différents.

PRATIQUES

Les mariages verbaux, non enregistrés restent courants

Gambie : La plupart des mariages se sont célébrés selon les lois coutumières, avec certains principes islamiques. En règle générale, l'imam ou le cadî préside au mariage musulman. La plupart des mariages en zone urbaine ou rurale ne sont pas enregistrés et ne peuvent donc être dissous que par le cadî (ou par un chef dans certaines des communautés provinciales). La plupart des femmes ne sont pas au courant de l'option d'enregistrement et peuvent donc être privées de certains droits, tels que le congé de maternité payé). Même là où les mariages sont enregistrés, les registres sont mal conservés (en particulier dans les zones rurales) et les autorités en charge semblent peu se soucier du faible taux d'enregistrement. Par contre, lorsqu'un musulman souhaite épouser une non-musulmane qui ne se convertit pas à l'Islam, l'enregistrement de mariage est considéré comme (presque) obligatoire. De même, les femmes gambiennes jouissant d'un statut social élevé ou d'un haut niveau d'instruction, sont de plus en plus susceptibles de faire enregistrer leur mariage.

Soudan : Ce sont souvent des Ma'azouns non qualifiés qui célèbrent les mariages verbaux, et dans de tels cas, aucun document n'est enregistré auprès d'un tribunal du statut personnel. Les hommes évitent d'enregistrer leur mariage pour s'éviter au moins deux inconvénients financiers. En premier lieu, l'enregistrement du mariage entraîne le paiement de frais (liés au montant du mahr). En second lieu,

l'enregistrement précise le montant du mahr et ce document pourrait donc être utilisé dans une plainte contre l'époux. La famille du futur époux peut éviter ces inconvénients en invoquant le fait qu'elle préfère un accord fondée sur la 'confiance traditionnelle.'

Tendances en faveur de l'enregistrement, en particulier là où il y a des prestations accordées par l'État

Cameroun : Les hommes qui ont contracté un mariage oral, peuvent par la suite les faire légaliser afin de bénéficier des prestations de l'État.

Malaisie : Les mariages sont généralement enregistrés, à moins que le couple ne soit en train d'émigrer (bien qu'un nikah soit célébré pour satisfaire les familles), ou qu'il se marie rapidement (le couple peut accepter de payer une amende et d'enregistrer le mariage ultérieurement) ; ou lorsqu'un non-musulman s'est marié à l'étranger.

Philippines : La plupart des mariages sont verbaux et se déroulent lors d'une cérémonie publique. Toutefois, depuis la fin des années 80, la plupart des femmes font un enregistrement tardif des mariages afin de pouvoir voyager, bénéficier des prestations de sécurité sociale, faire des demandes d'emploi à l'étranger, etc. Dans les endroits où il n'y a pas de tribunaux de la charia, comme à Davao City, les femmes enregistrent leur mariage auprès des officiers d'état civil locaux, avec l'aide du bureau des affaires musulmanes.

Sri Lanka : Les mariages coutumiers non enregistrés sont très rares. En raison des normes sociales de ségrégation entre les sexes, les femmes ne sont pas impliquées dans le processus d'enregistrement.

Tendances mixtes

Algérie : Pour être socialement valide, un mariage doit être célébré en présence de témoins. L'enregistrement est plus courant dans les zones urbaines.

Pakistan : Les mariages oraux, non enregistrés restent courants ; cependant, dans les zones urbaines du Sindh et du Pendjab, on note un taux d'enregistrement élevé. Il y a, chez les couples, une tendance positive à déposer leur contrat de mariage et à l'enregistrer, en raison de la prise de conscience accrue des avantages qui y sont associés. Les mariages sont enregistrés là où les couples en tirent des avantages (par exemple les militaires dans les forces armées qui bénéficient alors de prestations familiales, ou bien les couples qui cherchent à émigrer). Dans certaines communautés, les mariages sont inscrits sur du 'papier timbré' (mais non dans un formulaire nikahnama – de contrat de mariage - officiel) et enregistré auprès de l'imam local ou de l'agent du fisc local. Dans la plupart des communautés, un imam masjid ou une

autre personnalité religieuse célèbre le mariage. La célébration par une personne âgée de la famille ou par une autre personne respectée est également acceptée et pratiquée.

Sénégal : Les mariages coutumiers et religieux sont célébrés à la mosquée ou à domicile par un musulman adulte, en présence de témoins et des conjoints. Souvent, les mariages coutumiers et religieux verbaux ne sont pas enregistrés. Toutefois, certaines mosquées conservent à présent des registres de mariage non officiels et bien que n'ayant aucune valeur juridique, ces registres sont acceptables comme preuves en cas de litige. Les femmes (dans les cas où elles portent une affaire en justice) constatent souvent que leur époux a enregistré leur mariage, en dépit de leur absence (l'épouse) au moment de l'enregistrement, parce qu'une autre femme a servi de substitut. Si l'identité des témoins est systématiquement vérifiée, celle de la future épouse ne l'est pas. Ne sachant pas où le mariage a été enregistré, les épouses n'ont aucun moyen de se procurer un exemplaire du certificat de mariage. De nombreuses épouses savent que leur époux détient un tel certificat, mais n'osent pas le demander (elles en ont besoin, par exemple, pour bénéficier de prestations médicales de l'État) par crainte de disputes. La plupart des femmes qui initient des procédures formelles pour un enregistrement tardif y renoncent parce que ces procédures sont longues et difficiles et que les officiers d'état civil font obstacle et ils exigent la présence de l'époux.

Cameroun, Républiques d'Asie centrale et Fidji : Les musulmans ont généralement deux cérémonies : un « mariage au tribunal » (c'est-à-dire un mariage légal) et une cérémonie religieuse (nikah). Les mariages non enregistrés sont courants dans des situations de polygamie, parce que la polygamie est illégale. Les procès en matière de succession et de paternité ont tendance à résulter d'un mariage oral.

Un homme puissant tente de se soustraire à la reconnaissance de son mariage

Une affaire à présent notoire concernant la reconnaissance d'un mariage non enregistré, a retenu l'attention de nombreuses associations féminines indonésiennes et sert actuellement d'exemple aux problèmes que les femmes rencontrent lorsqu'elles tentent de faire reconnaître leur mariage, en particulier quand leur mari est un homme puissant.

En 1996, Rina avait épousé Mandra, l'une des plus grandes célébrités de Jakarta. Le mariage, qui avait attiré une grande partie de la communauté locale et qui avait été largement couvert par les médias, s'était déroulé en conformité avec les critères juridiques généraux : tant la future épouse que le futur époux étaient présents, ainsi que leurs parents ; il y avait eu des témoins pour l'ijab et le qabul et le mahr avait été fixé. Toutefois, Mandra n'ayant pas été en mesure de présenter à l'officier chargé de l'enregistrement des mariages les pièces justificatives prouvant qu'il était divorcé comme il le soutenait, le mariage n'avait pas été enregistré, bien qu'il ait promis de le faire dans les plus brefs délais.

Toutefois, au moment de la naissance de leur fils Ratan, le mariage n'avait toujours pas été enregistré. Après la naissance de l'enfant, Mandra avait refusé de reconnaître Rina comme son épouse légitime, et Ratan comme son fils ; il avait également soutenu qu'il était toujours marié à une autre femme. Avec l'assistance de l'organisation juridique LBH-APIK Jakarta, Rina avait fait une demande de reconnaissance de mariage - isbat (une déclaration certifiant le mariage) auprès du tribunal religieux, afin de clarifier à la fois le statut de son mariage et d'établir le statut de son enfant - qui n'avait toujours pas d'acte de naissance. Le tribunal n'avait pas tenu compte du témoignage des témoins qui confirmaient la validité du mariage selon les lois musulmanes et avait reproché à Rina de ne pas avoir retardé le mariage jusqu'à ce que Mandra présente les pièces justificatives de son statut. Le tribunal avait également fait valoir que, pour vice de forme, les dispositions de l'article 7 du KHI relatif aux procédures en matière d'isbat ne faisaient pas partie d'un procès pour divorce. Bien que l'article 7 permette la reconnaissance du mariage (isbat) dans un large spectre de circonstances, dans la pratique, les tribunaux ne l'acceptent que dans le cadre de procédures de divorce. Ceci est apparemment une tentative visant à empêcher le recours au processus isbat comme moyen de régulariser des mariages en sous-main (ceux célébrés en marge de la loi). Toutefois, ceci laisse peu d'options juridiques aux femmes qui souhaitent établir le statut de leur mariage, mais ne veulent pas divorcer. Les associations féminines plaident actuellement en faveur d'un changement d'attitude de la justice. Elles exigent en outre que lorsque qu'un couple ou un conjoint est en mesure de prouver qu'un mariage est valide selon les lois musulmanes, la reconnaissance du mariage (isbat) devrait être acceptée par les tribunaux.

Provisions papers N° 2/Pdt.P/1997/PA.Bgr., documentation LBH-APIK Jakarta, cités lors de l'atelier : Sisters in Islam Regional Workshop on Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, 8-10 juin 2001, Kuala Lumpur, Malaisie.



CONTRATS DE MARIAGE : CONTRATS ET REGISTRES DE MARIAGE

Introduction

Pour la validité et/ou l'enregistrement des mariages, la plupart des systèmes supposent l'enregistrement de certains renseignements auprès d'autorités agréées. Comme cela a été noté dans Enregistrement et validité (p. 135), l'enregistrement d'un mariage peut être nécessaire pour sa validité dans certains pays, alors qu'il ne l'est pas dans d'autres.

Toutefois, même si l'État ne reconnaît pas les mariages musulmans (Fidji, Afrique du Sud), ceux-ci peuvent être enregistrés à la mosquée ou inscrits. Même là où les mariages verbaux sont la norme, les aspects ayant trait à la propriété (essentiellement le mahr) peuvent être enregistrés (dans le cadre d'autres procédures civiles).

Cette section porte sur les contrats/documents écrits et sur les systèmes qui prévoient l'enregistrement. Nous ne discutons pas du processus d'enregistrement lui-même (voir Enregistrement et validité, (p. 135), mais plutôt de la teneur des formulaires types et des documents utilisés dans le processus d'enregistrement. Nous discutons des formulaires types imposés par l'État, des contrats écrits reconnus au titre de systèmes juridiques parallèles tels que les tribunaux cadis, des inscriptions dans les documents officiels et des renseignements figurant sur les certificats de mariage et d'autres documents similaires.

Puisque les documents de mariage sont essentiellement une question de procédure, les lois relatives à la famille elles-mêmes ne spécifient pas toujours quels éléments doivent être enregistrés (bien que les lois marocaines et soudanaises le fassent). Dans de tels cas, les prescriptions se trouvent soit dans d'autres règles du Code civil, soit simplement dans les formulaires officiels eux-mêmes (Bangladesh, Pakistan). Les clauses qu'une communauté ou un État particulier choisit d'inclure dans le contrat de mariage type, indiquent dans quelle mesure l'État ou la communauté impose les conditions requises pour la validité d'un mariage, et dans quelle mesure il protège les droits des époux. Les aspects obligatoires d'un contrat de mariage établissent un niveau de base de droits et de responsabilités associés. Là où il y a peu de clauses obligatoires, l'État ou la communauté laisse effectivement l'exécution des conditions requises pour le mariage, des droits et des responsabilités non réglementés. Les protections (ou

l'absence de protection) offertes dans un contrat de mariage type sont d'une importance particulière pour les femmes qui sont souvent la partie vulnérable dans un mariage.

En théorie, il ne devrait pas y avoir de contradictions entre les dispositions qui figurent dans un contrat de mariage et celles contenues dans les formulaires d'enregistrement du même mariage. Toutefois, dans la pratique, la corruption et l'inefficacité étatique générale peuvent créer des disparités entre les détails enregistrés dans le contrat de mariage et ceux qui figurent dans les formulaires d'enregistrement du mariage. Dans d'autres cas, il y a des disparités sur les détails figurant dans les divers exemplaires des documents de mariage délivrés à chacun des conjoints. Les lois qui donnent plus d'options sont celles qui indiquent clairement quel exemplaire de chaque document doit être considéré comme la version finale.

En outre, cet exemplaire final devrait être celui conservé par une autorité « impartiale » telle que ce centre de gouvernement local. Que l'autorité en charge de l'enregistrement vérifie ou non tous les détails devant être enregistrés, dépend essentiellement des attitudes sociales et de la volonté de l'État d'appliquer des sanctions si les formulaires n'ont pas été correctement remplis. Dans de nombreux cas, les noms du futur époux et de la future épouse peuvent être mal orthographiés, ou, là où les mariages de couples apparentés se déroulent en même temps, le « mauvais » couple peut être enregistré comme « marié ». Par ignorance ou en suivant des conseils peu avisés, fondés sur des attitudes sociales étriquées, des femmes divorcées/veuves peuvent ne pas faire inscrire leur statut correct, ce qui peut entraîner des problèmes par la suite (par exemple, l'épouse perd la possibilité de réclamer la pension alimentaire des enfants d'un premier mariage). Les divers formulaires-type nécessaires pour valider et/ou enregistrer les mariages ont de nombreux éléments en commun dans différents systèmes.

En conséquence, nous n'avons pas établi la liste d'éléments selon qu'ils donnent plus ou moins d'options. Toutefois, en règle générale, plus le niveau de détails requis est élevé, plus grande est la protection offerte par les formulaires.

Enregistrement des conditions requises pour le mariage

En règle générale, le nom, l'adresse et l'âge de chacun des conjoints est enregistré. Exiger l'inscription de l'âge assure une protection fondamentale contre le mariage d'enfants. Toutefois, la plupart des mariages d'enfants étant verbaux et certainement non enregistrés (pour éviter toute sanction pour ce type de mariage), la protection est limitée. L'âge de la future épouse est souvent falsifié s'il est proche de l'âge minimum légal. En plus d'enregistrer les renseignements personnels de base, les formulaires contiennent généralement une clause qui établit des dispositions relatives au mahr (voir page 114 concernant la validité des mariages lorsqu'aucun dot n'est spécifiée). Les contrats ou les formulaires d'enregistrement qui prévoient des renseignements détaillés sur l'accord relatif à la dot, épargnent généralement à la femme les problèmes de litige, lorsque, par la suite, elles ont à récupérer leur dot. Condition requise pour la validité d'un mariage musulman, la dot est supposée avoir été versée (le Code de la famille amendé de l'Algérie rend ceci encore plus clair, à présent). Toutefois, les contrats peuvent stipuler des détails tels que : quelle sera la partie de la dette versée rapidement, et quelle sera la partie, le cas échéant, versée ultérieurement ; et quelle sera la forme de la dot (biens mobiliers, biens immobiliers ou espèces).

La présence de témoins étant également requise pour la validité d'un mariage (voir page 114), il est courant que les documents de mariage prévoient un espace pour le tampon et la signature de toute autorité réglementaire. En outre, les documents doivent enregistrer la date de la célébration du mariage, afin d'établir la paternité légale de tout enfant conçu durant le mariage, et d'établir la date à laquelle les droits de succession et à la pension alimentaire deviennent exigibles. De même, l'enregistrement du statut existant des futurs époux (qu'ils/elles soient non marié(e)s, divorcé(e)s ou veufs/veuves ou déjà mariés, dans le cas des hommes) empêche un certain nombre de confusions possibles. En premier lieu, de tels enregistrements aident à établir la validité du mariage (en spécifiant que la femme n'est pas en période de viduité avant un remariage et que l'homme n'est pas en train d'enfreindre une restriction à la polygamie).

En second lieu, de tels enregistrements spécifient clairement s'il y a déjà des enfants d'un précédent mariage qui continueront à avoir certains droits économiques de leurs pères. Malheureusement, de nombreux systèmes ne requièrent que l'enregistrement du statut de la femme. Une telle prescription discriminatoire peut faciliter le contournement de réglementations ayant trait à la polygamie ou peut aider un homme à dissimuler des antécédents de divorces multiples.

La future épouse peut être tenue ou non de signer le contrat et/ou les formulaires d'enregistrement : ceci montre qu'elle est

considérée soit comme une actrice de premier plan, soit simplement comme une simple spectatrice, dans le processus d'établissement du contrat de mariage. En outre, ne pas exiger la signature de la future épouse facilite les mariages forcés. Au Sri Lanka, il n'y a pas d'espace prévu pour la signature de la future épouse dans le formulaire d'enregistrement, et en Algérie, seule la signature du wali est obligatoire. Ces deux systèmes sabotent la capacité d'action de la femme en tant que partie contractante indépendante. Lorsque la future épouse n'est pas tenue de signer le contrat de mariage, et qu'il y a des clauses qui empêchent les femmes de se marier sans l'autorisation parentale ou qui autorisent la contrainte dans le mariage, les choix des femmes en matière de mariage sont davantage restreints.

Clauses-types additionnelles

Les clauses-types additionnelles sont celles, non encore citées, qui doivent figurer dans tout contrat de mariage donné ; si elles n'y figurent pas, les parties en infraction et/ou l'autorité en charge de l'enregistrement pourraient subir des conséquences graves au titre du code pénal. Là où la polygamie est réglementée, les contrats de mariage et les formulaires d'enregistrement peuvent exiger du mari qu'il spécifie si oui ou non il a déjà une femme/des femmes et/ou s'il a obtenu sa/leurs permission(s) pour contracter un nouveau mariage (Bangladesh, Malaisie, Pakistan). Les lois au Sénégal et au Cameroun prévoient également que l'époux inscrive dans le contrat son option en matière le caractère de son mariage (le point de savoir si oui ou non le mariage sera et/ou restera monogame ou polygame). Toutefois, les contrats qui n'enregistrent pas l'option prise par l'époux en matière de mariage, sont toujours valides. Lorsque cette option a été enregistrée, le document peut alors servir de preuve dans tout litige ultérieur concernant la polygamie. Là où la loi prévoit qu'un couple choisisse le régime de propriété qui s'appliquera dans leur mariage, il est enregistré (Cameroun, Sénégal). En Malaisie et en Iran, des réformes ont introduit des formulaires standardisés qui imposent certaines conditions. Le futur époux doit indiquer son acceptation de ces conditions pour contracter le mariage. Si par la suite l'époux enfreint une ou plusieurs des conditions, l'épouse a automatiquement le droit de faire une demande de dissolution devant les tribunaux.

Au Bangladesh et au Pakistan, le contrat-type de mariage introduit au titre de la Muslim Family Laws Ordinance (MFLO) de 1961, dispose d'une gamme de clauses en plus de celles ayant trait aux conditions requises. Le fait de laisser ces cases vides ne rend pas le contrat nul, mais peut mener à des conflits sur le point de savoir quels droits et quelles conditions ont été négociés. Malheureusement, les clauses additionnelles sont susceptibles d'offrir des options, mais ceci est saboté par

la pratique courante qui consiste à les annuler automatiquement (Voir Droits et responsabilités négociés, (p.167).

En Algérie et au Maroc, des réformes ont rendu obligatoire la présentation d'un certificat médical par les deux futurs époux au moment de l'enregistrement (Maroc) ou avant l'établissement du contrat (Algérie). De telles dispositions font actuellement l'objet de vifs débats dans les pays sérieusement affectés par le VIH/sida. Le texte de la disposition algérienne pourrait également être interprété comme exigeant un test de fécondité/impuissance. Les attitudes locales et les schémas

pathologiques détermineront si oui ou non de telles dispositions donnent plus ou moins d'options aux femmes. Un certificat médical peut garantir qu'une femme n'est pas trompée sur la santé de son mari, mais dans certains contextes, ceci peut être contourné par la corruption. Dans d'autres situations, lorsqu'il est constaté qu'une femme n'est pas en bonne santé, celle-ci court davantage de risque d'être rejetée, ce qui n'est pas le cas de l'homme ayant les mêmes problèmes de santé.

Obligations contractuelles – jamais comprises !

Les contrats de mariage écrits et les formulaires d'enregistrement sont d'une utilité incontestable pour prouver la réalité et les conditions d'un mariage. Toutefois, la majeure partie des femmes ne sont pas au courant du contenu de ces documents, tout simplement parce qu'elles ne savent pas lire ou parce que le document est rédigé dans une langue qu'elles ne connaissent pas. Une jeune gambienne, membre du réseau, ayant un haut niveau d'instruction, n'avait pas connaissance de la teneur de son contrat de mariage parce qu'il était rédigé en arabe, comme le veut la tradition. Lorsqu'elle avait fait une demande de bourse pour le Royaume-Uni, le British Council avait exigé qu'elle apporte la preuve de son mariage en fournissant une copie traduite de son contrat de mariage. Et ce n'est qu'à ce moment-là qu'elle avait été en mesure d'en connaître la teneur. Elle s'était adressée à la Haute cour de Gambie, par l'intermédiaire d'un officier public, pour se procurer une copie. Son expérience illustre les difficultés que les femmes peuvent rencontrer lorsqu'elles tentent de déterminer les dispositions figurant dans leurs documents de mariage.

LOIS :

Contrats et registres de mariage

Les divers formulaires-types nécessaires pour valider et/ou enregistrer les mariages dans différents systèmes, présentent de nombreux éléments en commun et la plupart des clauses obligatoires sont les mêmes. En conséquence, nous n'avons pas réparti ceux-ci selon qu'ils offrent plus ou moins d'options. Toutefois, en règle générale, plus les formulaires demandent de détails, plus la protection offerte est grande.

Algérie : Au titre de l'article 15 du Code de la famille, le contrat de mariage doit stipuler le montant de la dot (mahr) et préciser si elle est versée immédiatement ou à terme. Les amendements suivants ont été ajoutés en 2005 : À défaut de détermination du montant de la dot, la dot de parité - sadaq el mithl (mahr ul mithl) - sera versée à l'épouse. Les détails concernant les renseignements à enregistrer lors du mariage sont énoncés dans le Code civil. Aux fins de l'article 7bis, les futurs époux doivent présenter un document médical datant de moins de trois mois, attestant qu'ils ne sont atteints d'aucune maladie ou qu'ils ne présentent aucun facteur risque contre-indiquant le mariage. Le document médical et l'attestation de l'OEC spécifiant que les parties se sont soumises aux examens médicaux, doivent être mentionnés dans le document de mariage.

Bangladesh et Pakistan : Ajoutés aux diverses clauses facultatives, les éléments suivants doivent être enregistrés dans le formulaire-type de contrat de mariage : a) le lieu du mariage ; b) les noms, âges et adresses des conjoints ; c) le statut de l'épouse ; d) les noms des témoins du mariage ; e) la date à laquelle le mariage a été contracté ; f) le montant de la dot, et le délai de son versement (immédiat ou à terme) ; g) les détails indiquant si le futur époux est déjà marié ou non, et les documents

autorisant de la polygamie ; h) le nom et l'adresse du célébrant ; i) les frais d'enregistrement ; j) la signature de l'épouse, de l'époux ou de son wakil (agent), des témoins au mariage et du célébrant ; et le sceau officiel du greffier des mariages.

Cameroun : Au titre de l'article 49 de l'ordonnance sur le statut civil (CSO), le certificat de mariage devrait comprendre : a) le nom du registre d'état civil ; b) le nom et le prénom, la date de naissance, le lieu de résidence et la profession de chacun des conjoints ; c) le consentement de chacun des conjoints ; d) le consentement des parents, s'il s'agit d'un mineur ; e) le nom et le prénom des témoins ; f) la date et le lieu de célébration du mariage ; g) la mention de tout contrat de mariage distinct conclu avant le mariage ; h) une déclaration spécifiant si les futurs époux ont opté pour la communauté ou la séparation de biens ; i) la mention du régime matrimonial (monogamie ou polygamie) ; j) le nom et le prénom de l'officier d'état civil ; k) et les signatures de chacun des conjoints, des témoins et de l'officier d'état civil.

Gambie (mariages sous lois musulmanes) : Aux fins de l'ordonnance relative aux mariages et aux divorces musulmans – MMDO, le formulaire-type pour l'enregistrement des mariages comprend les vingt-trois clauses suivants en arabe : a) le nombre de mariages consécutifs ; b) le nom du futur époux et du père du futur époux ; c) le nom de la future épouse et du père de la future épouse ; e) le lieu de résidence de la future épouse ; f) le point de savoir si la future épouse est veuve ou divorcée d'un précédent époux ; g) si la future épouse a atteint ou non l'âge adulte ; i) la date à laquelle le mariage a été contracté ; j) le montant de la dot ; k) le montant de la dot versée immédiatement ; l) le montant de la dot à verser à terme ; m) le montant de la dot versée préalablement au mariage ou au moment du mariage ; n) le point de savoir si des biens ont été donnés ou non à la place de l'ensemble ou d'une partie de la dot, avec des détails sur ces biens ; o) les conditions spéciales (le cas échéant) ; p) le lieu où le mariage s'est déroulé ; q) le nom de la personne qui a accueilli la cérémonie de mariage ; r) la signature du futur époux ; s) la signature de la future épouse ; t) la signature du tuteur de la future épouse ; u) les signatures et lieux de résidence des témoins du mariage (deux témoins sont requis) ; v) la date d'enregistrement ; w) la signature et le lieu de résidence du greffier des mariages.

Malaisie : La section 21 de l'IFLA (Islamic Family Law Act) prévoit l'enregistrement des détails de la dot (mas kahwin) dans le registre des mariages, alors que la section 22 mentionne l'enregistrement des « éléments prescrits », ainsi que les ta'liq prescrits ou autres prononcés par l'époux après la célébration du mariage (voir Autres formes de dissolution pour les femmes, p. 291). Le ta'liq diffère d'un État à l'autre.

Maroc : Aux fins de l'article 27 de la Moudawana, le montant de la dot doit être spécifié. L'article 67 énonce les clauses obligatoires à inclure au contrat de mariage, notamment les détails concernant le montant de la dot, le montant à verser immédiatement et à terme, et si le versement a été effectué en présence d'un témoin. L'article 67 énonce une prescription neutre par rapport au sexe, selon laquelle il y a lieu de mentionner le statut juridique de tout conjoint marié antérieurement. Les articles 68-69 spécifient la procédure à suivre en ce qui concerne les contrats de mariage, notamment pour les marocains non-résidents. Ceci comprend la présentation d'un certificat médical.

Philippines : Au titre de la loi générale, le contrat de mariage pour les musulmans est identique au contrat-type applicable à tous les citoyens des autres communautés. Si la loi ne définit aucune clause obligatoire à inscrire dans le contrat de mariage (à l'exception de la clause requise concernant la dot), une décision du tribunal de la charia exige l'enregistrement de l'ordre du mariage (premier ou second, etc.) et du montant des détails de la dot (en numéraire ou non).

Sénégal : Le contrat de mariage doit comprendre le montant et la forme de la dot (si les parties ont convenu que la dot était une condition pour la validité du mariage), une déclaration concernant le régime matrimonial (communauté, séparation totale des biens ou régime dotal au titre duquel l'époux administre la dot de l'épouse durant le mariage, mais l'épouse conserve la propriété de ses biens qui doivent lui être restitués en cas de dissolution du mariage), et une déclaration spécifiant si le mariage sera monogame ou polygame (limité) - ceci constituant essentiellement une décision de l'époux.

Soudan : Le texte du contrat de mariage comprend : (a) des renseignements administratifs ; (b) le nom de l'époux (sans mention spécifique de son âge et de sa situation de famille) ; (c) les informations relatives à l'épouse : nom, situation de famille et état / développement pubertaire (ce qui implique de savoir si elle est vierge, veuve ou divorcée) ; (d) le mahr, mokadam et mokar (la dot) ; (e) l'accord de l'époux signé par son représentant ; (f) l'accord de l'épouse signé par son tuteur ; (g) l'attestation de deux témoins.

Tunisie : Les contrats de mariage sont des contrats civils et doivent comprendre : (a) l'identité exacte des conjoints ; (b) le consentement mutuel des conjoints ; (c) en cas de personnes mineures (âgées de moins de 17 ans), l'autorisation du tuteur ; (d) les noms et les signatures des témoins ; (e) la dot.



CONTRATS DE MARIAGE : DROITS INHÉRENTS ET RESPONSABILITÉS

Introduction

Les droits inhérents sont ceux qui, en fonction de la loi pertinente, découlent automatiquement de l'enregistrement d'un mariage ou d'un contrat de mariage valide (écrit ou verbal). Les droits et les responsabilités inhérents découlant d'un mariage dans un contexte particulier déterminent largement les relations de pouvoir qui existeront entre l'époux et l'épouse, dans ce contexte.

Indépendamment de la source des lois, la plupart des systèmes établissent une distinction entre l'époux et la femme lorsqu'il s'agit d'attribuer des droits et des responsabilités inhérents, et presque toujours, ces distinctions établissent une dynamique de pouvoir qui favorise l'époux. Toutefois, il y a, depuis peu, une tendance à l'adoption de lois qui tentent de promouvoir des droits et des responsabilités qui ne font pas de différence entre les sexes, bien que ceux-ci puissent être sapés dans la pratique par d'autres dispositions (Algérie).

Dans la plupart des cas, les systèmes régis par les lois coutumières n'ont pas recours aux contrats écrits. Il en résulte que de tels systèmes établissent les droits et responsabilités inhérents découlant du mariage par l'intermédiaire d'accords verbaux entre parties, ainsi qu'à travers des accords tacites découlant de la pratique courante (voir p. 215 pour les droits découlant des mariages mut'a).

Les systèmes influencés par le code napoléonien patriarcal (souvent à travers une histoire coloniale, même si les lois existantes peuvent être fondées sur des lois musulmanes) semblent fournir des définitions particulièrement restrictives des droits et des responsabilités des femmes dans le mariage. Il est intéressant de noter que les systèmes non codifiés ou les systèmes dans lesquels les lois ne spécifient ni les droits ni les responsabilités des épouses sont parfois plus ouverts au changement et à l'interprétation libérale que les systèmes codifiés. La possibilité ou l'impossibilité pour la femme d'avoir accès à ses droits inhérents à travers tout forum formel (civil, religieux ou coutumier) dépendra de la reconnaissance ou non de la validité de son mariage par l'État. Là où les États considèrent comme non valides les mariages sous lois religieuses et coutumières, les droits dans le mariage ne peuvent être revendiqués que par celles qui enregistrent leur mariage au titre du droit civil (voir Enregistrement, p. 136).

Les droits inhérents découlant de mariages verbaux, non enregistrés et non reconnus par la loi, peuvent être applicables à travers des enceintes communautaires non formelles. Toutefois, au vu de la tendance générale à une prépondérance des idéologies patriarcales dans ces enceintes, les femmes qui tentent d'avoir accès à leurs droits à travers ces enceintes s'exposent à de sérieuses contraintes.

Si elle semble être essentiellement un droit inhérent, la dot est, en réalité, un élément essentiel d'un mariage valide plutôt qu'un droit inhérent et est débattue dans une section distincte (page 179).

Certains droits supposés inhérents sont, en fait, négociables. Par exemple, le droit « supposé » de l'époux à la pratique de la polygynie et du talaq, ou de déterminer la mobilité de son (ses) épouse(s) peut parfois être modifié par des clauses négociées (si elles sont possibles en vertu de la loi, voir p. 171-173). Cette section traite donc des droits inhérents 'par défaut' qui découlent d'un mariage si aucune clause négociée n'est amendée dans un contrat de mariage (voir Droits et responsabilités négociés, p. 167).

Droits différents pour des communautés différentes

Lorsque les couples peuvent choisir l'ensemble de lois qui régiront leur mariage, les droits inhérents peuvent différer de manière substantielle en fonction de chacun des ensembles de lois.

Toutefois, dans la plupart des contextes où des systèmes multiples s'appliquent, les femmes n'ont pas l'option de choisir le système au titre duquel elles souhaitent être régies. Lorsque des affiliations religieuses et ethniques diverses déterminent l'ensemble de lois qui s'appliquera à une personne particulière, les femmes musulmanes peuvent s'estimer défavorisées si elles comparent leurs droits et responsabilités inhérents à ceux des femmes d'autres communautés. Par exemple, si l'on compare les droits et responsabilités des femmes mariées sous le Code du statut personnel musulman – Code of Muslim Personal Law (CMPL) des Philippines à ceux du Code de la famille général des Philippines, on constatera que les dispositions figurant dans le Code musulman sont beaucoup plus restrictives pour les femmes

que celles énoncées dans le Code de la famille général. En application du code musulman (CMPL) :

- L'épouse a droit au soutien durant le mariage
- L'époux décide du lieu de résidence de la famille (article 35) ;
- L'épouse gère de manière consciencieuse les affaires du ménage (art. 36(1)) ;
- L'épouse peut, avec le consentement de son époux, exercer toute profession ou métier, ou entreprendre toute activité, à la condition que ses activités soient en accord avec la modestie et la vertu islamiques (art. 36(3)).

Au titre du Code de la famille (qui n'est pas fondé sur les lois musulmanes) :

- L'époux et l'épouse sont conjointement responsables du soutien de la famille ;
- L'époux et l'épouse décident du lieu de résidence de la famille (article 35) ;
- L'époux et l'épouse assurent conjointement la gestion du ménage ;
- Le consentement de l'époux n'est pas nécessaire pour que la femme exerce sa profession, et il n'est pas nécessaire qu'elle ait une occupation ou une activité.

Déséquilibre entre les sexes dans les droits inhérents

Certains systèmes ont codifié la totalité ou une partie des droits inhérents qui découlent d'un mariage valide. Les lois qui spécifient les droits inhérents peuvent être fondées sur les lois musulmanes, les lois coutumières ou sur d'autres sources. Les droits inhérents sont généralement exigibles dès l'enregistrement d'un mariage. Toutefois, certains systèmes reconnaissent également des droits inhérents qui découlent de mariages non enregistrés (si le mariage peut être attesté à travers d'autres preuves) (Bangladesh, Maroc, Pakistan, Sri Lanka, Tunisie).

Là où les droits sont codifiés, les hommes se voient souvent attribuer des droits, et les femmes des responsabilités. Ceci semble être particulièrement le cas dans les lois fondées sur la philosophie du droit malikite ou sur le Code Napoléon (Tunisie, Sénégal) et fait l'objet d'efforts de réforme en Algérie et au Maroc.

Il peut y avoir une contradiction dans la loi entre les droits de l'époux et ceux de l'épouse. Par exemple, une femme qui tente d'exercer son droit de contrôle sur ses propres biens peut, ce faisant, s'exposer à de graves contraintes si cette même loi reconnaît à son époux le droit de contrôler sa

mobilité. La jurisprudence indique comment de tels conflits sont résolus dans la pratique. En outre, l'exercice par un conjoint de ses droits inhérents découlant du mariage peut être contraire aux droits fondamentaux garantis à l'autre conjoint dans le cadre de la constitution d'un pays. Par exemple, le droit d'un époux de décider du domicile familial peut porter atteinte au droit de l'épouse (en tant que citoyenne) à la liberté de mouvement. Là encore, la jurisprudence montre comment de tels conflits sont résolus dans un contexte particulier. Au Sri Lanka, le débat se poursuit sur le point de savoir comment classer le droit à la mobilité.

S'il devait être classé comme question de droit du statut personnel, ce droit serait exclu du champ de la constitution. Cependant, s'il devait être classé en tant que droit fondamental, il serait garanti aux fins de la constitution.

Si elle est rarement prise en compte par les lois ou les coutumes, l'évolution des situations sociales et des origines de classe peut modifier l'impact des droits et des responsabilités inhérents. Par exemple, le droit de l'épouse à l'entretien par son époux est vidé de son sens par les réalités économiques. De nombreuses familles pauvres et des classes moyennes ont besoin des gains des femmes, pour la simple survie la famille.

Droits mutuels

Les droits et responsabilités inhérents peuvent être réciproques ou non. En exemple de droits réciproques, on peut citer le droit à la fidélité (Cameroun, Maroc), le droit de partager un ménage commun (Fidji), et le droit à l'entretien mutuel (Républiques d'Asie centrale). Des exemples de responsabilités réciproques comprennent le devoir de soutien mutuel (Cameroun, Indonésie), le respect des parents des conjoints (Algérie, Maroc), et les devoirs d'un consortium également partagé (là où le consortium comprend les tâches ménagères, les soins aux enfants, l'amour, l'affection et les services sexuels) (Fidji). En Indonésie, la loi spécifique que les droits et les responsabilités de l'épouse et de l'époux sont « équivalents dans la vie du ménage et dans les rapports sociaux en société ».

Les droits réciproques sont plus susceptibles que les droits non-réciproques de garantir un équilibre égal de pouvoir dans un mariage et sont moins susceptibles d'empiéter de manière inégale sur les autres droits de chacun des conjoints. Toutefois, les droits mutuels doivent être évalués par rapport à d'autres droits et responsabilités inhérents, ainsi que par rapport à la réalité de la vie des femmes dans chaque contexte. La capacité des femmes à remplir leurs obligations est fréquemment restreinte par leur statut socioéconomique inégal. En conséquence, une responsabilité théoriquement mutuelle peut, en pratique, être plus pesante pour les femmes.

Au Bangladesh, en Inde et au Pakistan, la loi permet aux conjoints de porter plainte pour la restitution de droits conjugaux. Si cette disposition existe à la fois pour l'époux et l'épouse, ce sont presque toujours les hommes qui y ont recours pour harceler l'épouse qui a quitté le domicile conjugal à la suite de violences ou de différends conjugaux, plutôt que les femmes pour garantir la satisfaction des besoins sexuels. Dans affaire qui a largement attiré l'attention des médias, au Bangladesh, l'époux de Nellie Zaman avait contré le procès en divorce qu'elle avait intenté contre lui par un procès pour restitution de droits conjugaux. Le tribunal avait rejeté sa demande comme allant à l'encontre des dispositions de la constitution relatives à l'égalité (34 DLR 1982 p.221).

Les réformes menées depuis 2003 au Maroc, puis dans une moindre mesure en Algérie, se sont concentrées sur le rééquilibrage des relations conjugales, mettant un terme au caractère discriminatoire des droits et responsabilités listés.

Droits inhérents reconnus dans tous les systèmes

Il y a certains droits inhérents supposés découler du mariage (conçu comme un contrat ou un sacrement), qui sont communs à tous les systèmes examinés ici. Ces droits peuvent être circonscrits, élargis ou restreints à travers des négociations, mais ne peuvent jamais être supprimés par la négociation. Ils comprennent l'entretien, les droits sexuels/la cohabitation et les droits ayant trait aux enfants (tutelle, entretien et paternité). Dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes, l'héritage est également un droit supposé non négociable.

La reconnaissance légale de paternité des enfants conçus durant un mariage est supposée être une conséquence inhérente du mariage dans la plupart des systèmes. Toutefois, des délais divers peuvent être appliqués pour déterminer la reconnaissance de paternité. Ces délais sont discutés dans le Statut des enfants (p. 232).

L'entretien est le plus souvent stipulé en termes d'alimentation, de vêtements et d'hébergement (voir Entretien, p. 219). Certaines lois spécifient que le niveau d'entretien devrait concorder avec les moyens financiers de l'époux. Certaines lois spécifient également que le niveau d'entretien ne devrait pas être inférieur à celui auquel l'épouse est normalement habituée.

En Égypte, l'épouse perd son droit à l'entretien si elle est condamnée pour apostasie. Toutefois, son mariage reste valide.

Cohabitation et droits sexuels

La résidence conjointe est établie comme conséquence du mariage dans tous les systèmes traités ici. En outre, la disponibilité et l'accès sexuels sont supposés être des extensions de la résidence conjointe. Lorsque l'époux a le droit de pratiquer la polygamie, le droit de l'épouse à la cohabitation et à l'accès sexuel est sérieusement restreint (ses droits à l'entretien et à l'héritage sont également restreints).

Dans de nombreux systèmes, les couples ont le devoir de cohabiter et le refus déraisonnable de le faire constitue un motif de divorce. Toutefois, dans certains de ces systèmes, les tribunaux sont autorisés à prendre en considération le danger physique ou moral potentiel comme motif raisonnable pour accorder à une épouse l'autorisation de vivre, avec ses enfants, séparée de son époux (Cameroun).

Dans certains systèmes influencés par l'École Malikite et/ou le Code napoléonien, l'époux a le droit de fixer le lieu de résidence du couple. Dans d'autres contextes où la loi stipule que les droits sont mutuels, les tribunaux peuvent reconnaître des pratiques coutumières inéquitables qui autorisent l'époux à déterminer le lieu de résidence. À Fidji, par exemple, les tribunaux d'instance inférieure acceptent la coutume indonésienne selon laquelle l'épouse vit avec ses beaux-parents comme base valide pour accorder à l'époux le droit de contraindre son épouse à vivre dans son domicile familial natal. Le refus d'un conjoint de vivre avec l'autre conjoint, sans motif raisonnable (pouvant être diversement interprété) peut mener à la privation d'entretien (au cas où le refus est du fait de l'épouse), au divorce ou à un procès pour demande la restitution des droits conjugaux. Ayant également droit à la cohabitation avec leur époux, les épouses sont supposées avoir droit à l'accès sexuel. En effet, l'incapacité du mari à assurer la satisfaction sexuelle constitue un motif valide de dissolution dans la plupart des systèmes.

Toutefois, le fait que la revendication de la satisfaction sexuelle soit un tabou pour les femmes peut restreindre la capacité de celles-ci à affirmer ce droit inhérent. La femme peut néanmoins menacer de dénoncer publiquement l'incapacité de son époux à la satisfaire sexuellement et ceci peut rehausser sa capacité à résoudre d'autres différends. On sait que les femmes des quartiers populaires du Caire, ainsi qu'au Soudan, ont recours à cette menace pour contrer la violence conjugale.

Diverses lois reflètent des positions divergentes sur le droit d'une épouse de refuser des relations sexuelles (et la cohabitation) au motif que la dot n'a pas été immédiatement versée. Dans certains systèmes, l'épouse ne peut refuser les relations sexuelles pour de tels motifs si le mariage a été consommé (Iran), mais dans d'autres, le refus de l'époux de verser immédiatement la dot est un motif valide pour intenter

des poursuites en vue de la restitution de droits conjugaux Bangladesh, Pakistan, Sri Lanka).

Quoi que les lois disent à propos de l'accès sexuel, la pratique sociale exige souvent de l'épouse qu'elle se mette à la disposition de son époux, quand il en fait la demande. En effet, en omettant de reconnaître le viol conjugal, la plupart des systèmes privent implicitement l'épouse du droit de refuser des rapports sexuels. Fidji est une exception, car depuis la décision *R v R* [1991] 1 WLR 767 de la Chambre des Lords de la Grande-Bretagne, qui avait statué que le délit de viol s'appliquait effectivement dans un mariage si, dans les circonstances de l'affaire, l'épouse ne consentait pas aux rapports sexuels.

Droits « Inhérents » Négociables

La plupart des systèmes fondés sur les lois musulmanes présument que les hommes ont un droit inhérent au divorce, alors que les femmes ne jouissent pas de ce droit. Le déséquilibre de pouvoir entre conjoints qui en résulte a un impact sur l'exercice de tout autre droit dans un tel mariage. De même, dans la plupart des systèmes fondés sur les lois musulmanes et coutumières, l'époux est supposé avoir le droit de contracter des mariages polygames, alors que la femme ne jouit pas d'un tel droit parallèle. Toutefois, ces droits 'inhérents' peuvent être soumis à des conditions négociées dans un contrat de mariage (voir Droits et responsabilités négociés, p. 167).

Cependant, dans certains systèmes fondés sur les lois musulmanes, ces droits apparemment 'inhérents' ne sont plus reconnus. Une réévaluation de la politique publique a abouti à des réformes dans plusieurs pays. L'Indonésie et la Tunisie, par exemple, ne reconnaissent pas le droit de l'homme au divorce (talaq) unilatéral. De plus, la Tunisie a totalement prohibé la polygynie et au Maroc, le divorce unilatéral et la polygamie ayant été soumis à de si nombreuses conditions que les activistes que les activistes espèrent que cela aura pour effet de mettre fin à ces pratiques (voir Polygamie, p. 197 et Talaq, p. 259).

« Obéissance »

Dans de nombreux systèmes fondés sur les lois musulmanes, l'épouse doit obéissance à son époux (Algérie, Égypte, Iran, Malaisie, Soudan, Yémen). Il y a toutefois des exceptions (Bangladesh, Pakistan).

Sur le plan social, ainsi que dans certaines lois, l'obéissance peut s'entendre comme d'un devoir inhérent. Cependant, même dans des systèmes qui codifient « l'obéissance » les termes de cette obéissance peuvent être négociés. Par exemple, les clauses négociées d'un contrat de mariage

peuvent conférer à l'épouse le droit de choisir son travail ou de droit de refuser de se déménager lorsque son époux prend un emploi dans une autre zone (voir Droits et responsabilités négociés, p. 169).

Les systèmes qui légifèrent sur le devoir de l'épouse « d'obéir » à son époux ont diverses dispositions relatives à la « désobéissance ». En Malaisie, une femme qui désobéit sciemment à un ordre de son époux est passible d'une amende (bien que ceci ne soit guère appliqué aujourd'hui). D'autres systèmes font de la désobéissance un motif de divorce. Au Soudan, l'épouse nashiz (désobéissante) n'est considérée ni comme divorcée, ni comme mariée. Elle est privée du droit à l'entretien, à la résidence matrimoniale et à la garde de ses enfants. Dans des cas extrêmes, des restrictions sont imposées sur sa liberté de mouvement au sein et en dehors du pays.

Les attitudes sociales et les traditions peuvent bien sûr différer de la loi. Au Pakistan, les tribunaux supérieurs reconnaissent qu'une épouse peut vivre séparée de son époux et avoir toujours droit à l'entretien, si elle a un « motif raisonnable » pour ce faire. Les motifs raisonnables comprennent le comportement cruel de l'époux, l'immixtion de l'époux dans la gestion des biens de l'épouse (y compris le non versement de la dot), et l'ingérence dans les croyances religieuses de l'épouse. Néanmoins, en raison des croyances et des pratiques communautaires, nombre de femmes qui quittent le domicile conjugal dans de telles circonstances ne bénéficient plus d'entretien une fois qu'elles sont retournées dans leurs propres familles. La nouvelle Moudawana du Maroc a essentiellement aboli le concept « d'obéissance », et les femmes du Yémen ont résisté avec succès à une tentative de 2003 visant à rendre juridiquement contraignant le concept encore plus strict de Bait al Ta'a (Maison d'obéissance). Ceci aurait permis une situation qui existait dans le cadre de l'ancienne Moudawana du Maroc, au titre duquel les juges pourraient autoriser le recours à la force pour ramener une femme dans son domicile conjugal, contre son gré. Les Égyptiennes s'étaient constituées en réseaux pour appuyer la campagne des femmes du Yémen, mettant en évidence leur expérience négative de telles dispositions. Toutefois, les amendements apportés en 2005 au Code de la famille algérien n'ont pas abrogé la prescription d'obéissance, affaiblissant profondément l'introduction de droits et de responsabilités mutuels plus larges.

Fidélité et chasteté

Certaines lois, soit dans leurs textes, soit dans leur interaction avec d'autres lois, appliquent des normes différentes aux époux et aux épouses en ce qui concerne le droit à la fidélité.

L'Iran stipule que les épouses sont tenues d'être loyales et fidèles, mais ne confère pas aux épouses de droits similaires sur leurs époux. Au Soudan, les hommes ne sont considérés comme adultères qu'au sein de leurs propres foyers, alors que les femmes le sont si elles se livrent à tout acte sexuel extra conjugal, indépendamment du lieu.

Par-dessus tout, là où la polygamie est une possibilité légale, l'époux est, par définition, excusé de son infidélité envers son épouse actuelle. Celle-ci est néanmoins tenue de lui rester fidèle. Toutefois, les lois peuvent imposer des restrictions aux activités adultères d'un mari. Au Cameroun, par exemple, le mari peut être tenu responsable d'adultère s'il a des rapports sexuels avec sa fiancée dans le domicile conjugal (Cameroun). Dans d'autres cas, les tribunaux peuvent ne pas autoriser une union polygyne entre un homme et une femme avec laquelle il avait eu une aventure antérieure (Singapour). Alors que la Moudawana du Maroc énumérait parmi les droits de l'époux « la préservation du corps et de la chasteté de l'épouse », la nouvelle Moudawana spécifie que les conjoints se doivent mutuellement fidélité.

L'époux comme « chef de ménage »

L'époux étant tenu d'entretenir financièrement le ménage, de nombreux systèmes le définissent comme chef du ménage. Dans certains systèmes, cette définition est codifiée (Algérie, Cameroun, Indonésie, Iran, Sénégal), alors qu'elle est supposée dans d'autres. Même si la loi ne codifie pas la position de l'époux comme chef de ménage, d'autres procédures ou prescriptions administratives peuvent avoir un effet similaire. En outre, de nombreuses communautés considèrent l'époux comme le « chef de ménage » indépendamment de la façon dont les lois et procédures étatiques le perçoivent.

Souvent, de telles lois, procédures et attitudes ne reflètent pas la réalité de la vie des femmes (voir Entretien, p. 219-220). En raison des tendances internationales et nationales de la migration de travail, un grand nombre de femmes opèrent comme chefs de ménage lorsque leur époux émigré est absent. Il y a peu de changements juridiques pour refléter cette nouvelle réalité. Une telle lacune dans le droit et la réalité peut créer des problèmes logistiques pour les familles. Par exemple, si l'épouse au sein d'une telle famille n'est pas reconnue comme chef de ménage, comment peut-elle avoir accès à des dispositions qui exigent la signature du 'chef de ménage' absent.

Le statut de « chef de ménage » confère un large spectre de pouvoirs possibles. Dans certains systèmes, la position de l'époux en tant que « chef de ménage » lui donne le droit de restreindre la mobilité de l'épouse. En Iran et en Égypte, par exemple, l'épouse doit avoir l'autorisation de l'époux pour

voyager et pour obtenir un passeport. En outre, l'époux peut avoir le droit de déterminer si oui ou non (et dans quelles circonstances) l'épouse peut travailler ou mener des études, ce qu'elle peut étudier et quel type de travail elles peuvent faire (Cameroun). Les États peuvent en outre renforcer de tels droits en exigeant de l'épouse qu'elle obtienne l'autorisation de l'époux pour occuper des emplois gouvernementaux (Soudan).

Les pouvoirs de l'époux en tant que « chef de ménage » s'étendent souvent au contrôle des biens matrimoniaux. À moins que le couple ne négocie clairement du point de savoir comment les biens matrimoniaux seront contrôlés (et par qui) dans le contrat de mariage, le droit de l'époux de contrôler les biens matrimoniaux peut être supposé ou même directement prévu dans les lois (Philippines, Sénégal). De telles lois sapent le droit de l'épouse (au titre des lois musulmanes) de contrôler toute richesse qu'elle possède ou qu'elle crée.

Tous les systèmes ne confèrent pas à l'époux des pouvoirs aussi vastes. Plusieurs systèmes fondés sur les lois musulmanes, ainsi que sur d'autres sources, ont promulgué des lois conçues pour renforcer la position de l'épouse dans le mariage. Les tribunaux fidjiens suivent le Common Law britannique, et à la suite de modifications apportées durant les années 80, le principe « d'égalité de droit de consortium l'un sur l'autre » a été interprété pour signifier que l'époux ne peut ni empêcher son épouse de quitter le domicile conjugal ; ni l'enlever, ni l'enfermer ; et qu'il ne peut exiger amour, affection et services sexuels tant qu'il n'offre pas les mêmes en retour. En d'autres termes, les tribunaux ont interprété les lois existantes de manière à renforcer la position des femmes dans le mariage. Au Pakistan, par exemple, les attitudes sociales confèrent aux hommes un statut supérieur au sein de la famille. Cette supériorité est renforcée par l'État de diverses façons, notamment par le recours à des formulaires administratifs qui nécessitent la signature de l'époux (même lorsque l'épouse à seule à demander un service), ainsi que des lois qui supposent que le domicile de l'épouse est le même que celui de son époux. Toutefois, toutes les fois où les femmes contestent le droit de leur époux à contrôler leur mobilité, les tribunaux supérieurs ont affirmé le droit de la femme à l'autonomie. Alors que les mesures administratives qui confirment l'époux comme « chef de ménage » peuvent être aussi restrictives que les lois similaires, elles sont souvent plus aisées à modifier. La réforme des lois relatives à la famille peut être extrêmement difficile en particulier là où des questions qui y sont liées ont été politisées par les groupes politico-religieux d'extrême-droite. La modification des procédures administratives peut être moins épineuse.

Partage des responsabilités ménagères

Là où les lois codifient les responsabilités ménagères, celles-ci sont le plus communément affectées comme incombant à l'épouse. Dans la plupart des systèmes, l'époux est chargé de l'entretien financier et l'épouse de l'entretien physique ou de la supervision du ménage (Iran, Indonésie). Toutefois, ce partage des responsabilités, apparemment équitable, n'entraîne aucune égalité en termes de statut social. Par exemple, le droit indonésien définit l'époux comme « chef de famille » et l'épouse comme « mère du ménage », ce qui confère à l'épouse une responsabilité égale, mais non un statut égal.

De telles dispositions ignorent le fait qu'en réalité, les femmes peuvent soit contribuer au revenu familial par le travail dans la ferme ou l'entreprise familiale, soit à travers l'emploi rémunéré en dehors du foyer. Il est intéressant de noter, par contre, que lois iraniennes reconnaissent une valeur financière effective aux services ménagers rendus par l'épouse. Lorsqu'il divorce de son épouse, l'époux peut être tenu de verser un paiement à celle-ci, pour tous les services ménagers rendus (voir p. 164). Certains systèmes affectent des responsabilités ménagères également à l'époux. Les lois de Fidji, par exemple, prévoit le partage égal des tâches ménagères, y compris des soins aux enfants, entre les conjoints.

Le Code civil turc amendé supprime la position du mari comme « chef de ménage »

À la suite d'une vaste campagne menée en 2000-2001 par une plate-forme unifiée de 126 associations féminines, le Code civil turc a été considérablement amendé, en surmontant la résistance des groupes religieux conservateurs et des nationalistes.

Le nouveau Code civil a adopté une nouvelle approche de la famille et du rôle de la femme au sein de la famille. L'ancienne approche juridique, qui attribuait aux femmes une position juridiquement subordonnée au sein de la famille, avec des droits et des devoirs définis par rapport au mari, a été abandonnée en faveur d'une approche qui définit la famille comme une union fondée sur un partenariat égal. Cette nouvelle approche se traduit dans le libellé du nouveau Code. Les termes « la femme » et « le mari » sont remplacés par « les conjoints ». Cette nouvelle approche de la famille est également reflétée dans plusieurs autres amendements :

- Le mari n'est plus le chef de famille, les conjoints sont des partenaires égaux, qui gèrent conjointement l'union matrimoniale, avec des pouvoirs de décision égaux ;
- Les conjoints ont des droits égaux sur les biens acquis durant le mariage ;
- Les conjoints ont des pouvoirs égaux pour représenter la famille.

The New Legal Status of Women in Turkey, Women for Women's Human Rights – New Ways, Istanbul. 2002

LOIS :**Contrats de mariage –
Droits inhérents et
responsabilités****Critères**

- ☺ Les lois qui donnent davantage d'options sont celles qui :
 - Spécifient l'égalité des droits entre époux.
- ☺ Les lois à un niveau intermédiaire sont celles qui :
 - Ne codifient pas l'obéissance ; et/ou
 - Ne codifient pas le mari comme chef de ménage.

Parmi ces lois qui occupent une place intermédiaire, celles qui donnent moins d'options sont celles qui :

 - Ne codifient pas l'obéissance, ou ne définissent pas le mari comme « chef de ménage », mais lui confèrent d'autres pouvoirs, qui ne sont pas partagés par l'épouse.
- ☺ Les lois qui donnent moins d'options sont celles qui :
 - Codifient l'obéissance et confèrent à l'époux des pouvoirs de contrôle sur l'épouse.

☺ **Égalité des droits et des responsabilités entre conjoints**

Turquie : Au titre de l'article 41 du Code civil, amendé en 2001, la famille repose sur l'égalité entre époux. Aux fins de l'article 186, les conjoints ont des pouvoirs de décision conjoints en ce qui concerne la famille. Ils contribuent aux dépenses familiales à travers leur travail et leurs biens, selon leurs capacités. Aux fins de l'article 186, les conjoints décident conjointement du lieu du domicile conjugal. L'article 185 stipule que les conjoints doivent cohabiter (abrogeant ainsi l'ancienne disposition selon laquelle l'épouse était tenue de vivre là où son époux résidait). Aux fins de l'article 194, les conjoints jouissent d'une égalité de droits sur toutes les questions ayant trait au domicile familial, et ni l'un ni l'autre ne peut de manière indépendante modifier un accord de location ou vendre le domicile familial. Le nouvel article 189 stipule que l'époux ne peut plus ni être le seul représentant de l'union, ni contrôler à lui seul les économies familiales. Aux fins de l'article 187, l'épouse peut conserver son nom après le mariage. Au titre du nouvel article 192, aucun des époux n'aura besoin de l'autorisation du conjoint pour exercer ou choisir une profession. (Toutefois, l'article 192(2) prévoit qu'il faudrait garder à l'esprit l'harmonie et le bien-être de l'union conjugale en choisissant ou en exerçant un emploi ou une profession). Aucune loi ne peut contraindre l'épouse de retourner vivre avec son époux ; si elle quitte le domicile conjugal, l'époux n'a d'autre choix que d'entamer une demande de divorce.

Fidji : À la suite des changements apportés à la Common Law britannique, dans les années 80, les conjoints ont l'un sur l'autre des droits égaux de consortium (comprenant les tâches ménagères et les soins aux enfants, l'amour, l'affection et les services sexuels). L'époux ne peut ni empêcher son épouse de quitter le domicile conjugal, ni restreindre sa mobilité. Les dispositions en matière de restitution des droits conjugaux sont neutres pour ce qui est du sexe, mais sont généralement utilisées par les hommes pour prévenir les demandes d'entretien de l'épouse lorsqu'elle quitte le domicile pour cause de cruauté. Si l'épouse refuse d'obéir à un ordre de restitution, tout procès de divorce intenté par l'époux est susceptible d'être tranché en sa faveur et il n'aura pas à s'acquitter des frais d'entretien de l'épouse pour la période durant laquelle celle-ci était absente du domicile conjugal.

Républiques d'Asie centrale : Les dispositions figurant dans le Code de la famille soviétique, qui stipulaient une obligation mutuelle d'entretien entre époux, n'ont pas été modifiées à l'indépendance, au début des années 90. Par exemple, au titre de l'article 22 du Code de la famille de la République Kirghize, les femmes et les hommes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans le mariage, et les conjoints devraient s'occuper l'un de l'autre et développer leurs propres capacités. De même, l'article 1 de la Loi relative à la famille de l'Ouzbékistan prévoit des relations familiales fondées sur l'affection, la confiance et le respect mutuels, le soutien et la responsabilité mutuels de tous les membres de la famille, et la jouissance sans entrave de leurs droits par tous les membres de la famille.

Indonésie : Les droits et responsabilités de l'épouse sont équivalents aux droits et responsabilités de l'époux dans la vie du ménage et dans les rapports sociaux au sein de la société. Aux fins de l'article 31 du MA, l'époux et l'épouse assumeront la haute responsabilité d'entretenir un ménage. L'époux est le chef de famille et l'épouse, la mère du ménage. L'article 30 stipule que les deux parents sont responsables de l'entretien et de l'éducation des enfants. Aux fins de l'article 31(3), l'époux protégera l'épouse et pourvoira à tous les besoins de base, en fonction de ses capacités, alors qu'au titre de l'article 34, l'épouse est tenue de prendre soin du ménage au mieux de ses capacités.

Algérie : Aux fins du Code de la famille amendé, l'article 36 établit la liste des droits et responsabilités mutuels des époux, et comprend : la sauvegarde de l'union conjugale et des droits de la vie conjugale ; la cohabitation harmonieuse et le respect mutuel (nouveau) ; la contribution conjointe à la sauvegarde des intérêts de la famille, la protection des enfants et leur éducation saine ; la consultation mutuelle dans la gestion des affaires familiales et l'espacement des naissances (nouveau) ; le respect des membres de la famille de l'un et de l'autre et le droit de leur rendre visite (amendé pour être neutre du point de vue du sexe). Les dispositions antérieures ayant trait au devoir d'entretenir son épouse qui incombe à l'époux et le devoir d'obéissance qui incombe à l'épouse ont été abrogées.

Maroc : Aux fins de l'article 51 de la Moudawana, les conjoints ont des droits et des devoirs mutuels, notamment :

La cohabitation, la fidélité mutuelle, le respect et l'affection, la préservation des intérêts de la famille ; l'héritage mutuel ; la responsabilité de la gestion des affaires et l'éducation des enfants assumée conjointement par l'époux et l'épouse ; la consultation sur les décisions ayant trait à la gestion des affaires familiales, des enfants et de la planification familiale ; l'établissement de bonnes relations avec les membres de la famille l'un de l'autre. Cette liste neutre pour ce qui est du sexe a considérablement amendé les dispositions antérieures à 2004.

Tunisie : Aux fins de l'article 23 du CSP, amendé par la Loi N° 93-74 du 12 juillet 1993, les conjoints sont tenus de se traiter l'un l'autre avec gentillesse, de rendre leur vie conjugale plaisante et de s'abstenir de nuire l'un à l'autre. Les conjoints sont tenus d'accomplir leurs devoirs conjugaux en conformité avec la coutume et l'usage. Ils sont tenus de coopérer dans la gestion des affaires du ménage et dans la garantie d'une éducation adéquate des enfants. Cet amendement remplace l'article 23 initial, qui exigeait que l'épouse obéisse au mari et qui ne prévoyait pas de responsabilités mutuelles. Toutefois, l'époux reste le chef de famille et à ce titre, satisfait aux besoins de l'épouse et des enfants en fonction de ses moyens et de leur situation. L'épouse doit participer au soutien de la famille, si elle en a les moyens financiers. Au titre de l'article 24, l'époux n'a aucun droit sur l'argent de son épouse.

☺ « L'obéissance » n'est pas codifiée ; la loi ne stipule pas que l'homme est le « chef de famille »

Bangladesh & Pakistan : Aux fins de l'article 9 de la MFLO, les droits et responsabilités inhérents comprennent la responsabilité qui incombe à l'époux d'entretenir son épouse « de manière adéquate » (et 'équitable', s'il a plus d'une femme). L'héritage mutuel suit les principes des lois musulmanes. D'autres droits inhérents sont perçus de la Loi relative à la dissolution des mariages musulmans (Dissolution of Marriage Act –DMMA), notamment le droit de l'épouse de contrôler ses propres biens et de suivre sa propre religion. La jurisprudence interprète la DMMA pour rejeter le droit de l'époux de contrôler la mobilité et la profession de l'épouse. Dans les deux pays, jusqu'en 2000, les dispositions ayant trait à la restitution des droits conjugaux étaient neutres pour ce qui est du sexe, et les tribunaux supérieurs rejetaient généralement toute tentative de l'époux visant à recourir à cette disposition pour harceler l'épouse qui avait quitté le domicile conjugal en raison du comportement déraisonnable de l'époux (Affaire Nellie Zaman, 34 DLR 1982 p.221). Toutefois, depuis un amendement de la Loi relative aux tribunaux de la famille, au **Pakistan**, les conjoints disposent de l'option réglementaire de porter plainte pour la restitution des droits conjugaux, au cas où l'épouse porte plainte pour l'entretien ou la dissolution du mariage.

Pakistan : Si la loi ne codifie aucune prescription prévoyant que la femme prenne le nom de son époux ou qu'elle ait besoin son autorisation pour travailler ou voyager, les lois dans d'autres domaines semblent accorder à l'homme un statut supérieur au sein de la famille. Aux fins des dispositions relatives au lieu de résidence, l'épouse qui travaillait pour l'administration publique avant son mariage conserve son domicile après le mariage, mais celle qui est recrutée par l'administration publique après son mariage perd son domicile initial et acquiert celui de son époux. Ces dispositions affectent l'accès de la femme à des emplois gouvernementaux (qui nécessitent souvent que les candidats soient domiciliés dans une zone spécifique du pays) ; ces dispositions ont été

contestées, sans succès, dans les tribunaux. Lorsqu'elle se marie, la femme doit faire révision sa carte d'identité nationale pour remplacer le nom de son père/tuteur par celui de son mari. Lorsqu'elle fait une demande de passeport sans changer les noms, elle ne peut avoir qu'un passeport émis pour une année uniquement ; le passeport peut être prorogé de quatre ans, à la condition qu'elle fasse réviser sa carte d'identité nationale. La jurisprudence établit que le mari ne peut restreindre la mobilité de son épouse Muhammad Tufail v Muhammad Hanif

1984 MLD 1489 ; Haji Hafi z Ali c Noor Muhammad & Autres 1983 PCrLJ 204; Muhammad Qasim c Haji Saleh 1997 PCrLJ 1014).

Inde (mariages sous lois musulmanes) : L'héritage mutuel suit les principes des lois musulmanes. D'autres droits inhérents sont interprétés de la DMMA, notamment le droit de l'épouse de contrôler ses propres biens et de suivre sa propre religion.

Sri Lanka : Aux fins de l'article 98 de la MMDA, les droits et obligations mutuels des parties sont déterminés par la loi de la secte à laquelle les parties appartiennent. Rien n'indique comment déterminer les droits et les obligations dans les cas où les parties appartiennent à des sectes différentes. Le Code pénal ne reconnaît pas à l'époux le droit d'infliger une correction raisonnable pour se défendre en cas d'agression. Aux fins de la section 47(1) (b) de la MMDA (Loi relative au mariage et au divorce musulmans), l'époux est tenu d'entretenir son épouse. En cas de non-paiement de la dot immédiate – prompt mahr, de violence conjugale ou d'incapacité à fournir des logements séparés (pour plusieurs femmes), l'épouse peut refuser l'accès sexuel et refuser de vivre avec l'époux.

« L'obéissance » n'est pas codifiée, mais l'époux est « chef de famille » ou a d'autres pouvoirs de contrôle sur l'épouse

Philippines: Les conjoints ont le droit de cohabiter, de faire preuve de respect mutuel et de fidélité, de s'entraider et de s'appuyer, d'hériter l'un de l'autre, et d'intenter une procédure de divorce. Aux fins de l'article 67(1) du Code du statut personnel musulman – CMPL – la femme a droit à l'entretien, et aux fins de l'article 36(1), elle est tenue de gérer de manière consciencieuse les affaires du foyer et de faire les achats nécessaires pour l'entretien de la famille, achats pour lesquels l'époux est tenu de rembourser l'épouse. L'article 35, stipule que l'époux a le droit de décider de la résidence conjugale, à moins que la dot n'ait pas été payée ou que le logement ne cadre pas avec le statut social de l'épouse. L'épouse contrôle tout bien qu'elle apporte dans le mariage. Toutefois, le CMLP prévoit un régime de communauté de biens et l'épouse ne peut donc acquérir des biens sans l'autorisation de l'époux. Au titre de l'article 36(3), le droit de la femme d'exercer une profession est subordonné au consentement de l'époux, ainsi qu'au fait que l'emploi soit « en accord avec la modestie et la vertu islamiques ». Dans la législation générale applicable à d'autres communautés, l'époux ne jouit pas de tels pouvoirs et tous les droits et responsabilités sont conjoints.

Sénégal : Les conjoints sont tenus de cohabiter, d'être mutuellement fidèles, de s'appuyer et de prendre soin l'un de l'autre, de partager une vie commune, de faire preuve de respect et d'affection l'un envers l'autre, et d'apporter l'un à l'autre une aide morale et matérielle, en cas de besoin. Toutefois, au titre de l'article 277 du Code de la famille, l'époux est le chef de famille, et exerce une autorité primordiale sur les enfants durant le mariage, en conséquence, les décisions qu'il prend prime sur celles de l'épouse, en cas de désaccord – c'est-à-dire, à la condition que ses décisions soient fondées sur les intérêts de la famille (article 287). Aux fins de l'article 153, l'époux a le droit de choisir le domicile conjugal ; l'épouse est tenue d'y vivre avec lui (et il est tenu de l'y recevoir), à la condition que ceci ne présente pas pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral. La femme peut, en cas de dangers d'ordre physique ou moral, être autorisée par le juge de paix à avoir pour elle et ses enfants un domicile séparé. L'article 375 stipule que l'époux assume la responsabilité principale des dépenses familiales, mais les conjoints contribuent en fonction de leur capacité respective. Chacun des conjoints est habilité à conclure seul les contrats relatifs aux charges du ménage, et les conjoints répondent solidairement des dettes ainsi contractées par l'autre conjoint. Aux fins des articles 371 et 374, l'épouse peut exercer toute profession et les conjoints peuvent ouvrir et maintenir des comptes en banque.

Cameroun : L'époux est le chef de famille. L'épouse est tenue de vivre avec lui et il est tenu de la recevoir. Les couples mariés ont le devoir de cohabiter, et tout refus déraisonnable d'une des parties est un motif de divorce. Aux fins de l'article 212 de l'Ordonnance relative au statut civil, les conjoints se doivent fidélité. Les conjoints se doivent mutuellement assistance et sont tenus, à ce titre, de répondre aux besoins l'un de l'autre et de prendre soin l'un de l'autre. Le tribunal peut permettre à l'épouse de vivre séparément, avec son enfant, si la résidence choisie par l'époux présente des dangers d'ordre physique et moral. L'époux a les pleins pouvoirs pour administrer les biens familiaux. L'époux a de droit de s'opposer à l'activité professionnelle ou commerciale de son épouse.



« L'obéissance » est codifiée

Malaisie : Aux fins de l'article 129 de la Loi relative au droit islamique (Islamic Family Law Act), l'épouse qui désobéit intentionnellement à tout ordre donné par son époux, et licite, selon les principes généraux des lois musulmanes de l'école sunnite - Hukum Syariah – commet un délit et sera punie d'une amende ne dépassant pas 100 RM (environ 26 dollars US) et en cas de second délit ou de délit consécutif, sera punie d'une amende ne dépassant pas 500 RM (environ 130 dollars US). Cette disposition large est contraire responsabilités spécifiques affectées à l'époux au titre des sections 126 à 128, qui prévoient qu'il cohabite avec son épouse, qu'il ne la maltraite pas et qu'il se comporte avec elle de manière juste une 'justice adéquate. L'époux est passible des mêmes amendes que la femme s'il omet de remplir ses responsabilités. Au titre de la section 59, l'époux est tenu d'entretenir son épouse, mais celle-ci n'est pas habilitée à l'entretien lorsqu'elle est désobéissante (nushyuz – lorsqu'elle refuse de manière déraisonnable aux souhaits ou aux ordres licites de son époux). L'épouse sera considérée comme désobéissante – nushyuz – pour des actes de 'désobéissance' tels que le refus d'avoir des rapports sexuels, ou le refus d'emménager avec lui dans une autre résidence ou dans un autre lieu, sans raison valide.

Iran : L'époux est tenu de subvenir aux besoins de l'épouse et celle-ci lui doit loyauté et fidélité. Tant l'époux que l'épouse doivent être respectueux l'un de l'autre et s'acquitter de leurs responsabilités islamiques. L'époux et le chef et le gérant du ménage. Aux fins de l'article 1105 du Code civil, l'épouse ne peut quitter le domicile sans autorisation de l'époux et si elle le fait, elle peut être déclarée « nashzeh », ce qui la prive de droits économiques. Les articles 1105 et 1114 stipulent que l'épouse a besoin d'une autorisation écrite, certifiée de son époux pour obtenir un passeport et voyager à l'étranger. L'épouse est tenue de résider au domicile de l'époux (c'est-à-dire qu'elle doit être dans un état de tamkin, qui suppose la disponibilité sexuelle) pour avoir droit à l'entretien. Elle peut conserver son propre nom de famille. Les femmes dans un mariage mut'a – temporaire – ont davantage droit à la mobilité que les femmes dans un mariage permanent, mais ont moins de droits à l'entretien et à l'héritage.

Égypte : aux fins de l'article 11(b) (2) de la Loi de 1985, si l'épouse refuse de faire preuve d'obéissance (ta'a) sans justification légale, l'entretien dont elle bénéficie peut être suspendu à compter de la date du refus. L'entretien ne peut être refusé à l'épouse si elle va à l'extérieur pour exercer un emploi légal, à la condition qu'elle n'abuse pas du droit au travail et également que son travail n'aille pas à l'encontre des intérêts de la famille. L'époux se réserve le droit de déterminer si le travail de l'épouse est contraire aux intérêts de la famille et il n'est donc pas tenu d'assurer l'entretien au cas où elle continue de travailler alors qu'il lui a demandé de s'abstenir de le faire.

Soudan : Au titre de la section 51 de la MPLA, les droits de la femme comprennent l'entretien, l'autorisation de rendre visite à ses parents et aux membres de sa famille, un traitement juste et équitable qui ne porte pas atteinte à un quelconque de ses droits matériels et non matériels et l'égalité de traitement avec ses coépouses, en cas de polygynie. La section 52 stipule que la femme est tenue de servir son époux et de lui obéir (sauf pour commettre un péché) et prendre soin de son époux et d'elle-même avec l'argent de son époux. L'obéissance à l'époux est une obligation qui incombe à l'épouse et qui commence au moment où l'époux verse la dot – mahr – et fournit la résidence conjugale. Le non-respect de l'obéissance donne à l'époux le droit de supprimer l'entretien. Au titre de l'article 75, la désobéissance comprend le fait de quitter le domicile conjugal sans justification légale, de travailler en dehors du foyer sans autorisation et approbation de l'époux, ou de refuser de voyager avec l'époux sans raison légalement justifiée. Au titre de la section 92, la « désobéissance » rend une épouse « nashiz » et elle est déclarée ni divorcée, ni mariée. Elle est privée d'entretien (y compris de résidence conjugale et de garde des enfants. La MPLA a annulé le retour obligatoire de l'épouse au domicile conjugal. Par des moyens pacifiques, l'époux peut tenter de ramener l'épouse deux fois. L'épouse a le droit d'initier une demande juridique d'annulation du procès pour désobéissance. Les amendements de 1977 ont donné à l'épouse qui a abandonné le domicile conjugal et qui a été déclarée « nashiz » par une décision de justice, le droit de faire une demande de divorce si certaines conditions sont remplies. Celles-ci comprennent : l'écoulement de deux années depuis la déclaration et sa volonté de verser une indemnisation à l'époux.

Yémen : La Loi sur le statut personnel N° 20, amendée en 1998, oblige l'épouse à se plier à l'autorité de son époux. La femme est tenue de résider au lieu de résidence de son époux, quelle que soit l'état du lieu de résidence, et est légalement tenue de s'acquitter des tâches ménagères. En 2003, une déclaration juridique du *Bait Al-Ta'a* (the House of Obedience) qui avait été antérieurement votée par le Parlement en 2001, a été proposé pour ratification, mais a suscité l'opposition fructueuse des activistes des droits de la femme.

MISE EN OEUVRE

Interprétations positives des droits inhérents

Cameroun : Un homme marié été tenu pour coupable d'adultère pour avoir eu des relations sexuelles avec sa fiancée dans le domicile conjugal, alors même qu'il était dans un mariage polygame (décision de l'Ordonnance sur le statut personnel N° 181 du 19 novembre 1979).

Fidji : Alors que les tribunaux inférieurs avaient cité le refus d'une femme mariée de suivre la coutume indo-fidjienne (qui prévoit la cohabitation de l'épouse avec sa belle-famille) comme raison du refus d'entretien, les tribunaux supérieurs n'ont pas appuyé le principe d'une telle cohabitation.

Interprétations négatives des droits inhérents

Fidji : Les dispositions prévoyant la restitution des droits conjugaux sont neutres pour ce qui est du sexe. Toutefois, lorsque l'épouse abandonne le domicile conjugal pour se soustraire à des abus, son époux peut parfois recourir à ces dispositions pour faire avorter sa demande d'entretien. Si l'épouse refuse d'obéir à la décision, les tribunaux accordent généralement le divorce à l'époux et ne lui imposent pas le versement de l'entretien pour la période suivant son départ du domicile.

Iran : La loi suppose que la femme respecte son mari. Le point de savoir en quoi consiste le manque de respect est laissé à l'interprétation des juges. La plupart des juges sont très conservateurs dans leur situation générale et leur formation. En conséquence, leurs interprétations du respect supposent souvent que l'épouse reste tamkin (c'est-à-dire qu'elle reste au domicile de l'époux, impliquant également la disponibilité sexuelle).

PRATIQUES

Pratiques positives concernant les droits inhérents

Iran : Bien que, dans les zones conservatrices, l'épouse ne soit pas socialement autorisée à rejeter son époux sexuellement, dans les zones urbaines, l'épouse peut refuser des rapports conjugaux afin de faire pression sur son mari. La reconnaissance ouverte de cette tactique par les femmes a conduit à une réaction médiatique qui a opéré au détriment du pouvoir de négociation des femmes.

Pakistan : Dans certaines zones de la Makran Division (Baloutchistan), la future épouse reste dans sa maison natale, où son futur époux vient la rejoindre (une pratique connue sous le nom de ghar damad). Tout futur changement de résidence suppose l'autorisation des parents de la femme, et le respect de cette pratique peut faire partie de l'accord de mariage. En Punjabi, il y a des idiomes qui indiquent clairement qu'une telle pratique méprisée, mais l'existence même de tels idiomes indique que la pratique est effective. Cette condition ghar damad peut faire partie, et fait partie, d'un contrat de mariage dans diverses communautés.

L'époux a des droits subordonnés à la réalisation de ses responsabilités

Nigeria : L'époux est considéré comme le chef de famille à qui l'épouse doit obéissance. Il y a une acceptation du fait que cette obéissance est subordonnée à la réalisation par le mari de ses responsabilités. Celles-ci comprennent l'entretien, l'autorisation accordée à l'épouse de rendre visite à sa famille et à ses amis, de manière raisonnable, et la non-ingérence dans les devoirs religieux de l'épouse. Toutefois, le seul recours de l'épouse, au cas où l'époux omet de remplir ces responsabilités, est de demander à sa propre famille de faire pression sur lui, et si ceci ne donne pas de résultat, de demander le divorce.

Pratiques négatives eu égard aux droits inhérents

Cameroun : Les maris abusent souvent de leurs pouvoirs juridiques d'administration des biens de la famille.

Maroc : Le mari est supposé économiquement dominant et cette domination suppose la soumission et l'obéissance de la femme. Toutefois, aujourd'hui, au Maroc, nombre d'épouses assurent la totalité ou une partie du soutien de la famille, parce que le mari est au chômage. Même dans de tels cas, l'époux conserve son droit à la soumission et à l'obéissance. La nouvelle Moudawana, qui met un terme au devoir légal d'obéissance, espère changer ceci.

Sénégal : Ni les coutumes, ni les interprétations locales de la religion ne prévoient des relations égales entre les sexes. S'il est conféré au mari et à la femme des droits égaux à s'engager dans leurs pratiques religieuses, ces droits font peu pour contrecarrer le droit généralement supposé du mari d'exiger l'obéissance et la soumission. Interprétant les lois coutumières et les lois musulmanes, un imam (interrogé par l'équipe de recherche Femmes & Lois du GREFELS) a déclaré que l'épouse doit obéissance et soumission à son époux dans les limites prescrites : elle ne doit pas sortir du domicile sans l'autorisation de son époux, et ses visites aux parents ne doivent pas nuire aux intérêts de l'époux. De plus, selon cet imam, l'épouse doit superviser l'éducation des

enfants et gérer la maison sans faire de gaspillages. Si elle ne respecte pas ces règles, son époux est autorisé à la corriger verbalement, à refuser les relations sexuelles et également à la punir physiquement (dans cet ordre, paraphrasant clairement l'interprétation du verset coranique, Surah Al-Nisa:34).

Soudan : La pratique qui revient à déclarer une femme nushuz force certaines femmes à contracter des mariages malheureux et les empêche également de revendiquer leurs droits.

Rémunération du travail ménager : Stratégies pour le changement en Iran

Le droit arbitraire de l'homme au divorce et au mariage polygyne en Iran crée des désastres financiers et émotionnels pour les femmes et leurs enfants, et devient une source majeure d'insatisfaction chez les femmes, même dans les groupes sociaux religieux et traditionnels qui normalement soutiennent le régime. Il a également encouragé des interprétations alternatives des lois musulmanes et des textes juridiques chez les femmes activistes islamiques locales et chez les dirigeants religieux et politiques libéraux.

Ces réinterprétations ont conduit à un amendement des lois relatives au divorce, en 1993. L'aspect le plus significatif de cet amendement a été l'introduction de rémunérations pour les tâches ménagères. Toutefois, exiger une rémunération pour son travail n'est pas une nouveauté dans le Code civil iranien. L'article 336 énonce : « À chaque fois qu'une personne, à la demande d'autres personnes, accomplit des activités en dehors des obligations religieuses ou coutumières, cette personne est habilitée à percevoir une rémunération juste pour ce qu'elle a accompli, afin d'en tirer d'autres avantages. » Il en résulte qu'il serait possible pour une épouse de percevoir une rémunération pour le travail effectué à domicile, sur la base de cette loi, en supposant qu'un juge bienveillant entende l'affaire. Toutefois, cette possibilité n'étant pas explicite, les femmes n'étaient souvent pas informées du fait qu'elles avaient un tel droit. Suite à l'introduction de la nouvelle loi, il est plus facilité pour les juges de recevoir les demandes des femmes. En outre, en raison de la publicité faite autour de ce sujet, les femmes sont de plus en plus conscientes de leurs droits dans ce contexte.

Cette loi a été très controversée. Nombre de dirigeants religieux conservateurs, y compris les membres de l'Assemblée des experts religieux (majlis-i-khobragan), qui ratifient toutes les lois votées par le Parlement, rejettent cet amendement. Ils estiment que selon la loi, les femmes ont le devoir d'éduquer leurs enfants, d'entretenir de bonnes relations avec leur mari, et de s'acquitter des tâches ménagères. En conséquence, le fait qu'elle s'acquitte de ces tâches ne donne pas à la femme droit à une rémunération. Alors qu'elle a été votée par le Parlement, qui a tendance à être sensible à l'opinion publique, la loi a été rejetée par l'Assemblée des experts religieux. Usant de pouvoirs spéciaux prévus par la Constitution (en application de l'article 112), le gouvernement a toutefois contourné l'Assemblée des experts, et la disposition relative à la rémunération des tâches ménagères a été adoptée.

La mise en œuvre de cette loi reste difficile. Ni les femmes, ni les tribunaux ne sont sûrs des conditions dans lesquelles les femmes peuvent faire des demandes de rémunération pour les tâches ménagères. À maintes reprises, il a été supposé que les femmes ne pouvaient faire une demande de rémunération qu'après l'enregistrement du divorce. Pour rendre les choses moins confuses, le Parlement a rendu obligatoire, en 1995, le paiement par les hommes d'une rémunération pour les tâches ménagères effectuées par les femmes, avec les autres droits de l'épouse, tels que le mahr et le nafaqa, avant que le divorce puisse être enregistré.

Selon l'article 1 de l'amendement de la Loi relative au mariage, l'épouse peut demander un paiement pour les tâches qu'elle a effectuées autres que celles sous sa responsabilité religieuse. Si le divorce est à la demande du mari et si l'épouse n'est pas fautive, la somme repose sur la durée de vie commune du couple et sur les activités effectuées par l'épouse, ainsi que sur la situation financière de l'époux. Si ce dernier est démuné, il semble que l'épouse ne sera pas payée.

Au cours des quatre années qui se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi, les législateurs n'ont ni apporté de clarifications, ni garanti une interprétation cohérente de la loi dans les tribunaux. Différents tribunaux arrivent fréquemment à des conclusions différentes. De plus, il n'est pas garanti que cette loi ait un effet substantiel sur la situation financière des femmes divorcée, car peu d'époux sont en mesure de payer. Toutefois, la loi a une portée symbolique, car elle reconnaît la contribution économique des femmes à travers leur travail non rémunéré. Cette loi a ouvert la voie à d'autres interprétations non conventionnelles des lois musulmanes et des dispositions législatives et réglementaires. En outre, montre que, sous la pression du public, le régime reconnaît l'injustice de la position juridique des femmes dans le mariage et le divorce.

Alors que la loi relative à la rémunération des tâches ménagères est discriminatoire en faveur des femmes, il est clair que son but n'était pas de compenser les inconvénients rencontrés par les femmes dans le mariage. Même si c'est le cas, c'est une démarche correctrice et non une compensation totale pour les droits des femmes, qui font actuellement défaut dans le mariage (tel que défini par les lois en vigueur). Les femmes fondaient leur demande de réforme juridique sur des interprétations alternatives des lois et des textes juridiques musulmans. Ces lois ont ouvert la voie à d'autres interprétations progressistes des lois et des dispositions législatives et réglementaires musulmanes dans un environnement où les femmes pâtissent des nombreux changements rétrogrades introduits après la Révolution de 1979.

Hoodfar, H. (ed.) (1996), WLUML Dossier spécial: Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, WLUML, Grabels



CONTRATS DE MARIAGE : DROITS NÉGOCIÉS ET RESPONSABILITÉS

Introduction

Les droits négociés sont les droits ou conditions qui peuvent être négociés et intégrés dans un accord de mariage. Ceux-ci peuvent élargir ou restreindre les droits et devoirs supposés des deux conjoints, et ils peuvent autoriser également des droits additionnels.

En règle générale, les droits négociés s'appliquent aux systèmes qui considèrent le mariage comme un contrat, c'est-à-dire à ceux qui sont fondés sur les lois musulmanes. Toutefois, les systèmes qui reposent sur d'autres lois peuvent reconnaître ou non les accords « pré-nuptiaux » annexés au certificat de mariage. Les coutumes locales déterminent pratiquement la possibilité sociale de négocier les termes d'un mariage. Ainsi, en Arabie saoudite, les parties négocient la plupart des aspects de l'accord, alors qu'au Sri Lanka, le concept de condition à la négociation d'un contrat de mariage n'existe pas. Là où des négociations ont effectivement lieu, celles-ci peuvent être facilitées par les contrats de mariage standards ou par les formulaires d'enregistrement qui disposent d'espaces pour inscrire les clauses négociées additionnelles ou qui demandent si des conditions spécifiques ont été négociées (par exemple en demandant si le droit de talaq a été délégué à la femme).

Les clauses négociées sont cruciales pour déterminer l'équilibre de pouvoir entre les conjoints ; elles peuvent conférer à l'épouse un moyen important de prendre en compte les inégalités sociales et juridiques fondées sur le genre. Ces clauses clarifient les obligations mutuelles entre conjoints, et cette clarté peut empêcher l'intrusion de coutumes indésirables. Elles facilitent également les mécanismes de réparation (qui sans cela ne peuvent ne pas être accessibles) à utiliser au cas où les obligations ne sont pas remplies. Par exemple, des clauses peuvent accorder l'accès au divorce si certaines obligations contractuelles ne sont pas remplies.

Le spectre de questions négociées peut être assez large, comprenant les niveaux d'entretien, le lieu de résidence, les options en matière d'emploi, la liberté de voyager ou de rendre visite aux membres de la famille, la répartition des responsabilités ménagères, les niveaux de vie, les choix de l'allaitement, le contrôle des biens, les restrictions à la polygamie, l'accès au divorce, et les normes pour le traitement émotionnel de l'épouse par l'époux. Tout comme les coutumes

locales déterminent souvent le point de savoir si la négociation aura lieu ou non, elle détermine les questions qui peuvent être négociées. Le mahr est un élément essentiel du mariage musulman, mais son montant et sa forme peuvent être négociés et enregistrés dans le contrat. Le mahr est débattu plus en détail à la page 179.

Il est encourageant de voir que la capacité à négocier certains droits existe tout simplement. Toutefois, le manque d'accès à de telles dispositions et les stigmatisations sociales qui dissuadent les femmes – et leurs familles – d'affirmer leurs droits, restreignent l'utilisation et l'efficacité des possibilités de négociation.

Capacité d'action

Là où elles jouissent d'une plus grande capacité d'action, les femmes (soit la future épouse, soit les femmes au sein des deux familles) peuvent être impliquées dans la négociation des contrats de mariage. Toutefois, dans de nombreuses communautés, les hommes des deux familles mènent les négociations entre eux. En Arabie saoudite, les négociations ont lieu entre hommes, mais il y a une marge significative pour l'intervention des mères et de la future épouse, et celles-ci assistent aux négociations de manière vigoureuse et sérieuse. En Égypte, la future épouse est partie aux négociations et peut apporter une contribution significative au processus.

Dans les contextes où les négociations ont lieu longtemps avant la cérémonie de mariage plutôt qu'au moment de la cérémonie, les négociateurs peuvent avoir une plus grande marge de manœuvre pour s'atteler aux conditions litigieuses et convaincre toute partie réticente. Toutefois, ceci n'empêche pas certains de s'opposer aux conditions convenues au dernier moment. Il n'est rare que des imams célèbrent un mariage tout en négligeant ou en trouvant à redire sur les conditions convenues par le couple et les familles.

La plupart des négociations surviennent préalablement à un mariage. Toutefois, il est socialement et légalement possible d'attacher de nouvelles conditions à un contrat de mariage existant, à la condition que celles-ci soient écrites (et non verbales) et attestées par des témoins.

Le mariage comme contrat

Les systèmes juridiques européens et les systèmes connexes, qui découlent des concepts chrétiens du mariage comme sacrement, ne perçoivent pas le mariage comme un contrat. Là où les lois relatives au mariage ne reconnaissent pas que le mariage musulman opère comme un contrat, les options de négociation peuvent être restreintes. Alors que cela peut être moins pertinent dans les cas où l'accès au divorce pour des raisons « d'échec irrémédiable » non sexistes s'appliquent (Fidji, Grande-Bretagne), cela est très important en ce qui concerne la répartition des biens au moment du divorce. Toutefois, ceci dépend beaucoup du point de savoir si la loi reconnaît ou non l'établissement de documents additionnels au moment du mariage (les lois du Cameroun et de l'Afrique du Sud reconnaissent effectivement des accords séparés comme contrats civils, à la condition qu'ils soient enregistrés comme tels). Certains systèmes confèrent aux tribunaux un pouvoir d'appréciation dans l'application des accords pré-nuptiaux (Fidji, Angleterre) et généralement, ceux-ci n'ont trait qu'à la répartition des biens au moment du divorce. Même si la loi reconnaît de tels accords, les femmes peuvent en pas être au courant de leur droit d'établir de tels contrats.

Alors qu'il reconnaît le mariage comme un contrat, le Code de la famille du Sénégal ne fait pas mention de la possibilité d'en négocier les conditions, hormis les dispositions financières convenues à l'avance telles que le montant du mahr (dont le non-paiement devient un motif de dissolution). Cette omission est peut-être dû au fait qu'au Sénégal, les motifs de dissolution sont très larges (y compris l'incompatibilité) et que les conditions négociées ne prennent en compte que les différends et le divorce. Toutefois, si elles sont claires et vraiment convenues mutuellement, les conditions négociées peuvent prévenir de tels différends. L'option de la polygamie doit être spécifiée par l'époux, et il n'est pas prévu que sa décision sur cette question soit mutuellement négociée (bien que ceci puisse être le cas dans la pratique).

Les activistes des droits de la femme ont concentré leurs efforts considérables sur l'élargissement des possibilités de clauses négociées dans les contrats de mariage. Les activistes ont également œuvré à l'amélioration du libellé d'autres clauses facultatives afin de maximiser le potentiel de ces dernières en matière de promotion et de protection des droits.

Alors que les systèmes fondés sur les lois musulmanes offrent ou non davantage de possibilités d'insérer des conditions additionnelles dans les contrats de mariages-type, ils ne prévoient généralement de conditions négociées que si elles « ne sont pas contraires aux principes du mariage ». En outre, certains droits sont considérés comme inhérents (voir p. 153) et ne peuvent donc pas être totalement supprimés par la négociation du moins théoriquement. Par exemple, le droit de

l'épouse à la pension alimentaire et le pouvoir de talaq de l'époux sont souvent définis comme des droits inhérents. Le couple peut toutefois convenir du partage des dépenses du ménage et, dans le cas où le mari prononce le talaq, du versement à l'épouse d'une certaine somme, en plus de mahr dû dans son ensemble. Si un tel accord ne supprime pas le droit de l'époux de prononcer le talaq, il peut l'empêcher d'être en mesure de le faire. Dans certains systèmes, les droits des tierces parties ne peuvent être négociés, par exemple le droit de l'enfant (ou des enfants) à la pension alimentaire ne relèvent pas des conditions négociées.

Droit de la femme au divorce

Le droit de la femme d'initier un divorce peut également être négocié. Ce droit peut prendre la forme d'un talaq tafwid (répudiation) inconditionnel ou conditionnel (voir p. 271 ou d'un ta'liq (voir p. 291). Communément, les conditions négociées au titre desquelles une femme peut recourir au talaq tafwid, comprennent les cas suivants : le mari rend le mariage polygame ; il omet d'entretenir l'épouse ; il n'est pas en mesure d'entretenir des relations conjugales ou il est impuissant ; il ne traite pas son épouse de manière appropriée ou il la traite cruellement ; il ne remplit pas d'autres termes du contrat de mariage. Les contextes qui offrent le plus d'options sont celles où les contrats de mariage standards comprennent ces éléments de manière automatique (Iran, Malaisie) ou au moins, demandent si un tel accord a été passé ou non (Bangladesh, Pakistan).

D'autres aspects du divorce qui peuvent être négociés, comprennent le partage des biens et la pension alimentaire après le divorce. Parfois, les arrangements pour la garde des enfants (en cas de divorce) sont également négociés. La reconnaissance ou la non-reconnaissance juridique de ces arrangements dépend des lois locales. Cependant, même s'ils ne sont pas reconnus, de tels accords peuvent servir d'éléments de preuve au tribunal.

Néanmoins la négociation des termes et des conditions du pouvoir de talaq du mari peut être source de complications. Si le mari encourt une lourde pénalité pour le talaq, il peut user de violence pour contraindre l'épouse elle-même à rechercher la dissolution. Il incombera alors à l'épouse d'apporter la preuve de cette violence, et cela n'est pas toujours possible (voir Autres formes de dissolution pour les femmes, (p. 287). De plus, à moins que le règlement des pénalités liées au talaq n'ait lieu avant la délivrance d'un certificat de divorce (Iran), les femmes peuvent avoir à s'engager dans de longues procédures judiciaires pour obtenir un règlement financier (Pakistan).

Négociation des autres droits et responsabilités

Même là où des contrats ou des formulaires d'enregistrement de mariage types ne prévoient pas d'espace pour les droits et responsabilités négociés, les futurs époux peuvent convenir des conditions de leur mariage. Nous ne discuterons ici que de certaines des conditions les plus courantes, mais de nombreuses autres sont possibles, en fonction des préoccupations spécifiques du couple.

Bon nombre de femmes incluent une disposition qui vise à restreindre la capacité de l'époux à prendre une seconde épouse (Égypte, Iran, Maroc). Lorsqu'une telle disposition est incluse dans le contrat, l'épouse n'aura pas à montrer qu'il y a eu des dommages lorsqu'elle demande un divorce judiciaire.

Les femmes peuvent négocier leur futur lieu de résidence pour garantir qu'elles n'auront pas à vivre loin de leurs familles. Elles peuvent également s'assurer que le couple vivra séparé de la famille de l'époux. Si un tel accord est ajouté au contrat de mariage de la future épouse, celle-ci ne peut être privée d'entretien au motif de « désobéissance » (voir Entretien, page 220), au cas où elle quitte le domicile conjugal en raison d'un conflit permanent avec sa belle-famille et où son époux refuse de quitter le domicile de ses parents.

En particulier dans les contextes où le mari dispose du pouvoir légal et/ou social de contrôler le droit de son épouse de sortir de la maison, il peut être utile pour celle-ci de négocier la liberté de voyager et d'avoir un passeport, et d'étudier sans avoir à demander l'autorisation du mari.

Les conditions négociées peuvent être simples ou extrêmement détaillées. Par exemple, les conjoints peuvent négocier les conditions dans lesquelles les deux partenaires peuvent poursuivre des études et y inclure d'autres conditions visant à prendre en compte le temps et les ressources nécessaires pour la poursuite de leurs études (Égypte, Jordanie).

La négociation des responsabilités ménagères peut aider à garantir un partage équitable lorsque les deux conjoints travaillent. Les négociations sur cette question peuvent également servir à prendre en compte et à contester les idées reçues sur les rôles dévolus aux hommes et aux femmes au sein du ménage. Là où elles ont la pleine responsabilité des tâches ménagères, il est possible que les femmes revendiquent une rémunération pour l'accomplissement de telles tâches (en Iran, ceci est devenu un droit inhérent des femmes qui ne sont pas 'fautives' lors du divorce).

La pension alimentaire négocié garantit à l'épouse une qualité et une quantité spécifique d'entretien et ne la laisse pas tributaire de décrets ayant trait à la pension alimentaire, toujours fixée à la baisse (voir Entretien, p. 219).

En plus de la négociation de la pension de base, une femme peut négocier le fait que son mari lui verse une pension plus élevée durant la période d'allaitement, ou lui fournisse de l'argent de poche. Bien que de tels paiements ne soient pas mentionnés dans la loi en Malaisie, les tribunaux reconnaîtront de tels accords. Si l'indemnisation pour l'allaitement maternel est peut-être favorablement accueillie par les mères, elle renforce néanmoins l'idée que les enfants sont la « propriété » de leur père et que la mère n'est qu'une simple « prestataire de services » pour le père.

Certains systèmes prévoient que les couples négocient également les régimes matrimoniaux. Ceux-ci vont de la propriété conjointe de tous les biens apportés et créés durant le mariage, à une séparation complète des biens. Dans certains systèmes, le droit écrit établit une distinction entre les biens et la richesse acquis durant le mariage et les biens et la richesse apportés dans le mariage (Turquie, Maroc, Philippines). Dans d'autres systèmes, au moment du mariage, le régime matrimonial doit être spécifié (Cameroun, Sénégal) et peut également être rédigé ultérieurement (Algérie). La négociation du régime matrimonial permet à un couple d'élaborer un arrangement patrimonial adapté à leurs conditions spécifiques et qui garantisse qu'aucune partie n'est économiquement lésée en cas de dissolution. La nouvelle Moudawana du Maroc prévoit la présence de deux officiers lors du mariage, pour informer les parties sur les dispositions qui permettent de spécifier un régime matrimonial, une mesure positive destinée à prendre en compte l'ignorance des femmes sur les possibilités de négociation.

Bien que les lois musulmanes qui mettent l'accent sur les régimes matrimoniaux de séparation des biens protègent la richesse individuelle de la femme, cette protection peut être peu utile pour les femmes qui ne disposent ni de fortune, ni revenu indépendant. De plus, les régimes de séparation des biens ne prennent pas en compte la répartition future des biens et de la richesse créés durant un mariage. Elles sont également silencieuses sur la répartition des pertes financières encourues durant la période au cours de laquelle une femme employée quitte son travail pour élever les enfants. Ainsi, la négociation de ces questions dans le(s) contrat(s) de mariage peut aider à assurer un statut financier à la femme.

Accès aux droits négociés

L'ajout de droits négociés à un contrat de mariage corrige certains déséquilibres de pouvoir entre les conjoints et facilite l'accès à la réparation en cas de conflits en clarifiant les termes et les conditions du mariage. Toutefois, l'accès aux droits négociés n'est pas automatique dans la plupart des systèmes. En outre, même lorsqu'elles ont des droits négociés

ajoutés à leurs accords de mariage, les femmes peuvent toujours avoir à se rendre devant une enceinte pour prouver qu'un droit négocié a été violé, avant d'être en mesure d'avoir accès à une réparation quelconque. Les systèmes et même les juges à titre individuel, diffèrent souvent sur le « fardeau » de preuve qu'ils imposent à chacune des parties. Par exemple, la jurisprudence montrera si c'est le mari qui doit prouver qu'il a versé une pension à sa femme ou si c'est la femme qui doit prouver qu'elle n'a pas reçu de pension. Parfois, le texte des lois spécifie effectivement aux propos de qui l'on se fierait comme preuve, en fonction de la nature du conflit. Néanmoins, certains droits négociés nécessitent peu de preuve pour être accessibles, par exemple un talaq tafwid inconditionnel ou le montant spécifique que le mari doit verser à la répudiation - talaq. Tout ce qui serait nécessaire pour accéder à de tels droits, serait de fournir une copie du contrat de mariage.

LOIS : Droits et responsabilités négociés

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - Reconnaittent explicitement la possibilité de négocier tant les droits que les responsabilités ; et
 - Facilitent la négociation en prévoyant des contrats de mariage/formulaires d'enregistrement du mariage qui comprennent des clauses négociées spécifiées et/ou additionnelles.
- ☹ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - Reconnaittent explicitement la possibilité de négocier des droits et les responsabilités, mais ne facilitent pas la négociation à travers les contrats de mariage/formulaires d'enregistrement types.

Dans le niveau intermédiaire, les lois les moins favorables sont celles qui :

 - Sont silencieuses sur la possibilité de négocier les conditions ; ou
 - Ne perçoivent pas le mariage comme un contrat négociable, mais reconnaissent des 'accords nuptiaux'.
- ☹ Les lois qui donnent moins d'options sont celles qui :
 - Interdisent de manière explicite les accords additionnels au mariage.

☺ Les contrats de mariage /formulaires d'enregistrement comprennent des clauses négociées spécifiées et/ou laissent la place à des conditions additionnelles

Bangladesh et Pakistan: Le contrat de mariage type au titre des règles de la MFLO comprend des dispositions pour la répudiation – talaq tafwid - et des restrictions sur le droit de divorce du mari (colonnes 18 et 19). Il n'y a pas de restrictions sur l'inclusion de toute clause additionnelle, à la condition qu'il y ait accord mutuel entre les deux parties. La colonne 17 prévoit l'enregistrement des détails de tout autre stipulation documentée ayant trait à la dot, à la pension alimentaire, à l'argent de poche de la femme, etc. La jurisprudence établit les conditions susceptibles d'être négociées, mais aucune négociation de ce type n'aura d'effet légal, car le tribunal décidera de la garde de l'enfant sur la base du bien-être de celui (plutôt que sur la base de conditions contractuelles). Les conditions qui stipulent le mariage par échange n'ont également aucune validité juridique. Même là où des clauses contractuelles ont été éliminées, tout accord consécutif ayant trait aux droits négociés reste légalement valide.

Iran : L'article 1119 du Code civil permet à l'un ou l'autre conjoint de négocier les conditions à ajouter au contrat de mariage, à la condition que ces conditions n'aillent pas à l'encontre des principes du mariage et que le contrat de mariage type ait de la place pour des conditions additionnelles tel que le talaq tafwid non conditionnel (répudiation). Il n'est pas juridiquement valide d'imposer des conditions qui, d'après la loi, empiètent sur les droits de tierces parties. Par exemple, il est estimé que la garde des enfants doit revenir de droit aux grands-parents paternels, ainsi qu'aux parents, et donc l'épouse ne peut valablement négocier la garde des enfants (en cas de dissolution) dans son contrat de mariage. Le formulaire de mariage type introduit en 1987 contient onze conditions dans lesquelles l'épouse a accès au talaq tafwid. Ces conditions sont toutes liées à un manquement ou à une défaillance de l'époux et comprennent : son incapacité à verser la pension alimentaire ; son incapacité à remplir ses obligations sexuelles, son incapacité en matière de reproduction, son incapacité à se comporter de manière morale ; son insanité ; si il est atteint d'une maladie mortelle ; son emprisonnement ; sa disparition ; et son incapacité à traiter son épouse de manière juste. Les deux conjoints signent chacune des clauses du contrat, signifiant ainsi leur acceptation des termes et conditions convenus. Le contrat offre également l'option de la répartition en deux parts de la fortune accumulée durant le mariage, en cas de divorce. L'épouse ne bénéficie de ces conditions que s'il n'est pas constaté qu'elle a omis de remplir ses obligations, spécifiquement celle « d'obéir » à son époux.

Malaisie : Bien qu'elle ne reconnaisse pas de manière explicite la possibilité de négocier les termes et les conditions d'un contrat de mariage, l'IFLA (Islamic Family Law Act) reconnaît effectivement le ta'liq, un talaq suspendu à la disposition de la femme au cas où le mari manque à certaines obligations. Chaque État a un accord type sur le taliq (qui varie d'un État à l'autre) et des conditions additionnelles peuvent être intégrées à ce document, qui est signé séparément du contrat de mariage. Tant le contrat que le ta'liq sont enregistrés par l'officier du mariage.

☺ La loi reconnaît explicitement la possibilité de négocier les termes et les conditions du contrat de mariage

Maroc : En application de l'article 47 de la Moudawana, toutes les conditions sont contraignantes, à l'exception de celles contraires aux termes et objectifs du mariage et aux règles juridiques obligatoires ; de telles conditions sont nulles alors que le contrat reste valable. La jurisprudence reconnaît la stipulation selon laquelle l'épouse peut travailler, à la condition que son travail serve l'intérêt général du pays. Aux fins de l'article 48, le tribunal peut accorder une dérogation à une condition ou modifier une condition si les faits et les circonstances rendent difficile le respect de cette dernière. Toutefois, la référence à l'article 40 semble spécifier qu'un accord afin que le mariage reste monogame ne peut être modifié. Aux fins de l'article 49, les conjoints peuvent établir un document distinct concernant la gestion des actifs acquis durant le mariage, et les parties doivent être officiellement informées de cette possibilité au moment du mariage. Aux fins de l'article 67(8), les conditions convenues par les deux parties doivent être enregistrées dans le contrat de mariage.

Algérie : Aux fins de l'article 19 amendé du Code de la famille, les parties peuvent spécifier dans le contrat de mariage ou tout autre document consécutif établi devant témoins, toute condition qu'elles choisissent, en particulier concernant la polygamie et l'emploi de l'épouse, à la condition que celles-ci ne soient pas en contradiction avec les dispositions du code même.

Soudan : Au titre de la section 42 de la MPLA, les femmes ont le droit de stipuler toute condition qui n'interdise pas un droit légitime ou ne légitime un droit prohibé. Les conditions stipulées dans le contrat sont obligatoires pour l'époux.

Tunisie : Aux fins de l'article 11 du Code du statut personnel, des conditions peuvent être stipulées dans le contrat notarié, et un manquement à ces conditions ou une incapacité à les remplir permet aux deux conjoints de faire une demande de dissolution. Les conditions peuvent être liées aux personnes ou aux biens.

Égypte : La loi reconnaît le droit de l'épouse de faire insérer un talaq tafwid inconditionnel dans le contrat de mariage. Ce faisant, elle se libère de la nécessité d'avoir à prouver des dommages en cas de divorce. Le droit de travailler en dehors du foyer doit également être négocié. Par le décret de 1931 du Ministre de la justice, la propriété du domicile conjugal et d'autres actifs peuvent être incorporés dans le contrat de mariage.

Cameroun : Aux fins de l'article 49 l'ordonnance portent sur le statut civil, le certificat de mariage doit spécifier l'option en matière de polygamie ; la communauté la séparation des biens ; et le point de savoir si un contrat de mariage séparé a été établi ou non.

Indonésie : Le certificat de mariage indique s'il y a eu ou non un contrat de mariage, mais n'enregistre pas les détails d'un contrat quelconque.

Turquie : En application des articles 186-237 du Code civil, un couple a le choix entre trois régimes matrimoniaux différents au moment du mariage : la séparation des biens mobiliers (chaque partie est propriétaire des biens meubles et immeubles enregistrés à son nom préalablement et tout au long du mariage), la communauté de biens (tous les biens meubles et immeubles appartenant à chaque partie préalablement et durant le mariage sont considérés comme propriété conjointe du couple) ; le cumul de biens à travers un accord pré-nuptial, les deux parties décident du point de savoir quel bien constitue les biens communs du couple). Aux fins de l'article 170, lorsqu'un couple n'a pas spécifié de régime matrimonial applicable à l'union, le couple est automatiquement considéré comme ayant accepté le régime matrimonial de la séparation de biens.

Loi non codifiée et aucun contrat de mariage type, mais les conditions négociées sont reconnues (voir également Pratique)

Inde (mariages sous lois musulmanes) : Il n'y a pas de contrat de mariage type pour les personnes qui se marient sous lois musulmanes.

Toutefois, des enceintes de décision informelles telles que les comités de jamaat ou de mosquée, ainsi que la jurisprudence dans les tribunaux civils, reconnaissent les conditions valables d'un contrat de mariage musulman.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes et coutumières) : Les conditions négociées sont généralement verbales, mais seront jugées fondées si elles sont prouvées dans les tribunaux musulmans et coutumiers.

Arabie saoudite : Les conditions du mariage sont communément négociées en détail et sont jugées fondées à la condition qu'elles ne soient pas en contradiction avec le but du mariage.

La loi ne perçoit pas le mariage comme un contrat

Fidji : Aux fins de la section 170 de la loi relative à la famille (Family Law Act), le tribunal peut prendre une ordonnance juste et équitable concernant la demande de l'ensemble ou d'une partie de tout règlement pré- ou postnuptial en rapport avec le mariage. Il y a lieu de tenir compte des avantages revenant aux enfants et à toutes les parties, ainsi que d'une large gamme de facteurs figurant dans la section 162.

Afrique du Sud : Les « accords nuptiaux » peuvent être enregistrés au titre du droit en matière de contrats.

Turquie : En application des articles 202, 203 et 205 du nouveau Code civil, les couples peuvent choisir une alternative au régime matrimonial par défaut en signant un contrat conjointement devant un notaire ou en faisant part de sa décision par écrit au moment de la demande d'autorisation à se marier. Le régime matrimonial par défaut établi par le nouveau Code civil prévoit une répartition égale des biens conjugaux, alors qu'aux fins de l'article 220, les biens apportés dans le mariage reste l'unique propriété du propriétaire initial.

⊖ La loi est silencieuse sur la possibilité de négocier les conditions du mariage

Sri Lanka : La MMDA (loi relative au mariage et au divorce musulmans) ne fait pas état de la possibilité de conditions négociées. Le registre de mariage ne prévoit pas d'espace pour l'enregistrement de conditions négociées ou de documents additionnels.

Sénégal : Le Code de la famille ne fait état que de paiements financiers préalablement convenus. L'option de la polygamie est le droit de l'époux et n'est pas perçue par la loi comme mutuellement négociable. Toutefois il y a une large gamme de motifs de dissolution, y compris l'incompatibilité.

La loi ne reconnaît pas d'accords additionnels pour un mariage

Républiques d'Asie centrale

MISE EN ŒUVRE

Pakistan : Dans certains cas, les tribunaux acceptent des stipulations contractuelles, même lorsqu'elles s'écartent de la jurisprudence musulmane traditionnelle. Par exemple, là où la pension alimentaire d'une femme divorcée tout au long de la vie a été incorporée comme clause du contrat de mariage, les tribunaux ont appuyé le droit de la femme à un tel entretien. Dans une affaire datant d'avant l'indépendance (donc applicable au Bangladesh, en Inde, et au Pakistan), il a été décrété que « les droits conjugaux prenaient fin avec le divorce, mais le contrat subsiste jusqu'au décès du plaignant ou la rupture du contrat » (Muhammad Muinuddin contre Jamal Fatima, 1921, 43 All.650).

Soudan : D'autres facteurs entravent l'accès à la possibilité de négocier des conditions. Si l'épouse à l'intention de stipuler une ou des conditions(s) matrimoniales, le représentant de l'époux doit avoir une procuration légalement certifiée ; autrement, il ne peut signer le contrat, indiquant ainsi l'approbation de l'époux. Par contre, si l'épouse ne stipule aucune condition matrimoniale spéciale, le représentant peut signer au nom de l'époux, sans avoir besoin d'une procuration certifiée.

PRATIQUES

Pratiques qui offrent des options en matière de conditions négociées

Gambie : Lorsqu'une femme donne naissance à de nombreux enfants de sexe masculin, le prix de la mariée et les cadeaux dus à l'épouse peuvent être renégociés. Une recherche menée par GAMCOTRAP a constaté que parmi les musulmans mandingues (49% de la population gambienne), nombre de femmes ayant beaucoup de fils ont leurs propres terres en raison de ces renégociations. Les négociations sont généralement verbales, entre les deux familles ; il est entendu que la femme doit être nourrie et habillée, et qu'elle ne fera l'objet ni d'insultes ni d'aucune forme d'abus. Les négociations se déroulent en présence de témoins. Parfois, ce processus a lieu en public, en présence de la future mariée et du futur marié. La plupart des femmes ne sont pas conscientes du fait que les droits peuvent être négociés, et si des accords ont été passés sur les droits, les femmes n'ont généralement pas conscience de leur existence.

Égypte : La loi qui interdit la négociation des biens matrimoniaux est en contradiction avec la croyance culturelle selon laquelle le mobilier et autres actifs meubles appartiennent à l'épouse.

Iran : Les conditions socialement acceptées comprennent le droit de poursuivre des études et de travailler.

Nigeria : Dans les zones Yoruba, il y a une demande croissante d'inclusion de conditions verbales, notamment le talaq tafwid. Cette croissance de la demande a mené à la mise en place de programmes de sensibilisation menés par les associations féminines. Les couples passent des accords verbaux ayant trait à des questions telles que le droit de poursuivre les études après le mariage. Les familles éduquées négocient également des termes tels que le nombre d'enfants, indépendamment du sexe, ou « l'attention que l'époux accordera à son épouse ». (Cette dernière prescription est une sorte de protection dans les unions polygames). Il y a chez les femmes peu de conscience du fait que de telles négociations sont une partie légitime des lois musulmanes relatives au mariage.

Philippines : Les familles peuvent négocier les conditions dans lesquelles l'épouse peut rechercher un divorce socialement acceptable.

Pakistan : Dans les zones urbaines où l'on parle Seraiki et dans d'autres parties du Pendjab, une disposition selon laquelle l'époux doit fournir de l'argent de poche (jeb kharch) à l'épouse est inscrite dans le nikahnama. Dans les zones rurales, un tel accord n'est pas enregistré, mais il y a une entente verbale sur ce sujet. Ce droit à l'argent de poche est considéré comme tout à fait distinct du droit à la pension alimentaire (qui couvre l'alimentation et les vêtements, etc.). L'argent de poche appartient entièrement à l'épouse, et elle peut en faire ce qu'elle veut. Dans certaines communautés, en particulier chez les Shiites, l'épouse peut recevoir un versement mensuel durant la période d'allaitement ; et les termes de ce paiement doivent être inscrits dans le nikahnama. Dans la province frontière du nord-ouest – NWFP et dans d'autres parties du Nord Penjab, les parents de l'épouse exigent parfois de faire inscrire dans le nikahnama que leur fille est habilitée à réclamer un montant mensuel fixe pour la pension alimentaire en cas de divorce ou de séparation. Cet entretien est souvent payé, respectant le contrat. Il est également considéré que les femmes peuvent spécifier le nombre maximal d'enfants qu'elles souhaitent avoir, et/ou l'espacement de leurs naissances. Cette pratique est constatée en particulier chez les familles shiites et est généralement respectée. À Mianwali et dans les régions de Jhang, rural Sargodha, et Kalabagh, les conditions du mariage sont parfois enregistrées sur du papier timbré (imprimé officiel, que quiconque peut acheter auprès des autorités publiques ; le document est alors rédigé, signé et attesté par un officier public). Ces conditions inscrites sur papier timbré sont distinctes de celles énoncées dans le formulaire du nikahnama et sont parfois utilisées à la place du nikahnama type. Une condition courante, fréquemment stipulées dans ces régions, et que le mari paie une amende s'il contracte un second

mariage ou prononce la répudiation (talaq) sans raison valable. Dans la région de Kalabagh, ces types de contrats sont strictement respectés par la communauté. Du fait qu'ils sont dûment rédigés sur papier timbré et signé par des témoins, ces contrats deviennent des documents juridiques, confirmés par les tribunaux dans les rares cas où leur validité a été contestée.

Arabie saoudite : Les clauses négociées sont prises au sérieux et reconnues comme moyen pour les femmes de garantir la protection de leurs droits au sein de la famille. En outre, ils sont davantage pris au sérieux par la famille de la future épouse que par la future épouse elle-même (qui a souvent peu conscience des options). Généralement, la mère de la future épouse est la véritable force qui appuie les droits négociés (agissant par l'intermédiaire du père). Les conditions couramment inscrites dans le contrat dans les classes moyennes et les classes moyennes aisées comprennent : le droit de poursuivre son éducation sans le fardeau des responsabilités ménagères et le droit de travailler en dehors du foyer. Les femmes spécifient parfois qu'elles souhaitent vivre au sein d'une famille nucléaire et non avec les membres de la famille de l'époux ; la famille résidera dans une certaine ville (pour empêcher que l'épouse ne soit coupée de ses amis et du soutien de sa famille, si le mari est transféré dans une autre ville pour des raisons de travail) ; et/ou elle aura un chauffeur personnel pour garantir sa mobilité (ceci est important car de par la loi, il est interdit aux femmes de conduire). Le contrat peut également stipuler qu'au cas où le mari prend une seconde épouse, le divorce soit accordé à la femme, qu'il lui soit versé une certaine somme ou qu'elle dispose d'une résidence séparée pour elle et ses enfants. En règle générale, la stipulation et la mise en œuvre des droits négociés dépend entièrement de la volonté de la propre famille de la future épouse de protéger les droits de celle-ci.

Pratiques qui permettent moins d'options en matière de conditions négociées

Gambie : La plupart des mariages musulmans étant verbaux et non enregistrés, il y a des stipulations contractuelles à exécuter ou à négocier. Toutefois, les négociations ont lieu entre les familles et celles-ci prennent généralement en compte les échanges financiers, les termes de la pension alimentaire et le traitement de la femme par le mari. Selon les préceptes malikites (école dominante en Gambie), un mariage ne devrait pas être subordonné à l'accomplissement ou au non accomplissement de certains actes. En conséquence, les musulmans en Gambie ne cherchent pas à négocier les

conditions de tout contrat de mariage. La plupart des femmes ne sont pas informées du fait que tout accord ayant trait aux droits dans un mariage devrait être enregistré.

Iran : Les conditions contractuelles peuvent être supprimées au moment de la négociation d'un mariage, si les deux parties en conviennent. Dans la pratique, un accord visant à diviser les biens matrimoniaux peut être inefficace si le mari a plus d'une épouse, car dans de telles conditions, les biens matrimoniaux seront répartis entre toutes les épouses. Dans de nombreuses parties de l'Iran, des négociations formelles ont lieu entre les pères du futur époux et de la future épouse, ce qui laisse à la future épouse ou à sa mère peu de possibilité d'intervenir. La coutume empêche la discussion sur les droits du divorce au moment du mariage.

Nigeria : Dans le Nord Nigeria, les contrats verbaux prennent en compte les conditions dans le mariage, mais non les dispositions ayant trait au divorce. Il y a peu de demande de contrat écrit car demander un contrat revient apparemment à penser que le mariage se terminera par un arbitrage devant un tribunal. L'exécution des contrats verbaux dépend du pouvoir social relatif des parties.

Pakistan : En règle générale, les clauses facultatives du contrat de mariage sont éliminées, en particulier le talaq tafwid. Lorsqu'un maulvi (religieux) célèbre un mariage, il apportera un formulaire de nikahnama sur lequel il a déjà barré les clauses facultatives.

Philippines : Les femmes ne sont pas au courant de la possibilité de négocier le talaq tafwid.

Arabie saoudite : Les conditions qui stipulent la monogamie sont considérées comme haram et ne sont pas de l'ordre du possible.

Soudan : Les conditions contractuelles sont rares et ne sont généralement énoncées que lorsqu'une femme se marie pour la seconde fois. La condition la plus courante ajoutée à un contrat de mariage stipule que la femme aura un domicile conjugal distinct en cas de polygamie. Dans des cas très restreints, les femmes peuvent stipuler le droit à avoir un emploi ou une profession, à l'éducation ou au talaq tafwid ('esma). Les conditions qui limitent le nombre des coépouses ou des enfants, ou qui établissent la liberté de circulation, ne sont pas ajoutées, en raison de l'existence de points de vue contradictoires concernant la légitimité de la stipulation de telles conditions.

Renforcement de l'accès des femmes aux droits négociés dans le mariage

Le PILIPINA Legal Resources Center travaille actuellement avec le National Network for Muslim Women's Rights (réseau national pour le droit des femmes musulmanes) à la promotion d'un Code révisé des lois sur le statut personnel musulman (Code of Muslim Personal Laws - CMPL). La proposition de « CMPL révisé » a officiellement été présentée au Congrès, par l'intermédiaire du représentant Abdulgani Salappudin, Vice-président du Comité des affaires musulmanes, et de la représentante Patricia Sarenas, Présidente du Comité des femmes.

Le processus d'élaboration des propositions a démarré par une recherche menée en 1998 par le PILIPINA Legal Resources Center (PLRC) sur les aspirations des femmes musulmanes de Mindanao. Les étapes suivantes ont porté sur un travail de vulgarisation juridique mené pendant de nombreuses années, afin de populariser le code et de débattre des dispositions dans le contexte des questions de genre. En 1998, notre parti politique, Abanse! Pinay (un parti politique de femmes dont le but est de promouvoir l'agenda des femmes au Congrès à travers l'élection de trois femmes représentantes sectorielles dans le cadre du système à liste de parti) obtient un siège au Congrès et sa représentante devient présidente du Comité sur les femmes à la Chambre des représentants. Le PLRC voit en cet événement une opportunité politique et méthodologique d'amener une réforme juridique. En 1999, le PLRC commence à animer le processus de révision de certaines dispositions du Code des lois sur le statut personnel musulmanes et de proposition de modifications.

L'un des obstacles auxquels le réseau se trouve actuellement confronté réside dans le fait que le CMPL est qualifié d'« islamique », ce qui le place hors de portée de la justice. Un processus de réforme juridique au sein de la communauté musulmane ne pouvait manquer de soulever une controverse sur l'identité ethnique, soit des problèmes de non reconnaissance de l'identité ethnique et d'ethnocentrisme culturel. Mais, en tant que militantes et femmes vivant sous lois musulmanes, nous avons conscience qu'il est impossible de défendre les droits politiques et civils si l'on répugne à aborder nombre des questions primordiales pour les femmes, et cela, manifestement par peur d'outrager la liberté religieuse et l'identité ethnique. Nous ne disons pas que la liberté religieuse, l'identité ou même le droit de suivre les traditions culturelles sont des faux-fuyants. Pour le National Network of Muslim Women Advocates (réseau national de militantes musulmanes), ces questions comptent parmi les plus pressantes et les plus difficiles. Mais, leur difficulté ne justifie en rien l'abandon des aspirations des femmes philippines ; c'est au contraire précisément la raison pour laquelle une réforme juridique est si cruciale. En effet, en tant que féministes prônant des changements juridiques et structurels, nous sommes profondément conscientes que c'est à nous d'écouter les femmes qui vivent, travaillent et luttent à la base, pour déterminer si, comment et quand il convient de poursuivre le changement juridique, et non l'inverse.

Ces efforts du réseau national pour les droits des femmes musulmanes visant à ébaucher une réforme du code se basent sur la législation progressiste d'autres pays musulmans. C'est à travers le réseau Femmes vivant sous lois musulmanes que nous avons pu accéder à la législation de ces pays.

Les lacunes existantes dans le droit substantiel et dans la mise en œuvre effective ont montré que les lois musulmanes sur le statut personnel sont souvent mises en pratique au détriment des femmes. Les

femmes musulmanes des Philippines ont les mêmes problèmes de statut dans les sphères privée et publique de la vie que leurs sœurs chrétiennes, mais il semble y avoir, pour les femmes musulmanes, en tant que membres d'une communauté religieuse, un autre niveau d'inégalités ancrées dans certaines dispositions du Code des lois sur le statut personnel musulman.

La plupart des orphelins sont des hommes et les bourses d'études islamiques restent réservées aux hommes. Le niveau d'alphabétisation dans l'ARMM est des plus faibles alors même que les Philippines comptent parmi les femmes les plus instruites du monde, avec des taux d'alphabétisation pouvant atteindre 94,3 %. La démythification des sources des droits coutumiers réduisant l'autonomie des femmes doit passer par la formation de nombreuses érudites musulmanes qui auront l'autorité et l'assurance nécessaires pour faire valoir les droits des femmes par la recherche d'un espace, au sein des coutumes ou interprétations, propice à une reformulation des lois fondées sur la justice sociale.

Il y a, au sein du réseau, un consensus sur le fait que des dispositions discriminatoires sont énoncées dans les domaines suivants du Code des lois sur le statut personnel musulman.

- a Droits successoraux, actuellement différents pour l'un et l'autre sexe ;
- b Divorce verbal unilatéral, une prérogative des hommes musulmans ;
- c Domicile ;
- d Droit au travail et à l'exercice d'une activité professionnelle ;
- e Gestion du ménage ;
- f Mariage d'enfants, une violation des droits de l'enfant ;
- g Définition opérationnelle du traitement équitable dans le ou les mariages subséquents

Dans les domaines des droits et des responsabilités négociés dans le mariage, les propositions suivantes ont été faites :

- 1 Accord pré-nuptial - Il est suggéré que les parties signent un accord pré-nuptial juste avant la célébration du mariage. Ce contrat stipulera, entre autres, le régime de propriété des époux, le montant ainsi que le calendrier et le mode de paiement du douaire (mahr), la pension alimentaire après la 'idda en cas de divorce et la délégation ou non du talaq à la conjointe, outre le régime matrimonial (monogamie ou polygamie). Il sera également stipulé que la violation de l'un de ces accords constituera un motif de divorce. Cet accord pré-nuptial deviendra une condition formellement requise pour le mariage.
- 2 Mahr - Une nouvelle disposition doit rendre obligatoire la mention, dans l'accord pré-nuptial et le contrat de mariage, du montant ou de la valeur convenus du mahr ainsi que du calendrier et du mode de paiement.
- 3 Droits et obligations entre époux
 - a Cette disposition sur les droits et les obligations entre époux doit être modifiée pour inclure une clause exigeant la consultation mutuelle des époux eu égard au lieu de résidence de la famille. L'accord pré-nuptial devrait le stipuler.
 - b Il faut reformuler l'article 36, paragraphe (1) en faveur du partage des responsabilités entre les époux en matière de gestion des affaires du ménage.

- c Le paragraphe (2) de l'article mentionné ci-dessus devrait également être amendé. Cette disposition interdit à l'épouse d'acquérir des biens à titre gracieux sans le consentement de l'époux, sauf des membres de sa famille qui sont dans des degrés de parenté interdits pour le mariage. Le but de cette disposition est apparemment d'éviter un conflit au sein de la famille pour raison de perte de confiance. Toutefois, il ne serait pas juste pour l'épouse qu'une telle interdiction ne s'applique pas à l'époux. Il en résulte que cette disposition devrait être amendée pour qu'il soit interdit aux deux conjoints de recevoir des dons ou d'acquérir des biens à titre gracieux, sans le consentement de l'autre.
- d Le paragraphe (3) du même article devrait également être modifié. Cette disposition Les époux devraient se consulter et convenir mutuellement de l'activité professionnelle ou commerciale licite qu'ils sont susceptibles d'exercer.

Extraits d'une présentation d'Isabelita Solamo-Antonio, octobre 2002, voir bibliographie.



CONTRATS DE MARIAGE : MAHR (DOT)

Introduction

La nature précise du mahr (douaire – dot) est litigieuse parce qu'il peut être défini de manière diverse selon ses conséquences, conditions requises, ou considérations liées à la validité d'un mariage musulman. Quelle que soit sa définition, le mahr est considéré comme essentiel et est souvent indiqué comme partie essentiel d'un mariage valide, qui doit être mentionnée dans le contrat de mariage. Même s'il n'est pas spécifié au moment du mariage, il est supposé exister (mahr ul mithl ou « dot adéquate »). Même si le mariage n'est pas consommé, la moitié de la dot peut être due en cas de dissolution du mariage (Pour les effets légaux du mahr, voir p. 114).

Pour ajouter à la confusion, deux opinions totalement divergentes ressortent sur les implications sociales de la dot et sur les effets sur la vie des femmes. Certaines femmes perçoivent la dot comme une ressource financière utile pour celles qui sont privées autrement du contrôle sur les biens. Ces femmes accordent également de la valeur à la dot comme outil de négociation potentiel en cas de conflit dans un mariage ou de divorce (communauté palestinienne en Israël, Iran). Par contre, d'autres perçoivent la dot comme conceptuellement similaire à un paiement pour des services sexuels ou comme prix de la virginité. Ces femmes considèrent l'abolition de la dot comme une étape de la lutte visant à définir les femmes en tant qu'agents dans un partenariat matrimonial, plutôt que comme des ressources ou des biens à échanger entre familles (par exemple les activistes de l'ancien Sud Yémen et de l'Indonésie). Pour d'autres échanges sur le mariage, notamment le prix de la mariée et le douaire, (voir p. 189).

La dot est constituée d'argent, de terres, de vêtements, de bijoux ou même de la récitation d'un verset du Coran (ayat). Elle peut également varier en valeur financière de montants considérables (si considérables qu'ils empêchent de jeunes hommes d'être en mesure de se marier) à des montants purement symboliques.

La perception juridique dominante de la dite dot est qu'il s'agit d'un paiement versé par le futur époux à la future épouse, devant être conservé comme propriété exclusive de l'épouse et utilisé à sa guise. Toutefois, les pratiques diffèrent considérablement. La difficulté de la définition conceptuelle de

la dot est évidente au vu du fait que peu de codes juridiques ont tenté de fournir une définition concise (à l'exception du Maroc). Tout au plus, les systèmes spécifient en quoi le mahr peut, ou ne peut pas, consister (Soudan, Tunisie). Toutefois, la plupart des systèmes sont clairs sur le fait que divers dons en espèces ou en nature remis par l'époux à l'épouse durant le mariage ne peuvent être considérés comme constituant le mahr, à moins que ceci n'ait été clairement spécifié. (La question de savoir quel avis est accepté par les tribunaux en ce qui concerne les contestations en matière de dot est discutée dans la section Droits et règlements financiers, p. 318).

Lois and pratiques ayant trait à la forme du mahr

Le mahr peut être versé rapidement (payable à la demande de la future épouse/épouse et est généralement versé dans son intégralité au moment où le mariage est contracté) ou différé (payable en cas de décès du mari ou de divorce, ou après une période de temps spécifiée), ou partiellement versée immédiatement et partiellement différée. De nombreux systèmes exigent l'enregistrement de ce renseignement dans le contrat de mariage et/ou au moment de l'enregistrement (voir p. 151-152).

Accepter le report du versement de la dot peut être pour la femme le seul moyen d'avoir la promesse d'une somme importante, qui pourrait lui assurer un statut financier en cas de divorce ou de veuvage. Toutefois, le report du versement d'une partie ou de la totalité de la dot signifie qu'une femme court le risque d'être perdante si son époux devenait pauvre ou s'il n'était jamais en mesure de s'acquitter d'un tel paiement. Les femmes peuvent également se retrouver privées de dot à la fin d'un mariage. Les procédures de divorce difficiles peuvent contraindre les femmes à renoncer à leur dot différée en échange de la garde de leurs enfants ou d'autres droits. Une dot différée substantielle a même été identifiée comme cause de violence domestique, car les maris essaient de pousser leur épouse à demander le divorce (khul') afin de ne pas avoir à verser la dot. Toutefois, la dot immédiate présente ses propres défis. Si la dot est intégralement versée de manière coutumière au moment du mariage (est si elle est d'un important), ceci peut bloquer

l'accès des femmes au khul', car elles n'ont pas les moyens de rembourser la dot.

Là où la dot n'est pas spécifiée, la plupart des systèmes (que ceci soit codifié ou non) reconnaîtront le principe du mahr ul mithi (dot coutumière) ; le mahr ul mithl est considéré comme immédiat. Si une femme cherche à se faire verser un mahr non spécifié en application du principe de mahr ul mithl, le tribunal évaluera le mahr qui lui est dû, en se basant sur le montant du mahr reçu par une autre femme au sein de sa famille, ou sur le mahr dû à une autre femme ayant statut social égal au sien (Bangladesh, Iran, Pakistan, Sri Lanka). Dans certains systèmes, le statut de l'époux est également pris en considération (Maroc, Philippines).

Les communautés divergent largement sur le point de savoir si, dans la coutume, le mahr est immédiat, différé ou une combinaison des deux. Souvent la valeur et la forme attendues de la dot influera sur le moment où elle sera versée. Par exemple, là où le versement de la dot implique le transfert de terres au nom de l'épouse (pratiqué chez certains Pukhtuns du Pakistan), elle est rarement immédiate. Toutefois, en Arabie saoudite et dans d'autres communautés du Golfe, la dot est généralement une somme substantielle en espèces et elle est versée dans son intégralité lors de la cérémonie de mariage. En Iran, la dot est également substantielle ; mais est généralement différée. Les versements immédiats de mahr sont liés à la consommation du mariage (Gambie, Nigeria - mariages sous lois musulmanes et dans certaines communautés shiïtes du Pakistan).

Lois et pratiques ayant trait au montant de la dot

Certains systèmes fixent un montant maximal ou minimal pour la dot et de telles dispositions variant largement. Le droit tunisien, par exemple, ne permet pas la récitation coutumière d'un verset coranique comme dot reconnue, alors que le code sur le statut personnel du Soudan reconnaît ceci comme une dot valide. La nouvelle Moudawana du Maroc exige que la dot soit « modeste » et met l'accent sur sa valeur symbolique plutôt que matérielle.

Dans le Sud Yémen socialiste, les problèmes entraînés par la coutume, qui veut que des montants exorbitants soient exigés pour la dot, a amené le gouvernement à restreindre juridiquement la dot à cent YD (environ deux fois le salaire moyen d'un employé de bureau). Le but déclaré de la fixation de telles limites était d'abolir le contrôle de classe sur le mariage, qui entraînait la hausse du montant de la dot, et de permettre aux femmes d'avoir plus facilement accès au khôl', en étant davantage en mesure de rembourser la dot elles-mêmes. Cette mesure était appuyée par des amendes substantielles et des peines d'emprisonnement, mais elle a été

largement ignorée par les familles rurales et les familles aisées. Ce non-respect de la mesure a conduit les femmes à faire pression en faveur de l'abolition complète de la dot pour marquer le dixième anniversaire de la loi relative à la famille, en 1984 ; leur démarche n'avait pas été fructueuse. D'autres systèmes ne disent rien du montant de la dot, et les communautés sont libres de pratiquer les coutumes locales appliquant des montants acceptables. Même au sein des pays, il y a de grandes différences dans les pratiques en matière de dot ; et le montant de la dot dépendra des coutumes locales, de la classe, du statut social, du niveau d'instruction, et même de la beauté de la future épouse.

Un certain nombre de communautés fondent leurs pratiques sur des hypothèses concernant la dot qui aurait été versée au temps du mariage de Fatima, la fille du Prophète. La dot fondée sur cet exemple peut être appelée soit mahr fatima ou shara'i mehr. Toutefois, les hypothèses varient si largement que le recours à cette norme n'assure aucune uniformité. Les communautés ont des interprétations diverses de ce mahr fatima, allant de sommes substantielles à des montants purement symboliques. Dans ce dernier cas, les femmes peuvent être réticentes à exiger des montants élevés, estimant qu'elles vont à l'encontre de la propre pratique du Prophète. Là où la dot est différée, des montants même substantiels peuvent perdre une valeur considérable au fil des ans et en raison de l'impact de l'inflation, en particulier dans des régions économiquement instables. Pour éviter cela, certaines femmes demandent le versement de la dot dans des monnaies plus stables, c'est-à-dire en dollars, ou sous forme d'or. À la suite de pressions exercées par les femmes, les tribunaux iraniens lient à présent les règlements du mahr (au moment du divorce) à l'inflation. Cette politique d'ajustement permet aux femmes de bénéficier de la valeur intégrale de leur mahr, tel que prévu au moment de cet accord.

Aux fins des lois musulmanes, il est possible de rehausser le montant du mahr durant le mariage. Certaines communautés peuvent en faire une condition de la réconciliation entre le mari et la femme à la suite de différends graves. Dans certains systèmes, pour être juridiquement valable, toute réduction du mahr ou toute dérogation au versement du mahr exige le consentement écrit de la femme, en présence de témoins (Pakistan).

Implications juridiques du mahr

La plupart des systèmes reconnaissent à la femme le droit de refuser de consommer le mariage tant que le mahr immédiat n'est pas versé. Toutefois, au cas où le mariage a été consommé, mais le mahr n'a toujours pas été versé, les systèmes diffèrent sur le droit de la femme de refuser des relations sexuelles. Au Pakistan, par exemple, si le mari n'a pas versé la dot immédiate, et s'il porte plainte pour restitution

des droits conjugaux, sa plainte sera immédiatement rejetée. Toutefois, une fois le mariage consommé avec le libre consentement de l'épouse, l'époux peut porter plainte sous réserve du versement de la dot. En Iran, par contre, il peut être ordonné à l'épouse de regagner le domicile conjugal même si le mahr n'a pas été versé, si le mariage a déjà été consommé.

Dans certaines communautés, les épouses peuvent se servir de la dot pour réaliser des investissements ou faire du commerce et s'assurer un certain niveau d'indépendance vis-à-vis de l'époux (communautés palestiniennes en Israël). Dans certaines communautés, une dot substantielle présente manifestement certains avantages pour les épouses. Par contre, dans les contextes où elle est purement symbolique, la dot offre peu d'avantages financiers aux épouses et peut permettre aux hommes de se marier et de divorcer facilement, sans crainte de répercussions financières. Toutefois, la dot d'un montant élevé n'est pas nécessairement avantageuse. Lorsque le khul' est pour les femmes la forme de divorce la plus accessible, le faible montant de la dot peut œuvrer en leur faveur. De plus, habituellement, le mariage est moins susceptible, tant pour les hommes que pour les femmes, si une dot substantielle doit être versée immédiatement.

Les lois musulmanes (telles que reflétées dans de nombreux codes) stipulent que la dot est essentiellement au profit de l'épouse et doit être contrôlée par celle-ci toutefois, dans nombre de communautés, on attend de l'épouse qu'elle dépense une grande partie de la dot au moment de la cérémonie de mariage, ou elle peut avoir peu de pouvoir de décision pratique sur l'usage qui est fait de la dot. Dans certaines communautés, la ligne de démarcation entre la dot (mahr) et le prix de la mariée devient très floue, car le mahr est versé au père de la future épouse.

Lorsqu'elles reçoivent la promesse d'une dot substantielle dans leur contrat de mariage, les femmes peuvent subir par la suite des pressions considérables pour les amener à y renoncer (en particulier au décès de l'époux, en échange du droit de rester dans le domicile conjugal). Au Pakistan, les tribunaux sont attentifs à garantir qu'une telle renonciation n'est pas faite sous la contrainte, mais que cette décision est prise de plein gré par l'épouse.

Récupération de la dot durant le mariage

Bien que la dot soit théoriquement la propriété de l'épouse, une tentative de récupération de la dot versée immédiatement (sauf si elle a été versée dans son intégralité au moment de la cérémonie de mariage ou peu de temps après) est souvent

interprétée comme étant un signe de problèmes dans le mariage. Ceci entrave socialement sa récupération.

Dans les cas où le mariage est annulé ou dissous avant la consommation, les systèmes diffèrent sur le point de savoir si la dot est due ou non. Dans certains, la dot n'est pas due si le mariage prend fin avant la consommation, en raison d'un vice constaté chez l'un ou l'autre époux (Maroc). Dans d'autres, la moitié de la dot est due, indépendamment de la cause de la rupture du mariage (Bangladesh, Inde et Pakistan). Dans les systèmes qui ne reposent pas sur les lois musulmanes, la dot peut être couverte dans un arrangement pré-nuptial que les tribunaux sont tenus de reconnaître (États-Unis) ou peuvent reconnaître, à leur convenance (Angleterre, Fidji).

Les problèmes de procédure ayant trait à la récupération de la dot sont également débattus dans la section Droits et règlements financiers (p. 318)

LOIS : Contrats de mariage – Le mahr

Critères

À la suite d'analyses contradictoires sur le mahr et ses implications sur les droits des femmes, nous n'avons pas établi de liste des dispositions ayant trait à la dot en fonction de critères qui donnent davantage d'options et de ceux qui en donnent moins. Les dispositions ont plutôt été présentées par ordre alphabétique.

Algérie : En application de l'article 9bis du Code de la famille, la dot est une condition pour le mariage et aux fins de l'article 33, un mariage est nul sans dot. L'article 14 spécifie que la dot doit être versée en numéraire ou sous tout autre bien licite, qu'elle revienne en toute propriété à la femme et que celle-ci en dispose librement. Aux fins de l'article, la dot doit être spécifiée dans le contrat de mariage, que son versement soit immédiat ou à terme. Si le montant de la dot n'est pas spécifié, le sadaq el mithl (mahr ul mithl – dot de parité) est versé à l'épouse. L'article 33 spécifie qu'en cas de dissolution d'un mariage contracté sans témoins ou sans montant spécifié pour la dot, (ou en l'absence d'un tuteur matrimonial, au besoin) avant la consommation, l'épouse n'a pas droit à la dot. Si un litige intervient concernant la dot entre les époux ou les héritiers avant la consommation du mariage sans qu'aucun des époux ne fournisse de preuve de l'accord initial, le litige sera tranché en faveur de l'épouse. Si le litige survient après la consommation du mariage, il sera tranché en faveur de l'époux et de ses héritiers, après déclaration sous serment. La Cour suprême a statué que les dons et les biens mobiliers acquis ne remplacent pas la dot, lorsqu'elle est due. Si la dot n'est pas payée, le mariage devient nul (Décision de la Cour suprême, avril 1990).

Bangladesh : Le montant et les termes du mahr doivent être enregistrés dans le contrat de mariage type. Aux fins de la section 10 du MFLO, lorsque la dot n'est pas stipulée, le mahr ul mithl (dot de parité) est présumé ; si le kabinnama (contrat de mariage musulman) omet de mentionner si le versement de la dot est immédiat ou à terme, le versement de la dot est supposé être immédiat. La loi relative à l'interdiction de la dot (Dowry Prohibition Act) de 1983 du Bangladesh exempte la dot versée à une future épouse musulmane de toute pénalité et de toute restriction, aux fins de la loi.

Républiques d'Asie centrale : La dot n'est pas reconnue par la loi.

Égypte : Les parties peuvent convenir de la forme du mahr. Aux fins de l'article 19 de la LMPS (Law Concerning Maintenance and some provisions in Personal Status – Loi relative à la pension alimentaire et quelques dispositions au statut personnel) amendée en 1985, en cas de désaccord sur le montant de la dot, l'épouse doit fournir la preuve de l'accord initial. Si elle n'est pas en mesure de le faire, la déclaration sous serment de l'époux est considérée comme valide. Si l'époux déclare sous serment un montant non conforme à la dot de parité (mahr ul mithl), les tribunaux fixeront la dot en conformité avec la dot de parité.

Fidji : Aux fins de la section 170 de la FLA (loi relative à la famille), des accords pré-nuptiaux peuvent être contractés, mais leur application par les tribunaux est discriminatoire, en fonction de la contribution financière et autres des conjoints ainsi que de leur contribution au bien-être de la famille.

Gambie (mariages sous lois musulmanes) : Selon les cadis, un minimum fixe pour la dot est de 189,25 dalasis (soit 8,40 dollars US). Au titre de la coutume, la dot est de 4,50 dalasis (soit 20 cents US), mais peut être plus élevée, en fonction de la capacité du futur époux et des exigences de la famille de la future épouse. Le versement de la dot doit se faire avant que le mariage puisse être célébré et est nécessaire pour qu'un contrat de mariage soit reconnu.

Iran : Si la dot n'est pas mentionnée dans le contrat de mariage, le tribunal peut décider de son montant en fonction de la classe et du statut social de la famille de la future épouse. La dot peut être demandée immédiatement après la signature du contrat et une épouse peut refuser de consommer le mariage tant qu'elle n'a pas été versée dans son intégralité.

Malaisie : En application de l'article 21 de l'IFLA – Loi islamique relative à la famille - le mahr (mas kahwin) est ordinairement versée par l'homme ou son représentant à la femme ou son représentant, en présence de la personne qui célèbre le mariage et au moins deux autres témoins. L'Officier en charge de l'enregistrement des mariages constatera et enregistrera la valeur et les autres détails du mas kahwin, ainsi que les conditions de son versement, y compris la date promise pour le versement et les détails de toute garantie donnée pour le versement.

Maroc : Aux fins de l'article 13 de la Moudawana, il doit y avoir ni intention, ni entente, sur la suppression de la dot. L'article 26 entend par dot « tout bien donné par l'époux à son épouse, impliquant de sa part la ferme volonté de créer un foyer et de vivre

dans les liens d'une affection mutuelle. Le fondement légal du Sadaq consiste en sa valeur morale et symbolique et non en sa valeur matérielle ». L'article 28 spécifie que tout ce qui peut faire légalement l'objet d'une obligation peut servir de dot et qu'il est préconisé de modérer le montant de la dot, alors que l'article 30 permet de convenir du paiement de la dot d'avance ou à terme. Aux fins de l'article 29, la dot est la propriété de l'épouse, qui en a la libre disposition, et l'article 31 stipule que l'épouse peut en exiger le versement avant la consommation du mariage. Si la consommation du mariage a eu lieu, la dot devient une dette à la charge du mari. L'article 33 stipule qu'en cas de divergence sur l'acquittement de la dot avant la consommation du mariage, il est ajouté foi aux déclarations de l'épouse et non à celles de l'époux ; et en cas de divergence sur le versement de la dot à terme, la preuve du paiement incombe à l'époux. Aux fins de l'article 32, lorsque le mariage est dissous pour vice rédhibitoire chez l'homme ou la femme, l'épouse ne peut prétendre à la dot. L'article 27 stipule que si le montant de la dot n'est pas spécifié, le mariage est qualifié de nikah tafwid. Il semble que ce terme jurisprudentiel n'existe que dans les lois relatives à la famille marocaines et mauritaniennes. Sa signification est incertaine, mais peut impliquer que le mariage est de fait suspendu jusqu'à la consommation. L'article 27 spécifie que si l'époux et l'épouse en se sont pas mis d'accord sur le montant de la dot au cours d'un tel mariage, le tribunal procède à la fixation de la dot en tenant compte du milieu social de chacun des conjoints.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : La dot est obligatoire et est considérée comme nécessaire pour le mariage. Le montant minimal est fixé en fonction de l'équivalent d'un quart de dinar, selon le taux de change en cours.

Pakistan : Le montant et les termes du versement de la dot doivent être enregistrés dans le contrat de mariage type. Aux fins de la section 10 du MFLO, lorsque le mahr n'est pas stipulé, le mahr ul mithl est supposé ; quand le nikahnama (contrat de mariage) omet de mentionner si le mahr doit être versé d'avance ou à terme, le versement d'avance est supposé. La dot à verser d'avance est payée à la demande et dans son intégralité, et peut même être exigée avant la consommation du mariage (PLD 1988 Karachi 625). Dans une affaire ayant trait à un mariage d'échange pour lequel aucune dot n'avait été fixée, le tribunal a statué que « un mariage d'échange peut être envisagé par les parents des conjoints, mais pour que le mariage soit valide, le montant de la dot ou toute autre considération valide en vue du mariage doit être fixé, offert et accepté par les conjoints. Le mariage d'un parent d'un conjoint avec une autre personne n'est pas, en soi, une considération valide pour son propre mariage. » (Bashir Ahmad contre Usman alias Chara et autres 1995 P Cr L J 1909 Lahore). Les tribunaux ont le devoir légal de veiller à ce que le renoncement à la dot ne résulte ni de la contrainte, ni la coercition, mais du libre consentement de la femme (Mst. Jamila Bibi contre Mian Khan PLD 1997 Lahore 417). Si le mari prend beaucoup de temps pour s'acquitter de la dot, l'épouse peut faire une demande de dissolution du mariage au titre du DMMA, au motif d'ingérence dans la gestion de ses biens (Muhammad Mumtaz contre Mst. Parveen Akhtar et autres 1985 CLC 415, Lahore).

Philippines : En application des articles 20-21 du CMPL, aucun montant ni aucune forme n'est stipulé pour la dot. Lorsque la dot n'est pas fixée, les tribunaux en détermineront le montant en fonction du statut spécial des parties. L'époux ou ses biens deviennent redevables de la dot. La dot est la propriété de l'épouse.

Arabie saoudite : La dot doit toujours être versée d'avance et dans son intégralité. La future épouse est libre de la dépenser comme elle le souhaite, bien qu'elle puisse être consacrée en partie aux dépenses de la cérémonie de mariage.

Sénégal : Aux fins de l'article 132 du Code de la famille, les futurs époux peuvent convenir que la fixation d'une somme d'argent, ou la détermination de biens à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse, sera une condition de fond du mariage. Cette dot ne peut dépasser la valeur maximale fixée par la loi. Les articles 6(2) et (3) de la Loi 67-04 du 24 février 1967, destinés à restreindre les dépenses excessives lors des mariages, fixe le montant de la dot à trois mille francs CFA (environ 4,5 dollars US), montant devant être remis exclusivement à l'épouse. Au cas où elle refuse de rejoindre le domicile conjugal, les juges ont tendance à ordonner à l'épouse de restituer le maximum légal, même si elle a reçu davantage. La dot peut être versée soit en partie soit dans sa totalité au moment du mariage. Au cours d'un mariage civil, l'Officier d'état civil doit mentionner le montant de la dot que l'épouse dit avoir perçu et le mariage n'est valide que si la portion devant être versée avant le mariage a été perçue. Au moment de contracter le mariage, les parties doivent également choisir un régime matrimonial (communauté de biens, séparation totale ou 'régime dotal' au titre duquel l'époux gère la dot de l'épouse durant le mariage, mais la dot reste la propriété de l'épouse et lui est restituée en cas de dissolution du mariage). Le non-paiement de la dot est un motif de nullité, si les conjoints ont convenu d'une portion de dot exigible à la conclusion du mariage.

Sri Lanka : Au moment de l'enregistrement, le montant de la dot et les termes de son paiement (notamment les paiements déjà effectués) doivent être enregistrés. Là où le montant n'est pas enregistré, le mahr ul mithl (dot de parité) s'applique ; et aux fins de la section 18(2) du MMDA, lorsque les termes du paiement ne sont pas enregistrés, la dot est supposée exigible d'avance. Le refus de l'épouse de vivre avec l'époux n'est pas une raison valable pour lui refuser le droit d'exiger la dot, et là où le paiement de la dot

est différé, la dot sera évaluée au taux en cours à la date de la demande de dot (Sherifdeen contre Rahuma Beebi (1958) 4 MMDLR 160).

Soudan : Aux fins de la section 27 du MPL (loi sur le statut personnel musulman), il n'est pas nécessaire que la dot soit une somme d'argent ou un bien évaluable en argent. Des dons symboliques tels que des versets du Coran, sont des formes de dot juridiquement valables. Dans les cas où la dot a une valeur monétaire, elle devrait être inférieure à deux milles livres soudanaises (environ un dollar US). Lorsque la dot est répartie en portion payable d'avance et en portion payable à terme, chacune des portions doit être stipulée dans le contrat. Les femmes ont le droit de déterminer la valeur de la dot. La première portion (mukaddam) est versée avant le début effectif des relations conjugales entre les conjoints. Le code donne à l'épouse le droit de refuser les relations conjugales tant qu'elle n'a pas reçu le montant convenu du mukaddam.

Tunisie : Aux fins de l'article 3 du Code du statut personnel, la dot est une condition requise pour la validité du mariage. Il n'y a pas de limite minimale ou maximale fixée pour la dot, mais ne doit pas être « sans valeur ». La dot peut être constituée par tout bien licite évaluable en argent. L'article 12 stipule que la dot appartient à l'épouse, qui en dispose à sa guise. Si la dot n'est pas versée, l'épouse n'est pas tenue de consommer le mariage. Si la consommation survient avant le versement de la dot, la dot devient une dette dont l'épouse peut exiger le règlement. Aux fins des articles 12 et 13, le défaut de paiement de la dot par le mari ne constitue pas une cause de divorce. Les tribunaux ont accepté que dans les cas où les couples décident de ne pas mentionner de dot dans le contrat de mariage, le mariage reste valide.

Turquie : La dot n'est pas reconnue par la loi. Toutefois, l'épouse peut demander à l'époux de lui rembourser certaines des dépenses de la cérémonie de mariage, si le mariage échoue pour des raisons qui ne lui sont pas imputables.

PRATIQUES

Les pratiques et les tendances sont généralement négatives

Algérie : Si la future épouse est jeune, sa dot peut être remise à son tuteur matrimonial qui la gère ensuite pour elle. Le versement de la dot est considéré comme un moyen de dissuader l'époux de répudier son épouse ou de divorcer. En outre, la dot assure une certaine sécurité aux veuves.

Bangladesh : Il est devenu habituel d'inclure les cadeaux de mariage (offerts aux deux parties) comme partie de la dot exigible d'avance. Ceci se fait même lorsque les cadeaux reviennent à d'autres personnes après la cérémonie de mariage. Cette nouvelle tendance déprécie la dot et peut être perçue comme une manière de contourner les dispositions qui visent à restreindre la dot.

Gambie : Dans différentes communautés, le montant de dot versée par le mari diffère. Si chez les Saraxule, la dot est très élevée, elle est d'un montant faible chez les Mandingues (environ 4,4 dalasis, soit 20 cents US). Les femmes sont exclues des négociations concernant la dot et l'argent est échangé entre les hommes d'un certain âge. Elle est ensuite répartie entre les femmes d'un certain âge qui appliquent la répartition coutumière, en laissant le reste à la future épouse. En raison de la crise économique, les hommes sont à présent moins disposés à appuyer la pratique des montants de dot élevés et se sont approprié l'argument activiste avancé par les femmes, selon lequel de tels échanges reviennent à vendre les filles. Les femmes instruites sont en train de refuser l'argent de la dot, et de rejeter la dot car 'c'est un moyen de les contrôler en tant que biens'. La décision d'utiliser la dot ou d'en disposer ne revient pas à l'épouse. La dot est généralement partagée entre les membres de la famille, y compris la famille élargie. Chaque membre de la famille qui reçoit une part du « badommoro » (mandeng) ou du « lekku ndey » (wolof) est supposé contribuer alors à la dot : pots, casseroles, articles ménagers, etc. Dans la pratique, seules les femmes contribuent généralement, mais non les hommes. Toutefois, chez les Peulhs, le père fournit certains ustensiles à sa fille.

Indonésie : Les activistes font actuellement pression en faveur de l'abaissement de la dot ou d'un accent sur l'échange coutumier d'argent entre la future épouse et le futur époux, afin de modifier la perception de la dot comme la vente des services sexuels de l'épouse.

Iran : La dot est généralement une forte somme d'argent dont, dans la plupart des cas, le futur époux ne peut pas s'acquitter. Dans le passé, la dot se présentait sous forme de pièces d'or, de terres ou d'une somme d'argent. Toutefois, en raison de l'inflation au cours des vingt dernières années, les autorités

tendent actuellement d'encourager les femmes et les familles à enregistrer la dot sous forme d'or ou de biens immobiliers afin d'en préserver la valeur.

Nigeria : Certaines communautés déterminent une somme fixe à verser comme dot. Par exemple, au Conseil de l'Émirat de Gwandu, dans l'État de Kebbi, le mari verse généralement la somme prescrite (1/4 de dinar) ou plus. Dans certaines régions, le mahr est souvent confondu avec le prix de la mariée (Oyo et Osum). La dot est généralement donnée à la future épouse, mais parfois à ses parents qui l'utilisent alors pour elle. La dot est toujours exigible d'avance. Le paiement de la dot est confondu avec les cadeaux de mariage dans les lois coutumières. Par exemple, chez les Hausa, elle peut être considérée comme faisant partie des kayan sadauki (cadeaux de mariage, dont certains reviennent à la future épouse, mais certains à d'autres membres (essentiellement féminins) de la famille. Ou dans certaines parties du pays Yoruba, le père du futur marié peut « s'acquitter de la dot » à la place du futur mari – au motif que le futur mari ne devrait pas penser qu'il a « acheté » sa future épouse.

Pakistan : Il n'existe pas de conscience réelle de ce que vise la dot. Les pratiques varient largement, du « sharai mahr » symbolique courant (32,50 roupies, soit quarante cents US) au transfert de biens mobiliers de valeur (dans certaines parties du NWFP), à des promesses de montants en espèces pouvant aller jusqu'à six cent mille roupies (soit dix mille sept cent dollars US (parmi l'élite urbaine professionnelle). Les Shiites ont tendance à appliquer la dot exigible d'avance, mais généralement d'un faible montant. La dot est rarement fixée dans les mariages d'échange.

Philippines : Les nouveaux mariés estiment que la dot est onéreuse car, dans la pratique, elle est versée à la famille et aux parents de la future épouse. Les mariages maranao sont plus complexes, et les futures épouses reçoivent généralement l'intégralité de la dot juste avant ou durant la cérémonie de mariage.

Arabie saoudite : La dot est toujours exigible d'avance et est versée dans son intégralité. Elle appartient à l'épouse qui est libre d'en disposer à sa guise. Toutefois, habituellement, elle utilisera une partie de la dot pour les dépenses de la cérémonie de mariage.

Sénégal : La coutume diffère en ce qui concerne la prescription de la dot, et certaines communautés ne la considèrent pas comme obligatoire. Il est difficile de faire la distinction entre la dot (mahr) et le prix de la mariée, car la dot est communément répartie entre les membres de la famille de la future épouse. Selon un juge de district de la grande banlieue de Dakar, les familles respectent rarement la limite légale et la dot varie de deux mille francs CFA (environ 3,70 dollars US) à des sommes beaucoup plus fortes, en fonction du statut social des parties. Des montants élevés sont

normalement requis pour des femmes jeunes. Beaucoup reprochent aux mères d'exiger des montants de plus en plus élevés. Généralement, un mariage n'est valide que lorsque les montants suivants ont été versés : a) le « tian » (versé par le futur époux à la future épouse au moment de la célébration du mariage) ; b) le « lekku ndey » (une partie de la dot à remettre à la mère, qui la partage avec les membres de sa famille et ses amies) ; c) le « beyu baay » (une partie de la dot à remettre au père ou au tuteur) ; et d) le « nient ak transu » (quatre francs et trois sous, somme donnée par le mari au moment de la célébration du mariage, pour sceller le contrat).

Sri Lanka : Dans le passé, la dot était calculée en kalanjees d'or (1 kalangee = 72g). Parmi les classes pauvres, le futur époux s'acquittait traditionnellement de 19½ kalanjees d'or (11,7 souverains) et chez les riches, de près de cent kalanjees (= 58 ½ souverains d'or pur). Aujourd'hui, la dot n'est généralement que d'un montant très symbolique de cent une roupies (un dollar US) ou mille une roupies (dix dollars US). Toutefois, dans les zones où la dot est versée par la famille de la future épouse, le futur époux peut s'acquitter du mahr, qui revient à cinq pourcent de la valeur de la dot. Bien que le formulaire d'enregistrement du mariage contienne une colonne pour enregistrer le montant du mahr, tant la portion exigible d'avance que celle exigible à terme, le montant du mahr n'est généralement pas inscrit dans le formulaire.

Soudan : Traditionnellement, la dot exigible d'avance (mukadam) est utilisée pour les préparatifs en vue de la cérémonie de mariage. En conséquence, l'épouse perd le droit d'utiliser l'argent de la dot comme elle l'entend, et sa famille recevra et décidera de l'usage du mukadam, qui lui appartiendra. Souvent, là où la dot est élevée, le montant promis n'est pas correctement enregistré dans le contrat de mariage.

Tunisie : Dans la pratique, en particulier dans les villes, une dot d'un montant symbolique d'un dinar (moins d'un dollar US) est mentionnée.

Protection des droits de la femme à travers le paiement du mahr

La considération économique essentielle dans les négociations pré-nuptiales en Arabie saoudite est le montant de la dot qui sera versée à la future épouse. En raison de la prospérité du pays, les mariages saoudiens impliquent l'offre d'une dot substantielle à la future épouse, qui la garde généralement pour son usage personnel.

En Arabie saoudite, la dot est constituée d'une somme d'argent, de bijoux et d'autres articles de valeur et est versée directement, au cours de la cérémonie de mariage. La dot va directement à la future épouse, qui peut la dépenser à sa guise. Les bijoux et autres articles tangibles de la dot (plats en argent, ornements en cristal etc., par exemple), sont exposés au moment de la cérémonie de mariage pour que les invités puissent les admirer. La dot est souvent dépensée immédiatement en vêtements ou autres articles personnels pour la future épouse, indépendamment de ses vêtements nuptiaux. Ceci n'est toutefois pas la règle, et la future épouse peut dépenser la dot comme elle le souhaite. Une femme de Jedday s'est servie de l'argent de la dot pour payer le voyage de parentes étrangères de sa mère, leur permettant de venir lui rendre visite et assister au mariage (il est dit toutefois que dans de nombreux villages d'Arabie saoudite, la famille de la future épouse garde l'argent de la dot, et la future épouse en est donc privée).

Les femmes saoudiennes affirment avec force que la dot ne traduit pas un échange économique dans lequel la valeur de la femme est mesurée par rapport à la somme qu'elle reçoit. En effet, le montant de la dot est déterminé par la situation financière du futur époux ou par les normes locales, et non par une estimation quelconque de la valeur de la future épouse. La dot représente une source importante d'indépendance financière pour la future épouse, qui dans toutes les autres questions financières, doit dépendre de l'appui de son mari (à moins qu'elle n'ait elle-même une indépendance financière découlant d'un héritage ou qu'elle ne perçoive un revenu d'un emploi).

On dit, de plus, que la dot assure une protection contre le divorce (au moins un divorce initié par le mari). S'il est aisé pour un mari de divorcer de sa femme dans un accès de colère résultant d'une dispute, il est tenu, pour la ré-épouser, de s'acquitter d'une nouvelle dot. Dans une affaire, un Saoudien avait divorcé de son épouse puis avait immédiatement regretté sa décision. Toutefois, informé de cet incident, le juge islamique de la ville avait exigé que l'homme négocie un nouveau contrat de mariage - avec le mahr et tout le reste - pour bien montrer que le divorce ne devait pas être pris à la légère.

La plupart des femmes ne semblent pas en faveur de l'abaissement de la dot en vue de réduire les coûts du mariage, car elles ne s'intéressent généralement guère à la stabilité économique du futur mariage, qui n'est pas considéré comme une entreprise économique conjointe.

En Égypte, la dot n'a pas toujours été substantielle. Toutefois, les facteurs sociaux et économiques ont eu un impact considérable sur les types de mariage locaux, en particulier dans les zones urbaines où le taux élevé de migration rurale-urbaine en provenance de diverses régions a entraîné le développement de quartiers culturellement divers. Aujourd'hui, les conjoints peuvent être de conditions et de régions différentes, avec des pratiques et des traditions diverses. En outre, les attentes matérielles et émotionnelles des jeunes hommes et des jeunes femmes en ce qui concerne

leur mariage et leur partenaire ont également évolué. Il en résulte qu'il y a beaucoup d'aspects à négocier, bien que la dot demeure la question la plus importante. Une fois un accord trouvé sur ce point, il est très probable que les parties arriveront à un accord sur les autres éléments.

Aujourd'hui, en Égypte, la dot représente une somme considérable, en fonction du statut social de la famille de la future épouse. La dot est considérée comme étant le fondement d'un mariage sûr, en particulier en ce qui concerne les femmes. En Égypte, la dot est habituellement divisée en deux parties. La première, appelée muqaddama (le début), est versée par le futur époux à la future épouse avant le mariage et est consacrée à l'achat de meubles pour le couple. Le futur époux achète parfois les meubles demandés par le camp de la famille de la future épouse et ceci est alors enregistré au nom de la future épouse, au moment de la signature du contrat de mariage officiel. La seconde partie, appelée mu'akhhara, peut être exigée à tout moment après la signature du contrat, mais dans la plupart des cas, est utilisée comme moyen de dissuasion contre le divorce ; s'il souhaite divorcer de sa femme, l'homme serait tenu en premier lieu de s'acquitter du montant restant de la dot. En conséquence, plus la dot est élevée, plus la femme dispose de moyens de pression.

Tiré de Wynn, L., Marriage Contracts and Women's Rights in Saudi Arabia, and Hoodfar, H., Circumventing Legal Limitation: Mahr and Marriage Negotiation in Egyptian Low-Income Communities, in Hoodfar, H. (ed.) (1996), Dossier spécial du WLUML. Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, WLUML, Grabels.



CONTRATS DE MARIAGE : AUTRES PAIEMENTS ET ÉCHANGES

Introduction

Il y a un certain nombre de pratiques qui entraînent des échanges de biens et d'argent entre les familles des futurs conjoints. Des communautés peuvent avoir une gamme complète de cadeaux et de modes d'échange définis avec précision associés au mariage, qui doivent tous être offerts et reçus pour que le mariage soit socialement valide.

Les pratiques varient au sein des communautés et d'une communauté à l'autre, en fonction d'une foule de facteurs tels que la région géographique, la communauté ethnique et le statut social.

D'autres paiements et échanges dans le mariage ne sont pas sanctionnés par la religion, mais sont plutôt perçus comme une partie immuable de la coutume et de l'identité communautaires. Quelle que soit la pratique, les échanges liés au mariage ont tendance à refléter la vision des femmes en tant que marchandise. D'autres paiements et échanges dans le mariage reflètent également la vision des femmes en tant qu'institution sociale qui ne réunit pas simplement les conjoints, mais aussi des familles et des communautés entières. De tels paiements lient donc les couples de sorte que la dissolution devient très difficile. Et du fait que des familles entières ont un enjeu dans le mariage, la dissolution a d'énormes coûts sociaux pour les conjoints.

Les détails considérables figurant dans certains codes sur d'autres paiements et échanges (Algérie, Bangladesh, Maroc, Pakistan, Sri Lanka) indiquent la force de ces pratiques sociales et la reconnaissance du fait qu'elles ont un impact sur les droits. Alors que les lois peuvent tenter de restreindre ou d'interdire totalement ces échanges afin d'éliminer le lourd fardeau social et financier qui pèsent sur les familles, les pratiques perdurent (Bangladesh, Républiques d'Asie centrale, Inde, Pakistan, Sénégal, Turquie). En règle générale, des affaires ne sont initiées dans le cadre de ces lois que lorsqu'il y a un conflit dans le mariage. La police n'applique presque jamais les lois au moment de la cérémonie de mariage, parce que les principaux contrevenants sont souvent des personnes ayant du pouvoir et de l'influence au sein de la communauté et parce ces pratiques sont si profondément ancrées.

Au Bangladesh, les politiques visant à prévenir les soi-disant « *dowry deaths* » - *victimes de la dot* (des épouses tuées par le mari ou par la belle-famille, parce qu'elles n'ont

apparemment pas été en mesure d'apporter une dot « appropriée » lors de leur mariage) sont devenus un sujet de débat public. Toutefois, en raison du retard pris dans l'examen des recours dans les tribunaux inférieurs, très peu d'affaires intentées au titre de la loi relative à l'interdiction de la dot – Dowry Prohibition Act – ont été jugées devant le tribunal supérieur. En Inde, les pressions exercées par des associations féminines et la publicité négative concernant ces décès de victimes de la dot ont mené à l'établissement au niveau étatique d'Anti-Dowry Cells - Cellules de lutte contre la dot-, dans certains États indiens. Toutefois, en raison de l'insuffisance de ressources, ces cellules ont tendance à se concentrer sur les décès liés à la dette au lieu d'empêcher la pratique de la dot et/ou d'intenter des poursuites contre ceux qui exigent le paiement de la dot.

Types de paiements

Les formes d'échanges les plus courantes sont le prix de la mariée (donné par la famille du futur époux à la famille de la future épouse) et le douaire (généralement des biens donnés à la famille de la future épouse à la famille du futur époux ou au futur époux lui-même, bien que, semble-t-il, ils soient considérés comme appartenant à l'épouse). Dans certains pays, diverses régions ne suivent qu'une de ces coutumes, alors que dans d'autres, les deux pratiques sont appliquées au même mariage. Toutefois, ces larges catégories occultent la gamme variée de paiements pouvant être impliqués dans l'établissement d'un contrat de mariage, ainsi que la caractéristique spécifique de certaines pratiques en matière de dons, tels que le *kaikuli* (Sri Lanka), le *pemberian* (Malaisie), et l'offre de cadeaux de mariage à la future épouse et aux membres de sa famille (Bangladesh, Nigeria, Pakistan).

Quelle que soit la pratique, les futures épouses sont rarement elles-mêmes négociatrices, bénéficiaires ou même récipiendaires de ces paiements. Les familles (généralement les pères plutôt que les mères) utilisent souvent de tels paiements coutumiers comme moyen de s'enrichir, de bénéficier de biens qu'autrement ils n'auraient pas été en mesure d'acquérir ou de faciliter les mariages d'autres membres de la famille. Avec l'évolution des conditions économiques et le chômage élevé chez les hommes dans certaines communautés, les jeunes femmes doivent trouver

une occupation génératrice de revenu pour constituer la dot en vue de leur propre mariage.

Il serait toutefois erroné d'adopter une vision simpliste des paiements coutumiers pour le mariage. Dans certains cas, les femmes peuvent en tirer profit.

Dans les communautés aisées de l'Asie du Sud, une future épouse qui a des frères peut recevoir une dot substantielle (y compris une maison et une voiture), étant apparemment entendu qu'elle ne réclamera pas sa part d'héritage au décès des parents. Le montant peut même dépasser la part d'héritage qui lui est due. Au vu des problèmes associés à la mobilité des femmes et des difficultés qu'elles peuvent rencontrer dans la gestion de biens immobiliers, une telle dot peut s'avérer commode, même si elle renforce les notions traditionnelles de la propriété foncière. Dans certaines communautés, le futur époux donne de l'argent à la mère de la future mariée, en reconnaissant des efforts qu'elle a déployés pour élever celle-ci (Iran, où ce don porte le nom de sheer baha – 'argent pour le lait', Sénégal).

Conséquences et tendances

Il y a actuellement des tendances contradictoires dans les paiements et les échanges en vue du mariage. D'une part, la pauvreté et le matérialisme croissants incitent les familles à exiger des montants de plus en plus élevés pour la dot et le prix de la mariée. Il y a, d'autre part, une prise de conscience de plus en plus forte des aspects négatifs de telles pratiques. Dans de nombreuses communautés, les familles s'endettent à long terme pour le mariage de leurs enfants, et le mariage peut être retardé en raison des coûts élevés qu'il implique. En outre, tant le prix de la mariée que la dot sont des facteurs de la violence conjugale. Le mari peut être peu disposé à se plier aux volontés d'une épouse pour laquelle sa famille et lui-même ont versé un prix de la mariée élevé, ou peut battre son épouse afin d'obtenir une dot élevée. Qu'elle ait reçu de l'argent pour donner la fille en mariage ou qu'elle ait eu à acheter des biens coûteux que la fille apporte dans le mariage, la famille de la femme est parfois peu disposée à accepter son retour (lorsque le mariage est malheureux), en conséquence.

D'autres formes de paiements qui surviennent au moment où le mariage est contracté peuvent saboter la pratique de la dot, qui devient purement symbolique. En conséquence, cette pratique peut se poursuivre, mais n'offre aucun avantage financier à l'épouse.

Enfin, de telles pratiques peuvent encourager les parents et les tuteurs à arranger des unions par ailleurs peu appropriées et peuvent également faire du gain matériel la principale raison sociale qui pousse à contracter un mariage. Ceci peut entraîner une multitude de pratiques peu scrupuleuses.

Pour les lois et les pratiques ayant trait au recouvrement d'autres paiements et d'échanges au moment de la dissolution du mariage, voir p. 320).

LOIS : Contrats de mariage – Autres paiements et échanges

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - Interdisent de manière explicite d'autres paiements et échanges et imposent des pénalités strictes en cas de violation de cette interdiction.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - Imposent une limite sur les autres paiements et prévoient des sanctions en cas de non-respect, mais n'imposent pas de sanctions aux futures épouses en cas de violation.

Dans le niveau intermédiaire, les lois les moins favorables sont celles qui :

 - Réglementent les autres paiements à travers l'obligation d'enregistrement, mais n'imposent aucune limite sur leur valeur et n'imposent pas de sanctions sur la pratique.
- ☹ Les lois qui donnent moins d'options sont celles qui :
 - Ne réglementent pas les autres paiements et échanges en vue du mariage.

☺ Les autres paiements sont proscrits

Bangladesh : En vertu des sections 3, 4 et 5 de la loi relative à l'interdiction de la dot, de 1980, le fait de promettre, de donner, de recevoir et d'exiger de l'argent ou d'autres biens en rapport avec un mariage est un délit non susceptible de caution, passible d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende. La dot s'entend, dans la loi, de tout bien ou titre de valeur donné ou qu'il a été convenu de donner en vue du mariage des parties. Dans une affaire, en janvier 1990, le mari avait exigé une dot de cinquante mille Taka (environ mille dollars US à l'époque), alors même que le couple était marié depuis 1987. N'ayant pas été en mesure de réunir cette somme, la femme avait été battue ainsi que sa fille mineure, et toutes deux avaient été renvoyées au sein de la famille de la femme. La Haute cour avait décidé que l'accusé avait commis un délit au titre la Loi relative à l'interdiction de la dot de 1980 (Salam Mollik contre l'État, DLR (1996) 329 Vol. 43 ; voir également Rezaul Karim contre Mst. Taslima Begum DLR (1988) 360 Vol.40).

De même, selon le Code pénal, 'Quiconque pousse délibérément une personne à craindre une atteinte à sa propre personne ou à tout autre, et obtient donc manière frauduleuse de cette personne soit la remise d'un bien, ou de valeurs, soit une signature, soit la révélation d'un secret, commet une extorsion.' En effet, la limite entre l'extorsion et l'exigence de dot est brouillée par la décision prise dans le différend de 1991 Rezaul Karim contre Mst. Taslima Begum, où la Division de la Haute cour de la Cour suprême avait statué que le mariage était non seulement une cérémonie, mais aussi un 'créateur de statut', et que l'argent et les valeurs exigées par la suite par le mari, en contrepartie de l'octroi du statut d'épouse à la femme durant la continuation du mariage, équivalait à une dot, et qu'en conséquence, toute personne faisant de telles demandes serait tenue de se conformer aux dispositions s'appliquant à la dot.

République d'Asie centrale : Sous le régime soviétique, il était interdit de donner et de recevoir le kalym (prix de la mariée) et ceci reste illégal.

Inde (tous les mariages) : Exiger la dot est un délit recevable, non susceptible de caution.

Maroc : Aux fins de l'article 29, l'époux ne peut exiger de l'épouse un apport quelconque en ameublement ou autres, en contrepartie de la dot qu'il lui a versée.

☺ Les autres paiements sont restreints ou réglementés par la loi

Pakistan : Aux fins de la section 3 de la Loi relative à la restriction de la dot et des cadeaux de mariage - Dowry and Bridal Gifts (Restriction) Act - de 1976, la dot d'une future épouse et les présents qui lui sont offerts par ses parents ne peuvent être d'une valeur supérieure à cinq mille roupies ; le neundra et le salami (les montants reçus par la future épouse des invités présents à la cérémonie) sont exclus de ce calcul. La loi spécifie également que tous les biens offerts à la future épouse sous forme de dot ou de cadeaux de mariage sont sa propriété exclusive; que le futur époux n'a aucun droit sur ces biens ; et qu'il ne peut y avoir de restrictions, de conditions ou de limites imposées sur cette propriété. Des maris ont cherché à contourner l'obligation de restituer la dot de l'épouse lors du divorce en soutenant que la dot était illicite parce qu'elle dépassait cette limite. Les tribunaux ont toutefois soutenu que le mari ne peut tirer profit d'aucun manquement à la loi par les parents de l'épouse pour priver celle-ci de ses biens (Anisur Rehman contre Shahla Fatima 1988 CLC 1888; PLJ 1988 Lahore 378).

Sénégal : Au titre de l'article 6 de la Loi 67-04 dé février 1967, des limites sont fixées pour freiner les dépenses excessives occasionnées par les cérémonies familiales, la dot, les dépenses pour le mariage et les cadeaux de fiançailles à la future épouse ; ces dépenses ne doivent pas excéder un maximum de trois mille francs CFA FCFA (environ 4,50 dollars US). quinze mille francs CFA (environ vingt-deux dollars US) et cinq mille francs CFA (environ 7,30 dollars US) respectivement. Les tribunaux ont limité l'obligation de l'épouse de restituer de tels paiements au montant légal (Diop contre Fall TPI Dakar 20-12-1977 RJS, Credila 1982 Vol III p.188).

D'autres paiements sont réglementés par la loi

Malaisie : En application de la section 21 de l'ILFA – Loi islamique sur le droit de la famille – les cadeaux (pemberian) offerts ou promis au moment du mariage doivent être consignés durant l'enregistrement du mariage. Toutefois, la loi est silencieuse sur la pratique coutumière du hantaran (échanges d'argent et de biens entre les familles des futurs époux).

Maroc : Aux fins de l'article 34 de la Moudawana, tout ce que l'épouse apporte au domicile conjugal lui appartient. En cas de contestation et de différend, il est statué selon les règles générales de preuve. Toutefois, en l'absence de preuve, l'épouse peut revendiquer les effets et les objets généralement utilisés par les femmes ; les objets communément utilisés tant par les hommes que par les femmes seront partagés entre les conjoints.

Sri Lanka : Le MMDA (Loi relative au mariage et au divorce musulmans) reconnaît le kaikuli (argent ou bien donné à l'épouse avant ou après le mariage), mais non les cadeaux de mariage. Le kaikuli est défini dans la section 97 comme toute somme d'argent versée ou tout autre bien meuble donné, ou tout somme d'argent ou tout bien meuble promis, préalablement au mariage ou au moment du mariage, par un membre de la famille de la future épouse ou par toute autre personne, au futur époux, pour utilisation par la future épouse. Le kaikuli doit être administré par le futur époux au nom de la future épouse, et devrait être restitué à tout moment, à la demande ou à la dissolution du mariage (Sawdoona contre Abdul Munees 57 NLR 75). Le mari ne peut refuser de restituer le kaikuli sous prétexte qu'il a été dépensé lors de la cérémonie de mariage. La jurisprudence a établi que même si l'argent du kaikuli est utilisé pour acquérir un cadeau pour l'épouse, le cadeau devient la propriété de celle-ci, de manière irrévocable.

Turquie : La loi ne reconnaît pas le prix de la mariée traditionnel, versé par le futur époux au père de la future épouse.

☺ La loi est silencieuse à propos d'autres paiements et échanges

Algérie, Cameroun, Égypte, Fidji, Gambie, Indonésie, Iran, Nigeria, Philippines, Soudan

PRATIQUES

Paielements du futur époux/sa famille à la famille de la future épouse et de la famille de la future épouse au futur époux

Malaisie et Singapour : Les deux parties échangent des cadeaux, essentiellement des aliments spéciaux, des vêtements, des montres et des bijoux. Il est donné effet à cette coutume dans le droit de la famille musulman. Parfois, la valeur des cadeaux peut-être supérieur à la dot. *Hantaran* (handaran à Singapour) signifie littéralement « envoyer » dans la langue malai. L'*hantaran* est rarement sous forme numéraire, sauf s'il doit contribuer aux dépenses de la cérémonie de mariage. Il comprend l'*hantar belanja*, s'il est envoyé à la partie de la future épouse, c'est-à-dire de coût de l'accueil de la réception. Il comprend également certains cadeaux tels que des vêtements, des chaussures et des bijoux (parfois un de chacun de ce qui suit : boucles d'oreilles, collier, bague, bracelet), de la nourriture (savamment préparée avec toutes sortes de formes complexes, etc.). L'argent du *belanja* (des billets bleus de cinquante ringgits malaisiens et rouges de dix ringgits malaisiens) est normalement plié sous forme de mosquée, de cygne, etc. L'*hantaran* du côté de l'homme consiste essentiellement en vêtements, peut-être en songhet (tissu à fils d'or), de chaussures et d'aliments etc. La famille du futur époux est tenue de dépenser plus, et les montants peuvent s'élever jusqu'à dix mille ringgits malaisiens (environ deux mille six cent dollars US).

Nigeria : Les Hausa offrent des *kayan sadauki* (cadeaux qui peuvent être en partie négociés) à la future épouse et à sa famille (une partie ira à sa mère, ses tantes, ses sœurs, etc.). Il y a la pratique de réciprocité, la famille de la future épouse offre alors des cadeaux aux futurs époux (et donc au futur époux, car la pension alimentaire relève de sa responsabilité). La famille de la future épouse offre souvent au nouveau couple des produits alimentaires (parfois des céréales, en quantité suffisamment grande pour durer une année). Le montant représenté par ces cadeaux est parfois pris en considération durant les négociations de compensation en cas de *khul'* (divorce initié par l'épouse) (voir p. 278).

Paielement par le futur époux/sa famille à la famille de la future épouse

Républiques d'Asie centrale : Le *kalym* est constitué d'une forte somme et/ou de biens apportés par les parents du futur époux aux parents de la future épouse. L'argent est dépensé pour la cérémonie elle-même et pour les cadeaux coutumiers ;

il reste peu à épargner ou à dépenser pour le jeune couple. La pratique du *kalym* est réapparue à la suite de l'effondrement du régime soviétique et en raison de l'influence croissante des groupes politiques conservateurs.

Iran : Le futur époux verse le *sheer baha* ('argent pour le lait) à la mère de la future épouse.

Nord Yémen : Le *shart* est payé par le futur époux au tuteur de la future épouse. Il s'élève au moins à deux fois le montant de la dot et peut représenter jusqu'à dix fois supérieur au montant de la dot.

Pakistan : Le prix de la mariée (*valvar*, *ser paisay*, *lab*) est une pratique largement répandue parmi les communautés tribales Pukhtun, Baluch et dans certaines zones du Sindh et du Penjab. En fait, il y a des dons d'argent et/ou de biens. Le montant est déterminé en fonction de l'âge, de la beauté de la future épouse et du statut de sa famille/tribu. Chez les Puktun qui pratiquent le *valvar*, l'épouse devient effectivement la propriété de la belle-famille. Chez les Baluch qui pratiquent le *lab*, une femme peut retourner dans sa famille d'origine en cas de divorce ou de décès de son époux. La pratique du prix de la mariée semble en baisse dans toutes les communautés, car les familles ont de plus en plus tendance à considérer cette coutume comme la 'vente' de leurs filles.

Philippines : Des articles de ménage sont donnés à la famille du futur marié et la valeur de ces articles est fixé lors des négociations préalables à la cérémonie, en fonction de la capacité, de la fortune et de la position sociale de la famille du futur marié. L'offre de cadeaux de mariage est également courante.

Tadjikistan : Dans certains districts du Sud, le futur époux verse le *sheer puli* (« argent pour le lait ») à la mère de la future épouse.

Turquie : Le prix de la mariée est versé par le futur époux au père/famille de la future épouse apparemment en reconnaissance du coût de l'éducation de celle-ci et pour compenser la privation de services à la suite de son mariage. La tradition est en train de disparaître cours de la dernière décennie, en particulier à la suite de la large publicité donnée aux affaires tragiques liées au prix de la mariée et à l'évolution des conditions socio-économiques.

Sénégal : Pour qu'un mariage soit socialement valide, il y a lieu d'effectuer divers paiements coutumiers avant la finalisation du mariage. Le futur époux doit payer le « *lekku ndey* » (argent donné à la mère, à partager avec sa famille et ses amies). Il doit également verser le « *beyu baay* » (argent donné au père ou au parrain de la future épouse et le « *niente ak transu* » (ce paiement est similaire à la dot et doit être effectué au moment de la cérémonie de mariage, pour sceller le contrat).

Païement par la famille de la future épouse

Bangladesh : L'exigence de la dot (joutuk) est un fléau social relativement récent, et il y a quelque cinquante ans, cette pratique n'existait pas comme problème au sein des communautés musulmanes. En dépit de la Dowry Prohibition Act (Loi relative à l'interdiction de la dot), les demandes de dot font à présent couramment partie des négociations matrimoniales, en particulier dans les zones rurales et dans les tranches inférieures de revenu. La dot peut être constituée de biens et/ou en numéraire. La majeure partie des cas de violence conjugale sont à imputer à l'incapacité de l'épouse à répondre aux demandes de versement de la dot par son mari et de sa belle-famille, demandes qui persistent longtemps après la cérémonie de mariage.

En raison de la montée du chômage chez les jeunes hommes dans les zones rurales du Bangladesh, le mariage et la dot sont perçus comme des sources de revenu pour ces jeunes gens. S'il a un certain niveau d'instruction, un fils rehausse le pouvoir de négociation de sa famille. Les familles relativement aisées dans les communautés rurales et dans les classes moyennes peuvent exiger comme dot un billet d'avion pour le Moyen-Orient, pour permettre au futur époux de trouver un emploi, ou peuvent exiger des capitaux d'investissement en vue de la création d'une entreprise.

Égypte : Le quayma est une liste signée par le mari au moment du mariage, qui énumère les biens apportés dans le mariage par la future épouse. Il énonce également leur valeur en numéraire, généralement à la hausse, et sert de protection potentiellement puissante pour l'épouse, en cas de problèmes dans le mariage. La famille de l'épouse peut menacer le mari d'exiger la restitution de tous les biens énumérés dans le quayma, ou le paiement de leur valeur grossie, faute de quoi, elle peut le poursuivre pour abus de confiance ou détournement.

Inde : Les communautés musulmanes sont fortement influencées par les coutumes hindoues et dans les familles musulmanes d'Hyderabad, la famille de la future épouse est tenue de payer le jode ki raqam (une certaine somme) au futur époux. Un conducteur de rickshaw (scooter) peut exiger de cinq mille à dix mille roupies (environ cent-deux cent dollars US), alors qu'un ingénieur ou un médecin peut exiger de cent mille à trois cent mille roupies. Si l'âge et la beauté de la future épouse posent problème, le montant exigé peut être plus élevée. Les parents du futur époux justifient leurs exigences en renvoyant à l'investissement financier qu'ils ont consenti pour élever leur fils. Dans de nombreux cas où le montant de la dot est élevé, les parents de la future épouse ne donnent pas de part d'héritage à celle-ci. N'étant pas enregistré, le jode ki raqam ne peut être récupéré en cas de talaq (divorce à l'initiative de l'épouse). Les activistes des droits voient dans la

pratique du jode ki raqam la principale raison du mariage de jeunes filles musulmanes pauvres à de riches Arabes des États du Golfe, car aucun paiement n'est nécessaire dans ce cas, et ces épouses peuvent alors envoyer une partie de leur forte dot (mahr) à leurs parents en Inde.

Toutefois chez les Daudi et Sunni Bohras, la pratique du jehez (dot) avait été interdite par les religieux de la communauté. Parmi d'autres communautés musulmanes, la coutume est également considérée comme une influence négative de la coutume hindoue, mais a connu un essor au cours des cent dernières années, en particulier à Orissa et au sein des familles patrilinéaires Calicut.

Pakistan : La dot (Jehez) est une pratique largement répandue au Pendjab et dans d'autres provinces, parmi les communautés de langue Urdu. Elle est perçue comme un moyen de préserver le statut de la fille face à sa belle-famille. La consommation ostensible, en particulier en raison l'argent apporté par les travailleurs immigrés de la région du Golfe, a mené au versement de dots exorbitantes. Ceci est en train de s'étendre aux communautés rurales et aux zones où la dot n'est pas traditionnelle (le Baloutchistan, par exemple). Les jeunes citadins professionnels, femmes et hommes, sont en train de résister à la pratique et préfèrent plutôt acheter des équipements ménagers ensemble, après le mariage.

Sri Lanka : Le kaikuli, une coutume tamoul/hindoue pratiquée à présent par les musulmans sri lankais, est toujours d'un montant significatif (sauf chez les Malais, où la pratique n'est pas courante). Toutefois, le montant est sous-estimé dans le formulaire d'enregistrement du mariage, ce qui entraîne des problèmes de récupération. Le kaikuli est à présent versé en numéraire et/ou biens meubles. Le montant du kaikuli a augmenté au cours des dernières décennies, ce qui a entraîné une hausse correspondante des montants de la dot.

Turquie : La future épouse est chargée de meubler la chambre à coucher. En cas de divorce, elle peut reprendre tout ce qu'elle avait apporté comme dot dans le mariage (à condition d'apporter la preuve nécessaire).

Qui a donc les moyens de se marier ?

En Arabie saoudite, le mari est tenu de donner non seulement une dot très substantielle, mais aussi tous les équipements ménagers, et de s'acquitter des dépenses considérables pour le mariage. Les femmes saoudiennes interrogées au milieu des années 90 ont insisté sur le fait qu'un mariage ne pouvait avoir lieu tant que l'ensemble du domicile conjugal - y compris une villa ou un appartement meublé - n'était pas prêt à accueillir le jeune couple, et ceci relève entièrement de la responsabilité du futur marié et de sa famille.

C'est ce qui est attendu du mari, indépendamment de sa situation financière en cours. Dans un cas, le mari, qui n'avait pas les moyens de louer et de meubler un appartement, avait acheté une voiture chère à crédit et l'avait immédiatement revendue pour utiliser l'argent qu'il en avait tiré pour son mariage. Sa tante, la mère de la mariée, l'avait aidé à meubler et à décorer l'appartement et ne lui permettait pas d'épouser sa fille tant que l'appartement n'était pas entièrement meublé. Plusieurs années après, il était toujours en train de rembourser la dette contractée pour l'achat de la voiture qu'il avait revendue pour payer son appartement. Toute contribution de l'épouse ou de sa famille au ménage est strictement volontaire et n'est pas attendue.

En Égypte, le trousseau de la future épouse, qui est acheté par sa famille, comprend de nombreuses chemises de nuit et suffisamment de vêtements et d'effets personnels pour garantir qu'elle n'aura pas besoins de demander à son mari de lui fournir des effets personnels pendant au moins cinq ans. La dépense la plus importante pour s'installer est l'argent nécessaire pour la location d'un petit appartement, qui, même dans les quartiers où les loyers sont les plus abordables, peut revenir à une ou deux années de salaire pour un ouvrier non qualifié ou semi qualifié.

En raison des coûts élevés d'une cérémonie de mariage et de l'installation dans une nouvelle maison, le futur marié est tenu de travailler dur pendant quelques années avant d'être en mesure de se marier. Même s'il revient au mari d'assurer toutes ces dépenses, la famille de la future épouse contribue autant qu'elle le peut. Après les fiançailles, de nombreux jeunes gens émigrent pendant une à deux années dans les pays arabes producteurs de pétrole afin de gagner l'argent nécessaire pour se marier.

L'accroissement des dépenses pour le mariage a abouti au fait que l'âge moyen pour le mariage a enregistré une hausse considérable pour les femmes et les hommes. L'État, les responsables de la planification familiale, et certaines féministes considèrent peut-être ceci comme un indicateur positif pour le contrôle démographique ou pour un relèvement du statut de la femme. Toutefois, dans les communautés à faible revenu, la réalité était plus complexe.

Certaines femmes, en particulier celles qui ne sont ni étudiantes, ni employées, sont frustrées d'avoir à différer le moment de fonder une famille. Elles sont déchirées car elles souhaitent disposer de la majeure partie des équipements ménagers de base avant le mariage, mais ne veulent pas avoir attendre aussi longtemps pour se marier, en particulier parce que beaucoup fiançailles sont rompues après une à deux années d'attente. Comme la rupture des fiançailles n'est pas une cause d'ostracisme pour les femmes, celles-ci rompent souvent leurs fiançailles lorsqu'elles estiment que le prétendant ne travaille pas assez dur pour économiser l'argent nécessaire. Les femmes sont très conscientes du fait que de longues fiançailles leur font rater l'opportunité de rencontrer d'autres prétendants potentiels. Certaines femmes soutiennent que la réalité de la société, que cela soit juste ou non, est que les

hommes peuvent toujours trouver une femme à épouser, alors que les opportunités pour les femmes diminuent avec l'âge, en particulier parce que les hommes préfèrent épouser des femmes jeunes. Les femmes et leurs familles doivent donc trouver un équilibre entre leur recherche de prétendants potentiels et leur désir de fonder une famille. Nombre de femmes qui ne souhaitent pas attendre aussi longtemps conviennent d'épouser des hommes d'un certain âge qui ont travaillé et épargné suffisamment pour être en mesure de se marier.

Tiré de Wynn, L., Marriage Contracts and Women's Rights in Saudi Arabia, et Hoodfar, H., Circumventing Legal Limitation : Mahr and Marriage Negotiation in Egyptian Low-Income Communities, in Hoodfar, H. (ed.) (1996), Dossier spécial du WLUML : Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, WLUML, Grabels

6a

TYPES DE MARIAGE : LA POLYGAMIE

Introduction

Le terme « polygynie » renvoie à une forme de mariage dans laquelle l'époux est marié à deux ou plusieurs épouses simultanément. Souvent, ce terme est utilisé de façon interchangeable avec le terme « polygamie », qui s'applique à une forme de mariage dans laquelle le mari ou la femme a plusieurs conjoints en même temps. Les mariages dans lesquels une femme a plus d'un mari n'étant pas autorisés dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes (comme dans la plupart des systèmes basés sur d'autres sources), nous utilisons le terme « polygynie⁴ » pour être plus précis. Il est admis que lorsque le terme plus général de « polygamie » est utilisé, il fait plus souvent référence à un homme marié à deux ou plusieurs femmes.

La législation concernant la polygamie varie considérablement. Elle va de l'interdiction pure et simple (républiques d'Asie centrale, Fidji, Tunisie, Turquie) à l'autorisation réglementée (Bangladesh, Cameroun, Indonésie, Malaisie, Maroc, Pakistan, Philippines, Sénégal, Singapour), à faiblement ou totalement déréglementée (Iran, Sri Lanka, Soudan). Les pays où coexistent des systèmes différents peuvent interdire la polygamie en vertu de lois non fondées sur les lois musulmanes, mais l'autoriser au titre des lois coutumières et musulmanes (Gambie, Inde, Nigeria).

Dans la pratique, la polygamie existe à des degrés divers selon les pays et au sein d'un même pays. Certaines communautés pratiquent la polygamie comme une norme (justifiée par la coutume ou la religion), tandis que d'autres semblent la décourager. Le nombre autorisé d'épouses dépend en général de la source de la loi. Si c'est la coutume, le nombre est illimité ; s'il s'agit des lois musulmanes, le maximum est de quatre épouses. La prévalence dépend de la coutume de la communauté, de la dynamique de classe et d'autres facteurs tels que les différences entre zones rurales et urbaines. Cependant, il n'existe pas de règles absolues. Si en Gambie la polygamie est plus répandue dans les zones rurales, dans certaines communautés d'Asie du Sud, elle est plus fréquente parmi les classes moyennes urbaines.

La classe détermine souvent la forme que prend la polygamie, surtout si cette dernière est pratiquée de manière ouverte ou cachée. Lorsque la polygamie est la norme, une femme peut connaître l'existence de l'autre épouse, mais dans les communautés où elle n'est pas largement pratiquée, les hommes ayant une plus grande mobilité à l'extérieur de la communauté peuvent contracter des mariages dans différents lieux, à l'insu de leurs épouses. Souvent, la polygamie est étroitement liée au mariage entre cousins et aux pratiques inégalitaires telles que le mariage par l'échange⁵ et le mariage d'enfants.

Déséquilibre du pouvoir

Qu'il soit connu ou caché, effectivement pratiqué ou une simple option dont dispose le mari, le mariage polygame reflète de graves déséquilibres du pouvoir entre les conjoints. Lorsqu'elle est pratiquée, la polygamie porte atteinte au droit d'une femme à l'entretien, à l'héritage, à l'épanouissement sexuel et émotionnel, autant d'éléments qui doivent être partagés avec les coépouses. L'intimité est gravement compromise dans les ménages polygames. Même si partager la chambre à coucher n'est pas chose courante, souvent, la cuisine et d'autres parties de la maison doivent être partagées par les coépouses. Les déséquilibres du pouvoir entre un mari et une épouse particulière sont parfois reproduits dans les relations entre coépouses, ce qui donne lieu à d'éventuels conflits entre elles. Les maris sont souvent derrière ces conflits.

Même si la polygamie n'est pas pratiquée, la simple menace de la polygamie, en particulier lorsque les hommes peuvent recourir au divorce unilatéral, peut être utilisée pour dominer une épouse et réduire sa capacité à faire valoir ses droits dans la relation.

La polygamie est une atteinte aux droits des premières épouses comme à ceux des épouses suivantes. Mais le statut des coépouses au sein de la famille et de la communauté

⁴ Note de la traduction. Le terme polygamie sera utilisé dans la traduction en français, car c'est le terme consacré dans les différentes législations notamment en Afrique.

⁵ Le mariage par l'échange signifie le mariage d'un frère et une sœur d'une famille avec une sœur et un frère d'une autre famille. Dans les cas extrêmes, un homme peut promettre toute future fille à sa belle-famille en échange de sa propre femme. Le mariage par l'échange implique que le sort d'un couple est lié au sort de l'autre couple : si un couple divorce, l'autre couple doit automatiquement en faire autant, même s'il est heureux. Le mariage par l'échange se passe souvent dans la famille ce qui aggrave les problèmes.

dépend des conditions particulières de l'union. Dans certains cas, les premières épouses sont exclues de la vie de famille, abandonnées ou ne jouent plus aucun autre rôle que celui de servir les nouvelles épouses. En revanche, les épouses plus âgées peuvent utiliser leur ancienneté pour dominer les plus jeunes. En effet, si une épouse âgée a aussi un lien de parenté avec le mari et qu'elle possède des terres, son statut au sein de la famille élargie peut lui assurer respect et sécurité pour le reste de sa vie.

Au Cameroun comme au Sénégal, la loi exige que le régime matrimonial soit indiqué dans le certificat de mariage. Cette exigence tourne rarement à l'avantage des femmes (voir Droits et accords financiers p. 319 et p. 329). Bien que les codes fondés sur les lois musulmanes permettent à la femme de garder le contrôle de ses biens, la présomption que les biens matrimoniaux sont communs peut causer du tort aux coépouses car ces biens doivent alors être partagés entre de nombreuses personnes. Toutefois, en Malaisie et à Singapour, les juges de la Shari'a ont le pouvoir d'ordonner, dans le cadre d'une demande d'autorisation de mariage polygame, que les biens matrimoniaux conjointement acquis soient partagés entre la première épouse et son mari avant le deuxième mariage. Dans les communautés musulmanes du Nigeria, lors du mariage, chacun des conjoints apporte ses biens dont il ou elle garde la propriété. Les biens acquis au cours du mariage sont affectés à l'un ou l'autre conjoint selon qui les a acquis, à qui ils ont été donnés ou (plus rarement) au nom de qui ils ont été enregistrés. Le travail domestique, contribution non monétaire à l'acquisition des biens matrimoniaux, n'est toutefois pas reconnu. Les femmes ayant généralement moins accès aux ressources que les hommes (surtout lorsqu'elles sont isolées ou en charge d'enfants), ce régime profite généralement aux hommes lorsqu'il s'agit de partager les biens matrimoniaux. Ainsi, dans un mariage polygame, il peut en résulter la création de richesses par une épouse qui profiteront aux coépouses.

Lorsque l'État et/ou la société désapprouvent la polygamie, les femmes en subissent la plupart des conséquences. Les hommes risquent des sanctions mineures, mais les femmes font face à des problèmes comme la grossesse.

Lorsque la polygamie est interdite par la loi mais qu'elle continue dans la pratique, les épouses arrivant en deuxième position se trouvent dans l'impossibilité d'accéder à tous les droits découlant de leur mariage.

Facteurs à l'origine de la polygamie

La polygamie se retrouve dans toutes les classes de la plupart des sociétés. La répartition reflète les inégalités globales existant entre les sexes en société. Bien que les hommes utilisent une foule de raisons pour justifier le mariage

polygame, il y a plusieurs raisons courantes, dont certaines sont reprises par la législation. De manière générale, il s'agit de l'incapacité de l'épouse d'enfanter (que la « faute », médicalement parlant, lui incombe ou pas), « la non procréation » par l'épouse d'enfants de sexe masculin, la longue maladie de l'épouse ou sa résidence lointaine. En revanche, dans de nombreuses communautés, les mêmes plaintes s'appliquant à un homme ne sont habituellement pas considérées comme des raisons acceptables pour qu'une femme divorce de son mari (à l'exception par exemple du Nigeria, pour les mariages sous lois coutumières). Dans certains cas, la polygamie peut servir de moyen d'affirmation de la virilité de l'homme. Dans d'autres cas, la contrainte d'épouser des cousines ou des personnes choisies par les parents, ajoutée à l'impossibilité sociale de divorcer, poussent les hommes à choisir les mariages polygames (dans les familles féodales du Pakistan et d'Afrique du Sud).

D'autre part, les femmes « choisissent » rarement le mariage polygame, encore faudrait-il qu'elles en soient conscientes ou qu'elles aient eu le « choix », ce qui n'est pas le cas quand il s'agit d'un mariage d'enfants ou lorsque des femmes se retrouvent dans une union polygame secrète. Les premières épouses peuvent accepter la polygamie de peur d'être divorcées. Si elles refusent et sont divorcées, elles devront affronter la stigmatisation sociale et les conséquences économiques du divorce. Dans les mariages entre cousins, l'épouse la plus âgée peut organiser le remariage de son mari afin de se libérer des exigences physiques de ce dernier.

Les épouses suivantes (si elles connaissent l'existence d'une première épouse) peuvent préférer la sécurité financière et le statut social de la femme mariée au célibat. Cela est particulièrement vrai lorsque les femmes ont moins de demandes en mariage en raison de l'âge ou d'un niveau d'instruction élevé. Dans de rares cas, les femmes peuvent choisir un mariage polygame pour éviter d'être épouse à « temps plein ». En étant coépouse, elles jouissent d'une autonomie personnelle. Les hommes recherchent parfois des femmes veuves et des mères divorcées pour les mariages polygames car elles sont moins susceptibles de se plaindre des inégalités découlant de ces unions.

Mais, même lorsque les femmes semblent exercer un « choix » quand elles acceptent un mariage polygame, l'attrait de ce choix signifie que des relations à « temps plein », des relations sexuelles hors mariage ou le non mariage (célibat, divorce ou veuvage) ne sont pas possibles. De même, lorsqu'une femme consent à ce qu'une autre femme partage son union, on ne peut guère dire d'elle qu'elle ait « choisi » un mariage polygame. Les conséquences sociales de toute autre option peuvent être insupportables. Un refus pourrait non seulement faire courir le risque de divorce à une femme, mais elle pourrait également subir la pression de ceux qui invoquent le « droit religieux » des hommes à épouser plus d'une

femme. Les femmes qui refusent leur consentement peuvent être socialement condamnées pour avoir contrevenu à une loi « divine ».

Dans certains cas, les normes instaurées par la culture et la tradition conjuguées au contrôle social/communautaire, peuvent assurer une certaine équité dans les mariages polygames. Les communautés savent parfaitement que l'islam « permet » la polygamie, mais elles ignorent souvent la condition coranique limitant la polygamie aux rares cas où les épouses peuvent être traitées équitablement.

Interdiction totale de la polygamie

Quelques pays ont complètement banni la polygamie : la Tunisie, la Turquie, l'Ouzbékistan et Fidji. La source de la loi dans la plupart des cas est l'interdiction chrétienne coloniale comme la « Common Law » britannique ou le Code Napoléon. La Tunisie est un cas unique car l'interdiction de la polygamie est fondée sur une interprétation des lois musulmanes. Elle est inspirée par les versets coraniques indiquant l'impossibilité de traiter équitablement les épouses.

Les sanctions pour pratique de la polygamie dans ces systèmes peuvent être graves (jusqu'à cinq ans dans la République de Kirghizie, article 153 du Code pénal). En Tunisie, le mari et la seconde épouse sont passibles d'un an d'emprisonnement et/ou d'une lourde amende. Toutefois, ils ne sont pas poursuivis pour délit de bigamie, qui comporte d'autres sanctions.

La législation interdisant la polygamie peut protéger les droits des premières épouses. Toutefois, si la pratique continue dans les systèmes officiels religieux et coutumiers, les épouses suivantes sont incapables de faire enregistrer leur mariage et se retrouvent donc sans protection par la loi, sans aucun accès aux droits et aux prestations de l'État dus aux épouses des mariages monogames enregistrés (voir Enregistrement et validité, p. 136). Les limites des réformes juridiques qui ne sont pas accompagnées de réformes sociales sont clairement illustrées par la réalité des pratiques sociales. Même dans les systèmes interdisant complètement la polygamie et prévoyant des sanctions pénales à l'encontre des personnes reconnues coupables de la pratiquer, les mariages polygames sont toujours célébrés lors de cérémonies religieuses et ne sont donc pas enregistrés auprès des services de l'État (Fidji, Ouzbékistan).

La polygamie dans les systèmes judiciaires parallèles

Dans un certain nombre de pays, l'État peut avoir des lois laïques, religieuses et coutumières. Les couples peuvent ainsi

choisir d'être régis par l'une d'elles, généralement selon la forme du mariage (Gambie, Inde, Nigeria). Dans ces pays, la polygamie est généralement admise dans les lois musulmanes et/ou coutumières, mais pénalisée si le mariage a été célébré dans le cadre d'autres lois (Gambie).

Les systèmes donnant aux couples le choix d'être régis par les lois coutumières ou musulmanes ou non musulmanes semblent offrir aux femmes des options (la monogamie ou la reconnaissance de leurs droits en tant qu'épouses dans un mariage polygame). Mais, les femmes n'ayant souvent pas leur mot à dire dans le choix de la loi qui doit régir leur mariage ou du type de mariage (monogame ou polygame), ces avantages sont limités.

Par ailleurs, les hommes peuvent délibérément exploiter les systèmes juridiques parallèles à leur avantage. Dans le système fédéral de la Malaisie, chaque État a son propre code de la famille et système juridique. Si une demande de mariage polygame est rejetée par un État, un homme se rend simplement dans un autre État plus souple pour demander l'autorisation - il y réussit généralement. Malheureusement, suite à des pressions exercées par les conservateurs, la tentative du gouvernement fédéral d'introduire une certaine homogénéité s'est soldée par un texte représentant le plus petit dénominateur commun, c'est-à-dire l'assouplissement des conditions strictes imposées dans certains États. Les organisations de femmes ont fortement contesté les nouvelles dispositions (voir paragraphe Tendances ci-après).

Dans les pays où la polygamie est interdite en vertu de lois applicables à d'autres communautés ou de lois civiles sur le mariage, les hommes se sont convertis à l'islam afin de faciliter leur mariage polygame (Sri Lanka, Malaisie, Gambie). Au Nigeria, les hommes mariés selon la Loi sur le mariage (le mariage est monogame, la bigamie est illégale) peuvent être déjà mariés ou peuvent, en toute impunité, se marier ensuite dans le cadre des lois coutumières ou musulmanes.

En Tanzanie, les lois reconnaissent les divers types de mariages (y compris les mariages musulmans et coutumiers). Toutefois, on tente d'empêcher les hommes d'utiliser ces systèmes à leur avantage en interdisant le cumul de la forme monogame et polygame du mariage.

Polygamie avec demande d'autorisation

Parfois, les décideurs politiques ont répondu à l'appel des femmes pour une interdiction de la polygamie en faisant valoir que la réglementation -mais pas l'interdiction- de la polygamie était une issue préférable au divorce. Cet argument ignore le fait que la loi pourrait plutôt rendre impossible le divorce

unilatéral et sans motif, ou, du moins, renforcer le droit des femmes à des compensations financières en cas de divorce.

Dans certains systèmes, le mari est tenu d'obtenir l'autorisation d'une autorité gouvernementale, tribunal ou organisme quasi-judiciaire, ou autre instance avant de pouvoir contracter un mariage polygame (Algérie, Bangladesh, Indonésie, Malaisie, Maroc, Pakistan, Singapour). Les conditions d'octroi de l'autorisation peuvent prendre appui sur l'autorisation de l'épouse/des épouses et/ou dépendent des « défauts » de l'épouse/des épouses existante(s), par exemple, l'incapacité d'accomplir ses « devoirs conjugaux », la stérilité, les malformations ou une maladie incurable, l'absence du pays d'origine ou l'aliénation mentale. Les systèmes autorisant facilement la polygamie pour ces motifs, mais ne permettant pas aux femmes de divorcer pour des motifs similaires, leur rendant ainsi le divorce très difficile, démontrent une conception très partielle des relations entre les sexes. À Singapour et au Maroc, le tribunal consulte à la fois les épouses existantes et les futures épouses pour que le mariage puisse se conclure.

Certaines lois peuvent également se concentrer sur les conditions que le mari doit remplir, par exemple, avoir les moyens financiers d'entretenir toutes les épouses (Indonésie, Malaisie, Maroc, Singapour). Les conditions relatives à l'époux, comme celle d'être en mesure d'offrir un « traitement équitable », se focalisent généralement sur la situation économique sans tenir compte des besoins sexuels et émotionnels des femmes. Cette lacune a conduit certaines militantes à appeler la polygamie la « ménopause forcée ».

Il y a des différences subtiles dans la façon dont les conditions sont libellées (la polygamie n'est autorisée que si ... « la polygamie n'est pas autorisée sauf si... »), mais les autorités ont, dans leur majorité, une interprétation très souple des conditions de la polygamie. La condition qu'un remariage soit « juste et nécessaire » (Bangladesh, Pakistan) aurait pu être un puissant outil de réglementation, mais il est plutôt utilisé pour justifier la polygamie pour le moindre motif. Dans certains cas, les autorités peuvent même accepter « l'échec » de l'épouse à donner un héritier mâle comme critère suffisant pour octroyer l'autorisation d'un mariage polygame (Bangladesh, Pakistan). Fait intéressant, les tribunaux de Singapour encouragent l'adoption d'un enfant plutôt qu'un deuxième mariage. Lorsque l'État exige le consentement de l'épouse/des épouses pour un remariage, cette obligation est rarement respectée. Ainsi, les épouses sont soit ignorées soit contraintes au consentement. L'avenir nous dira comment les tribunaux marocains appliquent dans la pratique l'exigence stricte contenue dans la nouvelle Moudawana à savoir que la polygamie ne peut être autorisée sans « qu'une justification objective et exceptionnelle » ne soit prouvée.

Rares sont les lois qui posent la condition de logements séparés comme préalable à la polygamie (Soudan). D'autres

systèmes permettent à une femme de saisir la justice pour s'assurer un logement séparé. Dans les deux systèmes, la définition de l'égalité de traitement et du logement séparé n'est pas toujours claire. Logement séparé peut signifier : des résidences distinctes dans des lieux différents ; des logements différents dans une résidence/cité unique ; des cuisines ou des chambres séparées avec des parties communes.

Lorsque la polygamie est autorisée mais réglementée, les sanctions pour violation de la procédure requise sont légères (amendes et/ou peines de prison légères ; paiement immédiat ou différé du mahr). Dans certains systèmes, le mariage demeure valide (en Algérie, après consommation, Bangladesh, Malaisie, Pakistan, Sri Lanka). Au Cameroun et au Sénégal, un homme ayant choisi la monogamie mais ayant contracté un mariage polygame risque une peine de prison si la femme dépose une plainte. De plus, le mariage ultérieur ne peut être enregistré et il est par conséquent invalide au regard de la loi. Dans certains systèmes autorisant la polygamie, la femme peut avoir un accès relativement facile au divorce (Maroc), mais, en général, le divorce est une maigre consolation. Si l'épouse demande le divorce au motif de polygamie, elle doit prouver le « préjudice » subi, aussi est-elle à la merci de la discrétion du juge.

Il est également important de savoir qui peut demander réparation lorsque les procédures n'ont pas été respectées. Les lois les plus favorables sont celles permettant aux premières épouses et aux suivantes de saisir la justice dans ces cas. La plupart des lois visant à réglementer la polygamie stigmatisent leur attention sur le droit des hommes à la polygamie plutôt que sur les droits des femmes dans le mariage. Dans la pratique, ces lois ne parviennent pas à garantir que les hommes exerçant le « droit » à la polygamie respectent en retour les droits des femmes qu'ils épousent.

Toute réglementation de la polygamie non adossée à des sanctions en cas de violation de la procédure requise offre peu de protection aux femmes, en particulier lorsqu'il s'agit de mariages polygames cachés.

Au Maroc, les tenants de la nouvelle Moudawana soutiennent que cette réglementation est si stricte que la polygamie sera impossible dans la pratique. L'époux doit non seulement prouver au tribunal qu'il a suffisamment de ressources pour subvenir aux besoins des multiples familles et garantir leurs droits à l'entretien, au logement et à l'égalité dans tous les aspects de la vie, mais il risque des sanctions pénales s'il communique au tribunal une fausse adresse de la première épouse. Il risque également des sanctions financières immédiates et lourdes si l'épouse refuse l'autorisation de remariage et si elle demande le divorce. Du point de vue de la procédure, cette forme de divorce est également beaucoup plus facile que le divorce pour d'autres motifs.

Réglementation minimale de la polygamie

Dans d'autres systèmes, aucune condition ne limite la polygamie. En revanche, ils comportent des procédures qui doivent être respectées afin de contracter un mariage polygame (par exemple, notifier le tribunal et/ou l'épouse/les épouses existante(s)). Au Sri Lanka, l'époux est requis d'aviser de son intention de contracter un mariage polygame le cadi de sa localité résidence, celui de la localité où vit/vivent son épouse/ses épouses, ainsi que le cadi de la localité où demeure la future épouse. Les cadis doivent ensuite afficher la notification dans toutes les mosquées des Jumma de leur localité ainsi que dans d'autres lieux publics.

Enfin, certains systèmes ne prévoient pas du tout de réglementation des mariages polygames et s'en remettent à la coutume et à la tradition (lois coutumières reconnues en Afrique de l'Ouest, lois musulmanes non codifiées en Inde).

Polygamie et contrats de mariage

Dans certains systèmes, le type de mariage (polygame/monogame) doit être stipulé dans le contrat initial de mariage. Lorsque le choix de la monogamie est fait, le type de contrat ne peut être modifié ultérieurement (Cameroun et Sénégal). Le code de la famille du Sénégal exige également que le nombre d'épouses soit précisé (une, deux ou plus de deux). Bien que la loi permette à l'époux de déterminer le nombre d'épouses auquel il aura droit, l'avis de la future épouse est important dans la pratique.

Presque toutes les lois élaborées dans le cadre des lois musulmanes permettent explicitement ou implicitement aux épouses d'ajouter des conditions au contrat de mariage y compris l'interdiction de la polygamie. Des femmes au Bangladesh, au Maroc, en Égypte et au Pakistan ont réussi à ajouter des conditions à leur contrat de mariage. En Algérie, même si une femme ne peut pas interdire dans le contrat de mariage la polygamie à son mari, elle peut engager une procédure à son encontre pour « préjudice » subi dans le cas où il se marie à nouveau.

Toutefois, les lois diffèrent quant aux options offertes à l'épouse dont le mari ne respecte pas l'interdiction contractuelle de la polygamie. Il n'est pas toujours évident pour la femme d'empêcher le remariage de son époux. Son droit se limite à demander le divorce après qu'il ait contracté un nouveau mariage. Au Sénégal et au Cameroun, tout mariage qui dépasse le nombre maximum d'épouses autorisé est invalide, au moins au regard de la loi. En revanche, en Algérie, au Bangladesh et en Iran, le mariage est néanmoins valide. La première épouse ne peut que demander le divorce et/ou le paiement du reliquat du mahr.

Les options contractuelles sont en outre limitées par le fait que les femmes ont peu de pouvoir sur la procédure de mariage. Peu de femmes ont le pouvoir social de choisir leur système de mariage et encore moins les conditions, le cas échéant, qui seront inscrites dans leur contrat de mariage.

Tendances

De manière générale, la polygamie semble être en déclin en raison des pressions socio-économiques et de l'action militante des femmes. Le code de la famille algérien grandement amendé et la nouvelle Moudawana marocaine ont introduit une plus grande réglementation, extrêmement stricte pour ce qui est de cette dernière. Les codes de la famille nouveaux ou amendés en attente d'adoption dans certains pays francophones d'Afrique de l'Ouest (Bénin, Guinée, Mali, Niger) visent tous à réglementer la polygamie.

Mais l'émergence de puissants groupes de pression religieux a ouvert le débat localement sur la polygamie et ses « avantages possibles ». Lorsque la polygamie est interdite, ceux qui préconisent son retour affirment que c'est un moyen légitime et utile de garantir la sécurité socio-économique des femmes (Tadjikistan, Ouzbékistan ainsi que chez les communautés migrantes en Europe et en Amérique du Nord). Dans l'Iran de la pré-révolution, un amendement de 1975 a tenté de réglementer la polygamie en exigeant que le mariage polygame revête le consentement de l'épouse/ des épouses existante(s) et en prévoyant des sanctions pour mariage forcé (jusqu'à six mois de prison). À cette période, la polygamie était considérée comme inacceptable dans la société. Dans la période post-révolution, la polygamie reste réglementée, mais les changements dans l'ensemble du climat social l'ont rendue plus acceptable.

La polygamie est un sujet de discorde entre forces politiques progressistes et rétrogrades en Égypte. En mai 1985, la Haute cour constitutionnelle égyptienne s'est attaquée à une loi d'urgence de 1979 contenant des dispositions concernant les droits des femmes au sein de la famille. Lorsque le gouvernement a adopté la loi portant sur l'amendement du Statut personnel (Loi N° 100/1985) qui révisait les lois de 1920 et 1929 sur le statut personnel, un grand nombre de dispositions positives de 1979 ont été incorporées à la nouvelle loi. Toutefois, la disposition de 1979 permettant aux femmes égyptiennes un accès automatique au divorce si le mari est polygame (au motif du préjudice subi), avait été abandonnée, apparemment comme concession aux conservateurs religieux. En Afrique de l'Ouest francophone, la réglementation prévue de la polygamie est considérée comme l'une des raisons qui a provoqué la controverse sur les nouvelles lois sur la famille par les groupes de pression religieux.

Les tendances en Asie du Sud-Est

En Malaisie, la Loi islamique de la famille - Islamic Family Law - de 1984 (territoires fédéraux) devait servir de modèle à chacun des treize États. Elle a ainsi assorti la polygamie de cinq conditions strictes devant être évaluées par la justice. Cependant, cet idéal a été constamment battu en brèche par les conservateurs religieux. La cinquième condition (il ne saurait y avoir baisse du niveau de vie de l'épouse existante et des personnes à charge) a été abrogée dans divers États tandis que la première condition (le nouveau mariage doit être « juste et nécessaire ») a été considérablement affaiblie par la phrase ainsi modifiée: « juste ou nécessaire ». Ce changement avait pour but d'annuler un arrêt de la Cour d'appel qui avait déclaré que chacune des cinq conditions devait être remplie séparément (Aishah Abdul Rauf contre Wan Mohd Yusof Wan [1990] 3 MLJ 1x, Commission de recours syariah de Selangor). La demande d'un homme au motif qu'il était susceptible de commettre un adultère a été rejetée comme « nécessaire » mais pas « juste ». En outre, la loi portant amendement de la Loi islamique de la famille de 1994 permet l'enregistrement des mariages polygames ayant été conclus sans l'obtention d'une autorisation judiciaire. Cela concerne les mariages contractés dans le sud de la Thaïlande et en Indonésie (souvent pour échapper à toute réglementation) et ceux célébrés officieusement en Malaisie. Bien que cela donne à la deuxième épouse et à ses enfants une certaine protection, celle contenue dans l'esprit de la législation initiale a été considérablement affaiblie. Les modifications apportées en 2003-2005 dans de nombreux États permettent également au tribunal d'ordonner le partage des biens acquis pendant le mariage grâce aux efforts conjoints des époux. La formulation neutre du point de vue du genre de cette disposition permet au mari de réclamer une partie des biens de son épouse (ou menacer de le faire).

Vers la fin de 2005, les protestations des organisations de femmes ont empêché la parution au journal officiel de la nouvelle loi dans les territoires fédéraux. Le débat est toujours en cours avec le gouvernement fédéral. Les organisations de femmes ont élaboré une loi musulmane de la famille entièrement nouvelle renforçant les conditions strictes contenues dans la loi de 1984. L'époux doit apporter plus d'éléments de preuve de sa capacité financière; le tribunal est habilité à assortir l'autorisation de la polygamie de toute condition qu'il juge nécessaire.

Certaines organisations musulmanes comme le Mouvement des jeunes musulmans de Malaisie (ABIM) organisent périodiquement des sessions de mariages arrangés pour les femmes chefs de famille. En 2000, un responsable du Parti islamique (PAS), qui a dirigé le gouvernement dans l'État de Terengganu, a proposé que les hommes soient encouragés à épouser les femmes chefs de famille. Dans sa proposition, les mariages monogames et polygames (avec les femmes chefs de famille) devaient faire l'objet de mesures incitatives comme le versement de subventions par l'État aux nouveaux couples. Son projet a été abandonné après avoir déclenché un scandale.

À Singapour, le tribunal sollicite l'avis de l'épouse existante et celui de la future épouse lors d'une demande de mariage polygame. Cependant, il arrive souvent que lorsque la future épouse découvre le(s) mariage(s) précédent(s) du futur mari, elle refuse de l'épouser. Contrairement à ceux de Malaisie, les tribunaux de Singapour ont appliqué les conditions d'autorisation de la polygamie de manière stricte. L'autorisation devient ainsi l'exception. Depuis quelques années, suite à la mise en service de navettes maritimes et à l'afflux d'investissements de Singapour vers les îles indonésiennes situées au sud de Singapour, des musulmans épousent des indonésiennes musulmanes dans le cadre de mariages polygames. Les femmes continuent à vivre en Indonésie tandis que leurs riches époux

singapouriens font la navette. Les autorités de Singapour n'ont pris aucune mesure pour limiter cette pratique.

En Indonésie, en plus des procédures d'autorisation de mariage polygame, la loi de 1983 (PP N° 10/83) exigeait des fonctionnaires et des membres des forces armées qu'ils demandent l'autorisation de leur hiérarchie. Cette mesure visait expressément à servir d'exemple au reste de la population. Selon la loi PP N° 45 de 1990, les femmes agents de la fonction publique n'étaient pas autorisées à être seconde, troisième ou quatrième épouse. Toutefois, ces dispositions sont devenues caduques au cours des dernières années et à mesure que le gouvernement indonésien subissait les pressions des forces religieuses de droite. En 2004, le ministère indonésien des affaires religieuses a publié un projet alternatif à la KHI (Compilation of Islamic Law). Le contre-projet proposait que la polygamie soit « haram li ghairihi », interdite en raison de ses excès. Autrement dit, la polygamie est préjudiciable aux femmes et aux enfants. Salué autant que controversé et critiqué, le contre-projet a été retiré par le ministère.

LOIS :

La Polygamie

Critères

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :
 - interdisent la polygamie, sanctionnent les époux polygames et les personnes qui célèbrent et/ou enregistrent des mariages polygames
- ☺ Les lois moins favorables sont celles qui :
 - annulent tout mariage conclu en violation d'un accord contractuel de monogamie ou de polygamie limitée; ou
 - subordonnent la polygamie à une procédure formelle d'autorisation et sanctionne le non-respect de la procédure; et
 - précisent les motifs de l'autorisation.Les lois encore moins favorables sont celles qui :
 - exigent une procédure formelle d'autorisation, mais ne précisent pas les motifs pour lesquels le mariage peut être empêché; ou
 - précisent les motifs d'empêchement d'un mariage mais ne prévoient aucun mécanisme procédural; ou
 - reconnaissent les accords contractuels de monogamie, mais ne proposent que la dissolution du mariage comme recours.
- ☺ Les lois les plus défavorables sont celles qui :
 - ne prévoient pas de procédure codifiée ni de mécanisme clair de recours pour la première épouse ou les suivantes.



Polygamie interdite

Tunisie : Selon l'article 18 du CSP, tout homme contractant un mariage polygame est passible d'une peine d'un an de prison ou d'une amende de 240.000 francs tunisiens ou des deux. Ces dispositions s'appliquent même si le nouveau mariage est enregistré et même si l'homme continue à vivre avec la première épouse. L'épouse qui, en connaissance de cause, contracte un mariage polygame est passible des mêmes peines. Mais les sanctions pour bigamie ne s'appliquent pas aux mariages violant l'interdiction de la polygamie (en revanche, elles s'appliquent à une femme ayant deux époux). En vertu de l'article 21, un mariage polygame est hors la loi, il peut être ainsi annulé soit par les conjoints, les tuteurs, les mères ou une instance juridique. Le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé mais la femme peut réclamer son mahr ; la paternité légale de l'enfant est reconnue; la femme est tenue d'observer le délai de viduité avant de se remarier. L'article 21 dispose que les conjoints qui continuent à vivre ensemble après que leur mariage ait été déclaré nul et non avenu sont passibles de 6 mois de prison.

Fidji, Inde (loi spéciale sur les mariages 1954), Gambie (Loi sur le mariage civil de 1938), Nigeria (mariages sous Matrimonial Causes Act-MCA, et loi sur le mariage de 1990), Turquie, Ouzbékistan, Kirghizie, Tadjikistan : Ces lois ont été influencées par la législation coloniale britannique, la législation soviétique et/ou le Code Napoléon. Les mariages polygames ne peuvent pas être enregistrés. Aucun droit n'est reconnu aux épouses suivantes. La polygamie, considérée comme bigamie, est illégale, elle est passible de lourdes sanctions. En Gambie, la bigamie est un crime passible de 5 ans de prison. Selon l'article 153 du CP de Kirghizie, la polygamie est passible d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à 5 ans. Bien que l'article 8 du code de la famille d'Ouzbékistan n'ait pas défini la polygamie, elle est néanmoins punissable en vertu de l'article 126 chapitre V du CP. Selon cette disposition, la polygamie ou la cohabitation avec deux femmes et plus dans le cadre d'un ménage commun, est passible d'une amende de l'ordre de cinquante à cent cinquante fois le salaire mensuel minimum, ou d'une peine de rééducation par le travail de trois ans ou encore d'une peine de prison de trois ans. La cour suprême de Turquie a déclaré que « les relations hors mariage sont illégales ». Les hommes doivent ainsi subir les conséquences de leurs actes illégaux (YHGK 1864/1962-4-8/46). La cour suprême a fondé cette opinion sur la loi sur les contrats, article 65.

NOTE : En Inde, en Gambie et au Nigeria, la polygamie est légale en vertu d'autres lois (lois coutumières et/ou musulmanes), les épouses dans les mariages polygames peuvent obtenir leurs droits auprès des tribunaux.

Liban : Selon la loi de 1948 relative au statut personnel des Druzes (article 10), la polygamie est interdite. L'article 9 de la loi sur le mariage civil de 1998, proposée par les militantes, mais jamais adoptée, aurait banni la polygamie. L'article 61 du projet de loi stipulait également que la paternité des enfants nés d'un second mariage illégal ne serait pas reconnue.

☺ **La polygamie est subordonnée à une autorisation officielle, l'autorisation est accordée pour des motifs précis ; le non-respect de la procédure est sanctionné**

Indonésie : Selon les articles 4 et 5 du **Marriage Act-MA** et les articles 56 et 57 de la Compilation of Islamic Law-**KHI**, la polygamie est autorisée par requête au tribunal. Le tribunal peut accorder l'autorisation si la femme n'est pas en mesure de remplir ses obligations sexuelles dans le cadre du mariage (devoirs de la femme), souffre de malformations physiques ou d'une maladie incurable ou si elle est stérile. L'article 5 exige (a) l'approbation de l'épouse/des épouses, (b) l'assurance que le mari pourvoie aux besoins des épouses et de leurs enfants et (c) la garantie que le mari soit juste envers les épouses et les enfants. Ces critères ne s'appliquent pas si l'avis de l'épouse ne peut être sollicité ou si elle a été absente pendant au moins deux ans. Selon l'article 13, un mariage en violation de cette procédure peut être empêché. Il n'y a pas de dispositions pour un divorce à la demande de l'épouse au cas où elle ne serait pas d'accord avec la décision du tribunal.

Malaisie : Selon l'article 23 du Islamic Family Law-IFLA, les mariages polygames requièrent l'autorisation écrite préalable du tribunal. Toutefois, si un mariage est valide selon Hukum Syara', le tribunal peut ordonner que le mariage conclu en violation de la procédure soit enregistré. L'article 23 énonce les détails de la procédure. L'article 23 (4) pose 4 conditions à la polygamie: (i) le mariage doit être juste et nécessaire [modifié par « juste ou nécessaire » dans la plupart des États] en raison, entre autres, de la stérilité, d'une infirmité physique, d'incompatibilité physique aux relations conjugales, refus de réintégrer le domicile conjugal ou la démence de l'actuelle épouse; (ii) le mari a les moyens d'assurer l'entretien de toutes ses épouses et personnes à charge comme l'exige Hukum Syara'; (iii) le mari est en mesure d'accorder un traitement égal à toutes ses épouses comme requis par Hukum Syara' ; (iv) le projet de mariage n'est pas une cause darar syarie préjudice ou danger à l'égard de la religion, la vie, du corps, de l'esprit ou des biens) à l'épouse/les épouses. Le mari doit également fournir des informations sur ses revenus, ses obligations financières envers les personnes à charge, y compris celles dont il sera responsable après le futur mariage. Le mari doit indiquer si la première épouse est consentante. Le tribunal auditionne le mari et l'épouse/les épouses. Selon l'article 23 (7), le mari est tenu de payer immédiatement la totalité du mahr ainsi que les cadeaux dus à l'épouse/aux épouses ainsi que les créances à recouvrer. Le mariage polygame conclu en violation de la procédure peut être enregistré après paiement d'une amende pour défaut d'autorisation du tribunal (amendement visant à protéger la nouvelle épouse). Le non-respect des procédures est passible de six mois de prison et d'une amende. Dans de nombreux États, les amendements de 2003-2005 ont ajouté l'article 23 (9) qui permet au tribunal d'exiger le paiement de l'entretien aux épouses existantes et d'ordonner le partage des biens acquis pendant le mariage grâce aux efforts conjoints des époux.

Maroc : L'article 39 (2) de la Moudawana prévoit que le mariage avec un nombre d'épouses supérieur au nombre légal autorisé constitue un empêchement temporaire au mariage. Selon les articles 57 et 58, un mariage empêché pour cette raison est nul et non avenu. S'il est consommé, le mahr dans ce cas est dû. Si la bonne foi est prouvée, cela se traduit aussi par la reconnaissance de la paternité. Selon l'article 40, la polygamie est interdite lorsqu'il existe un risque d'iniquité entre les épouses et quand la femme stipule la monogamie dans le contrat de mariage. Selon l'article 41, le tribunal ne peut autoriser la polygamie sans une justification exceptionnelle et objective; si l'homme ne dispose pas de ressources suffisantes à l'entretien des deux familles et pour garantir tous les droits à l'entretien, au logement et à l'égalité dans tous les aspects de la vie. Les articles 42-46 décrivent de façon détaillée la procédure d'autorisation judiciaire, y compris la notification de la première épouse et le consentement écrit de la future épouse.

L'article 44 dispose que le tribunal a en outre le pouvoir d'émettre d'autres conditions au bénéfice de l'épouse et des enfants. Selon l'article 45, si la première épouse refuse son consentement elle a automatiquement droit à une procédure sommaire de divorce. L'époux doit payer un montant correspondant à tous les droits de l'épouse et des enfants dans un délai de sept jours. Si elle ne demande pas le divorce, le tribunal applique la procédure de l'impossibilité de conciliation en vertu des articles 94 et 97. Selon l'article 44, si la femme ne reçoit pas la citation à comparaître parce que le mari a donné de fausses informations, ce dernier est passible des sanctions prévues par l'article 361 du Code pénal.

Bangladesh et Pakistan : l'article 6 du MFLO règlemente, mais n'interdit pas la polygamie. Il exige que le mari obtienne l'autorisation écrite de l'administration locale (du lieu de résidence de la première épouse et non de celui du mari) avant de pouvoir contracter un mariage polygame. Le mari doit convaincre la mairie qu'il a obtenu le consentement de son épouse, mais, l'autorisation peut lui être accordée même en cas de refus de l'épouse. En vertu de l'article 14 du MFLO, le mariage polygame doit être « juste et nécessaire ». Ainsi, il peut l'être si la première épouse ne peut pas avoir d'enfants, en cas de démence; de handicap physique, de son incapacité à avoir des relations sexuelles, ou de son refus de réintégrer le domicile conjugal après injonction. Des mises en demeure peuvent être demandées pour empêcher un mariage contracté en violation de l'article 6. Le Dissolution of Muslim Marriage-DMMA permet à une femme de demander la dissolution du mariage si le mari polygame ne la traite pas équitablement [Art. 2 (viii) (f)] ou s'il ne respecte pas la procédure requise [Art.2 (ii-a)]. Selon l'article 2 (ii-a), c'est à la première épouse ou celle qui vient après de saisir le Conseil pour tenter une action en justice contre le mari. L'article 6 (5) du MFLO prévoit que le non-respect de la procédure est passible du paiement immédiat de la totalité du mahr (différé ou immédiat) dû à l'épouse/aux épouses existante(s), d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à un an et/ou d'une amende. Les mariages en violation de la procédure restent valides.

Singapour : Pour contracter un mariage polygame, le mari est tenu de s'adresser à un tribunal islamique dit Syariah. Le tribunal doit mener une enquête afin d'évaluer la situation financière du mari, sa capacité à traiter équitablement ses épouses et dire s'il y a des avantages légitimes à cette union. Dans la pratique, le tribunal sollicite généralement le consentement de l'épouse existante et celui de la future épouse. La première épouse est tenue d'assister à la procédure. Il peut être fait appel de la décision du tribunal par l'un ou l'autre des conjoints.

Philippines : Selon l'article 27 du Code of Muslim Personal Law-CMPL, un musulman est autorisé à avoir plus d'une épouse s'il peut leur offrir l'égalité de présence et de traitement comme l'enjoint la loi islamique et même alors cette autorisation ne vaut que dans des cas exceptionnels. L'article 162 exige de l'époux qu'il notifie par écrit les tribunaux locaux de la Shari'a de son intention de contracter un mariage polygame. Une copie de cette notification est adressée à toutes les épouses. L'instance habilitée à statuer sur la demande (le conseil religieux d'arbitrage) dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider de « soutenir [ses] objections (celles de l'épouse) » au cas où elle en aurait ou de ne pas les soutenir. Seules les premières épouses peuvent porter l'affaire devant le tribunal local de la Shari'a. Le mari peut être condamné pour infraction s'il viole la procédure requise.

L'époux est tenu d'opter pour la monogamie ou la polygamie dans le contrat de mariage; les mariages ultérieurs contractés en violation de cette option sont nuls.

Sénégal : Selon l'article 134 et 130 (3) du Code de la famille, au moment de contracter un mariage, le mari doit décider si le mariage est monogame ou polygame. Dans ce dernier cas, il doit préciser s'il entend prendre deux ou plus de deux épouses. L'option de la monogamie ou celle de la polygamie limitée à deux épouses ne peuvent être modifiées ultérieurement. L'époux est tenu d'observer cette option toute sa vie, y compris après la dissolution du mariage pour lequel cette option a été prise. En vertu de l'article 133, si le mari ne précise pas son choix, il est présumé polygame. Il n'est pas tenu d'informer l'épouse de sa décision. L'article 141 (6) et (7) prévoit qu'un mariage conclu en violation de l'option de la monogamie ou dépassant le nombre d'épouses déclaré est annulé par le tribunal. Selon l'article 333 du Code pénal, la bigamie est passible d'une peine de prison et d'une

amende. Toutefois, la loi est souple car le tribunal ne peut agir que si l'épouse existante peut prouver l'enregistrement du nouveau mariage tandis que la nouvelle épouse n'a aucun recours.

Cameroun : Les lois relatives à la polygamie sont similaires à celles du Sénégal. Toutefois, si l'option de la polygamie est choisie, il n'est pas possible de fixer le nombre d'épouses dans le contrat. Lorsque le choix n'est pas précisé, les tribunaux présument que le mariage est polygame.

La polygamie est conditionnelle ; la dissolution du mariage est le seul recours pour les femmes.

Algérie : Dans l'article 8 du Code de la famille amendé, la nécessité d'obtenir l'autorisation du tribunal (du lieu de résidence du couple) est devenue plus explicite. Les motifs d'un mariage polygame doivent être justifiés. En outre, l'époux doit apporter la preuve qu'il a les moyens et l'intention de traiter les épouses de manière égale. Le mari doit informer les épouses existantes et futures dont le consentement doit être attesté par le juge. L'article 8 (bis) dispose qu'en cas de préjudice, une femme peut introduire une demande en dissolution. Si le mari ne respecte pas la procédure, le nouveau mariage est invalidé avant sa consommation. Le mari n'engage pas sa responsabilité pénale pour violation de la procédure. Selon l'article 53 amendé, l'épouse peut demander réparation pour préjudice subi.

Égypte : Selon l'article 11b de la loi N°100 de 1985, l'époux doit déclarer sa situation maritale dans le certificat de mariage. S'il est déjà marié, il doit fournir le(s) nom(s) et adresse(s) de l' de(s) épouse(s) existante(s). Le notaire doit les informer du nouveau mariage par lettre recommandée. La femme dont le mari prend une deuxième épouse peut demander le divorce au motif de dharar rendant impossible la poursuite des relations conjugales et si le juge ne réussit pas la conciliation. Le droit de l'épouse de demander ce type de divorce expire dans un délai d'un an à compter de la date où elle prend connaissance du nouveau mariage.

Yémen : En vertu de l'article 12 du code de statut personnel, la polygamie est autorisée à condition que le mari soit en mesure de traiter équitablement toutes les épouses, qu'il y ait des avantages légitimes à la future union, que le mari puisse subvenir aux besoins de plus d'une épouse et que l'épouse future et l'épouse existante soient toutes deux informées. Selon l'article 42(2), le mari n'est pas autorisé à exiger des épouses la cohabitation, à moins qu'elles n'y consentent. Ainsi, elles ont le droit de changer d'avis sur cette question à tout moment.

⊗ Réglementation faible de la polygamie

Iran : Le mari doit demander l'autorisation du tribunal ou celle de la première épouse. Le contrat universel de mariage reconnaît à l'épouse le droit de talaq tafwid dans le cas où le mari prend une seconde épouse sans le consentement de la première ou en raison de son incapacité à traiter les coépouses de manière égale. Les épouses suivantes peuvent également demander le divorce si le mari leur cache sa véritable situation.

Sri Lanka : Selon l'article 24 du Muslim Marriage and Divorce Act-MMDA, le mari doit informer les cadis du lieu où lui-même, l'épouse existante et la future épouse résident. La notification doit contenir le nom et adresse de l'époux et ceux des épouses. Le cadi doit afficher une copie de la notification dans les mosquées Jumma et dans d'autres lieux publics connus du lieu de résidence. Le non-respect de cette procédure oblige le greffier à refuser d'enregistrer le futur mariage. Le greffier (et toute autre personne qui l'aura aidé ou s'en sera fait le complice) qui enregistre un second mariage, en violation de cette procédure est passible d'une amende inférieure ou égale à cent roupies ou d'une peine de prison ne dépassant pas six mois, ou des deux (Art. 82). Le non-respect de la procédure n'affecte pas la validité du futur mariage. Même si la première épouse est informée du nouveau mariage, il n'y a rien qu'elle puisse faire pour l'empêcher.

Soudan : L'article 10 du MPLA confirme le droit des hommes à contracter des mariages polygames avec un maximum de quatre épouses. Le mari ne peut pas faire cohabiter ses épouses dans le même logement sauf si aucune objection n'est émise par la (les) première(s) épouse(s). Le mari n'est pas tenu de demander l'autorisation du juge. Cependant, la polygamie peut être explicitement interdite dans le contrat de mariage. Ainsi, si l'épouse ayant exercé ce droit dans le contrat revient sur sa décision par la suite, on suppose qu'elle l'a fait sous pression, le futur mariage peut être interdit. Mais il n'y a pas eu de cas connus sur ce point précis.

Tanzanie : En vertu de l'article 10 de la Loi sur le mariage, de 1971, le mariage sous lois musulmanes est présumé polygame ou potentiellement polygame (à moins qu'il soit précisé autrement dans les conditions ajoutées à l'acte de mariage). Selon l'article 15, un homme marié sous le régime de la monogamie ne peut contracter un autre mariage, et un homme marié sous lois musulmanes ne peut contracter par la suite un mariage monogame. Pour le mariage polygame, le consentement des épouses doit être sollicité. Le régime de mariage choisi au moment du premier mariage du mari ne peut pas être changé.

Nigeria : La polygamie est autorisée en vertu des lois musulmanes (avec un maximum de quatre épouses) et des lois coutumières (nombre illimité). Le mariage polygame ne fait l'objet d'aucune réglementation.

Gambie : les mariages coutumiers sont considérés de nature potentiellement polygames et reconnus en vertu de l'article 5 (1) des lois de l'Angleterre (décret d'application) ainsi que de la Constitution de 1997 du pays. Ces lois permettent à un homme d'épouser autant de femmes qu'il souhaite. Les mariages sous lois musulmanes sont considérés comme intrinsèquement polygames et permettent ainsi à un homme d'épouser un maximum de quatre épouses sans réglementation des conditions de la polygamie ou procédure à respecter. Les femmes ayant épousé un homme marié selon les lois coutumières ou musulmanes peuvent s'adresser au tribunal pour faire valider leur union. Cela leur permet de revendiquer leurs droits dans le mariage.

MISE EN ŒUVRE

L'État applique une réglementation stricte

Bangladesh : Un jugement de la Cour suprême de 1999 a fortement découragé la polygamie et a ordonné qu'une recommandation soit envoyée au ministère de la Justice afin qu'il puisse étudier l'éventuelle interdiction de la polygamie. La recommandation disait que le raisonnement utilisé en Tunisie pour l'interdiction de la polygamie pouvait s'appliquer au Bangladesh (Elias contre Jesmin Sultana, 51 DLR (AD) (1999)).

Cameroun : Dans l'affaire Che Maabo contre Che Maabo HCF/7mc/2m/98, une femme juge a rejeté l'idée que le mariage sans option indiquée soit présumé polygame. Elle a déclaré le mariage monogame même s'il avait été célébré selon la loi et la coutume autochtones et qu'aucune option n'avait donc été déclarée.

Malaisie : Une commission de recours statuant dans l'affaire Aisha bte Abdul Rauff contre Wan Moh'd Yusof (1990) 7 Jurnal Hukum JH 152, a souligné que toutes les conditions de la polygamie ont la même importance et doivent être examinées séparément. Les juges de la Shari'a ont le pouvoir d'accorder des biens matrimoniaux à la première épouse en cas de polygamie.

Nigeria : La justice confirme les droits des coépouses à l'égalité de traitement matériel et sexuel (au moins pour les deux nuits à consacrer à chaque épouse à tour de rôle).

Communauté palestinienne en Israël : Les autorités israéliennes ne veulent pas être perçues comme s'immisçant dans la question de la polygamie. Bien qu'illégal, les

tribunaux ont rarement appliqué les dispositions pénales concernant la polygamie.

Singapour : Les conditions financières sont rigoureusement examinées. Les hommes doivent produire leurs déclarations d'impôts sur le revenu et leurs bulletins de salaire. Si les critères de revenus ne sont pas remplis, la demande est rejetée. Les juges considèrent le traitement équitable comme le critère le plus important. Si une femme prouve que son mari a eu une aventure extra conjugale, la demande déposée par le mari afin de se marier avec ladite femme peut être rejetée en vertu de l'interdiction de la zina. Les tribunaux apprécient le « besoin légitime » lorsque la future femme est veuve avec des enfants, femme célibataire âgée ou convertie à l'islam.

La stérilité de la femme ne constitue pas un motif de délivrance de l'autorisation. Lorsque la femme est malade, le demandeur sera blâmé pour ne pas prendre soin d'elle, surtout si le couple est marié depuis un certain temps. Les restrictions à la polygamie sont rigoureusement appliquées car l'État ne soutient pas les familles nombreuses. Cette démarche a une dimension politique à Singapour parce que la plupart des musulmans ne sont pas chinois de souche.

Sri Lanka : Une enquête du Muslim Women's Research & Action Forum-MWRAF a montré que 83% des cadis estiment qu'il devrait y avoir une loi exigeant l'autorisation du cadi pour un mariage polygame. Les tribunaux défendent généralement le droit de l'épouse à un logement séparé mais le « logement séparé » n'est pas clairement défini. La jurisprudence avait accepté que la conversion d'un homme à l'islam était un moyen légitime de contracter un mariage polygame (AG contre Reid (1964) 4 MMDR 195). Toutefois, dans l'affaire Abeyundara contre Abeyundara (1997) SC Appn. N° 70/96, le deuxième mariage d'un homme qui s'est converti à l'islam pour échapper aux tracasseries des procédures de divorce contenues dans la loi générale, a été déclaré non valide.

L'État n'applique pas rigoureusement la réglementation.

Cameroun : Lorsque l'acte de mariage n'indique pas une « option de mariage », les tribunaux décident habituellement que le mariage doit être considéré polygame. La monogamie est supposée être l'exception. L'existence de femmes juges permet de changer cette conception.

Indonésie : Le tribunal peut décider si l'autorisation de l'épouse existante est nécessaire. Ainsi, le refus de l'épouse est parfois perçu comme un motif pour l'octroi d'une autorisation judiciaire au mariage polygame. L'absence d'une femme travaillant à l'étranger est également acceptée comme critère d'octroi de l'autorisation d'un mariage polygame. L'égalité de traitement est uniquement appréciée en termes financiers.

Malaisie : Les tribunaux partent du principe que le fait de subvenir aux besoins de la femme suffit à assurer qu'un mariage soit juste et équitable. À ce jour, aucun homme n'a été puni d'une peine de prison pour non-respect de la procédure requise. Beaucoup ont payé des amendes, mais la loi prévoit à la fois des amendes et des peines de prison.

Nigeria : Même lorsque les hommes se marient dans le cadre de la Loi sur le mariage (c'est-à-dire le mariage monogamique) sont déjà mariés ou s'ils contractent un nouveau mariage (généralement sous lois musulmanes ou coutumières, s'ils sont chrétiens), ils ne sont pas poursuivis pour bigamie.

Philippines : La loi ne définit pas le « traitement juste ». Les critères de la polygamie ne sont pas clairement définis. Il y a eu des cas où une mammectomie a été acceptée comme motif juste. Bien que le mari soit tenu d'en aviser par écrit les tribunaux de la Shari'a, cette obligation est rarement observée parce que les tribunaux sont trop éloignés ou que les maris choisissent de ne pas informer les épouses.

PRATIQUES

La polygamie continue malgré la réglementation ou l'interdiction absolue

Gambie : La polygamie est très répandue. En 1993, le recensement de la population et du logement établi par la direction centrale des statistiques (CSD) a montré que 42,3% des personnes mariées (48% des femmes et 33,3% des hommes) âgées de 15 ans et plus appartenaient à un mariage polygame. La polygamie est plus fréquente dans les zones

rurales (53,3% de femmes et 38,3% d'hommes) que dans les zones urbaines (37,8% de femmes et 25,3% d'hommes) (CSD 1993, 26-27). La polygamie semble être inversement proportionnelle au niveau d'instruction, en particulier chez les femmes. Un peu plus de la moitié des femmes sans instruction se retrouvent dans des unions polygames; 35,1% des femmes ayant le niveau primaire, 23,9% des femmes ayant le niveau secondaire et 16,3% des femmes ayant fait des études universitaires sont dans le même cas (CSD 1993, 29). Cette tendance est la même dans les zones rurales et urbaines (CSD 1993, 29). La seule exception peut être notée chez les hommes et les femmes ayant un niveau universitaire dans les zones rurales (les deux groupes augmentent par rapport aux sans instruction primaire et secondaire) (CSD 1993, 31). Il se peut que dans les zones rurales les femmes ayant un niveau d'instruction universitaire soient « non mariables » et doivent donc transiger et accepter une union polygame. Il semble y avoir une corrélation négative entre polygamie et profession libérale ou poste élevé, en particulier pour les femmes. Près de 5% des femmes et 9,1% des hommes qui sont dans des unions monogames occupent des postes de direction ou exercent des professions libérales, avec seulement 1,3% des femmes et 7,4% d'hommes polygames dans ces professions. Ces conclusions suggèrent que les femmes jouissant de moyens socio-économiques choisissent le plus souvent de ne pas s'engager dans des mariages polygames ni d'y rester.

En Gambie, la plupart des hommes engagés dans des unions polygames ne sont pas économiquement et financièrement en mesure d'entretenir plus d'une femme. Toutefois, les hommes justifient cette pratique en affirmant : « l'islam me donne le droit d'avoir jusqu'à quatre épouses. » Les chrétiens contournent les poursuites judiciaires punissant la bigamie en se convertissant à l'islam. La bigamie fait autrement l'objet de poursuites judiciaires. Bien que les épouses ne soient généralement pas consultées au sujet de la polygamie, les maris peuvent offrir des cadeaux à la première épouse pour qu'elle accepte la nouvelle situation. Lorsque la femme s'y oppose, cette objection peut conduire à un divorce engagé à la demande du mari. Si la femme refuse de vivre avec une seconde épouse, elle peut quitter le domicile conjugal et négocier. Le Gambian Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children - GAMCOTRAP cite une recherche estimant que vingt pour cent des femmes sont engagées dans des unions polygames où elles assurent leur entretien et celui de leurs enfants.

Malaisie et Singapour : Dans de nombreux cas, lorsque le tribunal refuse d'accorder l'autorisation d'un mariage polygame, les hommes se rendent dans un autre État (plus laxiste) pour se marier ou vont dans le sud de la Thaïlande ou en Indonésie pour y conclure un mariage polygame. Les mariages en dehors de la juridiction compétente ne sont généralement pas enregistrés. À Singapour, des premières

épouses ont informé le tribunal que leurs maris avaient menacé de les divorcer si elles ne consentaient pas à un nouveau mariage.

Maroc : Étant donné que 86% des femmes sont analphabètes, peu d'entre elles sont en mesure d'exercer le droit contractuel d'imposer un mariage monogame.

Nigeria : Les mariages polygames semblent être plus nombreux dans les couches aisées, dans les zones rurales et dans les communautés musulmanes. Cependant, la polygamie est répandue dans toutes les régions du Nigeria et toutes les couches de la population. Beaucoup d'hommes (quelle que soit leur appartenance religieuse) supposent que les hommes sont « naturellement » polygames et, par conséquent, ont le droit de pratiquer des mariages ou d'avoir des liaisons polygames. Dans certaines couches des communautés musulmanes, le droit de conclure un mariage polygame est considéré comme quasi-obligatoire pour tout « bon musulman », surtout s'il est également membre de la sarauta (classe dirigeante précoloniale hausa). Le consentement de la ou des femme(s) n'est pas obligatoire. Même si le fait d'informer les épouses existantes soit jugé courtois, il n'est pas obligatoire. Ainsi, les femmes ne se rendent compte qu'elles ont une nouvelle coépouse que lorsque cette dernière arrive au domicile conjugal (ou lorsque des chambres sont en cours de construction ou de rénovation).

Sénégal : Lorsque les hommes ne respectent pas l'option prise lors du premier mariage, le nouveau mariage n'est ni célébré ni enregistré auprès des instances de l'État. Généralement, l'option de la monogamie est violée par un second mariage contracté à la mosquée (c'est-à-dire, un mariage non enregistré). Aux yeux de la communauté musulmane, ce second mariage a autant, sinon plus, de valeur que le mariage civil.

Afrique du Sud : La polygamie est pratiquée dans toutes les classes sociales. Pour de nombreuses femmes appartenant à la classe ouvrière, l'engagement dans une union polygame est un moyen de s'assurer un soutien financier. Dans les classes moyennes supérieures, les hommes s'engagent parfois dans un mariage polygame sous prétexte que mettre fin au premier mariage peut causer des souffrances injustifiées à la première épouse. Ils contractent souvent un mariage polygame à l'insu de la première épouse ou des épouses suivantes. (Cela est possible lorsque les épouses vivent dans différentes régions du pays et c'est plus facile parce que l'État ne reconnaît pas officiellement les mariages musulmans.)

Soudan : Les maris demandent rarement l'autorisation de l'épouse.

Tadjikistan : Malgré l'interdiction légale, la polygamie est devenue plus répandue depuis la guerre civile et les troubles

de 1992. En plus de l'impact de la crise économique, l'influence croissante de l'extrémisme politico-religieux sur l'opinion publique (concernant les rôles des femmes) a fait que l'opinion accepte que des hommes riches puissent avoir plus d'une épouse. Il n'existe pas de données officielles parce que la pratique est encore illégale. En 1999, au moment du débat sur l'avant-projet de code de la famille, le Parlement a discuté de la légalisation de la polygamie. Les femmes engagées dans des unions polygames ont soutenu la reconnaissance de la polygamie comme forme de protection pour elles-mêmes et leurs enfants et pour obtenir leurs droits dans le cadre de la loi.

Ouzbékistan : En dépit de l'interdiction légale, la polygamie continue (elle a même continué sous le régime soviétique), demeure socialement acceptable et n'est pas punie. La polygamie reçoit un certain soutien public et a été largement débattue dans les médias comme solution au « problème des femmes célibataires ». Il s'agit du phénomène des femmes célibataires parce qu'elles ont fait des études supérieures ou poursuivent une carrière et sont alors incapables de trouver un homme prêt à les épouser. L'acceptation sociale de la polygamie est, par conséquent, fondée sur l'idée qu'il n'est pas convenable pour les femmes de rester « sans homme. »

La monogamie N'EST PAS contre l'Islam : Coalition pour les droits de la femme dans l'Islam

Le 18 mars 2003, la Coalition pour les droits de la femme dans l'Islam a publié le communiqué de presse suivant. La coalition comprend : Sisters in Islam (SIS), All Women's Action Society (AWAM), Persatuan Isteri dan Keluarga Polis (Perkep), Persatuan Suri dan Anggota Wanita Perkhidmatan AWAM (Puspanita), Persekutuan Pertubuhan-Pertubuhan Wanita Malaysia (NCWO), Persatuan Pekerja Wanita (PERWANIS), Wanita Perkim Kebangsaan, Wanita Inovatif Jayadiri (WIJADI), Women's Aid Organisation (WAO), Women's Candidacy Initiative (WCI), Women's Centre for Change (WCC) et Wanita Ikram.

La Coalition pour les droits de la femme dans l'Islam regrette la réaction des muftis et d'autres personnes s'opposant à notre campagne en faveur de la monogamie [lancée le 16 mars 2003]. Notre initiative a été mal comprise et mal interprétée. Permettez-nous de clarifier notre position:

- Nous croyons que la pratique de la monogamie est conforme au Hukum syarak (Shari'a).
- Nous croyons que la polygamie n'est autorisée que dans des situations très exceptionnelles.
- Nous croyons que la monogamie est le régime idéal de mariage en islam. La Sourate an-Nissa 4:3: dit: « Si vous craignez de ne pas être en mesure de traiter avec justice (vos épouses), alors n'en épousez qu'UNE ».
- Nous n'appelons pas à l'interdiction de la polygamie.
- Nous demandons que les femmes qui ne peuvent pas vivre dans une union polygame puissent avoir le choix de mettre fin à ce mariage. Dans un hadith authentique, le prophète Mahomet (QSSL) a interdit à son gendre Ali ibn Abi Talib (ra) d'épouser une autre femme, à moins qu'Ali ne divorçât d'abord de la fille du Prophète, Fatima. Une arrière-petite-fille du Prophète (QSSL), Sakinah binti Hussein, petite-fille d'Ali et de Fatima, a inclus diverses conditions dans son contrat de mariage, y compris la condition que son mari n'ait pas le droit de prendre une autre épouse durant leur mariage.

Nous demandons au ministère des affaires religieuses et aux tribunaux de la Shari'a de mettre en place les procédures suivantes pour veiller à ce que la pratique de la polygamie dans ce pays réponde aux exigences de la justice dans l'Islam :

- La création d'un registre national informatisé des mariages et des divorces musulmans afin de permettre à la femme de connaître la situation maritale de l'homme qu'elle est sur le point d'épouser.
- La femme ayant choisi d'accepter le mariage polygame doit recevoir sa part des biens matrimoniaux. Des arrangements équitables et applicables pour l'entretien de l'épouse et des enfants doivent être conclus avant l'enregistrement ou l'autorisation d'un mariage polygame.
- L'accord ta'liq standard doit inclure la possibilité pour l'épouse d'avoir le droit au divorce si son mari prend une seconde femme. Les procédures de mut'a, de harta sepencarian et d'entretien pour

les enfants doivent également être facilités pour éviter des retards injustifiés qui causent des difficultés à l'ex-épouse et aux enfants.

- Le tribunal doit établir une procédure claire visant à une application rigoureuse des quatre conditions de la polygamie contenues dans la loi islamique de la famille en vigueur. Des documents et d'autres éléments prouvant que la demande d'un mariage polygame remplit les quatre conditions suivantes doivent être exigés :
 - Le futur mariage est juste et nécessaire ;
 - La capacité financière du mari d'entretenir les personnes à charge existantes et futures ;
 - La capacité d'accorder un traitement égal à toutes les épouses ;
 - Le mariage projeté ne sera pas cause de darar syarie et ne causera pas de préjudice à la femme s'agissant de la religion, de la vie, du corps, de la raison, du moral ou des biens.

Le tribunal doit s'assurer qu'aucune demande de mariage polygame ou d'enregistrement d'un mariage polygame illégal ne soit déposée à l'insu de l'épouse existante.

Le formulaire de demande de mariage polygame doit être modifié afin qu'il soit clair qu'il s'agit d'une demande de polygamie et non pas d'une demande de mariage comme c'est le cas aujourd'hui.

Depuis 1996, Sisters in Islam et d'autres organisations de femmes ont présenté au gouvernement quatre longs mémorandums sur la réforme du droit islamique de la famille pour veiller à ce que justice soit rendue aux femmes musulmanes. Malheureusement, sept ans ont passé sans guère de réponse positive.

Il est temps que le gouvernement rencontre les organisations de femmes afin de trouver des solutions aux problèmes auxquels les femmes sont confrontées depuis si longtemps dans le système syariah.

Tout est bien qui finit bien.

Extraits d'un message diffusé par Sisters in Islam le 31 mars 2003 :

« La nouvelle Coalition pour les droits de la femme en Islam menant campagne pour la monogamie a été touchée par des missiles lancés par certaines personnalités clés appartenant à l'autorité religieuse, par des femmes chercheurs et les sections féminines d'organisations islamistes, notamment Wanita JIM et Wanita Keadilan. Une plainte a été également déposée auprès de la police contre SIS et la Coalition, nous accusant d'avoir insulté l'islam.

On a exigé de nous que nous mettions fin à la campagne car elle irait à l'encontre de Hukum Syarak et elle saperait la foi des musulmans.

Nous avons tout fait pour remonter les informations à des personnalités clés, notamment tous les muftis, le Premier ministre et les membres du gouvernement, afin qu'ils comprennent les objectifs de notre campagne et se rendent compte que nous n'avons rien dit ni demandé qui soit nouveau ou radical en islam. Notre campagne s'inspire de la tradition islamique parfaitement documentée. Toutes ces attaques contre nous et contre la Coalition pour les droits des femmes en islam ont fait oublier le large soutien que nous avons reçu de la part des principales organisations de femmes, notamment le Conseil national des organisations de femmes et de tous les grands partis politiques, à l'exception du PAS et Keadilan. Vingt-neuf organisations sont montées sur scène pour recevoir des mains de Datin Seri Endon Mahmood (épouse du vice-Premier Ministre) les autocollants de la campagne (1 mari = 1 femme ; la monogamie est mon choix ; si vous craignez d'être injuste, n'en épousez qu'UNE). Le

lancement de la campagne était très réussi. De même, après les manchettes de la presse exigeant l'arrêt de notre campagne, de nombreuses personnes, y compris des premières épouses, nous ont téléphoné et envoyé des e-mail pour nous exprimer leur soutien ».

Nous avons eu une excellente réunion le lundi 24 mars avec le ministère fédéral des affaires religieuses, Jakim et son directeur général, Datuk Shahir Abdullah. Nous lui avons remis cinq dossiers traitant de tous les aspects de la campagne pour la monogamie. Datuk Shahir a finalement déclaré que la campagne pour la monogamie n'était pas contre le Hukum Syarak. Le mardi, il a participé à l'émission Wanita Hari Ini (Femmes aujourd'hui) de TV3 afin d'expliquer la pratique de la polygamie en islam : ce n'est pas un droit des hommes, mais une pratique autorisée dans des circonstances très exceptionnelles ! Il a également dit que les hommes qui prennent des secondes épouses ne peuvent pas utiliser le prétexte de venir en aide à ces femmes si le mariage polygame cause des injustices et des souffrances à la première épouse. Son intervention était brillante.

Plus important encore, sur le long terme, nous espérons travailler en étroite collaboration avec Jakim sur les questions des femmes et de genre et sensibiliser les fonctionnaires du ministère des Affaires religieuses et d'autres organismes gouvernementaux aux droits des femmes en islam.

Ils ont également convenus d'étudier notre proposition d'inscrire la polygamie comme motif de divorce dans l'acte de ta'liq. Le 25 mars, ils nous ont demandé de leur transmettre les lois des différents pays arabes qui permettent cela ainsi que de la documentation sur le sujet, ce que nous avons fait. Nous ne nous attendons pas à un changement immédiat, mais c'est un début prometteur. Nous leur avons signalé que même le cheikh d'Al-Azhar (à cette époque, il était Mufti d'Égypte.) avait appuyé la campagne menée par des organisations de femmes égyptiennes en faveur d'un contrat de mariage comprenant le droit au divorce si le mari prend une deuxième épouse.

Inutile de dire que ces résultats nous ravissent. Il s'agit d'un tournant dans la lutte pour les droits des femmes musulmanes en Malaisie. Nous espérons et nous prions pour que ces annonces soient l'expression d'un changement apparent de mentalité au sein de l'autorité religieuse fédérale et d'un engagement conscient de développer un Islam plus progressiste en Malaisie.



TYPES DE MARIAGE : MUT'A, CONCUBINAGE ET MARIAGE SELON LA COMMON LAW

Introduction

Les mariages mut'a sont des unions contractées pour une période prédéterminée allant d'un jour à 99 ans. Ils sont donc parfois appelés « mariages temporaires ». Ce type de mariage n'est pas reconnu par les écoles sunnites. Dans les écoles chiïtes, les mariages mut'a exigent la fixation du mahr, l'épouse y a le droit à l'entretien, la paternité et les droits à l'héritage des enfants sont reconnus. Cependant, les époux ne peuvent pas hériter l'un de l'autre ; l'une ou l'autre partie peut rompre le contrat selon son gré. La femme n'a pas besoin d'observer l'idda (délai de viduité).

Historiquement, le mariage mut'a était limité aux communautés chiïtes. Mais la pratique s'est récemment étendue à d'autres communautés, notamment sous l'influence des extrémistes politico-religieux (en Algérie, par exemple) et parmi les jeunes issus des bourgeoisies urbaines dans certains pays (Afrique du Sud). Au cours de ces dernières années, une pratique connue sous le nom de mariage misyar (union le temps du voyage) s'est popularisée chez les communautés sunnites en Arabie Saoudite et à Bahreïn, ce qui n'est pas sans rappeler le mariage mut'a, bien que dans ce cas, la femme est généralement d'accord pour renoncer à toutes les compensations financières, y compris l'entretien.

Les femmes peuvent contracter un mariage mut'a pour obtenir le statut d'épouse, un soutien économique, légitimer une relation sexuelle non destinée à aboutir à un mariage permanent ou y recourir de façon récurrente comme travail sexuel. Le mariage mut'a est souvent considéré comme préférable aux relations sexuelles hors mariage. Le mariage mut'a peut être également utilisé dans les régions où existe une stricte ségrégation des sexes pour légitimer et faciliter les relations sociales (Bahreïn, Iran). Lorsqu'il est utilisé de cette manière, le mariage mut'a renforce la ségrégation et son corollaire, les restrictions imposées à l'accès des femmes à la vie publique. La stigmatisation sociale liée au mariage mut'a, ajoutée à la non-reconnaissance officielle de la pratique (à l'exception de l'Iran), a forcé ses adeptes à la pratiquer de manière informelle et sans réglementation.

Incidences sur les droits

Les avantages et/ou les inconvénients éventuels pour les femmes ainsi que les incidences sur les droits que comporte le mariage mut'a sont au centre d'une vaste controverse.

Certains font valoir que lorsque les femmes ont une position sociale relativement forte, la possibilité de déterminer la durée de la relation et d'avoir l'égalité des droits à la dissolution de cette relation peut être attrayante. C'est particulièrement vrai s'il y a une sévère condamnation sociale, voire pénale, des relations hors mariage. Pourtant, même si certains affirment que le mariage mut'a sert à reconnaître la sexualité des hommes et des femmes et à fournir un exutoire à sa réalisation, d'autres soutiennent que le mariage mut'a renforce simplement l'idée que tout comportement sexuel doit être réglementé par le mariage (qu'il soit permanent ou temporaire).

D'autre part, le mariage mut'a est critiqué car il légitime des relations sexuelles « illicites » qui autrement ne seraient pas autorisées par la loi. Il renforce également la conception d'une liberté d'action réduite pour les femmes lorsqu'elles sont contraintes d'utiliser le mariage mut'a afin de faciliter leurs déplacements à l'étranger, notamment pour le hajj (les femmes ne sont pas autorisées à voyager non accompagnées pour accomplir le hajj).

Enfin, certains prétendent que le mariage mut'a est essentiellement un contrat de location des services sexuels d'une femme (mahr donné pour une relation à durée déterminée). Dans ce cas, le mariage mut'a renforce la conception patriarcale du corps des femmes et de leur sexualité. En effet, n'ayant aucune durée minimum déterminée, le mariage mut'a peut donc être utilisé pour donner une sanction religieuse au travail du sexe, c'est pourquoi de nombreuses femmes trouvent le mariage mut'a moralement inacceptable.

LOIS : Mut'a

Critères

En raison de l'analyse contradictoire du mariage mut'a et de ses implications en matière de droits pour les femmes, nous n'avons pas pu classer les dispositions relatives à la mut'a des plus aux moins favorables.

Reconnu par la loi

Iran : l'Iran est le seul pays à reconnaître les mariages mut'a comme valides. Ce mariage a été interdit en 1932, mais à nouveau légalisé à la suite de la révolution de 1979 comme mesure visant à combattre la « corruption morale ». En 1990, le président Rafsandjani a déclaré que les couples n'étaient pas tenus de déclarer le mariage mut'a. Autrement dit, une cérémonie privée, sans témoins est valable. Un contrat type existe, mais les couples ne sont pas légalement tenus de faire enregistrer les mariages mut'a.

Explicitement interdit par la loi

Maroc : Conformément à l'article 11 de la Moudawana, le mariage subordonné à une condition ou à un délai n'est pas valide.

Sénégal : Les mariages expressément prévus pour une période limitée ne sont pas valides.

La loi ne le mentionne pas

Algérie, Malaisie, Singapour, Philippines, Sri Lanka, Tunisie, Yémen : Il n'y a pas de dispositions concernant la mut'a dans la loi.

Bangladesh : Tout mariage dans le cadre du MFLO est considéré comme un contrat permanent. La jurisprudence est ferme : pour être exécutoire aux yeux de la loi, un mariage doit être enregistré. Cependant, les tribunaux reconnaissent un mariage verbal lorsqu'il y a d'autres preuves à l'appui de son existence.

Pakistan : La loi ne reconnaît pas la mut'a. Depuis l'islamisation (après les années 1970) et l'adoption de l'ordonnance Zina en 1979, les deux partenaires dans toutes les unions non reconnues comme valides risquent des poursuites et de lourdes sanctions. Dans certains cas, rares, les tribunaux ont reconnu la validité de mariages non écrits, non enregistrés, conclus sans témoins afin d'éviter à un couple des sanctions.

PRATIQUES

Bahreïn : les mariages mut'a sont pratiqués chez les Bahreïnis chiites. Les femmes luttent ainsi pour l'accès aux mêmes droits que ceux dont jouissent les femmes dans un mariage ordinaire. La pratique du misyar (union le temps du voyage) est de plus en plus pratiquée chez les sunnites.

Gambie et Nigeria (communautés musulmanes) : Les mariages de complaisance se font au gré des individus. Les femmes peuvent conclure ces unions dans le but d'obtenir un visa ou pour avoir le droit d'accomplir le hajj (l'Arabie saoudite exige des hadjis femmes d'être accompagnées de leur mari ou de membres de la famille).

Indonésie : la mut'a est de plus en plus répandue dans le nord et le centre de Java où de nombreux étrangers travaillent. Ils épousent temporairement des femmes du pays car, en tant qu'étrangers, ils ne sont pas autorisés à posséder des terres.

Iran : Sous le Shah, la loi sur la protection de la famille de 1967 ne mentionne pas la mut'a. Ainsi, cette pratique a été perçue par la population comme ayant été interdite, ce qui a entraîné une baisse générale de cette pratique. Toutefois, la mut'a a continué à être pratiquée chez les traditionalistes religieux. Depuis 1979, elle connaît un certain regain, mais elle reste socialement marginale et stigmatisée. Dans la plupart des cas, seules les jeunes femmes divorcées appartenant aux classes inférieures (et des femmes de la classe moyenne) pratiquent le mariage mut'a. Souvent, elles le contractent pour pallier l'absence de soutien social et/ou de logement. Des recherches ont révélé que le mariage mut'a se faisait souvent à l'initiative des femmes. Pourtant, la plupart des femmes semblent percevoir la mut'a comme une prérogative masculine.

Malgré une solide reconnaissance officielle (en termes de reconnaissance de la sexualité des hommes et des femmes et la nécessité de leur satisfaction), la désapprobation sociale fait que le mariage mut'a est rarement enregistré. Peu de femmes choisissent de signer un contrat de mariage temporaire. Les contrats sont utilisés plus couramment dans les villes et par les hommes des classes moyennes.

Même si la loi reconnaît le droit à la paternité des enfants nés d'une union mut'a, le statut social réel des enfants dépend de la façon dont le père les traite.

En outre, les familles peuvent arranger des mariages mut'a pour faciliter les relations sociales entre les amis proches et les familles, à la maison et à l'extérieur.

Pakistan : la mut'a est très rare chez les chiites (environ 12% de la population du Pakistan).

Arabie saoudite : Fermement opposées au mariage mut'a comme une aberration chiite, les autorités saoudiennes semblent néanmoins fermer les yeux sur la pratique croissante du mariage misyar (union le temps du voyage). En pratique, en Arabie saoudite, un mariage misyar n'est généralement pas célébré ni même reconnu publiquement bien que la famille proche d'une femme en connaisse l'existence. La femme reste dans sa famille mais le mari, qui peut résider dans une localité différente, lui rend visite. Le mari n'a aucune responsabilité financière envers elle tandis que l'épouse ne réclame aucun droit à la succession ou à l'entretien. Dans de nombreux cas, il est également entendu que la femme va éviter toute grossesse. Les avantages et les inconvénients du mariage misyar sont ouvertement débattus dans les médias saoudiens. Ceux qui défendent la pratique soutiennent qu'elle régularise l'activité sexuelle tandis que ceux qui s'y opposent disent qu'elle permet l'activité sexuelle en dehors du mariage normal.

CONCUBINAGE

Introduction

Le terme « concubine » est une référence historique à la femme esclave qui a été utilisée à des fins sexuelles. Aujourd'hui, le terme peut être utilisé pour parler d'une maîtresse qui est entretenue par un homme sans la prétention qu'elle et lui forment un couple. La différence entre les concubines dans l'histoire et les maîtresses d'aujourd'hui réside peut-être dans le fait que, dans l'histoire, les concubines avaient un statut public symbolique tandis que les maîtresses d'aujourd'hui ont tendance à être moins ouvertement reconnues.

Le statut de maîtresse est universellement réprouvé et rejeté par la société. Pourtant, les épouses ont peu de pouvoir réel pour empêcher leur mari d'en avoir une.

En **Gambie et au Nigeria**, par exemple, il est notoire que la plupart des hommes, toutes classes confondues, ont des maîtresses. Cette pratique est plus fréquente chez les chrétiens et les traditionalistes. Les musulmans satisfont peut-être des désirs similaires par le biais de la polygamie.

Au **Nigeria**, les émirs (descendants de la classe dirigeante pré coloniale) ont encore des concubines au foyer. Certaines de ces femmes détiennent plus de pouvoir formel que les épouses légales. En effet, elles ont parfois le pouvoir par rapport aux épouses légales (elles contrôlent l'accès à l'émir, par exemple). Toutefois, en raison de l'influence conjugquée (et dans ce cas, mutuellement renforcée) de « l'occidentalisation » ou de la modernisation et de l'islamisation, cette pratique est en voie de disparition.

Au **Sri Lanka**, l'ancien code musulman de 1806 reconnaissait la légalité du « concubinage » c'est-à-dire le fait de posséder des femmes à des fins sexuelles. L'actuel MMDA ne reconnaît pas les relations sexuelles hors mariage, notamment ce qui s'appelle aujourd'hui avoir une maîtresse.

MARIAGES SELON LA COMMON LAW

Introduction

Les mariages dans le cadre de la Common Law sont des relations où des individus vivent ensemble sans cérémonie de mariage pendant une longue période et forment ce qui équivaut à un ménage qui donne lieu à des droits et obligations entre les « conjoints ». Parfois, la communauté et la loi reconnaissent les droits et obligations découlant de ces relations et parfois elles ne le font pas.

Les systèmes fondés sur les lois musulmanes ont des dispositions diverses concernant la validité des mariages non enregistrés (voir Enregistrement et validité, p. 135). Cependant, peu de systèmes reconnaissent un mariage où le couple n'est pas en mesure de fournir une quelconque preuve tangible de son union ou une quelconque trace de célébration officielle ou reconnue comme telle par les familles des personnes concernées.

Les mariages sous la Common Law existent chez certaines communautés non-musulmanes au **Soudan**. Aux **Philippines**, si le code du statut personnel musulman n'en parle pas, le Code civil, lui, protège le régime des biens des unions sans mariage, pourvu que l'homme et la femme soient en capacité de se marier.

Les épouses de facto à **Fidji** (y compris celles dont le mariage n'a pas été enregistré) n'ont pas droit à l'entretien, aux biens matrimoniaux ou à la retraite de l'époux. Elles ne peuvent demander l'application de l'ordonnance de non molestation prévue dans la loi.

Avant l'islamisation des années 1970, les couples au **Pakistan** pouvaient vivre ensemble sans cérémonie formelle de mariage, bien que cela ne soit pas socialement accepté. Depuis l'Ordonnance sur la Zina de 1979, les couples dans cette situation risquent d'être dénoncés à la police par des tiers et, par conséquent, se voir infliger de lourdes sanctions pénales.

7

L'ENTRETIEN

Introduction

Tous les systèmes juridiques couverts dans ce manuel (aussi bien ceux basés sur les lois musulmanes que sur d'autres sources) ont des dispositions qui obligent le mari à fournir une pension alimentaire à son épouse durant le mariage. Dans certains systèmes, les deux époux partagent de façon égale l'obligation de s'entretenir l'un l'autre mutuellement (Fidji, Turquie). Dans d'autres, l'épouse peut partager le devoir d'entretien de la famille, mais a une obligation moindre (Sénégal).

Dans les lois musulmanes, le terme nafaqa renvoie à l'entretien et certaines lois le définissent précisément en y incluant l'alimentation, l'habillement, le logement, les traitements médicaux et d'autres besoins (qui, dans certains cas, intègrent l'aide domestique). Certaines lois exigent du mari qu'il assure à son épouse un entretien « adéquat » (Bangladesh, Pakistan) ou « raisonnable » (Malaisie). Ce qui est compris dans l'entretien fait alors l'objet d'interprétations par les tribunaux. Dans certains contextes, le mari est assez peu en mesure de se soustraire à ses responsabilités fondamentales lorsque la loi définit de manière spécifique ce qui est inclus dans l'entretien. Dans le même temps, une législation non directive peut conférer aux tribunaux davantage de flexibilité pour inclure des coûts additionnels tels que ceux liés à l'accouchement, à la naissance d'un enfant, pendant la période de couches, et même le coût de la fourniture de tout article nécessaire au bien-être mental de l'épouse.

Le montant de l'entretien est généralement fixé en fonction des ressources ou de la capacité de gain du mari, indépendamment des biens ou des moyens personnels de l'épouse. Cependant, dans certains systèmes, des facteurs tels que le statut social et la fortune de l'épouse peuvent également être pris en compte (Irak, Malaisie).

Toutes les lois codifiées traitées ici reconnaissent que le défaut d'entretien de la part du mari est un motif de divorce pour l'épouse. En pratique, ceci est également reconnu dans de nombreux systèmes non codifiés (voir Autres formes de dissolution pour les femmes, p. 292 - 296). Certaines communautés et certaines lois permettent à une future épouse (ou à sa famille) d'inclure dans son contrat de mariage des conditions spécifiques relative à l'entretien (voir Droits et responsabilités inhérents, (p. 153) et Droits et responsabilités négociés (p. 167). Pour obtenir des renseignements sur les

cas d'entretien à la suite de la dissolution du mariage, se reporter à la page 315.

La théorie face à la réalité et les droits des femmes

Le plus souvent, les pratiques communautaires et les lois codifiées relatives à l'entretien reflètent des interprétations très patriarcales des liens conjugaux. L'examen des problèmes ayant trait à l'entretien révèle une convergence particulièrement inquiétante d'influences historiques - y compris des interprétations restrictives des lois musulmanes -, des concepts chrétiens et hérités du Colonialisme relatifs à la soumission des femmes, et des pratiques coutumières négatives (que le Coran a de fait cherché à prendre en compte).

Sous ces influences, la plupart des systèmes conçoivent les hommes comme les seuls soutiens de famille. En effet, en Arabie Saoudite, il est presque considéré comme anormal qu'une femme contribue aux dépenses du ménage. Certes, nous reconnaissons que dans certaines situations, l'obligation qui incombe au mari d'assurer l'entretien est avantageux pour les femmes. Mais dans l'ensemble, une telle conception est aliénante pour les femmes et perpétue leur statut d'infériorité. Et ceci parce qu'elle vise à la fois à justifier la position d'un homme comme « chef de famille » et à lui donner le droit de contrôler son/ses épouse(s). Elle permet même d'excuser la violence conjugale. De plus, dans les systèmes basés sur les lois musulmanes, ces interprétations patriarcales des liens conjugaux ont servi à affaiblir les concepts coraniques relatifs au droit de propriété autonome de la femme.

Alors qu'elles continuent à ce jour de dominer les lois et coutumes, les perspectives patriarcales ne reflètent pas les réalités sociales actuelles. Dans l'ensemble des communautés et des pays, le mari manque systématiquement au devoir qui lui incombe d'entretenir son épouse, et l'épouse est souvent obligée d'entretenir sa propre famille. Ceci est spécialement le cas lorsque l'alcoolisme, la toxicomanie, ou le chômage des hommes deviennent chose courante, ou au sein des ménages polygames.

Dans de nombreuses communautés, les crises économiques, tout comme des changements positifs tels que l'accroissement

des opportunités éducatives et la formation pour les femmes, ont abouti à ce davantage de femmes disposent d'un revenu et contribuent par là-même à entretenir leur famille. Les lois qui définissent les hommes comme les seuls pourvoyeurs d'entretien et qui leur confèrent donc des pouvoirs sur leurs épouses et leurs familles, ne reconnaissent pas ces réalités. Enfin, de telles lois ignorent également la valeur réelle des contributions non monétaires des femmes telles que leur travail sur les terres familiales et/ou leurs travaux domestiques.

Au Sénégal, le Code de la famille définit la responsabilité de l'entretien de la famille comme une responsabilité partagée entre le mari et la femme - l'obligation d'entretien pesant à titre principal sur l'époux. Le code ne clarifie pas comment chacun d'eux doit contribuer. Cette omission permet aux tribunaux d'interpréter la loi de façon à ce que, dans la plupart des cas, l'épouse qui gagne un revenu ou qui dispose de biens, soit tenue d'utiliser ses ressources pour contribuer à l'entretien de la famille. Cependant, les tribunaux ne reconnaissent pas, et donc ne prennent pas en compte dans le calcul de la contribution de chaque époux à l'entretien (comme, par exemple, dans le calcul du partage des biens matrimoniaux) la valeur des contributions des femmes sous la forme de tâches ménagères.

Si beaucoup de femmes contribuent à l'entretien financier de la famille, beaucoup d'autres se retrouvent financièrement dépendantes et vulnérables pour une toute une série de raisons. Par exemple, lorsqu'un couple a des enfants et que la mère est la principale pourvoyeuse de soins (ce qui est souvent le cas), il y aura de longues périodes où la femme sera économiquement dépendante de son mari ; ceci arrive aussi aux femmes qui ont un emploi là où l'État n'offre pas d'allocations de maternité, ou lorsque les employeurs privés ne versent pas de salaires durant le congé de maternité, ou encore quand le congé de maternité est de très courte durée. Quand bien même une femme ne serait pas débordée par ses tâches ménagères et pourrait apporter sa contribution par un travail rémunéré, elle n'aurait ni les compétences requises ni l'opportunité d'accès à un tel travail.

Au titre des amendements du Code civil turc en 2001 et de la nouvelle Family Law Act de Fidji, résultant d'une campagne unifiée menée par des associations féminines, le principe antérieur selon lequel la responsabilité de l'entretien de l'épouse et des enfants incombait au mari a été remplacé par des dispositions qui prévoient la contribution des deux époux aux dépenses du ménage par leur travail et leurs biens, en fonction de leurs capacités. Ce changement vers une responsabilité partagée reflète un abandon du mari (tel que codifié dans l'ancienne version) comme « chef de famille ». La nouvelle formulation reconnaît à la fois la réalité des contributions économiques faites par les femmes (et les droits qui en découlent par rapport à la prise de décision), et

confirme la croyance selon laquelle l'égalité homme/femme face à la prise de décision au sein de la famille ne devrait pas se résumer aux seuls salaires.

Les motifs de déni d'entretien

Qu'ils soient basés ou non sur les lois musulmanes, la plupart des systèmes envisagent le cas où l'épouse peut être privée d'entretien même au cours du mariage. Ainsi, le droit de l'épouse à l'entretien est subordonné à l'accomplissement par celle-ci de certaines obligations, par exemple, résider dans le même domicile que son mari, lui autoriser d'avoir des rapports sexuels, s'acquitter des tâches ménagères, élever les enfants, etc. (voir Droits et responsabilités inhérents p. 153).

Certains systèmes supposent, à tort, que tant qu'une femme vit avec son mari, celui-ci assure son entretien (Fidji, Sri Lanka).

Nombre d'entre eux basés sur les lois musulmanes lient le droit de l'épouse à l'entretien à son devoir d'obéissance. En conséquence, ces systèmes permettent au mari de refuser l'entretien si la femme se montre « désobéissante » (nushuz). Une relation conditionnelle entre l'entretien et l'obéissance peut être codifiée dans la législation ou établi par le biais de la jurisprudence.

La définition de la « désobéissance » varie d'un système à l'autre. Certaines législations spécifient clairement quelles sont les actions relevant de la « désobéissance » comme par exemple, les suivantes : commettre l'apostasie, refuser de se soumettre à son mari sans justification, quitter le domicile conjugal sans la permission de son mari et exercer un emploi contre la volonté de son mari (Égypte, Soudan).

Avec les amendements apportés en 1985, les dispositions de la législation égyptienne sont devenues moins favorables aux femmes, en raison du lien explicite établi entre le concept d'obéissance et l'entretien. La désobéissance est également inhérente au concept de tamkin, au titre duquel l'on attend de l'épouse qu'elle demeure dans le domicile conjugal (c'est-à-dire qu'elle soit sexuellement disponible pour le mari). Elle est « désobéissante » si elle se ne répond pas à cette attente (Iran). Au cas où elle quitte le domicile conjugal pour échapper à la violence, l'épouse retourne généralement dans sa maison natale. Si elle est en mesure de s'y faire entretenir, elle est généralement disposée à être déclarée désobéissante et donc à renoncer à son droit à l'entretien, afin d'échapper à la brutalité.

Dans d'autres contextes, le terme « désobéissance » est interprété de manière plus étroite, de sorte qu'il n'est utilisé que pour qualifier les situations où l'épouse quitte le domicile conjugal sans raison valable (Sri Lanka, Malaisie, Singapour).

Les lois diffèrent également sur le point de savoir si la cruauté du mari peut annuler ou non son droit à l'obéissance.

Les lois qui restreignent à la fois le droit de l'épouse d'intenter une action en justice pour réclamer l'entretien aux situations où elle vit séparée de son époux, et libèrent l'époux des obligations d'entretien si l'épouse commet l'acte de désobéissance de quitter le domicile conjugal, n'offrant effectivement aucun recours à l'épouse au cas où son mari ne s'acquitte pas de l'entretien. Dans d'autres contextes, le concept d'« obéissance » de l'épouse envers son mari n'est pas codifié. Par exemple, au Pakistan, un tel concept n'est pas mentionné dans la Muslim Family Laws Ordinance, et il est rarement appliqué dans la jurisprudence pakistanaise. En effet, les tribunaux rejettent systématiquement les tentatives du mari de contrôler la mobilité de sa femme (voir p. 160). Cependant, le mari est autorisé par la loi à s'adresser aux tribunaux pour réclamer la restitution des droits conjugaux si l'épouse intente une action pour obtenir une pension alimentaire.

Il est important de voir si les lois ont recours ou non au concept d'« obéissance » pour octroyer aux femmes musulmanes un droit à l'entretien plus faible que celui dont jouissent les femmes d'autres communautés (Sri Lanka). À Singapour, où le tribunal civil peut octroyer l'entretien aux femmes musulmanes au titre d'une législation non fondée sur les lois musulmanes, la question de la « désobéissance » comme motif de déni de droit à l'entretien ne se pose pas.

Quelles que soient les lois codifiées sur l'entretien, les pratiques communautaires font fréquemment le lien entre entretien et « obéissance » et l'obéissance s'entend souvent comme incluant le droit du mari de déterminer à quel moment et dans quelles circonstances, l'épouse peut quitter le domicile conjugal.

Les situations où il ne peut y avoir de déni d'entretien

Un principe général reconnu dans tous les pays où les lois musulmanes s'appliquent, est que le mari ne verse lui pas la dot immédiate (mahr), l'épouse a droit à une pension d'entretien même quand elle vit séparée de son mari. En règle générale, l'épouse a également droit à l'entretien si elle a des biens propres (Pakistan : Muhammad Younus contre Farooq Ahmed et cinq autres, 1988 SCMR 1346 ; Sri Lanka : Jiffri contre Ummu Ayesha, 1958,4 MMDR 154).

Certains systèmes reconnaissent d'autres circonstances dans lesquelles une femme aura droit à une pension d'entretien, même quand elle vit séparée de son mari. Celles-ci peuvent inclure les cas où le mari a fait preuve de cruauté envers sa femme, ou lorsqu'elle mari a omis de traiter ses femmes de

façon égale (dans un mariage polygame), et/ou lorsque le mari n'a pas fourni des logements distincts pour chaque femme (dans un mariage polygame). La loi égyptienne numéro 100 de 1985 énumère les situations où la femme ne devrait pas être privée d'entretien pour avoir quitté le domicile conjugal sans l'autorisation de son mari (par exemple, lorsque ceci est permis par une disposition textuelle de la Shari'a ou s'il y a une coutume qui prévaut). Mais ces dispositions sont extrêmement vagues. Le lien apparent entre l'entretien et les « services » sexuels assurés par l'épouse (souvent reflété par les dispositions relatives au mahr, à la consommation du mariage, ainsi qu'à l'obéissance) est renforcé par l'interprétation qui prive la femme d'entretien en cas de maladie. La législation égyptienne de 1985 corrige cette injustice en spécifiant clairement que la maladie de la femme ne la prive pas d'entretien.

Indépendamment de l'interprétation faite de la « désobéissance », si une femme est légalement tenue d'obéir à son mari, son droit à l'entretien devient un droit conditionnel (plutôt qu'un droit inhérent de la femme mariée). Dans de tels contextes, le mari peut menacer de mettre un terme à l'entretien pour accroître le contrôle qu'il exerce sur son épouse. Parce que de telles injustices se produisent régulièrement, les femmes débattent des moyens de corriger la dynamique inégale de pouvoir soutenue par des lois et les pratiques qui confèrent au mari la responsabilité exclusive de l'entretien de son épouse et de sa famille.

Le recouvrement de l'entretien

La plupart des systèmes ont établi des mécanismes pour permettre à l'épouse de recouvrer la pension d'entretien non versée par le mari. Le processus de recouvrement de l'entretien est régi par certaines règles et réglementations que l'on peut trouver soit dans les lois relatives à la famille soit dans d'autres lois procédurales (qui peuvent s'appliquer exclusivement ou non aux femmes musulmanes). Dans les lois musulmanes non codifiées et dans les lois coutumières, les dispositions pour le recouvrement de la pension d'entretien dépendent des pratiques établies. Seuls quelques-uns des travaux de recherche menés par le Programme Femmes et Lois dans le monde musulman ont examiné ces procédures codifiées et non codifiées.

La période de temps au cours de laquelle l'épouse est habilitée à réclamer une pension d'entretien non acquittée antérieurement diffère d'un pays à l'autre. En Tunisie, il semble que l'épouse a le droit de réclamer la pension d'entretien non acquittée pour une période de temps indéterminée préalablement à la demande de paiement. Dans de nombreux systèmes, le droit de réclamer les arriérés de pension est restreint. Au Pakistan, par exemple, selon la

jurisprudence, l'épouse peut réclamer les arriérés de pension sur une période allant jusqu'à six ans, préalablement à la demande de versement. L'Égypte, le Yémen et l'Algérie limitent la réclamation à une année d'arriérés de pension avant la demande, tandis qu'au Sri Lanka l'ordonnance concernant l'entretien ne prend effet qu'à compter de la date de la demande.

Certains systèmes prévoient le versement d'une pension alimentaire provisoire tandis que la demande de pension est en cours d'examen devant le tribunal (Fidji, Malaisie, Maroc, Pakistan). De telles dispositions sont d'une extrême importance pour les femmes qui se retrouvent soudainement avec l'entière responsabilité de faire vivre leur famille. La pension d'entretien provisoire peut faire toute la différence entre l'indigence et la survie lorsque les procédures devant les tribunaux se prolongent pendant des mois.

Le plus souvent, les tribunaux imposent à l'épouse qui dépose une demande de pension d'entretien la charge de prouver le revenu du mari. Cependant, il n'est peut-être pas aisé de présenter la preuve du revenu du mari dans des situations où celui-ci est un travailleur autonome, ou lorsqu'il existe peu de documents ayant trait au revenu dans les secteurs tant formels qu'informels. De plus, les attitudes sociales peuvent permettre au mari de rechercher l'aide de membres de la famille et même des employeurs pour dissimuler l'importance de ses revenus. Les règlements à l'amiable devant les tribunaux accordent généralement des pensions alimentaires d'un montant très faible, indépendamment de la situation financière du mari. Certains systèmes permettent à l'épouse de demander une augmentation de la pension, mais autorisent également le mari à demander une réduction de la pension (Malaisie, Pakistan, Sri Lanka). Ces requêtes sont souvent accordées.

Il est notoirement difficile de faire exécuter une ordonnance de paiement de l'entretien (il faut savoir de quelle manière on traduit entretien on peut garder le terme de « pension alimentaire », même dans les systèmes juridiques les plus développés. Pour nombre de familles, la force des mécanismes d'application fait toute la différence entre un bout de papier inutile et la survie économique. Dans certains pays, la pension alimentaire octroyée peut être directement rattachée au salaire du mari et retirée par l'employeur (Singapour). Mais une telle démarche nécessite une économie bien documentée et compte sur la coopération des employeurs. Dans d'autres situations, les procédures de recouvrement et d'exécution des décisions des jugements peuvent ne pas être claires ou peuvent être compliquées. Par exemple, les Quazis (Cadis) du Sri Lanka ont le pouvoir de délivrer une ordonnance de paiement de pension alimentaire pour les femmes musulmanes, mais l'exécution de ce jugement est subordonnée aux tribunaux généraux. Dans de

tels systèmes, il revient à la femme de s'acquitter de la tâche difficile de coordonner des systèmes judiciaires différents.

En outre, même là où la loi prévoit l'emprisonnement du mari manquant à ses engagements, l'exécution de telles sanctions peut ne pas être stricte, ou les femmes ne souhaitent pas envoyer leur mari en prison (ou subissent des pressions sociales pour ne pas le faire). Ainsi, bien que la loi puisse sembler efficace en théorie, les femmes rencontrent bon nombre de difficultés pour obtenir effectivement leur pension. Les procès qui s'éternisent devant les tribunaux, le coût des procédures judiciaires et les mentalités sont susceptibles d'empêcher les femmes d'initier ou d'aller jusqu'au terme des procédures judiciaires contre leurs maris en faute.

Enfin, le mari dispose d'autres armes qu'il peut utiliser pour contrecarrer les demandes de pension alimentaire. Dans certains systèmes où il n'y a pas de lien explicite entre l'« obéissance »/ vivre avec le mari et l'entretien, l'épouse qui réside séparément de son mari et qui fait une demande de pension alimentaire, peut être confrontée à un contre-procès pour restitution des droits conjugaux ou à un procès pour la garde des enfants.

Des amendements restreignent l'accès des femmes à la pension

Au Pakistan, jusqu'à un amendement de la Loi relative aux tribunaux de la famille - Family Courts Act - entré en vigueur en octobre 2002, les tribunaux avaient tendance à insister sur le fait que lorsqu'il portait plainte pour restitution des droits conjugaux, le mari devait 'se présenter devant le tribunal avec les mains propres', en d'autres termes qu'il ne devait pas être de mauvaise foi. C'était particulièrement le cas lorsque le couple avait été séparé et que le mari avait refusé de comparaître durant le procès de demande de pension alimentaire intenté par l'épouse, mais avait alors initié un procès de restitution des droits conjugaux pour tenter de faire échouer le procès de demande de pension. Malheureusement, la loi amendée reconnaît à présent au mari la possibilité de réclamer la restitution des droits conjugaux, en réponse à une demande de versement de pension alimentaire.

Il est difficile de comprendre l'objectif d'une telle décision. Il est possible que le but soit d'aborder une question longtemps soulevée par les activistes des droits : si le mari intentait une action en justice contradictoire distincte (devant un autre tribunal, dans une autre zone), la femme était tenue d'y répondre, et ceci augmentait les coûts sociaux et économiques de la tentative de recouvrement de la pension. Au titre de l'amendement, les deux questions (l'entretien et la restitution) sont à présent regroupées dans une seule affaire, ce qui implique un lien entre la disponibilité sexuelle de l'épouse et son droit à la pension d'entretien. Alors qu'auparavant, les deux questions pouvaient être réglées séparément, à présent, l'épouse, soit remporte son procès pour versement de la pension alimentaire, soit se voit ordonnée de retourner chez son mari. Si elle refuse d'accepter l'ordonnance de restitution, elle perd de fait à la fois son droit d'obtention des arriérés de pension, et son droit à la pension alimentaire future.

De manière contrastée avec les réformes préconisées par les campagnes menées par les femmes (revendiquant la suppression de la restitution des droits conjugaux de la liste figurant dans le préambule du FCA, qui ne serait plus alors une question pouvant être portée devant les tribunaux), la nouvelle loi encourage le harcèlement des femmes à travers des actions en justice et restreint leur droit à l'entretien.

LOIS : L'entretien

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - N'établissent pas de lien entre le droit de l'épouse à l'entretien et l'obéissance dont elle fait preuve ;
 - Reconnassent le droit de l'épouse aux arriérés de pension alimentaire ;
 - Reconnassent le droit de l'épouse de formuler une demande de recouvrement de la pension alors qu'elle vit avec son mari ;
 - Prévoient des mécanismes d'application efficaces ;
 - Reconnassent le non-paiement de la pension comme motif de divorce.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - Ont certaines restrictions sur les circonstances dans lesquelles l'entretien peut être réclamé ; ou
 - Sont peu précises sur les circonstances dans lesquelles la pension n'est pas exigée.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - Établissent un lien explicite entre le droit de la femme à l'entretien et l'obéissance dont elle fait preuve.

☺ La pension n'est pas liée à l'« obéissance »

Fidji : La formulation neutre relative au genre de la Section 155 de la Loi sur le droit de la famille exige des conjoints qu'ils s'entretiennent l'un l'autre dans la mesure où chacun est raisonnablement en mesure de le faire, et si et seulement si, l'autre partie (le mari ou la femme) n'est pas en mesure de s'entretenir elle-même. Les raisons valables pour lesquelles un conjoint n'est pas en mesure d'assurer l'entretien comprennent (sans s'y limiter) les soins aux enfants, l'incapacité physique ou mentale à avoir un emploi lucratif approprié. La section 157 énumère que les facteurs pouvant être pris en compte par un tribunal dans la délivrance d'une ordonnance de paiement de pension, et n'incluent pas l'obéissance mais comprennent l'âge et l'état de santé de chacune des parties ; leur revenu, les dispositions en matière de pension et la capacité à avoir un emploi lucratif ; les responsabilités en matière de soins apportés aux enfants et à d'autres personnes à charge ; un niveau de vie raisonnable ; la possibilité que la pension permette à la partie d'augmenter sa capacité à long terme à devenir économiquement indépendante ; la contribution de l'une des parties au revenu de l'autre, à sa capacité de gains et à ses ressources financières ; la durée du mariage et la perte de revenu potentiel subie par le requérant ; les circonstances financières ayant trait à toute cohabitation par l'une ou l'autre des parties ; l'impact de toute ordonnance concernant des biens délivrée par le tribunal. Les ordonnances de pension alimentaire provisoire sont possibles comme stipulées dans la section 158. Au titre de la section 100, le père doit apporter une contribution adéquate aux dépenses et à l'entretien de la mère durant la période de procréation, notamment les dépenses médicales découlant de la grossesse et de l'accouchement, et ce, même si le couple n'était pas marié.

Turquie : Au titre de l'article 196 du Code civil, l'un ou l'autre des époux a le droit de demander au juge de spécifier le montant de la contribution financière que chacun devrait apporter. En fixant le montant de cette contribution, le juge prend en compte les tâches ménagères, les soins apportés aux enfants, le travail non rémunéré effectué en complément des activités de l'autre conjoint.

Ouzbékistan : Les articles 1ers à 3 du droit de la famille envisagent des relations reposant sur la réciprocité et l'égalité entre mari et femme. Sur la base du Code de la famille soviétique, il énonce l'obligation mutuelle d'entretien entre conjoints.

Gambie : Selon la section 4 de la loi coloniale Maintenance of Deserted Wives Act 1916 (Loi relative aux épouses abandonnées), s'il est convaincu que le mari, ayant partiellement ou totalement la capacité d'entretenir son épouse, ou son épouse et sa famille, refuse volontairement de s'exécuter ou néglige de le faire, le juge peut délivrer une ordonnance de paiement par le mari d'une somme hebdomadaire n'excédant pas 20 dalasi, ou d'une somme mensuelle n'excédant pas 100 dalasi. La section 18 (1) de la Maintenance Causes Act (Loi sur les affaires ayant trait à l'entretien) de 1986, autorise l'un ou l'autre des conjoints à s'adresser au tribunal pour demander une ordonnance au motif que l'autre partie néglige volontairement de verser - ou d'apporter une contribution adéquate à – une pension raisonnable au requérant ou à tout enfant du ménage. La section 21 autorise le tribunal, chaque fois qu'il le juge juste et équitable, à accorder une pension en attendant le procès, ou à prendre des dispositions financières en faveur de l'une ou de l'autre partie. Toutefois, en déterminant ceci, le tribunal doit prendre en considération le niveau de vie des parties ainsi que leurs conditions.

Tunisie : Aux fins des articles 37 à 42 du Code sur le statut personnel, le mari est obligé d'assurer l'entretien de son épouse après la consommation du mariage. Le mari indigent est exempt d'entretien. Il existe une exception à cela, dans le cas où le juge lui accorde un délai de deux mois ; à l'expiration de ce délai, s'il n'est toujours pas en mesure d'assurer l'entretien, le juge prononcera le divorce. Si l'épouse est consciente de ses difficultés au moment de contracter le mariage, elle n'aura pas le droit de demander le divorce. Si le mari alors sans ressources quitte son épouse sans lui avoir assuré une pension, et si personne d'autre n'y pourvoit durant son absence, le juge lui accordera un délai d'un mois, pour se manifester puis à l'expiration de ce délai, prononcera le divorce. Pour ce faire, le juge doit avoir vérifié les faits et recueilli le serment de l'épouse à cet égard. Aux fins de l'article 42, la pension à l'épouse n'est pas prescriptible.

Sénégal : Au titre de l'article 375 du Code de la famille, les deux époux s'engagent à pourvoir à l'entretien de la famille, mais ces charges pèsent à titre principal sur le mari. En application de l'article 166, le défaut d'entretien est un motif de divorce (uniquement à la disposition des femmes). L'entretien insuffisant équivaut au défaut d'entretien si, par ailleurs, le mari a les moyens d'entretenir la famille et si le montant versé ne répond pas aux besoins évalués de la famille (TPI/Dakar mai 1978 RJS. Credila, 1982, vol III p.158).

Bangladesh : Aux fins de la section 9 de la MFLO, si le mari omet d'entretenir son épouse convenablement ou lorsqu'il y a plus d'une épouse, s'il omet de les entretenir de façon équitable, l'épouse/les épouses peuvent s'adresser à l'Union Council local ou au Tribunal de la famille local pour obtenir une attestation de pension qui précise le montant de la pension due. La première procédure est souvent plus rapide et ne nécessite pas la présence d'un homme de loi. Cependant, les montants accordés sont généralement plus faibles et si l'épouse a besoin d'entretien pour les enfants, elle doit encore en faire la demande au Tribunal de la famille. La pension peut être demandée alors que la femme vit avec le mari. Ni la MFLO, ni la jurisprudence, ne font référence à l'« obéissance ». Cependant, si le couple est séparé, l'épouse doit prouver qu'elle a quitté le domicile conjugal pour une « raison valable » ; en général, les tribunaux interprètent cette disposition en faveur de la femme (Sirajul Islam contre Helena Begum & Others DLR 1996, 48). Il est possible d'obtenir une ordonnance pour des arriérés de pension (pour une période de temps durant laquelle l'épouse n'avait pas bénéficié d'un entretien adéquat) aussi bien qu'une ordonnance pour la future pension. Il n'y a pas de dispositions concernant la pension provisoire.

Pakistan : Les mêmes dispositions que pour le Bangladesh (voir ci-dessus) s'appliquent, mais, aux fins des amendements portés à la Loi relative au Code de la famille, entrés en vigueur en 2002, la section 17 A spécifie que le tribunal peut prendre une ordonnance provisoire pour une pension, et dans le cas où le mari ne s'acquitte pas de cette pension provisoire dans la période spécifiée, l'action intentée par l'épouse pour réclamer la pension sera décrétée. Si la pension décrétée n'est toujours pas versée, elle peut être récupérée sous la forme d'arriérés décomptés du revenu de la propriété foncière. La pension a été définie de manière large pour inclure les éléments nécessaires au bien-être mental (1992 MDL 219). Les ordonnances de pension délivrées par l'Union Council Nazim peuvent être révisées dans un délai de trente jours suivant la délivrance de l'ordonnance. Les ordonnances de pension délivrées par un Tribunal de la famille ne peuvent faire l'objet d'appel si le montant est inférieur à 1.000 roupies (17,90 dollars US) par mois. Au titre du FCA amendé, le mari a maintenant l'option statutaire de répondre à la plainte de son épouse pour obtenir une pension par une plainte pour restitution des droits conjugaux.

Maroc : Au titre de l'article 50 de la Moudawana, un mariage valide donne effet à tous les droits et devoirs établis par la Shari'a entre l'époux et l'épouse tels qu'énoncés dans la Moudawana. L'article 51 stipule que les droits et responsabilités conjugaux sont mutuels. En cas d'incapacité à les respecter, il peut être demandé au tribunal d'ordonner à l'autre conjoint de s'y conformer, ou d'initier une procédure de divergences irréversibles en vue de la dissolution. Aux fins de l'article 98(3), l'épouse peut faire une demande de divorce au motif de défaut d'entretien. En vertu de l'article 102(1), si le mari dispose de biens permettant d'en prélever le montant de la pension alimentaire, le tribunal peut fixer les moyens de paiement et ne pas accepter la demande de divorce de

l'épouse, mais l'article 102(2) stipule que si le mari prouve son incapacité à s'acquitter de l'entretien, le tribunal fixera un délai (un maximum de trente jours) pour le paiement, à défaut de quoi le divorce sera prononcé, sauf circonstances exceptionnelles. Aux fins de l'article 102(3), le tribunal prononce le divorce immédiatement si le mari refuse d'assurer l'entretien sans prouver son incapacité financière. Aux fins de l'article 195, l'épouse perd le droit à la pension si elle refuse de rejoindre le domicile conjugal après un jugement pris à cet effet. La loi ne fait aucune exemption pour la 'bonne cause'. Il est trop tôt encore pour savoir si les tribunaux continuent d'appliquer en pratique, le lien implicite dans l'ancienne législation entre l'entretien et 'obéissance'. Aux fins de l'article 189, le revenu de la personne astreinte à la pension alimentaire et la situation de celle qui y a droit, ainsi que les coutumes locales, doivent être prises en compte dans la détermination du montant de la pension. L'article 191 stipule que le tribunal est habilité à déterminer les garanties à même d'assurer la continuité du versement de la pension. Aux fins de l'article 201, les mères ont droit à une rémunération supplémentaire pour l'allaitement.

Algérie : Aux fins de l'article 37 amendé du Code de la famille, la disposition antérieure qui exigeait du mari qu'il subvienne à l'entretien de son épouse en fonction des capacités de celle-ci (sauf si elle abandonne le domicile conjugal), a été remplacée par un article qui réglemente la répartition des biens matrimoniaux. L'article 36 amendé, qui a trait aux obligations mutuelles des deux époux, ne qualifie pas l'entretien, alors que l'article 53, qui accorde à l'épouse le droit de demander le divorce pour défaut de paiement d'entretien, dans le cas où elle n'aurait pas été informée de l'insolvabilité de son époux au moment du mariage, reste inchangé. Au titre de l'article 74, le mari est tenu de subvenir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage ou si celle-ci le requiert (prenant appui sur une preuve). L'article 78 spécifie que l'entretien comprend la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, le logement ou le loyer et tout ce qui est réputé nécessaire au regard de l'usage et de la coutume. L'article 79 énonce que le montant de l'entretien dépend de la situation des conjoints et des conditions de vie ; l'évaluation de ce montant ne peut être remise en cause avant une année après le prononcé du jugement. Aux fins de l'article 80, l'entretien est dû à compter de la date d'introduction de la requête et pour une durée n'excédant pas une année avant l'introduction de la requête.

☺ Le lien entre pension alimentaire et « obéissance » est sous-entendu, mais non explicite

Philippines : Le droit de la femme à la pension est spécifié dans l'article 67(1) du CMPL (Code des lois musulmanes sur le statut personnel). Il incombe à l'épouse : a) de gérer comme il se doit les affaires de la maison et b) d'acheter les biens nécessaires à l'entretien de la famille, et le mari est tenu de rembourser les coûts encourus pour l'accomplissement de ces devoirs. L'entretien au titre du Code de la famille (applicable aux autres communautés) ne tient pas compte des questions de genre.

Sri Lanka : Le mari est tenu de subvenir aux besoins de son épouse. La loi ne définit pas l'entretien, qui s'est développé par la jurisprudence, alors que la section 47(1) (g) de la MMDA (Loi sur les mariages et les divorces musulmans) inclut dans l'entretien de manière spécifique les dépenses liées à l'accouchement. Aux fins de la section 34, l'épouse ne peut pas réclamer une pension pour les périodes au cours desquelles elle vivait avec son mari (il n'y a pas de telle restriction dans la loi générale Sri Lanka). La pension peut être refusée au motif de « désobéissance », mais ceci n'est jamais compris que comme le refus de la femme de vivre avec son mari pour des raisons qu'elle ne peut justifier. Les mauvais traitements commis par le mari ou ses parents, son incapacité à lui fournir un lieu de résidence distinct de celui des beaux-parents, le défaut de paiement immédiat du mahr, et la brutalité du mari sont autant de motifs valables pour l'épouse de refuser de vivre avec son mari et pourtant toujours être en droit de bénéficier d'une pension (3 MMDR 82 & 2 MMDR 102). Ce sont les tribunaux de Quazis qui traitent de la pension, au titre de la section 47 (1), et il est possible d'en demander l'augmentation ou la réduction pour des raisons valables et suffisantes. (section 47 (1) (e). Cependant, la section 36 interdit les plaintes pour arriérés de pension. Aux fins des sections 64 (1) et 66, si le mari omet de tenir compte de l'ordre de paiement de la pension, la femme peut demander au Quazi un ordre d'exécution du jugement, et celui-ci demande alors au magistrat de la zone où réside le mari de recouvrer le montant sous forme d'amende. La conséquence des sections 64 (1) et 66 réside dans le fait que l'épouse doit adresser la demande de pension au Quazi du lieu de résidence du mari, et la pension recouvrée est remise au Quazi qui la verse alors à l'épouse ; ces procédures sont fastidieuses. Si le mari est sans travail, le montant de la pension est déterminé par rapport à sa capacité de gain potentielle (Kamer contre Sithy Zain 4 MMDR 92).

☹ L'entretien est subordonné à l'obéissance

Malaisie : Au titre des sections 59 à 70 de l'IFLA (Loi sur le droit islamique de la famille), l'épouse (ou l'ex-épouse pendant la 'idda) a droit à une pension raisonnable de la part de son mari. Le tribunal peut ordonner à un homme de payer une pension alimentaire à son épouse. L'épouse n'aura pas droit à une pension si elle est nushuz (désobéissante) ou si elle refuse de façon déraisonnable d'obéir aux souhaits ou aux ordres licites de son mari. Elle peut donc être considérée comme si elle : refuse de s'associer à son mari ; quitte le domicile conjugal contre son gré ; ou refuse de déménager avec lui dans un autre logement ou un autre lieu, sans aucune raison valable selon Hukum Syariah. Dès que l'épouse se repent et obéit aux souhaits et ordres licites de son mari, elle cesse d'être nushuz. Pour déterminer le montant de la pension à verser, le tribunal fondera son estimation en premier lieu sur les moyens et besoins des parties, indépendamment du revenu du mari. Le tribunal peut ordonner le versement d'une pension provisoire, l'assurance d'une pension, un arrangement pour le règlement de la pension, le recouvrement des arriérés et une modification de la pension en raison d'un changement matériel dans la situation financière de l'une ou l'autre partie.

Nigeria (mariages au titre du Matrimonial Causes Act – MCA – Loi sur les affaires matrimoniales) : Tandis que durant l'existence du mariage, l'une ou l'autre partie peut demander une ordonnance de paiement de pension au nom des enfants issus du mariage (MCA partie IV, section 70 de 1970), l'épouse ne peut demander une pension pour elle-même qu'après la séparation judiciaire.

Égypte : Aux fins de la Loi N° 100 de 1985, qui insérait l'article 11b(2), si l'épouse refuse de faire preuve d'obéissance (ta'a) envers son mari, sans justification légale, son nafaqa (pension d'entretien) sera suspendu à compter de la date de son refus. La Loi de 1985 a également remplacé l'article 1er de la Loi N° 25 de 1920 et prévoit à présent que le mari est tenu de subvenir à l'entretien de son épouse si celle-ci fait preuve de soumission envers lui, même si elle est riche ou si elle est d'une religion différente. L'entretien comprendra la nourriture, l'habillement, le logement, les soins médicaux, et tout autre besoin prescrit par la Charia. La maladie n'entrave pas le droit de l'épouse à la pension. Elle n'aura pas droit à la pension en cas d'apostasie, si elle refuse de se soumettre à son mari sans justification, si le mari n'est pas en faute et si elle quitte le domicile conjugal sans sa permission (sauf dans les circonstances permises par la Charia). Le mari ne peut refuser l'entretien si l'épouse s'absente du domicile pour exercer un travail licite, à condition qu'il n'apparaisse pas qu'elle abuse de ce droit ou que son travail soit contraire à l'intérêt de la famille, et à condition aussi à ce que son mari ne lui ait pas demandé de s'abstenir d'exercer ce droit. Une demande de pension ne sera pas recevable pour une période antérieure de plus d'une année, prenant fin au moment du dépôt de la plainte. La dette du mari portant sur les arriérés de pension dus à l'épouse est prioritaire, et prime sur les autres dettes d'entretien. Si le mari ne s'acquitte pas de l'entretien alors qu'il y a une décision contre lui allant dans ce sens, ses biens peuvent être liés à cette dette. S'il n'a que des biens non visibles, ou s'il est aisé mais refuse de payer, ou encore s'il déclare une incapacité de s'acquitter de l'entretien (et la justifie), le juge accordera immédiatement le divorce à l'épouse. Cependant s'il n'est pas en mesure de justifier son incapacité, le juge peut lui accorder un délai d'un mois pour assurer l'entretien de son épouse. A défaut, le juge prononcera le divorce. Si le mari est absent, ses biens visibles peuvent être liés à sa dette. Si non, il peut bénéficier d'une période de grâce. S'il ne s'acquitte toujours pas de la pension, le juge accordera le divorce à la femme à l'expiration de cette période de grâce, article 11(b) (2).

Iran : Au titre des articles 1114 et 1005 du Code civil, l'épouse est tenue de résider au domicile de son mari (tamkin, ce qui implique sa disponibilité sexuelle) pour avoir droit à la pension.

Soudan : Aux fins de la section 92 de la Muslim Personal Laws Act (MPLA – Loi sur le droit du statut personnel musulman), le mari est tenu de pourvoir à l'entretien de son épouse, à moins que celle-ci ne se montre « désobéissante » (nashiz). La section 75 spécifie les actes de « désobéissance » : quitter le domicile conjugal sans justification légale, travailler en dehors de la maison sans l'autorisation et l'approbation du mari, et/ou refuser de voyager avec son mari, sans raison légalement justifiée. La femme nashiz n'est ni considérée comme divorcée ni comme mariée. Elle est privée du droit à la pension, au domicile conjugal et à la garde des enfants.

Yémen : Aux fins des sections 149 à 156 de la Loi sur le statut personnel (LPS), le mari est tenu de pourvoir à l'entretien de son épouse et ceci comprendra la nourriture, l'habillement, le logement, le mobilier, les soins médicaux et les services (domestiques). La situation du mari (en termes de prospérité ou d'indigence) sera prise en compte au moment de décider du montant de la pension. La pension de l'épouse aura la priorité sur les autres types de pension. L'épouse n'aura pas droit à la pension si a) elle refuse d'emménager dans la maison conjugale sans une justification valable ; b) elle quitte le domicile conjugal sans justification acceptable ; c) elle refuse de consommer le mariage ou de vivre au domicile conjugal, sans justification acceptable ; d) elle travaille en dehors du domicile conjugal sans le consentement de son mari, à condition qu'ils n'aient pas convenu ensemble qu'elle serait

autorisée à travailler ; et/ou e) elle refuse de voyager avec son mari sans justification acceptable. Le juge ne peut pas accorder plus d'un an d'arriérés de pension, sauf si les époux en ont décidé autrement. Si le mari refuse de se conformer à l'ordonnance de paiement de la pension ou s'il est absent, et s'il est évident qu'il ne s'acquitte pas de la pension, un juge accordera une pension à l'épouse sur les biens du mari. Il sera tenu compte de la parole de l'épouse si elle affirme que la pension n'a pas été versée au cours des périodes antérieures.

Nigeria (mariages selon les lois musulmanes) : L'épouse a droit à entretien de la part de son mari. Ceci comprendra la nourriture, le logement et l'habillement, en conformité avec la capacité financière du mari, le statut de la femme avant le mariage et les coutumes communautaires. Du fait qu'en cas de maladie, elle peut ne pas être en mesure d'assumer ses devoirs conjugaux, l'épouse a dans de telles circonstances le droit légal de réclamer une pension. Cependant, puisque certains juristes admettent que la compassion et la responsabilité (dans le cas où la maladie peut résulter en partie d'une mauvaise prise en charge) supposent que le mari continue de pourvoir à l'entretien d'une femme malade, le tribunal peut exiger du mari qu'il s'en acquitte.

Les Femmes du Maghreb formulent un code de la famille progressiste

En 1991, un groupe d'associations de femmes et des femmes chercheurs de trois pays du Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie) se sont rencontrées à Rabat sur l'invitation de l'Association démocratique des femmes marocaines (ADFM) et décidèrent de mettre en place le « Collectif 95 Maghreb Égalité ». Elles ont noté que bien que les conditions et le statut des femmes dans la région avaient subi des changements majeurs, la résistance sociale et politique demeurait très vigoureuse tandis que de nouvelles menaces contre les avancées et les droits des femmes se profilaient.

En prévision de la quatrième Conférence mondiale des femmes à Beijing en 1995, le « Collectif 95 Maghreb Égalité » a décidé de souligner la lutte des femmes dans la région au Forum des ONG par la présentation de trois documents, comprenant « Cent mesures et dispositions : pour une codification maghrébine égalitaire du statut personnel du droit de la famille ».

Leurs propositions étaient basées sur la conviction que la lutte des femmes pour une véritable égalité et une citoyenneté significative doit être basée sur le respect des droits des femmes, dans la vie tant publique que privée. L'infériorité légale des femmes au sein de la famille est la base de la discrimination des femmes dans la sphère publique. Tandis que le Maghreb est généralement perçu comme étant totalement homogène « arabisé » et « islamisé », il est en fait dans le même temps Berbère, Arabo-musulman, Méditerranéen, Africain. D'ailleurs, alors que d'autres domaines légaux ont connu des transformations, dues principalement aux influences coloniales, la loi de la famille continue à être régie par une interprétation des lois musulmanes qui ont condamné les femmes des communautés musulmanes dans tout le Maghreb, à un statut inférieur symbolisé par : la pratique du wali ; l'exigence selon laquelle la femme doit obéir à son mari, le manque de gestion tutélaire des droits des femmes ; et un droit à l'héritage inégal.

Le « Collectif 95 Maghreb Égalité » croyait que les défis de la modernité demandent que l'Islam fasse preuve de sa « capacité » « de s'interroger lui-même et de redécouvrir sa dynamique évolutionniste ». Quelques balbutiements ont été notés à des degrés divers dans les trois pays où, la législation concernant les femmes a récemment commencé à être développée et mise en place, basée sur l'égalité, la liberté et la non-discrimination et qui garde en mémoire, le besoin d'harmoniser les normes locales légales avec les normes internationales. Cependant, dans le Maghreb d'aujourd'hui, la question de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines est liée au problème fondamental de la sécularisation de la loi de la famille.

Les propositions envisagées par le « Collectif 95 Maghreb Égalité » lancent un appel pour l'égalité des hommes et des femmes face à leurs droits, leurs devoirs et devant la loi ; égalité entre les époux par l'abolition de la notion de chef de famille et du droit d'obéissance et de la possibilité pour la femme d'être aussi responsable de la famille ; le remplacement de la notion d'autorité paternelle par la responsabilité parentale ; égalité des droits pour l'héritage ; égalité des droits entre les hommes et les femmes pour l'attribution de la nationalité aux enfants ; rejet de toute forme de discrimination raciale ou discrimination religieuse dans le domaine des relations familiales (soit l'abolition des codes

séparés pour les différentes communautés) ; et la protection légale des enfants avant et après la naissance par la reconnaissance de la filiation naturelle.

En se basant sur cette refonte conceptuelle de la famille, le « Collectif 95 Maghreb Égalité » a proposé que dans le domaine de l'entretien:

Art.69 : La prise en charge de la famille comprend ce qui est nécessaire pour la vie notamment la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, l'éducation et le logement.

Art.70 : Les époux ont une obligation mutuelle de prise en charge. Les ascendants et descendants ont aussi tous droit à la prise en charge.

Art.71 : Le montant de la prise en charge est à calculer selon le revenu de la personne qui en est redevable et en fonction des besoins de la personne qui la reçoit, prenant en compte leurs situations de vie.

Art.72 : Un ascendant doit entretenir les descendants qui sont mineurs et qui sont incapables de se prendre en charge.

La prise en charge continuera à être due à un descendant jusqu'à l'achèvement de leurs études, à condition qu'ils n'aient pas dépassé l'âge de vingt-cinq ans.

La prise en charge continuera à être due aux descendants handicapés qui sont incapables de gagner leur vie, quel que soit leur âge.

Art.73 : Quand il y a plusieurs enfants, les enfants contribueront à la prise en charge des ascendants selon leur capacité financière et non en fonction de leur nombre.

Art.74 : L'obligation de la prise en charge ne peut pas prendre fin entre les époux.

Art.75 : En cas de manque de capacité de l'un ou l'autre des parents de prendre en charge les enfants, le parent qui en a la capacité financière soutiendra les enfants.

Art.76 : Dans le cas d'un manquement volontaire d'assurer l'entretien ou la pension alimentaire à la suite d'un divorce, plus d'un mois à partir du jour où cela est dû, le défaillant est passible de trois mois à un an d'emprisonnement.

Le paiement de l'entretien du met fin à l'action pour le recouvrement ou l'exécution de la sentence. Un fonds de l'État paiera automatiquement les frais d'entretien ou la pension alimentaire au bénéficiaire légal. Le fonds a le droit de recouvrer le montant payé du défaillant.

Extraits de Cent mesures et dispositions. Pour une codification maghrébine égalitaire du statut personnel et du droit de la famille, « Collectif 95 Maghreb Égalité » (Ed. Femmes sous lois musulmanes) WLUML, Grabels.

8

STATUT DES ENFANTS

Introduction

Ce chapitre traite de l'établissement et de la reconnaissance de la filiation, de l'adoption et de l'entretien des enfants. Il ne constitue qu'une brève introduction à ces questions qui intéressent particulièrement les femmes pour un certain nombre de raisons, notamment la réalité biologique de leur rôle reproductif, leur rôle social en tant que premières pourvoyeuses de soins aux enfants et le fait qu'elles souffrent des problèmes similaires lorsque le mari/père abandonne la famille.

Les questions relatives au statut des enfants sont généralement de deux ordres : premièrement, il s'agit de savoir comment l'État traite l'enfant et si l'enfant né hors mariage est traité différemment de celui de parents mariés. Deuxièmement, comment le père et la mère doivent s'identifier. Cela donne un ensemble complexe de situations possibles : (a) l'enfant est né d'un mariage valide ; (b) les deux parents sont connus, la paternité n'est pas contestée, mais la validité juridique de la relation des parents est mise en doute ; (c) l'enfant est né pendant un mariage valide mais le père conteste la paternité ; (d) la mère n'est pas mariée avec le père, mais elle-même ou une tierce personne cherche à établir la paternité ; (e) la mère n'est pas mariée avec le père, mais le père reconnaît la paternité ; (f) le père reconnaît la paternité, mais un tiers (ou le juge) conteste la reconnaissance ; (g) l'enfant a été adopté. Certains systèmes tentent de répondre à toutes ces situations et d'établir des critères pertinents (Malaisie, Philippines).

Dans la mesure du possible, nous avons délibérément évité le terme « légitimité » car nous refusons l'attitude sociale qui consiste à condamner les enfants nés d'unions non considérées comme valides. Toutefois, le terme a été employé dans la partie traitant des lois lorsque la loi elle-même l'utilise.

Donner à un enfant un certain statut peut lui valoir ou pas tous les droits découlant du fait qu'il est un enfant biologique légalement reconnu. Par exemple, un enfant ayant été reconnu comme membre d'une cellule familiale a droit à l'entretien dans certains systèmes (Malaisie). Toutefois, le fait d'être accepté dans la famille ne signifie pas que cet enfant puisse hériter si il ou elle n'est pas considéré(e) comme légitime selon les règles ou les procédures de filiation des lois musulmanes de la famille (Malaisie, Singapour). Dans ce cas, il est nécessaire que la succession soit spécifiquement prévue

dans un testament puisqu'il/elle n'est pas un « véritable » bénéficiaire. De même, un enfant adopté peut recevoir une partie de l'héritage de son parent adoptif par voie de donation (Malaisie, Singapour, Philippines).

Les droits des enfants (spécialement à l'entretien et à l'héritage) et les droits des parents à la garde et la tutelle sont clairement établis lorsque les enfants sont issus d'un mariage valide. Cette validité dépend du système et des critères qu'il impose lors du mariage (voir p. 63) et de son enregistrement (voir p. 135).

Une femme non mariée dispose de la tutelle pleine et entière et jouit des droits de garde sur son enfant qui hérite de ses biens.

Discrimination liée aux questions de genre et statut des enfants

Dans les questions concernant le statut des enfants, il y a clairement une dimension liée aux questions de genre.

Tout d'abord, malgré le fait qu'on s'attende à ce que les mères s'investissent plus que les pères dans l'éducation des enfants, les enfants sont souvent considérés comme la propriété de leurs pères. Cette perception se retrouve dans les systèmes où seul le père de l'enfant est reconnu comme ayant certains droits administratifs et responsabilités (Iran) ou lorsque les formulaires administratifs utilisent le nom du père et non celui de la mère pour prouver l'identité.

Deuxièmement, les attitudes sociales envers les enfants nés hors d'un mariage valide sont étroitement liées aux lois et attitudes envers la sexualité. En Iran, dans certains États de Malaisie et du Nigeria, au Pakistan et au Soudan, toute relation sexuelle en dehors d'un mariage valide entraîne de lourdes sanctions pénales. Les enfants issus de ces relations sont effectivement punis à cause des conditions de leur naissance. Mais, dans beaucoup d'autres communautés et systèmes, seule l'activité sexuelle des femmes en dehors d'un mariage valide, plutôt que toute activité de ce type, est sévèrement condamnée. Ce parti pris contre les femmes se reflète dans l'attitude de la justice lorsque les procès en recherche de paternité intentés contre des pères influents sont rarement gagnés (Indonésie) ou lorsqu'une femme cherchant

à établir la paternité de son enfant est elle-même critiquée par le juge (Égypte).

Troisièmement, dans certains systèmes (que ce soit de par la loi ou l'interprétation des juges), la parole de l'homme a un plus grand poids que celle de la femme lorsque la paternité fait l'objet d'un litige.

Malgré le grand conservatisme social qui se retrouve dans les lois et les attitudes à l'égard du statut des femmes au sein de la famille, la plupart des lois sont généreuses dans leur présomption du statut de l'enfant. Cela est particulièrement vrai pour les lois fondées sur les lois musulmanes et lorsque les parents présumés ont été mariés pour un temps. Par exemple, la notion d'« embryon dormant » découle d'une interprétation des lois malékites permettant d'établir la paternité d'un enfant parfois plusieurs années après la dissolution du mariage d'une femme. Chez les Hausas du Nigeria, le concept est connu sous le nom de « kwatance ». Il peut durer jusqu'à sept ans, bien que les tribunaux du Nord aient généralement limité cette période à un an. La générosité est également la norme dans les lois définissant le statut des enfants nés d'un mariage à la validité non établie. La Moudawana au Maroc considère comme légitimes les enfants nés suite à des fiançailles. Toutefois, cette présomption généreuse du statut de l'enfant ne s'applique pas aux cas où il n'y a aucune demande de mariage entre la femme et l'homme. Alors que les systèmes ne reposant pas sur les lois musulmanes permettent généralement à l'un des parents d'établir la paternité par le biais de la procédure judiciaire, les systèmes basés sur les lois musulmanes donnant généralement la primauté à la parole de l'homme pour trancher un litige sur la paternité, même si dans la pratique, seule la mère peut vraiment savoir qui est le père. Si le père refuse de reconnaître l'enfant et si les méthodes scientifiques pour établir la paternité (comme les tests ADN) ne sont pas disponibles ou ne sont pas reconnues par la loi, peu de recours sont possibles pour la mère. Les récentes réformes en Algérie ont reconnu explicitement l'utilisation de « preuves scientifiques » pour établir la filiation. L'injustice que constitue la contestation de paternité (et donc le déni des droits de l'enfant à l'entretien et à la succession) a été l'un des principaux facteurs à l'origine des réformes juridiques rendant obligatoire l'enregistrement des mariages (voir p.135). Les mariages urfi (coutumiers) non enregistrés et les litiges liés à la paternité qui en découlent, sont devenus un problème majeur en Égypte, alors qu'au Maroc, la nouvelle Moudawana a tenté d'assurer un statut aux enfants issus des mariages coutumiers, en considérant ces mariages comme des fiançailles, à condition que la famille du couple soit au courant de la relation.

Les systèmes fondés sur les lois musulmanes ne sont pas généreux non plus concernant les enfants adultérins. Alors que le mari de la mère peut nier la paternité d'un enfant, un

autre homme ne peut pas reconnaître la paternité d'un enfant né d'une femme mariée (Malaisie). En Tunisie, la Cour suprême a tenté de limiter la reconnaissance des enfants nés de relations illicites, mais, en pratique, si le père reconnaît l'enfant au moment de la déclaration de la naissance, l'enfant est effectivement légitime aux yeux de l'État.

En Turquie, les réformistes ont sciemment essayé de mettre fin à la fois à la stigmatisation des enfants nés hors mariage valide et au traitement discriminatoire des requêtes soumises par les femmes par rapport à celles émanant d'hommes. Le nouveau Code civil a supprimé le terme « illégitime » et parle plutôt d'établissement de la filiation. A Fidji, la nouvelle loi sur le droit de la famille utilise aussi le terme de « présomption de filiation ». En Turquie, la paternité peut être établie par le mariage avec la mère, la reconnaissance par le père ou un jugement du tribunal. L'enfant a alors le droit à la succession et à l'entretien ainsi que le droit de porter le nom du père tout comme un enfant né d'un mariage valide. De même, les juridictions du second degré au Pakistan notent que les lois musulmanes ne permettent pas l'utilisation du terme « illégitime » car il stigmatise l'enfant. En revanche, si un enfant naît d'une femme reconnue coupable de zina, le terme de « sabatunnasab » (dont la filiation est avérée, c'est-à-dire dont la mère au moins est connue) doit être utilisé.

Ces tendances semblent se dessiner dans les systèmes basés sur les lois musulmanes. L'Algérie et le Maroc ont récemment élargi la possibilité de prouver la paternité aux situations où la mère n'est pas mariée et acceptent désormais le recours à des moyens élargis de prouver la paternité.

Droits des enfants issus d'un mariage dont la validité n'est pas établie

Certains systèmes essaient de protéger les droits des enfants nés de mariages dont la validité n'est pas établie. Il s'agit de mariages enregistrés mais qu'une irrégularité ou qu'un empêchement à la validité découverts par la suite, rendent passibles de nullité (Maroc et Sénégal : à condition qu'au moins une partie ait agi de bonne foi ; Tunisie, Yémen). Bon nombre de lois dans les pays arabophones déclarent invalides tous les mariages ne respectant pas les critères de validité, y compris ceux qui seraient « irréguliers » du point de vue des lois musulmanes. Néanmoins, ces systèmes protègent généralement les droits de tous les enfants même lorsque le mariage est susceptible d'être annulé par une décision de justice, par l'établissement des droits à la paternité, l'entretien, et à la succession (Inde, unions soumises au cadre du Special Marriage Act).

Les droits des enfants issus de mariages non enregistrés mais ayant été ensuite prouvés par le biais d'une procédure

judiciaire sont également protégés (Bangladesh, Malaisie, Maroc, Pakistan, Sénégal) (voir p.137). Au sein des communautés musulmanes du Nigeria, un enfant né d'un mariage irrégulier a les mêmes droits que l'enfant né d'un mariage valide conformément aux principes généraux des lois musulmanes.

Si un système ne reconnaît pas les mariages « religieux » (par exemple, un mariage célébré uniquement à la mosquée), les droits des enfants peuvent être socialement garantis. Mais l'accès à leurs droits par le biais de la justice reste extrêmement difficile. A Fidji et en Turquie, par exemple, si les parents passent ensuite par la cérémonie du mariage civil, le statut des enfants nés avant la cérémonie civile est assuré.

La présomption de paternité

De nombreux systèmes ayant codifié la paternité et sa reconnaissance présumant la filiation dans les cas où un enfant naît pendant le mariage ou un certain nombre de mois ou d'années après la dissolution du mariage par décès ou divorce (voir ci-après).

Dans les systèmes où la paternité est régie par des lois civiles applicables à toutes les communautés, un enfant né pendant la durée de validité d'un mariage entre sa mère et un homme, ou dans les deux cent quatre-vingt jours (quarante-quatre semaines, à Fidji) après la dissolution de leur mariage par décès, divorce ou annulation (à condition que la mère ne se soit pas remariée), l'époux ou l'ex-époux est présumé être le père de l'enfant (Inde, Sri Lanka, Singapour).

Les systèmes fondés sur les lois musulmanes présumant également la paternité établie s'agissant d'un enfant né au sein du mariage, mais elles diffèrent sur les délais minimum et maximum, par exemple :

- après six mois lunaires de mariage et dans un délai de quatre années lunaires après la dissolution (Malaisie);
- après six mois de mariage et deux ans après la dissolution (Philippines);
- après six mois de mariage (à condition que la possibilité de relation sexuelle existe) et dans un délai d'un an après la séparation (Maroc);
- après six mois de mariage et dix mois après des relations sexuelles entre la femme et le mari (Iran, mais ce délai peut être augmenté).

Les lois qui présumant la paternité peu après le mariage ou bien longtemps après la dissolution du mariage sont plus favorables aux mères des enfants. Toutefois, dans les systèmes basés sur les lois musulmanes, le père a

généralement le droit codifié de réfuter la paternité. Dans la pratique, ce droit donne-t-il aux hommes un plus grand pouvoir dans les litiges liés au statut de l'enfant ? Cela dépend de l'interprétation qu'en font les juges. La recherche Femmes et Lois n'a pas abordé cette question en profondeur. Toutefois, pour ce qui est du Pakistan, il est clair que les juges sont très réticents lorsqu'il s'agit de refuser le statut d'un enfant, même si le mari intente un procès pour zina à sa femme.

Lorsque la parole de l'époux a plus de poids et les procédures d'annulation du divorce ne sont pas claires, les femmes et les droits de leurs enfants deviennent extrêmement vulnérables. C'est peut-être pour corriger en partie cette fragilité que la loi islamique de la famille dans les Territoires fédéraux de la Malaisie de 1984 (loi 303), prévoit des sanctions pénales pour les conjoints divorcés qui reprennent la vie commune sans passer par la nécessaire procédure de ruju (annulation).

Désaveu de paternité

Bien que la plupart des systèmes (par texte de loi ou jurisprudence) exige une preuve tangible établie par jugement pour qu'un homme puisse désavouer la paternité, les systèmes qui reconnaissent la procédure de li'an comme moyen de nier la paternité ne peuvent être considérés comme avantageux (Malaisie, Nigeria, Pakistan, Philippines). Le li'an est une forme de divorce prévue dans les lois musulmanes et par laquelle le mari jure sur le Coran que sa femme a commis la zina, la femme, en réponse, fait serment sur le Coran qu'il n'en est rien. Cette procédure doit être répétée deux autres fois et si aucun des conjoints ne se rétracte, le juge prononce automatiquement la dissolution du mariage. L'essence du li'an demeure dans le fait que le mari ne détient pas la preuve de son accusation. En reconnaissant le li'an, une loi peut permettre que la paternité de l'enfant, objet de ladite procédure, soit désavouée sans éléments de preuve. Encore une fois, tout dépend de la façon dont les tribunaux interprètent ces dispositions. Dans certains systèmes, même si dans la procédure de li'an, la paternité de l'enfant ne peut être attribuée au mari, l'enfant n'est pas pour autant techniquement désavoué comme illégitime, mais il est tout simplement né de père inconnu. Au Maroc, la nouvelle Moudawana a réduit l'impact de la procédure de li'an sur la paternité en la soumettant à des conditions très strictes : le mari doit apporter la preuve de ses allégations, de plus un expert indépendant doit en témoigner devant la justice.

Certains systèmes limitent le pouvoir d'un homme de désavouer la paternité. Par exemple, au Pakistan, la jurisprudence a toujours insisté sur le fait que les lois musulmanes recèlent une forte présomption de légitimité et rejettent un simple désaveu de paternité par l'homme comme motif suffisant pour refuser à un enfant le statut d'enfant

légitime. En revanche, si le mari souhaite désavouer la paternité, il doit prouver qu'il n'a pas pu approcher son épouse au cours de la période où la conception aurait eu lieu.

Dans certains systèmes, le désaveu de paternité de l'homme doit intervenir dans un délai précis. L'enfant ne peut être désavoué que dans les deux mois qui suivent sa naissance (Iran).

Reconnaissance de paternité

Les systèmes qui permettent aux pères, sans aucune condition, de reconnaître la paternité d'un enfant et n'exigent pas le consentement de leur femme, peuvent être à double tranchant (Cameroun). D'une part, les enfants reconnus jouissent des droits et de leur statut, mais, d'autre part, ces dispositions avantageuses affectent la sécurité financière de tous les enfants issus du mariage actuel du père (l'entretien et l'héritage devront être partagés). En outre, la possibilité de reconnaître les enfants peut annihiler les efforts déployés par l'État visant à réglementer la polygamie (Cameroun). En effet, le Liban, a, sans succès, tenté de renforcer les dispositions interdisant la polygamie (article 9) en proposant dans la loi sur le mariage civil de 1998, que les enfants nés d'un deuxième mariage soient déclarés illégitimes (article 61). Au Cameroun, les juges peuvent faire l'économie du calcul exact des parts des biens matrimoniaux revenant à l'épouse à la mort du mari, si bien que la part de la femme peut être partagée entre les enfants dont elle n'a jamais connu l'existence, mais qui auront été reconnus à un moment donné par son mari.

Dans d'autres systèmes, la reconnaissance de la paternité est conditionnelle, par exemple, elle dépend de l'écart raisonnable entre l'âge du père et celui de l'enfant (Malaisie, Philippines) ou de la possibilité que les parents aient pu avoir été légalement mariés au moment de la conception de l'enfant (Malaisie). Cette dernière condition semble exclure la possibilité d'un homme reconnaissant un enfant né alors que la mère était mariée à un autre homme. Les enfants nés de mères adultères, sont, par conséquent, plus défavorisés que les enfants nés de mères non mariées.

Certains systèmes ont tenté de limiter les cas où la reconnaissance de paternité peut être réfutée par le juge ou par une tierce personne. Par exemple, dans le Code de statut personnel musulman des Philippines, la seule manière de désavouer la paternité est de prouver qu'il ne pouvait y avoir de contact physique entre les parents au moment de la conception de l'enfant ou pendant cette période.

L'adoption

Ce chapitre traite des droits des enfants adoptés par rapport aux enfants biologiques. Pour l'analyse des relations

d'adoption et leur lien avec les empêchements au mariage pour raisons de consanguinité et d'alliance, voir p.102.

En règle générale, les systèmes basés sur les lois musulmanes ne permettent que le fosterage. Les droits à la succession des enfants par donation ou sur testament sont donc limités par des dispositions juridiques et des conventions sociales. La Tunisie est la seule exception car l'adoption plénière existe dans la loi (au Liban, le Code civil uniforme avorté de 1998 a également tenté de légaliser l'adoption).

Toutefois, dans d'autres systèmes, les lois civiles sur l'adoption peuvent s'appliquer aux communautés musulmanes parce que tous les citoyens sont régis par un ensemble unique de lois qui ne sont pas fondées sur les lois musulmanes (Cameroun, Républiques d'Asie centrale). Dans d'autres systèmes encore, l'adoption est régie par des lois s'appliquant à tous les citoyens même si les parents adoptifs sont mariés sous des lois musulmanes, ce qui donne lieu à des incompatibilités entre les lois (Singapour, Sri Lanka). Au Sri Lanka, la jurisprudence a ajouté à la confusion car, bien que tous les citoyens puissent adopter un enfant en vertu de l'Ordonnance sur l'adoption de 1941, la Cour suprême a statué que les enfants adoptés par les musulmans n'avaient pas le droit à l'héritage ab intestat (c'est-à-dire un droit automatique à l'héritage, comme les enfants biologiques lorsqu'il n'y a pas de testament). Toutefois, ils sont en mesure d'hériter à la faveur d'un testament. À Singapour, les règles relatives aux liens par alliance et consanguinité et aux droits de succession de l'enfant adopté sont confuses.

Pour les enfants de sexe féminin, sauf si l'adoption plénière est reconnue, il risque d'y avoir confusion (dans les systèmes qui reconnaissent l'ijbar et font du consentement du wali une condition du mariage, (voir p.70) quant à la personne qui détient le pouvoir d'ijbar et qui peut agir en tant que wali lors du mariage de la fille/femme. Dans certains systèmes, le juge agit en tant que wali (Malaisie, Singapour).

En Algérie, les droits et responsabilités des parents d'accueil et des enfants sont définis dans la loi, qui, en dehors de la question des droits de succession, donne à l'enfant adopté un statut très proche de celui d'un enfant biologique. Toutefois, l'acceptation sociale de ces dispositions se fait attendre.

Même si l'adoption n'est généralement pas reconnue dans les lois musulmanes, d'autres traditions (notamment les coutumes hindoues) ont influencé certaines communautés musulmanes qui désormais donnent à l'enfant adopté et l'enfant biologique le même statut social. Ainsi, des dispositions généreuses peuvent être prises en matière de succession (Indonésie, Sri Lanka, certaines régions du Pakistan).

Dans de nombreuses communautés musulmanes, il arrive fréquemment que des parents proches d'un couple qui ne peut pas avoir d'enfant biologique permettent que l'un de leurs enfants aille vivre avec le couple comme enfant accueilli

(Pakistan, Philippines). La famille d'accueil pourvoit à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, mais les donations (hiba) et/ou le bénéfice du tiers des biens de la famille d'accueil (autorisés en vertu des principes d'héritage) dépendent de la pratique sociale locale et de la famille concernée. Par exemple, pour garder les biens dans la famille au Pendjab pakistanais et dans les provinces du Sind, on préférera accueillir le neveu ou la nièce du côté paternel (plutôt que maternel) plutôt qu'un autre enfant. Mais, dans la Province de la frontière Nord-Ouest du Pakistan et chez les Hazarajats, les enfants du frère ne sont pas adoptés en raison de solides traditions qui considèrent les frères comme des rivaux en matière d'héritage. En Iran, les legs sont limités à un quart du montant de la succession du parent adoptif.

Les lois et les attitudes à l'égard de l'accueil d'enfants ou fosterage dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes ont changé pour le meilleur et pour le pire, parfois en raison de l'islamisation. Les lois coutumières en Indonésie (loi adat), admettent par tradition que les enfants adoptés reçoivent la même part d'héritage que les enfants biologiques. Toutefois, d'autres lois régissent l'adoption depuis 1991. Elles stipulent que les enfants adoptés reçoivent un legs obligatoire équivalent à un tiers de la succession de leurs parents adoptifs, mais ils ne recevront rien de plus sous forme de donations. Ces changements peuvent être diversement interprétés : soit il s'agit d'une islamisation des lois sur l'héritage soit ils constituent une réponse aux problèmes existant localement du fait d'une loi adat injuste (voir bibliographie).

Dans les années 1930, jusqu'à la codification des lois musulmanes en Inde (qui comprenait alors le Bangladesh et le Pakistan), diverses lois coutumières régissaient l'héritage. En vertu de certaines lois coutumières en vigueur dans les régions du Pakistan fortement influencées par les coutumes hindoues, les enfants adoptés recevaient une part de la succession. Cependant, une fois les lois musulmanes sur l'héritage codifiées, en particulier depuis que le climat social a changé sous l'influence de l'islamisation intervenue au cours des dernières décennies, cet aspect des lois coutumières est rejeté comme « non islamique ». Ainsi, les enfants adoptés ne sont plus assurés de recevoir une part de l'héritage. Cependant, on note qu'ailleurs, notamment dans les grands centres urbains du pays, malgré les dispositions bien connues des lois musulmanes en matière d'adoption, l'adoption d'enfants sans lien de parenté est de plus en plus acceptée. Les centres Edhi (foyers d'accueil) disposent des paniers à l'extérieur où les bébés peuvent être placés anonymement sans aucune formalité ou question. Les enfants sont ensuite présentés à l'adoption. Des testaments peuvent être établis. Ainsi, une famille respectera les donations à l'enfant adopté si elles sont faites publiquement.

Entretien des enfants

L'application des droits des enfants à l'entretien dépend principalement de la validité du mariage des parents, et/ou du fait que leur paternité ait été reconnue ou non. Dans les systèmes où seuls les mariages enregistrés sont valides (Républiques d'Asie centrale, Sénégal), il peut être extrêmement difficile pour les femmes d'obtenir et de faire appliquer des jugements d'entretien en faveur de leurs enfants. Si le mariage est considéré comme valide, le droit de l'enfant à l'entretien est maintenu après le divorce.

Certains systèmes prévoient que l'entretien est une obligation partagée par les deux parents dans le cadre d'un droit conjoint de tutelle et de garde (voir p. 342). D'autres systèmes jugent que les enfants ont droit à l'entretien principalement ou uniquement de la part de leur père (en tant que titulaire du droit de garde) et les parents mâles de la famille du père.

Les stéréotypes dans les rôles dévolus aux genres sont visibles dans de nombreuses lois sur l'entretien, où l'on constate que la période de l'entretien est différente pour les filles et les fils. La période pendant laquelle les enfants ont droit à l'entretien varie comme suit :

- pour les filles, jusqu'à leur mariage ; pour les fils, jusqu'à la puberté ou jusqu'à la fin de leurs études, à moins qu'ils souffrent d'un handicap physique (Sri Lanka) ;
- pour les filles, jusqu'au mariage, puis l'entretien reprend en cas de divorce et d'absence de ressources ; pour les fils, jusqu'à ce qu'ils soient capables de gagner leur vie par eux-mêmes, l'entretien par le père est maintenu au cas où l'enfant est handicapé physique ou mental (Soudan) ;
- jusqu'au mariage des enfants (Fidji) ;
- jusqu'à la fin de leurs études (sans distinction de sexe aux Philippines, uniquement pour les fils en Malaisie) ;
- pour les filles, jusqu'à la consommation de leur mariage ; pour les fils, jusqu'à l'âge de la majorité ; ou fils et filles jusqu'à la fin de leurs études ou qu'ils aient les moyens de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins (Algérie).

Les systèmes varient quant aux dispositions en faveur de l'entretien des enfants non issus d'un mariage valide (l'Inde et le Bangladesh ont cette disposition alors qu'elle a été retirée de la législation au Pakistan).

Problèmes d'application des jugements relatifs à l'entretien

La plupart des parents/pères acceptent le devoir d'entretenir leurs enfants ; lorsqu'ils le refusent, faire appliquer le droit des enfants à l'entretien devient très problématique. Ces problèmes deviennent particulièrement difficiles à résoudre à la suite d'un divorce (voir p. 316). Tout comme pour le recouvrement de la pension d'entretien d'une femme mariée (ainsi que pour son entretien pendant la période de viduité ou pour sa pension alimentaire), le montant de la pension d'entretien de l'enfant est généralement faible (jusqu'à 25% du salaire du père au Soudan et 20% au Sri Lanka) ; l'Indonésie est une exception car selon la réglementation s'appliquant aux fonctionnaires, un ex-mari doit payer un tiers de son salaire à son ex-femme et un tiers supplémentaire à ses enfants.

Ces dispositions sont également très difficiles à appliquer si le parent payeur est travailleur indépendant ou s'il abandonne la famille (voir Entretien, p. 221 et accords et droits financiers, p. 315). Au Nigeria, le père est clairement désigné comme responsable de l'entretien de l'enfant dans les lois coutumières et musulmanes. Toutefois, même si le tribunal rend un jugement ordonnant une pension d'entretien, il est difficile de concevoir son exécution si la majorité de la population travaille dans l'agriculture vivrière et ne possède donc pas de compte en banque. Les enfants des travailleurs migrants sont particulièrement vulnérables (Bangladesh, Pakistan, Sri Lanka). En revanche, lorsque l'économie est très réglementée, par exemple, à Singapour, la justice a accès aux données du Central Provident Fund (CPF) (caisse de sécurité sociale) regroupant tous les citoyens et peut donc consulter les revenus qui y sont déclarés. Ces informations peuvent faciliter le recouvrement des pensions lorsqu'il s'agit de parents travailleurs indépendants.

Certains systèmes permettent la saisie sur le salaire ou les biens du père en cas de non-paiement de la pension d'entretien (Bangladesh, Malaisie, Pakistan, Singapour, Sénégal). Ce sont des dispositions que l'on peut retrouver dans les lois musulmanes sur la famille (Malaisie) ou dans les lois civiles générales régissant l'entretien (Inde, Singapour). Lorsque les tribunaux qui décident et ont le pouvoir de faire appliquer les arrêts d'entretien diffèrent de ceux dont la compétence réside à statuer sur les questions relatives aux lois musulmanes de la famille, les mères musulmanes ont souvent la tâche difficile de coordonner l'action des deux instances afin d'assurer l'entretien de leurs enfants. En Malaisie, les diverses lois musulmanes renferment des dispositions ordonnant que les biens soient utilisés comme fonds de garantie pour l'entretien. Toutefois, ces dispositions ont rarement été appliquées parce que les tribunaux d'État Syariah (qui fixent les montants de la pension d'entretien)

n'ont aucun pouvoir sur les questions de propriété foncière. En outre, ils ont très peu ou pas d'autres pouvoirs de faire appliquer les jugements d'entretien.

Faire pression pour renforcer les droits légaux des enfants

Dans la structure fédérale du Nigeria, la question des « enfants » est résiduelle, c'est-à-dire qu'elle fait partie des questions sur lesquelles les différents États peuvent légiférer de façon autonome. Par conséquent, les États du Nigeria peuvent avoir des lois différentes régissant l'adoption, la tutelle, etc.

La Loi fédérale de 1957 sur l'enfance et la jeunesse, largement obsolète, a été remplacée en 2003 par la Loi sur les droits de l'enfant (Child Rights Act) concernant l'accueil, la garde, la tutelle, l'adoption, l'entretien, l'héritage, l'âge du mariage, la protection de la maltraitance, etc.

Présentée une première fois à l'Assemblée nationale, elle a été rejetée au motif que son contenu n'avait pas tenu compte des « traditions », de la « culture » et des « valeurs » du Nigeria. Toutefois, les efforts incessants de lobbying et de plaidoyer déployés par les militants des droits humains auprès des législateurs ont été finalement couronnés de succès avec l'adoption du projet de loi.

Bien que la législation fédérale ne prévoie la protection des enfants que sur le territoire de la capitale fédérale, elle a une valeur d'exemple pour les autres États. Les États d'Ebonyi et d'Ogun ont déjà intégré cette loi dans leur propre législation. Les militants ont inlassablement fait pression sur les présidents des chambres de l'Assemblée pour promouvoir la réforme dans les quelques trente autres États que compte le Nigeria.

Pourtant, bien qu'en vigueur depuis plus d'un an, la nouvelle loi et ses dispositions sont très peu connues, ce qui signifie que les organisations non gouvernementales continuent à porter le poids des questions de protection de l'enfance dans ce pays.

LOIS : Statut des enfants

Critères

Toutes les lois traitées ici présument la paternité des enfants dans le cadre d'un mariage valide. En règle générale, plus la période est longue pendant laquelle la conception d'un enfant est prise en considération dans un mariage valide, plus cette loi est favorable aux femmes.

☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :

- ne font pas la distinction entre les enfants nés au sein et hors d'un mariage valide ;
- utilisent une formulation non sexiste ;
- autorisent l'établissement de la filiation par tous moyens, y compris la preuve verbale ou scientifique.

☺ Les lois un peu moins favorables sont celles qui :

- confortent la présomption de paternité dans le cadre du mariage, y compris le mariage nul ; et
- acceptent des éléments de preuve plus vastes pour établir la paternité.

Les lois encore moins favorables sont celles qui :

- favorisent la présomption de paternité dans le cadre du mariage, mais donnent la prééminence à la parole de l'homme pour établir la paternité.

☹ Les lois les moins favorables sont celles qui :

- donnent aux enfants nés hors mariage valide et non enregistré, un statut inférieur; ou
- favorisent la présomption de paternité, mais ne prévoient pas de mécanismes permettant aux femmes de l'établir.

☺ Le statut de l'enfant ne dépend pas du mariage ; la filiation peut être établie par de vastes moyens judiciaires ou par reconnaissance du père

Turquie : Le nouveau Code civil a supprimé le terme 'illégitime' et parle plutôt d'établissement de la filiation. L'article 282 stipule que la filiation maternelle est établie par la naissance et la filiation paternelle peut l'être par le mariage avec la mère, la reconnaissance ou une décision de justice. Selon l'article 329, si la mère non mariée d'un enfant s'occupe de l'enfant, elle a le droit de réclamer l'entretien pour cet enfant. L'article 498 stipule que les enfants dont la filiation a été établie ont les mêmes droits de succession que les enfants nés d'un mariage valide.

Fidji : En plus de la présomption du lien de filiation découlant d'un mariage valide ou annulé (article 131) ou d'une cohabitation de quarante-quatre semaines au moins et ayant pris fin vingt semaines au moins avant la naissance (A. 132), les articles 133-135 du FLA prévoient que la filiation peut être établie par l'enregistrement, l'expertise judiciaire ou la reconnaissance par le père. Les articles 137-145 donnent la procédure détaillée des ordonnances de tests de filiation comprenant sans s'y limiter des actes médicaux, des échantillons tissulaires et l'histoire familiale.

Cameroun : La paternité des enfants nés hors mariage peut être établie immédiatement après la naissance par la déclaration des parents à la mairie (état civil), ou plus tard, par le biais d'une décision de justice, sur la base d'une déclaration par les parents, la déclaration doit être corroborée par deux témoins au moins. La reconnaissance de la paternité ne requiert pas le consentement de l'épouse.

La paternité est présumée si l'enfant est né du mariage ; les mécanismes pour établir la paternité existent

Inde (pour tous les mariages) : L'article 112 de la loi de 1872 sur la preuve stipule que tout enfant né - alors que le mariage entre sa mère et un homme était valide ou dans les deux cent quatre-vingt jours après la dissolution dudit mariage, la mère étant non remariée - est la preuve tangible qu'il est le fils légitime de cet homme, sauf s'il peut être démontré que les parties au mariage n'ont pas eu de relations au moment où il aurait pu être conçu (bien que la loi utilise le mot « fils », elle s'applique aussi aux filles).

Inde (mariages selon le SMA, 1954) : Les enfants nés d'un mariage qui a été déclaré nul, sont légitimes s'ils sont conçus avant la décision d'annulation. Des dispositions prévoient la pension alimentaire et l'entretien permanents pour ces enfants-là.

Algérie : L'article 40 du Code de la famille stipule que la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé par la loi après consommation. L'amendement apporté en 2005 à cet article prévoit que le juge peut utiliser tous les moyens de preuve scientifique en matière de filiation.

Maroc : Selon l'article 148, la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation légitime vis-à-vis du père. Ainsi, l'enfant ne peut porter le nom du père ni embrasser sa religion, il ne peut pas hériter, il n'y a aucun empêchement à mariage et il n'y a ni droit ni responsabilité entre l'enfant et l'homme. En vertu de l'article 152, la paternité est établie par les rapports conjugaux, la reconnaissance du père ou les relations sexuelles par erreur. Selon l'article 156, si des fiançailles ont eu lieu par consentement mutuel mais que des raisons de force majeure ont empêché la conclusion de l'acte de mariage, tout enfant issu de cette relation est imputé au fiancé à condition que la famille du couple soit au courant des fiançailles, que la femme ait été enceinte pendant la période des fiançailles et que le couple reconnaisse la grossesse. En vertu de l'article 158, la paternité peut également être prouvée par le témoignage de deux aouls (notaires), le témoignage oral et par tout autre moyen légal, y compris l'expertise judiciaire. L'article 153 stipule que le mari ne peut désavouer un enfant que sur une déclaration faite sous serment d'adultère allégué de sa femme, et s'il présente des preuves probantes de ses allégations.

La paternité est présumée si l'enfant est né du mariage, mais le mari peut désavouer la paternité par li'an

Pakistan : Selon l'article 128 du Qanun-e-Shah âdat (loi de la preuve) de 1984, le fait qu'un enfant soit né au cours d'un mariage valide entre sa mère et tout homme dans une période de six mois lunaires au moins à partir de la date du mariage ou dans un délai de deux ans après sa dissolution, la mère étant non mariée, est une preuve tangible qu'il ou elle est l'enfant légitime de cet homme, à moins que le mari ait refusé ou refuse de reconnaître l'enfant comme le sien ou que l'enfant soit né après l'expiration d'un délai de six mois lunaires à partir de la date à laquelle la femme a accepté la fin de la période de viduité. Le contenu de cette disposition ne s'applique pas aux non musulmans si elle est incompatible avec leur foi. En 1947, avant l'indépendance, et depuis, les tribunaux ont toujours hésité à déclarer un enfant illégitime en jugeant que la simple dénégation de paternité par le mari n'ôtait pas la légitimité à l'enfant (Mst. Hamida Begum contre Mst. Murad Begum et d'autres PLD 1975 SC 624 – litige sur l'héritage ; Shahnawaz Khan et un autre contre Nawab Khan PLD 1976 SC 767). Seule la procédure de li'an peut retirer la paternité à un enfant, le mariage est alors dissous. Dans une affaire de zina intentée par un mari contre sa femme, qui avait donné naissance à un bébé à terme, six mois après s'être mariée avec lui, la plainte a été rejetée par le tribunal local et de nouveau par le tribunal fédéral de la charia, qui a jugé que le mari devait prouver qu'il n'avait pas approché l'épouse (Shamsul Haq contre Mst. Nazima Shaheen et un autre 1992 CFP (Pénal) 382). L'irrégularité du mariage et de la cohabitation constituent également des motifs suffisants pour établir la paternité. Des cas de reconnaissance par un père musulman remontent au XIXème siècle (Wuheedun contre Wusee Hossein, 1871, 15 W R 403 ; Mst. Qadul et 7 autres contre Allah Bachaya PLD 1973 Baghdad ul Jadid 48). Depuis 1979, les relations sexuelles extra-conjugales font encourir de lourdes peines, ce qui, de fait, empêche les mères de chercher à établir la paternité d'un enfant né hors mariage.

Philippines : L'article 59 (2) du CMPL stipule qu'un enfant né six mois après la consommation d'un mariage ou dans les deux ans après le divorce ou le décès du mari est présumé légitime. La seule preuve qui puisse réfuter cette présomption est celle de l'impossibilité du contact physique entre les parents au moment de la conception ou dans cette période. L'article 59 (1) stipule que l'illégitimité ou la paternité douteuse d'un enfant doit être prouvée. Selon l'article 63, la reconnaissance (iqrar) d'un enfant par le père établit la paternité et confère à chacun le droit d'hériter de l'autre, à condition que : (a) le père reconnaisse publiquement l'enfant, qui n'en doute pas, et (b) le lien ne semble pas impossible en raison d'un écart d'âge. L'article 94 affirme la possibilité de

l'héritage entre l'enfant reconnu et le père et leur famille conformément aux principes des lois musulmanes de la succession. Toutefois, un enfant ayant fait l'objet de la procédure de l'an à l'origine du divorce de sa mère hérite uniquement de sa mère et de la famille de cette dernière (c'est-à-dire, la paternité est rejetée).

Malaisie : Dans la plupart des lois musulmanes, pour un enfant né six mois qamariah (lunaires) ou plus après le mariage de la mère avec un homme ou dans un délai de quatre années lunaires après le divorce ou la mort de cet homme, la paternité (nasab) est imputée à cet homme à condition que la mère ne se soit pas mariée au cours de cette période. La plupart des États ont établi les critères ci-après pour toute revendication ou reconnaissance de paternité dans la période de la légitimité (citée ci-dessus) ou après quatre années lunaires : a) la paternité de l'enfant n'a pas été établie avec un autre homme ; b) l'écart d'âge entre l'homme et l'enfant est suffisant pour être parent et enfant ; c) l'enfant ayant atteint l'âge du discernement (mumaiyiz) accepte d'être reconnu ; d) l'homme et la mère de l'enfant pourraient avoir été légalement mariés au moment de la conception ; e) l'homme est compétent pour établir un contrat ; f) la reconnaissance vise précisément que l'enfant est l'enfant légitime de sa chair et qu'elle est dans l'intention de lui conférer la légitimité. La présomption ou la reconnaissance peuvent être réfutées par : le désaveu de la part de l'enfant, la preuve que l'âge de l'homme et de l'enfant sont si proches que la paternité est physiquement impossible, la preuve que l'enfant est en fait celui d'une autre personne, ou la preuve que la mère de l'enfant ne peut pas avoir été l'épouse légitime du père reconnaissant, au moment où l'enfant a pu être conçu. Cependant, un homme peut, par le biais du l'an ou d'imprécations, désavouer ou rejeter la paternité de l'enfant devant le juge.

La paternité est présumée ; le père peut désavouer la paternité sous certains délais ; les enfants sont considérés comme la propriété des pères

Iran : Les articles 1158-1167 du Code civil traitent de la filiation. Selon l'article 1158, la paternité d'un enfant né pendant le mariage est imputée au mari à condition que l'intervalle entre la date de la conception et la naissance de l'enfant ne soit pas inférieure à six mois et ne dépasse pas dix mois. Sur le plan administratif, seul le père peut faire établir l'acte de naissance de l'enfant, l'inscrire à l'école, consentir à son mariage ou lui permettre de travailler. En vertu des articles 1162-1163, un homme peut rejeter la paternité uniquement dans les deux mois suivant la naissance de l'enfant ou dans les deux mois qui suivent sa prise de connaissance de la véritable date de naissance de l'enfant. Les relations sexuelles extra-conjugales entraînent de lourdes peines, ce qui empêche toute réclamation ou reconnaissance de paternité d'un enfant né hors mariage ; selon l'article 1167, un enfant né de la fornication n'appartient pas au fornicateur (c'est-à-dire l'homme).

⊗ La paternité est présumée ; la reconnaissance de la paternité ou son désaveu dépendent de la déclaration du père ; aucun mécanisme n'est prévu pour établir la paternité.

Égypte : Un homme peut reconnaître la paternité par une déclaration au tribunal. La loi n'indique pas les conditions de reconnaissance ou du désaveu de la paternité.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes): Si l'homme ne conteste pas la paternité, l'enfant est présumé légitime jusqu'à quatre ans après le divorce. Toutefois, un enfant né d'une relation extra-conjugale entre les parents qui se sont mariés par la suite, est considéré comme illégitime parce que ce mariage est considéré comme non valide en raison d'une interprétation des empêchements malékites à la validité d'un mariage. On considère que les enfants nés de mariages irréguliers (qui sont rares) ont la plénitude de leurs droits. Dans la désormais célèbre affaire Amina Lawal, le père de l'enfant d'Amina a d'abord reconnu la paternité mais s'est rétracté lorsqu'il est devenu évident que cela lui vaudrait une condamnation sévère pour zina. Dans le Nord, l'illégitimité est une question majeure. Certaines communautés dans le sud-ouest du Nigeria préfèrent que la mariée soit enceinte avant le mariage pour s'assurer de sa fertilité. Cette pratique entraîne parfois la maltraitance des enfants dont la mère ne peut pas identifier le père. Après 1999, la législation basée sur la charia de certains États du Nord, condamne les relations sexuelles extra-conjugales à de lourdes peines, ce qui empêche en fait toute demande de reconnaissance de paternité d'un enfant né hors mariage. La constitution de la république fédérale stipule qu'aucun enfant (ou personne) ne peut subir de discrimination sur la base (entre autres) des conditions de sa naissance.

Tunisie : Selon les articles 68-74 du CSP, la filiation d'un enfant peut être établie par l'aveu du père, qui doit apporter la preuve de la cohabitation, ou sur les dires de deux témoins. L'article 69 indique que la filiation n'est pas établie en cas de désaveu d'un enfant née d'une femme mariée dont la non-cohabitation avec le mari a été prouvée, ou d'un enfant mis au monde par une femme mariée, un an après l'absence ou le décès du mari ou la date du divorce. L'homme peut reconnaître un enfant à tout moment ce qui confère à l'enfant le droit d'hériter de son père. Un arrêt de la Cour suprême de 1973 a officiellement déclaré les relations extra-conjugales illicites et les a qualifiées de « fornication ». En définissant la conception comme fornication, cet arrêt élimine toute possibilité de relation légitime entre l'enfant et son père. Toutefois, dans la pratique, l'enfant bénéficie de la légitimité si le père lui-même déclare à l'état civil en être le père (au moment de la naissance).

Les enfants nés hors mariage sont présumés illégitimes, mais la paternité peut être revendiquée.

Indonésie : Selon l'article 43 (1), un enfant né hors mariage aura des relations de droit civil avec sa mère uniquement et la famille de celle-ci. Les pères d'enfants illégitimes n'ont aucune responsabilité financière. En cas de paternité contestée, le juge a le pouvoir d'exiger des examens médicaux pour prouver la paternité. Toutefois, le juge ne le fera pas si le père putatif est influent.

LOIS : Adoption

Critères

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :
 - reconnaissent l'adoption dans la loi.
- ☹ Les lois les moins favorables sont celles qui :
 - ne reconnaissent pas l'adoption dans la loi.

☺ L'adoption est légalement reconnue

Cameroun : Les enfants adoptés ont les mêmes droits successoraux que les enfants biologiques.

Fidji : Les dispositions de la loi sur la famille s'appliquent que l'enfant soit biologique ou adopté.

Nigeria (lois non fondées sur les lois musulmanes ou coutumières) : Les enfants adoptés en vertu de la loi peuvent être inclus dans le testament du parent adoptif, sans aucune limite. Certains États (principalement dans le sud-est et Lagos) ont adopté les lois sur l'adoption.

Sri Lanka : Les musulmans peuvent légalement adopter (pas d'exception en vertu de l' « Adoption Ordinance », 1941), mais, l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire Ghouse contre Ghouse (1988) (1 Sri LR 25) prête à confusion : les musulmans ne peuvent conférer à l'enfant adopté le droit à la succession ab intestat d'une manière qui soit incompatible avec les lois musulmanes, bien que les musulmans aient le droit d'établir un testament et que les enfants adoptés puissent hériter par testament.

Tunisie : Selon l'article 8 de la Loi 1958-0027 du 4 mars 1958, un homme ou une femme marié (e) adulte, sain(e) de corps et d'esprit et en mesure de subvenir aux besoins de l'adopté, peut adopter. L'autorisation de l'autre conjoint est nécessaire. Le juge permet également l'adoption par un homme veuf ou divorcé, mais pas par une femme dans le même cas. L'adoption confère au parent adoptant et à l'enfant adopté la relation de filiation légitime. Un citoyen tunisien peut adopter un enfant étranger, mais un étranger ne peut pas adopter un enfant tunisien. La différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté doit être au minimum de quinze ans sauf dans les cas où l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant. L'enfant adopté doit être mineur, le consentement des

parents biologiques de l'enfant doit être obtenu s'ils sont vivants. Un enfant abandonné peut être adopté après obtention par les parents adoptants d'une autorisation délivrée par le juge cantonal. L'enfant prend le nom du parent adoptant. L'adoption est définitive.

Turquie : Les articles 305-307 du Code civil ont ramené l'âge minimum requis pour adopter un enfant de trente-cinq à trente ans. Les personnes célibataires et celles ayant déjà des enfants peuvent également adopter. Les époux ne peuvent adopter que de manière conjointe et doivent être mariés depuis au moins cinq ans avant de pouvoir le faire.

☹ L'adoption n'est pas reconnue dans la loi

Indonésie : L'article 209 de la KHI prescrit un « legs obligatoire » en faveur de l'enfant adopté lorsque ce dernier n'a pas été cité dans un testament par les parents adoptants (concept inspiré de la loi égyptienne de 1946 qui prévoit le legs obligatoire pour les enfants dont les parents sont décédés). Le legs est limité à un tiers de la succession du parent. Les parents adoptants peuvent également donner jusqu'à un tiers de leur succession comme cadeau à l'enfant adopté. Auparavant, la loi adat ou loi coutumière permettait aux Indonésiens musulmans de faire don de la totalité de leurs biens de leur vivant.

Iran : Une personne adoptée peut hériter de tout ce qui est en son nom. En outre, les parents adoptants peuvent léguer par testament jusqu'à un tiers de leur succession. Souvent, les parents ayant un lien de sang réussissent à contester tout legs supérieur à ce pourcentage devant les tribunaux.

Maroc : Selon l'article 149 de la Moudawana, l'adoption n'a aucune valeur juridique. Les coutumes telles que l'adoption de gratification (djaza) ou testamentaire (tanzil) suivent les règles du testament.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Les enfants accueillis n'héritent pas de la famille d'accueil, mais cette dernière peut faire des donations (sans en préciser la valeur) et/ou faire un legs à l'enfant accueilli, ne dépassant pas un tiers du produit net de la succession du défunt.

Pakistan : Il n'existe pas de dispositions codifiées mais selon les lois musulmanes, les enfants adoptés ne peuvent pas être considérés comme les enfants à part entière des parents adoptants. Si un parent de la famille d'accueil laisse une disposition écrite, les tribunaux respectent les dons et les legs jusqu'à hauteur d'un tiers des biens.

Philippines : En vertu de l'article 64 du CMPL, les lois musulmanes ne confèrent pas à l'adopté le statut et les droits d'un enfant légitime, excepté le fait que l'enfant peut recevoir un don (hiba). Cette disposition est en opposition avec celles régissant l'adoption dans les autres communautés.

Algérie : Selon l'article 46 du Code de la famille, l'adoption est interdite par la loi. Les musulmans qui ont les capacités financières et morales peuvent être familles d'accueil par le biais d'un acte légal établi par un juge ou un notaire public. Ils sont responsables de l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, tout comme ils le seraient pour un fils ou une fille biologique. Si l'enfant connaît ses parents vivants, le consentement du père biologique est nécessaire. L'enfant conserve sa filiation biologique si les parents sont connus. Mais, le décret exécutif du 13/01/92 complétant celui du 03/06/71 concernant le changement de nom, donne la possibilité de changer le nom d'un enfant né de père inconnu ; l'autorisation de la mère est requise, et doit faire l'objet d'un authentique acte juridique. Les parents d'accueil deviennent alors les tuteurs légaux de l'enfant et bénéficient de droits, tels que les allocations familiales pour l'enfant, comme pour les enfants biologiques. Le père administre les biens de l'enfant. Il peut faire des dons ou léguer par testament jusqu'à hauteur d'un tiers de ses biens à l'enfant. S'il dépasse cette proportion, le testament ou le don devient nul et non avenue à moins que ses héritiers y consentent. Si les parents biologiques demandent la réintégration de leur enfant dans leur famille, et si l'enfant est en âge de décider, l'enfant doit décider pour lui-même, s'il accepte ou pas. En cas de décès d'un parent d'accueil, les droits et les responsabilités sont transférés aux héritiers.

LOIS :

Entretien des enfants

Algérie: Selon l'article 75 du Code de la famille, le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources. Pour les enfants de sexe masculin, la loi non amendée prévoit que l'entretien soit maintenu jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la maturité, et pour les filles, jusqu'à ce qu'elles aient consommé leur mariage. Le père demeure soumis à son obligation si l'enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou tant qu'il poursuit des études. L'obligation d'entretien ne cesse que lorsque l'enfant est en mesure de pourvoir à ses propres besoins. L'entretien comprend la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, le logement et tout ce qui est jugé nécessaire, conformément aux coutumes et aux conventions. Lors de l'évaluation de l'entretien, le juge prend en compte la situation des époux et leurs conditions de vie. Un réexamen de leur situation n'est pas possible avant un délai d'un an. L'entretien est dû à partir de la date de la demande. Le juge peut, toutefois, décider (sur la base des preuves présentées) que le père paye l'entretien pour une période n'excédant pas un an avant l'introduction de la demande. En vertu de l'article 76, la mère est obligée de pourvoir à l'entretien des enfants si le père est frappé d'incapacité et si elle en a les moyens.

Bangladesh : L'article 488 du CrPC, le juge peut ordonner l'entretien des enfants légitimes ou illégitimes. Les femmes sont en mesure de réclamer l'entretien.

Fidji : La loi stipule que les parents, sans distinction de sexe, ont le devoir premier de pourvoir aux besoins de l'enfant qu'ils soient mariés ou pas. En vertu de l'article 87, un juge peut également décider que le devoir des beaux-parents est de pourvoir à l'entretien de l'enfant. Le FLA contient des dispositions extrêmement détaillées concernant l'entretien de l'enfant et les pouvoirs du juge, les questions à prendre en compte lors du calcul du montant de l'entretien, la révision des jugements et les arrêts provisoires. La pratique de la loi précédente prévoyait l'octroi d'un tiers maximum du revenu du père à l'entretien. Il est possible d'obtenir la modification ou la révision d'un jugement sur présentation d'une preuve du changement de situation. La femme peut faire arrêter un mari en fuite qui tente de quitter le pays pour éviter de payer l'entretien (Chiman Lal contre Pan Bhai 1978 24 FLR 121).

Inde (pour tous les mariages): Les juges ont le pouvoir d'ordonner l'entretien des enfants légitimes et illégitimes en vertu de l'article 125 du CrPC qui stipule également que les épouses, les enfants et les personnes âgées à charge et incapables de pourvoir à leurs besoins par eux-mêmes, peuvent en faire la demande.

Malaisie : Les articles 72-80 du IFLA stipulent qu'il est du devoir d'un homme d'assurer l'entretien de ses enfants en leur fournissant le logement, l'habillement, la nourriture, les soins médicaux et l'instruction en fonction de ses moyens et de sa situation. Le jugement concernant l'entretien prend fin lorsque la fille est mariée et que le fils a atteint dix-huit ans. Toutefois, le juge peut prolonger la responsabilité du père pour une nouvelle période raisonnable afin de permettre à l'enfant de poursuivre des études supérieures ou une formation. Le juge a le pouvoir de garantir l'entretien et peut saisir des biens. Les jugements peuvent être revus à la baisse ou à la hausse lorsque le juge est convaincu que le premier jugement était fondé sur une fausse déclaration ou une erreur ou s'il y a changement de situation.

Maroc : Selon les articles 145 et 148 de la Moudawana, seul un enfant né du mariage (y compris les mariages susceptibles d'être annulés) a droit à l'entretien. En vertu de l'article 198, le père est responsable de l'entretien de ses enfants (sans distinction de sexe) jusqu'à leur majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans s'ils poursuivent des études. La fille perd son droit à l'entretien dans le seul cas où elle dispose de ressources propres ou lorsque son entretien incombe à son mari. En vertu de l'article 199, la mère, si elle est aisée, assure l'entretien de l'enfant dans la mesure où le père est en incapacité de le faire. L'article 202 stipule que les dispositions relatives à l'abandon de famille sont applicables à toute personne à qui incombe l'entretien des enfants et qui cesse de l'assurer pendant une durée d'un mois.

Pakistan : L'article 488 du CrPC a été abrogé, ce qui ne laisse en effet aucune disposition concernant l'entretien pour les enfants nés hors d'un mariage valide. L'obligation du père d'assurer l'entretien des enfants est dérivée des lois musulmanes, elle est traitée par les juges de la famille qui ont compétence sur les affaires d'entretien selon l'annexe de la loi sur les tribunaux de la famille.

Philippines : L'article 62 (b), (c) du CMPL stipule qu'un enfant légitime a le droit de recevoir l'entretien de son père, ou, à défaut, de ses héritiers. En outre, il/elle doit avoir le droit d'hériter et d'autres droits à la succession que le code lui reconnaît. Selon l'article 65, l'entretien comprend tout ce qui est indispensable à la subsistance : le logement, l'habillement et les soins médicaux en

fonction de la position sociale de la personne tenue d'assurer l'entretien, ainsi que l'instruction de la personne ayant droit à l'entretien jusqu'à ce qu'il/elle achève ses études et/ou sa formation à une profession, même au-delà de la majorité.

Sri Lanka : Le père a le devoir d'assurer l'entretien des filles jusqu'à ce qu'elles soient mariées et celui des fils jusqu'à l'âge de la puberté, sauf s'ils sont incapables de subvenir à leurs besoins en raison d'une infirmité physique, de la maladie ou de la poursuite des études. Les pensions d'entretien sont établies à partir de la date de la demande. Il est également prévu que la mère demande une pension plus élevée pour son enfant si elle en démontre « le bienfondé ».

Soudan : Selon les articles 81 et 84 du MPLA, assurer l'entretien de l'enfant incombe au père. Une fille a droit à l'entretien par le père jusqu'à ce qu'elle soit mariée. Si le mari de la fille décède, si elle est divorcée et n'a pas de moyens financiers, elle a alors droit à l'entretien par le père. Le garçon reçoit l'entretien de la part de son père jusqu'à l'âge où il peut travailler et subvenir à ses besoins. Si le garçon est malade ou handicapé, l'entretien par le père doit être maintenu. La mère n'a l'obligation d'assurer l'entretien que lorsque le père est décédé ou dans l'incapacité de le faire.

Un procès en paternité retentissant alerte sur les dangers du mariage « urfi », une pratique courante en Égypte

Des militantes et des expertes travaillant sur la question des droits des femmes ont mis en garde contre le manque d'informations entourant le mariage « urfi », phénomène de plus en plus fréquent en Égypte.

C'est le manque d'information sur ce qu'implique le mariage « urfi » qui crée une multitude de problèmes pour la femme, a déclaré Heba Loza, experte des questions de femmes et écrivain, au journal semi officiel Al-Ahram.

Les mariages « urfi », communément définis comme des unions sans acte de mariage, sont souvent célébrés en secret. Ceux qui choisissent le mariage « urfi » sont pour la plupart de jeunes couples qui n'ont pas le consentement de leurs parents ou qui ne peuvent pas se permettre un mariage. « En réalité, la plupart des gens qui ont recours au mariage « urfi » sont des jeunes couples cherchant à légitimer une relation sexuelle », a déclaré Heba. « Beaucoup ne peuvent pas se permettre le mariage, tandis que d'autres n'ont pas le consentement de leurs parents. Le mariage « urfi » leur offre une porte de sortie ».

Le mariage « urfi » dirigé par un religieux musulman a généralement lieu en présence de deux témoins au moins. Seuls deux exemplaires du contrat de mariage sont établis - un pour chaque partie. « Ainsi, il y a toujours le risque que l'une des parties nie le fait que le mariage ait jamais eu lieu », a déclaré Heba. « Dans la plupart des cas, c'est l'homme ».

Cela est particulièrement fréquent lorsqu'un enfant naît de cette union. « À moins que les témoins soient présents lors de la signature des contrats et que le mariage ait été annoncé publiquement, le mariage est effectivement nul et non avenu aux yeux de la loi », a déclaré Heba. « Par conséquent, les droits de la femme dans le mariage ne peuvent être protégés, le père non plus n'est pas automatiquement tenu de partager la responsabilité de l'enfant ».

Ce fut le cas dans l'affaire qui défraya la chronique, celle de Hind al-Hinnawy et l'acteur Ahmed al-Feshawy dont l'histoire de mariage « urfi » et d'un enfant contesté a été au centre d'une controverse nationale en 2005. Cette affaire a finalement pris fin le 24 mai 2006 lorsqu'une Cour d'appel du Caire s'est prononcée en faveur de Hind, laquelle, grâce à des témoignages, a établi la paternité juridique d'al-Feshawy sur l'enfant ». Le résultat du procès a été très positif », a déclaré Huda Badran, présidente de l'Alliance arabe des femmes dont le siège est au Caire. « Le résultat a consacré les droits de l'enfant, qui jusque-là n'en avait pas ».

Selon Huda, l'affaire devrait servir d'avertissement aux jeunes gens qui considèrent les unions « urfi » comme substituts aux mariages officiels. « Peut-être que cette affaire a aidé aussi bien les jeunes hommes que les jeunes femmes à être un peu plus conscients des risques associés aux mariages « urfi », a-t-elle dit. « Al-Feshawy doit maintenant, contre son gré, assumer ses responsabilités en tant que père, alors qu'il pensait pouvoir y échapper tandis qu'al-Hinnawy a lutté durement pour garantir ses droits et ceux de sa fille ».

Bien que cette affaire particulière ait été beaucoup couverte par la presse égyptienne et étrangère, il est important de noter que ce n'est pas du tout un cas isolé. En fait, il y a environ quatorze mille procès en paternité similaires actuellement traités par les juges. « Les militantes me disent qu'elles pensent que le chiffre exacte s'approche du million », a déclaré Heba. Ce chiffre n'inclut pas les enfants illégitimes, qui sont abandonnés et grandissent dans des orphelinats ou dans la rue. Leur nombre est difficile à estimer, mais il semblerait qu'ils soient des dizaines de milliers.

L'organisation *Civil Monitor for Human Rights* appelle à la modification de la loi qui autorise les pères à délaissier leurs responsabilités et à renier leurs propres enfants. La paternité peut être prouvée à l'aide des tests ADN, aussi l'utilisation de la technologie doit-elle être stipulée dans la loi. En outre, en cas de preuve scientifique, le père doit reconnaître légalement l'enfant. L'Égypte a signé et ratifié la Charte internationale des droits de l'enfant, elle doit reproduire dans ses lois le contenu de cette charte.

Compilation à partir du 5 juin 2006, IRIN

www.wluml.org/english/newsfulltxt.shtml et www.wluml.org/english/newsfulltxt.



DISSOLUTION DU MARIAGE: UN APERÇU

La grande diversité des lois et pratiques à travers les communautés et les pays musulmans s'expose clairement dans le domaine de la dissolution du mariage.

Bien que les pratiques coutumières ayant trait au divorce tendent à être plus restrictives pour les femmes que ne le sont les lois codifiées, ceci n'est pas toujours le cas. Dans une communauté, il peut être impensable qu'une femme quitte son mari, mais dans une autre, la possibilité de quitter un mariage malheureux avec le soutien de sa propre famille, peut être parfaitement possible et socialement acceptable.

Les chapitres 9 et 10 du manuel examinent les diverses formes de dissolution du mariage, notamment celles qui sont reconnues aux fins des lois musulmanes, ainsi que la forme de divorce dit égalitaire, reconnue dans les systèmes non fondés sur les lois musulmanes. Les questions liées aux règlements financiers au moment de la dissolution, à la garde et la tutelle des enfants, et des périodes d'attente (ou de viduité) affectent également les stratégies individuelles des femmes en cas de dissolution. En effet, ces questions affectent les options dont disposent les femmes, tout autant que les lois et pratiques qui régissent le divorce même. Elles ont donc été incluses dans ce volume du manuel.

Diversité des lois relatives à la dissolution et ses questions connexes

Les diverses lois qui régissent le divorce s'inscrivent dans un continuum. D'un côté, les hommes ont le pouvoir total de mettre fin à leur mariage, à leur guise (sans donner de raison devant une autorité quelconque), alors que les femmes (au sein) de cette même communauté ne peuvent dissoudre leur mariage qu'à travers de longues procédures au tribunal, et (alors) uniquement pour des motifs bien définis de manière restrictive.

D'une autre côté, tant les hommes que les femmes peuvent avoir recours au divorce (uniquement via les tribunaux) et peuvent le faire sur un pied d'égalité.

Toutefois, le divorce va beaucoup plus loin que la simple question de savoir qui peut divorcer de qui, et pour quelles raisons.

Comme cela a été mentionné ci-dessus, des questions étroitement liées telles que les règlements financiers, la garde des enfants et les périodes d'attente, doivent être prises en considération. Pour comprendre la réalité du divorce et des questions connexes pour les femmes, il convient de se rappeler que si un système peut avoir des dispositions ou des pratiques qui offrent davantage d'options dans un domaine ayant trait au divorce, le même système peut avoir des dispositions ou pratiques qui offrent moins d'options dans le même domaine. Par exemple, dans certains systèmes, la loi peut donner aux femmes un droit limité au divorce et les priver de tout espoir de conserver la garde de leurs enfants, tout en leur donnant la possibilité de bénéficier de règlements financiers considérables en cas de talaq (divorce unilatéral du fait du mari). Dans un autre système, la loi peut accorder à la femme la possibilité de mettre fin à son mariage sans avoir à établir de faute, et lui donner une chance égale de conserver la garde des enfants, tout en la privant de tout accès aux biens conjugaux.

Attitudes et changements sociaux à travers la réforme juridique

Dans les systèmes régis par les lois musulmanes, ainsi que dans ceux régis par d'autres sources de droit, la dissolution du mariage a fait l'objet de réformes juridiques considérables au cours des cent dernières années.

Dans certains contextes, les femmes ont été en mesure d'avoir recours au divorce, même sans réforme. Par exemple, chez les Hausa du Nord Nigeria, lorsqu'une femme quitte le domicile conjugal et refuse de le réintégrer, l'entourage du mari fait honte à celui-ci et le taquine pour l'inciter à prononcer le talaq (« A-t-elle autant d'influence sur toi que tu ne puisses pas la laisser

partir ? »). En conséquence, une femme hausa n'aurait à initier une procédure de divorce que si son mari refusait encore de prononcer le talaq.

Toutefois, dans de nombreux autres contextes, l'accès au divorce est très difficile parce que les réformateurs juridiques ont reconnu que le restreindre n'arrange en rien les mariages malheureux. L'impossibilité de divorcer, que ce soit en raison de lois ou d'attitudes sociales strictes mène simplement à l'abandon, la polygynie (là où cela est possible), la violence conjugale qui contraint les femmes à abandonner leur foyer conjugal, ou même à la conversion à une autre religion (pour tenter de se soustraire à des dispositions restrictives). Dans l'Inde coloniale du début du XX^{ème} siècle, les femmes musulmanes n'étaient pas en mesure d'accéder au divorce et nombre d'entre elles se sont converties à d'autres religions, dans l'espoir que leur mariage serait automatiquement dissous. Ce sont les Ulémas indiens qui, dans leurs efforts pour contrer cette tendance, ont fait pression sur les autorités coloniales en vue de l'introduction d'une nouvelle loi codifiant les motifs de divorce qui seraient accessibles aux femmes. Ailleurs, dans les communautés musulmanes, la réforme s'est concentrée à la fois sur l'élargissement de l'accès des femmes au divorce et sur le contrôle de l'exercice arbitraire du talaq par les hommes. Même dans les pays régis par des lois fondées sur les concepts chrétiens du mariage, qui, contrairement aux lois musulmanes, n'ont reconnu la possibilité de la dissolution du mariage qu'au cours des cent cinquante dernières années, des modifications ont rendu le divorce beaucoup plus accessible.

En dépit de ces modifications, tant les lois que les pratiques ont toujours tendance à rendre l'accès au divorce plus aisé pour les hommes que pour les femmes, et à rendre la vie plus difficile aux femmes qu'aux hommes dans la période suivante. Le fait est vérifié dans les systèmes basés sur les lois musulmanes et dans ceux qui sont fondés sur d'autres sources, reflet de l'existence du contrôle patriarcal exercé au travers des lois, des pratiques et des attitudes sociales.

Dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes, ces attitudes sont souvent illustrées par l'idée largement répandue mais fautive selon laquelle le talaq est la seule forme « musulmane » de divorce. En effet, de nombreuses lois exigent encore que le mari prononce le divorce, même lorsqu'un couple convient mutuellement de divorcer. Ceci peut impliquer que le tribunal « demande » au mari de prononcer le talaq. Ces idées fausses persistent, bien que diverses écoles s'entendent sur le fait que les lois musulmanes reconnaissent des formes de dissolution mises à la disposition des femmes. Dans de nombreuses communautés, ce n'est que lorsque les femmes souhaitent la dissolution de leur mariage que l'on se rappelle et que l'on répète les hadiths, qui citent le divorce comme la chose la plus haïssable pour Dieu. Toutefois, les attitudes peuvent changer. En Malaisie, par exemple, suite aux réformes des années quatre-vingt, le faskh est à présent accepté comme une forme de dissolution à la disposition des femmes mariées sous lois musulmanes.

Même dans les pays à majorité musulmane, toutes les dispositions relatives au divorce ne sont pas fondées sur les lois musulmanes. Toutefois, la complexité des lois musulmanes et les fausses idées sur ces dernières ont tendance à influencer, et parfois à brouiller l'application des dispositions relatives au divorce dans les communautés et les pays musulmans. Nous avons donc inclus un bref exposé des dispositions figurant dans les lois musulmanes, qui ont trait aux diverses formes de divorce à la disposition des hommes et des femmes. Cet exposé ne reflète pas un travail visant la réinterprétation progressiste des lois musulmanes, mais simplement les principes communément convenus.

Procédures de dissolution et élargissement des droits des femmes

Indépendamment des circonstances particulières dans lesquelles un divorce survient (la femme souhaite-t-elle dissoudre le mariage ou empêcher le mari de le faire ?), la nature de la procédure est très importante pour les droits des femmes. En règle générale (sauf dans des situations où les pratiques coutumières peuvent opérer de manière équitable), la réglementation du divorce devant les tribunaux offre davantage d'options que la réglementation devant toute autre enceinte, ou l'absence de réglementation. Ceci est vrai, en dépit des restrictions inévitables qui résultent de l'attitude des juges. Lorsque toutes les mesures extrajudiciaires ne sont pas reconnues comme valides la dissolution devant les tribunaux garantit un enregistrement adéquat des procédures et donne davantage de clarté à la date d'entrée en vigueur et à tout droit dû à l'un ou l'autre époux. Toutefois, tous les systèmes n'exigent pas la dissolution devant les tribunaux. D'autres exigent uniquement que les femmes passent par les tribunaux, et cette obligation favorise effectivement les hommes.

Par ailleurs, il est plus difficile de dire de manière catégorique si les procédures de conseil et de réconciliation profitent ou non aux femmes. Tout dépend des procédures, des personnes impliquées comme arbitres, et des pouvoirs dont elles disposent eu égard à la décision finale. Pour les femmes qui souhaitent mettre fin à une union violente (ou, de toute manière, insupportable), les procédures obligatoires de réconciliation peuvent prolonger inutilement une situation pénible. D'autre part, pour les femmes rejetées par talaq, les procédures de réconciliation peuvent être leur seule chance de se faire entendre.

Une des questions les plus litigieuses dans les dissolutions basées sur les lois musulmanes, est celle de la révocation : quelles sont les formes de dissolution révocables ? Qui a le pouvoir de révocation et pendant combien de temps ce pouvoir peut-il être exercé ? Certaines lois ont tenté de clarifier ces questions, alors que d'autres reflètent l'absence apparente de consensus entre juristes (ou omettent de s'attaquer à la confusion qui prévaut).

Manifestement, les lois qui permettent aux hommes de répudier leurs épouses par talaq et qui permettent également aux hommes de révoquer le talaq sans prendre en considération la volonté de la femme, donnent aux hommes un formidable outil de contrôle sur les femmes.

Ce déséquilibre porte gravement atteinte à l'égalité inhérente au concept de mariage musulman en tant que contrat. En effet, l'accent placé sur la nature contractuelle du mariage musulman a été une stratégie majeure pour les activistes des droits des femmes et pour les réformateurs juridiques dans les communautés et les pays musulmans. Des modifications d'une très grande importance ont été apportées au contrat type de mariage - au cours des dernières décennies au Bangladesh, en Malaisie et au Pakistan. En Inde comme en Afrique du Sud, les activistes des droits de la femme tentent actuellement de promouvoir des contrats de mariage progressistes. De nombreuses lois comprennent également des articles qui permettent aux femmes de négocier des conditions écrites dans leurs contrats de mariage. Les contrats de mariage sont importants pour les droits des femmes dans le divorce parce qu'ils peuvent comprendre des conditions qui confèrent à l'épouse un droit délégué au divorce (talaq tafwid), ou au ta'liq, ou des dispositions qui restreignent ou conditionnent le droit du mari au divorce (comme on l'a vu dans Droits et responsabilités négociés, (p. 167). Les érudits ont montré que les femmes dans les communautés musulmanes et tout au long de l'histoire musulmane se sont servies du contrat de mariage pour négocier les termes et les conditions de la dissolution du mariage. Nous définissons les systèmes qui permettent ou facilitent la négociation de tels droits comme des systèmes qui offrent des options aux femmes. Là où elles peuvent ajouter de telles conditions négociées, les femmes sont renforcées dans leur position au moment de la dissolution et peut-être, et cela est plus important, dans leur position au sein du mariage en cours. Ce renforcement de leur position peut même prévenir des situations qui mènent à la dissolution. En Arabie saoudite, les clauses négociées dans le contrat de mariage sont assez souvent utilisées pour garantir aux femmes des droits dont elles seraient normalement privées par la tradition, notamment un accès facilité au divorce.

Les lois qui figurent dans les sections « Dissolution égalitaire pour les hommes et les femmes », et d'autres formes de dissolution pour les femmes sont présentées par ordre alphabétique, et non en fonction du point de savoir si elles offrent plus ou moins de choix aux femmes, car chacune des lois dispose d'une telle gamme de dispositions qu'elles ne sont pas strictement comparables. Par exemple, si la loi d'un pays exige d'une femme qu'elle attende plus de six mois pour être en mesure de faire une demande de dissolution au motif d'abandon, la loi de ce même pays peut avoir une construction très étroite de la cruauté. La question difficile à trancher qui se poserait alors serait de savoir comment « classer » la loi de ce pays.

Dissolution égalitaire pour les femmes et les hommes

Ce chapitre discute des systèmes dans lesquels les motifs de divorce n'établissent pas de distinctions significatives entre les hommes et les femmes. La seule exception possible pour les femmes serait d'évoquer le motif de défaut d'entretien - considérant que l'entretien relève généralement de la responsabilité du mari. Les dispositions ayant trait à l'adultère peuvent également établir des différences subtiles entre les hommes et les femmes.

Ces systèmes se répartissent en deux catégories distinctes. La première comprend les systèmes dans lesquels les lois sont fondées sur des sources autres que les lois musulmanes malgré une représentation majoritaire ou importante d'une de la communauté musulmane (Républiques d'Asie centrale, Fidji, Turquie). Les lois applicables aux musulmans qui ont la possibilité de se marier au titre de lois non-musulmanes (Bangladesh, Cameroun, Gambie, Inde, Nigeria) entrent également dans cette catégorie. La seconde catégorie comprend les systèmes où les législations reposent sur les lois musulmanes, mais où les motifs de dissolution du mariage peuvent être invoqués de manière égale par les hommes et les femmes - au moins en théorie (Indonésie, Tunisie). Le Code de la famille sénégalais s'inspire des lois musulmanes, du Code Napoléon et des lois wolof et coutumières. Puisqu'elle met les hommes et les femmes sur un pied d'égalité, ses dispositions sont discutées dans cette section. De même, le motif de « disputes et querelles constantes » (niza' wa shiqaq) qui est à la disposition des hommes et des femmes dans les lois tirées du Code ottoman (applicable à la communauté palestinienne en Israël et dans certains pays arabophones) est donc débattu dans cette section.

Toutes les lois retenues dans cette section reconnaissent les concepts de « rupture irrémédiable du mariage », « disputes et querelles constantes », « discorde et dissensions », ou la possibilité d'une dissolution sans avoir à faire la preuve de motifs

spécifiques. En règle générale, qu'ils reposent sur les lois musulmanes ou sur d'autres lois, ces systèmes acceptent le fait que lorsqu'un conjoint est déterminé à dissoudre le mariage, les tribunaux ne peuvent pas faire grand-chose, si ce n'est de mettre en œuvre les procédures d'arbitrage et de conciliation, et d'évaluer les dommages dus à l'autre conjoint. Une telle acceptation n'existe pas dans les concepts de faskh, ta'liq et talaq suspendu, qui sont à la disposition des femmes dans les lois musulmanes. Dans chacun de ces cas, l'épouse doit apporter des preuves substantielles d'un ou de plusieurs motifs très spécifiques.

Mubarat et divorce par consentement mutuel

Depuis des siècles, les lois musulmanes reconnaissent la possibilité pour les conjoints de divorcer par consentement mutuel sans avoir à établir de faute de la part de l'une ou l'autre partie. Toutefois, le divorce par consentement mutuel n'est accepté que depuis peu dans des systèmes fondés sur d'autres sources de droit (notamment là où les concepts chrétiens définissent le mariage comme un sacrement).

Dans la plupart des livres sur les lois musulmanes existants dans les communautés et les pays musulmans, la première forme de divorce discutée est le talaq. À bien des égards, ceci contribue à renforcer l'idée fautive selon laquelle le talaq est la seule forme « acceptable » de dissolution. Nous commençons délibérément les sections de ce chapitre du manuel par le mubarat. Et ceci pour mettre l'accent sur notre point de vue qui est que, si toutes les ruptures de mariage sont regrettables, il est préférable de permettre à un couple de convenir mutuellement de se séparer sans l'épreuve douloureuse d'avoir à établir une faute publiquement.

Talaq et talaq tafwid/('esma)

Dans un certain nombre de pays (Indonésie, Tunisie, ancien Sud Yémen), les lois relatives à la famille qui régissent les musulmans reposent essentiellement sur les lois musulmanes. Mais le talaq n'est pas reconnu et la dissolution du mariage ne peut avoir lieu que devant les tribunaux, les mêmes motifs de divorce étant à la disposition des hommes et des femmes.

Bien que nous ayons discuté de ces dispositions de manière détaillée dans la section sur la « Dissolution égalitaire entre les femmes et les hommes », nous les avons également mentionnées dans la section sur le talaq, afin de montrer jusqu'où certains pays sont allés pour mettre un terme aux injustices du talaq, tout en conservant les lois musulmanes comme source d'inspiration.

La section sur le talaq Tafwid (également appelé « esma », ou littéralement « la permission » ou « l'option », dans de nombreux pays arabophones) suit immédiatement celle sur le talaq, afin de mettre en évidence l'importance qu'il revêt comme forme de dissolution à la disposition tant des hommes et des femmes, et sur la base des lois musulmanes. Le talaq tafwid est la délégation, par le mari, de son pouvoir de talaq à l'épouse, sans condition ou avec condition. En règle générale, le mari délègue ce pouvoir par l'intermédiaire d'une clause négociée dans le contrat de mariage, mais peut déléguer ce pouvoir à l'épouse, à tout moment, durant le mariage. Il y a, au sein des communautés, l'idée fautive selon laquelle, en déléguant ce pouvoir à son épouse, le mari perd en quelque sorte son pouvoir de talaq, ce qui n'est pas le cas. Bien que le talaq tafwid dépende de l'acceptation par le mari de déléguer son droit, une fois délégué, ce droit ne peut être repris. Si la délégation est sans condition, l'épouse bénéficie des mêmes droits au divorce que son mari (dans des systèmes où le talaq est reconnu). En conséquence, l'option du talaq tafwid peut servir à corriger partiellement le déséquilibre de pouvoir dans un mariage. La section sur le talaq tafwid comprend le talaq délégué sans condition et avec condition. Mais il ne traite pas du ta'liq et du talaq « suspendu » qui existent dans les contrats de mariage en Malaisie et en Iran.

Autres formes de dissolution à la disposition des femmes

Les lois musulmanes reconnaissent le concept de khul', le droit de la femme de chercher à se libérer des liens du mariage en offrant une compensation à son mari. Cependant cette possibilité n'existe pas dans tous les systèmes basés sur les lois musulmanes et dans toutes les pratiques en vigueur dans les communautés musulmanes. Bien que les systèmes juridiques et les communautés puissent confondre le khul' et le mubarat, la différence essentielle réside dans le fait que dans les lois musulmanes, le khul' suppose un jugement par une tierce partie (cadi). Par ailleurs, le mubarat est conceptualisé comme une forme de dissolution qui ne suppose pas l'intervention d'une tierce partie pour établir les circonstances de la dissolution – bien que les lois actuelles puissent exiger que le couple passe par l'intermédiaire d'enceintes officielles.

En plus du mubarat, du talaq tafwid et du khul', il y a d'autres formes de dissolution à la disposition des femmes dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes. Divers termes sont utilisés, notamment faskh, tafriq, ta'liq (voir Lois musulmanes ayant trait à la dissolution, (p. 253) et divorce judiciaire. En dépit de leurs divergences, ces formes de divorce ont en commun le fait qu'elles ne sont accessibles aux femmes qu'à travers une enceinte d'arbitrage (tribunal, cadi ou jamaat). De plus, la femme doit fournir des preuves concrètes d'une faute ou d'un vice de la part du mari, ou de son incapacité à respecter les termes du contrat de mariage. Ceci établi, l'épouse en tant que partie lésée, conserve généralement tous les droits financiers qui lui sont dus d'après le contrat, notamment le mahr, et tous autres règlements financiers reconnus par le système en question. Si l'épouse est reconnue comme étant la partie lésée, elle conserve généralement tous les droits financiers, notamment le mahr, stipulés par le contrat.

Dans le cadre des contrats de mariage iranien et malaisien, et à la suite de réformes menées au cours des deux dernières décennies, l'époux prononce effectivement un talaq suspendu ou délègue avec condition son droit de talaq. Ce droit devient applicable dans les cas où, par exemple, le mari n'est pas en mesure de subvenir aux besoins de son épouse pendant une certaine période de temps. Ces dispositions contractuelles sont discutées dans la section « autres formes de dissolution à la disposition des femmes » (p. 287), car en effet, elles sont plus proches du faskh et du tafriq pour faute et vice.

Droits et règlements financiers : dissolution, garde et tutelle des enfants, délai de viduité (ou 'idda), et mariage après un divorce

Il serait impossible de débattre de la dissolution du mariage sans prendre en considération d'autres aspects tels que les règlements financiers et la garde des enfants. Pour les femmes, les problèmes liés à ces questions restreignent souvent leur capacité à accéder à tout droit au divorce mis à leur disposition. Les règlements financiers d'une part et la garde et la tutelle des enfants d'autre part, sont deux domaines où les lois présentent de fortes variations, certaines étant manifestement plus favorables aux femmes que d'autres. Ces dernières ne dépendent pas du fait que les lois sont fondées sur des lois musulmanes, des lois coutumières ou d'autres sources.

Le chapitre sur les questions relatives à la dissolution du mariage commence par aborder le sujet du délai de viduité, durant lequel une femme divorcée ou veuve ne peut se remarier. Nous commençons ce chapitre par la période de retraite car, au moins dans les lois musulmanes, certains droits financiers sont spécifiquement liés à cette période d'attente. Appelée « 'idda » dans les lois musulmanes, la période de retraite existe également dans les lois fondées sur le Code Napoléon, bien que dans ce cas, elle soit étendue à trois cent jours, au lieu des trois mois requis par les lois musulmanes.

Enfin, nous ne discutons du remariage, ici, que dans le contexte du principe très controversé de mariage intermédiaire, selon lequel une femme ne peut avoir un remariage valide avec le même homme, que si elle a d'abord épousé un autre homme dont elle a ensuite divorcé (mariage hilala). Étant donné que nous n'avons pas beaucoup d'information sur les lois et pratiques concernant le remariage, nous n'avons mentionné que brièvement d'autres questions ayant trait au remariage dans les sections : Capacité (des femmes divorcées ou veuves) à contracter leur propre mariage (p. 72) et Capacité à se marier – Autres interdictions (remariage durant la période d'attente, p. 103).



DISSOLUTION DU MARIAGE: LOIS MUSULMANES RELATIVES A LA DISSOLUTION - UN APERÇU

Procédure pour le talaq

Les procédures pour le talaq découlent des versets coraniques et de la Sunnah, et supposent essentiellement :

- une déclaration de divorce; et
- des tentatives de conciliation, menées par des représentants ; et
- une période de retraite (délai de viduité) de trois cycles menstruels.

Les diverses écoles s'entendent sur le fait que le divorce doit être prononcé devant témoins. Toutefois, les juristes et les diverses écoles ne s'entendent pas sur le point de savoir si la déclaration de divorce doit être verbale ou écrite (ou les deux). Il n'y a pas d'entente sur les points suivants : combien de fois la déclaration doit être faite? Quand commence la période de retraite? L'époux peut-il ou non révoquer son talaq, et dans quelle conditions? Et quand un autre mariage est-il nécessaire avant le remariage d'un couple divorcé ?

Ainsi, diverses formes de talaq se sont développées, dont les suivants : ahsan, hasan et bid'a.

- **Ahsan** : une déclaration unique de talaq, faite entre deux menstrues (tuhur), suivie d'une période de retraite. Dans le talaq, la période de retraite a une double fonction. En premier lieu, elle est destinée à donner au mari le temps de se calmer, de réfléchir à nouveau à sa décision et peut-être de revenir sur le talaq. S'il ne change pas d'avis, la période de retraite aide à prévenir toute confusion sur la paternité, en cas de remariage de l'épouse. Une fois la période de retraite terminée, le talaq devient baynuna sughra (également qualifié de « moindre finalité »). S'il choisit de se remarier après un talaq ahsan, le couple sera tenu d'établir un nouveau contrat. Toutefois, en cas de troisième talaq (c'est-à-dire si le couple a divorcé, s'est remarié, puis a de nouveau divorcé et s'est de nouveau remarié et divorce pour la troisième fois), le talaq devient baynuna kubra (également qualifié de « grande finalité »). Après un talaq baynuna kubra, le couple ne peut se remarier que si la femme a épousé un autre homme, consommé ce mariage qui sera par la suite dissous. Ce mariage intermédiaire est appelé hilala.
- **Hasan** : une déclaration unique de talaq, faite entre deux menstrues (tuhur), suivie d'une autre déclaration unique de talaq faite au cours du tuhur suivant, suivie d'une dernière déclaration de talaq, faite durant le troisième tuhur consécutif. A la condition qu'il n'y ait ni révocation, ni rapports sexuels durant la totalité de la période, jusqu'à la troisième déclaration. Le divorce devient irrévocable lors de la troisième déclaration, à la suite de quoi la période de retraite commence. En effet, un talaq hasan n'est révocable que dans un délai maximal de deux cycles menstruels alors qu'un talaq ahsan est révocable dans un délai de trois cycles. Si le couple choisissait de se remarier après un talaq hasan, la femme aurait en premier lieu à contracter un mariage hilala.
- **Bid'a** : une série de trois déclarations de talaq, suivie du 'idda (période de retraite). Ici, également, si le couple choisissait de se remarier, la femme aurait en premier lieu à contracter un mariage hilala. Bid'a signifie « désapprouvé » ou « innovation », ce qui implique qu'il est plus éloigné de la source coranique que d'autres formes de talaq. Les juristes ne s'entendent pas sur le point de savoir si le talaq bid'a en est une forme acceptable ou non. La plupart des juristes conviennent que le talaq reste révocable après la première et la seconde déclaration, mais qu'il devient irrévocable après la troisième déclaration. Il y a un manque de clarté sur le point de savoir si le mari est tenu ou non de verser une pension alimentaire durant la période de retraite consécutive à un divorce irrévocable.

Quelques formes de dissolution à la disposition des femmes

Le principe du khul' découle également de sources coraniques (Surah al-Baqarah : 229, et Surah al-Baqarah : 187) et de la Sunnah - l'épouse peut chercher à se libérer des liens du mariage en versant une compensation à son mari. Les mêmes conditions supposant des efforts de conciliation et l'observation de l'idda sont appliquées comme dans d'autres formes de divorce au titre des lois musulmanes.

Les juristes sont toutefois en désaccord sur le point de savoir si le khul' nécessite ou non l'autorisation de l'époux. De plus, les opinions divergent sur les conditions précises pour que le khul' soit accepté par un cadî et sur le fait que l'épouse puisse révoquer une dissolution khul', ainsi que le type de compensation. Parmi les juristes, il y a des différences subtiles dans la perception du khul', ce qui explique certaines des divergences apparentes dans les lois et les pratiques.

Khul' signifie « déshabillage » comme lorsque l'on ôte un vêtement (ceci en rapport avec la Surah al-Baqarah : 187, qui compare l'époux et l'épouse à des vêtements l'un pour l'autre). La question contestée entre juristes est celle de l'action : qui ôte quoi ? Est-ce l'époux qui se démet de son autorité conjugale au profit de l'épouse ou est-ce le couple qui rompt les liens du mariage à la demande de l'épouse ? Le cadî est-il habilité à rompre les liens du mariage à la demande de l'épouse ?

Lorsqu'un couple convient d'un khul' sans l'intervention d'une tierce partie et de la compensation devant être versée par l'épouse au mari, la plupart des interprétations l'acceptent comme une dissolution valable. Les questions réelles se posent lorsque le couple ne peut se mettre d'accord et exige une forme d'intervention ou hakam. Là où les interprétations considèrent le khul' comme l'abandon par le mari de son autorité conjugale au profit de l'épouse, les lois peuvent exiger que le mari consente au khul' (que ce soit par voie extrajudiciaire ou par l'intermédiaire d'un cadî). Cette interprétation plus patriarcale des dispositions coraniques semble actuellement dominante dans la plupart des lois. En effet, l'autorité du mari est mise en évidence par le fait que dans certains cas, le khul' est rendu effectif par la déclaration de talaq du mari devant le cadî. Par contre, là où les interprétations se concentrent sur l'action de la femme dans le khul' (inspiré par le caractère mutuel implicite dans la Surah al-Baqarah: 187), les lois tendent à considérer le consentement du mari comme non valable et à habiliter le cadî/hakam à prononcer la dissolution des liens du mariage.

Ainsi, il reste la question de la compensation (également appelée zar-i-khula et khului) : qu'elle est la forme acceptable de compensation, qu'il s'agisse de la restitution ou de la renonciation au mahr, et que le cadî soit en mesure ou non de déterminer le montant de la compensation, en fonction des circonstances ? Les dispositions coraniques ne spécifient ni la restitution ni la renonciation à la dot, et en effet, que la considération ou la compensation pour le khul' doive être la restitution d'effets reçus de l'époux par l'épouse. Elle pourrait avoir à indemniser son mari même lorsqu'elle n'a rien reçu ou peut ne pas avoir à restituer quoique ce soit lorsqu'elle a effectivement reçu quelque chose.

Certaines autres formes de dissolution à la disposition des femmes découlent du concept coranique de mariage en tant que contrat, ainsi que des références coraniques aux responsabilités du mari. Ces formes de dissolution comprennent le talaq tafwid (droit délégué de divorce, ou 'esma), le faskh (dissolution judiciaire, généralement liée à une irrégularité dans le contrat ou à la violation d'une clause contractuelle), le tafriq (divorce judiciaire, généralement lié à des problèmes entre conjoints, en particulier à l'incapacité d'un conjoint de remplir certaines responsabilités conjugales) et le ta'liq (un talaq suspendu ou conditionnel, par exemple « vous êtes divorcée si je ne suis pas en mesure de vous entretenir pendant quatre mois ». Les écoles diffèrent sur la gamme de motifs de divorce pouvant être invoqués à la disposition de l'épouse, l'école Hanafite offrant la gamme la plus restreinte. Le mari pouvant déjà disposer d'un droit unilatéral au talaq, le faskh, le tafriq et le ta'liq sont généralement perçus comme des options de divorce pour les femmes. Toutefois, le mari peut également avoir accès à certaines de ces formes. Par exemple, une maladie incurable chez l'un des conjoints est un motif de tafriq à la disposition tant du mari que de l'épouse.



DISSOLUTION DU MARIAGE: MUBARAT ET DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Introduction

De nombreux systèmes, fondés sur les lois musulmanes ou sur d'autres sources, reconnaissent la possibilité de divorcer par consentement mutuel (mubarat dans les lois musulmanes). Ce type de dissolution repose sur l'idée du mariage comme contrat. Il permet aux conjoints de négocier les conditions et les effets de leur divorce. Bien que l'une ou l'autre des parties puisse initier ce type de dissolution, dans les systèmes qui supposent l'accord du tribunal ou d'autres formes de procédures formelles, les époux formulent conjointement la demande de divorce, bien que certains systèmes permettent à l'un ou à l'autre de faire une demande de validation (Maroc).

Certains systèmes fondés sur les lois musulmanes peuvent ne pas recourir de fait au terme « mubarat », mais peuvent quand même autoriser les conjoints à dissoudre leur mariage par consentement mutuel puis à se rendre au tribunal pour la faire confirmer. Dans cette situation, le tribunal peut exiger du mari qu'il prononce un talaq (Sri Lanka, Singapour pour les mariages musulmans, Malaisie, Nigeria pour les mariages sous lois musulmanes). Lorsque le divorce opère sous talaq, les revendications qui en résultent sont celle d'un divorce par talaq. Aux Philippines, certains cas initiés sous talaq deviennent des divorces par consentement mutuel après intervention du tribunal et y sont enregistrés comme tels dans l'ordonnance du tribunal.

Dans d'autres systèmes, un tel divorce est qualifié soit de rupture irréversible, soit de divorce par consentement mutuel (Sénégal, Tunisie, Turquie). En Turquie, ce type de divorce n'est disponible que si les conjoints ont été mariés pendant plus d'une année.

Le mubarat offre des avantages manifestes s'il facilite effectivement la dissolution par consentement mutuel. Le consentement mutuel présuppose un accord en vue de mettre fin au mariage: il s'agit d'un processus moins litigieux. Dans un tel cas, les parties sont en mesure de négocier entre eux les règlements, les revendications et les droits de propriété. Toutefois, lorsque les parties n'ont pas de pouvoir égal de négociation, on peut se demander si le consentement est réellement mutuel, et si les droits de la femme peuvent être sacrifiés ou compromis. De telles inégalités peuvent avoir inspiré une disposition venant amendée le Code civil uniforme

de 1998 du Liban (jamais adoptée) qui cherchait à supprimer le mubarat. Le mubarat ou divorce par consentement mutuel n'est d'accès courant dans aucun des systèmes traités ici. Ceci est regrettable et montre le peu de marge sociale qui existe pour qu'un divorce soit sans contestation. Toutefois, dans les communautés où le divorce se déroule normalement, sans intervention du tribunal et sans forte condamnation sociale (certaines communautés du Nigeria et du Pakistan), il arrive que le divorce par consentement mutuel ne soit pas si rare.

Procédure

Certains pays supposent l'intervention du tribunal (Maroc, Sénégal, Tunisie, Turquie) ou une procédure d'enregistrement (Bangladesh, Pakistan) pour le mubarat. Au Bangladesh et au Pakistan, les parties n'ont pas à se présenter devant le conseil local et peuvent informer les autorités par courrier ou par l'intermédiaire d'un agent agréé. En outre, les conjoints peuvent désigner des représentants présents lors des procédures de conciliation. Dans d'autres systèmes, il n'y a pas de réglementation formelle du mubarat, auquel cas les parties peuvent déclarer leur intention de dissoudre leur mariage par consentement mutuel dans un accord verbal ou écrit (mariages sous lois musulmanes en Inde et au Nigeria).

Au Sénégal et en Tunisie, si les conjoints font une demande de divorce par consentement mutuel, le tribunal peut simplement confirmer leur accord extrajudiciaire et enregistrer le divorce. Mais au Maroc, le couple est toujours tenu de passer par une procédure de conciliation au tribunal.

Dans de nombreuses régions du Nigeria, il est courant que la famille de l'épouse négocie un mubarat, ainsi que le règlement mutuel des arrangements financiers qui suivront la dissolution. Dans de tels cas, l'époux est tenu de prononcer le talaq, mais ceci ne doit pas nécessairement se faire devant le tribunal. En Iran, un divorce par consentement mutuel des parties est souvent traité comme un khul'.

Un tel traitement annule l'intention et l'effet de la dissolution par consentement mutuel, qui met l'accent sur l'action des deux conjoints et évite de faire porter le blâme par l'une ou l'autre des parties. De plus, transformer le mubarat en talaq ou khul' peut entraîner une confusion sur des effets de la

dissolution tels que les droits financiers et la révocabilité du divorce.

Au Pakistan, il est rarement fait recours au mubarat et les enceintes chargées des procédures (conseils locaux) semblent confus sur le point de savoir qui peut révoquer un mubarat. Les problèmes qui découlent du libellé complexe des dispositions du Muslim Family Laws Ordinance (MFLO) ayant trait à la procédure de mubarat sont aggravés par le fait que les membres des conseils locaux (notamment les chefs élus ou Nazims) sont à la fois ignorants du droit écrit et conservateurs dans leurs attitudes sociales.

LOIS : Mubarat et divorce par consentement mutuel

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage de choix sont celles qui :
 - permettent de manière explicite le mubarat ou divorce par consentement mutuel.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - permettent le divorce par consentement mutuel, mais imposent des conditions à un tel accord.
- ☺ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - sont muettes sur la possibilité du mubarat.

☺ La loi reconnaît le mubarat/divorce par consentement mutuel

Algérie : L'article 48 du Code de la famille reconnaît la possibilité de divorcer par consentement mutuel. Toutes les formes de divorce supposent une procédure au tribunal, des tentatives de conciliation et une période allant jusqu'à trois mois pour la conciliation. Le mubarat semble révocable par l'époux.

Bangladesh et Pakistan: Le mubarat est reconnu aux fins de la section 8 du Muslim Family Laws Ordinance (MFLO) et de la Dissolution of Muslim Marriages Act (DMMA). C'est une procédure extrajudiciaire qui n'exige que la notification au Conseil de l'Union/Prasad. Puisque la section 8 n'indique clairement ni le détenteur de l'autorité de révoquer un mubarat, ni la nécessité ou pas d'une procédure de conciliation, ceci reste confus pour les autorités chargées des procédures et le public - bien qu'une lecture logique de la section 8 semble indiquer que les procédures de conciliation sont nécessaires et qu'un mubarat ne peut être révoqué que par les deux époux agissant conjointement.

Inde et Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Le mubarat est possible avec ou sans implication d'un tribunal ou d'une enceinte extrajudiciaire. Les parties peuvent convenir des termes mutuellement, mais en règle générale, il n'y a pas de restitution du mahr déjà reçu.

Malaisie : Aux fins de la section 47(3) de l'Islamic Family Law Act (IFLA), si l'autre partie consent au divorce et s'il est convaincu de la rupture irréversible du mariage, il sera conseillé au mari de prononcer un talaq devant le tribunal. C'est un divorce révocable et les parties peuvent reprendre la cohabitation si elles consentent mutuellement d'un ruju' (révocation de talaq) qui doit également être signalé et enregistré.

Maroc : L'article 114 de la nouvelle Moudawana explicite le divorce par consentement mutuel et les conjoints sont autorisés à convenir des conditions pour mettre un terme à leurs relations, à la condition que celles-ci ne soient pas en incompatibles avec la Moudawana ou qu'elles ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants. L'un ou l'autre conjoint peut se présenter devant le tribunal pour demander validation et le tribunal est tenu de tenter une conciliation. Aux fins de l'article 123, le mubarat est irrévocable.

Sénégal : Le Code de la famille reconnaît le divorce par consentement mutuel. Le rôle du juge est simplement de garantir que chacun des conjoints agit selon sa libre volonté et que l'ordre public et les bonnes mœurs sont respectés dans l'accord qu'ils ont conclu, puis d'approuver l'accord. L'accord doit également porter sur la garde des enfants et décider de la situation des biens conjugaux.

Tunisie : Aux fins de l'article 31 du Code sur le statut personnel, le divorce par consentement mutuel est reconnu. Le divorce n'est possible qu'à travers les tribunaux et après des efforts de conciliation par le juge. Le juge peut confirmer un accord entre les conjoints ayant trait à des questions accessoires telles que la garde des enfants, l'entretien, etc.

☹️ **Permet le divorce par consentement mutuel, mais impose des conditions à un tel accord**

Turquie : Suite à un amendement de 1988 qui ajoute un tel motif, aux fins de l'article 166 du Code civil, les conjoints peuvent faire une demande de divorce au motif d'une rupture irréversible, à la condition qu'ils aient été mariés pendant plus d'une année.

☹️ **La loi est muette sur la possibilité du recours au mubarat**

Gambie (mariages sous lois musulmanes) et Sri Lanka : La loi ne fait pas mention de la possibilité du mubarat, mais toutes les lois obéissent au principe prépondérant selon lequel là où la loi est silencieuse, les principes des lois musulmanes s'appliquent.

MISE EN OEUVRE ET PRATIQUES

Pakistan : Les professionnels des classes moyennes ou l'élite féodale peuvent négocier un mubarat afin d'éviter l'embarras public d'un divorce litigieux ou la honte d'un divorce unilatéral. Ceci n'a généralement lieu que lorsque les conjoints et leurs familles ont le même statut social.

Philippines : Dans de nombreux cas, un divorce par talaq devient un divorce par mubarat après l'intervention du tribunal.

Sri Lanka : Les parties conviennent de divorcer, puis le mari prononce un talaq.

Singapour : Le mubarat n'est pas spécifiquement prévu par la loi. Toutefois, le tribunal reconnaît effectivement la possibilité que l'une ou l'autre partie fasse une demande de divorce, alors que les deux conviennent de mettre fin au mariage. S'il a initié la demande de divorce, l'époux est tenu de prononcer un talaq.



DISSOLUTION DU MARIAGE: TALAQ

Introduction

Le talaq, ou répudiation, est la rupture unilatérale du contrat de mariage par l'époux. Cette section ne traite que des lois et coutumes qui sont à la fois fondées sur les lois musulmanes et qui reconnaissent au mari le droit de répudiation. Voir p. 271 pour la délégation sans conditions et avec conditions du droit de répudiation à l'épouse ou à une tierce partie (talaq tafwid ou 'esma). Pour le droit écrit fondé sur d'autres sources ou pour des systèmes également inspirés des lois musulmanes, mais qui accordent plutôt à la femme et à l'homme les mêmes motifs pour la dissolution, voir p. 299).

La répudiation (talaq) est un des facteurs majeurs de l'inégalité du statut des femmes dans le mariage. Bien que le mariage musulman soit perçu comme une relation contractuelle entre deux parties consentantes, la répudiation ne donne le pouvoir de rompre unilatéralement ce contrat qu'à une des parties, à l'époux. Il est particulièrement injuste que ce pouvoir ne soit pas affecté par le fait que le mariage ait duré un jour ou 50 ans. Certains ont tenté de faire valoir que l'exercice du talaq tafwid (lorsque le mari délègue son droit de répudiation à son épouse) était tout aussi injuste. Toutefois, un tel argument n'est pas défendable parce qu'à terme, c'est l'époux qui peut choisir de déléguer ou non son pouvoir de répudiation à son épouse. Il est fort probable qu'il ne choisirait de le faire qu'il était pleinement confiant que son épouse n'userait pas de ce pouvoir de manière arbitraire. L'épouse n'a jamais ce choix.

De plus, lorsqu'il est accordé au mari le droit de prononcer la répudiation de manière unilatérale, le pouvoir de révoquer la répudiation (et de reprendre son épouse) est également perçu n'étant détenu que par lui. La femme n'a pas à donner son avis sur le point de savoir si elle souhaite ou non rester mariée à un homme qui était allé jusqu'à entamer le processus de rejet. Lorsque la femme se retrouve dans une telle position, son impuissance et sa vulnérabilité sont exacerbées par des lois qui ne reconnaissent pas le viol conjugal.

Même si le soi-disant « droit de répudiation » n'est jamais exercé, le mari peut recourir à ce pouvoir comme outil de contrôle tout au long du mariage. À chaque fois que les lois ou les pratiques acceptent que la répudiation unilatérale ne peut être empêchée (c'est-à-dire que c'est un « droit » inhérent du mari), l'épouse est exposée au risque de voir son mariage

dissout sans qu'elle ait été consultée ou qu'elle n'ait le pouvoir de l'empêcher. Si nous nous rappelons que peu de lois ou de coutumes protègent pleinement les droits économiques des femmes au moment du divorce (voir p. 315), nous voyons clairement l'impact potentiellement désastreux de la répudiation. La femme doit subir ces conséquences parallèlement à celles tout aussi désastreuses sur le plan émotionnel d'être rejetée sans aucun pouvoir de réaction.

Réglementation de la répudiation (talaq)

Dans tous les systèmes où les lois écrites sur les questions familiales sont fondées sur les lois musulmanes, il y a eu des tentatives visant à réglementer la procédure de répudiation. Cette réglementation procédurière reflète la reconnaissance par l'État que le talaq est une source de litiges et qu'il n'est guère souhaitable d'accorder aux hommes le droit absolu de répudiation.

Certains systèmes dans lesquels les lois relatives à la famille reposent sur les lois musulmanes ne reconnaissent pas la répudiation (Tunisie et Sud Yémen avant la réunification de 1990). Ces systèmes exigent que toute dissolution se fasse à travers les tribunaux et mettent également les mêmes motifs à la disposition tant des hommes que des femmes. Toutefois, en reconnaissant la possibilité de la dissolution sans faute, ils fournissent les moyens de rechercher la dissolution de manière arbitraire. En offrant une telle possibilité là où les attitudes sociales continuent de soutenir le concept de répudiation, les États ne mettent pas réellement fin au recours à la répudiation, même s'ils ne donnent pas de reconnaissance juridique au talaq bid'a (répudiation prononcée trois fois).

Les musulmans en Israël, par exemple, sont régis par des lois qui en théorie pénalisent la répudiation tout en permettant la poursuite de la pratique. Les lois israéliennes ne permettent pas le divorce de l'épouse contre son gré. En conséquence, si un Palestinien musulman répudie son épouse, celle-ci peut porter plainte à la Police et le mari est passible d'une peine de trois mois d'emprisonnement.

Toutefois, la répudiation reste valide. Pour éviter les sanctions pénales, le mari tente une procédure de divorce pour raison de « discorde et conflits » et tirent profit des stéréotypes

patriarcaux du rôle de la femme au sein de la famille pour s'assurer une décision favorable (voir Dissolution sur un pied d'égalité quant aux motifs pour les hommes et les femmes, p. 299).

Cependant, dans d'autres systèmes, même là où toute dissolution doit passer par les tribunaux, la répudiation continue d'être conceptualisée comme un « droit » inhérent du mari ; et en conséquence, il est toujours reconnu par la loi. Ainsi, le tribunal se réserve le droit de rejeter la demande de dissolution de mariage formulée par une femme si elle omet de prouver les raisons pour lesquelles elle exerce le droit de faskh ou tafriq, mais ne se réserve pas un tel droit (et en effet omet d'exiger toute preuve de faute) lorsqu'un homme prononce une répudiation. Dans de tels systèmes, la réglementation ne peut faire guère plus que de retarder ou de vérifier la déclaration de répudiation, ou accroître les règlements financiers (Iran, Malaisie, Maroc, Singapour).

Une réglementation stricte peut également avoir des conséquences inattendues. Dans de nombreux systèmes, le mari tente d'éviter les conséquences financières de la répudiation en maltraitant son épouse au point de la contraindre à faire une demande de divorce judiciaire. C'est l'épouse qui supporte alors le coût et l'angoisse d'un long procès, où la compensation est laissée, à terme, à l'appréciation du juge.

D'autre part, des conditions négociées peuvent être insérées dans le contrat de mariage, ceci ayant pour effet d'empêcher (en pratique) le mari de prononcer la répudiation. Par exemple, le mari peut effectivement être empêché de prononcer la répudiation par des conditions qui lui interdisent de le faire dans un laps de temps spécifié, ou par des conditions qui lui imposent une compensation d'un montant supérieur à ses moyens en cas de répudiation.

Certains systèmes reconnaissent la répudiation, mais ne la reconnaissent pas si l'époux la prononce sous le coup de la colère ou en état d'ébriété lorsqu'il prononce (Maroc et des systèmes qui appliquent le droit ottoman).

Les procédures réglementaires varient largement tant dans leurs prescriptions que dans leur impact sur les femmes. Par exemple, tous les systèmes conviennent théoriquement du fait qu'il doit y avoir des efforts de conciliation et que ces efforts doivent impliquer d'autres personnes (en plus de l'époux et de l'épouse). Toutefois, dans de nombreux systèmes, les dispositions ayant trait au talaq ont pour effet de vider cette prescription de son sens.

Dans les systèmes où il n'y a pas de procédure codifiée, la répudiation reste non réglementée, à moins que l'épouse ne conteste cette décision en justice (Inde et Nigeria pour les mariages sous lois musulmanes). Au Nigeria, l'épouse peut contester la répudiation devant les tribunaux musulmans, alors qu'en Inde, la communauté locale (jamaat) peut exiger qu'une

procédure soit suivie ou que l'épouse se présente devant les tribunaux généraux pour réparation.

Cette section se concentre sur les systèmes qui à la fois reconnaissent le talaq et le règlementent à travers diverses dispositions.

Procédures réglementaires et obligations incombant au mari

La différence majeure entre les diverses dispositions relatives à la répudiation est la question de savoir quand et dans quelle conditions la répudiation prendra effet.

Certains systèmes supposent que la répudiation doit se dérouler devant les tribunaux (Algérie ; Iran ; Malaisie ; Maroc, Sud Yémen, préalablement à la réunification de 1990). Toute déclaration antérieure relative à la répudiation est considérée comme immatérielle et n'affecte pas le statut du mariage. (De telles déclarations sont perçues, au plus, comme une intention de prononcer une répudiation, comme en Tanzanie). De tels systèmes sont préférables car ceci peut prévenir tout différend consécutif sur la forme de la répudiation (révocable ou irrévocable) et la date à laquelle la répudiation a pris effet, parce que la procédure a eu lieu devant une enceinte officielle et a été enregistrée.

Les systèmes qui ne reconnaissent que la répudiation devant les tribunaux peuvent être divisés en deux catégories. La première suppose que toutes les questions financières associées au divorce soient réglées avant que le certificat de divorce ne puisse être établi (Iran – un amendement introduit à la suite des manifestations d'associations féminines contre l'injustice de la répudiation arbitraire, Maroc). De telles dispositions agissent en effet comme une entrave à la répudiation arbitraire parce que le mari doit en premier lieu s'acquitter de la dot, régler la répartition des biens conjugaux et verser le mata'a (paiement compensatoire) avant d'obtenir un certificat de divorce. Dans la seconde catégorie, le divorce n'est pas subordonné à la résolution des questions associées, et la récupération de la dot et à d'autres questions financières supposent une action en justice distincte.

Les systèmes qui reconnaissent la déclaration extrajudiciaire de répudiation peuvent toujours avoir certaines procédures réglementaires (par exemple la notification à l'épouse et l'enregistrement auprès des autorités) qui entrent en vigueur une fois la déclaration faite (Bangladesh, Égypte, Pakistan, Philippines, et Sri Lanka). Toutefois, de tels systèmes divergent souvent sur la question de savoir si la répudiation reste valide ou non, si le mari omet de suivre cette procédure consécutive. Même lorsque la répudiation reste valide, de tels systèmes laissent parfois des lacunes de procédure que les maris peu scrupuleux peuvent aisément exploiter.

Procédures susceptibles d'abus du fait de l'époux

Alors qu'au Sri Lanka, le non-respect de la procédure d'enregistrement devant le Cadi n'affecte pas la validité de la répudiation, la situation n'est pas aussi claire au Pakistan. Aux fins de la MFLO, l'époux a la responsabilité de notifier à l'Union Council (de la zone où l'épouse réside) qu'il a prononcé la répudiation. Paradoxalement, ceci expose la loi à des abus du fait de l'époux parce que le statut des femmes divorcées est imprécis. Jusqu'à l'islamisation de la fin des années 70, les tribunaux avaient tendance à insister sur le fait que le non-respect de la procédure d'enregistrement rendait nulle la répudiation. Toutefois, depuis la Zina (Renforcement of Hadd) Ordinance - Ordonnance de la Zina (mise en application du Hadd) - de 1979, les femmes sont exposées à des sanctions sévères pour adultère lorsqu'elles se remarient à la suite d'une répudiation orale, non enregistrée. Dans de nombreux cas, le mari qui a rejeté son épouse par répudiation cherche à continuer à la contrôler en omettant délibérément de suivre la procédure d'enregistrement. Pour protéger la femme contre de telles sanctions, les tribunaux, dans certains cas, acceptent une répudiation qui n'a pas suivi la procédure requise (voir encadré ci-dessous).

Même dans d'autres situations, les tribunaux pakistanais ont accepté une répudiation qui ne se suivait pas à la procédure requise. Dans une affaire (Muhammad Sala-huddin Khan v Muhammad Nazir Siddiq 1984 SCMR 584), en recevant un acte de divorce écrit de son mari, l'épouse avait pris des somnifères, était tombée dans le coma et était morte sept mois plus tard. Le mari avait réclamé une part de ses biens en faisant valoir qu'il n'était jamais passé par l'Union Council pour répudier son épouse alors que ceci était une prescription obligatoire de la loi. Sa requête avait été rejetée, mais la Cour suprême avait réitéré la position qu'elle avait adoptée dans des affaires antérieures, où elle avait statué que l'application de la section 7 était obligatoire. Le tribunal avait simplement refusé d'accorder l'autorisation d'appel contre la décision de la Haute cour. La Haute cour avait statué que la répudiation avait effectivement eu lieu et que l'époux n'était donc pas un héritier légal de la défunte.

Contrairement à la situation qui prévaut au Pakistan, on observe des attitudes sociales différentes au Sri Lanka où presque tous les hommes qui répudient leur épouse se présentent automatiquement devant les tribunaux de cadis pour l'enregistrement de la répudiation.

Qu'il reconnaisse ou non la répudiation non enregistrée comme valide, un système offre manifestement davantage de protection aux droits des femmes (en cas de répudiation) si l'époux qui omet de suivre les procédures requises est

passible de sanctions significatives (amendes et/ou peines de prison).

L'Égypte a introduit un tel amendement en 1985. Alors que, dans de nombreux systèmes, il n'est pas obligatoire de suivre les procédures pour la répudiation, il est presque toujours obligatoire, dans ces mêmes systèmes, de suivre les procédures pour les formes de dissolution initiées par les femmes. En conséquence, tout divorce initié par une femme décrété sans que les procédures n'aient été correctement suivies serait invalide.

Interaction de l'enregistrement du talaq et des dispositions du zina : Pakistan

Une femme qui se remarie à la suite d'une répudiation dont la procédure était viciée peut être accusée de bigamie aux fins de la section 494 du Code pénal du Pakistan. Depuis l'introduction de l'Ordonnance de la zina de 1979, elle peut également être poursuivie pour adultère. Dans un tel cas, l'adultère est généralement enregistré au titre de la section 10(2) de l'Ordonnance de la zina, ce qui veut dire qu'elle peut être accusée de zina passible de tazir (les condamnations aux fins du tazir supposent des preuves moins rigoureuses et les sanctions ne sont pas aussi sévères qu'au titre du hadd). S'ils confessent avoir vécu comme mari et femme, les deux conjoints sont tous deux passibles de hadd, ce qui, dans le cas d'une femme mariée commettant un zina, pourrait être la lapidation à mort.

C'est précisément une telle série d'événements qui avait mené à la célèbre affaire Shahida Parveen (Mohammad Sarwar c the State PLD 1988 FSC 42). Le couple ayant confessé avoir vécu maritalement, chacun des conjoints avait été condamné à mort. En appel devant le Tribunal fédéral de la Shari'a, l'affaire avait été renvoyée devant le tribunal pour un nouveau procès. Dans le cas de Shahida, il y avait un divorce écrit du premier mari sur papier timbré, mais la répudiation n'était pas passée par l'Union Council. La Cour suprême fédérale (FSC) s'était

appuyée sur une autre affaire (Mirza Qamar Raza c Tahira Begum PLD 1988 Karachi 169) où une Haute cour avait statué que l'application de la section 7 de la MFLO n'était pas requise. (Il est assez paradoxal que le précédent établi par cette affaire ait été suivi pour aider Shahida car les associations féminines l'avaient dénoncé comme sapant le caractère protecteur de l'obligation d'enregistrement de la répudiation énoncée dans la MFLO. En effet, la Cour suprême avait ultérieurement annulé cette décision dans l'affaire Federation of Pakistan c Tahira Begum 1994 SCMR 1740.)

Dans l'affaire Shahida Parveen, la FSC avait également permis au couple de revenir sur sa confession. Cette rétractation était permise parce que les règles supposent qu'une personne accusée de zina soit consciente des conséquences de sa confession.

Dans une autre affaire, l'ancien mari avait enregistré deux plaintes différentes pour bigamie et zina et les deux affaires avaient suivi deux voies différentes pour le procès et l'appel, la première affaire étant allée jusqu'à la Cour suprême, et la seconde, jusqu'à la Cour fédérale Shari'a. Dans l'affaire de zina, la femme avait été acquittée faute de preuves montrant qu'elle avait vécu, en tant qu'épouse, avec le second mari. Toutefois, la condamnation pour bigamie avait été maintenue tout au long des différents stades d'appel jusqu'au niveau de la Cour suprême, parce que le second mariage avait été prouvé et que la femme ne l'avait pas nié.

Elle avait été condamnée alors que son second mari était acquitté, la décision étant basée sur le fait qu'il n'était pas au courant de la non dissolution du premier mariage de son épouse (Malik Javaid Ali and another c Abdul Kadir and another 1987 SCMR 518).

Formes de répudiation, révocation et 'idda

Puisque le Coran ne contient aucune procédure spécifique pour la répudiation, des formes multiples de répudiation ont été développées par les juristes (voir Lois musulmanes sur la dissolution, p. 253). La question de savoir si une triple répudiation irrévocable et immédiatement effective (talaq bid'a) est autorisée ou non est encore non résolue. La plupart des lois codifiées ont tenté de supprimer cette forme de répudiation hautement injuste, mais elle continue d'être pratiquée de manière courante (en particulier au Bangladesh, en Inde, au Pakistan et au Nigeria). Elle est même formellement reconnue dans certains systèmes (Soudan, Yémen).

La forme même de la répudiation détermine si elle peut être révoquée ou non. Si la loi reconnaît n'importe quelle forme de déclaration de répudiation, ceci peut laisser l'épouse dans l'incertitude sur le point de savoir si son époux peut changer d'avis et la reprendre. Peu de lois spécifient la procédure précise de révocation et ceci peut être une source supplémentaire d'incertitude et de violation des droits humains de la femme. L'Algérie, la Malaisie et le Maroc tentent à divers degrés de régler la révocation et de s'attaquer à ces problèmes. La révocation par l'entremise du tribunal (Malaisie, Maroc) semble offrir le plus d'options aux femmes parce que l'intention du mari doit alors être claire et documentée et que la femme doit être présente et donc informée de la situation. La Malaisie ne reconnaît pas la révocation unilatérale et spécifie de manière explicite que le tribunal ne peut forcer une épouse à retourner chez son mari. Une telle disposition offre certainement davantage d'option. La nouvelle disposition du Maroc qui reconnaît qu'une femme ne devrait pas être forcée à retourner chez son mari contre son gré est un revirement majeur par rapport à l'injustice de l'ancien Moudawana.

Si la loi n'indique pas clairement quand commence et quand s'achève l'idda (délai de viduité ou période d'attente), ceci peut affecter, pour la femme, la demande d'entretien durant l'idda. De plus, tant que le statut de la femme n'est pas clairement défini, celle-ci n'aura pas la capacité de faire un remariage valide. Toutes ces incertitudes aboutissent au fait que le mari conserve un contrôle sur l'épouse qu'il a rejetée en la répudiant.

Certaines lois (Bangladesh, Maroc, Philippines, Pakistan) ont tenté d'éviter cet écueil en insistant sur le fait que, quelle que soit la forme de déclaration de répudiation, un talaq enregistré est considéré comme révocable par le mari jusqu'à l'expiration de la période de viduité. Les lois du Sri Lanka sont imprécises sur ce point, alors que la Malaisie et Singapour autorise le mari à choisir la forme de répudiation qu'il prononce, soit révocable soit irrévocable. Par contre, l'Indonésie ne reconnaît

pas le divorce révocable. (Pour des détails supplémentaires sur la période de viduité, voir p. 307).

Procédures de conciliation

Même si, parmi les diverses écoles de droit écrit musulman, un consensus se dégage sur la nécessité de déployer des efforts pour faciliter la conciliation avant que la dissolution ne devienne effective, seuls certains systèmes rendent de tels efforts obligatoires (Algérie, Indonésie, Maroc, Philippines et Malaisie, lorsqu'une partie conteste le divorce). Bien que la loi soit non codifiée en Inde, les tribunaux affirment de plus en plus que la répudiation n'est pas sans entrave et que le mari doit en premier lieu suivre des procédures de conciliation. D'autres systèmes n'exigent pas que des tentatives de conciliation soient menées préalablement à la finalisation du divorce (Égypte). D'autres encore prévoient des efforts de conciliation, mais ne rendent pas ceci obligatoire (Sri Lanka).

En règle générale, la conciliation est facilitée par un arbitre de chaque partie, le dernier mot revenant à une troisième personne désignée par l'État. Toutefois, dans de nombreux systèmes, les parties sont encouragées à poursuivre la conciliation, mais aucun mécanisme n'est prévu pour ce faire. En ce qui concerne les autres aspects de la dissolution, il est généralement plus favorable que les efforts de conciliation comprennent une procédure formelle, réglementaire afin d'éviter tout différend ultérieur sur tout accord conclu.

Certains systèmes supposent que le mari spécifie les raisons pour lesquelles il recherche la dissolution (Malaisie, Maroc, Tunisie). D'autres systèmes interdisent aux juges ou aux cadis, de manière explicite, l'enregistrement de telles raisons (Sri Lanka). Même lorsque le mari doit spécifier ses raisons, cette obligation n'est destinée qu'à faciliter le processus de conciliation et ces raisons ne peuvent être utilisées pour rejeter sa demande.

En règle générale, là où ils n'ont ni le pouvoir d'empêcher un talaq, ni celui d'influer sur les règlements financiers, les arbitres sont d'une utilité limitée pour empêcher un divorce sur un coup de tête du mari. La plupart des femmes auront déjà tenté de recourir à leurs réseaux sociaux pour dissuader le mari, mais certaines peuvent accueillir favorablement une dernière opportunité de mener une conciliation ou de faire part de leur colère face à la situation.

Tendances et pratiques

Dans de nombreuses communautés, le talaq continue d'être la seule forme de dissolution socialement reconnue. En effet, nombre de divorces enregistrés comme talaq sont soit par

consentement mutuel, soit à la demande de l'épouse. Les négociations menées au sein de la famille garantissent souvent qu'une procédure judiciaire n'est pas nécessaire, mais il est présumé que le talaq est la seule voie 'adéquate' pour rompre le mariage.

En dépit de larges efforts pour réglementer, et dans certains cas, abolir le talaq, les failles de procédure et les attitudes sociales laissent toujours les femmes exposées au talaq. La vague d'islamisation et la montée de la politique identitaire ont, à certains endroits, sapé les efforts de réforme. Les procédures pour le divorce par déclaration du mari ont même été déclarées « non islamiques » comme au Pakistan (Allah Rakha and another c Federation of Pakistan and others PLD 2000 FSC 1). Cette affaire est actuellement en appel et la décision de la Cour suprême fédérale (FSC) est suspendue.

En dépit des lourdes pénalités prévues par la loi pour le divorce initié en dehors des tribunaux, un tribunal malaisien a accepté comme valide, en 2003, un texto de divorce envoyé par un mari à son épouse, à partir de son téléphone cellulaire. L'affaire continue d'être une source de controverse.

Des succès ont toutefois été remportés. Des femmes mariées sous lois musulmanes en Inde se sont rendues devant les tribunaux civils pour faire annuler leur divorce non réglementé, sur la base des garanties constitutionnelles des droits fondamentaux (voir p. 267, Inde). Des Iraniennes ont cherché à corriger en partie le déséquilibre de la dissolution à travers les dispositions de 1993 relatives à la « rémunération des tâches ménagères » (voir p. 164).

Prévalence de la dissolution : Les Philippines

La recherche menée par le Pilipina Legal Resources Centre (PLRC) a constaté que dans un tribunal Shari'a de la ville musulmane de Marawi, aux Philippines, il y avait 80 cas de divorce enregistré entre 1995 et 2000. Soixante-dix-huit de ceux-ci étaient enregistrés en tant que divorce par déclaration du mari (talaq) ; deux étaient enregistrés en tant que divorce à la demande de l'épouse (faskh). Sur les 78 cas enregistrés comme talaq (divorce à la demande du mari), 59 étaient considérés par le tribunal comme des divorces par consentement mutuel et des commentaires à cet effet figurent dans l'ordonnance de divorce.

Sur les cas jugés au tribunal, 50 étaient des affaires de divorce intentés par des femmes, contre un seul intenté par un homme. Ces cas peuvent être répartis comme suit :

28 divorces par faskh (à la demande de l'épouse) ;

13 divorces avec demande de restitution de mahr (dot) ;

8 demandes de divorce par décret judiciaire (mubarat - aversion réciproque) ; et

1 demande de tafwid (délégation de pouvoir de divorce).

La plupart des affaires jugées dans le 5ème tribunal Shari'a itinérant de Shariff Aguak, à Maguindanao, portent sur l'enregistrement du divorce. Par exemple, de juillet 1998 à juillet 1999, (SHCC affaires civiles N° 98-492 à 99-527), 50% des affaires portaient sur l'enregistrement d'un divorce unilatéral du fait du mari. Il n'y avait aucune affaire de tafwid. Selon le PLRC, il est fréquent que même les femmes éduquées ne soient pas conscientes que le mari peut divorcer de manière orale. Les cas restants avaient trait au mariage par consentement mutuel, à des demandes de reprise des relations conjugales et à des demandes en vue de contracter d'autres mariages (polygynie). Il est évident que l'interprétation et l'administration de la justice au titre du CMPL (Code of Muslim Personal Law - Code de droit musulman sur le statut personnel) ont des répercussions profondes sur les femmes.

LOIS : Talaq

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - Ne reconnaissent pas le talaq (divorce par déclaration de l'époux) ;
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - Supposent une procédure judiciaire pour le talaq et pour la conciliation et qui ne reconnaissent aucune procédure extrajudiciaire ; et
 - Spécifient clairement en quoi consiste une forme valide de déclaration de divorce.

Dans le niveau intermédiaire, les lois les moins favorables aux femmes sont celle qui :

 - Prévoient la notification et l'enregistrement d'un talaq auprès des autorités ; mais
 - N'en précisent ni la forme, ni les effets.
- ☺ Les lois qui donnent moins d'options sont celles qui :
 - N'ont qu'une réglementation minimale du talaq ; ou
 - Ne règlementent pas le talaq.

☺ Les lois relatives à la famille sont fondées sur les lois musulmanes, mais le talaq n'est pas reconnu

Indonésie : Aux fins de la Loi relative au mariage, tous les divorces doivent passer par le tribunal. L'homme marié sous lois musulmanes doit fournir au tribunal religieux une notification écrite de son intention de divorcer, qui doit comprendre les raisons pour lesquelles il souhaite le faire. Si les raisons concordent avec un des six motifs à la disposition de l'époux et de l'épouse, les deux parties sont convoquées séparément pour les réunions de conciliation avec les conseillers. En cas d'échec de la conciliation, le tribunal appelle les parties pour qu'ils soient témoins au divorce. Le divorce révocable n'est pas reconnu. Une période minimale de trois mois doit s'écouler entre l'acceptation d'une demande d'autorisation de divorce et la notification publique.

Tunisie : Au titre de l'article 30 du Code du statut personnel, le divorce ne peut ne peut avoir lieu que par devant un tribunal. L'article 31 établit l'égalité des motifs de divorce pour l'époux et l'épouse, notamment 'par la volonté de l'époux ou à la demande de l'épouse.' Aux fins de l'article 32, toutes les questions connexes doivent être tranchées en même temps que la dissolution. Dans la demande adressée au tribunal, le mari doit fournir les renseignements pertinents qui aideront les efforts de conciliation du tribunal. La révocation du divorce n'est pas reconnue par la loi.

Tanzanie : En application de la section 107, pour les mariages musulmans, une déclaration de divorce est traitée comme une annonce d'intention de divorcer, mais le divorce n'est final que lorsque le Conseil de conciliation pour les mariages a rencontré les époux, et que le tribunal a publié un décret de rupture irréversible.

Yémen (Sud Yémen, préalablement à la réunification) : Le divorce unilatéral était prohibé et tous les divorces devaient être prononcés devant les tribunaux. La violation de ces droits était passible d'une amende ou d'une peine de prison, ou les deux. Le mari et la femme avaient accès aux mêmes motifs pour le divorce. La violation de ces dispositions était passible d'une amende allant jusqu'à 100 dinars ou d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à un an, ou les deux.

☺ Le divorce est établi à travers une procédure judiciaire

Algérie : Aux fins de l'article 48 du Code de la famille, un des motifs de divorce est « la volonté du mari ». L'article 49 stipule que le divorce ne peut être établi que par jugement, précédé de plusieurs tentatives de conciliation du juge, dans un délai de trois mois à partir de la date du début de l'affaire de divorce. Les décisions du tribunal ne font pas l'objet d'appel. La révocation n'est autorisée que durant la période de conciliation.

Iran : Au titre de l'article 1133 du Code civil (loi amendée en 1993, à la suite de l'activisme des femmes), le mari peut divorcer de son épouse sans donner de raison quelconque, à la condition qu'il règle en premier lieu tous ses droits financiers. Toutes les

affaires de divorce doivent passer devant le tribunal. L'officier en charge de l'enregistrement ne peut enregistrer un divorce qu'après autorisation donnée par un tribunal et après que le mari ait versé à l'épouse la dot, la pension et/ou les rémunérations pour le travail ménager. Toutefois, l'article 1133 s'entend comme signifiant qu'aucun tribunal ne peut contraindre un homme à ne pas divorcer de son épouse. Aux fins de l'article 1145, initié par un homme, un divorce est révocable, sauf avant la consommation, ou après que l'épouse ait atteint la ménopause, ou s'il s'agit du troisième divorce entre le même mari et la même femme.

Maroc : La nouvelle Moudawana a tenté de clarifier la procédure de divorce par déclaration du mari : l'article 79 spécifie quel tribunal est compétent, alors les articles 80 à 82 couvrent la procédure de notification et de conciliation et les articles 87 et 88 exigent une décision motivée du tribunal. Aux fins des articles 83 à 86, si la conciliation s'avère impossible, l'époux est tenu de s'acquitter, dans un délai de 30 jours, des sommes dues à l'épouse et aux enfants, à défaut de quoi, il est censé avoir renoncé à son intention de divorcer. La répudiation est prohibée si elle est prononcée par une personne en état d'ébriété, sous la contrainte ou sous le coup de la colère ; les serments et promesses n'entraînent pas la répudiation et la répudiation avec conditions n'a pas d'effet. Aux fins de l'article 92, la déclaration de divorce associée à un nombre exprimé par la parole, par un signe ou par l'écriture n'équivaut qu'à une seule. Les articles 123 et 124 stipulent que le divorce du fait de l'époux est révocable (à l'exception d'un troisième divorce et du divorce intervenu avant la consommation du mariage) durant la période de viduité ('idda), mais doit être certifié par deux adouls (auxiliaires de justice) et confirmé par un tribunal qui convoque l'épouse pour l'informer de la révocation. Si celle-ci refuse de reprendre la vie conjugale, l'épouse peut recourir à la procédure discordes.

La notification et l'enregistrement du divorce sont obligatoires ; il y a eu des tentatives de normalisation des formes et des effets

Bangladesh & Pakistan : Aux fins de l'article 7 de la MFLO, le divorce prononcé par l'époux 'sous quelque forme que ce soit' doit être notifié par écrit à l'Union Council/Prasad et une copie de cette notification doit être remise à l'épouse. Quelle que soit la forme de la déclaration, le divorce n'est définitif que 90 jours après réception de la notification par l'Union Council/Prasad Chairman (maintenant appelé Nazim au Pakistan), ou au cas où l'épouse est enceinte, qu'après l'accouchement, si l'accouchement est postérieur. Durant cette période d'attente, le divorce peut être révoqué, de manière expresse ou autrement. Au Pakistan, la jurisprudence a compromis l'obligation d'enregistrement, notamment l'affaire Allah Rakha and another v Federation of Pakistan and others PLD 2000 FSC 1, qui avait annulé la section 7, jugée 'non islamique', bien que cette affaire soit en appel et que l'effet du jugement reste suspendu.

Égypte : Aux fins de l'article 5 de la Loi N° 25 de 1929, amendée par la Loi N° 100 de 1985, l'époux qui divorce doit disposer de l'attestation écrite de ce divorce, certifiée conforme par un notaire agréé, dans un délai de 30 jours suivant sa déclaration de divorce. L'épouse est réputée être informée du divorce si elle assiste à la séance d'authentification et reçoit une notification personnelle du divorce ou, si un représentant de l'épouse reçoit une copie du certificat de divorce. Tous les divorces sont révocables, sauf le troisième. Le divorce associé à un nombre exprimé n'équivaut qu'à un seul divorce effectif. Les conséquences du divorce entrent en vigueur à compter de la date où l'épouse en est informée. Les divorces suivants ne sont pas effectifs : le divorce prononcé par l'époux sous la contrainte ou en état d'ébriété ; le talaq qui n'est pas immédiatement effectif (par exemple le divorce lié à une condition de faire ou de ne pas faire une certaine action). Au titre de l'article 23b de la Loi N° 100 de 1985, l'incapacité à suivre la procédure requise expose à une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 6 mois et à une amende pouvant aller jusqu'à 200 livres.

Philippines: Aux fins de l'article 46 Code des lois personnelles musulmanes, la répudiation de l'épouse peut être demandée sous forme de notification écrite adressée à l'officier du Tribunal Shari'a. Un conseil d'arbitrage fait un rapport puis le tribunal délivre une ordonnance. L'article 46 prescrit la forme de divorce ahsan (la meilleure) et clarifie que 'les répudiations, quel qu'en soit le nombre, prononcées au cours d'une période intermenstruelle ne constitueront qu'une seule répudiation qui ne deviendra irrévocable qu'après l'expiration de la période de viduité prescrite.' L'article 45 expose les effets d'un divorce irrévocable, ou la dissolution du mariage

Malaisie : Le divorce en dehors du tribunal ou sans autorisation du tribunal est un délit passible d'une amende allant jusqu'à 1.000 RM (environ 25 dollars US) ou d'une peine de prison (jusqu'à 6 mois), ou les deux. Ces mêmes sanctions s'appliquent tant au mari qui omet d'enregistrer un divorce qu'à toute autre personne qui enregistre un divorce extrajudiciaire. Aux fins de la section 47, le mari est tenu de faire une demande de divorce par écrit et doit spécifier les raisons pour lesquelles il souhaite divorcer. Si l'épouse n'y consent pas devant le tribunal, le tribunal désignera un comité de conciliation comprenant un responsable religieux et deux autres personnes (une pour chaque époux, de préférence des parents proches). Ce comité dispose de six mois pour tenter une

conciliation (ce délai peut être prorogé par le tribunal). Aucun avocat ou avoué ne peut se présenter devant le tribunal pour l'une ou l'autre partie sans autorisation du comité. Si les membres du comité ne sont pas en mesure de s'entendre, ou si le tribunal n'est pas satisfait de leur comportement, le tribunal peut nommer un autre comité pour le remplacer. S'il a la conviction que le mariage est rompu de manière irrévocable, le tribunal peut conseiller à l'époux de prononcer un talaq, qui sera alors enregistré. Ceci est un divorce révoquant et les parties peuvent reprendre la cohabitation si elles consentent mutuellement à un ruju' (révocation de divorce), qui doit également être signalé et enregistré. La section 51 prévoit des procédures détaillées pour la révocation et décourage la révocation non réglementée en stipulant que ceux qui omettent de suivre les procédures de révocation seront passibles d'amendes et/ou de peines de prison, qui seront doublées si l'épouse n'avait jamais été informée du divorce. Les décisions du tribunal sur les questions ayant trait au divorce doivent être jointes au certificat.

☹ La réglementation du divorce est faible

Maroc : L'article 44 de la Moudawana reconnaît le talaq, mais l'article 46 énonce une définition contradictoire. De plus, l'article 48 exige deux témoins de sexe masculin et de bonnes mœurs pour l'enregistrement d'un divorce. La Moudawana exige que le divorce ait lieu en présence de l'épouse et avec l'autorisation d'un juge. Si l'épouse est convoquée par le tribunal et omet de se présenter, et si son mari insiste pour divorcer, sa présence est immatérielle. Le divorce est invalide durant la période de menstruation de l'épouse (article 47) ou s'il est prononcé sous la contrainte ou sur un coup de tête, ou si le mari est en état d'ébriété (article 49). De plus, le talaq suspendu lié à une condition de faire ou de ne pas faire est nul et non avenue. Chaque divorce enregistré est traité comme un seul divorce.

Sri Lanka: Le talaq est reconnu au titre de la section 27 de la Muslim Marriage and Divorce Act (MMDA) – Loi relative au mariage et au divorce musulman et les procédures d'application du divorce sont énoncées dans la 2nd Annexe (Schedule) de la MMDA. Après notification au Cadi du lieu de résidence de l'épouse, celui-ci tente une conciliation. S'il n'y a pas de réconciliation dans un délai de 30 jours suivant la date de notification, le divorce est enregistré devant deux témoins. La présence de l'épouse n'est pas requise, mais elle doit être informée de la déclaration de divorce. Le divorce est enregistré 60 jours après cette déclaration. La Loi prévoit également d'autres tentatives de conciliation par le cadi, après la déclaration de divorce. Le cadi n'est pas tenu d'enregistrer les raisons du divorce. Ces procédures sont énoncées à titre indicatif sans être contraignantes, car bien que la section 29 suppose l'enregistrement de tous les mariages, la section 16 reconnaît la validité des divorces non enregistrés. Dans la jurisprudence, un divorce prononcé en l'absence de l'épouse était reconnu comme valide, même si elle n'en avait pas été informée. Aux fins de la section 30, l'on est tenu de croire le mari s'il soutient avoir prononcé le divorce antérieurement, mais la date à laquelle le divorce a pris effet n'est pas explicite, bien que l'époux soit alors tenu de se conformer à l'annexe 2 (2nd Schedule). Il y a des antécédents de cas de jurisprudence contradictoires sur la validité d'un divorce verbal qui ne se conforme pas à la procédure du 2nd Schedule de la MMDA.

Soudan : Le divorce est réglementé par la MPLA (Muslim Personal Law Act). Un divorce peut être révoqué par l'époux durant la période de retraite spécifiée, à la condition qu'il ne s'agisse pas du troisième divorce consécutif (talaq bain baynona kubra, voir Lois musulmanes sur la dissolution, p. 249), qui est irrévocable. Le divorce est supposé avoir lieu là où les efforts de conciliation ont échoué. L'époux est tenu de justifier le divorce. Dès que l'époux prononce le divorce (qu'il soit révoquant ou irrévocable), l'épouse est considérée comme divorcée et la période de retraite commence immédiatement. L'époux peut enregistrer ou non le divorce durant la période de retraite. Toutefois, à la fin de la période de retraite, il est tenu de fournir à l'épouse un document de divorce écrit, d'enregistrer ce document et d'informer un responsable.

Gambie (mariages sous lois musulmanes): Aux fins de la Mohammedan Marriage and Divorce Ordinance – MMDO – aucun motif ou condition de divorce n'est stipulé sauf « ceux autorisés au titre de la Shari'a. » Le divorce n'est autorisé que si toutes les tentatives de conciliation. Le divorce est finalisé et prend effet trois mois à compter du jour où il a été prononcé.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Aucune procédure d'enregistrement ou procédure judiciaire n'est requise pour le divorce.

Inde (mariages sous lois musulmanes) : La Shariat Act de 1937 spécifie que « dans toutes les questions ayant trait ... à la dissolution du mariage, notamment le talaq ... la règle suivie pour les décisions dans les cas où les parties sont musulmanes sera le droit du statut personnel musulman ». Toutefois, dans des cas de jurisprudence récents, la validité du talaq bid'a a été contestée. En 1994, (Rahmat Ullah c State of Uttar Pradesh et Khatoun Nisa c State of Uttar Pradesh (1994) 2 DMC All. 64), le

Juge Tilhari de la Haute cour d'Allahabad a statué que la triple déclaration de divorce était contraire à l'article 14 (égalité devant la loi), l'article 15 (interdiction de la discrimination au motif de la religion, de la race, de la caste, du sexe ou de l'origine) et l'article 21 (protection de la vie et de la liberté de la personne) de la Constitution de l'Inde. De plus, un jugement de mai 2002 par l'ensemble des juges de la Haute Cour de Bombay (à présent contraignant pour l'État du Maharashtra) dans l'affaire de Dagdhu Pathan, prévoit que l'époux prouve devant un tribunal qu'il a rempli toutes les prescriptions du divorce sous lois musulmanes avant de faire la déclaration de divorce. Ceci implique qu'il prouve les efforts accomplis en vue de la conciliation et le paiement de la dot (mahr) ; sans de telles preuves, tout enregistrement ou tout certificat délivré au titre du Waqf Act n'aura aucune valeur au regard de la loi et l'épouse peut continuer à exiger une pension. Toutefois, dans la pratique générale, le divorce ne nécessite pas l'implication d'une autorité publique et, en fonction des pratiques d'une communauté particulière, l'époux peut soit prononcer un talaq verbal sans procédures supplémentaires, soit se présenter devant le jamaat ou une autre enceinte (soit pour procéder à des tentatives de conciliation, soit pour s'acquitter du paiement de la dot). La présence de l'épouse est généralement perçue comme inutile. La jurisprudence a établi que la validité du divorce prononcé sous la contrainte, sous le coup de la colère ou en état d'ébriété.

MISE EN OEUVRE

La jurisprudence est contradictoire sur la validité du divorce non enregistré

Sri Lanka : Un ensemble considérable de jurisprudence concernant des dispositions similaires dans la MMDO de 1929 avait établi qu'il était possible de se passer des procédures réglementaires (Nansoor c Sithy Jaria (1945, 3, MMDR 40) ; Kappalneyina c Avvakudy 1937 2 MMDR 50 ; Seyadu Ahmed c Ruwaida Umma 1949 3 MMDR 99). La seule prescription en matière de procédure était qu'un divorce devait être prononcé devant des témoins fiables et crédibles (Wapkany c Pathuma Nachchia, 1938, 2 MMDR 62 ; Rahimaniy-aumma c Pitche, 1938, 2 MMDR 86 ; Jiffri c Ummu Ayesha, 1958, 4 MMDR 154).

Toutefois, aux fins de la MMDA actuelle, la jurisprudence est moins établie. Le Conseil des Cadis a statué que le divorce accordé par un Cadi, même sans suivre les procédures, ne pouvait être contesté (Fathima Rizniya c Mohamed Naushad (837/98/T)). D'autres cas ont mis l'accent sur l'importance que revêtait le respect de la procédure, en particulier les dispositions ayant trait à la conciliation (M.B.M. Meera Saibo c Ummu Azmiya Ahmed Mohiden, 1997, case No. 3364 Board of Quazis November 1997, non publiée).

Pakistan : Préalablement à la Zina Ordinance (Ordonnance relative l'adultère) de 1979, les tribunaux avaient tendance à suivre l'affaire Syed Ali Nawaz Gardezi c Lt.Col. Muhammad Yusuf PLD 1963 SC 51, qui avait établi que le non-respect de la procédure de la section 7 de la MFLO (qui prévoit l'enregistrement du divorce) rendrait un divorce nul et non avenu. Toutefois, face à des affaires où des maris vindicatifs avaient tenté de tirer parti du non enregistrement du divorce pour enregistrer des plaintes d'adultère contre leurs anciennes épouses qui s'étaient remariées, les tribunaux se sont montrés plus souples en ce qui concerne l'application de la section 7

de la MFLO (Muhammad Sarwar c The State PLD 1988 FSC 42 ; Noor Khan c Haq Nawaz PLD 1982 FSC 265 ; Alladad c Mukhtar 1992 SCMR 1273 ; Mohammad Rafi que c Ahmad Yar PLD 1982 Lahore 825 ; Amanullah Shah c Eidat Shah NLR 1981 Criminal 164 ; Mukhtar Ahmad c Ghafoor Ahmad PLD 1990 Lahore 484).

Le divorce non établi devant l'Union Council a également été accepté comme valide dans d'autres cas, par exemple dans un cas où le mari cherchait à soutenir que le divorce n'était pas valide pour pouvoir revendiquer une part des biens de son épouse au décès de celle-ci (Muhammad Salahuddin Khan c Muhammad Nazir Siddiq 1984 SCMR 584). Dans le même temps, dans une autre affaire, l'Union Council avait reçu une notification écrite du divorce, mais l'époux était décédé avant l'expiration des 90 jours ; les tribunaux avaient statué que le mariage était encore valide, que la femme était donc une veuve et avait droit à l'héritage.

La section 7 prévoit également que les procédures du Conseil d'arbitrage tentent une conciliation. Toutefois, il a été statué que ces procédures étaient énoncées à titre, sans être contraignantes (Mst. Farida Parwin c Qadeeruddin Ahmad Siddiqi PLD 1971 Karachi 118). Si l'arbitrage n'a pas lieu, ceci ne rend pas le divorce nul et non avenu. Bien que la section 7 de la MFLO exige une notification écrite, il y a eu des litiges sur le point de savoir si la notification ou non au Union Council était acceptée pour la validité du divorce chez les Shiites, qui prévoient traditionnellement le divorce verbal, à travers la récitation d'une formule particulière en Arabe (Mirza Qamar Raza c Tahira Begum PLD 1988 Karachi 169, and Federation of Pakistan c Tahira Begum 1994 SCMR 1740); et Federation of Pakistan c Tahira Begum 1994 SCMR 1740); Maryam Bano c Hussain Ali 1984 CLC 1961).

Les tribunaux tentent d'appuyer les femmes

Sri Lanka : Certains Cadis ne tiennent pas compte du fait qu'ils ne sont pas tenus de manière explicite d'examiner les

motifs du divorce. Ils mènent une enquête de leur propre initiative et se fondent sur des références coraniques à l'égalité entre hommes et femmes comme justifications.

PRATIQUES

Pratiques négatives en matière de divorce

Inde : En raison de la diversité culturelle de la communauté musulmane en Inde, les pratiques en matière de divorce varient d'une communauté à l'autre, bien que le « triple talaq » (talaq bid'a) soit uniformément reconnu. Le divorce par voie postale est devenu populaire ces derniers temps. Dans cette pratique, l'épouse est en premier lieu renvoyée chez elle où elle recevra par voie postale un talaqnama, qui peut mentionner les raisons du divorce. La femme n'étant pas au domicile conjugal lorsqu'elle reçoit la lettre, il y a peu de chances qu'elle récupère ses biens et les effets qu'elle y a laissés. À Ernakulam (Kerala), un talaqnama est parfois établi, et ceci suppose que l'époux restitue la dot et que l'épouse restitue le mahr (ce qui va totalement à l'encontre des lois musulmanes).

Nigeria : Le divorce sans enregistrement et sans réglementation est largement pratiqué chez les Musulmans du Nigeria, avec des taux beaucoup plus faibles dans les États de Kwara, Oyo, et Osun. C'est la forme de divorce la plus courante dans les communautés musulmanes (bien qu'elle comprenne le divorce par réaction au refus de la femme de regagner le domicile conjugal). Les juristes soutiennent qu'un divorce bidi (qui ne suit pas la forme correcte ou bid'a) est légalement valide, bien que ce soit une faute morale. Sur le plan technique, les femmes peuvent intenter une action en justice pour un divorce bidi, mais on ne voit pas très bien quel avantage elles peuvent en tirer.

Pakistan : Les communautés ont tendance à considérer comme valide le divorce verbal non enregistré. Les femmes se remarient alors en pensant que leur divorce est valide. Toutefois, les hommes semblent davantage conscients (peut-être à travers des avis juridiques) du fait que le divorce verbal peut s'avérer utile par la suite pour manipuler les dispositions relatives à l'adultère (zina) contre leur ancienne épouse. Le talaq étant la forme de dissolution la plus socialement reconnue, un divorce peut être formellement enregistré comme talaq, même lorsque le couple a divorcé par consentement mutuel, ou si le divorce est à la demande de l'épouse (et un règlement a été négocié par la communauté ou la famille).

Sénégal : La recherche de terrain menée par le GREFELS a constaté que le talaq (divorce par déclaration du mari) était

largement reconnu par les communautés et les imams. Le talaq est prononcé trois par le mari, qui dit à chaque fois « Je te libère » en langue wolof. La déclaration de divorce est perçue comme n'étant que le droit des hommes. Le mari n'a pas à spécifier de raisons. Cinquante-huit pour cent des enquêtés des discussions en focus group n'ont pas mentionné la nécessité de la présence de témoins pour divorcer, alors que 22% estimaient que la présence d'un homme ou de cinq femmes était nécessaire et que 41%, ont indiqué qu'il devait y avoir des témoins, sans en préciser le nombre ou le sexe.

Sri Lanka : Le « triple talaq » est courant dans l'Akuruwana et dans la province orientale. Il est fort probable que cette prévalence soit influencée par l'idée fautive largement répandue selon laquelle un triple talaq absout de mari de son obligation d'entretenir l'épouse durant la période de retraite. La femme n'a généralement pas de choix en ce qui concerne la conciliation. C'est plutôt sa famille qui prend les décisions. Le talaq est souvent prononcé verbalement et ceci mène à des conflits sur la date du divorce et sur la validité de toute révocation.

Tanzanie : La plupart des Musulmans estiment que le talaq est toujours légalement reconnu.

Pratiques positives en matière de talaq

Inde : Dans certaines régions de l'Inde, avant la finalisation d'un divorce, il peut y avoir des efforts de conciliation des parties à travers l'intervention de membres de la famille, de dirigeants locaux, d'un organe religieux ou même de politiciens. Certaines communautés insistent également pour que le talaq soit étayé par des documents. Dans une certaine mesure, de tels documents aident à clarifier la situation de la femme et les questions connexes de période de viduité et de pension.

Pakistan : Les communautés soutiennent généralement les contrats de mariage qui contiennent des clauses négociées concernant les paiements en cas de talaq ou les restrictions au droit du mari de prononcer le talaq.

Dialogue avec les Cadis

Depuis les années 30, les tribunaux de Cadis jugent les affaires de mariage et de divorce entre Musulmans au Sri Lanka et jouent un rôle majeur dans la mise en œuvre des principes fondamentaux des lois musulmanes au Sri Lanka. Les cadis sont des hommes musulmans de bonnes mœurs et ne sont pas nécessairement des juristes. Il y a environ 50 cadis qui administrent les lois musulmanes à travers le pays. Le système d'appel va des décisions des Cadis au Conseil des Cadis, puis à la Cour d'appel et enfin à la Cour suprême.

Le Forum Muslim Women's Research and Action Forum du Sri Lanka entreprend un dialogue avec les Cadis depuis 1994, car ce sont eux qui appliquent la loi, dont nombre de dispositions sont discriminatoires à l'égard des femmes. En tant que groupe, ils peuvent porter atteinte même aux droits à la disposition des femmes de par la loi, en raison de leur ignorance de la loi ou de la confusion qu'ils éprouvent eu égard à ses dispositions. La méthodologie de dialogue était conçue à la fois pour partager les perceptions sur les droits de la personne et les droits humains de la femme et pour apporter aux Cadis des renseignements dans des domaines où la recherche Femmes & Lois avait révélé de la confusion, ainsi que des renseignements sur les législations et les interprétations progressistes dans d'autres communautés et pays musulmans. Des extraits des dialogues initiaux ont été publiés par MWRAF sous forme de livrets en Anglais et en Tamul, et apportent des éclairages sur les perceptions des Cadis et sur les stratégies auxquelles ils ont parfois recours en tant que juges lorsqu'ils sont confrontés à des injustices envers les femmes au sein de la famille.

À travers le processus de dialogue avec les Cadis, MWRAF a forgé d'importantes relations professionnelles et personnelles avec certains d'entre eux et est en mesure de s'appuyer sur leur assistance pour résoudre les problèmes rencontrés par des femmes qui contactent le MWRAF pour le counseling sur les questions de droit de la famille. Le MWRAF est également convaincu du fait que ces Cadis seront dans l'avenir des alliés importants pour le plaidoyer qu'il mène en faveur de la réforme des lois sur le statut personnel musulman au Sri Lanka.



DISSOLUTION DU MARIAGE: TALAQ TAWFID ('ESMA ET DÉLÉGATION DE DROIT DE DIVORCE)

Introduction

Dans les systèmes basés sur les lois musulmanes, le mari peut déléguer à sa femme son droit unilatéral de divorce, lui permettant ainsi de prononcer elle-même le divorce. Cet accord contractuel peut être réalisé à travers le contrat de mariage ou négocié ultérieurement. Le talaq tafwid est couramment appelé, dans les communautés arabophones, « 'esma », qui signifie simplement « la permission » ou « l'option ».

Plusieurs systèmes basés sur les lois musulmanes ont des dispositions spécifiques pour le talaq tafwid, dont les suivantes :

- sans conditions et absolu, c'est à dire que l'épouse peut y chaque fois qu'elle le souhaite ; ou
- avec condition, c'est à dire qu'il n'est exercé que lorsqu'un événement particulier survient (le mari prend une seconde épouse, par exemple), ou en cas de rupture de promesse (non-paiement du mahr (dot) après une période spécifiée, par exemple).

Cette section ne discute pas des systèmes basés sur des sources de droit autres que les lois musulmanes, parce que de tels systèmes ne reconnaissent pas le talaq (répudiation par déclaration verbale) et ne reconnaissent donc pas le talaq tafwid. De plus, cette section ne discute ni du « talaq suspendu », ni du ta'liq, ni des options de dissolution prévues pour les femmes dans les contrats de mariages iraniens et malaisiens. Ces options de divorce sont plus proches dans leurs effets d'une dissolution motivée (voir Autres formes de dissolution pour les femmes, p. 287).

Souvent, ceux qui s'opposent à une délégation de pouvoir de la part du mari estiment (ou tentent de convaincre d'autres personnes) que le mari qui a délégué son droit de talaq à son épouse perd son propre pouvoir de talaq. C'est une erreur.

En l'absence de législation et de pratiques sociales qui garantissent aux femmes l'équité et la sécurité dans leurs mariages, le talaq tafwid peut corriger cet aspect du déséquilibre dans le mariage causé le pouvoir de mettre fin au mariage de manière unilatérale dont le mari dispose.

Talaq tafwid sans conditions

Le talaq tafwid sans conditions a pour effet de donner aux femmes la même autorité et le même pouvoir que ceux conférés aux hommes en matière de dissolution de leur mariage. Ainsi, le talaq tafwid dispense les femmes de la nécessité d'établir des motifs de divorce. Cependant, les droits financiers dus à la femme (tels que le mahr, la pension d'entretien et le mata'a) sont préservés, car le mari reste soumis aux mêmes obligations que celles qui lui incomberaient s'il avait prononcé le talaq lui-même.

La possibilité de déléguer le talaq à l'épouse est reconnue de manière explicite dans le droit écrit de pays tels que le Bangladesh, l'Irak, la Jordanie, le Maroc, le Pakistan, les Philippines et la Syrie. D'autres systèmes peuvent également reconnaître le talaq tafwid si les époux sont autorisés à négocier des droits dans leur contrat de mariage (voir Droits et responsabilités négociés, p. 168).

Talaq tafwid avec conditions

Le talaq tafwid peut également être accordé comme moyen d'appliquer des stipulations spécifiques dans un contrat de mariage. Dans un tel cas, l'épouse se voit octroyer le pouvoir d'exercer le talaq tafwid si le mari rompt une condition du contrat de mariage. Toutefois, elle devra se présenter devant un tribunal (ou se soumettre à une autre procédure formelle) pour démontrer qu'une condition ou une promesse figurant dans son contrat de mariage n'a pas été respectée.

Cette forme de talaq tafwid n'est manifestement pas aussi utile que l'octroi sans condition du talaq tafwid. Elle peut toutefois élargir le droit de divorce de la femme en incluant des motifs qui traditionnellement, ne sont à la disposition de femmes de manière explicite au titre des lois musulmanes (le motif du refus du mari de permettre à l'épouse de travailler ou d'étudier, par exemple).

Talaq tafwid délégué à une tierce partie

Le mari peut déléguer son pouvoir de talaq à l'épouse ou à une autre personne. Cette personne disposerait alors du pouvoir de mettre fin au mariage de manière unilatérale. Lorsqu'un tel pouvoir est délégué à une tierce personne, il s'agit presque toujours d'un talaq tafwid avec conditions. Cette pratique semble avoir été plus courante dans le passé, à une époque où d'autres formes de dissolutions n'avaient pas été codifiées et n'étaient pas à la disposition des femmes.

Cette forme de talaq tafwid offre parfois moins d'options que le talaq tafwid avec condition délégué à l'épouse, parce qu'elle suppose que l'épouse convainque une autre personne (généralement un membre de la famille) à prendre des mesures pour rompre le mariage. Néanmoins, la délégation à une tierce partie peut offrir à l'épouse un accès socialement acceptable à la dissolution dans des situations où les femmes disposent autrement d'options très limitées en matière de divorce.

Procédure pour le talaq tafwid

Pour exercer son droit, la femme à qui il a été octroyé le talaq tafwid doit généralement suivre la même procédure que celle requise pour l'exercice de ce droit par le mari. Toutefois, là où la loi est muette sur les procédures requises, les attitudes sociales peuvent entraver l'accès des femmes au talaq tafwid.

Là où le talaq est réglementé à travers les tribunaux ou une autre enceinte officielle, les femmes peuvent présenter des preuves documentaires montrant que le droit de talaq leur a été délégué. En cas de talaq tafwid avec conditions, l'épouse doit faire une déclaration spécifiant que la condition a été remplie. Sauf si la loi ne spécifie pas clairement qu'elle n'est pas tenue de prouver effectivement que les conditions ont été remplies, les tribunaux peuvent exiger le niveau de preuves requis pour une dissolution faskh ou tafriq (voir Autres formes de dissolution pour les femmes, p. 287).

Même si le talaq tafwid est un principe reconnu dans les lois musulmanes et dans de nombreuses législations, les attitudes sociales incitent souvent les juges et d'autres organes chargés des procédures à résister aux tentatives de l'épouse d'exercer le talaq tafwid. Le plus souvent, ces mêmes autorités n'offrent aucune résistance à l'exercice du talaq par le mari.

Il est fréquent que les femmes soient confrontées à des problèmes dans l'accès à leur droit délégué de talaq parce que ce droit n'a pas été clairement stipulé dans leur contrat de mariage. Ce manque de clarté donne aux enceintes de mise en œuvre une certaine marge pour soulever des objections.

Révocabilité

Bien que le talaq prononcé par un homme soit généralement révocable, les diverses écoles de droit musulman ne sont pas précises sur la révocabilité du talaq tafwid – c'est-à-dire sur le point de savoir s'il est révocable ou non, et si oui, par qui. Le droit marocain énonce spécifiquement qu'un divorce délégué n'est pas révocable. Au Pakistan et au Bangladesh, aux fins de l'Ordonnance relative aux lois musulmanes de la famille (Muslim Family Laws Ordinance), l'épouse peut révoquer un talaq tafwid dans un délai de 90 jours après l'avoir notifié aux autorités locales. Toutefois, les organes locaux de mise en œuvre continuent de diverger dans leur traitement de tels cas en raison de leur ignorance de cette forme de divorce et de leur réticence à accepter que la femme ait un pouvoir d'action dans un divorce. Dans d'autres systèmes, la loi est muette ; ceci également est source de confusion.

Il peut également y avoir une confusion sur le point de savoir si le mari a ou n'a pas le droit de retirer la délégation de talaq. Certains systèmes spécifient clairement que le mari ne peut entraver l'exercice du talaq tafwid par son épouse (Maroc).

Prévalence

La pratique du talaq tafwid varie d'une large reconnaissance (Bangladesh) à l'inexistence totale (Malaisie, Nigeria).

L'Asie du Sud a une longue tradition de talaq tafwid et il y a donc de nombreux cas de jurisprudence, en particulier en Inde. La pratique de l'octroi du droit de talaq tafwid aux femmes au moment où le mariage est contracté a connu une résurgence au cours des dernières années, au Bangladesh, à la suite des efforts de plaidoyer des groupes de défense des droits humains de la femme. Cette résurgence reflète une transformation positive des attitudes à l'égard de l'accès des femmes au divorce dans des communautés entières, car les négociations sur les conditions contractuelles d'un mariage ne dépendent plus simplement des souhaits de la future épouse, mais aussi de ceux des familles des deux parties au mariage. Les stratégies auxquelles les activistes bangladeshis ont eu recours pour rehausser la prévalence du talaq tafwid pourraient être adaptées par les femmes d'autres communautés et pays musulmans.

Il y a, au Pakistan, une prévalence croissante du talaq tafwid dans les zones tant urbaines que rurales et dans toutes les classes, bien que cette pratique ne soit toujours pas aussi courante qu'au Bangladesh. Parfois, même si les familles ont convenu du talaq tafwid, l'imam qui célèbre la cérémonie de mariage tentera d'empêcher son inscription dans le contrat de mariage. Afin d'entraver la capacité de l'imam à agir de la sorte, les activistes du Pakistan appellent à une modification du formulaire type de contrat de mariage de manière à ce que la délégation du talaq tafwid par le mari soit automatiquement

supposée, sauf si celui-ci a spécifiquement barré la clause pertinente dans le contrat de mariage.

Le talaq tafwid peut également être possible dans des systèmes où il n'est pas spécifiquement prévu dans les dispositions législatives et réglementaires. Lorsque les lois musulmanes ne sont pas codifiées, là où le droit est codifié mais qu'il existe une clause qui stipule que « partout où la loi est muette, les principes généraux des lois musulmanes s'appliquent (Algérie, Sri Lanka), ou lorsque le droit reconnaît généralement les conditions autorisées aux fins des lois musulmanes (Malaisie, Soudan), les femmes pourraient plaider en faveur de l'accès au talaq tafwid ». Malheureusement, le talaq tafwid est inconnu et n'est pas pratiqué dans nombre de communautés et pays musulmans.

Au Soudan, où le talaq tafwid est connu sous le nom de 'esma, il est socialement inacceptable d'y recourir. Au Nigeria, le principe est inconnu et il y a une forte résistance aux efforts en vue d'attirer l'attention sur la possibilité du talaq tafwid.

Talaq Tafwid et évolution des tendances

Au moins depuis le 16^{ème} siècle, les contrats contenant le talaq tafwid sont reconnus dans le sous-continent indien. Le sujet est discuté de manière approfondie dans les textes hanafi locaux et un chapitre entier y est consacré dans le *Fatawa-e-Alamgiri*, préparé sous le règne de l'Empereur moghul Aurangzeb' (1658-1707), et promulgué par l'Autorité impériale de cette époque.

Toutefois, les tribunaux coloniaux en Inde, composé de juges manifestement influencés par les idées anglo-chrétiennes sur le mariage, se sentaient mal à l'aise face à ce concept. Ils insistaient sur le fait que la délégation n'était valide que si les conditions spécifiées dans lesquelles l'épouse était autorisée à prononcer un talaq étaient « raisonnables » et n'étaient pas contraires à la « politique publique ». Ils exigeaient également que l'option ne soit ni absolue, ni sans conditions.

Cependant, au cours des dernières années, les tribunaux indiens commencent progressivement à reconnaître que les conjoints ont le pouvoir de régler les termes qui régissent leurs futures relations conjugales. Dans des affaires récentes en Inde, il a été statué que la délégation du droit du talaq tafwid même sans conditions était valide. Dans une affaire datant de 1992, un magistrat a rejeté la demande d'une femme, au titre de la section 3(1) de la Loi relative aux femmes musulmanes (protection des droits sur le divorce) de 1986, qui exigeait la restitution de sa dot et le versement du mahr non acquitté et d'une pension pour elle-même et l'enfant né du mariage, au motif qu'il ne reconnaissait pas son divorce par talaq tafwid (*Mangila Bibi c Noor Hossain All India Reporter, 1992 Calcutta 92*).

En appel, la Haute cour avait tranché que le contrat de mariage déléguait à l'épouse le pouvoir sans réserve de prononcer le talaq. La Haute cour avait statué qu'une délégation générale était valide car elle « n'était pas interdite par le droit sur le statut personnel qui régissait les parties ». Il était important qu'il y ait eu un contrat de mariage écrit, et qu'il ait été enregistré au titre des procédures d'enregistrement volontaire des mariages et des divorces musulmans, disponibles au Bengale.

LOIS :

Talaq Tawfid / 'Esma et délégation de droit de divorce

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - Reconnaisent de manière explicite le talaq tafwid ; et
 - L'incluent dans le contrat de mariage type.
- ☺ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - Reconnaisent de manière explicite le talaq tafwid sans l'inclure dans le contrat de mariage ou sans prévoir de mécanismes clairs pour son utilisation.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - Sont muettes sur le talaq tafwid.

Les systèmes suivants ne reconnaissent pas le talaq tafwid (droit d'option au divorce) : **Cameroun, Républiques d'Asie centrale, Fidji, la Gambie** (mariages sous CMA), **Indonésie, Nigeria** (mariages Sous le MCA et droit coutumier), **Sénégal, Tunisie, et Turquie**.

☺ Reconnu dans la législation et prévu dans le contrat de mariage type

Bangladesh & Pakistan : Au Bangladesh, les procédures de talaq tafwid sont régies par la section 8 du MFLO. Une clause facultative du contrat de mariage type dans les deux pays pose la question de savoir « si oui ou non l'époux a délégué le pouvoir de talaq à son épouse et si oui, dans quelles conditions ». La délégation à une épouse Kitabia (gens du Livre) est également reconnue à travers un accord écrit après le mariage. La section 9 du MMDRA (Muslim Marriages and Divorces Registration Act) avait également pour but de clarifier le mécanisme d'accès au pouvoir de talaq délégué avant 1961 (lorsque le MFLO reconnaissait le talaq tafwid).

☺ Reconnu dans la législation

Inde (mariages sous lois musulmanes) : Aux fins de la Shariat Act de 1937 « dans toutes les questions ayant trait à ... la dissolution du mariage, notamment le talaq..., la règle des décisions au cas où les parties sont musulmanes sera la législation sur le statut personnel musulman ». Le Talaq tafwid est reconnu et confirmé par les tribunaux.

Philippines : Au titre de l'article 51 du CPML, si l'époux a délégué (tafwid) à l'épouse le droit de prononcer un talaq (au moment de la célébration du mariage ou par la suite), celle-ci peut rompre le mariage et la répudiation aura le même effet que s'il était prononcé par l'époux lui-même.

Irak : Le divorce rompt les liens du mariage lorsqu'il est prononcé soit par l'époux, soit par l'épouse qui a assigné ou délégué une autorité dans ce sens, soit par le Cadi. Le divorce ne sera pas effectif s'il n'est pas prononcé par l'intermédiaire de la formule juridiquement prescrite (Code du statut personnel de 1959 (amendé en 1980), section 34.

Maroc : En application de l'article 89, la nouvelle Moudawana indique clairement que la procédure du talaq tafwid suit celle du talaq et que le tribunal statuera sur les droits financiers de l'épouse et des enfants, comme pour le talaq. Le mari ne peut empêcher à l'épouse d'exercer le droit de répudiation qu'il lui a entièrement délégué. Selon l'article 123, le talaq tafwid est irrévocable.

☹ **La loi est muette ; le talaq tafwid reste possible**

Algérie : Le Code de la famille ne fait aucune mention du talaq tafwid dans les articles 47 à 57 sur la dissolution du mariage. Au titre de l'article 222, « en l'absence d'une disposition dans la loi, il est fait référence aux dispositions de la Shari'a ».

Sri Lanka : Il n'y a pas de référence spécifique au talaq tafwid dans la MMDA, mais cette pratique peut être reconnue au titre de la section 28(2), qui reconnaît le droit de la femme d'obtenir un divorce aux fins des lois musulmanes.

Malaisie : L'IFLA (Islamic Family Law Act – Loi relative au droit islamique de famille) est silencieuse sur le talaq tafwid. Toutefois, les mariages célébrés en conformité avec les principes Hukum Syara' étant reconnus comme valides, un talaq tafwid peut être inscrit dans le contrat de mariage.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Les textes types utilisés par les tribunaux qui jugent les affaires ayant trait aux mariages musulmans spécifient que les deux parties peuvent énoncer une ou des stipulations dans le contrat de mariage, à la condition que ceci ne rende pas nul le mariage et n'aïlle pas à l'encontre du but du mariage.

Soudan : La MPLA (Loi sur le statut personnel musulman) ne fait aucune mention du talaq tafwid, mais au titre de la section 24, la femme a le droit d'énoncer des conditions à son mariage.



DISSOLUTION DU MARIAGE: KHUL'

Introduction

Dans de nombreux systèmes fondés sur les lois musulmanes, la femme peut chercher à divorcer de son mari (sans avoir à prouver une faute de sa part) en lui offrant une compensation. Cette forme de divorce est connue sous le nom de khul'. Dans la plupart des systèmes, la femme peut avoir accès au khul' par l'intermédiaire des tribunaux. Le khul' n'existe pas en Indonésie et en Tunisie, où les lois prévoient l'égalité entre hommes et femmes pour ce qui est des motifs de dissolution (voir p. 299).

La prévalence du khul' dans tout contexte donné dépend d'une diversité de facteurs. Ceux-ci comprennent l'accessibilité d'autres formes de dissolution pour les femmes, tant socialement que juridiquement, et le point de savoir si les tribunaux et la communauté considèrent que l'autorisation du mari est nécessaire ou non pour le khul'.

Si, au Pakistan, le khul' est la forme de dissolution la plus courante à laquelle les femmes accèdent à travers les tribunaux, au Bangladesh (en raison d'une tendance croissante à consentir à l'épouse le talaq tafwid), les divorces khul' sont largement remplacés par les divorces talaq tafwid. Dans le même temps, une nouvelle forme de khul' est en train d'émerger en dehors du système judiciaire, au Bangladesh, parce que les figures religieuses de la communauté ont tendance à conseiller aux maris qui cherchent à exercer le talaq de demander à leurs épouses de recourir plutôt au khul'. Ces cadis disent aux maris qu'ils ne seront pas tenus de verser le mahr (dot) s'ils arrivent à convaincre leurs épouses de faire une demande de divorce khul'. Certains maris ont même relevé la signature de leur épouse sur un morceau de papier pour tenter de rédiger de fausses demandes de khul'. Dans de tels cas, lorsque l'épouse va récupérer sa dot (mahr) après le divorce, on lui apprend qu'elle n'y a pas droit parce qu'elle a eu recours à un divorce khul'.

Au Sri Lanka, le khul' n'est guère utilisé. Les femmes ont plutôt tendance à recourir à des dissolutions motivées. Par contre, le khul' est la forme la plus courante de dissolution à laquelle les femmes ont recours au Nigeria. Ceci est peut-être dû en partie au fait que les avantages financiers du tafriq et du faskh sont peu connus, et en partie au fait que le khul' est une procédure plus rapide et plus aisée.

Au Maroc où 58% des divorces se faisaient à travers le khul', le divorce pour « divergences irrémédiables » (ce qui ouvre la voie à la possibilité de compensation à l'épouse) a été introduit de manière spécifique pour contrer la pratique largement répandue chez les hommes de contraindre leur épouse à recourir au khul' pour éviter d'avoir à lui verser une compensation talaq.

Avantages et inconvénients pour les femmes

Pour les femmes qui veulent divorcer, le principal avantage de l'accès au khul' est qu'il n'exige pas de l'épouse qu'elle prouve une faute particulière, du mari, définie de manière étroite (contrairement au faskh, au tafriq et au ta'liq, voir Autres formes de dissolution pour les femmes, p. 287). En conséquence, le khul' permet à la femme d'avoir accès à la dissolution sur la base d'une rupture plus générale des relations conjugales. Dans des systèmes qui ne sont pas fondés sur les lois musulmanes, la femme peut exiger la dissolution pour des motifs similaires, tels que « l'incompatibilité », la « rupture conjugale » (voir Dissolution sur un pied d'égalité entre hommes et femmes quant aux motifs, p. 299).

Même dans des situations où elle a eu raison légitime de demander une dissolution motivée, la femme peut ne pas être en mesure de présenter les preuves nécessaires. Par exemple, la dissolution au motif de violence domestique (cruauté) peut nécessiter un certificat médical. Les femmes sont rarement en mesure d'obtenir un tel certificat, sauf s'il s'agit d'un cas extrême, et/ou si elles ont accès à des médecins agréés par l'État. Dans un tel cas, le khul' peut être une solution, car dans la plupart des systèmes, il est acceptable de fournir moins d'éléments de preuve (tels que les déclarations de témoins). En effet, dans certains systèmes aucun élément de preuve n'est nécessaire pour recourir au khul' et le fait de prononcer la phrase « son visage ne me plaît pas » (fondée sur un hadith rapporté) peut être acceptable devant le tribunal. En outre, dans la plupart des systèmes, le khul' (essentiellement parce qu'il exige moins d'éléments de preuve) offre aux femmes un moyen plus rapide de rompre le mariage.

Toutefois, le khul' a très certainement des inconvénients pour les femmes. En premier lieu, le khul' entraîne généralement

des pertes financières pour l'épouse. Les systèmes diffèrent largement sur la forme précise de ces pertes et sur le point de savoir si elles sont inévitables (voir Compensation due, ci-dessous). Le bien-fondé de cette forme de divorce dépend donc à la fois de la position financière de l'épouse et des dispositions en matière de compensation énoncées dans le système.

En second lieu, dans la plupart des systèmes, le khul' n'est pas un 'droit' sur le même pied d'égalité que le pouvoir unilatéral de talaq dont dispose le mari. En fonction de l'interprétation locale, la femme a souvent à convaincre une tierce partie (un tribunal ou une autre enceinte) qu'elle ne peut pas continuer dans son mariage et/ou à s'assurer que le mari accepte de la libérer des liens matrimoniaux. (Ceci va à l'encontre des dispositions ayant trait au talaq, où ni les tribunaux, ni l'épouse ne disposent de tels pouvoirs sur le mari). L'approche des tribunaux nigériens est une exception ; le khul' est disponible simplement à la demande de la femme et n'est subordonné qu'au paiement d'une compensation (dont le montant est déterminée par le tribunal) par la femme.

Bien que l'accès au khul' puisse donner aux femmes (en particulier à celles qui ont une meilleure sécurité financière) davantage d'options que ne le fait l'accès à la dissolution pour faute, il n'est pas aussi avantageux pour celles-ci que l'accès au talaq tafwid sans conditions.

Confusion avec le mubarat

Dans les systèmes où les lois musulmanes ne sont pas codifiées, le khul' est souvent reconnu par les communautés qui ont accès à travers les enceintes communautaires (Inde) ou les tribunaux musulmanes (Nigeria). Même dans les systèmes ayant des lois codifiées, le khul' est souvent pratiqué en dehors du système judiciaire (Bangladesh, Sénégal).

Tous les systèmes codifiés fondés sur les lois musulmanes prévoient effectivement une forme d'enregistrement du divorce. Toutefois, il arrive parfois qu'un khul' extrajudiciaire, s'il est jamais enregistré, soit à terme enregistré sous forme de talaq ou de mubarat.

Dans de nombreux contextes, il y a une tendance à confondre le khul' et le mubarat. Cette confusion découle des différences subtiles dans les lois selon les pays et entre les communautés. Dans certains systèmes, il n'est même pas fait mention du mubarat, et la possibilité de dissolution au titre de laquelle chacune des parties renonce aux droits financiers qu'elle a sur l'autre partie est discutée dans le cadre des dispositions ayant trait au khul' (Jordanie, Syrie). Le Moudawana du Maroc prévoit que les dispositions ayant trait au khul' suivent les dispositions du mubarat. Les juristes et même les tribunaux du Bangladesh et du Pakistan renvoient parfois de manière erronée au 'khula-mubarat' et les juristes

nigériens observent que le khul' est possible à la fois devant le tribunal et devant des enceintes extrajudiciaires, même si la pratique du khul' est jugée devant les tribunaux. La situation est embrouillée davantage par le fait que de nombreux systèmes n'obligent pas l'épouse à donner une compensation au mari s'il n'en a pas fait la demande.

La question de l'autorisation de l'époux

Le manque de clarté sur la nature précise du khul' est également reflétée dans la diversité des procédures qui régissent le khul' et les divers rôles joués par les tribunaux dans un khul'.

La plupart des systèmes conviennent du fait qu'à un certain stade, le tribunal peut être doté du pouvoir d'intervenir et de régler les questions de compensation. Toutefois, il y a des divergences sur le point de savoir s'il revient au tribunal ou à l'époux de consentir à la demande de dissolution formulée par l'épouse ou de la rejeter, ou si les tribunaux sont nécessaires.

Dans de nombreux systèmes, le khul' suppose un accord entre les conjoints, en d'autres termes, l'accord de l'époux est obligatoire (Maroc, Sri Lanka, Yémen). Toutefois, dans certains de ces systèmes, un tel doit être traité à travers les tribunaux (Algérie, Maroc, Sri Lanka), alors que dans d'autres, le khul' se passe de procédures devant les tribunaux (Yémen) sauf pour l'enregistrement ultérieur.

L'opinion ou l'accord du mari est sans incidence, dans certains systèmes (Algérie, Bangladesh, Malaisie, Pakistan, Philippines). En 2000, la législation égyptienne reconnaissait le droit de la femme d'obtenir un divorce khul' même si elle n'avait pas le consentement de son époux. Dans ces systèmes, le tribunal joue un rôle central parce qu'il détermine à la fois s'il sera consenti à la demande de khul', et (en cas de consentement), quelle compensation l'épouse aura à verser. Au Nigeria, l'autorisation du mari n'est pas requise pour le khul', et les tribunaux ne peuvent pas refuser la demande d'une femme. Le seul rôle des tribunaux est de trancher sur les questions de compensation.

Preuves obligatoires pour le khul'

Lorsque la demande de khul' d'une femme doit nécessairement être évaluée par un tribunal, la femme est habituellement tenue de prouver la haine qu'elle a constatée entre son mari et elle et/ou le fait « qu'elle ne peut pas vivre dans les limites prescrites par Dieu ». Il s'avère souvent que pour prouver de tels sentiments et/ou une telle incapacité, de longues procédures impliquant des arbitres et des assesseurs sont nécessaires (Malaisie, Sri Lanka). Les lois du Sri Lanka

sont peut-être celles qui offrent le moins d'options non seulement parce qu'elles supposent l'accord du mari, mais aussi parce qu'elles codifient le principe selon lequel le Cadi doit être convaincu que des preuves suffisantes ont été présentées avant de consentir à un khul'. Il est donc évident que dans certains systèmes, le khul' suppose une évaluation plus subjective par le tribunal ou le cadi que ne l'exige un divorce pour faute.

En conséquence, une femme qui cherche à divorcer par khul' dépend de la perception que le tribunal ou le cadi ont de sa position. Même au sein du même système, les tribunaux peuvent différer largement dans les critères qu'ils appliquent pour décider s'ils sont disposés ou non à accepter un khul'. La recherche menée en Égypte depuis l'introduction du khul' sans autorisation du mari, en 2002, a montré que la plupart des tribunaux sont peu disposés à consentir au khul'. En pratique, dans de nombreux systèmes, le khul' semble tout aussi difficile d'accès que le divorce motivé. Au Pakistan, il y a plus de quarante ans, les tribunaux avaient jugé que le khul' pouvait être consenti par un tribunal, indépendamment de l'opinion du mari. Un désaccord persiste toutefois (même dans les tribunaux supérieurs) sur la question de savoir si une demande de khul' est en elle-même une preuve de haine suffisante pour justifier le consentement au divorce.

Compensation due (zar-i-khula)

Bien que de nombreux systèmes et communautés considèrent la restitution de la dot - mahr (ou le renoncement à la dot non acquittée) comme la compensation appropriée pour le khul', la source coranique 2 :229 ne spécifie aucune forme précise de compensation (voir Lois musulmanes sur la dissolution, p. 254).

Dans des systèmes où la dot est la forme présumée de compensation, le bien-fondé de cette forme de divorce dépend essentiellement de la position économique de la femme et du montant de la dot spécifiée dans son contrat de mariage. Si la dot est d'un faible montant, ou si la femme dispose de ressources financières suffisantes pour rembourser la dot, le khul' peut être, pour elle, le moyen le plus simple et le plus rapide de mettre un terme à son mariage. Toutefois, si la dot est substantielle, il peut s'avérer impossible, ou du moins très difficile pour elle d'avoir à la restituer ou à renoncer à tout partie non acquittée. Ainsi, l'insécurité économique de la femme peut sérieusement restreindre l'accès au khul'.

Certaines lois spécifient la forme de la compensation ou en limitent le montant (la valeur de la dot de parité à l'époque du jugement – Algérie), alors que d'autres spécifient que tout ce qui peut valablement faire l'objet d'un contrat est un paiement légitime (Maroc). D'autres encore autorisent le tribunal à déterminer la forme et le montant de la compensation due

(Malaisie, Nigeria). Certains juges (et chefs de village) calculent le montant de la compensation due en soustrayant la valeur des cadeaux de mariage apportés par la famille de l'épouse de la valeur du mahr (et/ou du kayan sadauki offert par le future marié et sa famille). Ils peuvent même fixer une somme symbolique pour la compensation, afin que l'épouse n'ait rien à rembourser. D'autres peuvent tenir compte de la durée du mariage dans l'évaluation de la compensation due, c'est-à-dire que plus le mariage a duré, plus la compensation est faible. Le montant fixé pour la compensation étant de plus en plus faible en fonction de la durée du mariage. Par contre, les tribunaux se fondent sur le mahr pour déterminer la compensation dans la plupart des systèmes. De temps à autre, la femme peut être tenue de renoncer à demander une pension pour la période de viduité ainsi que d'autres droits financiers (Inde, Sri Lanka).

En décidant de la question de la compensation, les tribunaux en Malaisie et au Nigeria semblent prendre en considération le point de savoir lequel des conjoints est « fautif ». Cette approche peut être à la fois bénéfique et préjudiciable pour les intérêts des femmes.

D'une part, une telle approche accepte que l'épouse peut ne pas être en mesure d'établir une faute spécifique, mais que les actions de l'époux peuvent être une source de conflits, et qu'en conséquence la femme qui accède au khul' doit peu de compensation. Préalablement aux amendements de 2002 qui ont retiré aux tribunaux le rôle qu'ils assumaient dans l'évaluation de la compensation, un juge novateur du Pakistan avait pris en compte les avantages dont le mari avait bénéficié (les enfants mis au monde et élevés par l'épouse, les tâches ménagères, etc.) et soustrait la valeur de ces avantages de la compensation due au mari (M. Saqlain Zaheer c Zaubun Nisa 1988 MLD 427). Dans certains cas, les tribunaux pakistanais ont jugé qu'aucune compensation n'était due.

Par ailleurs, une telle approche de la part du pouvoir judiciaire omet de contester l'interprétation restrictive de la dissolution par faute et aboutit au fait que les femmes continuent de risquer de renoncer à leurs droits financiers pour se débarrasser d'un mari abusif. Au Pakistan, les juristes ont tendance à encourager les femmes à faire une demande de divorce par khul' de préférence à un divorce motivé même si, par exemple, le mari ne s'est pas acquitté de l'entretien de la famille. Au Nigeria, les femmes n'ont généralement pas d'avocat et l'alkali (juge, qui en principe est tenu de garantir la justice mais non de sembler neutre, comme dans les tribunaux de style britannique) omet souvent de mentionner les alternatives possibles prévues par le divorce par faute. Cette omission peut être due aux sympathies patriarcales de l'alkali, aux dons que lui fait le mari pour le corrompre et/ou à son souhait d'éviter des litiges prolongés.

D'autres questions importantes en matière de compensation comprennent le point de savoir quels éléments sont nécessaires pour prouver le montant du mahr et quelles preuves (fournies par qui) seront acceptées à la fois pour déterminer le montant de la dot et pour prouver quel montant, s'il y a lieu, reste à verser. De plus, il y a lieu de voir si le non versement de la compensation affecte la validité du khul'.

Khul' et révocation

Dans de nombreux système la forme khul' de divorce est considérée comme irrévocable, ou bain sughra (c'est à dire qu'une fois consenti par le tribunal, le divorce de peut être révoqué Durant la période de viduité ni par le mari, ni par l'épouse). Ainsi, si les conjoints souhaitent reprendre la vie conjugale après que le khul' a été consenti, ils auront à se remarier. Toutefois, l'épouse n'est pas tenue d'épouser quelqu'un d'autre avant de se remarier, à moins qu'il ne s'agisse de la troisième dissolution consécutive entre le même mari et la même épouse. Cette irrévocabilité contraste de manière injuste avec le pouvoir du mari de prononcer le talaq puis de le révoquer. Ainsi, si une femme choisit de recourir au khul', elle ne peut changer d'avis durant la période de viduité ('idda) qui suit l'octroi du divorce par le tribunal.

Toutefois, dans certains systèmes, tous les divorces sont révocables durant la période de viduité. Dans ces systèmes, l'épouse conserve le droit de révoquer un divorce par khul' durant la période de viduité parce que c'est elle qui avait initié le divorce (Bangladesh, Pakistan). Certains jugements dans ces systèmes utilisent à tort le terme « irrévocable » pour qualifier le khul', parce que le mari n'a pas le droit de le révoquer, comme il peut le faire dans d'autres situations (Princess Aiysha Yasmin Abbasi c Maqbool Hussain Qureshi PLD 1979 Lahore 241).

Un précédent n'est pas toujours valable d'un pays à l'autre

À la suite de l'affaire historique Khurshid Bibi de 1967, au Pakistan, qui confirmait que l'accord du mari était sans importance dans le divorce par khul', les femmes du Sri Lanka ont tenté d'accéder aux principes qu'elle établissait, sans succès (Ansar c Mirza, 1971, 75 NLR 295).

Après examen des versets coraniques sur le sujet, des ahadiths connexes de Jamilah et Habibah, des écrits des juristes shafi et des dispositions juridiques applicables au Sri Lanka, la Cour suprême sri lankaise avait refusé de suivre le précédent pakistanais. Un des deux juges avait conclu qu'aux fins du droit shafi, le consentement du mari était absolument essentiel pour le khul' et du fait que les Sri lankais étaient régis par la loi de leur secte, une femme shafi ne pouvait obtenir un khul' sans le consentement de son mari. Il avait également déclaré que la décision pakistanaise avait été prise dans un contexte réglementaire différent et qu'en conséquence, il n'était pas tenu de s'y conformer.

Toutefois, le second juge de la Cour suprême qui siégeait pour cette affaire avait reconnu que les lois musulmanes appuyaient dans une certaine mesure le concept d'octroi à l'épouse du droit « d'obtenir un divorce khul' de manière unilatérale. Selon ce second juge, l'interprétation de la loi dans ce sens supposerait que ce droit soit largement accepté par la communauté musulmane, ce qui ne semblait pas possible à ce moment-là au Sri Lanka. Il avait toutefois souligné qu'au vu de « la rapidité avec laquelle les notions traditionnelles sont balayées ces jours-ci, la possibilité d'une extension de la loi pourrait ne pas être trop éloignée ».

Il y a plus de 30 ans que ce jugement a été prononcé et l'extension de la loi envisagée par le Juge Samarawickrama ne s'est toujours pas matérialisée.

LOIS : Dissolution du mariage – Khul'

Critères

- ☺ Les lois qui offrent davantage d'options sont celles qui :
 - n'exigent pas l'accord du mari pour le divorce par khul' ;
 - permettent le khul' à la demande de l'épouse, sans nécessité d'établir une faute ;
 - permet aux tribunaux de fixer une compensation en fonction des circonstances.
- ☹ Le niveau intermédiaire est celui des lois qui :
 - exigent l'accord du mari, mais prévoient des mécanismes alternatifs si celui-ci refuse son accord ;
 - fixent le montant du mahr comme compensation maximale.
- ☹ Les lois qui offrent moins d'options sont celles qui :
 - exigent l'accord du mari ;
 - exigent de l'épouse qu'elle s'acquitte de la compensation avant que l'ordonnance ne puisse être délivrée.

☺ L'accord de l'époux n'est pas requis ; le tribunal fixe la compensation ; le khul' est disponible à la demande

Nigeria : La jurisprudence établit que la question la dissolution du mariage devrait être considérée séparément de la question de la compensation. Il revient donc au juge de déterminer le montant de la compensation, qui pourrait être supérieur ou inférieur à celui du mahr (Mohammed Dan Kubura c Bello Idirs T/Wada suit No.CA/K/1/197 Court of Appeal, Kaduna). (Dans des affaires plus anciennes, la compensation était parfois supérieure au mahr. Dans certaines affaires récentes jugées dans les tribunaux Shari'a, il avait été statué que le paiement dans le divorce par khul' ne devait pas être supérieur à la valeur initiale du mahr reçu ou promis au moment de la cérémonie de mariage. Dans l'affaire Babajo c Hassana, le tribunal avait jugé que le montant maximal devant être versé par Hassana à son mari était le montant du mahr qu'elle avait reçu, à savoir 100 nairas (moins d'un dollar US) et qu'exiger davantage était injuste et revenait à promouvoir l'immoralité (Kaduna State, Sharia Court of Appeal, case No. 57 in 1982). Les juges peuvent également fixer comme paiement une somme purement symbolique (dans une affaire, le tribunal avait fixé la compensation à 10 nairas, c'est-à-dire à moins de 1 cent US, un montant insignifiant, même pour les populations démunies du Nigeria).

L'accord du mari n'est pas pris en considération ; le tribunal fixe la compensation; mais les tribunaux exigent des degrés de preuves différents

Bangladesh & Pakistan : Le Tribunal des affaires familiales a le pouvoir d'octroyer un divorce par khul' et le consentement du mari n'est pas pris en considération. Il revient au tribunal de décider, s'il y a lieu, de la compensation que l'épouse est tenue de verser, si le mari l'exige (Bilquis Fatima c Najmul Ikram Qureshi PLD 1959 West Pakistan ; Khurshid Bibi c babu Mohammed Amin PLD 1967 SC 97). Dans l'affaire Bilquis Fatima (para. 42), le tribunal avait indiqué clairement que « l'épouse n'a pas le droit de s'adresser au tribunal à un moment quelconque pour obtenir un divorce par khul' [...] Il y a une restriction importante au droit de divorce par khul'. Ce n'est que si le juge a la conviction que les limites imposées par Dieu ne seront pas respectées, c'est-à-dire que dans leurs relations l'un envers l'autre [...] un état harmonieux, comme envisagé par l'Islam, ne sera pas possible, qu'il consentira à la dissolution. L'épouse ne peut obtenir le divorce pour toutes les impulsions passagères. Le juge évaluera le degré de gravité du conflit entre les parties, bien qu'il puisse ne pas examiner les raisons du conflit ». Toutefois, il y a une jurisprudence contradictoire le degré de preuves que l'épouse est tenue de fournir afin de prouver une rupture ; les tribunaux inférieurs sont

d'avantage disposés à exiger des preuves importantes. Les interprétations restrictives comprennent les affaires suivantes : Aali c ADJ-1 Quetta 1986 CLC 27 (Pakistan) et Mohammad Kutubuddin Jaigirdar c Nurjahan Begum 1973 25 DLR 21 (Bangladesh). Des interprétations plus généreuses comprennent Safia Begum c Khadim Hussain 1985 CLC 1869; Syed Muhammed Rizvan c Mst. Samina Khatoon 1989 SCMR 25; Ghulam Zohra c Faiz Rasool 1988 MLD 1353; Rashidan Bibi c Bashir Ahmed PLD 1983 Lahore 549; Mohammad Mumtaz c Parveen Akhtar 1985 CLC 415; Naziran Bibi c Mohammad Roshan 1984 CLC 3330.

Bangladesh : Il est établi dans la jurisprudence que l'épouse doit renoncer à quelque chose pour qu'un divorce par khul' lui soit consenti. Elle peut avoir à renoncer à la totalité du mahr (Hasina Ahmed c SA Fazal 1980 32 DLR 294) ou à la dot non acquittée (Sheerin Alam c Captain Shamsul Alam 1996 48 DLR 79).

Pakistan : Jusqu'à l'amendement de la Loi relative aux tribunaux des affaires familiales, entrée en vigueur en octobre 2002, le khul' ne figurait de manière explicite dans aucun texte réglementaire et les activistes des droits exigent depuis longtemps des dispositions précises et certaines concernant le droit de divorce par khul'. La jurisprudence antérieure avait statué qu'il n'était pas nécessaire que l'épouse restitue le mahr pour obtenir un divorce par khul', et que l'incapacité de l'épouse de payer la compensation ne rendait pas nul le divorce (1985 MLD 2486 ; Razia Katoon c Muhammad Yousuf 1987 MLD 2486 ; Samia Akbar c Muhammad Zubair PLD 1990 Lahore 71). Toutefois, le FCA (Family Courts Act) amendé fait directement référence au khul' et une section 10(4) insérée dans le FCA énonce que le tribunal 'restituera également au mari le Haq Mehr reçu par l'épouse en considération du mariage au moment de la cérémonie.' On s'attend également, en raison de cet amendement, à des litiges sérieux sur le montant précis du mahr à restituer. La première partie de la nouvelle disposition pourrait ne renvoyer qu'au mahr reçu avant la demande de dissolution de l'épouse, mais l'expression suivante ('au moment du mariage') est une source de confusion. Le contrat de mariage type enregistre la totalité du mahr, en plus de la répartition (s'il y a lieu) du mahr en portion acquittée immédiatement et en portion différée. On ne voit pas très bien à laquelle de ces parties l'expression 'au moment du mariage' renvoie.

Égypte : Suite à un amendement de la loi sur le statut personnel, en janvier 2002, une femme peut obtenir un divorce au motif « d'incompatibilité ». Après qu'elle a déposé sa demande, le juge prévoit un délai de mois durant lequel un arbitre désigné par le tribunal tente une conciliation. En cas d'échec de cet effort de conciliation, la femme peut alors déclarer publiquement sa haine envers son mari et indiquer qu'elle craint de ne pas être en mesure de remplir ses devoirs conjugaux tels qu'énoncés par Dieu. La femme est tenue de restituer son mahr et de renoncer à ses droits à l'entretien après le divorce. Certains tribunaux exigent des preuves plus rigoureuses de la rupture du mariage.

Algérie : En vertu de l'article amendé du Code de la famille, l'accord du mari n'est plus exigé dans le divorce par khul'. Tous les divorces sont portés devant les tribunaux. En cas de désaccord du couple sur le montant de la compensation, le juge fixe une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité (mahr ul mithl) à l'époque du jugement. La loi est trop récente pour qu'il soit possible de faire de commentaires sur son application.

Philippines : Aux fins de l'article 50 du CMPL (Code of Muslim Personal Laws), l'épouse peut, après avoir offert soit de restituer le mahr, soit d'y renoncer, soit de s'acquitter de toute autre obligation légale pour se libérer des liens du mariage, saisir le tribunal pour une demande de divorce. Le tribunal publiera le décret dans les demandes fondées, après avoir fixé une compensation.

😊 L'accord du mari est nécessaire ; des alternatives sont disponibles

Malaisie : Aux fins de la section 49 de l'IFLA (Islamic Family Law Act), le tribunal ordonnera un divorce par khul' si les deux parties en conviennent. Le khul' est irrévocable (bain sughra). Si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre sur le montant de la compensation, le tribunal en évaluera le montant, en gardant à l'esprit le statut et les moyens des parties. Si le mari ne consent pas le khul', un comité de conciliation est nommé, au titre de la section 47(5), qui prévoit une période de conciliation de six mois ou plus. Si le mari refuse toujours de prononcer le khul', deux arbitres (Hakam) seront désignés pour résoudre le différend. À terme, les tribunaux n'entravent pas le divorce par khul' et peuvent ordonner à l'épouse de verser une compensation purement symbolique.

☹ L'accord du mari est nécessaire

Maroc : Aux fins de l'article 115 de la nouvelle Moudawana, les deux époux peuvent convenir de divorcer moyennant compensation, conformément aux dispositions de l'article 114 (sur le mubarat – divorce par consentement mutuel) qui prévoit l'autorisation du tribunal, des tentatives de conciliation, la validation du divorce et l'assurance qu'aucune des conditions requises pour le khul' n'est en contradiction avec la Moudawana ou ne porte préjudice aux intérêts des enfants. L'épouse mineure ne peut demander le khul' qu'avec l'accord de son wali (représentant légal) ; une tierce s'acquitte de la compensation. Aux fins de l'article 117, l'épouse peut récupérer la compensation si elle établit qu'elle a agi sous la contrainte ou si elle a subi un préjudice qui lui a été porté par son époux. Tout ce qui peut légalement faire l'objet d'une obligation peut valablement servir de compensation, sans que cela ne donne lieu à un abus ou à un excès. L'article 119 stipule qu'en cas de situation financière précaire, la femme n'est pas tenue d'utiliser les fonds réservés à l'entretien des enfants pour s'acquitter de la compensation. Aux fins de l'article 120, le tribunal fixe la compensation en tenant compte du montant du mahr, de la durée du mariage, des causes de la demande de divorce par khul' et de la situation matérielle de l'épouse.

Iran : Lorsqu'elle initie une demande divorce mais n'est pas en mesure d'en établir les motifs, l'épouse perd son droit à la rémunération pour les tâches ménagères, à l'entretien durant la période de viduité, etc.

Sri Lanka : La législation ne fait aucune référence spécifique au droit de la femme d'obtenir un divorce par khul'. Toutefois, au titre de la section 28(2) de la MMDA (Muslim Marriage and Divorce Act), l'épouse a le droit d'obtenir n'importe quel type de divorce autorisé pour les femmes dans le droit musulman. La Cour suprême a estimé que le mari doit consentir au khul' et qu'il doit être établi que les parties ne sont pas en mesure d'observer les limites imposées par Dieu (Ansar c Mirza 1971 75 NLR 295). Il n'y a aucun cas signalé de demande fructueuse de divorce par khul' et il n'y a pas d'indication claire sur la compensation que l'épouse serait tenue de verser. Toutefois, une procédure requise pour la demande à adresser au Tribunal des Cadis est énoncée dans la Third Schedule de la MMDA (exactement la même procédure que pour le faskh au Sri Lanka). Le Cadi nomme trois assesseurs musulmans pour l'aider à statuer sur la demande.

Une récolte amère ? Deux ans après la nouvelle loi relative au khul' en Égypte

En janvier 2000, le Parlement égyptien avait promulgué la Loi N° 1 qui était supposée consolider et accélérer les procédures juridiques en matière de divorce, accepter les demandes de divorce dans le mariage urfi (coutumier) et établir des tribunaux des affaires familiales. Toutefois, sa disposition la plus célèbre et la plus litigieuse était celle qui permettait aux femmes d'obtenir de divorcer de leur mari sans le consentement de ce dernier, à la condition qu'elles renoncent à leurs droits financiers : législation désignée sous le nom de loi khul'. La loi avait pour but de corriger les injustices et les souffrances entraînées par la Loi sur le statut personnel, vieille de 75 ans, qui imposait aux femmes une attente de plusieurs avant que les juges ne prennent une décision sur leurs demandes de divorce. Pour avoir une réponse positive à une demande de divorce, il fallait fournir des preuves concluantes et une confirmation indépendante des mauvais traitements ou des sévices physiques infligés par le mari à son épouse (voir p. 292). Par contre, au titre de la même loi, le mari pouvait simplement obtenir le divorce en déposant une demande auprès de l'officier en charge des mariages, et n'avait même pas besoin d'en informer son épouse. Le mari peut toujours obtenir le divorce de cette manière.

En raison de cette injustice, les mouvements féminins à la base avaient exercé des pressions considérables et persistantes sur le gouvernement pour faire reconnaître le droit de la femme au divorce par khul', dès le début des années 90 et jusqu'à la réforme de 2000.

Le gouvernement avait appuyé la campagne des femmes, en dépit de l'opposition bruyante des sociologues, des écrivains et des figures religieuses et politiques qui étaient associés aux groupes politico-religieux conservateurs. L'opposition soutenait que l'octroi aux femmes du droit de divorce par khul' entraînerait une instabilité sociale, l'émasculatation des hommes et provoquerait la dislocation des familles. L'opposition des médias était particulièrement forte.

Les associations féminines progressistes et leurs partisans faisaient valoir que la reconnaissance du droit de khul' pour les femmes instaurerait la justice, la stabilité et l'harmonie dans les ménages égyptiens, sans restreindre en rien les droits conférés aux hommes par Dieu.

Leur stratégie la plus puissante pour mobiliser l'opinion publique avait été de mettre l'accent sur le fondement du khul' dans les lois musulmanes. Le Sheikh d'Al-Ahzar avait accepté de réitérer que le droit de khul' était énoncé dans l'Islam et il avait fait valoir qu'il suivait le propre exemple du Prophète en souscrivant à ce droit (il avait été fait référence au hadith où l'épouse de Thabet Ibn Qay avait demandé le divorce sans autre motif que l'aversion/la haine qu'elle éprouvait envers celui-ci, qui l'empêchait de pouvoir continuer à vivre avec lui).

La recherche de terrain menée dans six gouvernorats par le CEWLA (Center for Egyptian Women Legal Assistance) sur l'accès au divorce par khul' au cours des deux premières années de la mise en application de la nouvelle loi avait montré qu'elle ne prenait pas en compte les problèmes de femmes. En raison du manque de clarté du texte et de gouvernement l'incapacité du gouvernement de publier dans le Journal officiel des lignes directrices officielles d'accompagnement à l'intention des juges, il y avait peu d'améliorations sur le divorce judiciaire fondé sur des motifs. Les femmes sont toujours

privées du droit de divorce parce qu'elles ne sont pas en mesure de prouver la 'haine' qu'elles ressentent et leurs affaires prennent toujours des mois, voire des années. Influencés par les forces patriarcales conservatrices, certains juges sont même en train de créer de nouvelles règles qui leur sont propres lorsqu'ils jugent les demandes de khul'. Il y a également une certaine confusion sur l'obligation de faire des efforts de conciliation.

De plus, la nouvelle loi s'entendant comme exigeant de l'épouse à la fois qu'elle renonce à ses droits financiers (l'entretien durant la période de viduité, le mat'a et la dot non acquittée), tout en compensant son mari, beaucoup de femmes ne sont simplement pas en mesure de divorcer par khul'. Des préoccupations ont même été soulevées concernant le fait que des maris peu scrupuleux peuvent préférer contraindre leurs épouses à demander le khul' au lieu de prononcer eux-mêmes le divorce, car ils se retrouvent gagnant sur le plan financier.

Tiré de The Harvest: Two years After Khol – A Analytical Study, CEWLA, Le Caire, version anglaise, 2003.



DISSOLUTION DU MARIAGE: AUTRES FORMES DE DISSOLUTION POUR LES FEMMES

Introduction

En plus du mubarat (divorce par consentement mutuel), du talaq tafwid (droit d'option au divorce consenti à l'épouse) et du khul' (droit de divorce moyennant compensation), les femmes régies par les systèmes fondés sur les lois musulmanes peuvent également avoir accès à certaines formes de dissolution que l'on peut regrouper en gros sous le vocable dissolution pour faute. Bien que les hommes puissent avoir accès à certains motifs de divorce pour faute, cette section se concentre sur les circonstances dans lesquelles les femmes ont accès à de tels motifs.

Le faskh et le tafriq sont deux formes de dissolution pour faute que l'on rencontre dans systèmes fondés sur les lois musulmanes. Alors que le faskh est généralement basé sur une irrégularité dans le contrat de mariage (notamment certaines conditions physiques qui entravent les relations sexuelles dans le mariage, ou sur la violation d'une clause contractuelle, le tafriq est fondé, en règle générale, sur des problèmes de relations entre les deux conjoints, en particulier sur l'incapacité d'un conjoint à remplir certaines responsabilités conjugales. Toutefois, ces deux termes peuvent être utilisés de manière interchangeable dans l'usage populaire et dans certaines lois. Le « divorce judiciaire » est un des autres termes utilisés pour décrire les divorces pour faute discutés dans cette section. À des fins de clarté, nous utiliserons le terme « dissolution pour faute ».

De nombreux systèmes prévoient que seules les femmes peuvent s'adresser à un tribunal pour faire une demande de faskh, la raison étant que les hommes peuvent divorcer par talaq. Toutefois, les réformes récentes menées en Malaisie ont rendu le faskh apparemment neutre pour ce qui est du genre et presque tous les motifs de divorce peuvent être invoqués par les deux conjoints ; le mari peut donc éviter des pénalités financières lourdes pour le divorce. Les associations féminines ont soutenu que dans un système général biaisé en faveur des hommes et où les hommes disposent de davantage de ressources, ceci a introduit une discrimination de fond à l'égard des femmes. Dans certains systèmes, seuls les motifs de défaillance latente (généralement perçue comme renvoyant à l'impuissance, aux maladies sexuellement transmises ou à la lèpre) peuvent être invoqués par l'un ou l'autre conjoint dans le cadre du divorce faskh. Les motifs pour

la dissolution par faute sont généralement similaires à ceux prévus dans le divorce dans le cadre de lois qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes en matière de motifs de divorce (par exemple les lois en Indonésie, au Sénégal, et en Tunisie, voir Dissolution sur un pied d'égalité entre les hommes et les femmes quant aux motifs, p. 299). Toutefois, les tierces parties peuvent également avoir accès au faskh dans certains systèmes.

Cette section traitera des différents motifs disponibles dans divers systèmes. Certains de ces motifs peuvent déjà être établis soit dans un contrat de mariage, soit dans un « divorce avec conditions » ou ta'liq (Malaisie, Singapour, Indonésie, Philippines), soit dans le tafwid avec conditions de style iranien. En Gambie, au moment de contracter le mariage, le mari peut faire une promesse verbale, devant témoins, de respecter le droit de l'épouse à l'entretien et à la réalisation des responsabilités conjugales. Bien qu'en théorie la rupture d'une telle promesse puisse être acceptée comme motif de dissolution, de tels motifs ne sont guère (si non jamais) invoqués par les femmes, parce qu'elles ne sont presque jamais au courant de leur droit à la dissolution pour faute.

Avantages et inconvénients pour les femmes

Le principal avantage d'une dissolution pour faute est que si la faute est du fait du mari et que le divorce est consenti, la femme ne perd pas ses droits au mahr, à l'entretien durant la période de viduité et au mata'a - paiement compensatoire (voir Responsabilités et droits financiers, p. 315).

Dans certains systèmes, la dissolution pour faute devient de la forme de divorce la plus fréquemment utilisée par les femmes parce que les tribunaux sont en train de faire une interprétation de plus en plus large de la « faute ».

Toutefois, ce type de dissolution suppose toujours l'intervention d'un tribunal ou d'un cadî, et la « faute » doit donc être étayée par des preuves. Il peut s'avérer très difficile de fournir les types d'éléments concrets requis pour prouver une faute spécifique. Inévitablement, une dissolution pour faute implique de longues audiences et les femmes peuvent renoncer à faire des efforts pour obtenir un divorce pour faute. Elles peuvent opter soit pour le khul' (s'il est socialement et légalement

disponible, soit pour une séparation à vie qui n'offre aucun espoir de garantir des droits financiers. Même si les tribunaux acceptent des preuves verbales, sans insister pour exiger des preuves documentaires en vue d'établir le bien-fondé d'une demande (Nigeria) (dans des cas de cruauté, par exemple, le témoignage oral des témoins peut être difficile à obtenir).

Le processus devient encore plus long lorsqu'un arbitrage ou hakam est impliqué. Sauf si la cour ordonne un entretien financier provisoire, les femmes peuvent se retrouver dans une situation financière précaire en cas de procédures de divorce prolongées. Ces difficultés auxquelles les femmes sont confrontées lorsqu'elles divorcent dans une procédure de dissolution pour faute semblent particulièrement injustes quand le même système reconnaît au mari le droit de recourir au talaq extrajudiciaire sans entraves. Là où des formes alternatives de dissolution sont à la disposition des femmes (talaq tafwid ou khul'), celles-ci ont moins fréquemment recours à la dissolution pour faute ou ta'liq.

Lorsque les femmes ne disposent pas de soutien familial pour les appuyer dans le divorce, il peut être très difficile de fournir les preuves requises. En outre, les femmes peuvent craindre la possibilité de représailles familiales pour avoir débatté des 'questions familiales' sur la place publique. Toutefois, dans certaines communautés, une dissolution pour faute épargne à l'épouse la stigmatisation du divorce par talaq parce que dans ce type de divorce, la responsabilité incombe directement au mari. En conséquence, les femmes préfèrent le divorce pour faute dans de tels contextes.

De nombreuses femmes sont empêchées de prendre l'initiative de la dissolution, même si la 'faute' incombe au mari, parce qu'elles craignent de perdre la garde de leurs enfants. Toutefois, la garde et la tutelle opèrent sur des ensembles différents de principes (voir p. 341) et la femme ne perd pas automatiquement la garde de ses enfants si elle prend l'initiative d'un divorce.

Causes de dissolution

Dans divers systèmes, les femmes obtiennent le divorce pour les motifs suivants :

- Conjugaux : Lorsque le mari ne s'acquitte pas de ses obligations conjugales pendant une période de temps spécifiée (4 mois, Algérie ; 6 mois, Philippines ; 1 an, Malaisie ; 3 ans, Bangladesh, Inde, Pakistan). Une « cause raisonnable » excuse le mari de tels motifs. Les obligations conjugales s'entendent essentiellement pour comprendre la cohabitation et l'accès sexuel. Toutefois, la loi aux Philippines définit de manière l'incapacité à s'acquitter de ses devoirs conjugaux, de sorte que cette catégorie comprend l'incapacité du mari à vivre avec son épouse et à la

respecter ; à lui être fidèle ; à l'aider et à la soutenir ; à s'abstenir de mettre en danger et de déshonorer son épouse ou de lui faire subir des sévices physiques ; s'acquitter du mahr ; et/ou offrir et maintenir un domicile conjugal qui convient au statut social de l'épouse.

- Peine de prison : lorsque le mari est en prison (Soudan) ; au moins 1 an (Philippines) ; au moins 3 ans (Malaisie) ; plus de 7 ans (Bangladesh, Inde, Pakistan) ; lorsque la nature de la condamnation est une source de déshonneur pour la famille et rend impossible la reprise de la vie conjugale (Algérie).
- Abandon : (Sri Lanka) ; plus d'un an (Algérie, Malaisie) ; 6 mois (Iran) ; plus de 4 ans (Bangladesh, Inde, Pakistan). Dans certains systèmes où le pays est en guerre ou où en proie à des hostilités, une disparition, si elle est expliquée, ne peut être qualifiée d'abandon dans le divorce par faskh (Jordanie).

L'abandon par le mari est une des formes les plus courantes de rupture conjugale dans les pratiques coutumières. Dans de nombreux systèmes, l'incidence de l'abandon est en hausse, en raison des pressions économiques et de la possibilité d'émigrer. Les communautés fixent souvent une période d'attente plus longue que prévue dans les lois, période durant laquelle la femme ne peut ni chercher à divorcer, ni refaire sa vie. Toutefois, le mari qui revient après une longue absence inexplicée peut faire l'objet de sanctions communautaires (Pakistan). Dans l'État d'Adamawa (Nigeria), une femme abandonner peut demander le divorce après une période aussi courte que trois à quatre mois.

- Incapacité du mari à assurer l'entretien : (Égypte, Sri Lanka, Soudan) ; pendant 3 mois (Malaisie) ; pendant 6 mois consécutifs (Philippines) ; pendant plus de 2 années consécutives (Bangladesh, Inde, Pakistan) ; à la condition que l'épouse ne soit pas au courant du manque de ressources du mari au moment du mariage (Algérie).
- Polygamie : prendre d'autres épouses sans autorisation (Bangladesh, Inde, Iran, Pakistan) ; traitement inéquitable dans le mariage polygyne (Bangladesh, Inde, Iran, Pakistan, Malaisie) ; en violation des dispositions réglementant la polygynie (Algérie).
- Entrave à l'autonomie de l'épouse : ingérence du mari dans les biens exclusifs de l'épouse (Bangladesh, Inde, Nigeria, Pakistan, Philippines) ; refus de lui permettre de poursuivre ses études ou d'exercer une profession (uniquement dans les systèmes qui ne reconnaissent pas le mari comme « chef de famille » ou dans ceux qui prévoient l'ajout d'une telle condition au contrat de

mariage); ou qui entravent la femme dans ses obligations religieuses.

- Cruauté inhabituelle (Philippines), cruauté (Malaisie, Nigeria, Pakistan, Sri Lanka, Soudan), cruauté ou mauvais traitement (Iran). La cruauté peut être définie dans le texte de loi (Bangladesh, Inde, Malaisie, Pakistan) et dans la plupart des systèmes, cette définition a été développée davantage dans la jurisprudence pour y inclure la cruauté verbale et mentale.
- Vices de la part du mari : impuissance sexuelle (Malaisie, Philippines, Soudan, Sri Lanka) ; démence (Égypte, Philippines, Sri Lanka) ; maladie incurable (Soudan) ; lèpre et maladie vénérienne virulente (Bangladesh, Inde, Pakistan). Dans certains cas, le motif de démence ne peut être invoqué que si le problème dure depuis deux ans ou plus (Bangladesh, Inde, Malaisie, Pakistan). Certains systèmes subordonnent la dissolution au motif d'impotence à la condition que l'épouse n'ait pas été mise au courant au moment de la conclusion du mariage et qu'elle ne se soit pas comportée de manière à laisser entendre qu'elle acceptait cette défaillance après avoir pris connaissance de son caractère incurable (Malaisie, Maroc). De telles conditions offrent le moins d'options, en particulier aux jeunes femmes ayant fait un mariage arrangé, qui ont peu d'espace social pour s'exprimer et qui pourraient avoir des difficultés à prouver qu'elles n'ont pas consenti à la poursuite du mariage.
- Préjudices (darar) : Bien qu'il soit presque universellement accepté que les femmes puissent avoir accès à la dissolution pour faute au motif du darar, les systèmes varient largement sur leur interprétation du terme « préjudice » et ce qu'il comporte. Ceci peut aller de tout comportement du mari qui cause à l'épouse des préjudices matériels et moraux, rendant les relations conjugales insupportables (Maroc), au motif très restreint des préjudices subis par l'épouse à la suite de rapports sexuels (Afghanistan). Le caractère souvent vague des lois ayant trait à ce motif de divorce peut sembler porteur d'options parce qu'il pourrait couvrir les différents aspects changeants du mauvais comportement du mari, qui pourraient rendre un mariage impossible mais qui, individuellement, peuvent ne pas sembler graves. Toutefois, dans la pratique, en raison de ce manque de clarté, les tribunaux patriarcaux sont peu disposés à accorder le divorce au motif du darar (préjudice).

Dans certains systèmes, les motifs de dissolution pour faute ou judiciaire comprennent « tout autre motif acceptable » aux fins des lois musulmanes. En fonction d'autres dispositions

dans les lois, ceci peut être perçu comme comprenant le khul', l'option de la puberté, le talaq tafwid et/ou les autres motifs de l'ila', du zihar, et du li'an. De fait, le li'an n'est plus n'est plus un motif accessible pour les femmes en Iran et au Pakistan parce que les dispositions ayant trait au li'an sont en contradiction avec les lois qui criminalisent les relations sexuelles extraconjugales.

En Iran et en Malaisie, les contrats de mariage types introduisent un ta'liq ou un talaq tafwid avec conditions, auquel l'épouse peut avoir accès au cas où son mari omet de remplir les obligations énoncées dans le contrat. Les motifs inclus dans le contrat de mariage type (Iran) ou le ta'liq (signé en tant que document distinct u moment de la célébration du mariage, Malaisie), sont similaires aux motifs invoqués dans la dissolution pour faute. De plus, les droits de la femme restent similaires en termes de règlements financiers. Il peut toutefois y avoir de légères différences de procédure, de sorte que chaque femme doit décider de ce qui l'avantage le plus en fonction de sa propre situation.

Il y a généralement trois motifs stipulés dans le certificat de ta'liq : l'abandon, le défaut d'entretien et l'incapacité à assurer les droits au consortium (de nature sexuelle). Le certificat de ta'liq est enregistré dans le registre officiel et des copies sont remises aux deux parties ou uniquement au mari. Le mari est tenu de signer le ta'liq immédiatement après la cérémonie de mariage. Certains certificats de ta'liq peuvent contenir une formule au titre de laquelle au cas où un motif ou plus de ta'liq est prouvé dans une plainte devant le tribunal, l'épouse peut verser au mari une somme symbolique de 1 à 3 RM et ceci transforme le divorce en divorce irrévocable (ou en khul' selon la terminologie utilisée en Malaisie). Un ta'liq verbal est accepté s'il peut être prouvé par des témoins. Le ta'liq est une pratique antérieure à la codification des lois musulmanes en Malaisie ; la pratique reste populaire, en dépit des dispositions de la loi actuelle sur le faskh ou le khul'.

Dans certains systèmes, les dispositions relatives au divorce judiciaire comprennent des motifs ayant trait aux conditions requises du mariage, par exemple, l'option de la puberté ou le consentement forcé (voir p. 129 et p. 95).

Procédures

Dans certains systèmes, les procédures qu'il convient de suivre pour établir certains motifs peuvent effectivement allonger le délai requis pour que le motif devienne accessible. Par exemple, aux fins de la Loi relative à la dissolution des mariages musulmans de 1939, une ordonnance de dissolution au motif d'abandon n'est effective que 6 mois après sa délivrance ; si l'époux réapparaît durant cette période, la demande de l'épouse est rejetée (Bangladesh, Inde, Pakistan). De même, une ordonnance au motif d'impuissance

sexuelle donne au mari une année supplémentaire pour prouver qu'il n'est plus impuissant avant que l'ordonnance ne devienne définitive. Dans certains systèmes, le fask au motif d'une peine de prison n'est disponible qu'après que une année de détention de son époux (Malaisie, Maroc). Dans tous les systèmes, la dissolution pour faute est généralement un long processus qui dure des années. Dans des systèmes aussi divers que ceux de l'Égypte, de la Malaisie et du Soudan, il est courant que l'épouse ait à attendre 5 ans après avoir initié la procédure pour que la dissolution devienne définitive. Dans le même temps, le mari s'est souvent remarié et a commencé une nouvelle vie comme les dispositions relatives à la polygamie le lui permettent. Certains systèmes tentent de corriger cette injustice en stipulant un délai – généralement six mois – pour la dissolution pour faute ou pour les affaires familiales (Maroc, Pakistan), bien que dans la pratique, ce délai puisse se prolonger sans fin au titre d'une interprétation flexible des dispositions ayant trait à des 'circonstances exceptionnelles'.

Tous les systèmes qui permettent la dissolution pour faute (codifiée ou non) prévoient l'opportunité de faire une conciliation. La réticence des organes judiciaires, tant formels qu'informels, à ajouter foi aux demandes formulées par les femmes pour mettre un terme à un mariage malheureux mène souvent à des longues procédures de conciliation/arbitrage. Ces procédures sont souvent retardées davantage par la réticence du mari à assister aux séances et à coopérer au processus par d'autres voies.

Les différences subtiles entre les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent avoir un effet immédiat sur la réussite de la demande de dissolution de la femme. Au Sri Lanka, le Cadi nomme deux « assesseurs » musulmans (généralement des notables locaux) dont le rôle est d'aider le juge à évaluer la véracité des plaintes de l'épouse (et pas simplement de tenter une conciliation). L'implication de tels « notables » locaux peut se faire au détriment des demandes formulées par les femmes.

S'il a lieu en dehors du tribunal, le processus de conciliation peut soit causer de la confusion (parce les détails ne sont pas correctement enregistrés), soit soumettre l'épouse à des pressions sociales locales soit accroître le traumatisme impliqué dans un divorce. Par ailleurs, les processus extrajudiciaires peuvent être moins intimidants et plus rapides que les procédures judiciaires. À notre sens, on peut supposer que lorsqu'une femme cherche à divorcer pour faute, c'est parce que son mariage ne peut plus être sauvé. Nous estimons donc que les procédures de conciliation ne font que prolonger le processus légal et accroître les problèmes sociaux auxquels les femmes qui divorcent sont confrontées.

La plupart des systèmes considèrent comme irrévocable une dissolution pour faute. Toutefois, certains systèmes ne sont pas très précis sur le point de savoir si seul le mari n'est pas

autorisé à révoquer le divorce ou si la femme également n'est pas autorisée à le faire (même si elle a initié la procédure). Au Maroc, une dissolution initiée par l'épouse au motif d'abandon et de défaut d'entretien peut être révoquée par le mari, ce qui de fait permet au mari de se jouer d'une épouse qu'il a abandonnée. Les restrictions courantes imposées au droit de la femme de révoquer une dissolution contrastent de manière injuste avec les dispositions qui protègent le droit pour l'homme de révoquer un talaq. Toutefois, au Bangladesh et au Pakistan, l'épouse peut révoquer un divorce dans les 90 jours qui suivent la remise de l'ordonnance du tribunal par les autorités locales et qui précèdent la finalisation de divorce.

Le ta'liq du Kelantan

Formulaire imprimé de ta'liq de l'État malaisien de Kelantan (chaque État a une version légèrement différente) :

« Je, soussigné (Nom et prénom de l'époux), fais par la présente la déclaration de ta'liq selon laquelle à chaque fois que je quitte mon épouse (nom et prénom de l'épouse) pour une période de quatre mois ou plus, intentionnellement ou par contrainte, ou que mon représentant ou moi-même omettons de lui verser son entretien obligatoire pendant cette période alors qu'elle m'est fidèle, ou que je lui cause des dommages corporels, ou que je la néglige pendant une période de quatre mois ou plus et qu'elle se plaint par la suite auprès du Kadi Hakim Syarak (juge Syariah), qui constate le bien-fondé de sa plainte, et qu'elle remet au Cadi en mon nom une montant d'un riggit malaisien, elle obtient immédiatement le divorce par talaq khuli (khul') ».

Parfois, la formule de khul' peut être annulée au moment où la promesse de ta'liq est prononcée (au moment où le mariage est contracté). Toutefois, la future épouse n'est pas nécessairement consultée sur ce point.

LOIS :

Autres formes de dissolution pour les femmes

Critères

Les lois qui figurent dans cette section n'ont pas été présentées selon qu'elles offrent plus ou moins d'options aux femmes, parce que chacune des lois a tel un spectre de dispositions que les lois ne sont pas strictement comparables. Par exemple, la loi d'un pays peut ne pas prévoir qu'une femme ait à attendre plus de 6 mois avant de pouvoir faire une demande de dissolution au motif d'abandon, la législation de ce même pays peut avoir une construction très étroite de la cruauté. La question impossible serait alors de savoir comment « classer » la loi de ce pays. Les pays et leurs dispositions ont plutôt été classés par ordre alphabétique.

Algérie : Au titre de l'article 53 amendé du Code de la famille, la femme peut demander le divorce sur la base des motifs suivants :

- Défaut de paiement de la pension alimentaire établie par jugement, à moins que l'épouse ait connu l'indigence de son époux au moment de contracter le mariage ;
- Infirmité qui empêche la réalisation des buts visés par le mariage ;
- Refus du mari de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois ;
- 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 ;
- absence de plus d'un an du mari, sans excuse valable ou sans pension d'entretien ;
- Violation des dispositions contenues dans l'article 8 réglementant la polygamie ;
- Toute faute immorale gravement répréhensible établie ;
- Discorde persistante entre les conjoints ;
- Violation des conditions stipulées dans le contrat de mariage ;
- Tout préjudice légalement reconnu comme tel ;

Bangladesh, Inde et Pakistan : Aux fins de la DMMA (Dissolution of Muslim Marriages Act) les motifs de divorce sont les suivants:

- Abandon par le mari pendant plus de quatre ans ;
- Incapacité du mari à s'acquitter de la pension d'entretien pendant deux années consécutives ;
- Le mari prend une autre femme sans autorisation du Conseil d'arbitrage (uniquement au Bangladesh & au Pakistan) ;
- Condamnation du mari à une peine de prison de sept ans ou plus ;
- Incapacité du mari à s'acquitter de ses obligations conjugales pendant une période de trois ans, sans raison valable ;
- Impuissance du mari au moment du mariage (et persistance de cet état) ;
- Démence du mari pendant une période de deux ans, ou le mari souffre de la lèpre ou d'une maladie vénérienne virulente ;
- L'époux traite sa femme avec cruauté, notamment en le soumettant à des agressions quotidiennes (même sans mauvais traitements physiques) il s'associe avec des hommes/femmes de mauvaise réputation ou contraint l'épouse à mener une vie dissolue ; il dispose des biens de l'épouse ou l'empêche d'exercer ses droits légaux sur ces biens ; il l'entrave dans l'observation de sa pratique ou de ses obligations religieuses ; et/ou s'il a plusieurs épouses, il ne les traite pas de manière équitable, en conformité avec les prescriptions du Coran ;
- Tout autre motif reconnu comme valide aux fins des lois musulmanes.

Égypte : Les motifs de divorce sont les suivants :

- Vice profondément ancré du mari (qui ne peut être guéri ou qui ne peut l'être qu'à long terme, et qui peut porter préjudice à l'épouse démence, lèpre, par exemple (défaillance survenue antérieurement mais dont elle n'était pas informée, ou après le mariage et elle ne l'a pas acceptée, mais le divorce ne sera pas accordé si elle l'avait accepté de manière explicite ou implicite)).
- Défaut d'entretien.
- Préjudices causés par la discorde entre les conjoints.
- Absence du mari pendant une année ou plus, sans causes raisonnables, peut conduire à un divorce irrévocable si l'épouse subit des préjudices en raison de cette absence, même si elle a les moyens financiers de subvenir à ses propres besoins ;
- Si le mari est condamné à une peine de prison d'au moins trois ans, le juge peut prononcer un divorce irrévocable d'avec sa femme après une détention d'une année, même si elle a les moyens financiers de subvenir à ses propres besoins.

Gambie (mariages sous lois musulmanes) : Il n'y a pas de causes de divorce spécifiques énoncées dans le MMDO (Mohammedan Marriage and Divorce Ordinance), qui spécifie simplement qu'il convient de se conformer à la 'Shari'a'. Au moment où le mariage est contracté, le mari peut faire la promesse verbale d'entretenir son épouse et de remplir ses responsabilités conjugales. L'incapacité du mari à remplir ces promesses est rarement, si non jamais, appliquée comme motif de dissolution par les enceintes qui sont saisies par une femme pour une demande de dissolution.

Iran : L'épouse peut initier un divorce pour deux raisons fondamentales :

- Aux fins de l'article 1130 du Code civil (amendé le 12 novembre 1991), au motif de préjudice, là où la continuation du mariage causerait des difficultés et des souffrances à l'épouse. Si le préjudice est établi, le tribunal peut contraindre le mari à divorcer de sa femme. Au cas où ceci ne serait pas réalisable (par exemple en cas d'abandon), le tribunal peut prononcer le divorce. La toxicomanie n'est acceptée comme préjudice que s'il est établi qu'elle a ruiné le mari financièrement et l'a rendu incapable d'entretenir la famille.
- Rupture de contrat de mariage : Depuis 1987, le contrat de mariage type établit le droit au divorce (de fait un talaq tafwid avec conditions) pour 9 raisons, à savoir les mauvais traitements ; l'abandon (6 mois) ; l'incapacité à s'acquitter de l'entretien (6 mois sans raison) ; une maladie qui affecte la vie conjugale ; la démence ; l'épouse et le tribunal constatent que l'emploi du mari répréhensible et son refus consécutif d'y renoncer ; l'absence d'enfants, due à une faute du // imputable au // mari après 5 années de mariage ; l'inégalité de traitement dans un mariage polygame ; la polygamie sans autorisation de l'épouse. Si l'épouse peut prouver que ces conditions ont été violées et qu'elles n'avaient pas été supprimées formulaire du contrat de mariage au moment de la célébration du mariage, le tribunal délivre une autorisation permettant à l'épouse de divorcer au nom de son mari. La femme conserve son droit au mahr, à la pension d'entretien et au mata'a. Une rupture de contrat de mariage peut être un motif plus large que le préjudice parce qu'il peut comprendre la violation de clauses négociées additionnelles.
- Li'an (accusation d'adultère) est reconnu au titre de l'article 1052 du Code civil et crée une interdiction permanente de mariage entre les parties. La loi est interprétée comme signifiant que l'épouse n'a pas le droit similaire d'accuser le mari sans preuve. Si elle émet une telle accusation sans être en mesure de la prouver, elle sera passible de sanction pour qazf.

Malaisie : Au titre de la section 52 de l'Islamic Family Law Act, le faskh est disponible là où :

- On ne sait pas où se trouve le mari ou l'épouse depuis plus d'un an ;
- Le mari a négligé ou omis d'assurer l'entretien de l'épouse pendant une période de trois mois ;
- L'époux ou l'épouse a été condamné à une peine de prison de trois ans ou plus (non disponible tant que la sentence n'est pas définitive et que le mari n'a pas déjà été détenu pendant un an) ;
- L'époux ou l'épouse ne s'est pas acquitté, sans cause raisonnable, de ses obligations conjugales (*nufkah batin*) pendant une période d'un an ;
- Le mari était impuissant au moment du mariage et l'est toujours et l'épouse n'était pas au courant d'une telle situation au moment du mariage (le mari a 12 mois supplémentaires pour prouver qu'il n'est plus impuissant) ;

- L'époux ou l'épouse souffre de démence depuis deux ans, ou est malade de la lèpre ou du vitiligo, ou souffre d'une maladie vénérienne contagieuse ;
- L'époux ou l'épouse traite l'autre conjoint avec cruauté, notamment en le soumettant à des agressions quotidiennes ; il/elle fait mener au conjoint une vie misérable en raison de son comportement cruel ; il/elle s'associe avec des hommes/femmes de mauvaise réputation ou mène une vie dissolue, selon la Hukum Syara' (droit islamique) ; il/elle tente de forcer l'autre conjoint à mener une vie immorale ; il/elle dispose des biens de l'autre conjoint ou l'empêche d'exercer ses droits légaux sur ces biens ; il/elle l'entrave dans l'observation de sa pratique ou de ses obligations religieuses ; l'époux a plus d'une épouse qu'il ne traite pas de manière équitable, conformément aux prescriptions de la Hukum Syara' ;
- Même après un délai de 4 mois, le mariage n'a toujours pas été consommé en raison du refus intentionnel du mari/de la femme de le consommer ;
- L'épouse n'avait pas consenti au mariage ou son consentement n'était valide, parce qu'il avait été donné soit sous la contrainte, soit par erreur, soit en raison d'un état de déséquilibre mental ou toute autre circonstance reconnue par la Hukum Syara' ;
- Au moment de la célébration du mariage, bien qu'en mesure de donner un consentement valide, l'épouse se trouvait, de manière continue ou intermittente, dans un état de déséquilibre mental tel que prévu dans l'Ordonnance relative aux maladies mentales de 1952 ; et sa maladie mentale était telle ou d'une telle gravité qu'elle la rendait inapte à se marier ;
- Toute autre cause reconnue comme valide pour la dissolution des mariages ou faskh, conformément à la Hukum Syara'. Aux fins de la section 126, l'époux qui refuse intentionnellement de cohabiter avec l'épouse à la suite d'une ordonnance du tribunal est passible d'une amende de 500 RM et/ou d'une peine de prison allant jusqu'à 6 mois.

Maroc : Au titre des articles 98 à 112 de la nouvelle Moudawana, l'épouse peut demander le divorce pour les causes suivantes :

- Manquement de l'époux à toute condition stipulée dans le contrat de mariage ;
- Tout comportement infamant émanant de l'époux portant un dommage matériel ou moral à l'épouse, la mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux ;
- Défaut d'entretien : si l'époux dispose de moyens pour payer, le tribunal ne donnera suite à la demande de l'épouse que s'il refuse de s'acquitter de la pension d'entretien ; en cas d'indigence dûment établie de l'époux, le tribunal lui accorde un délai ne dépassant pas trente jours pour assurer l'entretien de son épouse. Un faskh pour un tel motif est révocable par le mari ;
- Absence du mari durant une période excédant une année (s'il est possible de contacter le mari, le juge peut lui accorder un délai supplémentaire pour répondre, en l'avisant soit de rejoindre son épouse, soit de la faire venir auprès de lui).
- Vice rédhibitoire : tout vice qui empêche les rapports conjugaux ; les maladies qui mettent en danger la vie ou la santé de l'autre époux et dont on ne peut espérer la guérison dans le délai d'une année, si le conjoint qui demande le divorce n'avait pas pris connaissance du vice dont est atteint l'autre conjoint au moment de la conclusion de l'acte de mariage et si le demandeur n'avait pas manifesté de manière implicite son acceptation du vice rédhibitoire ;
- Continence ou délaissement : l'ila' – serment de continence – permet à l'épouse de faire une demande de dissolution. Un délai de quatre mois est fixé. Passé ce délai, si l'époux ne revient pas sur son serment, le juge prononce un divorce révocable.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : L'épouse peut initier la dissolution pour les raisons suivantes :

- L'époux n'entretient pas sa femme (par exemple, hébergement, alimentation, dépenses médicales et vêtements). Dans l'affaire Yahaya c Adamu Salisu, l'épouse avait présenté deux témoins pour prouver que le mari ne lui assurait ni alimentation, ni soins médicaux adéquats. La Cour d'appel Shari'a de Kano avait prononcé le divorce.
- Il y a un vice manifeste chez le mari (incapacité soit mentale, soit physique). Si l'épouse était informée du vice au moment de la conclusion du mariage mais était restée silencieuse, ceci ne peut être un motif de divorce recevable. Si la plainte a trait à l'impuissance ou à la démence, l'affaire peut être ajournée pour une période d'un an.
- Incapacité à assurer la satisfaction sexuelle. Dans l'affaire Modu Fugurambe c Amina Alirambe, l'épouse s'était plainte devant le Lamisula Area Court II Maiduguri du fait que son époux « ne lui arrivait pas à la hauteur, sur le plan sexuel ». Elle avait juré sur le Saint Coran de la véracité de sa plainte et le mariage avait été dissous.

- Le mari blesse son épouse en la molestant ;
- Le mari s'absente pendant une longue période (délaissement). Par exemple, Aisha Umar avait porté plainte devant l'Area Court 1 de Sokoto de l'absence de son mari durant 2 ans 3 mois. Elle avait présenté des témoins et le divorce lui avait été accordé.
- Le mari entrave l'épouse dans l'accomplissement de ses obligations religieuses (c'est à dire refuse de l'autoriser à aller en pèlerinage) ;
- Le li'an, le zihar et l'ila' sont reconnus mais rarement utilisés ;
- Blessures ou discorde entre le mari et la femme. Par exemple, Luba Mamman s'était plainte devant l'Area Court de Sokoto des injures proférées par son époux à l'encontre de son père et des accusations d'adultère à son encontre. Le mari, Tukur Ibrahim, s'était opposé au divorce. La Cour d'appel Shari'a avait statué que l'épouse pouvait divorcer. Dans l'affaire Hadiza c Lawal Aminu, l'épouse avait demandé le divorce au motif de cruauté et de destruction de biens et l'Area Court de Zaria lui avait accordé le divorce.

Philippines : Aux fins de l'article 52 du Code des lois musulmanes sur le statut personnel - CMPL – le tribunal peut, à la demande de l'épouse, ordonner un divorce par faskh pour l'un quelconque des motifs suivants :

- Délaissement ou défaut d'entretien de la famille par le mari pendant une période d'au moins six mois consécutifs ;
- Condamnation du mari par jugement final, avec une sentence d'au moins un an de détention;
- Incapacité du mari à remplir son obligation conjugale pendant au moins 6 mois (sans cause raisonnable), en conformité avec ce Code ;
- Impuissance du mari ;
- Démence du mari ou maladie incurable qui pourrait rendre le maintien des relations conjugales préjudiciables ;
- Cruauté inhabituelle du mari telle que défini dans le texte de l'article qui suit ; ou
- Toute cause reconnue recevable, au titre du droit musulman, pour la dissolution du mariage par faskh, soit à la demande de l'épouse, soit du wali adéquat (y compris le li'an sans témoins). L'article 53 prévoit le faskh pour cruauté inhabituelle si le mari :
 - A l'habitude d'agresser l'épouse et lui fait mener une vie misérable en raison de son comportement cruel, même si ceci ne se traduit pas par des dommages physiques ; s'associe avec des personnes de mauvaises mœurs et mène une vie infamante, ou tente de contraindre son épouse à mener une vie dissolue ; l'oblige à se débarrasser de biens qui lui sont propres ou l'empêche d'exercer ses droits légaux sur ces biens ; entrave son épouse dans l'observation de ses pratiques religieuses ; et/ou ne la traite pas de manière juste et équitable tel que prescrit par le droit islamique.

Sri Lanka : Aux fins de la section 28(1) de la MMDA - Muslim Marriage and Divorce Act – l'épouse est autorisée à faire une demande de divorce sur la base de tout acte ou omission qui équivaut à une faute ou à un mauvais traitement de la part du mari, comme reconnu au titre des lois musulmanes. Du fait que c'est la loi de la secte du mari qui prévaut (sans autre clarification), il peut y avoir une certaine confusion sur les motifs précis pouvant être invoqués par les femmes. Les motifs n'ont pas été codifiés et sont établis à travers la jurisprudence. Ce sont les suivants :

- Défaut d'entretien ;
- Abandon ;
- Cruauté physique ou mentale, y compris les accusations d'adultère ;
- Lèpre, démence, impuissance ;
- Li'an – accusation d'adultère (Mohamed c Elsie Fathumal 1939 2 MMDR 98).

Les procédures sont spécifiées dans la Third Schedule (3^{ème} Annexe) à la MMDA et n'établissent aucune différence entre faskh, khul', tafwid, etc. La dissolution initiée par l'épouse suppose une enquête menée par le Cadi, avec l'assistance de deux assesseurs musulmans – deux hommes – qu'il nomme. Sauf si le mari admet les allégations, l'épouse doit avoir deux témoins indépendants (pas nécessairement musulmans) pour prouver les faits. En cas d'absence du mari, le Cadi peut soit faire aviser le parent le plus proche du mari ou être dispensé de la nécessité d'aviser.

Soudan : Selon le MPLA - Muslim Personal Laws Act – il y a des motifs spécifiques pour le divorce judiciaire :

- Maladies incurables et/ou vices (sections 151-161) ;
- Impuissance : section 153-161 ;
- Cruauté, mauvais traitement et désunion, (sections. 162-169) ;
- Défaut d'entretien financier et difficultés économiques (section 174-184) ;

Absence ou peines de prison, (sections 185-191). Une dissolution ordonnée par un tribunal est un talaq bain baynuna sughra (irrévocable, mais le couple peut se remarier sur la base d'un nouveau contrat).

MISE EN OEUVRE

Tendances négatives dans la mise en œuvre

Iran : Dans la pratique, c'est uniquement si le mari martyrise sa femme gravement et de manière répétée et qu'il y a des preuves médicales à cet effet qu'une demande de divorce est acceptée pour mauvais traitement. Le processus peut prendre plusieurs années et les juges ont une large liberté d'appréciation.

Pakistan : Les exigences en matière de preuves sont strictes et une affaire peut prendre plusieurs années. Le divorce au titre de la DMMA (Dissolution of Muslim Marriages Act) de 1939 est donc la forme de divorce à laquelle les femmes ont le moins recours. Les juristes ont également tendance à décourager les femmes à faire une demande de divorce au titre de la DMMA. Si elles choisissent de suivre ce conseil, elles perdent leurs droits à des règlements financiers.

Sri Lanka : Bien que les femmes aient largement recours à la dissolution pour faute, même là où la femme est en mesure d'établir très clairement la faute de la part de son mari, les Cadis peuvent être peu disposés à lui accorder un divorce par faskh si le mari y est opposé, et ceci peut inutilement retarder la procédure, causant des désagréments et des souffrances mentales pour la femme.

Tendances positives dans la mise en œuvre

Sri Lanka : La décision de la Cour suprême qui a fait date dans l'affaire King c Miskin Umma 192526 NLR 330 a mené à une restriction du droit traditionnel des femmes d'obtenir le divorce à travers l'intervention de l'imam d'une mosquée. Cette décision reflétait le conservatisme eu égard au divorce qui prévalait dans le droit colonial de l'époque. La communauté musulmane avait résisté aux efforts visant à faire relever le divorce de la compétence des tribunaux (coloniaux) ordinaires. Cette réticence avait mené à la Muslim Marriage and Divorce Ordinance de 1929, qui établissait les tribunaux spéciaux de Cadis chargés d'accorder le « fasah », qui a été affinée par la MMDA de 1951. L'épouse peut rejeter les assesseurs choisis par le Cadi dans un divorce fasah. Si l'épouse fait une demande de faskh et que le mari omet par deux fois de comparaître, le Cadi mène des auditions ex-parte et accorde le divorce, sans attendre la période de trois mois requise pour la comparution du mari.

PRATIQUES

Gambie : Les communautés appliquent rarement, si non jamais, les divers motifs de dissolution que les femmes peuvent invoquer aux fins des lois musulmanes. Et ceci, en dépit de la pratique selon laquelle le mari fait la promesse verbale, au moment de la cérémonie de mariage, de remplir ses responsabilités.

Malaisie : Depuis l'introduction des motifs de divorce pour faute à travers les réformes des années 80 et l'évolution des attitudes sociales, il devient de plus en plus acceptable pour les femmes d'initier le divorce.

Pakistan : Le fasah (motif de divorce pour infidélité du mari) n'est presque jamais invoqué parce qu'on ne s'attend pas à ce que les femmes parlent publiquement d'un tel comportement de leur mari. Les femmes de l'élite qui sont mariées à leurs cousins peuvent échanger sur les problèmes avec leurs aînés qui peuvent prendre des mesures short of divorce. Chez les Hazarajat, des mesures peuvent être prises contre le mari s'il est pris sur le fait par une personne autre que l'épouse. Il n'y a guère de recours au en raison des pratiques coutumières qui approuvent les réactions violentes à l'adultère (même supposé) des femmes (voir Volume II : Violence à l'égard des femmes). Toutefois, dans certaines zones Mianwali, Attock, Makran, et aussi Thar) si l'épouse n'est pas prise sur le fait, le li'an peut mener au divorce/à la séparation. Dans le Charsadda, de la valeur est accordée au serment de la femme sur le Coran ; dans le Swabi, sur un soupçon non fondé d'adultère, le mari peut prendre une seconde épouse. L'ila' est généralement résolu à travers une médiation familiale. Les hommes ont parfois recours au zihar sur un coup de colère et les communautés varient sur le point de savoir ce qui considéré comme un mariage valide ou non valide. En règle générale, le zihar est socialement condamné et n'est pas accepté comme forme de divorce. Les hommes peuvent parfois prononcer la formule de zihar dans le cadre d'un serment de vengeance (« Tu es ma sœur tant que je n'aurai pas vengé la mort de mon père »).

Une action désespérée mais ingénieuse

Bien que dans de nombreuses communautés du Pakistan, les femmes n'aient pas conscience de leurs droits légaux à la dissolution (et qu'elles n'aient pas conscience, non plus, des procédures associées requises), les communautés peuvent avoir certaines connaissances de base des motifs de divorce qui peuvent être invoqués au titre des lois musulmanes.

Une jeune femme d'une communauté rurale conservatrice de la Province frontalière Nord-Ouest du Pakistan vivait heureuse au sein de son ménage jusqu'au jour où son mari lui annonça qu'il allait épouser une autre femme.

La nouvelle épouse étant venue vivre avec le couple, la jeune femme décida de réagir - de la seule manière qu'elle connaissait. À l'époque, elle nourrissait son enfant au sein. On lui demanda de préparer le thé du matin pour les nouveaux mariés. Elle prépara le thé mais y ajouta son propre lait avant de le servir à son mari et à sa nouvelle épouse.

Dès qu'ils eurent bu le thé, elle annonça qu'ils étaient à présent haram l'un pour l'autre, car ils avaient partagé le lait de la même femme, et que son mari était haram envers elle, car elle était à présent sa « mère ». La communauté confirma cette action comme motif valide de divorce.



DISSOLUTION DU MARIAGE: ÉGALITÉ ENTRE L'HOMME ET LA FEMME QUANT AUX MOTIFS

Introduction

Les dispositions, ayant trait au divorce, qui établissent l'égalité entre l'homme et la femme quant aux motifs ne se trouvent généralement que dans des systèmes qui ne sont pas fondés sur les lois musulmanes. Les lois en Indonésie et en Tunisie sont des exceptions à cette règle ; dans les deux pays, des tentatives ont été faites en vue de corriger les aspects discriminatoires du talaq unilatéral.

Alors qu'il s'inspire des lois musulmanes, du Code Napoléon et des lois wolof et autres lois coutumières, le Code de la famille du Sénégal établit presque l'égalité hommes/femmes quant aux motifs de divorce, de sorte que ses dispositions seront discutées dans cette section. De même, le motif ayant trait aux « disputes et querelles constantes » (niza' wa shiqaq) peut être invoqué par les hommes et par les femmes dans les lois découlant du Code ottoman (applicable à la communauté palestinienne en Israël et dans certains pays arabophones, ainsi qu'en Malaisie), et ce motif également est brièvement discuté dans cette section. Le cas de l'Algérie est inhabituel, car des amendements ont ajouté 'la discorde persistante entre conjoints' comme motif pouvant être invoqué par l'épouse, tout en conservant comme disposition distincte le « désaccord croissant entre les conjoints sans qu'une faute n'ait été établie » qui est imprécis sur le plan des procédures de.

Égalité quant aux motifs ne veut pas dire égalité des droits dans le divorce

Le principe de l'égalité quant aux motifs peut être une promesse trompeuse. Dans certains systèmes, les conditions à remplir pour prouver l'adultère sont discriminatoires et à ce titre, il est presque impossible, pour l'épouse, d'invoquer un tel motif pour divorcer de son mari, alors qu'en comparaison, il est aisé pour le mari de le faire (Cameroun). En outre, dans la pratique, l'égalité hommes/femmes quant aux motifs ne résout pas le problème des attitudes sociales, qui continuent à la fois d'entraver l'accès des femmes au divorce et de faciliter un tel accès pour les hommes.

Le divorce par consentement mutuel dans des systèmes qui ne font pas de différence entre les hommes et les femmes en ce qui concerne les motifs de divorce est discuté dans

Mubarat et divorce par consentement mutuel, p. 255. Toutefois, ce ne sont pas tous les systèmes qui ne font pas de différences entre les hommes et les femmes eu égard aux motifs de divorce qui reconnaissent la possibilité du divorce par consentement mutuel.

Certains systèmes partent plutôt du principe que le divorce est toujours litigieux. Cette hypothèse oblige les conjoints à s'humilier l'un l'autre au tribunal afin d'établir la « faute ». Dans la jurisprudence fidjienne préalablement à la Loi relative au droit de la famille (Family Law Act) de 2003, les tribunaux ont rejeté les demandes de divorce litigieuses, même lorsqu'elles étaient fondées sur des motifs aussi sensibles que le refus d'un des conjoints de consommer le mariage.

Une des réussites majeures de la nouvelle législation est de mettre un terme à cette procédure de divorce désastreuse en remplaçant tous les motifs antérieurs par le concept unique de « rupture irréversible ». Toutefois, dans de nombreux systèmes, le divorce continue d'impliquer des procédures longues et complexes. Certains systèmes exigent en premier lieu la séparation judiciaire puis imposent une longue période d'attente avant que l'ordonnance ne devienne définitive jusqu'à trois ans en Turquie). De longues procédures ne peuvent opérer en faveur des femmes. Quel que soit le conjoint qui a initié le divorce, les attitudes sociales font qu'il est plus facile pour les hommes de commencer à reconstruire leur vie (en particulier en trouvant une nouvelle partenaire) tandis que la procédure se poursuit. De plus, les femmes disposent généralement de moins de ressources financières pour leur permettre de survivre jusqu'à la conclusion d'un règlement financier.

Motifs de divorce

Les motifs de divorce dans des systèmes qui ne font pas de différence entre les hommes et les femmes dans ce domaine sont généralement similaires entre les pays et les communautés. Ceux-ci tendent à ressembler aux motifs pouvant être invoqués au titre des lois musulmanes et sont généralement fondés sur le manquement aux responsabilités conjugales. En règle générale, ces motifs comprennent un ensemble de disposition ayant trait à la cohabitation et à l'accès sexuel (abandon, emprisonnement d'un conjoint, refus

intentionnel de cohabiter, impuissance, démence, etc.) ; un ensemble ayant trait au traitement mutuel (cruauté du conjoint, style de vie immoral) ; et un ensemble ayant trait au soutien financier mutuel (défaut d'entretien, manquement intentionnel à l'obligation de contribuer aux dépenses du ménage).

La plupart des lois dans ces systèmes prévoient également un autre motif plus général, tel que la rupture conjugale ou des querelles constantes. Bien que la Malaisie et dans certains systèmes du Moyen-Orient ne prévoient pas d'égalité quant aux motifs de divorce, les deux conjoints peuvent invoquer le motif de shiqaq. La disponibilité d'un tel motif peut s'avérer utile pour les femmes qui ne sont pas en mesure de prouver la faute, mais elle peut également avantager les hommes car les règlements financiers sont généralement plus faibles au titre de ce type de divorce qu'au titre du talaq. Il reste à voir quelle sera l'incidence de l'introduction récente d'une disposition de ce type au Maroc.

En dépit des similitudes, ce ne sont pas tous les systèmes qui reconnaissent les motifs mentionnés ci-dessus : ils peuvent les inclure au titre d'autres motifs ou ne pas les reconnaître du tout. En outre, certains systèmes prévoient des motifs supplémentaires. En Indonésie, par exemple, des motifs très spécifiques sont la toxicomanie, le jeu et l'alcoolisme ; toutefois, la loi ne spécifie pas le défaut d'entretien comme motif de divorce. Les lois indonésiennes énoncent également le consentement obtenu à travers des menaces illicites ou la désinformation comme motif de divorce parce qu'elles ne prévoient pas d'annulation (bien qu'un délai de 6 mois s'applique).

Il y a des différences subtiles dans les restrictions pouvant être imposées sur ces motifs, parfois au profit, et parfois au détriment des femmes. Dans les Républiques d'Asie centrale, l'homme ne peut divorcer de son épouse durant la grossesse ou lorsque l'enfant est âgé de moins d'un an. Au Cameroun, l'épouse doit surprendre son mari en train de commettre l'acte d'adultère dans le domicile conjugal ou prouver qu'il a commis l'adultère avec une femme durant une certaine période de temps afin d'être en mesure d'invoquer l'adultère comme motif de divorce. Par contre, dans ces mêmes systèmes, un seul incident avéré d'adultère commis par l'épouse dans tout lieu est un motif suffisant pour que l'époux demande le divorce.

Fondées sur le droit anglais dépassé, les lois dans certains systèmes n'acceptent pas les demandes de divorce dans les premières années du mariage (Gambie – mariages au titre de la Civil Marriage Act, Nigeria - mariages au titre de la Matrimonial Causes Act). D'autres systèmes n'acceptent pas le recours au motif de la cruauté durant les trois premières années de mariage. Dans des « circonstances exceptionnelles », le motif de la cruauté peut être invoqué de manière plus précoce, mais pour ce faire, une autorisation distincte du tribunal est nécessaire. De telles restrictions dans les délais

ne sont pas prévues dans les autres systèmes (Cameroun, Indonésie, Sénégal, Tunisie).

Procédure

L'accès au divorce sur un pied d'égalité quant aux motifs ne résout pas le problème qui découle du fait que, pour diverses raisons, il est plus difficile pour nombre de femmes, que pour les hommes, d'établir le bien-fondé des motifs de divorce. Dans les systèmes fondés sur la Common law anglaise, les exigences en matière de preuves sont telles que le tribunal doit être « raisonnablement satisfait » du fait que les motifs sont prouvés. Il peut toutefois être difficile d'établir une preuve sur des questions privées et les tribunaux (en particulier les tribunaux inférieurs) sont souvent imprécis sur ce qui constitue une norme acceptable de preuve (Gambie). Par exemple, la loi n'exige pas de preuve objective de blessures, et peut accepter la torture mentale comme cruauté, mais les tribunaux peuvent toujours avoir tendance à interpréter la cruauté de manière restrictive pour y inclure les dommages physiques ; ils peuvent également exiger des certificats médicaux, etc. En Tunisie, lorsque les motifs généreux autorisés au titre de l'École malikite ont été promulgués, les obligations malikites très strictes en matière de preuve ont également été appliquées.

Les questions de procédure sont d'une extrême importance dans toutes les questions ayant trait au statut personnel, parce qu'elles établissent une différence entre les femmes en mesure d'accéder à ses droits et celles qui ne sont pas en mesure de faire. Au Sénégal, la femme choisit le tribunal qui statuera sur sa demande de divorce (celle de la zone où elle réside actuellement ou celle du domicile conjugal). Par contre, en Tunisie, seul le tribunal du lieu de résidence de l'époux est compétent. En Turquie, les lois offrent le choix le plus large, car les conjoints peuvent s'adresser au tribunal du lieu de résidence de l'un ou l'autre conjoint, ou au tribunal du dernier lieu de résidence où ils ont vécu ensemble pendant au moins 6 mois. Au Cameroun, les conjoints doivent convenir d'être jugés par (a) le Tribunal de première instance le plus aisément accessible, qui fonde ses jugements essentiellement sur les lois coutumières ou musulmanes, ou (b) la Haute cour, qui suit l'Ordonnance sur le statut civil.

Les systèmes diffèrent sur le point de savoir si toutes les questions liées au divorce (garde des enfants, règlements sur les biens, etc.) devraient être tranchées en même temps que la demande de divorce ou si elles devraient être réglées séparément. La plupart des systèmes sont en faveur du règlement de toutes les questions connexes et peuvent empêcher la délivrance du décret de divorce finance tant que toutes les questions ne sont pas réglées ; ceci peut considérablement ralentir le processus peut signifier que les délais pour la résolution des affaires de divorce (Maroc) sont systématiquement annulés.

Les efforts de conciliation sont généralement obligatoires (Indonésie, Cameroun uniquement pour les procédures devant la Haute cour, Maroc pour le divorce pour divergences irréconciliables, Tunisie, Turquie) et entraînent souvent les mêmes problèmes que les procédures de conciliation dans d'autres formes de divorce (voir p. 288 - 289). Certains systèmes permettent au juge de délivrer des ordonnances provisoires concernant des questions telles que la garde des enfants et l'entretien durant la période de conciliation. De telles ordonnances peuvent alléger le fardeau des longues procédures de conciliation. Les lois en Indonésie et en Tunisie rendent tous les divorces irrévocables ; et ce faisant, bloquent la possibilité d'abus conjugal (voir p. 263).

Égalité quant aux motifs de divorce, pas autant d'égalité que cela

Un certain nombre de systèmes du Moyen-Orient qui tirent du Code ottoman leurs lois relatives à la famille (Irak, Jordanie, communauté palestinienne en Israël, Syrie) mettent le motif du *niza' wa shiqaq* (discorde et conflits constants) à la disposition des deux conjoints. De plus, le *talaq* est à la disposition du mari alors que le *khul'* et d'autres motifs de dissolution sont à la disposition de l'épouse.

Les procédures énoncées dans ces systèmes sont généralement similaires. En premier lieu, le juge établit qu'il y a discorde puis nomme des arbitres pour tenter la conciliation. Au sein de la communauté palestinienne d'Israël, les arbitres sont également tenus d'évaluer la part de responsabilité de chacune des parties. La compensation financière due à l'un ou l'autre conjoint sera fondée sur cette évaluation. Si la part de responsabilité de l'épouse dans la discorde est évaluée à 30%, celle-ci n'obtiendra que 70% de tout règlement financier découlant du divorce. La décision de l'arbitrage est finale et un appel n'est possible que pour raisons de forme.

Pour les femmes, le motif 'discorde et conflits' a l'avantage de ne pas exiger de preuves très spécifiques (comme dans la dissolution pour faute, voir p. 287).

Toutefois l'évaluation menée par les arbitres peut être un processus très long - et arbitraire - en fonction de l'attitude des arbitres. Au vu des stéréotypes patriarcaux sur les rôles et les responsabilités des femmes au sein de la famille, les arbitres ont tendance à percevoir la discorde dans l'optique du mari et à accorder une compensation en conséquence.

Au sein de la communauté palestinienne d'Israël, les hommes ont fréquemment recours à la disposition relative à la 'discorde et aux conflits' afin d'éviter d'avoir à encourir des sanctions pénales pour avoir prononcé un *talaq* (aux fins de la législation israélienne, un divorce contre la volonté de la femme est punissable d'une peine de 3 mois d'emprisonnement) et de réduire le montant du règlement financier dont ils auront à s'acquitter.

LOIS :

Dissolution sur un pied d'égalité quant aux motifs pour les hommes et les femmes

Critères

Les lois n'ont pas été classées selon qu'elles offrent plus ou moins d'options aux femmes, car leurs multiples dispositions ne sont pas strictement comparables. Toutefois, les lois qui n'établissent aucune restriction en matière de délai sur les motifs de divorce et qui prévoient des motifs généraux tels que 'la rupture conjugale' offrent certainement davantage d'options.

Algérie : L'article 56 non amendé du Code de la famille spécifie que si les désaccords s'aggravent entre les deux époux et si le tort n'est pas établi, deux arbitres (un pour chaque partie) seront désignés par le juge pour les réconcilier. Les arbitres présenteront un rapport au juge dans un délai de 2 mois. Il n'y a pas d'indications claires sur la nature du processus qui en découlera : talaq, khul' et divorce pour faute demandé par l'épouse (notamment la 'discorde persistante' récemment ajoutée, au titre de l'article 53).

Bangladesh (mariages aux fins de la SMA) : Aux fins de la section 10 de la Loi relative au divorce de 1869 (communément appelée Christian Divorce Act), le mari peut faire une demande de divorce pour adultère de la part de l'épouse. La section 11 exige qu'il désigne nommément le présumé complice de l'épouse adultère, qui devient codéfendeur dans l'action en divorce. Aux fins de la section 10, l'épouse ne peut demander le divorce au seul motif d'adultère ; elle doit également prouver un des motifs suivants : bigamie et adultère avec une autre femme ; cruauté ; délaissement sans cause raisonnable pendant plus de 2 ans ; viol, sodomie ou bestialité de la part de l'époux ; le mari a abandonné la religion chrétienne pour en adopter une autre et a épousé une autre femme. La jurisprudence depuis le 19^{ème} siècle a construit la cruauté de manière très étroite et exclut l'abus mental et verbal, la violence en état d'ébriété, et les actes de violence isolés. Aux fins de la section 12, le tribunal doit être convaincu que les époux ne sont pas de connivence pour obtenir le divorce. La section 19 spécifie que la nullité du mariage peut également être recherchée au motif de la persistance de l'impuissance sexuelle depuis la célébration du mariage.

Cameroun : Les motifs de divorce sont les mêmes pour l'épouse et le mari, à l'exception des cas d'adultère. Les motifs comprennent : le refus déraisonnable de cohabiter ; la détention d'un des époux ; la cruauté ou les agressions physiques ; les insultes qui constituent une violation grave des droits et des obligations découlant du mariage et qui rendent insupportable le maintien des liens conjugaux (ceci peut comprendre la violence physique ou morale, les insultes écrites ou verbales, et l'insulte peut être interprétée comme découlant des actions d'un conjoint) ; et l'adultère. Dans le cas de l'adultère, il suffit à l'époux de prouver que la femme a eu des relations sexuelles avec un autre homme une ou plusieurs fois. L'épouse est tenue de prouver que son mari a eu des relations sexuelles au domicile conjugal ou avec la même femme sur une certaine période de temps. Une demande de divorce peut être adressée soit à la Haute cour, soit au Tribunal de première instance (les époux doivent se mettre d'accord sur le tribunal compétent). Le Tribunal de première instance juge généralement les affaires aux fins des lois coutumières ou musulmanes. Dans le divorce devant la Haute cour, le tribunal est tenu de tenter de concilier les parties. Si la conciliation n'est pas possible, le juge adopte une ordonnance de non-conciliation autorisant la poursuite de la demande de divorce et des ordonnances supplémentaires sur la base des revendications des parties. Ces ordonnances ont généralement trait à résidence séparée, à la garde des enfants, à l'entretien des enfants, à l'entretien du conjoint (généralement l'épouse). À la suite du divorce, l'épouse peut reprendre son nom de jeune fille, si elle le souhaite, mais ne peut être contrainte à le faire sauf si elle utilise le nom de son époux de manière frauduleuse.

Républiques d'Asie centrale : Le divorce est possible à la demande tant de l'homme que de la femme ; toutefois, le mari ne peut pas divorcer si l'épouse est enceinte ou si elle a un enfant de moins d'un an.

Fidji : La Family Law Act (FLA) de 2003 a totalement modifié les motifs de divorce et supprimé le concept de divorce pour faute hérité de la Common Law anglaise. Aux fins de la section 30(1) de la FLA, le seul motif de dissolution pour toute partie au mariage est celui de la rupture irréversible du mariage. En application des sections 30(2) et 31(1), aucune preuve n'est requise autre que le fait que le couple vive séparément depuis une période continue de 12 mois immédiatement antérieurs à la date de la demande de divorce ; si la cohabitation reprend à un moment quelconque, mais que dans un délai de trois mois, le couple vit de nouveau

séparément avant de déposer une demande de divorce, les deux périodes de séparation interrompues peuvent être comptées comme une période continue. Aux fins des sections 34 à 36, une ordonnance avec condition est émise et devient finale un mois plus tard, ou une fois qu'une ordonnance ayant trait à la prise en charge, au bien-être et au développement des enfants a été émise (si celle-ci est postérieure). Aux fins de la section 36(1) (b) (ii), une ordonnance finale est prévue même si les arrangements concernant les enfants n'ont pas encore été réalisés, de même que l'ajournement des procédures de dissolution en attendant la finalisation des arrangements.

Gambie (mariages au titre du CMA et du MCA) : Les motifs de divorce sont clairement énoncés dans le MCA (Civil Marriage Act) de 1986. Aux fins de la section 3, chacune des parties à un mariage peut présenter une demande de divorce au seul motif que le mariage a été rompu de manière irréconciliable. Le demandeur doit prouver une ou plusieurs de ces causes, aux fins de la section (1(a-f)) : adultère ; comportement qui montre que le plaignant ne peut raisonnablement être tenu de vivre avec l'intimé ; le délaissement pendant une période continue de 2 ans ; ou fait que le couple n'ait pas vécu comme mari et femme ou qu'ils ne se soient pas entendus sur leurs divergences. Aux fins de la section 11(1) de la Loi, aucune requête en divorce ne sera présentée au tribunal dans un délai de 2 ans suivant le début du mariage, sauf à la demande du tribunal, ou au motif de dommages substantiels pour le demandeur ou privations de la part de l'intimé.

Nigeria : Des dispositions similaires prévalent au titre de la MCA (Matrimonial Causes Act) de 1970.

Inde (mariages au titre de la SMA) : La Special Marriage Act – SMA - prévoit les motifs et la procédure de divorce et de séparation judiciaire. Les motifs de divorce qui peuvent être invoqués par les deux époux au titre de la section 27, sont les suivants : relations sexuelles volontaires avec toute personne autre que le conjoint : délaissement pendant une période de 2 ans ; peine de prison de 7 ans plus pour l'un des conjoints ; traitement cruel ; démence incurable, maladie mentale, maladies vénériennes ou lèpre, non contractés du demandeur ; ne pas avoir entendu qu'il /qu'elle était vivant(e) pendant 7 ans. D'autres motifs pouvant être invoqués par les deux époux sont : la cohabitation n'a pas été reprise après l'adoption d'un décret de séparation judiciaire ; les droits dans le mariage n'ont pas été restitués après une période d'un an ou plus à compter de la date d'une ordonnance de restitution de ces droits. Certains motifs qui ne peuvent être que par l'épouse sont : le mari coupable de viol, de sodomie ou de bestialité ; ou le maintien d'une ordonnance ou d'un décret contre lui, même si les parties vivaient séparées. La Loi sur le divorce de 1869 a été amendée par l'Indian Divorce (Amendment) Act de 2001. Les motifs sont similaires à ceux du Divorce Act applicable au Bangladesh (voir ci-dessus). Toutefois, les motifs de divorce sont à présent à la disposition des hommes et des femmes, sur un pied d'égalité et chacun des motifs est suffisant pour qu'une ordonnance de divorce soit accordée (par exemple, l'épouse n'a plus à prouver l'adultère aggravé par la cruauté ; l'un et l'autre motif se suffisent à eux-mêmes).

Indonésie : (Article 38) Les tribunaux doivent être saisis de tous les cas de divorce et il n'y a pas de différences entre l'époux et l'épouse pour ce qui est des motifs ; ceux-ci comprennent : la cérémonie de mariage célébrée sous une menace illégale ou à la suite de renseignements erronés concernant un des conjoints (la demande de divorce doit être présentée dans un délai de 6 mois après avoir découvert que des renseignements erronés ont été fournis) ; l'adultère, l'alcoolisme, la toxicomanie, le jeu et d'autres vices ; le délaissement pendant une période de plus de 2 années consécutives ; un des conjoints a été condamné à une peine de prison de 5 ans ou plus ; la violence ou les mauvais traitements qui mettent en danger la sécurité du conjoint ; une maladie incurable ou une infirmité qui empêche la réalisation des devoirs conjugaux ; ou des disputes orageuses constantes. La loi reconnaît également aux doyens de la famille d'un conjoint l'autorité de demander la dissolution d'un mariage, mais est muette sur le point de savoir si l'approbation du fils/de la fille est requise pour une telle demande. Le conjoint qui souhaite divorcer adresse une lettre au tribunal de son propre district, lui notifiant son intention de divorcer et les raisons de la requête. Le tribunal doit tenir une audience dans un délai de 30 jours. Les deux parties sont convoquées séparément pour des réunions de conciliation avec des conseillers (les conseillers de l'épouse sont des femmes). La loi supprime le concept de divorce révocable.

Malaisie : Au titre de la section 48 de l'IFLA (Islamic Family Law Act), s'il est convaincu des querelles constantes entre époux, le tribunal peut nommer deux Hakam pour agir en leur nom (généralement des parents proches) à des fins d'arbitrage et pour convaincre le mari de prononcer un divorce révocable.

Maroc : La Moudawana reconnaît le divorce demandé par l'un ou l'autre époux pour cause de divergences irréconciliables. Aux fins des articles 94 et 82, le tribunal tente une conciliation (s'il y a des enfants, il doit y avoir deux tentatives de conciliation, séparées d'au moins 30 jours) et peut nommer deux arbitres pour réconcilier le couple. Au titre de l'article 96, une enquête complémentaire est autorisée en cas de désaccord entre les arbitres sur la détermination de la part de responsabilité de chacun des époux, bien que l'article 97 définisse une période maximale de 6 mois pour statuer sur cette forme de divorce. En application

de l'article 97, le tribunal détermine les droits dus à l'épouse et aux enfants (qui doivent être acquittés dans un délai de 30 jours), en tenant compte de la responsabilité de chacun des époux dans les causes du divorce.

Sénégal : En vertu de l'article 166 du Code de la famille, il existe 9 causes de divorce pouvant être invoqués tant par les hommes que par les femmes, et un 10^{ème} qui ne peut être invoqué que par les femmes (défaut d'entretien de la part du mari) : adultère établi ; condamnation de l'un des époux à une peine infamante (viol, vol, meurtre) ; refus de l'un des époux d'exécuter les engagements financiers en vue de la conclusion du mariage (refus de s'acquitter du mahr, par exemple) ; violation du devoir de cohabiter et de fournir un soutien et une assistance ; mauvais traitements, excès et sévices rendant la vie commune impossible ; absence de 2 ans à la suite d'une ordonnance en justice d'abandon, ou de 4 ans à compter de la date du dernier contact ; stérilité définitive médicalement établie ; maladie grave et incurable découverte durant le mariage ; ou incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal. L'opposition d'un des époux ne peut entraver la procédure et il revient au juge d'évaluer la responsabilité de chacun et de prononcer le divorce en déterminant la faute d'un ou des deux époux. Quel que soit le conjoint qui présente la requête en divorce, l'épouse a le droit de choisir de s'adresser au tribunal de son lieu de résidence ou à celui du domicile conjugal. Une requête peut être écrite ou verbale et le juge est tenu de tenter une conciliation (en l'absence des avocats). Si la conciliation échoue, le juge peut prendre des ordonnances provisoires concernant la garde des enfants, l'entretien, etc. Le juge peut rejeter les motifs invoqués (et ceux-ci ne peuvent être réutilisés pour une nouvelle requête) ; ou il peut ajourner une décision pour une période maximale de 12 mois pour permettre la conciliation. L'ordonnance finale doit fixer la date de la période de viduité.

Tunisie : Aux fins de l'article 31 du Code sur le statut personnel (amendé par la Loi N° 81-7 du 18 février 1981), le divorce peut être prononcé par le tribunal dans trois cas alternatifs : en cas de consentement mutuel ; à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi (interprété comme ayant trait à l'incapacité des époux à remplir les droits et les responsabilités énoncés dans la loi) ; ou à la demande du mari ou de la femme. Pour le motif de préjudice, le tribunal peut rejeter la requête. En ce qui concerne le divorce à la demande, le juge a le devoir d'accepter le divorce et ne doit décider que de la réparation due à l'autre conjoint. Quelle que soit la partie qui demande le divorce, le tribunal compétent est celui du lieu de résidence du mari. La citation à comparaître doit être signifiée par voie d'huissier. Aux fins de l'article 32, une ordonnance de divorce ne peut être prononcée tant que des efforts de conciliation n'ont pas été déployés ; les avocats ne doivent pas être présents. Même si le couple n'en fait pas la demande, le tribunal est tenu de décider de toutes les questions, en même temps que le divorce (logement, pension, garde des enfants, droits de visite) sauf si les parties en ont convenu entre elles.

Turquie : Au titre des articles 161 à 166 du Code civil, il n'y a pas de différence dans les motifs de divorce à la disposition des hommes et des femmes : adultère ; mauvais traitements ou comportement portant préjudice à l'honneur du conjoint ; mode de vie déshonorant (y compris des peines pour un crime socialement infamant) qui rend la cohabitation impossible ; démence ; ou rupture irréversible. Le motif de rupture irréversible n'était pas disponible jusqu'à un amendement de 1988 et ce motif ne peut être invoqué que si le mariage a duré plus d'un an et que les époux ont convenu de la répartition des biens conjugaux. Le divorce au motif d'abandon suppose une requête officielle en vue du retour du conjoint au domicile conjugal. Une fois la demande officielle faite, la période de procédure (requis par la loi avant de présenter une requête en divorce pour un tel motif) commence. Une fois le motif de la faute établi, le juge peut ordonner un divorce ou une séparation légale pendant une période d'un à trois ans pour permettre la conciliation (mais si le demandeur n'a requis que la séparation légale, le juge ne peut accorder le divorce). Si, au cours de cette période, les époux ne sont toujours pas réconciliés, le juge peut accorder le divorce au motif de rupture irréversible, si l'une des parties en fait la demande.

MISE EN ŒUVRE

L'attitude des tribunaux tend à restreindre l'accès au divorce

Cameroun : Les femmes préfèrent généralement saisir le tribunal de première instance pour introduire leur demande de divorce, car c'est moins onéreux (il n'est pas nécessaire d'avoir un avocat), plus rapide (car moins formel) et plus simple (la requête et les preuves peuvent être verbales).

Fidji : Les tribunaux rejettent généralement les demandes de divorce pour faute, s'ils estiment que le couple a mutuellement convenu de recourir à ce motif pour conclure rapidement le divorce. En conséquence, pour un divorce au motif d'adultère, les tribunaux insistent généralement pour qu'un codéfendeur (le/la partenaire du conjoint adultère) soit nommé et ne poursuivront pas la procédure si celui-ci/celle-ci n'est pas nommé(e). De même, dans une affaire concernant un couple indo-fidjien dont l'un des conjoints refusait volontairement de consommer le mariage, le tribunal refusait de prononcer le divorce, bien que le conjoint accusé n'ait pas contesté le motif. Les tribunaux ont tendance à interpréter la cruauté de manière très étroite, en la définissant pour n'y inclure que la cruauté physique. De plus, ils exigent des preuves objectives du préjudice. S'il est possible d'invoquer le motif de cruauté durant les trois premières années du mariage, il faut que le mari ait été condamné pour préjudices physiques pour pouvoir le faire. Cette disposition n'est pas très utile au vu du petit nombre de cas signalés et du faible taux de condamnation pour de tels délits. En outre, les tribunaux ne sont pas sûrs des voies et moyens d'appliquer l'obligation de fournir des preuves énoncées dans la Common Law (le tribunal doit être « raisonnablement satisfait ») ; cette incertitude a tendance à retourner contre les femmes, parce qu'il est souvent difficile de produire des preuves suffisantes dans les affaires privées.

Indonésie : Pour l'accès au motif d'incompatibilité, la loi suppose que les causes de la discorde « sont suffisamment claires pour le tribunal ». Une telle formulation autorise des interprétations patriarcales des rôles matrimoniaux et rend la femme tributaire des déclarations des témoins de la discorde (en général, soit il n'y a pas de témoins, soit seuls des membres de belle-famille de l'épouse sont présents). Les femmes conseillères font souvent pression sur l'épouse pour qu'elle retire sa plainte durant la procédure de conciliation. Elles l'encouragent à retourner auprès de son mari et lui rappellent qu'il est de son devoir de lui obéir. De plus, elles soutiennent souvent que le divorce n'est pas acceptable en Islam.

Sénégal : La formulation vague du motif de maladie grave et incurable laisse l'interprétation à l'appréciation de la justice, qui peut ou non œuvrer ou non en faveur de la femme. Dans

une affaire, un juge avait prononcé un divorce en rejetant exclusivement la responsabilité sur l'épouse pour avoir refusé de faire la cuisine pour le mari qui s'acquittait normalement de son devoir d'entretien. Le juge avait statué qu'elle était coupable d'exagération et que sa négligence avait causé au mari de graves dommages, rendant la vie conjugale intolérable (TPI Dakar No. 2097 du 13 juillet 1982. Époux Camara).

Turquie : La règle générale est qu'une demande de divorce doit être introduite par la partie ayant le moins de moins de responsabilité dans la rupture du mariage, contre la partie étant la plus responsable de cet échec. À l'inverse, lorsque la partie ayant le plus de responsabilité introduit la demande de divorce et que la partie la moins de responsable refuse le divorce, la requête peut être rejetée. Toutefois, si le couple ne s'est pas réconcilié dans un délai de 3 ans suivant le rejet, le tribunal tranche automatiquement en faveur du divorce, dès que l'une des parties en fait la demande.

Tunisie : Les normes fixées par les juges pour prouver les préjudices et la faute ont tendance à être plus élevées pour les femmes que pour les hommes.

PRATIQUES

Républiques d'Asie centrale : On attend des femmes qu'elles évitent de 'créer les circonstances' du divorce et qu'elles tolèrent la polygamie et la violence au lieu de demander le divorce. Le taux de divorce est moitié moins élevé qu'en Russie et les femmes divorcées (indépendamment du motif de divorce) jouissent d'un faible statut social. Habituellement, la stérilité est un motif de divorce acceptable pour le mari qui cherche à divorcer. L'infidélité de l'épouse mène au divorce (notamment en Ouzbékistan et au Turkménistan), alors que l'épouse est tenue de tolérer l'infidélité du mari. Le manque coutumier d'options de divorce pour les femmes et les taux élevés de violence domestique peuvent mener au suicide. L'immolation est une forme traditionnelle de suicide de « protestation » chez les femmes rurales ouzbèkes et turkmènes. Elle sert à mettre en évidence le fait que la femme préfère brûler dans les feux de l'enfer plutôt que de continuer à vivre avec son mari. L'influence culturelle ancienne du Zoroastrianisme dans la région attribue au feu un rôle purificateur, et le suicide par le feu est donc un moyen symbolique de débarrasser la femme d'une union conjugale détestable. Les réalisateurs ouzbèkes ont fait un film, Plamen (« La Flamme ») sur cette pratique largement répandue.

Fidji : Une cause courante de divorce dans la communauté indo-fidjienne est la pratique du mariage forcé. Le mariage forcé mène l'un ou l'autre époux à chercher par la suite à

divorce au motif de cruauté. Parfois, un des époux refuse la célébration du mariage religieux après celle du mariage civil (ce qui implique le refus volontaire de consommer le mariage, car habituellement, la consommation ne peut avoir lieu qu'après la cérémonie religieuse). Le divorce résultera parfois du refus du mari d'amener son épouse au domicile conjugal après la cérémonie de mariage.

Sénégal : Les divorces prononcés par le tribunal et enregistrés au titre de la loi se limitent aux grandes villes de Dakar, Kaolack, and St. Louis, où les causes de divorce les plus courantes sont le défaut d'entretien, l'abandon, l'incompatibilité d'humeur et les sévices. Les hommes invoquent très fréquemment l'incompatibilité d'humeur (interprétée comme étant très proche de la pratique socialement reconnue du talaq). La plupart des divorces sont extrajudiciaires. Alors que la loi sénégalaise permet l'enregistrement tardif du mariage oral coutumier, il n'y a pas de disposition allant dans ce sens pour le divorce et seuls les divorces prononcés devant le tribunal et enregistrés sont

valides. Ceci expose les femmes à des frais et à des sanctions pour bigamie si elles se remarient à la suite d'un divorce au titre des lois coutumières et musulmanes. Cette vulnérabilité explique peut-être pourquoi les femmes qui s'adressent aux tribunaux pour demander le divorce sont plus nombreuses que les hommes (70% des demandes adressées aux tribunaux départementaux de Kaolack et St. Louis entre 1997 et 1999). Dans le même temps, les hommes comptent pour 95% des (rares) cas de demande de divorce pour bigamie. Dans la recherche de terrain menée par le GREFELS pour le projet Femmes & Loi, les focus groups ont cité les motifs de divorce courants sous lois musulmanes suivants : absence prolongée du mari ; mauvais traitements, violence domestique ; incompréhension entre les époux ; adultère ; « indiscipline » de la part de l'épouse ; conflits avec la belle-famille ; jalousie ; polygamie ; et mauvais comportement de l'un des époux. Dans la perception locale des lois musulmanes, la femme n'a pas la capacité de prononcer le divorce, bien que le khul' soit reconnu.

Il faudra du temps pour faire évoluer l'attitude des juges

L'attitude patriarcale des tribunaux entrave également l'accès des femmes au divorce, même là où elles jouissent d'un accès aux mêmes motifs. Une affaire dont un tribunal turc avait été saisi illustre bien cette obstruction. L'affaire concernait une femme enceinte qui avait présenté une requête en divorce. Le juge avait rejeté la requête et dans le procès-verbal du tribunal, il avait été cité comme ayant utilisé une expression qui revenait en gros à dire « Il ne faut jamais laisser la femme sans une tape dans le dos et un enfant dans le ventre ».

Il était apparu par la suite que la femme n'en était pas à sa première demande de divorce de son mari. À la suite de chacune des requêtes antérieures, elle avait changé d'avis, était retournée auprès de son mari et avait eu un enfant. Apparemment, le juge s'était emporté en voyant qu'elle était une fois de plus enceinte et avait tenu les propos cités ci-dessus.

Il est peut-être difficile pour un juge de sexe masculin de comprendre qu'une femme ait des rapports sexuels avec son mari tout en souhaitant divorcer. Le juge avait eu envers les femmes une attitude (propre à la société majoritairement masculine dans laquelle nous vivons) qui reflète une perception sommaire du moyen le plus efficace d'exercer un contrôle sur les femmes.

Arin, C. (1996), The Legal Status of Women in Turkey, Women for Women's Human Rights Reports, Vol.1, Istanbul.

10a

QUESTIONS RELATIVES A LA DISSOLUTION DU MARIAGE : 'IDDA ET DÉLAI DE VIDUITÉ

Introduction

Certains systèmes, qu'ils soient basés sur les lois musulmanes ou d'autres sources, imposent aux femmes une période de viduité obligatoire suite à la dissolution du mariage (du fait d'un divorce ou du décès du mari) au cours de laquelle elles ne peuvent pas contracter un nouveau mariage. Les hommes ne sont pas soumis à cette période de viduité après le prononcé final de leur divorce.

Certaines communautés peuvent également imposer une période de viduité durant laquelle certains rites et pratiques doivent être respectés. Généralement, suivant l'application des lois musulmanes, la période de viduité (ou 'idda) dure trois cycles menstruels ou trois mois en cas de dissolution du mariage et quatre mois et dix jours dans le cas du décès de l'époux. Dans les deux cas, si la femme est enceinte, elle doit respecter la 'idda jusqu'à la naissance de l'enfant. Le mari continue d'assurer l'entretien de la femme au cours de la période de la 'idda (à moins que le juge n'en décide autrement en raison d'un khul'). Si le mari décède, l'entretien de la femme est assuré par les biens du défunt.

Une fois la 'idda terminée, une femme est libre de se remarier. Dans certains systèmes non fondés sur les lois musulmanes (Républiques d'Asie centrale, Gambie - mariages dans le cadre de la Loi sur le mariage civil, Fidji), il n'y a pas de période de viduité après la dissolution du mariage que ce soit après un divorce ou le décès du mari. Toutefois, des communautés observent des périodes de viduité et des rites de deuil qui peuvent être basées ou non sur une interprétation des lois musulmanes.

Néanmoins, d'autres systèmes influencés par le code Napoléon (Cameroun, Sénégal, Turquie) imposent une période de viduité de trois cent jours après la dissolution du mariage. Cette période de viduité est justifiée comme étant une précaution nécessaire pour éviter toute confusion au sujet de la paternité. En Turquie, cependant, une femme souhaitant se remarier avant l'expiration des trois jours peut le faire après avoir fourni un certificat médical de non grossesse.

Dans ces systèmes, la pension alimentaire due après le divorce n'est pas limitée à la période de viduité. Mais dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes, l'entretien (plutôt que la mata'a et tous les autres accords financiers) est limité à

la durée de la 'idda. Dans certains systèmes basés sur les lois musulmanes, une femme peut être déchuée de son droit à l'entretien, même pendant la période de la 'idda, si elle a été jugée « désobéissante » (pour une analyse détaillée de l'entretien et du droit au maintien dans le domicile conjugal voir Droits et accords financiers, (p. 316).

Période de repos ou isolement forcé?

Certains considèrent le respect du délai de viduité comme une pratique positive offrant à la femme une période pendant laquelle elle est libérée de certaines obligations sociales, alors qu'elle continue de jouir de l'entretien par son mari ou les héritiers de celui-ci. En outre, il est dit que la 'idda empêche la confusion sur la paternité d'un éventuel enfant, et, dans le cas de talaq, elle permet une éventuelle réconciliation. Cependant, les pratiques communautaires imposant souvent à une femme l'isolement ou d'autres rituels restrictifs au cours de la période de viduité, d'autres sources soutiennent que la période de viduité obligatoire permet à un mari ou à sa famille de garder le contrôle sur la sexualité et la mobilité d'une femme même après le divorce ou le décès du mari.

Dans de nombreuses communautés musulmanes, on considère que la 'idda facilite la réconciliation. Cependant, cette croyance repose sur l'hypothèse selon laquelle une femme a toujours envie de se réconcilier avec son conjoint et, qu'en veillant à ce qu'elle reste disponible, la 'idda offre une chance au mari de revenir sur sa décision de talaq. Les systèmes qui maintiennent la femme au domicile conjugal pendant la 'idda pourraient être considérés comme avantageux car ils protègent son droit au logement. Mais on pourrait également dire d'eux qu'ils encouragent le concept de tamkin (disponibilité sexuelle et « obéissance »). Lorsqu'elles passent la 'idda au domicile conjugal (peut-être avec l'idée de faciliter la réconciliation - Nigeria), les femmes peuvent courir le risque de voir la violence familiale se perpétuer (voir Droits et accords financiers, p. 317). Dans les systèmes étudiés dans le présent manuel et basés sur les lois musulmanes, aucune loi ne définit le but de la 'idda. Certaines lois précisent toutefois que durant cette période, la femme n'a pas le droit de se remarier (Philippines).

Souvent, la 'idda se caractérise par un isolement imposé par la société afin d'empêcher les femmes de travailler, de vaquer à leurs occupations quotidiennes et/ou d'entretenir des relations sociales. Des femmes ont dû braver ces lois et/ou coutumes (et risquer le mépris de la société) pour pouvoir quitter le domicile et aller travailler afin de subvenir aux besoins de leur famille quand leur mari (ou familles de leur mari) ont refusé de pourvoir à leurs besoins. Parfois, les femmes devenues veuves doivent attendre l'expiration de la 'idda avant de pouvoir régler les affaires de succession du mari (comme l'obtention d'une cession administrative). Ces conditions n'ont pas de fondement clair dans les lois musulmanes, elles semblent provenir de pratiques coutumières.

Invariablement, lorsqu'une communauté impose une période de viduité, les décisions relatives à son respect, à son début et aux rites précis ne sont pas prises par la femme divorcée ou veuve. Dans les cas où la famille est informée des conditions mais ne connaît pas avec certitude leur application précise, elle peut consulter un chef religieux local ou toute autre autorité communautaire.

Période de viduité appliquée à la veuve

Bien que les mêmes arguments soient utilisés pour expliquer la période de viduité qui suit le divorce et le veuvage (au Cameroun, Sénégal et en Turquie, la période de viduité pour les femmes divorcées et les veuves est identique), les rites liés à la période de viduité appliquée au divorce et au décès sont souvent très différents.

Beaucoup de veuves se trouvent placées devant un dilemme : si elles restent dans la maison de leur mari, elles jouissent certes d'un soutien financier mais subissent des pressions pour renoncer à la part d'héritage à laquelle elles pourraient avoir droit. Loin d'être un moment de repos, la période de viduité qui survient après le décès du mari peut être un moment d'extrême pression sociale.

Souvent, la loi comme la coutume ne définit pas clairement la période de viduité requise pour les veuves n'ayant plus de menstrues. En outre, la durée effective à observer peut dépendre à la fois de la classe, du statut social individuel et communautaire ainsi que des activités économiques de la femme concernée.

Problèmes de procédure

En cas de divorce, une date précise de début de période de viduité est essentielle. Si la loi n'est pas claire, le droit de la femme à l'entretien, pendant cette période, est menacé,

généralement lorsqu'il y a litige sur la date à laquelle le talaq a été prononcé. Tout système qui reconnaît le triple talaq/talaq bid'a encourage le déni de tout entretien aux femmes pendant la période de viduité. Ce type de divorce étant irrévocable, de nombreuses communautés supposent que la responsabilité du mari prend automatiquement fin une fois le talaq prononcé.

Il y a généralement moins de contestation autour de la période de viduité lorsque le divorce a été initié par la femme (puisque ce type de divorce implique quasiment toujours une procédure judiciaire) ou lorsqu'il s'agit de systèmes où tous les divorces sont judiciaires. Dans ce cas, la procédure fixe une date précise de début de période de viduité.

Dans les cas où les femmes ne notent pas la date de leur cycle menstruel, une loi qui précise que la 'idda doit durer trois cycles menstruels peut créer beaucoup de confusion (Algérie, Maroc). Encore une fois les droits à l'entretien s'en trouvent menacés. En Mauritanie et au Maroc, des dispositions très complexes font que la 'idda peut éventuellement durer une année ou plus pour les femmes ayant des menstrues irrégulières. Bien que la 'idda d'une période de quatre-vingt-dix jours ne représente qu'une moyenne, elle est plus simple et plus claire pour toutes les parties concernées et donc plus facile à appliquer.

Les communautés respectent avec plus ou moins de rigueur l'interdiction de remariage au cours de la période de viduité. Les effets d'un mariage contracté au cours de la période de la 'idda peuvent varier aussi considérablement. En Turquie, il est maintenant possible de produire un certificat médical de non-grossesse trois mois après la dissolution du mariage et ainsi réduire la période de viduité. Au Sénégal, cependant, les mariages contractés durant les trois cent jours de la période de viduité ne sont pas valides et ne peuvent pas être enregistrés. Mais les femmes se remarient souvent après trois mois et prennent le risque d'être poursuivies pour bigamie parce qu'elles ne sont pas encore tout à fait divorcées. Au Pakistan et en Iran, ces mariages, leur font courir plus de risques encore car la bigamie est punie par les lois sur la zina aux très lourdes peines. Ces risques pourraient être réduits en imposant des procédures d'enregistrement des mariages qui exige de préciser le statut de la mariée (voir p.150).

En cas de grossesse, les systèmes varient très peu quant à la durée de la période de viduité. Dans certains cas, la délivrance elle-même signifie la fin de la période (même s'il survient deux jours après le divorce ou le décès du mari). Une période plus longue de viduité et la possibilité de continuer de jouir d'un soutien financier lorsqu'il y a un nouveau-né à prendre en charge, sont probablement plus avantageuses pour les femmes. D'autres systèmes prévoient une période plus longue car ils définissent la « délivrance » comme pouvant inclure la période d'après la naissance de l'enfant. Dans certains cas, la 'idda est calculée pour durer jusqu'à quatre-vingt-dix jours après la dissolution ou jusqu'à la

délivrance, si celle-ci est postérieure. Cette dernière formulation est plus conforme au concept de la 'idda comme période de « répit/repos » pour une femme divorcée ou veuve.

La 'idda est également associée à la possibilité de rétractation du divorce dans les lois musulmanes, car c'est seulement au cours de cette période que la rétractation peut avoir lieu. Une date de début de la 'idda claire précise les délais de rétractation. Les lois qui ne permettent pas aux couples d'obtenir l'acte de divorce qu'après expiration de la période de la 'idda ont le mérite de rendre les choses tout à fait claires. Souvent, les couples ne réclament pas l'acte de divorce en supposant, par pure ignorance, qu'une fois le tribunal ou autre instance officielle saisi de leur demande de divorce, ce dernier était accompli.

Les problèmes créés par les imprécisions qui entourent les dispositions relatives à la 'idda sont au cœur de la demande de réforme du code du statut personnel musulman aux Philippines. Le PLRC propose que l'article 57 (b) du code soit modifié de façon à préciser la date de début de la 'idda. Dans le cas de divorce par talaq, le PLRC recommande que la 'idda soit prise en compte à partir du moment où la notification écrite est introduite par le mari auprès du tribunal local de la charia. Toutefois, dans le cas du divorce par faskh et les autres formes de divorce qui exigent que la femme dépose une requête auprès du juge, le PLRC recommande que la 'idda dure jusqu'à l'obtention de l'acte final de divorce auprès du tribunal de la charia, à condition que cette période ne soit pas inférieure à trois mois à partir du moment où la requête a été déposée auprès du tribunal. Au Maroc, les nouvelles dispositions ne précisent pas explicitement le début de la 'idda et étant donné le processus complexe des trois étapes pour le talaq (demande d'autorisation, divorce, validation par le juge), des litiges sont susceptibles d'exister au sujet du début réel de la période de trois mois.

Entretien et droits de succession des veuves

Il est plus avantageux que les veuves aient le droit de rester dans le domicile conjugal au cours de la période de viduité (Algérie). Ce droit évite de les exposer immédiatement aux difficultés économiques et au risque d'être sans domicile suite à la mort du mari. Toutefois, si le maintien au domicile conjugal est une obligation plutôt qu'un choix, on ne peut pas en parler comme d'un aspect positif. Les coutumes peuvent également imposer à la veuve le « choix » entre l'entretien à vie en restant dans la belle famille et en renonçant à ses droits à l'héritage ou la renonciation à l'entretien en réclamant sa part d'héritage.

Au Sénégal, contrairement à la coutume et à la tradition, le Code de la famille contient des dispositions assurant l'entretien de la veuve (y compris le logement et la nourriture) pendant les trois cent jours de délai de viduité. Ces dépenses sont à déduire de la succession du mari.

La loi comme la coutume sont souvent floues quant au fait de savoir si une veuve a droit à l'entretien au cours de la 'idda en cas de décès ou à sa part de la succession seulement (Iran). En Malaisie, des cas anciens sont confus, mais il y a eu un effort concerté pour harmoniser la jurisprudence et donner à la veuve le droit à l'héritage mais pas à l'entretien pendant la période de viduité après le décès du mari. La confusion règne dans un autre domaine : faut-il déduire l'entretien dispensé pendant la 'idda de la part de la succession revenant à la veuve ou cette rente devient-elle une dette qui entre dans le passif de la succession du défunt ? Selon certains textes utilisés par des tribunaux musulmans (par exemple, Abou-Hassan, Iziyya), une veuve devrait subvenir à ses besoins en utilisant sa propre part des biens du défunt. Cependant, cette option n'est pas rigoureusement appliquée. Dans la plupart des cas, l'entretien des épouses et des enfants se fait sur les biens du défunt avant qu'ils ne soient partagés.

En principe, la 'idda après un divorce sous-entend que le mariage subsiste et, par conséquent, si le mari décède au cours de cette période, la femme est toujours en droit d'hériter, même si elle est socialement considérée comme divorcée. Au Maroc, la Moudawana est l'exemple rare d'un système qui précise que la femme dont l'(ex) mari meurt au cours de la 'idda suivant un divorce, a le statut de veuve.

En Gambie, la coutume exige que la famille du défunt subvienne aux besoins de la veuve au cours de la période de deuil. Dans la pratique, la sadaqa (argent réservé à la charité pour le salut de l'âme) donnée au cours de la cérémonie d'enterrement est utilisée pour prendre soin de la veuve et des éventuels enfants. Après la période de viduité, l'argent restant est partagé entre la veuve (les veuves s'il s'agit d'une union polygame) et d'autres membres de la famille. Les dépenses liées à la cérémonie du quarantième jour sont également payées sur ces fonds. Très souvent, il ne reste rien ou pas grand-chose à la (aux) veuve(s). Toutefois, avec la pauvreté grandissante dans la région, la famille du défunt ne parvient pas toujours à remplir ces obligations. Aussi les femmes doivent-elles se débrouiller par elles-mêmes dès la fin de la cérémonie des quarante jours. Les veuves nourrissent leur famille et accomplissent d'autres obligations familiales qui relevaient de la responsabilité du défunt mari. Cette tendance peut être observée tant chez les femmes lettrées qu'analphabètes.

LOIS :

'Idda et période de viduité

Critères

Compte tenu des divergences d'opinion concernant les avantages liés à une période de viduité pour les femmes, nous n'avons pas classé les dispositions selon qu'elles sont plus aux moins favorables. Toutefois, parmi les dispositions existantes, elles sont plus favorables lorsqu'elles :

- prévoient une date claire de début de la période de viduité après le divorce ;
- fixent la période de viduité à quatre-vingt-dix jours (au lieu de trois cycles) ; et déclarent la période de viduité est égale à quatre-vingt-dix jours ou jusqu'à la délivrance, si celle-ci est postérieure ;
- permettent à la femme de raccourcir la période de viduité de trois cent jours en produisant une preuve de non-grossesse.

Les dispositions sont moins favorables lorsqu'elles :

- ne prévoient aucune date de début de période de viduité ; ou
- ne comportent pas de mécanisme permettant aux femmes de raccourcir la période de viduité de trois cent jours en cas de non-grossesse.

La période de viduité pour divorce est de trois mois/quatre-vingt-dix jours ; la date de début est précise.

Bangladesh et Pakistan : Selon l'article 7 (3) de la MFLO, la 'idda dure quatre-vingt-dix jours révolus (si une femme est enceinte jusqu'à la délivrance dans le cas où celle-ci est postérieure) à partir de la date de notification du talaq à la mairie. En vertu de l'article 8, il semble que la même 'idda s'applique aux autres formes de dissolution. Selon la jurisprudence, la 'idda débute à la date à laquelle le conseil local reçoit l'acte de dissolution établi par le tribunal.

Indonésie : La période de viduité est de trois cycles menstruels, dont la durée doit être d'au moins quatre-vingt-dix jours. Les quatre-vingt-dix jours minimum s'appliquent également lorsque la femme n'a plus de menstrues. Étant donné que tous les divorces sont judiciaires, la date de début de la 'idda est claire.

Trois cycles menstruels ; la date de début peut être contestée.

Algérie : Selon l'article 58-60 du Code de la famille, la période de viduité pour une femme divorcée qui n'est pas enceinte est de trois cycles menstruels, alors que pour une femme enceinte elle dure jusqu'à la délivrance (avec un maximum de dix mois). Pour une femme divorcée qui n'a pas de menstrues, la période de viduité est de trois mois à compter de la date de déclaration du divorce. Selon l'article 61, une femme divorcée a le droit de demeurer dans le domicile conjugal sauf en cas de faute morale établie. Une femme divorcée a droit à l'entretien au cours de la 'idda.

Gambie (mariages sous lois musulmanes): La période de viduité après un divorce est de trois mois ou quatre-vingt-dix jours.

Iran : Selon l'article 1151 du Code civil, la 'idda à la suite du décès du mari ou du divorce dure trois tuhur (périodes de pureté) consécutifs après les menstrues sauf si la femme a atteint l'âge de la ménopause et n'a plus ses règles, dans ce cas, la 'idda sera de trois mois. Selon l'article 1155, il n'y a pas de 'idda après le divorce pour les femmes ménopausées.

Maroc : Selon l'article 136 de la nouvelle Moudawana, la période de viduité pour une femme divorcée qui n'est pas enceinte est de trois cycles menstruels. Pour une femme qui n'a pas ses menstrues, la période de viduité est de 3 mois, mais, si elle a ses menstrues avant la fin de la période de trois mois, la 'idda est prolongée de trois périodes inter menstruelles. Les femmes dont les cycles menstruels sont irréguliers ou tardifs ou celles qui ne peuvent distinguer l'écoulement menstruel d'autres sécrétions, doivent observer la 'idda de trois cycles après une période de viduité de neuf mois. La date de début de la 'idda n'est pas spécifiée.

Sri Lanka : La période de viduité pour une femme divorcée est de trois mois. Selon l'article 22 du MMDA, l'enregistrement du mariage d'une femme pendant sa période de viduité est interdit. Tout contrevenant s'expose à une amende inférieure ou égale à cent roupies (environ un dollar US) (article 87). Selon la jurisprudence, la 'idda commence à partir de la date du premier talaq et non pas à partir de la date de l'enregistrement (Jabbar contre Jainambu 4 MMDR 145, 1958). Le texte de la loi est contradictoire en ce qui concerne la période d'entretien car en vertu de l'article 47 (1) (d), le cadi a le pouvoir d'ordonner l'entretien d'une femme divorcée jusqu'à l'enregistrement du divorce ou pendant la durée de la période de viduité.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes), Philippines, Soudan : La période de viduité est de trois cycles mensuels. Depuis que le Nigeria et le Soudan reconnaissent diverses formes de talaq, sa date de début peut être contestée s'il est prononcé sans témoins. Au **Soudan**, si le talaq est prononcé pour la troisième fois, la rétractation est impossible et la 'idda complète doit être respectée. S'il s'agit du prononcé du premier et deuxième talaq, la 'idda peut cesser par rétractation. Aux **Philippines**, l'article 56 du CMPL définit la 'idda comme la période de viduité prescrite à une femme dont le mariage a été dissous par décès ou par divorce. Au terme de cette période il lui est possible de contracter un nouveau mariage. Selon l'article 57, toute femme est tenue de respecter la 'idda de trois mois en cas de divorce ou, si elle est enceinte, pour une période allant jusqu'à la délivrance. Selon l'article 57 (2), si le mari meurt alors que la femme est en période de 'idda suite à un divorce, une autre 'idda pour décès doit être respectée.

La période de viduité est supérieure à quatre-vingt-dix jours pour déterminer la paternité

Turquie : Selon l'article 132 du Code civil, la période de viduité est de trois cent jours pour s'assurer que la femme n'est pas enceinte. Les femmes qui ne veulent pas accomplir cette période doivent produire un certificat médical de non grossesse avant de pouvoir se remarier.

Cameroun, Sénégal : La période de viduité est de trois cent jours ou dure jusqu'à la délivrance (si elle est antérieure). Pendant cette période, une femme ne peut valablement se remarier. Au Sénégal, l'article 112 (1) du Code de la famille prévoit que la période de viduité commence avec l'ordonnance de non-conciliation. Selon l'article 176 (2), la femme peut réduire à trois mois la période de viduité qui commence le jour où le jugement de divorce est définitif.

Algérie, Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : En vertu des lois fondées sur le rite malékite, une femme dont le mari a disparu et qui a obtenu la dissolution de son mariage pour ce motif doit accomplir une 'idda de quatre mois et dix jours avant que le mariage puisse être dissous.

Durée de la période de viduité en cas de grossesse

Bangladesh et Pakistan : L'article 7 (3) de la MFLO prévoit que la 'idda est de quatre-vingt-dix jours (ou jusqu'à la délivrance, si celle-ci est postérieure) à partir de la date de notification du talaq à la mairie ou à réception par la mairie de l'acte de dissolution établi par le tribunal. La jurisprudence établit que le terme « délivrance » comprend la période qui suit l'accouchement.

Algérie, Indonésie, Iran, Maroc, Philippines, Soudan, Sri Lanka : Au cas où la femme est enceinte, la 'idda dure jusqu'à la délivrance, même si elle intervient avant que les quatre-vingt-dix jours ne soient écoulés.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : En cas de grossesse, la délivrance met immédiatement fin à la période de viduité.

La période de viduité après le décès du mari

Algérie, Bangladesh, Gambie (mariages sous lois musulmanes), Iran, Maroc, Nigeria (mariages sous lois musulmanes), Pakistan, Philippines, Soudan, Sri Lanka : La période de viduité dure quatre mois et dix jours après le décès du mari, ou jusqu'à la naissance de l'enfant, si la femme est enceinte.

Dispositions complémentaires concernant la période de viduité et le veuvage

Algérie : Selon l'article 61, la veuve n'est pas tenue de quitter le domicile conjugal durant sa période de viduité sauf en cas de faute morale établie.

Indonésie : La période de viduité pour les veuves dure cent trente jours. Il n'y a pas de distinction faite entre femmes avec et sans menstrues.

Maroc : L'article 137 de la nouvelle Moudawana stipule que toute femme divorcée à titre révocable et dont le mari décède pendant la période de viduité passe de la période de viduité pour divorce à celle pour cause de décès. L'article ne précise pas si la 'idda déjà accomplie en tant que divorcée est déduite de celle due au titre du veuvage.

Philippines : Selon l'article 57 du CMPL, si le mari décède alors que la femme accomplit la 'idda suite à un divorce, une autre 'idda pour décès doit être observée.

Sénégal : Selon l'article 262 (4) du CF, une veuve a droit à l'entretien (y compris l'hébergement et la nourriture) pendant les trois cent jours de la période de viduité et le coût de celui-ci doit être déduit de la succession du défunt mari. La veuve perd ce droit si elle se remarie pendant la période de viduité. Les femmes exerçant un emploi bénéficient de deux dispositions concernant la période de viduité pour veuvage : le décret N° 72 215 du 7 mars 1972 permet à une veuve de demander un congé et ce, quelle que soit sa religion ; la circulaire N° 974/PR du 18 octobre 1967 autorise les femmes musulmanes à une absence de trois jours.

Soudan : La durée de la période de viduité n'est pas stipulée dans le MPLA. En général, les communautés musulmanes respectent les lois musulmanes et commencent la période de viduité le jour où le mari décède. La veuve a le droit de passer la période de viduité au domicile conjugal. Si elle travaille, elle est tenue de prendre un congé et toute relation sociale avec les hommes est interdite.

PRATIQUES

Gambie : Les veuves âgées sont exemptées de la période de deuil et de la 'idda qui fait suite au décès du conjoint, si le défunt en a fait la demande avant sa mort. Cependant, très peu de femmes profitent d'une telle pratique car on estime que la tradition et la religion les obligent à observer la 'idda.

Inde : Au cours d'une recherche sur le terrain menée par le Women's Research and Action Groupe pour Femmes et Lois, une femme de Baroda s'est plainte : « la coutume ne doit pas être imposée de manière rigide aux femmes, (car) la 'idda peut amener une femme et sa famille dont elle est le seul soutien, au bord de la famine ... ».

Nigeria : La veuve a droit à sa part de la succession et jusqu'à un an d'entretien sur les biens de son mari décédé, si elle reste dans le domicile conjugal - généralement compris comme étant la maison familiale, par opposition à une location en ville ou un logement de fonction du mari - au-delà de la 'idda, l'entretien est possible si la succession du mari n'a pas encore été partagée et/ou si la veuve conserve des liens étroits avec sa belle-famille. Toutefois, les veuves sont parfois abandonnées, en particulier si elles n'ont ni amis ni parents pour leur venir en aide. La veuve est supposée mener une vie extrêmement modeste et s'abstenir de sortir.

Pakistan : Il y a une méconnaissance de la procédure de la 'idda si bien que de fréquents remariages interviennent au cours de cette période, tout comme dans un cas de zina (c'est-à-dire la bigamie). On note souvent une confusion sur la durée requise de la 'idda pour la veuve, notamment dans le cas où celle-ci a subi une hystérectomie (intervention médicale courante chez les femmes de plus de quarante ans). Le degré d'isolement qu'une femme doit observer au cours de la 'idda dépend de la communauté et de la classe à laquelle elle appartient. Il peut s'agir d'un isolement total pour l'ensemble de la période comme d'une reprise rapide du travail. Les critères d'isolement sont plus souples lorsque la veuve a des enfants mineurs dont elle doit s'occuper. La veuve bénéficie de l'entretien à vie si elle demeure avec sa belle-famille. Dans ce cas, on présume qu'elle ne réclamera pas sa part des biens du défunt mari.

Dans le Swat, Province de la Frontière-du-Nord-Ouest du Pakistan, les hommes peuvent également respecter une période de 'idda et ne se remarier qu'un an après leur veuvage.

Philippines : La veuve reste dans le domicile conjugal où elle est entretenue par la famille du mari si elle ne travaille pas.

Sénégal : Les femmes ne sont pas informées de l'obligation légale d'observer une période de viduité de trois cent jours. Ainsi, elles n'accomplissent que la 'idda requise en vertu de la coutume et des lois musulmanes (trois mois après le divorce

ou quatre mois et dix jours après le veuvage). Si elles sont enceintes et se remarient après une courte période, elles peuvent rencontrer quelques difficultés parce que la loi suppose alors que le mari précédent n'est pas le père de l'enfant.

Sri Lanka : Il y a contradiction entre cadis sur les critères de la 'idda : suffit-il que la femme ne se remarie pas ou doit-elle également rester isolée et respecter les pratiques coutumières (par exemple, porter des vêtements blancs) ? Si une femme ne suit pas les règles communautaires qui régissent la 'idda, elle peut perdre le bénéfice de l'entretien pendant cette période. La plupart des femmes ne respectent pas l'isolement après un divorce, en particulier les femmes instruites appartenant aux classes moyennes, qui refusent d'arrêter de travailler. Dans certaines régions, les femmes des classes inférieures peuvent également refuser d'observer la 'idda. Pour les veuves, il n'y a pas de respect strict de la période de quatre mois et dix jours parmi les pauvres en zone urbaine. La 'idda est plus strictement observée par les femmes âgées.

Soudan : Traditionnellement, les femmes qui observent la 'idda doivent rester recluses dans leurs foyers. Elles sont censées rester dans la chambre où elles commencent leur 'idda. Selon la coutume, la 'idda fait partie des rites de deuil, qui veulent que les femmes dorment sur un tissu de coton blanc, s'abstiennent de toute mise en beauté traditionnelle (dans certains cas, elles ne doivent pas utiliser de savon pour la douche), d'écouter la radio ou de regarder la télévision. Bien que ne figurant pas dans le MPLA, une fatwa utilisée par les cheikhs donne l'autorisation à une femme soutien de famille de travailler pendant la 'idda. Ce décret émet comme condition qu'il n'y ait pas d'autre moyen de subvenir aux besoins de la famille et que la femme soit rentrée à la maison avant le coucher du soleil. Malgré ce décret, très peu de femmes sont prêtes à travailler ou continuent de travailler pendant la période de 'idda. Souvent, des parentes assument les responsabilités domestiques de la veuve au cours de la période de 'idda.

10b

QUESTIONS RELATIVES A LA DISSOLUTION DU MARIAGE : DROITS ET ACCORDS FINANCIERS

Introduction

Le divorce est un enchevêtrement de liens personnels et juridiques à réorganiser, sinon à rompre, afin que les conjoints puissent vivre de façon indépendante l'un de l'autre. Cela implique un nouveau partage du contrôle et de la propriété du foyer conjugal et d'autres biens, ainsi que des accords concernant l'entretien des enfants. Les lois musulmanes ajoutent deux autres éléments au divorce : le premier est relatif au mahr, qui constitue un élément essentiel du mariage musulman. A la dissolution du mariage, le règlement du mahr implique soit le paiement par le mari des arriérés du mahr, soit la restitution éventuelle du mahr au mari ou alors la renonciation par l'épouse du reliquat de mahr dû. Le règlement du mahr dépendra des conditions du divorce et des lois précises ayant régi la dissolution (voir *Le khul'*, p.277). Le second élément est celui de la mata'a ou mut'ah, qui est diversement interprétée comme cadeau de consolation ou comme ouvrant droit à l'entretien à long terme d'une femme divorcée. En Iran, les femmes peuvent réclamer en outre des « salaires pour travaux domestiques » (voir p.164).

Il convient de noter qu'aucune de ces questions (à savoir le mahr, la mata'a, l'entretien au cours de la 'idda, la pension alimentaire, et les droits sur les biens en cas de divorce) n'existe dans l'absolu. La nature précise de ce qu'une femme divorcée peut recevoir et recouvrer au moment de la dissolution dépend non seulement du type de dissolution mais aussi du type de mariage (verbal ou écrit et selon quelles lois) et des dispositions locales fondées sur les lois musulmanes, coutumières et d'autres lois. Dans certains systèmes, les lois coutumières et musulmanes concernant les droits financiers liés à la dissolution sont intégrés aux lois civiles applicables à tous les citoyens ou sont accessibles par ce biais.

Les sommes versées à une femme pendant sa période de viduité sont considérées comme faisant partie de l'entretien (ou nafaqa dans les lois musulmanes) qui lui est dû en tant qu'épouse. Ce n'est pas une forme de pension alimentaire, l'appeler « entretien d'après divorce » n'est pas techniquement correct non plus. Toutefois, s'agissant d'une question financière intervenant après la dissolution du mariage, l'entretien durant la période de viduité est traité ici.

La pension alimentaire fait référence à l'entretien financier d'une femme divorcée. Ses dispositions sont dérivées de la

législation européenne. Le concept de pension alimentaire est fondé sur l'idée que les femmes ne peuvent disposer de biens de manière autonome et dépendent des hommes pour leur entretien. Ainsi, un mari divorcé n'est dispensé de la responsabilité d'entretenir son ex-épouse que lorsque cette dernière se remarie. Dans l'intervalle, elle reçoit une pension alimentaire.

Les lois musulmanes (basées sur le verset coranique 2 :241) exigent du mari qu'il verse à la femme divorcée la mata'a suite au talaq, talaq tafwid ou ta'liq ou, dans certains cas, à la suite de faskh et tafriq. La mata'a est une forme de dédommagement qui, en Tunisie, peut être acquitté par mensualités, par paiement unique ou sous la forme de capital. La mata'a peut être interprétée comme comportant l'une quelconque de ces modalités ou leur combinaison. Son versement permet effectivement à la femme divorcée de recevoir la pension alimentaire au-delà de la période de viduité. Toutefois, la loi peut restreindre ou supprimer les versements de la mata'a en accordant uniquement des montants forfaitaires (Sri Lanka) ou en refusant de reconnaître la mata'a (Nigeria, Pakistan).

La situation individuelle de chaque femme déterminera quelle forme de règlement financier est la meilleure (somme forfaitaire, règlement sous forme de capital ou rentes régulières), mais les lois permettant une certaine souplesse à cet égard sont celles qui sont les plus favorables. Il est également avantageux que la loi précise que l'accord financier est une dette qui entre dans le passif de la succession du mari décédé (Fidji).

Dans les systèmes régis par des lois musulmanes reconnaissant le divorce discorde persistante ou shiqaq, les accords financiers sont souvent fixés par le juge qui procède à l'évaluation de la « faute » (Israël, Maroc). Lorsque les attitudes patriarcales dominent, cela peut limiter l'utilité de cette forme de divorce.

Même lorsque les lois prévoient des règlements financiers généreux à la dissolution du mariage, ces derniers sont inutiles si la loi ne facilite pas leur versement effectif. Les femmes peuvent tirer profit des systèmes qui exigent que tous les arrangements financiers et les modalités qui y sont liées soient réglés au cours de la procédure de divorce (Fidji, Iran, Malaisie, Maroc, Sri Lanka, Tunisie). En Iran, les lois qui

émettent le versement effectif des règlements financiers comme condition à l'acte final de divorce, sont particulièrement favorables pour les femmes après un talaq ou faskh. Toutefois, ces critères peuvent accabler des femmes qui entreprennent le khul ou dont le jugement de divorce mentionne qu'elles sont « en faute ». Des maris peuvent également utiliser la procédure de règlement comme prétexte pour retarder la procédure.

Pour les femmes, les dispositions relatives à l'entretien provisoire et à d'autres accords provisoires peuvent être tout aussi importantes que celles qui régissent le résultat à long terme de la procédure. Les lois en Égypte, Indonésie, Malaisie, au Pakistan, Sénégal et Tchad prévoient des accords provisoires alors que les lois au Bangladesh ne le font pas. La nécessité des accords provisoires semble faire son chemin comme le montrent les amendements apportés aux lois en Algérie, à Fidji et au Maroc.

Lorsque les femmes appartenant aux communautés musulmanes sont régies par des lois différentes de celles qui s'appliquent aux femmes des autres communautés (Inde, Sri Lanka), il est important d'établir des comparaisons afin de voir si cette disposition légale différente ne les lèse pas. Par exemple, dans le cadre du droit général au Sri Lanka, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi à une femme divorcée d'une somme annuelle, mensuelle ou d'une somme forfaitaire et/ou d'un capital (Art. 615 du Code de procédure civile n°2 de 1899, modifié par la loi n°20 de 1977). D'autre part, Le Muslim Marriage and Divorce Act de 1951 ne prévoit l'entretien qu'au cours de la 'idda ou jusqu'à l'enregistrement du divorce.

Enfin, certains systèmes tendent vers des législations neutres du point de vue du genre (nouvelles dispositions à Fidji et en Malaisie). Mais, une mise en garde est nécessaire. Lorsque les hommes ont plus de ressources sociales et un plus grand accès à des conseils d'experts, il leur est plus facile qu'aux femmes d'« escamoter » leurs revenus et leurs biens si bien que des femmes d'affaires finissent par assurer l'entretien de leur ex-mari. En Malaisie, des maris ont utilisé les dispositions neutres du point de vue du genre régissant le partage des biens du mariage pour geler tous les avoirs de l'épouse qui se retrouve effectivement démunie et sans logement.

L'entretien pendant la période de viduité

Dans tous les systèmes où la loi exige une période de viduité après la dissolution du mariage (lois musulmanes ou autres lois), l'homme est tenu d'assurer l'entretien de la femme pendant cette période. Toutefois, si la femme a été à l'initiative de la demande de divorce, si elle est reconnue « en faute » ou si elle s'engage dans une nouvelle relation sexuelle, elle peut

perdre son droit à l'entretien au cours de cette période. Mais, lorsqu'un mari accuse, de mauvaise foi, sa femme divorcée d'immoralité pour tenter d'échapper à ses obligations d'entretien, le juge peut ne pas l'exempter de cette obligation (Pakistan).

Les systèmes qui ne requièrent pas de période de viduité (Fidji, la loi spéciale sur le mariage en Inde, la loi sur le mariage civil en Gambie et le Matrimonial Causes Act au Nigeria) reconnaissent en revanche une éventuelle pension alimentaire une fois que l'acte de divorce est définitif.

S'agissant de l'entretien pendant la période de viduité, le principal problème que rencontrent les femmes reste l'incertitude quant à la période exacte où elles ont le droit de recevoir l'entretien. Cela est dû au manque de clarté de la procédure de divorce concernant le point de départ précis de la période de viduité (voir 'idda et période de viduité, p. 308). En général, ces problèmes sont résolus dans les systèmes où l'ensemble de la procédure de divorce est judiciaire (Sénégal, Indonésie, Tunisie, Turquie), parce que la date de l'acte de divorce fixe la date de la période de viduité. Dans les systèmes qui reconnaissent le talaq bid'a (triple talaq) irrévocable, la 'idda est tout de même exigée. Toutefois, une idée fausse répandue laisse croire que cette forme de talaq irrévocable/immédiatement effectif, exempte le mari de ses responsabilités à l'égard de l'épouse (y compris l'entretien) au moment où le talaq est prononcé (Inde, Nigeria même si elle peut rester dans le domicile conjugal). Éviter le versement de l'entretien pendant la 'idda est l'une des principales raisons pour laquelle les hommes continuent à soutenir la pratique injuste du talaq bid'a.

Les systèmes appréhendent différemment l'effet de la grossesse sur le droit à l'entretien pendant la période de viduité. Dans certains États (Bangladesh, Pakistan) l'entretien se poursuit pendant 90 jours ou jusqu'à la délivrance, si celui-ci est postérieur. Aux Philippines et au Soudan, l'entretien peut être prolongé jusqu'à deux ans si la femme divorcée allaite un enfant né du mariage. Toutefois, dans la plupart des systèmes, la période de viduité (et donc l'entretien) cesse automatiquement à la délivrance. Ces dispositions reflètent une vision étroite des femmes comme simples porteuses d'enfants. La « délivrance » peut être interprétée de manière plus vaste afin d'englober la période d'après la naissance ou de façon plus étroite pour désigner uniquement l'accouchement. L'interprétation de ces termes affecte évidemment la durée de la période pendant laquelle une femme a droit à l'entretien.

Que le montant soit élevé ou faible, les femmes rencontrent souvent des problèmes pour le paiement ou l'exécution de l'ordonnance d'entretien (voir Entretien, p. 221). Ces problèmes sont aggravés par les attitudes sociales qui cautionnent le non-versement par le mari de l'entretien de la femme divorcée.

Le droit au maintien dans le domicile conjugal

Étant donné que le domicile conjugal est habituellement la propriété du mari ou loué à son nom, il est clairement avantageux que les femmes aient le droit inscrit dans la loi d'y rester pendant la période de viduité. Ce droit évite aux femmes divorcées d'affronter immédiatement des difficultés économiques et l'absence de logement. Alors qu'au Bangladesh et au Pakistan, la loi ne parle pas du droit de la femme divorcée au maintien dans le logement, les lois en Algérie, au Maroc et en Malaisie prévoient précisément son logement. Au Maroc, la nouvelle législation reconnaît également le problème social créé par les expulsions forcées à la suite de différends conjugaux, elles exigent l'intervention immédiate du Procureur public.

En Égypte, ce droit est subordonné à la garde des enfants par la femme. Elle perd ce droit avec la perte de la garde. Au Nigeria, les femmes divorcées ont clairement le droit au maintien dans le domicile conjugal, mais elles ne le font presque jamais. C'est peut-être cette réalité qui a fait que les amendements du code de la famille algérien aient abrogé les droits très conditionnels au domicile familial et l'ont simplement remplacé par l'offre d'une indemnisation par voie judiciaire. Lorsque l'attribution du logement ne fait pas partie des accords définitifs du divorce, le droit au logement peut être refusé si une femme se remarie ou si son comportement est considéré comme immoral (Malaisie). Il cesse à la fin de la 'idda (Algérie).

Toutefois, lorsque le maintien au domicile conjugal est une obligation plutôt qu'un choix et lorsque l'entretien est uniquement assuré si une femme reste dans le domicile conjugal, ces dispositions ne sont pas avantageuses (comme c'était le cas dans l'ancienne Moudawana du Maroc).

Dans de nombreuses communautés, les femmes ne peuvent pas rester dans le foyer conjugal au cours de la période de viduité. Des considérations d'ordre pratique ont abouti à trois exceptions pour lesquelles une femme peut conserver un certain accès au domicile conjugal : lorsque le couple est d'accord pour que la femme divorcée reste dans le domicile conjugal (Philippines), lorsqu'une femme a des fils qui lui donnent accès aux terres du mari ou lorsque la situation oblige les conjoints divorcés à continuer à habiter ensemble dans le logement conjugal (Républiques d'Asie centrale). Étant donné que ces dispositions sont généralement informelles, elles dépendent de la bonne volonté des personnes et de la disposition de la société. Cette dépendance fragilise les femmes lorsque les accords d'hébergement sont informels.

Un recul durable pour les femmes yéménites

Au Yémen du sud socialiste, un projet de loi civile, adopté en 1978, attribuait le domicile conjugal à la femme en cas de divorce et de présence d'enfants issus du mariage, même si le divorce est à l'initiative de la femme. Par la suite, la forte hausse des divorces a conduit à une révision de cet article donnant aux juges plus de latitude pour statuer sur ces questions sur la base des circonstances de l'affaire. En d'autres termes, la notion coutumière de « faute » refaisait son apparition.

L'article 30(a) amendé du code civil dispose que lorsque le mari est en faute, le juge peut ordonner « une indemnisation correcte » pour une période ne dépassant pas 1 an. Si le mariage est dissous à l'initiative de la femme, l'indemnisation ne doit pas dépasser le montant du mahr. L'État centralisé octroyait de petites allocations pour les femmes divorcées démunies. Dans la loi portant statut personnel de 1992, adoptée après la réunification, une femme divorcée peut recevoir une indemnisation de la valeur maximale d'un an d'entretien si elle a été séparée arbitrairement et si elle s'en trouve démunie. Par ailleurs, il est tenu compte de la situation du mari dans le calcul de cette indemnisation. En outre, l'entretien au cours de la 'idda n'est dû que si la femme reste « docile » et si le talaq est révocable.

La pension alimentaire

Dans les systèmes non fondés sur les lois musulmanes, les juges peuvent ordonner l'entretien ou la pension alimentaire au-delà de la période de viduité comme ils peuvent ne pas le faire. En effet, ils peuvent décider de n'octroyer aucun entretien. Lorsque l'entretien est attribué, il est généralement conditionné par le bon comportement de la femme et le fait qu'elle n'ait aucune responsabilité dans le divorce ; l'évaluation de l'une de ces conditions peut être très subjective.

C'est l'un des principaux domaines où un projet de réforme a été envisagé à Fidji. Les conventions sociales voulaient que les juges doivent évaluer le comportement sexuel d'une femme pour l'octroi de l'entretien. Le nouveau code de la famille énumère les facteurs que les juges doivent prendre en compte au moment de décider de l'entretien, la conduite de la femme ne figure pas dans cette liste. La loi est maintenant neutre du point de vue du genre, elle exige d'un conjoint qu'il subvienne aux besoins de l'autre dans la mesure du possible et au cas où le bénéficiaire est incapable de subvenir convenablement à ses besoins. Cette disposition est peut être destinée à mettre fin à certaines inégalités entre les sexes et aux rancœurs accompagnant les accords financiers après un divorce.

Dans la plupart des cas, le montant de l'entretien est insuffisant (Turquie, Républiques d'Asie centrale), et son exécution difficile. Le nouveau code civil turc a essayé d'en faciliter l'accès aux femmes en exigeant que les cas nécessitant une pension alimentaire soient jugés par le tribunal de la région où la partie qui demande la pension alimentaire est domiciliée et non pas par le tribunal du lieu de résidence conjugal.

Le mahr (dot)

Dans les systèmes fondés sur les lois musulmanes, une femme peut récupérer le reliquat du mahr dû (immédiat ou différé) à la suite d'un talaq, talaq tafwid ou ta'liq. Habituellement, elle peut aussi récupérer son mahr à la suite d'un divorce pour la plupart des motifs de tafriq ou faskh. De toute évidence, les communautés où la totalité du mahr est payée au moment du mariage évitent à la femme d'avoir à se soucier de son recouvrement au moment de la dissolution (voir le mahr, p. 179). Toutefois, dans certains systèmes, on persiste à croire, à tort, que la femme est obligée de restituer le mahr même si le divorce intervient à la demande du mari (Gambie).

Dans certaines communautés, une longue période peut s'écouler entre la date à laquelle le mariage est contracté et celle de la cérémonie du mariage, la femme ne commence ainsi la vie commune avec le mari (impliquant la consommation) qu'après cette cérémonie (Pakistan, Soudan). Dans ces systèmes, si le divorce a lieu avant la cérémonie, la moitié du mahr est récupérable. Des dispositions concernant le mahr avant consommation sont codifiées dans certains systèmes (Algérie, Maroc et Tunisie).

Bien que des lois claires facilitent le recouvrement par les femmes de leur mahr après le divorce, même les lois qui ne le mentionnent pas ou sont imprécises reconnaissent généralement le droit d'une femme divorcée de récupérer son mahr. Par conséquent, dans la plupart des systèmes basés

sur les lois musulmanes, le mahr est récupérable par voie judiciaire comme mahr ul mithl (dot de parité), même si le montant n'en a pas été spécifié dans le contrat de mariage.

Le mahr peut ne pas être récupérable du tout lorsque les lois sont fondées sur des sources autres que les lois musulmanes et, par conséquent, ne reconnaissent pas le mahr (Turquie). Le mahr peut également être irrécupérable après un divorce accordé aux motifs de « discorde/incompatibilité » (Indonésie, Malaisie, communautés palestiniennes en Israël, Sénégal), notamment lorsque le tribunal juge que la femme est « en faute ». Dans un divorce par khul', le mahr dû n'est pas récupérable ; selon les circonstances et l'appréciation du juge, une femme peut même être amenée à restituer la partie du mahr qui lui a déjà été versée.

Par ailleurs, apporter la preuve du montant de mahr déjà reçu par l'épouse (et donc le montant qui demeure dû à la femme) peut être problématique. Le montant du mahr porté sur le formulaire d'enregistrement du mariage peut différer du montant effectivement approuvé par les parties ou versé à la femme (Égypte, Malaisie, Pakistan, Sri Lanka, Soudan). Au Soudan, un montant inférieur peut être noté pour éviter les frais d'inscription qui sont calculés sur la base du montant du mahr, tandis qu'au Pakistan, un montant supérieur peut être inscrit dans la nikahnama à des fins de prestige.

Ainsi, au moment du divorce, les femmes peuvent être incapables de prouver la totalité de la somme demeurée impayée. Dans certains systèmes, c'est à la femme d'apporter la preuve du reliquat de mahr à verser. Souvent, ces systèmes acceptent aussi la parole du mari si la femme est incapable de fournir la preuve de ce qu'elle avance (Égypte), bien qu'ils puissent ne pas accepter le montant donné par le mari si ce montant ne correspond pas au statut de l'épouse. En revanche, la jurisprudence au Pakistan impose au mari de prouver le montant et le versement du mahr. Au Maroc, la nouvelle Moudawana a des dispositions plus favorables aux femmes.

Au Sri Lanka, seul le quazi peut récupérer un mahr impayé au nom de la femme divorcée. Dans la pratique, les femmes ne sont pas informées qu'elles peuvent revendiquer leur mahr non versé. Souvent, les quazis ne le récupèrent pas pour elles. Dans certains systèmes, les lois imposent un délai pour le recouvrement du mahr après un divorce ou après le décès du mari (3 ans au Bangladesh, en Inde, au Pakistan et au Sri Lanka). Dans le cas du Sri Lanka, il est intéressant de noter qu'il n'y a pas de limite de temps en matière de recouvrement du kaikuli coutumier.

En termes de pratiques, si les femmes ont un mahr important, elles s'arrangent parfois pour ne pas le réclamer en échange de la garde de leurs enfants (Pakistan, Iran). Mais un mahr élevé a ses inconvénients et peut devenir de fait un obstacle au divorce. Par exemple, chez certains Pukhtuns du Pakistan,

des biens immeubles sont transférés au nom de l'épouse comme mahr différé inscrit dans le contrat de mariage. Étant donné que le statut social chez les Pukhtuns est déterminé par le contrôle des femmes et des terres et puisque le divorce entraîne la perte des deux, les contraintes sociales le rendent quasi impossible. Au mieux, une femme peut espérer se séparer de son mari. Dans d'autres communautés, les maris peuvent user de petites cruautés constantes pour forcer leurs femmes à quitter le domicile conjugal. Si une femme quitte le domicile conjugal dans ces conditions et qu'elle ne peut pas prouver les motifs de la dissolution du mariage, elle ne peut prétendre à son mahr.

Suite aux protestations des femmes contre l'injustice qui frappe des épouses rejetées par talaq après de nombreuses années de mariage, les juges en Iran ont commencé à déterminer le montant de mahr qui est dû au moment du divorce en calculant l'effet de l'inflation sur le montant initial porté sur le contrat. Toutefois, l'application en est problématique parce que les hommes continuent de se soustraire à l'enregistrement des divorces. Un mari qui n'aura pas enregistré son divorce n'est passible que d'une amende mais le talaq reste valide.

La mata'a

Les lois musulmanes exigent que le mari paye à l'épouse la mata'a suite à un divorce qu'il aura initié ou suite à un divorce dans lequel la femme n'est pas « en faute ». La mata'a se distingue à la fois de l'entretien octroyé au cours de la période de viduité et du mahr. Il n'est pas lié au partage des biens matrimoniaux.

Tous les systèmes n'ont pas codifié la mata'a, par conséquent, il est difficile de savoir si son versement est obligatoire, d'en connaître le montant, les conditions dans lesquelles elle doit être payée et quelles formes sont admissibles (montant forfaitaire ou versement d'un capital ou mensualités). Les systèmes basés sur les lois musulmanes ne donnent pas toujours aux femmes le droit de revendiquer la mata'a malgré son fondement coranique, (Malaisie, Nigeria, Pakistan). Au Nigeria, la mata'a est rejetée comme une pratique chrétienne en raison de ses similitudes apparentes avec la pension alimentaire. Depuis fin 2005, les quazis au Sri Lanka ont été autorisés à accorder aux femmes des montants forfaitaires de mata'a (en plus de l'entretien 'iddat), droit non codifié dans le MMDA.

Lorsque la législation prévoit la mata'a, il est souvent stipulé que son montant est fonction des moyens financiers dont dispose le mari et la situation de la femme (Maroc). Malheureusement, souvent, les femmes ne peuvent pas fournir la preuve des ressources financières de leur mari de sorte que ces derniers échappent à cette obligation.

Demander à une femme qui n'a très probablement pas accès au foyer conjugal, ni accès immédiat ou direct aux documents qui pourraient étayer sa demande, d'apporter la preuve des moyens financiers du mari, l'empêche clairement de revendiquer la mata'a et de réussir à l'obtenir.

Certains soutiennent que la mata'a ouvre la voie à la l'entretien à long terme d'une femme divorcée. En effet, les lois comme celles de la Tunisie qui permettent que la mata'a soit versée par mensualités pour une durée indéfinie semblent appuyer cette thèse. Toutefois, cet entretien à long terme ne doit pas être confondu avec l'entretien 'idda qui aura été prolongé au-delà des trois mois habituels ou au-delà de l'accouchement (Égypte, Philippines, Soudan). Lorsque les mensualités de la mata'a sont subordonnées au non remariage de la femme divorcée ou au fait qu'elle n'ait pas de relations sexuelles ultérieures, la mata'a est beaucoup plus proche du concept européen de la pension alimentaire, sous tendue par l'hypothèse que les femmes dépendent économiquement des hommes. Donc, les lois qui permettent le versement mensuel de la mata'a peuvent faciliter le contrôle continu par le mari de son épouse divorcée. Dans ce cas, la mata'a n'est plus une simple consolation versée par le mari à l'épouse pour le divorce.

Partage des biens matrimoniaux lors du divorce

Beaucoup de systèmes reconnaissent le droit des femmes à prétendre à une part des biens matrimoniaux. Il existe d'ailleurs une tendance positive en ce sens, bien que des forces rétrogrades puissent s'y opposer fermement (Malaisie).

Le partage des biens lors du divorce peut être déterminé par les juges agissant selon leur propre pouvoir d'appréciation (Républiques d'Asie centrale, Fidji, Gambie, Malaisie, Singapour, Tanzanie, Yémen), avec ou sans lignes directrices prévues dans la loi. Exceptionnellement, la loi en Malaisie permet le partage de tous les biens, y compris ceux acquis individuellement par l'un ou l'autre des époux. En Malaisie, les récentes réformes intervenues dans un pays encore majoritairement patriarcal, ont, sous prétexte d'introduire une neutralité de genre, permis à des maris sans scrupules de se saisir des biens de leurs femmes à la suite d'un divorce.

Dans d'autres systèmes, les biens sont répartis entre les époux selon le régime matrimonial choisi (communauté/conjoint ou séparation - voir Glossaire) (Cameroun, Iran, Maroc, Philippines, Sénégal). Est-ce avantageux ou pas pour les femmes ? Cela dépend de la latitude qui leur est donnée pour négocier un régime à leur avantage et de la situation du couple.

Généralement, les biens matrimoniaux sont répartis de manière inéquitable, les femmes recevant une part plus petite. Cet état de fait découle en partie de la sous-estimation de la contribution des femmes d'au moins deux manières distinctes. Premièrement, plutôt que de comparer la contribution de chaque conjoint (Iran), certains systèmes lient le partage des biens matrimoniaux à la responsabilité de la « faute ». Si la femme est tenue pour responsable du divorce, elle peut ne pas recevoir sa part. Les autres accords financiers possibles en cas de divorce (recouvrement du mahr ou sa renonciation, entretien en période de viduité, pension alimentaire et mata'a) sont déjà conditionnés par le « bon comportement » de la femme. En ajoutant des conditions au partage des biens matrimoniaux, les systèmes ne reconnaissent pas le droit d'une femme à sa part de ces biens comme absolu et présument que seul le droit de l'homme à ces biens l'est.

Deuxièmement, lors de la répartition des biens matrimoniaux, les juges ont tendance à se concentrer sur l'apport financier des femmes sous forme de salaires et à sous-estimer ou à ne pas reconnaître du tout leurs contributions sous forme de travail domestique non rémunéré. Pour le code de la famille du Sénégal, la femme n'est propriétaire que des biens qu'elle aura acquis par l'exercice d'une profession rémunérée. Dans ces systèmes, les époux profitent de la contribution d'une femme sous la forme de son travail et du temps qu'elle consacre à la famille et à toute entreprise familiale, mais cette contribution est sans valeur lorsque le mariage prend fin. En Malaisie, même les biens acquis individuellement par une partie peuvent être divisés, sauf que la partie qui a effectivement acheté le bien en reçoit une plus grande part. Bien que cela puisse sembler juste et équitable en théorie, cela permet à un juge indifférent de sous-estimer la contribution de la femme et, en conséquence, de lui accorder une part infime.

Toutefois, le travail domestique et familial d'une femme est parfois pris en compte (Iran, Malaisie, Singapour). Depuis 1993, les tribunaux iraniens exigent d'un époux divorcé qu'il paye les salaires dus à sa femme au titre du travail domestique effectué à condition qu'elle ne soit pas en faute dans le divorce. En 1995, il a été fait obligation aux maris qui divorcent de verser des salaires déterminés pour le travail domestique des épouses ainsi que d'autres droits, comme le mahr et la nafaqa, avant que le divorce puisse être enregistré. En Tanzanie, dans une affaire concernant un couple musulman, les tâches domestiques ont été considérées comme une contribution à l'acquisition de biens (Bi Hawa Mohamed c Ally Sefu Civil Appel N° 9 de 1983, Greffe Dar es Salam, inédit).

Choisir le régime de la communauté des biens (où tous les biens matrimoniaux sont réputés appartenir en toute égalité aux conjoints) ne résout pas nécessairement les problèmes des femmes, en particulier en cas de polygamie. Le plus

souvent, les conventions sociales font qu'aucune partie ne demande le partage des biens communs. Toutefois, le mari restant habituellement dans le domicile conjugal et administrant les biens, le non partage fait que la femme quitte le domicile conjugal totalement démunie. De même, lors du divorce, les juges ne partagent pas toujours les biens communs de manière équitable, de plus, une femme peut avoir des difficultés à prouver sa contribution à l'acquisition d'un bien (Cameroun, Sénégal).

Comme les femmes retournent généralement au domicile de leurs parents après une séparation ou un divorce, elles perdent leur part des biens matrimoniaux qui reviennent alors au mari ou à sa famille (républiques d'Asie centrale). Dans ce cas, l'exécution d'une décision judiciaire en faveur de la femme peut être difficile.

En règle générale, la notion de partage des biens matrimoniaux n'est pas socialement reconnue en Asie du Sud. Avant une modification récente du Family Courts Act au Pakistan, le partage ne faisait pas partie des procédures qui étaient pratiquement similaires au Bangladesh et au Pakistan. Au Bangladesh, des organisations de femmes ont proposé des réformes juridiques afin que les biens acquis pendant le mariage soient partagés équitablement entre les époux à la dissolution du mariage. Les groupes politico-religieux conservateurs ont violemment combattu ces propositions et ont même exigé des excuses publiques de la part des organisations qui les avaient formulées. Au Nigeria, il n'existe aucune notion de partage des biens matrimoniaux à la dissolution du mariage conclu sous lois musulmanes. Cela est dû en partie au fait que les biens acquis au cours du mariage sont généralement considérés comme appartenant soit à l'épouse soit au mari. Essayer de suggérer que la femme puisse mériter une part des biens du mari ou des biens qui n'auront pas été clairement définis comme lui appartenant à elle, est rejeté comme une valeur « chrétienne » et/ou « occidentale » imposée, qui, en tout cas, serait injuste envers les coépouses en cas de polygamie.

Recouvrer des biens apportés lors du mariage

Les lois qui reconnaissent à une femme le droit absolu de propriété sur les biens d'usage et ceux qu'elle aura apportés lors du mariage (par exemple, la dot coutumière, *kaikuli*, *pemberian*) peuvent faciliter le recouvrement de ces biens au moment du divorce. Cela, bien sûr, en plus d'autres biens meubles et immeubles dont elle peut déjà avoir la propriété. L'octroi des biens d'usage et des avoirs étant financièrement et socialement lourd, certains systèmes ont cherché soit à l'interdire soit à en limiter la valeur (Bangladesh, républiques d'Asie centrale, Pakistan). Ces lois n'ont pas réussi à contrôler

ces pratiques, souvent, elles sont plutôt un obstacle au recouvrement par l'épouse de la totalité de ses biens en cas de divorce. Les tribunaux du Pakistan ont reconnu que les maris tentaient d'utiliser abusivement cette loi, ils ont donc insisté sur le fait que les maris devaient payer la totalité de la dot (jehez), même si sa valeur était supérieure à la limite légale.

En règle générale, le recouvrement des biens apportés lors du mariage est négocié en dehors des tribunaux. Dans de nombreuses communautés, il est socialement accepté que lors du divorce, la femme garde la propriété des biens qu'elle a apportés lors du mariage (qu'il s'agisse de marmites, de casseroles ou de voiture). Cependant, dans d'autres communautés, le recouvrement effectif de ces biens peut dépendre du rapport de force des familles respectives et de la volonté de la famille de la femme à soutenir sa revendication.

Lier les accords financiers à l'enregistrement du divorce

Les demandes de recouvrement du mahr et de la mata'a (si elle est reconnue), de partage des biens matrimoniaux et d'accords concernant la garde et l'entretien sont traitées dans le cadre de la procédure de divorce (Fidji, Iran, Malaisie, Maroc, Tunisie) ou peuvent faire l'objet d'actions séparées en justice. Ces deux approches ont des avantages et des inconvénients pour les femmes.

Intenter des actions séparées pour le divorce et pour les accords financiers est complexe et coûteux. Il aggrave le coût émotionnel de la dissolution du mariage. Cela se complique lorsque les biens matrimoniaux et la garde ne sont pas régis par les lois de la famille et nécessitent donc une action à part. Étant donné que les femmes n'ont pas toujours le soutien familial ou social pour mener une action en justice, elles finissent par simplement intenter le divorce et renoncer aux autres revendications. Au Sri Lanka, des quazis ont tenté de manière informelle de remédier à cette situation. La Loi de 1951 sur le mariage et le divorce musulmans, exige des quazis qu'ils récupèrent uniquement le mahr avant l'enregistrement du talaq. Mais, le mahr au Sri Lanka étant souvent minime, cela offre aux femmes peu de protection. Pour résoudre ce problème, des quazis retardent également la procédure d'enregistrement jusqu'à ce que la mata'a soit versée et le kaikuli payé ; cela offre aux femmes une plus grande sécurité financière.

Les lois qui exigent que toutes les questions liées au divorce soient réglées de manière concomitante, visent apparemment à supprimer la charge des actions en justice distinctes et à s'assurer que les droits de chaque partie ont été respectés et

qu'il ne reste aucun détail en suspens. En effet, en Iran, ce sont les femmes qui ont fait pression pour que la loi de 1995 soit modifiée et oblige les maris à régler toutes les revendications financières d'un divorce avant qu'ils ne puissent procéder à son enregistrement.

Mais, lorsque la revendication par une femme de ses biens matrimoniaux est accessoire par rapport à la procédure de divorce, la femme risque de tout perdre si sa demande de divorce échoue. Si elle est séparée et qu'elle tente de récupérer ses biens ou un partage des biens matrimoniaux, l'échec de la demande de divorce la laisse complètement démunie.

Par ailleurs, le divorce peut être refusé ou la procédure retardée simplement parce que le mari n'est pas disposé à remplir des obligations qui sont secondaires par rapport à l'octroi d'un divorce. En donnant au mari le pouvoir de faire traîner la procédure de divorce, ces systèmes lui donnent un puissant moyen de pression sur l'épouse pour qu'elle renonce à ses prétentions financières afin de mettre un terme à une procédure pénible.

Tenant compte de ces diverses considérations, nous dirions que les systèmes les plus avantageux sont ceux qui permettent aux tribunaux une certaine souplesse dans le jugement de chaque cas sur le fond et qui encouragent la sensibilité au genre chez les juges.

OBTENIR UNE PART ÉQUITABLE : LES FEMMES MUSULMANES À SINGAPOUR

En plus de l'entretien 'idda, de la mata'a et le recouvrement du mahr, les femmes mariées selon les lois musulmanes à Singapour (comme les femmes des autres communautés dans le pays) peuvent souvent récupérer une part importante des biens matrimoniaux, même lorsqu'elles n'ont pas contribué aux revenus de la famille par un emploi rémunéré.

En 1999, les amendements au ADMLA de 1966 (N° 27/66), ont donné une définition plus claire des biens matrimoniaux et des critères à prendre en compte par les tribunaux pour le partage de ces biens.

Les amendements ont fixé les critères comme suit (article 52 (8) (a) ADMLA) :

- (a) la contribution de chaque partie sous forme d'argent, de biens ou de travail en vue d'acquérir, de faire fructifier ou d'entretenir des biens.
- (b) toute dette ou obligation contractée ou entreprise par l'une quelconque des parties à leur bénéfice commun ou au bénéfice de tout enfant issu du mariage.
- (c) les besoins des enfants, le cas échéant.
- (d) la contribution de chaque partie au bien-être de la famille, y compris en s'occupant de la maison, de la famille ou de parents âgés, infirmes ou à la charge de l'une ou l'autre partie.
- (e) tout accord entre les parties relatif à la propriété et au partage des biens dans la perspective du divorce.
- (f) toute période de loyer gratuit ou autres avantages dont a joui une partie dans le domicile conjugal à l'exclusion de l'autre partie.
- (g) l'aide ou le soutien apportés par une partie à l'autre partie (qu'elle soit matérielle ou non), y compris l'aide ou le soutien prodigués à l'autre partie dans l'exercice de sa profession ou dans son entreprise.
- (h) le revenu, les gains, les biens et autres ressources financières que détient chacune des parties ou qu'elle est susceptible de détenir dans un avenir proche.
- (i) les besoins, obligations et responsabilités financiers que chacune des parties a ou est susceptible d'avoir dans un avenir proche.
- (j) le niveau de vie de la famille avant la rupture du mariage.
- (k) l'âge de chaque partie et la durée du mariage.
- (l) toute incapacité physique ou mentale de l'une des parties, la valeur de toute allocation dont bénéficie l'une des parties (comme une pension de retraite) dont l'autre partie perdra le bénéfice en raison de la dissolution du mariage.

L'amendement de 1999, (Section 52 (14) ADMLA), définit les biens matrimoniaux comme :

- (a) tout bien acquis avant le mariage par une des parties ou les deux parties au mariage et qui aura été considérablement fructifié au cours du mariage par l'autre partie ou par les deux parties au mariage.

(b) tout bien, quelle que soit sa nature, acquis pendant le mariage par une des parties ou les deux parties au mariage.

Toutefois, cela exclut tout bien (hors le domicile conjugal), qui a été acquis par une partie à n'importe quel moment, par un don ou par héritage et qui n'a pas été sensiblement fructifié pendant le mariage par l'autre partie ou par les deux parties au mariage.

LOIS :

Questions liées à la dissolution – mahr et mata'a

Critères

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :
 - prévoient le recouvrement des mahr et mata'a ; et
 - ne précisent pas une date limite ou une forme particulière de mata'a ; ou
 - prévoient la possibilité de dommages-intérêts à verser par la partie « en faute » (systèmes non fondés sur les lois musulmanes).
- ☹ Les lois un peu moins favorables sont celles qui :
 - prévoient le recouvrement des mahr et mata'a ; mais
 - fixent des limites à la forme et/ou au montant de la mata'a, ou la rendent disponible uniquement dans le cas de talaq.
- ☹ Les lois les plus défavorables sont celles qui :
 - prévoient le recouvrement du mahr ; mais
 - ne reconnaissent pas le concept de mata'a.

☺ Recouvrement du mahr et accords compensatoires sont reconnus dans la loi

Tunisie : L'article 31 du CSP dispose que le tribunal détermine la réparation financière que les parties se doivent en cas de divorce. Pour les tribunaux, cela signifie que si une femme est divorcée « à tort », on doit pouvoir lui attribuer la mata'a sous forme de versement d'un capital, de versement unique ou de rente mensuelle. La rente peut être revue à la hausse ou à la baisse et cesse à la mort du mari et au remariage de l'épouse, ou à tout autre moment lorsque la femme cesse d'exiger l'entretien. Le montant peut être déterminé par le niveau de vie auquel la femme était habituée. En vertu de l'article 32, le juge ordonne même d'office toutes les mesures liées au divorce et concernant la résidence des époux, la pension alimentaire, la garde des enfants et le droit de visite.

Malaisie : En vertu de l'article 56 et 57 du IFLA, une femme divorcée « sans raison valable » peut demander la mata'a tout en conservant son droit au mas kahwin (mahr). Le montant de la mata'a doit être juste et équitable. L'article 47(1) (f) dispose que les conjoints sont tenus d'informer le juge de tout accord ou réclamation concernant l'entretien et le logement de la femme et des enfants, la garde et le partage des biens matrimoniaux. Selon l'article 47 (11), le comité de conciliation joint ses recommandations concernant les questions liées au divorce au certificat de non conciliation.

Iran : Le mahr dû est récupérable au moment du divorce, à condition que la femme ne soit pas en faute. Si le mahr n'a pas été déterminé, l'article 1091 du CC prévoit que le mahr ul mithl sera appliqué. En 1993, « un salaire pour travaux domestiques » (ujjat ul mithl) a été confirmé dans la loi pour les femmes n'ayant pas divorcé pour faute. Le juge en fixe le montant en fonction de la période de cohabitation du couple, l'activité de la femme et la situation financière du mari. Lorsque le mari est démuné, aucun « salaire pour travail domestique » ne sera versé à l'épouse. Suite à un amendement de 1995, toutes les questions financières liées au divorce doivent être réglées avant que le divorce ne puisse être enregistré.

Algérie : L'article 14 du CF régit le droit de la femme au mahr. Selon l'article 52, si le juge constate que le mari aura abusivement usé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse le droit aux dommages et intérêts pour préjudice subi. L'article 53 bis modifié prévoit que le juge peut accorder des dommages en cas de divorce pour faute de la femme.

Maroc : Selon l'article 83-84 de la nouvelle Moudawana, avant que le divorce puisse être finalisé, le juge fixe le montant dû à la femme. Il comprend tout reliquat de mahr et la mata'a évaluée en fonction de la durée du mariage, des moyens financiers du mari, des raisons du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours du mari au divorce. Le mari doit verser ce montant au tribunal dans un délai de 30 jours. Le défaut de paiement est considéré comme la renonciation à l'intention de divorcer. Les mêmes dispositions concernant le mahr et la mata'a s'appliquent lors de la dissolution en raison de discorde persistante (Art. 97) et lors de la dissolution fondée sur la faute (Art. 113). Les articles 32 & 109-110 énoncent des dispositions complexes concernant le droit au mahr dans le cas d'un mariage non consommé, surtout si le divorce est prononcé en raison de vices cachés (un motif à la disposition des deux conjoints). Dans certains cas, aucun mahr ne peut être dû.

Gambie : (mariages sous lois musulmanes) : la femme ne restitue pas le mahr au moment du divorce. Le précepte coranique selon lequel le mari doit faire un don convenable à son épouse au moment du divorce est appliqué.

Le droit n'est pas fondé sur les lois musulmanes

Turquie : Dans le cadre de l'article 174 du CC, la partie la moins fautive et dont les intérêts réels ou potentiels auront subi un préjudice en raison du divorce, peut réclamer une réparation raisonnable qui peut être payée mensuellement ou en un seul versement. En vertu de l'article 176, un montant forfaitaire de dommages et intérêts peut également être demandé pour atteinte aux droits de la personne.

Sénégal : En cas de divorce, les deux époux sont tenus de payer des dommages et intérêts, évalués par le juge, à la partie lésée.

😊 Recouvrement du mahr et accords compensatoires reconnus dans la loi ; la mata'a est limitée dans la forme et/ou le montant

Égypte : Si le couple divorce sur la base du préjudice, les arbitres nommés par le juge fixent la réparation due dans le cadre de la procédure. L'article 18 (2) de la loi de 1920 portant Statut personnel modifiée par la loi N° 100 de 1985, dispose qu'une femme divorcée par talaq ou sans faute de sa part est en droit de recevoir la mata'a. Toutefois, la mata'a est envisagée comme un entretien prolongé plutôt que comme une somme forfaitaire. Elle équivaut à deux ans au moins d'entretien, son montant et sa durée sont calculés en fonction de la situation financière du mari, des conditions du divorce et de la durée du mariage.

Soudan : Si la raison du divorce n'est pas un défaut physique de la femme, la pauvreté du mari, l'absence d'entretien ou le khul, la mata'a doit être décidée par le juge sur la base des moyens de l'époux. Elle équivaut à six mois d'entretien maximum.

Recouvrement du mahr reconnu ; la mata'a n'est disponible qu'en cas de talaq

Yémen : Les articles 33-39 de la loi de statut personnel reconnaissent le droit de la femme au mahr et au mahr ul mithl lorsque le mahr n'a pas été précisé. En vertu de l'article 71, le juge ne peut attribuer la mata'a que dans le cas de talaq qui met l'épouse dans une situation de détresse et de difficulté. Le montant est calculé selon les moyens du mari. Sa valeur maximale équivaut à 1 an d'entretien pour une femme de son statut.

⊗ **Le recouvrement du mahr est légal ; la mata'a n'est pas reconnue dans la loi**

Sri Lanka : En vertu de l'article 4, annexe 2 du MMDA, lorsqu'un mari divorce de sa femme, le quazi a le devoir d'engager le recouvrement du reliquat du mahr même si la femme n'en fait pas la demande. Selon l'article 47 (1), le quazi décide si le mahr doit être payé et quel doit être son montant. En vertu de l'article 39, la femme ne peut prétendre au mahr passé un délai de trois ans après la dissolution du mariage. La mata'a n'est pas mentionnée dans le MMDA, mais une circulaire des services judiciaires de décembre 2005 a autorisé les quazis à accorder des montants forfaitaires de mata'a (en sus de l'entretien 'iddat) aux femmes. Les tribunaux de quazi ont accordé des mata'a qui sont à présent remises en cause dans plusieurs affaires à la Cour d'appel.

Bangladesh et Pakistan : le mahr peut être recouvré après un divorce par talaq ou talaq tafwid ou après un divorce dans le cadre du DMMA (soit par une action distincte en justice ou dans le cadre de l'action pour la dissolution intentée auprès des tribunaux de la famille). Si aucun mahr n'a été accordé ou une partie de celui-ci seulement l'a été en réparation d'un khul', l'épouse peut encore en recouvrer le reliquat. Si le montant du mahr n'a pas été spécifié dans le contrat de mariage, le juge appliquera le mahr ul mithl. Le mahr est considéré comme inclus dans le Limitations Act de 1908 (datant de l'ère coloniale) qui stipule qu'une demande de recouvrement doit être faite dans les 3 ans après le divorce ou le décès, sinon la femme perd ce droit. Le mari est tenu de prouver le montant du mahr déjà payé. La mata'a n'est pas reconnue.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : le mahr est toujours payé dans sa totalité au moment du mariage. L'épouse le garde en cas de divorce par talaq ou lorsque le mari ne respecte pas les termes du mariage. La mata'a n'est pas reconnue en tant que concept.

LOIS :
Entretien au cours de la période de viduité et pension alimentaire

Critères

Bien qu'il puisse être avantageux pour certaines femmes que l'entretien soit prolongé au-delà de la période de viduité ou 'idda comme nous l'avons vu dans l'introduction à ce chapitre et le chapitre sur l'entretien, p. 219, la conceptualisation de l'entretien peut renforcer les stéréotypes sexuels négatifs et renforcer la domination de l'ex-mari sur son ex-épouse. En outre, il est difficile de comparer les concepts de pension alimentaire et d'entretien de la période de viduité. Nous avons donc choisi de ne pas classer les législations selon qu'elles sont plus ou moins favorables.

NOTE : Pour la durée de la période de viduité pendant laquelle l'entretien est dû, voir période de viduité, p. 310.

Entretien au-delà de 3 mois/délivrance possible ; accès au domicile conjugal reconnu

Soudan : En vertu de l'article 73 du MPLA, une femme divorcée a droit à l'entretien au cours de la 'idda. Le montant est fixé en fonction des moyens du mari, sa durée totale ne doit pas dépasser un an sauf si la femme donne naissance à un enfant. Dans ce cas, elle a droit à un maximum de deux ans et trois mois d'entretien à partir de la date de la naissance de l'enfant. La loi accorde aux femmes le droit de passer la période de 'idda au domicile conjugal. Au cours de cette période, la femme est physiquement confinée dans son logement. Les femmes travailleuses en cours de 'idda sont tenues d'être en congé pendant cette période.

Droit non fondé sur les lois musulmanes : pension alimentaire sous certaines conditions

Turquie : Dans le cadre de l'article 175 du CC, l'une ou l'autre des parties peut être tenue de payer l'entretien à la partie qui n'est pas en faute et qui se retrouve démunie à la suite du divorce. (Un précédent article stipulant qu'une femme ne devait l'entretien à

son ex-mari que si elle était riche a été supprimé car « discriminatoire envers les hommes ». Le montant qui est déterminé par les moyens financiers de la partie qui doit payer peut être versé mensuellement ou en une seule fois. Une partie peut être privée de tout entretien résultant d'un accord mutuel ou décidé par le juge ou de tout dédommagement matériel lorsqu'elle : n'est plus démunie, adopte un style de vie immoral, vit avec une autre personne sans mariage préalable ; se remarie ou décède. L'article 178 prévoit que les demandes d'entretien doivent être introduites 1 an à compter de l'acte définitif de divorce.

Cameroun : Il peut être accordé à la femme l'entretien après le divorce si son mari est la partie en faute dans la séparation. Le juge fixe le montant de l'entretien en tenant compte des moyens financiers de l'ex-mari et des besoins de la femme. Le paiement de l'entretien se poursuit aussi longtemps que la femme est dans le besoin et ne se remarie pas.

Fidji : La formulation neutre du point de vue du genre de l'article 155 du FLA exige des conjoints de s'entretenir mutuellement dans la mesure où chacun est raisonnablement en mesure de le faire, et si, et seulement si, l'autre partie n'est pas en mesure de subvenir convenablement à ses besoins par elle-même. Les raisons suffisantes pour qu'un conjoint ne soit pas en mesure de subvenir à ses besoins comprennent (mais ne s'y limitent pas) : les soins des enfants et l'incapacité physique ou mentale d'avoir un emploi rémunéré. L'article 157 énumère les seuls facteurs dont un juge peut tenir compte au moment de rendre une ordonnance d'entretien, « l'obéissance » n'y figure pas. En revanche, y figurent l'âge et la santé de chacune des parties ; leurs revenus, les régimes de retraite et la capacité d'avoir un emploi rémunéré ; la responsabilité des enfants et d'autres personnes à charge ; le niveau de vie raisonnable, l'éventualité que l'entretien puisse permettre à la partie de renforcer à long terme sa capacité de devenir économiquement indépendante, la contribution de la partie au revenu de l'autre partie, à ses gains financiers et ressources ; la durée du mariage et la perte éventuelle de revenu subie par le requérant ; les conditions financières relatives à toute cohabitation par l'une ou l'autre partie ; l'impact de toute ordonnance financière par le juge. Les ordonnances d'entretien provisoire sont possibles selon l'article 158. L'article 164 dispose que les ordonnances financières peuvent prendre des formes très diverses : sommes forfaitaires, paiement hebdomadaire, mensuel ou autre périodicité, transfert de capital, contrat de fiducie. Le juge dispose de pouvoirs procéduraux vastes et détaillés selon les besoins et les bénéficiaires, il peut faire respecter les ordonnances (art. 168) et empêcher la vente de biens (Art. 169). En vertu de l'article 165, les ordonnances financières cessent d'avoir effet en cas de décès d'une des parties, de remariage ou de cohabitation de la personne bénéficiaire, bien que des exceptions puissent être possibles. Tout entretien versé après le remariage peut être récupéré.

Nigeria : (mariages en vertu du MCA : l'un des deux conjoints peut être tenu de payer une pension alimentaire à l'autre en fonction de sa situation économique relative.

Sénégal : Selon l'article 178 du CF, la cour peut attribuer l'entretien pour un maximum de 300 jours (équivalent de la période de viduité) si le divorce a été engagé par le mari en raison d'une incompatibilité ou à cause de la maladie grave et incurable de la femme. Le montant peut être revu à la hausse ou à la baisse selon les conditions des parties. Si les efforts de conciliation échouent, le juge peut rendre des ordonnances provisoires concernant la garde, l'entretien et le partage des biens matrimoniaux.

Droit fondé sur les lois musulmanes : entretien peut être prolongé au-delà de la 'idda, plus proche de la notion de pension alimentaire

Tunisie : En plus de l'entretien 'idda, si la femme n'est pas en faute dans le divorce, l'indemnisation peut prendre la forme de paiements mensuels dont la conception est proche de l'entretien prolongé (voir p. 219).

Indonésie : Selon l'article 41 (c) du MA, l'une quelconque des parties peut être obligée par un juge à verser une pension alimentaire à l'autre partie.

Philippines : L'article 67 du CMPL stipule que l'entretien 'idda peut durer deux ans après la naissance d'un enfant à condition que la femme continue de l'allaiter et selon le pouvoir discrétionnaire du juge. Le paiement de l'entretien peut être quotidien, hebdomadaire ou mensuel. En vertu de l'article 69, si le payeur décède, ses héritiers ne peuvent pas réclamer le remboursement de tout entretien qui a déjà été payé. Selon l'article 70, le paiement de l'entretien cesse : à la mort du bénéficiaire, lorsque le payeur est la femme et qu'elle ne peut plus subvenir aux besoins du mari divorcé sans négliger ses propres besoins et ceux de sa famille (mais les maris dans le besoin sont encore obligés de subvenir aux besoins de leurs épouses), lorsque le bénéficiaire commet un acte qui, en vertu de la loi musulmane, le disqualifie de la succession ou de l'aide.

Égypte : Une femme divorcée a droit à la nafaqa pendant 1 an ; le montant des versements sera calculé selon les ressources de l'ex-mari, mais il ne doit pas être inférieur au montant nécessaire pour répondre aux besoins de la femme. Les ordonnances d'entretien provisoire doivent être émises dans les 2 semaines qui suivent la requête de l'épouse. Le montant de l'entretien sera

déduit de la somme définitive due. Une femme qui n'est pas en faute a droit à une indemnisation pendant au moins 2 ans. Cette indemnité vient s'ajouter à l'entretien 'idda et intervient sous forme d'une rente mensuelle ; par conséquent, ce paiement est de conception similaire à l'entretien prolongé (voir p. 219). Selon l'article 18b (3) de la loi sur le statut personnel de 1929, modifiée par la loi N° 100 de 1985, le mari qui divorce doit pourvoir au logement décent indépendant de ses enfants mineurs et de la femme qui en a la garde. Elle doit choisir soit de vivre de façon autonome dans le domicile conjugal ou de demander au juge d'évaluer les loyers à payer pour un logement de remplacement pour elle-même et ses enfants. Les ordonnances provisoires sont possibles. Le mari peut revenir au domicile conjugal à la fin de la période de garde.

Entretien limité à la 'idda

Bangladesh et Pakistan : Une femme divorcée n'a droit à l'entretien qu'au cours de la période de 'idda. Cette période commence à courir soit à la date à laquelle la mairie reçoit la notification de talaq ou à la date où l'acte de dissolution du tribunal est transmis à la mairie. Elle dure 90 jours révolus. Dans le cas où la femme est enceinte, jusqu'à la naissance de l'enfant, si celle-ci est postérieure. La loi ne conditionne pas le droit à l'entretien d'une femme divorcée par son comportement. Une femme peut perdre son droit à l'entretien 'idda si cela fait partie de l'ordonnance du tribunal pour une décision de khul'.

Pakistan : Grâce à l'amendement apporté à la Loi sur les tribunaux de la famille, qui est entré en vigueur en 2002, les tribunaux peuvent émettre des ordonnances d'entretien provisoire à tout moment d'une action en entretien ou dans le cadre d'une action en dissolution.

Sri Lanka : En vertu de l'article 47 (1) (d) du MMDA, l'entretien ne peut être réclamé qu'après des tribunaux quazi jusqu'à l'enregistrement du divorce ou au cours de la 'idda. L'article 47 (1) (g) dispose que cet entretien peut inclure les dépenses de la période qui suit l'accouchement. Les femmes mariées dans le cadre du MMDA ne peuvent bénéficier de la loi générale, qui prévoit une pension alimentaire. La loi ne conditionne pas le droit à l'entretien d'une femme divorcée par son comportement.

Iran : Le droit d'une femme divorcée à l'entretien est limité à la période de 'idda ; le montant de l'entretien doit être réglé avant que le divorce puisse être enregistré. Une femme en faute ou pushup ne bénéficie généralement pas de l'entretien 'idda.

Algérie : Selon l'article 61 du CF, une femme divorcée a droit au maintien au domicile conjugal pendant la 'idda pour autant qu'aucune immoralité de sa part ne soit établie. Elle a également le droit à l'entretien au cours de la période de viduité. Le montant de la pension d'entretien dépend de la situation des conjoints et de leurs conditions de vie.

Malaisie : En vertu de l'article 65 (1) du IFLA, l'entretien est versé à une femme jusqu'à l'expiration de sa 'idda ; toutefois, une décision du juge la déclarant pushup met fin à ses droits. L'article 70 prévoit un entretien provisoire qui peut être déduit de tout montant d'entretien définitif à condition que le montant reçu par la femme après cette déduction soit suffisant pour couvrir ses besoins indispensables. L'article 65 (2) dispose que le droit de la femme à son pemberian cesse si elle se remarie, si elle entretient une relation adultère ou à la date convenue.

Maroc : L'article 84 de la nouvelle Moudawana prévoit l'entretien pour la période de 'idda. L'épouse demeure dans le domicile conjugal pendant la période de 'idda, ou si nécessaire, dans un logement convenable selon sa situation financière et celle de son mari. A défaut, le juge doit fixer un montant d'argent couvrant les dépenses de logement et à déposer auprès du tribunal. L'article 53 exige que le ministère public intervienne immédiatement pour réintégrer un conjoint expulsé sans justification du foyer conjugal et garantir sa sécurité et sa protection. Selon l'article 196, une femme qui quitte le domicile désigné sans la permission de son mari au cours de la période de 'idda, perd le droit au logement mais pas à l'entretien. C'est un progrès important par rapport à la précédente législation.

Nigeria (mariages sous lois musulmanes) : Si une femme est divorcée par talaq révocable, elle passe la 'idda dans la maison de son mari et elle a droit à l'entretien. Si elle est irrévocablement divorcée, elle passe la 'idda dans la maison de son mari, mais n'a pas le droit à l'entretien, sauf si elle est enceinte. Dans ce cas, le mari est tenu de subvenir à ses besoins jusqu'à la naissance de l'enfant.

Yémen : En vertu des articles 86 et 87 de loi de statut personnel, l'entretien 'idda et l'hébergement ne sont dus qu'à la suite d'un talaq révocable, et même dans ce cas, uniquement si la femme reste obéissante.

LOIS :

Accord sur les biens en cas de divorce

Critères

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :
 - prévoient le partage des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage, en tenant compte du travail domestique non rémunéré des femmes.
- ☺ Les lois un peu moins favorables sont celles qui :
 - prévoient le partage des biens matrimoniaux lors de la dissolution du mariage mais ne prennent pas en compte le travail domestique non rémunéré des femmes ; ou
 - demandent ou permettent aux couples de choisir un régime matrimonial au moment du mariage.
- ☹ Les lois les plus défavorables sont celles qui :
 - ne prévoient pas le partage des biens matrimoniaux lors de la dissolution ; ou
 - n'évoquent pas du tout le partage des biens matrimoniaux.

☺ Les tribunaux peuvent ordonner le partage des biens matrimoniaux en tenant compte du travail domestique des femmes

Républiques d'Asie centrale : Tous les biens acquis par les conjoints pendant le mariage appartiennent aux deux parties en toute égalité et doivent être partagés en cas de divorce. Les juges ont la prérogative de partager les biens de façon inégale dans certains cas. Par exemple, le logement familial sera attribué à la femme si elle a la garde des enfants.

Malaisie : Selon l'article 58 du IFLA, suite à un divorce, le juge a le pouvoir d'ordonner le partage des biens ou du produit de la vente de biens acquis grâce aux efforts conjoints des parties au cours du mariage. Selon l'article 58 (2), le juge doit tendre vers une répartition équitable en tenant compte de l'apport de chaque partie sous forme d'argent, de travail ou de capital dans l'acquisition des biens : les dettes contractées par l'une ou l'autre partie pour le bien commun et les besoins des enfants mineurs issus du mariage. L'article 58 (3) et (4) dispose que les biens acquis par le seul effort de l'une des parties au mariage peut également être partagé en tenant compte de la contribution au bien-être de la famille apportée par la partie qui n'a pu acquérir les biens et les besoins des enfants mineurs de la famille. Toutefois, le partage doit être raisonnable et la partie dont les efforts ont permis l'acquisition des biens doit recevoir une plus grande part. Selon l'article 58 (5) les biens à partager peuvent inclure les biens acquis par l'une des parties avant le mariage mais qui auront été considérablement fructifiés au cours du mariage par l'une ou l'autre partie ou grâce à un effort commun.

Singapour : Les amendements apportés du ADMLA en 1999 ont inclus des dispositions contenues dans la Charte des femmes concernant le partage des biens matrimoniaux et habilitant les tribunaux de la charia à tenir compte d'un grand nombre de facteurs, dont le travail domestique, lors du partage des biens matrimoniaux, (articles 52(8) et 52(14) du ADMLA) (voir p. 322). Les amendements ont également facilité le recouvrement des biens en permettant aux tribunaux de faire exécuter les ordonnances. Même dans les dispositions précédentes, la jurisprudence accordait généralement aux femmes n'ayant apporté aucune contribution financière directe au ménage jusqu'à 50% du produit de la vente des biens matrimoniaux (en plus de la mata'a et de l'entretien 'idda), en tenant compte de la durée du mariage, de leur contribution au ménage et d'autres facteurs (tels que les circonstances du divorce et de la probabilité que la mata'a et l'entretien 'idda soient récupérables). Si une femme a contribué à hauteur de 40% environ au revenu de la famille, elle reçoit 70% du produit net de la vente des biens matrimoniaux (Zulkifli B. Abu Bakar c Siti Rohani Bt. Jaafar, Affaire en appel N° 57 de 1996 ; Zaiton Bt. Hashim c Salleh Bin Jaafar, Affaire en appel N° 24 de 1998). Lorsque la contribution financière directe de l'épouse est faible ou inexistante, il lui a été accordé, entre 33% et 50% du produit net (Bt Asmah Bee Moh'd Din c Selamat bin Sarkawi, Affaire en appel N° 11 de 1995 ; Noor Afisah Bt Omar c Rohaizat Bin Wardi, Affaire en appel N° 16A de 1996).

Fidji : Selon les articles 161-162 du FLA, les tribunaux peuvent rendre des ordonnances relatives aux biens, y compris l'octroi d'un bien à titre de compensation en remplacement de tout intérêt dans un autre bien ; il doit être tenu compte de la contribution directe et indirecte, financière ou autre, à l'acquisition, la conservation ou la fructification d'un bien (même si ce bien a été vendu), ainsi que de la contribution au bien-être de la famille, de l'âge et de l'état de santé des parties, des revenus et des ressources (y compris les revenus provenant de la cohabitation avec une autre personne), de la partie ayant la garde des enfants et des ordonnances d'entretien, d'un niveau de vie raisonnable, de tout autre fait ou condition dont la justice exige qu'il soit tenu compte. En vertu de l'article 164, les ordonnances financières peuvent prendre la forme d'un transfert de capital. Selon l'article 169, le juge peut empêcher la vente de biens qui aurait pour but de les soustraire à une éventuelle ordonnance de règlement financier.

☺ **Les tribunaux peuvent ordonner le partage des biens matrimoniaux ; le travail domestique des femmes n'est pas pris en compte**

Gambie (mariages en vertu du CMA) : Il est laissé à la discrétion des juges de rendre une ordonnance juste et équitable pour la répartition des biens en vertu du CMA et des lois de la Gambie, 1990. Selon l'article 22 du CMA, 1986 (Cap 43), l'ordonnance peut inclure les biens meubles et immeubles ; le conjoint qui ne peut garder la propriété des biens indivisibles peut être indemnisé pour sa part dans ces actifs par le biais d'un versement unique ou plusieurs versements. Selon l'article 28, le juge peut émettre une injonction pour empêcher une partie de vendre un bien ou d'en permettre la vente avec l'intention de contrecarrer un règlement financier. Selon l'article 2 du Married Women's Property Act de 1885 (Cap 41 : 05), la femme peut acquérir, détenir et vendre des biens mobiliers et immobiliers selon son gré.

Indonésie : L'article 37 prévoit que les biens communs soient traités conformément aux différentes lois régissant les diverses communautés d'Indonésie. En vertu de l'article 42 (2), le règlement N° 9 de 1975 concernant la mise en œuvre de la loi du mariage, les demandes de garde provisoire, de pension alimentaire et du maintien des biens des conjoints sont traités dans le cadre de la même requête.

Pakistan : Dans la Loi sur les tribunaux de la famille amendée, entrée en vigueur en 2002, une requête en dissolution peut inclure le recouvrement par la femme de ses biens et « tout autre bien de la partie à la requête », ce qui pourrait inclure tous les biens détenus par le couple pendant le mariage et auxquels a contribué la femme. Auparavant, pour un litige de ce type, l'épouse n'avait pas d'autre choix que d'engager des poursuites dans le civil ; aujourd'hui, les tribunaux de la famille peuvent juger ces affaires. Cette législation doit encore être testée devant les tribunaux, on ne sait pas encore si le travail domestique non rémunéré est pris en compte. Les tribunaux de la famille peuvent désormais émettre une ordonnance provisoire pour préserver et protéger les biens litigieux pouvant faire l'objet d'une éventuelle décision. Dans le cadre de la loi sur la restriction de la dot et cadeaux nuptiaux de 1976, la femme est la propriétaire exclusive de la dot. Bien que la loi impose des plafonds à la dot, la jurisprudence permet aux femmes de recouvrer, grâce aux tribunaux de la famille, une dot supérieure au plafond légal. La dot peut être réclamée jusqu'à trois ans après le divorce.

Les conjoints peuvent décider du régime de propriété des biens au moment du mariage

Iran : Le contrat de mariage standard comporte une clause facultative indiquant que les biens accumulés pendant le mariage seront partagés par moitié en cas de divorce.

Philippines : L'article 38 du CMPL prévoit qu'en l'absence de tout autre accord écrit conclu entre les époux (que ce soit dans le contrat de mariage ou ultérieurement), le couple est régi par un régime de séparation de biens. L'article 41 stipule que chaque conjoint conserve le bien quel qu'il soit apporté lors du mariage, tous les revenus provenant d'un emploi ou d'un commerce, l'argent hérité au cours du mariage, les revenus de biens personnels ainsi que les cadeaux de mariage ; la femme conserve son mahr. L'article 43 prévoit que chaque conjoint conserve le bien dont il a un usage habituel. Les couples peuvent choisir un régime de communauté totale des biens, ce qui signifie qu'au moment du divorce, tous les biens apportés lors du mariage et acquis pendant le mariage soient partagés équitablement au moment du divorce.

Cameroun : Le choix par les époux du régime matrimonial fait partie des documents du mariage : régime de communauté ou de séparation des biens. Lorsqu'il n'y a pas de contrat pré-nuptial, le juge présume la communauté des biens. Une fois la procédure de divorce engagée, l'un des conjoints doit introduire une requête de partage des biens communs. Dans le régime de communauté de

biens, chacun des époux doit recevoir la moitié des biens. Dans un régime de séparation des biens, les parties conservent au moment du divorce les biens à leur nom ainsi que leurs parts respectives des biens détenus en leurs deux noms.

Sénégal : Le choix par les époux du régime matrimonial fait partie des documents du mariage : régime de communauté ou de séparation des biens ou régime dotal (le mari administre tous les biens donnés à l'épouse au moment du mariage. Ces biens reviennent à cette dernière à la dissolution dudit mariage). En l'absence d'acte pré-nuptial, les tribunaux présument un régime de séparation des biens. Cependant, quelle que soit l'option choisie, selon l'article 381(3) du CF, les biens de la principale habitation du mari sont présumés appartenir à ce dernier ; (sont réputés appartenir à chaque épouse les biens trouvés dans la demeure qui lui a été fixée par le mari hors de la principale habitation de celui-ci). Selon l'article 382, en l'absence de preuve de la propriété exclusive d'un bien, celui-ci « appartiendra indivisément » aux époux, à chacun pour moitié, et sera partagé entre eux, à la dissolution du mariage. En vertu de l'article 393 (2), tous les biens personnels (par exemple, les bijoux) ou biens immeubles apportés lors du mariage sont exclus du régime communautaire. Si l'un des époux a une entreprise, le jugement concernant sa division entre en vigueur 3 mois à compter de la date à laquelle le divorce a été légalement notifié. En cas de divorce par consentement mutuel, le juge doit également confirmer le consentement des époux au partage des biens.

Maroc : L'article 49 de la nouvelle Moudawana stipule que les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre, mais permet aux conjoints de conclure un accord écrit sur les conditions de fructification et de partage des biens qu'ils auront acquis pendant le mariage. Informer les conjoints de ces dispositions fait partie des tâches des adouls (notaires) présents à la célébration du mariage. A défaut de cet accord il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour faire fructifier les biens de la famille.

⊗ La loi ne prévoit pas de partage des biens matrimoniaux

Bangladesh : Les lois de la famille ne prévoient pas d'accords sur les biens après le divorce. Toutefois, une requête peut être introduite dans le civil pour récupérer la part des biens matrimoniaux revenant à la femme. Selon les articles 3, 4 et 5 de la loi sur l'interdiction de la dot de 1980, le fait de promettre, de donner, de recevoir, d'exiger de l'argent ou d'autres biens de l'époux en contrepartie d'un mariage, constitue un délit sans caution, passible d'une peine de prison et d'une amende.

Sri Lanka : les lois de la famille ne prévoient pas de règlements pour les biens après le divorce. Le MMDA reconnaît précisément que le kaikuli (sous forme d'argent ou de biens meubles) doit être retenu en fiducie par le mari pour sa femme. Le conseil des quazis a décidé que les quazis ne peuvent enquêter et statuer sur une demande de kaikuli que si ce dernier est mentionné dans le contrat de mariage. Le kaikuli récupéré au moment du divorce doit être déposé auprès du tribunal de district et ne peut être retiré que sur autorisation du quazi. Si le kaikuli n'est pas mentionné dans le contrat de mariage, la femme peut s'adresser au tribunal de district pour un recours.

Soudan, Yémen : La loi ne dit rien sur le partage des biens matrimoniaux en cas de divorce.

MISE EN ŒUVRE

Les tribunaux renforcent les droits financiers des femmes lors du divorce

Cameroun : Même si les époux n'ont pas choisi le régime de la communauté des biens, les tribunaux ordonnent généralement que les biens soient divisés entre eux. Il incombe aux parties d'en référer à un notaire afin qu'il détermine le partage des biens et lui donne effet.

Iran : À la suite des pressions exercées par les organisations de femmes, le juge (soit à la demande de l'épouse ou à sa propre discrétion) calcule le montant du mahr recouvrable selon sa valeur au moment du mariage du couple ; cela ne s'applique que si le mahr a été inscrit en valeur monétaire et non en valeur or et immobilière. Ainsi, si à l'époque du mariage du couple le montant du mahr valait 300g, une somme équivalente devra être versée au moment de la dissolution, plutôt que le montant original inscrit non corrigé de l'inflation.

Malaisie : Aucune déclaration de talaq, aucun acte de divorce ou annulation ne sont enregistrés sans la constatation par le greffier en chef que l'ordonnance finale a été émise concernant la garde et l'entretien des enfants à charge, l'entretien et le logement de la femme divorcée et sa mata'a.

Pakistan : Lorsque l'entretien à vie de la femme divorcée est intégré comme condition dans le contrat de mariage, les tribunaux reconnaissent ce droit à l'épouse. Cet état de fait est basé sur un précédent datant d'avant l'indépendance selon lequel : « les droits matrimoniaux cessent avec le divorce, mais le contrat subsiste jusqu'à ce que la demanderesse décède ou le rompe, et, tant que le droit à l'entretien dure, il ne peut être considéré comme nul et non avenue ou comme contraire à l'ordre public » (Muhammad Muinuddin c Jamal Fatima (1921) 43 All. 650).

Philippines : Bien que la séparation complète des biens soit la norme dans les mariages conclus selon le CMPL, ce qui ne donne pas le droit à une femme à une part du patrimoine de son mari au moment du divorce, dans une affaire jugée par un tribunal de la sharia, l'épouse a reçu un tiers de la valeur des biens de l'entreprise de son mari. Le juge avait déclaré qu'elle avait contribué à gérer et à diriger l'entreprise.

Sri Lanka : Dans le MMDA de 1956, le non versement du mahr n'empêche pas l'enregistrement du divorce. Dans la pratique, les quazis refusent d'enregistrer un talaq jusqu'à ce qu'un certain montant de la mata'a soit mis à la disposition de la femme ou que le kaikuli soit remboursé. Alors que le MMDA de 1956 ne prévoit pas spécialement de mata'a, les quazis l'intègrent dans la procédure de divorce en référence à un

traité chaféite, Minhaj el Talibin. Il s'agit généralement d'une somme forfaitaire calculée en fonction de la durée du mariage. Les quazis fixent un montant de kaikuli et veillent à faire respecter son paiement même si le montant initial de kaikuli n'a pas été correctement consigné dans le contrat de mariage.

Les pratiques et interprétations des tribunaux limitent l'accès des femmes aux droits financiers lors du divorce

Cameroun : Dans un régime de communauté des biens, la femme ne reçoit pas la moitié du patrimoine. Les juges peuvent exiger d'elle qu'elle prouve sa contribution à l'acquisition des biens communs, quel que soit le régime matrimonial choisi par le couple.

Républiques d'Asie centrale : Les tribunaux n'ont pas résolu la question de la propriété du logement familial : appartient-il en toute égalité aux époux en tant qu'individus ou aux deux en tant qu'entité familiale ? Ce flou affecte les droits des femmes au logement familial au moment du divorce.

Fidji : les tribunaux d'instance et la cour d'appel peuvent statuer dans les affaires relatives au partage des biens. Les tribunaux d'instance inférieure sont moins onéreux et plus accessibles aux femmes, mais les magistrats sont moins compétents et moins sensibles. Le FLA de 2003 n'est entré en vigueur qu'en décembre 2005, il est donc trop tôt pour évaluer son impact sur les ordonnances des tribunaux en ce qui concerne les règlements financiers, qui avaient tendance à être réduits, à exclure la femme au foyer du partage des biens et à protéger les revenus de l'ex-mari de toute réclamation de la part de la femme divorcée.

Gambie : L'obligation de payer la mata'a est inspirée du Coran. Elle n'est pas appliquée de manière uniforme car le montant à payer est en général déterminé par l'homme.

Pakistan : Les requêtes au civil pour le recouvrement des biens matrimoniaux sont extrêmement longues, ce qui dissuade les femmes de les présenter. Le coût et la durée des requêtes auprès des tribunaux de la famille pour le recouvrement des reliquats de mahr au moment du divorce dissuadent les femmes de faire valoir leurs droits, sauf si le mahr est très important.

Sénégal : La loi plafonne le mahr, les dépenses de mariage et les cadeaux de fiançailles à l'épouse à respectivement un maximum de 3000 FCFA (environ 4,50 \$ US), 15000 FCFA (environ 22\$ US) et 5000 FCFA (environ 7,30 \$ US). Dans un cas (TPI Dakar 20-12-1977 RJS. CREDILA 1982, vol III, p.188, Diop c Fall), le juge a ordonné à la femme de restituer la totalité du mahr, les frais de mariage et les cadeaux de

fiançailles même si le montant à rembourser ne dépassait pas la limite imposée par la loi.

Sri Lanka : Le formulaire sur lequel sont inscrits les mariages comporte un espace pour consigner le mahr ; un autre espace est prévu pour préciser si le mahr est à verser immédiatement ou non. Ce document peut servir de preuve au cours de la procédure de recouvrement du mahr. La jurisprudence n'est pas claire sur la recevabilité de la preuve orale au cas où le montant de ce mahr était différent de celui inscrit sur le formulaire au moment du mariage. Certains qazis ne conseillent pas aux femmes de réclamer le reliquat du mahr lorsqu'elles entament une procédure de divorce pour faute du mari. Le droit d'une femme divorcée à l'entretien pendant la période de 'idda est inscrit dans l'article 47 (1) (d) du MMDA de 1956 (voir p. 326). Cependant, il est difficile de connaître la durée de la 'idda. L'intention du législateur était peut-être de veiller à ce que dans le cas où une procédure de divorce durait plus de trois mois, la femme continue à recevoir l'entretien. De la même façon, si le divorce est enregistré avant que les trois mois ne soient écoulés, qu'elle puisse continuer néanmoins à recevoir l'entretien pendant les trois mois complets. Toutefois, cela n'a pas été pleinement débattu dans la jurisprudence et la formulation de l'article ajoute à la confusion.

PRATIQUES

Les pratiques coutumières sont particulièrement négatives

Cameroun : Dans la pratique, il est difficile de faire la distinction entre les biens de chaque époux dans le régime de communauté de biens. Les maris ne rendent pas compte de leur gestion des biens communs ; souvent, on ne demande pas aux femmes leur avis ou leur permission s'agissant de la vente des biens communs. En règle générale, aucune partie ne demande le partage des biens communs si bien que les femmes quittent la maison complètement démunies.

Républiques d'Asie centrale : Dans la pratique, la femme divorcée retourne chez ses parents et ne revendique pas son droit à la moitié des biens matrimoniaux qui reviennent donc sous le contrôle du mari et de sa famille. Des couples peuvent divorcer mais être contraints d'habiter le même appartement faute d'autre choix.

Fidji : Le paiement de l'entretien après le divorce est généralement conditionné par le fait que l'ex-épouse n'ait pas entamé une nouvelle relation.

Gambie : La coutume veut qu'au moment du divorce, même si le mari est en faute, et en particulier lorsque la femme se remarie, le mahr soit restitué. Cela tient probablement à la

confusion entre prix de la mariée et mahr. Pendant le mariage, la belle-famille offre un terrain à l'épouse qui n'en est pas propriétaire. Elle peut cependant l'exploiter et jouir des droits et des devoirs propres aux propriétaires. Elle perd tous les droits à l'usufruit du terrain en cas de divorce. Mais, la femme divorcée peut conserver l'accès au domicile conjugal et au terrain si elle a des fils. En cas de décès de l'époux divorcé, son frère ou le chef de famille reprend le terrain tandis que la femme perd tout accès à celui-ci.

Inde : À Chennai/Madras (Tamil Nadu), l'acte de divorce ne mentionne pas le paiement du mahr ou la restitution de la dot. En cas de divorce, la dot offerte au mari et à sa famille n'est pas remboursée ; le mahr n'est pas payé. Dans la plupart des régions de l'Inde, les femmes ne reçoivent pas d'entretien sous quelque forme que ce soit après le divorce, même si les recherches sur le terrain menées par WRAG ont constaté que les femmes dans de nombreuses régions du pays, notamment le Gujarat et Orissa, pensent que l'entretien devrait être accordé. Lorsqu'un montant est donné, il est limité à la l'entretien pendant la période de 'idda, et le paiement différé d'une dot. Les hommes divorcés ont tendance à penser que le divorce met fin à leurs obligations. Mais, dans certaines régions du pays, même le mahr n'est pas payé. A Lucknow, par exemple, on ne paie pas le mahr à la plupart des femmes pauvres tandis qu'on le fait pour les femmes riches. À Bhopal, il existe quelques cas de règlements effectués après le talaq si la femme s'adresse au mufti local.

Iran : La clause facultative dans le contrat de mariage standard, permettant en cas de divorce le partage équitable des biens accumulés durant le mariage, est généralement biffée au moment du mariage.

Kirghizie : Les biens familiaux sont généralement inscrits au nom du mari, ce qui crée des problèmes au moment du partage et du recouvrement des biens matrimoniaux après le divorce.

Nigeria : L'entretien n'est généralement pas accordé aux femmes après le divorce car elles retournent dans leurs familles. Pour ce qui est des biens apportés lors du mariage, les femmes ont tendance, dans la pratique, à retirer directement leurs biens (secrètement, petit à petit, à l'avance, lorsqu'elles initient le divorce) avec l'aide d'amis ou de parents de leur choix (qui peuvent témoigner pour elles ou les protéger en cas d'agression si le divorce se passe mal) lorsque le divorce est un talaq. Cette opération est généralement menée lorsque le mari est absent du foyer conjugal.

Philippines : Les femmes ne peuvent généralement pas rester dans le domicile conjugal en cas de divorce à moins d'un accord informel dans le couple. Les couples prennent rarement la peine d'identifier à qui appartiennent les biens, ce qui entraîne des problèmes au moment du partage.

Pakistan : Les maris n'assurent pas l'entretien de leurs épouses pendant la période de 'idda, essentiellement parce que les femmes ont tendance à retourner dans leur famille à la rupture du mariage ; soit les femmes ne sont pas informées de leur droit à l'entretien, soit il leur est impossible de le faire appliquer. Le recouvrement de la dot dépend de la puissance relative des familles respectives du couple ; l'exécution des décisions accordant la restitution de la dot est difficile en raison des contraintes sociales. Chez les Pukhtuns, la dot sous forme de propriété foncière est transférée au nom de la mariée qui ne l'administre pas dans la pratique. Dans les faits, cette pratique fait obstacle au divorce étant donné que les hommes refusent de perdre le contrôle de leurs terres. Les procès au civil pour le recouvrement des biens matrimoniaux sont extrêmement rares (bien que de plus en plus fréquents grâce à l'appui des femmes juristes) ; ils sont généralement intentés par des femmes qui occupent un emploi à l'extérieur de la maison. Souvent, les femmes renoncent à leurs reliquats impayés de mahr en contrepartie de la garde plénière des enfants issus du mariage.

Sénégal : La coutume exige de la femme divorcée qu'elle quitte le domicile conjugal au moment de la dissolution du mariage. Cependant, les imams qui ont été interrogés par GREFELS ont déclaré que la femme doit avoir droit au logement et à l'alimentation si elle est enceinte. Le mahr ul mithl doit également lui être accordé si elle n'en a pas déjà reçu un.

Les femmes se heurtent à d'énormes problèmes lorsqu'elles veulent recouvrer la pension d'entretien quand les maris travaillent dans le secteur privé. Même si la femme présente l'ensemble des documents nécessaires, les responsables des entreprises privées refusent d'exécuter l'ordonnance d'entretien. Au cours d'une enquête menée par GREFELS, des femmes ont signalé des cas où l'ex-mari préférerait quitter son emploi plutôt que de payer une pension alimentaire. Les femmes n'ayant pas conservé les reçus des biens achetés sur leurs deniers propres ne peuvent donc pas les récupérer en cas de divorce.

Peu de femmes comprennent l'option du régime dotal aussi les militantes demandent-elles son retrait du code de la famille.

Sri Lanka : Dans la pratique, le mahr inscrit dans le formulaire de mariage est nominal. Des sommes supérieures à celles déclarées peuvent être promises créant des problèmes au moment du recouvrement du mahr.

Turquie : Les pensions d'entretien sont généralement insuffisantes. Cela est dû à la difficulté des femmes à prouver

les moyens financiers de leurs maris dans une économie largement non réglementée.

Les pratiques coutumières favorables aux femmes

Pakistan : Une pratique qui date d'avant l'indépendance, en 1947, veut que l'entretien au-delà de la 'idda soit négocié et mis en œuvre par la collectivité dans certaines communautés du Panjab (régions de Mianwali et Kalabagh). Cet accord peut être enregistré dans le cadre du règlement du divorce ou séparément.

Philippines : Acceptant la séparation complète des biens comme étant la norme, les femmes philippines musulmanes utilisent souvent cet argument pour exiger d'avoir un emploi ou d'entreprendre afin qu'elles puissent avoir leurs propres revenus de manière autonome.

Sénégal : Dans certaines régions (Fatick et Kaolack), la femme peut prendre tous les biens du ménage en cas de divorce. Bien que selon le CF, les maris peuvent également demander des dommages-intérêts en cas de divorce, ils le font rarement.

L'affaire Shah Banon : Les droits financiers des femmes musulmanes au centre de la politique identitaire

En 1973, un projet d'amendement de l'article 125 du Code de procédure pénale indien proposait qu'en matière d'entretien, une loi uniforme soit applicable à tous les citoyens de l'Inde quel que soit le code de statut personnel qui les régit. Alors que les femmes musulmanes ne pouvaient réclamer l'entretien que pour la période de la 'idda, la nouvelle loi permettait désormais l'entretien des épouses à charge pour une durée indéterminée (avec un maximum de 500 Rs. par mois - environ 5\$ US). Certains membres musulmans du Parlement s'opposèrent fermement au terme « épouse » comme s'appliquant aussi à une femme divorcée mais non remariée. Ils exigèrent que les musulmans soient exemptés de cette loi.

Bien que le ministre de la Justice ait soulevé les problèmes sociaux auxquels les femmes divorcées étaient confrontées (Débat Lok Sabha, Vol 36, 30 août 1973), l'opposition des musulmans conservateurs et des forces politico-religieuses, à l'intérieur et à l'extérieur du Parlement, a réussi à inclure l'article 127 (3) (b) qui stipulait que l'article 125 ne s'appliquait pas si la femme divorcée recevait « l'ensemble de la somme qui, en vertu de tout usage ou loi de statut personnel applicable aux parties, était due au moment du divorce ». La mata'a n'étant pas habituellement reconnue dans la région pour les musulmans, cela signifiait que si la femme avait reçu son mahr, elle n'était pas habilitée à recevoir quoi que ce soit hormis l'entretien 'idda.

Mais, dans son interprétation des articles 125 et 127 (3), la Cour suprême a jugé, dans deux cas, qu'à moins que le mahr soit d'un montant équivalent à un entretien raisonnable, le mari devait payer l'entretien (Bai Tahira c Ali Husain Fissalli Clothia, 1979 Cr LJ 151 ; Fuzlunbi c Khader Vali AIR 1980 SC 1730). Par la suite, cette position a été réitérée par la Cour suprême indienne dans la célèbre affaire Shah Bano, qui concernait une femme abandonnée et complètement démunie après de nombreuses années de mariage. Le tribunal d'instance à Indore lui a accordé 25 Rs. (environ 0,50 \$ US) par mois après 46 ans de mariage. On avait estimé le revenu mensuel de son mari à 5000 Rs. (environ 100 \$ US).

En appel, la pension fut hissée à 179,20 Rs. par mois. Le mari a interjeté appel auprès de la Cour suprême de cette décision jugée « excessive ».

La violente hostilité à l'arrêt Shah Bano dans certaines couches de la communauté musulmane de l'Inde semble avoir été déclenchée par le fait que le juge ait fait référence à la nécessité d'un code civil uniforme, ce qui a été pris comme une attaque contre l'identité de la minorité, dans un contexte tendu de montée du fondamentalisme hindou. Le fait qu'un juge non-musulman ait apparemment interprété le Coran a été utilisé pour exacerber ces sentiments. Le juge a toutefois défendu sa décision avertissant que ces critiques allaient mener le pays vers des tribunaux sectaires.

Après de violentes manifestations et sous la pression de plusieurs chefs religieux, Shah Bano elle-même a déclaré publiquement que les femmes musulmanes divorcées devaient être exclues du champ d'application de l'article 125 et que le gouvernement devait garantir qu'il ne s'immiscerait en aucune façon dans les lois musulmanes. Craignant un rejet par la communauté musulmane alors que les élections approchaient, le gouvernement adopta la loi sur la protection des droits des femmes

musulmanes dans le divorce, en 1986. En vertu de l'article 3(1) de la loi, une femme musulmane divorcée peut réclamer :

- le paiement par son ex-mari d'une pension d'entretien raisonnable et équitable au cours de la période de 'iddat ;
- un montant équivalent au mahr ou dot qu'il a été convenu de payer au moment du mariage ou à tout autre moment conformément à la loi musulmane ; et
- tous les biens qui lui auront été donnés avant ou après le mariage ou au moment de celui-ci, par ses parents, son mari ou ses amis (c'est-à-dire la dot ou jehez et d'autres cadeaux)

Au-delà de la période de 'idda, si une femme n'a pas les moyens de subvenir à ses besoins et ne s'est pas remariée, la loi oblige les membres de sa famille (plutôt que son ex-mari) à lui assurer l'entretien. S'ils sont également démunis, le Conseil musulman des Waqf prend alors en charge son entretien. La loi a été interprétée par les militantes comme obligeant en effet les femmes musulmanes à quémander de porte à porte pour leur survie en les privant de leur droit de demander la pension alimentaire contenu dans le code pénal indien, un droit dont jouissent les femmes divorcées de toutes les autres communautés.

Dans la première décision rendue en vertu de la nouvelle loi, le tribunal d'instance de Lucknow (Fahima Hussain c Shafat Ahmed) a semblé complètement subvertir l'objectif de la loi. Il a été accordé à la demanderesse un entretien 'idda de 1000 Rs. par mois pendant trois mois, 30000 Rs. de provision forfaitaire équitable et raisonnable ainsi qu'un mahr de 52000 Rs.

La cour d'appel de Bombay (dans l'affaire Jaitunbi Moubarak Shaikh) semble être allée même plus loin en décidant « que pour une provision forfaitaire équitable et raisonnable, la responsabilité ne se limite pas à la période de 'iddat [parce que] selon le dictionnaire, le mot « provision », indique clairement que le mari musulman doit anticiper les futurs besoins de sa femme ».

L'affaire Shah Bano a accru la prise de conscience des femmes en Inde et dans la région. A Kerala, par exemple, un certain nombre de procès ont été ensuite intentés. A Calicut, Kerala, il y a eu un règlement de mata'a de centaines de milliers de roupies.

Au Bangladesh où l'affaire Shah Bano a été suivie de très près, la restriction de l'entretien à la période de 'idda a été contestée devant la Cour suprême lors d'un procès qui a eu lieu en 1995 (Hefzur Rahman c Shamsunnahar Begum (DLR 1995, 54, Vol. 47). Le tribunal a jugé que :

« Après avoir divorcé de sa femme, le mari est tenu de pourvoir à son entretien raisonnable au-delà de la période de 'iddat et pour une durée indéterminée, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elle perde le statut de divorcée par le remariage à une autre personne ».

Les militantes des droits des femmes et des droits humains ont salué cette décision historique qui avait pris le contrepied de plus de 100 ans de jurisprudence. Mais, en décembre 1999, la Cour suprême du Bangladesh a annulé cette décision. Elle a de nouveau décidé que le droit des femmes divorcées à l'entretien se limitait à la période de 'idda. Il semble que c'est en mettant l'accent sur l'entretien plutôt que sur la mata'a que l'affaire avait été perdue.

10c

QUESTIONS RELATIVES A LA DISSOLUTION DU MARIAGE : HILALA (MARIAGE INTERMÉDIAIRE)

Introduction

Le mariage intermédiaire, ou hilala, signifie l'interdiction pour un couple ayant divorcé de manière irrévocable (divorce irrévocable par talaq baynana kubra/troisième talaq ou dissolution) de se remarier à moins que l'ex-épouse ait suite à cela, épousé un autre homme, que le mariage ait été consommé, et qu'elle ait ensuite divorcé ou qu'elle soit devenue veuve.

Initialement, cette interdiction était destinée à limiter le droit absolu du mari au talaq (en particulier le talaq bid'a/triple talaq désapprouvé) en mettant l'épouse divorcée hors de sa portée. Ainsi, les critères de l'hilala sont nés de la nécessité de sanctionner les dérapages des maris qui disposaient de leurs épouses de manière abusive. En dépit de son objectif initial, le hilala est devenu une forme d'oppression manifeste pour les femmes de nombreuses communautés.

Le hilala est une source de problèmes lorsqu'il existe une certaine confusion dans les lois musulmanes quant aux différentes formes de talaq et leur révocabilité.

L'interdiction de remariage entre époux ayant divorcé trois fois ne s'applique que dans les systèmes basés sur les lois musulmanes. Dans les systèmes qui ne reconnaissent pas le talaq comme forme de dissolution, la question de la rétractation ne se pose pas. En abrogeant effectivement le divorce révocable, l'Indonésie et la Tunisie ont éliminé la pratique du hilala.

En Asie du Sud et Asie du sud-est (Malaisie et Singapour), par exemple, au sein des communautés musulmanes, un triple talaq verbal est reconnu comme un divorce valide même si la loi ne l'entend pas ainsi. Dans l'Asie du sud majoritairement hanafite, même si un triple talaq est prononcé dans un état de colère ou d'ébriété, il est encore considéré par beaucoup de communautés comme un talaq irrévocable. En conséquence, ce divorce est effectif dès le moment où il est prononcé. En raison de cette perception (promue par les imams des mosquées et même certains « savants religieux »), on présume généralement que si un couple souhaite se réconcilier après une dispute, la femme devra endurer le hilala.

Dans certains cas, les femmes acceptent le rituel humiliant du mariage intermédiaire, parce qu'elles veulent rester avec le

premier mari et qu'elles acceptent l'idée que la réconciliation avec lui sans le hilala serait contraire aux préceptes religieux (haram). Le fait de choisir si le mariage intermédiaire est ou n'est pas consommé, peut ne pas lui incomber. Cependant, dans d'autres cas, les femmes choisissent de rester avec le « mari intermédiaire » et ne reprennent pas la vie commune avec l'ex-mari.

Au Pakistan et au Bangladesh, la MFLO de 1961 tente d'abolir le hilala mais uniquement dans les situations extrêmes. Dans le cadre la MFLO, tout talaq quelle que soit la forme dans laquelle il a été prononcé (triple ou autre), fonctionne comme un simple divorce, révocable, et ne devient effectif qu'après la période révolue de la 'idda. La loi est claire : si le couple ainsi divorcé souhaite se remarier, il peut le faire sans mariage intermédiaire, à moins qu'il ait divorcé trois fois dans le cadre de la procédure de la MFLO. Néanmoins, le mariage intermédiaire continue d'être largement accepté comme étant obligatoire en raison de la pratique généralisée du talaq bid'a (triple talaq verbal) et la présomption selon laquelle il est irrévocable.

Pratiques coutumières concernant le hilala

Au Pakistan, les couples ayant eu une grave dispute au cours de laquelle le mari, dans un accès de colère, aura prononcé un triple talaq, peut consulter un Maulvi (imam de la mosquée ou personnalité religieuse locale) et lui demander de prononcer une fatwa à ce sujet. Le Maulvi peut alors se prononcer sur la nécessité de procéder à un mariage intermédiaire (au mépris de la législation) et se porter volontaire pour être mari intermédiaire. Si le hilala se produit, il n'est pas rare que le « mari » intermédiaire trompe la femme sur ses intentions ; de cette duperie peut résulter la consommation forcée de ce mariage de convenance. La plupart du temps, une fois que cette consommation a eu lieu, le premier mari refuse de reprendre son ex-épouse. Autrement, dans certaines communautés, les couples essaient d'annuler le premier divorce par une fatwa émise par un imam local invalidant le talaq au motif qu'il aura été prononcé alors que le mari était en proie à une forte fièvre et n'avait donc pas tous ses esprits. Même si la communauté sait que le couple a vécu séparé pendant des mois, la fatwa peut être acceptée.

Au Bangladesh, les journaux rapportent quasi quotidiennement des cas où le mariage intermédiaire n'a duré que vingt-quatre heures et des cas où l'ex-épouse est mariée de force à un enfant en vue de répondre à l'exigence du hilala. Lorsque les époux ne se soumettent pas aux diktats des mullas du village, ils peuvent être frappés d'ostracisme et parfois punis (« au nom de la charia ») de flagellation, de lapidation ou en leur faisant faire le tour du village avec des lacets de chaussures autour du cou. En Malaisie, à Singapour et au Sri Lanka, le mari n'est tenu de prononcer qu'un seul talaq. Si le couple veut se remarier, il peut donc le faire. À Singapour, le greffier ne peut pas procéder à l'enregistrement d'un triple divorce qui devra être traité par la justice. Dans la pratique, un divorce prononcé trois fois en une seule séance est considéré comme un talaq enregistré comme tel. Mais, en

Malaisie, la pratique du hilala est si largement admise malgré la loi, que les maris intermédiaires sont désignés péjorativement par le sobriquet de « Chinois aveugles » (kahwin China buta).

Au Soudan, les mariages intermédiaires explicitement contractés à des fins de tahlil (absoudre le premier mari du talaq irrévocable prononcé de manière irréfléchie) sont considérés par la société comme allant à l'encontre des préceptes religieux, c'est-à-dire haram. Le « mari intermédiaire » dans cette situation est également socialement condamné. Le mariage intermédiaire est rejeté comme « mariage tatyees », signifiant que le mari n'est qu'une marionnette.

Un juge s'en prend aux auteurs de fatwas

De nombreux journaux et magazines populaires au Pakistan ont des rubriques pour les personnes demandant un avis sur « ce que la charia a à dire » au sujet de leurs divers problèmes.

Malheureusement, beaucoup de femmes acceptent aveuglément les fatwas émises par ces soi-disant savants religieux, même si elles contredisent les lois ou représentent une interprétation très étroite (et souvent à l'encontre des femmes) des lois musulmanes.

Un juge de Karachi (ayant statué dans deux affaires constitutionnelles sur la validité des décisions de justice concernant le khul') a durement critiqué ces rubriques et leurs auteurs pour leur niveau de compréhension de l'Islam. Il a rappelé que seuls les jugements des tribunaux étaient légalement contraignants.

Il a notamment cité une réponse donnée dans un quotidien de renom, dans laquelle il avait été dit à une femme qui avait obtenu une ordonnance de khul' qu'elle irait en enfer si elle considérait que l'ordonnance du tribunal était valide. De plus, il lui a été conseillé de retourner chez son mari parce qu'elle n'avait pas été valablement divorcée. Le juge a relevé d'autres cas où des femmes ayant respecté la loi ont été menacées d'accusations de zina et que leurs enfants pouvaient être considérés comme illégitimes.

Le juge a également abordé la question du hilala en affirmant que si une femme souhaitait se remarier suite à une ordonnance de khul', rien ne pouvait l'empêcher de le faire, qu'elle souhaite épouser un autre homme ou se remarier avec le même.

Dr. Maqbool Ahmed Abid et autres contre Mme Rehana Kausar et d'autres KLR 1996 Affaires civiles 50.

LOIS : Hilala et mariage intermédiaire

Critères

La plupart des lois régissant le hilala manquent de clarté. C'est dû en partie au fait que de nombreuses lois ne précisent pas si un triple talaq/talaq bid'a est considéré comme un divorce unique ou trois divorces, et donc si la règle du hilala s'applique ou pas. De même, les lois ne sont pas toujours claires quant à l'exigence du hilala si le divorce est à l'initiative de la femme. Ce flou révèle le fait que dire d'une loi qu'elle est plus ou moins favorable aux femmes dépendra dans une large mesure de sa mise en œuvre. Certes, les lois qui précisent les cas où le hilala s'applique sont plus favorables. Comme nous n'avons pas d'informations suffisantes concernant la mise en œuvre de ces lois, nous nous sommes contentées d'établir une liste des pays par ordre alphabétique.

Algérie : L'article 51 du Code de la famille stipule que tout homme ayant divorcé de son épouse par trois fois successives ne peut la reprendre que si elle contracte un mariage avec un autre homme, qu'elle en divorce ou qu'il décède après consommation.

Bangladesh et Pakistan : En vertu de l'art 7 de la MFLO, rien ne doit empêcher une femme dont le mariage a été dénoncé par talaq, effectif au titre de cette [ordonnance], de se remarier avec le même mari, sans mariage intermédiaire avec un tiers, à moins que le divorce ne soit effectif pour la troisième fois. Selon l'article 7 (1), après « la prononciation du talaq, sous quelque forme que ce soit », les parties doivent suivre la procédure de notification aux autorités locales, de réconciliation et de 'idda avant que la dissolution devienne effective et que l'acte de divorce puisse être délivré (qu'il s'agisse d'une décision judiciaire ou talaq). Chaque dissolution enregistrée dans le cadre de la MFLO et selon cette procédure, compte comme un seul talaq/dissolution.

Iran : En vertu de l'article 1057 du Code civil, il est interdit à une femme ayant été l'épouse d'un homme trois fois successives et ayant été divorcée, d'épouser cet homme à nouveau, sauf dans le cas où elle épouse un autre homme dans le cadre d'un mariage permanent et qu'après consommation dudit mariage, elle soit séparée de lui par divorce, annulation du mariage ou décès.

Malaisie : Selon l'article 47 (14), lorsque la réconciliation échoue et qu'il y a talaq, la Cour conseille au mari de prononcer un seul talaq considéré comme un divorce révocable. En vertu de l'article 14 (c), la femme divorcée par trois talaqs ne peut pas se remarier avec son précédent mari, sauf si elle a d'abord contracté légalement un mariage avec une autre personne, que ce mariage aura été dissous (après avoir été consommé) et qu'elle ait observé la 'idda suite à cette dissolution.

Maroc : Selon l'article 127 de la Moudawana, Le divorce prononcé à la suite de deux précédents divorces successifs dissout immédiatement les liens conjugaux et interdit le remariage avec l'épouse divorcée, à moins que celle-ci n'ait observé la période de viduité, consécutive à la dissolution d'un autre mariage, effectivement et légalement consommé avec un autre époux. L'article 126 précise qu'un nouvel acte de mariage entre les mêmes époux est possible si le divorce irrévocable n'a pas été prononcé pour la troisième fois. Tous les divorces sont judiciaires. Le talaq bida'a n'est pas reconnu.

Philippines : Selon l'article 30 du CMPL, lorsqu'un mari a répudié son épouse trois fois (talaq bain kubra) à trois occasions différentes, il ne peut se remarier avec elle si elle ne contracte pas auparavant un mariage avec une autre personne dont elle divorcera (après consommation du mariage intermédiaire). Elle doit également avoir observé la période de viduité suite à ce divorce. Les articles 30 et 32 du CMPL (mariages irréguliers après un triple divorce entre mêmes parties) et l'article 33 (levée des empêchements à un mariage irrégulier) traitent du hilala.

Sri Lanka : Selon l'article 28 du MMDA de 1956 et sa deuxième annexe, la prononciation du talaq est talaq ahsan, talaq unique, donc, le hilala n'est pas nécessaire si le couple souhaite se remarier.

Soudan : En cas de talaq bain (talaq unique révocable par le mari) ou de talaq baynona sugra (ordonnance du tribunal), le hilala n'est pas nécessaire si les conjoints souhaitent se remarier. Le hilala n'est exigé que lorsqu'il s'agit d'un talaq baynona kubra. Le MPLA semble condamner tout mariage intermédiaire qui soit une simple formalité permettant au premier mari de se remarier avec la femme dont il aura divorcé trois fois.

Si le hilala ne l'arrête pas, peut-être qu'une sanction financière le fera

Bien que cette affaire soit arrivée devant les tribunaux de Malaisie pour le recouvrement d'un paiement contractuel, elle a soulevé la question du hilala et révélé qu'une femme essayait de limiter le recours répété par son mari au talaq (Hamzah bin Musa c Fatimah Zaharah [1982] 1 MLJ 361).

Fatimah Zaharah avait été divorcée trois fois (bain kubra) par son mari. Le mari avait neuf épouses en tout (parfois quatre à la fois). Après le troisième talaq, le mari prétendit vouloir se remarier avec son ex-épouse parce qu'elle portait son enfant. L'ex-femme se prêta à « une cérémonie de mariage « louche » appelée China Buta ». La cérémonie eut lieu suite à un accord des parties avec un homme ayant accepté d'épouser la femme à condition d'en divorcer une fois le mariage célébré, pour que l'ex-mari soit alors en mesure de se remarier avec elle.

Le tribunal a noté dans son jugement que cette pratique était désapprouvée par la plupart des musulmans car elle représentait une tentative de contourner les lois religieuses. La pratique décline actuellement en Malaisie, mais, elle demeure néanmoins chez les couples impatientes et pour les maris qui prennent des décisions hâtives et les regrettent plus tard.

Après le mariage intermédiaire et remariage avec son ex-mari, l'épouse a conclu un accord signé par le mari. Aux termes de cet accord, le mari était d'accord pour lui verser 5000 ringgit (RM) s'il devait encore une fois prononcer un divorce par talaq.

Lorsque son mari la divorça par talaq, elle saisit le tribunal pour réclamer ce montant au titre de l'accord. La Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait d'un accord valide au regard de la loi sur les contrats, qu'il n'était ni contraire à l'ordre public, ni immoral et qu'il ne violait pas les lois musulmanes. Le juge Mohamed Zahir déclara « ... il n'y a aucune loi dans la religion musulmane qui interdise à une épouse ou future épouse d'établir un contrat avec son mari ... C'est un contrat par lequel la plaignante a accepté d'épouser le défendeur à la condition que s'il devait y avoir divorce, (il) lui verserait 5000 ringgit (RM). Elle a rempli la condition du contrat en l'épousant et, en divorçant d'elle, le défendeur est tenu de remplir sa partie du contrat ». Le paiement des 5000 ringgit (RM) a peut-être appris à Hamzah bin Musa à se maîtriser.

10d

QUESTIONS RELATIVES A LA DISSOLUTION DU MARIAGE : GARDE ET TUTELLE DES ENFANTS

Introduction

La garde signifie la responsabilité d'un enfant et le soin physique à lui prodiguer au quotidien. En revanche, la tutelle fait référence à un ensemble de droits sur la personne et les biens d'un enfant.

La garde (et dans une bien moindre mesure, la tutelle) est un domaine où il y a eu ces dernières années des changements significatifs en faveur des mères. Cela a été particulièrement le cas lorsque les décisions rendues par des tribunaux ont été, au moins partiellement, fondées sur l'« intérêt supérieur » ou le « bien-être de l'enfant ». Les tribunaux ont eu tendance à limiter les cas où on refuse à une femme la garde (et la tutelle, lorsque cela est possible). Dans la plupart des systèmes étudiés dans le présent guide, on ne retrouve pas encore la tendance (notée dans certains pays développés) à reconnaître que, dans certaines circonstances, le père puisse être le plus à même à s'occuper de l'enfant.

La différence de principe concernant la garde n'est pas tant entre les systèmes basés sur les lois musulmanes et ceux fondés sur d'autres sources, mais entre les systèmes pour lesquels le principe du bien-être de l'enfant prime (Algérie, Bangladesh, Cameroun, Inde, certains États de la Malaisie, Pakistan, Sénégal, Sri Lanka, Tunisie, Turquie) et ceux qui donnent la primauté à d'autres considérations (Égypte, Iran, Philippines, Soudan). Toutefois, dans le domaine de la tutelle, il existe une différence notable entre les systèmes basés sur les lois musulmanes et ceux basés sur d'autres sources.

Dans tous les systèmes étudiés dans le présent guide, la mère a les droits de garde et de tutelle sur tout enfant né d'un mariage déclaré nul en raison de sa non-conformité avec les conditions du mariage (voir p. 63) ou avec celles régissant l'enregistrement (lorsque l'enregistrement est nécessaire pour la validité du mariage, voir p. 135).

Stéréotypes sexistes et rôles parentaux

Dans le présent chapitre nous abordons les questions de garde et de tutelle dans le cadre du divorce. Cependant, afin de comprendre les problèmes liés à la garde, il est tout d'abord nécessaire de comprendre les droits et les

responsabilités des mères et des pères au sein de la cellule familiale.

Certains systèmes (ceux basés sur les lois musulmanes comme ceux fondés sur d'autres sources) font la distinction entre la garde et la tutelle. Cette distinction est généralement faite lorsque le père est considéré comme ayant un plus grand pouvoir de décision et une plus grande responsabilité financière au sein de la famille. Ces systèmes considèrent le père comme le « tuteur naturel » ou le « chef de famille », par conséquent, la mère a moins de droits sur les enfants.

Au Sénégal, par exemple, la mère et le père n'ont pas les mêmes droits en ce qui concerne leurs enfants pendant le mariage. En tant que « chef de famille », l'autorité du père est suprême. La mère peut obtenir l'autorité si un tribunal déclare le père incompetent en tant que tuteur. La femme salariée ne peut pas faire inscrire ses enfants sur son assurance médicale. Les enfants ont besoin de l'autorisation du père pour quitter le pays. Suite aux protestations émises par des femmes, un projet de loi sur l'autorité parentale (tutelle) a été présenté au Parlement, mais il a été violemment contesté. La nouvelle constitution, adoptée par référendum national en 2000, stipule que les deux parents détiennent à égalité la responsabilité juridique de leurs enfants, mais la loi sur la tutelle est restée inchangée.

Cette vision patriarcale de la famille fait que, souvent, des mères divorcées assurent la garde de leurs enfants sans jouir de tous les droits.

La garde et la tutelle sont des questions où dominent les stéréotypes concernant les rôles des sexes : les femmes sont définies comme les personnes qui prennent en charge, les hommes sont définis comme les fournisseurs. Au niveau pratique, ces stéréotypes comportent des avantages et des inconvénients pour les femmes (voir ci-après). Surtout, les femmes peuvent rarement choisir d'être l'un et/ou l'autre.

Dans certaines communautés, une femme est censée laisser ses enfants à leur père si elle divorce (Nigeria). Dans d'autres communautés, les enfants sont supposés rester avec leur mère après un divorce (Républiques d'Asie centrale). Dans les deux cas, la femme n'a pas beaucoup le choix dans l'affaire mais ce sont les stéréotypes qui dominent. Dans les républiques d'Asie centrale, si une femme choisit de ne pas assurer la garde des enfants en raison de contraintes

économiques, elle est stigmatisée et accusée de faillir à son rôle « naturel » qui est de prendre en charge. De plus, les lois font généralement l'impasse sur la réalité des mères qui sont souvent aussi des fournisseurs.

Bien que les hommes souffrent aussi de stéréotypes sexistes lorsqu'il s'agit de garde et de tutelle (certains peuvent vouloir être des pourvoyeurs de soins et remplir parfaitement ce rôle), ce guide focalise sur le point de vue des femmes. Souvent, l'homme utilise la garde pour harceler et accabler son ex-épouse, soit en abandonnant les enfants soit en utilisant les droits qui lui sont socialement et légalement reconnus sur ses enfants comme moyen pour contrôler l'ex-épouse.

Les deux parents jouissent de droits égaux en matière de garde et de tutelle

Certains systèmes donnent aux deux parents des droits égaux en matière de garde et de tutelle à la suite d'un divorce (Cameroun, Républiques d'Asie centrale, Fidji, Sénégal, Tunisie, Turquie). Les juges statuent sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans la plupart des cas, la mère obtient la garde tandis que la justice ordonne au père de continuer à pourvoir à l'entretien de l'enfant jusqu'à ce qu'il/elle atteigne l'âge adulte. Toutefois, les sommes faibles allouées à l'entretien et les difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de les récupérer font que souvent la garde est un fardeau pour les mères, même lorsqu'elles veulent garder les enfants. Les femmes dans les républiques d'Asie centrale et en Gambie, réalisent souvent que dès que la garde leur est attribuée par le juge, le père abandonne les enfants.

A Fidji, la nouvelle loi de la famille, adoptée en 2003, a réformé en profondeur les lois sur le divorce. Elle met l'accent sur les questions d'autorité parentale, de parentalité (elle n'utilise pas les termes de « garde » et de « tutelle ») et d'entretien de l'enfant, peut-être dans l'intention de régler les problèmes que nous avons évoqués.

La mère peut conserver la garde

Les femmes croient souvent, à tort, qu'elles perdraient la garde de leurs enfants si elles quittaient leurs maris. Cependant, dans la plupart des systèmes, celui qui a la garde effective lorsque le couple se sépare la conserve jusqu'à ce que l'autre parent la réclame.

Dans la plupart des lois et des communautés, les mères sont supposées avoir la garde des très petits enfants, ainsi, elles ne se voient refuser la garde des jeunes enfants que dans des cas extrêmes. L'Iran se distingue par une interprétation rigide

des lois musulmanes selon lesquelles la mère perd la garde de l'enfant, quel que soit son âge, si elle se remarie. En Gambie, des communautés ont tendance à présumer qu'en cas de divorce, la garde des filles revient à la mère tandis que celle des garçons sera confiée au père.

L'âge précis auquel le père peut réclamer la garde dépend de la source des lois, si le système est basé ou non sur les lois musulmanes (selon l'école de pensée dominante et le sexe de l'enfant) ou fondé sur d'autres sources de droit. Dans les systèmes fondés sur des sources autres que les lois musulmanes, les pères peuvent demander la garde à tout moment. Toutefois, dans les systèmes basés sur les lois musulmanes, les pères peuvent généralement faire cette demande une fois que les garçons atteignent l'âge de 7 ans et les filles la puberté, même si dans certains systèmes la mère peut conserver la garde des filles jusqu'au mariage de ces dernières. Mais, les lois iraniennes, fondées sur des sources chiites, permettent aux pères de réclamer la garde des filles, dès qu'elles ont 7 ans et dès l'âge de 2 ans pour les garçons. En Indonésie, les enfants restent exceptionnellement avec leur mère jusqu'à l'âge de 12 ans ou mumaiyiz (l'âge du discernement), âge auquel on demande à l'enfant sa préférence. En 2003, les militantes syriennes ont réussi à faire relever l'âge maximum auquel les enfants peuvent rester avec leur mère, de 9 ans pour les garçons et 11 ans pour les filles à respectivement 13 et 15 ans.

Cependant, ces dispositions n'indiquent que l'âge où le père peut réclamer la garde. Pour qu'elle lui soit effectivement accordée ou pas dépend de l'application rigide de ces limites d'âge (Égypte, Iran, Philippines, Soudan) et si l'intérêt supérieur de l'enfant peut l'emporter sur les autres considérations. Certains systèmes fixent un délai au-delà duquel une personne ayant le droit de réclamer la garde ne peut plus le faire (1 an après avoir pris connaissance de la nouvelle situation - Maroc).

Il y a eu récemment une remarquable avancée dans l'interprétation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (Bangladesh, Malaisie, Pakistan, Singapour). Ainsi, les modalités de la garde prévues dans les codes de statut personnel ne sont plus appliquées de façon rigide. En revanche, d'autres facteurs sont pris en compte, notamment : la propre préférence de l'enfant (lorsqu'il/elle est âgé(e) de plus de 9 ans environ) ; la nécessité de maintenir ensemble les frères et sœurs ; la nécessité d'assurer la stabilité de l'enfant (c'est-à-dire lui éviter un changement d'école ou de résidence) ; le bien-être émotionnel de l'enfant (qui va au-delà du bien-être matériel) ; la capacité de la mère à contribuer à sa scolarisation et à son éducation.

L'attitude et les actions du père seront également prises en compte, si bien que la décision de la garde devient le résultat d'une interaction complexe entre qualification et disqualification. Par exemple, dans les systèmes où les lois

musulmanes sont reconnues et la garde est décidée selon le principe de l'intérêt de l'enfant (Bangladesh, Inde, certains États de la Malaisie, Pakistan, Singapour), si le père a montré peu d'intérêt pour l'enfant jusqu'à la réclamation de sa garde ou n'a pas assuré l'entretien, la mère conserve généralement la garde même si le garçon est âgé de plus de 7 ans.

Les juges semblent mieux évaluer les motivations du père lorsqu'il réclame la garde. S'il peut être établi que la demande n'est qu'un moyen utilisé par le père pour harceler la mère ou pour faire échouer une demande de pension d'entretien, le tribunal peut rejeter sa demande. Manifestement, l'application du principe de l'intérêt de l'enfant permet une meilleure adaptation à l'évolution des attitudes sociales et des réalités économiques (comme le fait qu'un plus grand nombre de femmes occupe un emploi salarié). Par exemple, la jurisprudence au Pakistan a montré que des handicaps physiques ne sont pas un obstacle à l'attribution de la garde à la mère si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

Même si aucun système ne peut codifier le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les pratiques coutumières et les arrêts rendus tendent à considérer la mère comme étant le parent le « mieux placé » et le « mieux qualifié » pour la garde lorsqu'il y a litige, en particulier lorsque la mère est instruite et/ou économiquement autonome (Nigeria).

La mère peut perdre la garde

Les systèmes qui codifient de façon rigide les modalités de garde en fonction de l'âge de l'enfant (Égypte, Iran, Philippines, Soudan), ont tendance à favoriser grandement les pères pour l'octroi de la garde des enfants. Ces systèmes fondent les lois sur des conceptions très patriarcales : les enfants au-dessus d'un certain âge (souvent un très jeune âge) tirent plus de bénéfice du soutien financier du père que du soutien affectif de la mère ; le père a un droit « naturel » de guider son héritier et de façonner son avenir grâce à l'influence exercée au quotidien.

Bien que ces lois prévoient le pouvoir discrétionnaire du juge en la matière (Égypte, Iran, Soudan), elles ont néanmoins codifié les modalités en fonction de l'âge et ne précisent pas que l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir. Par conséquent, ces lois et leur interprétation par des juges conservateurs ont tendance à ne pas favoriser la mère.

Même dans les systèmes où l'intérêt supérieur de l'enfant prime, si les lois musulmanes sont reconnues, il peut y avoir des cas où une mère peut être déchue de son droit de garde (des enfants au-dessous et au-dessus des limites d'âge prévues). Souvent, ces cas sont énoncés dans le texte de loi alors que les critères de déchéance pour le père ne sont pas cités même si on peut qualifier la loi de neutre du point de vue

du genre lorsqu'elle cite le comportement cruel, immoral ou l'abjuration de l'islam.

Lorsque les lois citent les critères de déchéance du droit de garde pour la mère, elles évoquent :

- L'abjuration de l'islam ;
- Le mariage avec un homme non lié à l'enfant par une parenté au degré prohibé ;
- le comportement immoral ou l'adultère (Malaisie : immoralité flagrante et patente) ;
- changement de résidence ou déménagement pour éloigner le père de l'enfant ;
- la négligence, la cruauté, et/ou le manque de soin apporté à l'enfant.

Même si la législation peut dire que la mère perd son droit à la garde dans ces conditions, dans la pratique, ces changements de garde ne se produisent que lorsque le père réclame la garde, et souvent, uniquement lorsque les allégations sont prouvées.

Les pratiques en matière de déchéance ont également considérablement changé. La seconde condition listée ci-dessus a été assouplie (Bangladesh, Pakistan, Sri Lanka) si l'intérêt de l'enfant est de rester avec la mère. Encore une fois, d'autres facteurs peuvent intervenir si le principe du bien-être est appliqué. La mère peut conserver la garde après son remariage, particulièrement si le père se remarie également ou s'il est peu probable que la femme ait des enfants avec le nouvel époux ou si les conditions générales de vie du père ne sont pas adaptées. De même, la conception du comportement « immoral » est en train de changer et devient de plus en plus souple. Même si la mère a un comportement (tabagisme) ou exerce une profession que la société réprouve (hôtesse de l'air), la jurisprudence a montré que ce n'était pas considéré comme « immoral » (respectivement Pakistan et Sri Lanka).

Les mères non-musulmanes

Cependant, les juges ont toujours tendance à appliquer de façon rigide l'hypothèse des lois musulmanes selon laquelle l'enfant suit la religion du père, et donc, une mère non-musulmane est moins susceptible d'obtenir la garde. Il est peu probable que les mères étrangères trouvent des juges qui leur soient favorables. Dans certains systèmes, la loi fait également la distinction entre mères musulmanes et non musulmanes. Au Soudan, une mère non-musulmane ne peut avoir la garde de son enfant que jusqu'à l'âge de 5 ans (contrairement à la mère musulmane qui a le droit de garde jusqu'à l'âge de 7 ans pour les garçons et 9 ans pour les filles).

Néanmoins, il y a eu une évolution même dans ce domaine. Au Pakistan, par exemple, une mère ouzbèke qui souhaitait retourner en Ouzbékistan avec son petit enfant a conservé la garde car le tribunal a fait valoir que les moyens de transport modernes permettaient au père d'aller voir son enfant et que le « contexte laïque » de l'Ouzbékistan ne constituait pas une raison de déchoir la mère de la garde (Melle Hina Jillani, directrice de la cellule d'aide juridique AGHS c Butt Sohail PLD 1995 Lahore 151). Plus tard, une citoyenne japonaise convertie à l'islam a également obtenu la garde. Mais, à ce jour, aucune mère non-musulmane n'a obtenu la garde dans le cadre de la procédure de garde.

Au Nigeria, les épouses non-musulmanes divorcées ont de plus en plus tendance à conserver dans la pratique les droits de garde et de tutelle. Cela vaut en particulier lorsque les pères n'en font pas la demande au juge (la plupart ne le font pas). Toutefois, les juges ont octroyé la garde à des mères non-musulmanes lorsqu'elles étaient instruites et/ou économiquement autonomes.

Le droit de garde est dévolu aux parentes de la mère

Dans certains systèmes fondés sur les lois musulmanes, si une mère n'a pas la garde, ses parentes (mère, sœurs, tantes) sont prioritaires sur le père pour le droit de garde. En Malaisie, un tribunal musulman a accordé la garde à la grand-mère maternelle après le remariage du père. La mère et la grand-mère avaient toutes deux demandé la garde (Siti Aishah c Wan Abdul Aziz, 1975). Le tribunal a jugé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas vivre avec une belle-mère. En revanche, en Iran, si le père ne remplit pas les conditions requises, les membres masculins de la famille paternelle ont la priorité sur la mère et sa famille.

Même si, dans le principe, les parentes de la mère ont la priorité sur le père pour la garde, cette préférence peut ne pas être appliquée dans la pratique. Au Nigeria, les femmes divorcées pauvres et/ou n'ayant pas un niveau élevé d'instruction sont souvent obligées de laisser la garde de leurs enfants à leur père, car les pères assurent rarement l'entretien des enfants dont ils n'ont pas la garde. Il n'existe pratiquement aucun mécanisme pour faire exécuter leur obligation d'entretien. Par ailleurs, beaucoup de mères croient que si elles se remarient (issue ordinaire pour les femmes divorcées), elles perdent automatiquement la garde. Ainsi, les enfants sont souvent laissés à la garde de leur belle-mère, ou peuvent aller vivre avec un parent que le père aura choisi. Souvent, les femmes ne demandent le divorce que lorsqu'elles estiment que leurs enfants sont assez âgés pour supporter ces changements traumatisants.

Entretien de l'enfant et « salaire du titulaire de la garde »

La recherche F&L n'a pas approfondi la question de l'entretien de l'enfant. Cependant, comme on l'a déjà vu, il est difficile de faire respecter le versement par les pères de la pension d'entretien des enfants dont la mère a la garde. Eu égard à ces problèmes, les réformes apportées récemment à certains systèmes définissent plus clairement l'octroi de pensions provisoires ou urgentes (Fidji, Maroc), renforcent les pouvoirs du tribunal pour recouvrer la pension d'entretien (Fidji) et prévoient que les institutions gouvernementales payent l'entretien et récupèrent le montant payé auprès des pères indélécats (Algérie).

Dans certains systèmes, les mères ayant la garde doivent également recevoir un « salaire de titulaire de la garde » qui vient en sus de l'entretien de l'enfant, de l'entretien idda, de la mata'a ou d'autres accords financiers, ainsi qu'un « salaire » pour l'allaitement des nourrissons (Égypte, Maroc). Toutefois, ce montant peut être escamoté dans le cadre d'un khul' ou soumis à d'autres ordonnances du tribunal.

La tutelle

Contrairement à la question de la garde où l'intérêt supérieur de l'enfant l'emporte sur les autres dispositions des lois musulmanes, la question de la tutelle (dans la plupart des systèmes basés sur les lois musulmanes) est presque toujours réglée conformément à l'hypothèse selon laquelle le père a la priorité sur la mère dans ce domaine (sauf dans les cas où ils n'ont jamais été mariés). Pendant des décennies, la Tunisie a été l'exception mais les amendements apportés en 2005 au code de la Famille algérien stipulent maintenant que le parent ayant la garde obtient également la tutelle.

Les droits de tutelle peuvent être précisés dans la loi comme ils peuvent ne pas l'être, mais, on considère généralement qu'ils doivent inclure le droit de :

- décider de la religion de l'enfant ;
- décider de l'éducation de l'enfant ;
- d'avoir le contrôle juridique sur les biens de l'enfant ;
- ijbar ou la contrainte dans le mariage (limité au père et au grand-père paternel dans la plupart des écoles où les droits de ijbar sont applicables)

Les droits de tutelle ont tendance à éclipser les droits de garde car tous les droits non inclus dans la responsabilité du soin physique à apporter au quotidien à l'enfant relèvent des droits de tutelle. Le droit de visite à l'enfant, par exemple, peut être interprété comme un droit qui découle naturellement du droit de garde.

Lorsque les pères sont supposés avoir les droits de tutelle, ils sont également supposés être responsables de l'entretien des enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de pourvoir à leurs besoins (jusqu'au mariage pour les femmes au Nigeria ; pendant toute la durée des études supérieures dans certains États de la Malaisie). Toutefois, dans la pratique, il est quasi impossible aux mères ayant la garde, de faire appliquer les ordonnances d'entretien, même si l'ensemble du système sociojuridique continue de considérer le père comme le titulaire de la garde.

En Malaisie, par exemple, la séparation des droits de garde et de tutelle et leur répartition entre la mère et le père a encore alourdi le fardeau des charges assumées par les mères ayant la garde des enfants lorsqu'on ne sait pas où se trouve le père (ou qu'il refuse de le faire savoir). Dans ce cas, la mère a des difficultés à inscrire ses enfants à l'école, à leur obtenir des cartes d'identité et des documents de voyage parce qu'elle ne sait pas où trouver le père pour qu'il puisse donner son autorisation.

Néanmoins, dans certains systèmes (Bangladesh, Malaisie, Maroc, Pakistan, Singapour), même si la mère n'est pas considérée comme le tuteur « naturel », elle peut demander à l'être dans certains cas (par exemple, à la mort du père). Dans certains systèmes, la tutelle ne lui sera accordée que si les parents de sexe masculin du père ne la remettent pas en cause (Malaisie, Singapour). Au Nigeria, les veuves (musulmanes et non-musulmanes) conservent de plus en plus la garde et la tutelle de leurs enfants, surtout lorsqu'elles sont très instruites et/ou économiquement autonomes.

La justice turque ordonne au père de rendre l'enfant

La mère d'un enfant de nationalité britannique enlevé par son père et emmené en Turquie, a eu la garde du garçon après une bataille qui aura duré deux ans.

Toutefois, Belinda Chapman-Serce, habitant à Syston, dans le Leicestershire, attend toujours de retrouver son fils qui vit apparemment quelque part en Turquie. Lors d'une audience à Istanbul, le juge a décidé que le garçon devait retourner en Angleterre avec sa mère. Ni le garçon ni son père n'étaient présents au tribunal. Cihan Chapman-Serce âgé de six ans, a été emmené en Turquie par son père, Salih Serce, lors d'un week-end où ce dernier était en visite. La police de Leicestershire et Mme Chapman-Serce ont collaboré avec les autorités turques pour retrouver le père et lui remettre une ordonnance du tribunal. Denise Carter du groupe de soutien « Reunite » a déclaré : « Le juge a ordonné que l'enfant retourne en Angleterre, nous espérons donc qu'il (le juge) a le pouvoir d'obtenir de la police qu'elle recherche Cihan ».

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/2471515.stm> 14 Novembre, 2002

Les droits de l'enfant sont primordiaux

Malaisie, État de Kelantan - affaire de Mohammed c Azizah (1979) 1 Jurnal Hukum (1) 79, les deux parents s'étaient remariés à l'époque où le père a demandé la garde de la fillette. La mère avait eu la garde après le divorce et ne s'était pas encore remariée lorsque la garde lui a été initialement attribuée. Elle avait eu la garde pendant 7 ans lorsque le père l'a réclamée.

Le kadi a demandé sa préférence à l'enfant qui a répondu qu'elle voulait rester avec sa mère. Le tribunal a estimé que ses résultats à l'école étaient bons. Il a donc refusé la garde au père et a libellé sa décision comme suit : « Le fondement et le but de la garde sont le bien-être et le bien de l'enfant gardé, c'est un droit fondamental de l'enfant qui doit primer sur le droit de celui qui revendique le droit de garde. C'est clairement dit dans le Tuhfah et, comme indiqué par Ibn Salah et validé par Syed Sabiq dans son Fiqh Al-Sunna, vol 8 : La personne qui a le droit de garde, tout comme les enfants dont la garde est réclamée, ont des droits, mais, le droit des enfants prime sur celui de la personne demandant la garde ».

Traduit par Ahmad Ibrahim dans son livre, Family Laws in Malaysia. MLJ 1997.

LOIS :

La garde et la tutelle des enfants

Critères

- ☺ Les lois les plus favorables sont celles qui :
 - reconnaissent l'égalité en droits des hommes et des femmes à la garde et à la tutelle ; et
 - fondent les décisions sur l'intérêt supérieur de l'enfant.
- ☹ Les lois un peu moins favorables sont celles qui :
 - fondent les décisions relatives à la garde sur l'intérêt supérieur de l'enfant, même si des aspects du statut personnel peuvent être pris en considération ;
 - présument que les pères sont tuteurs « naturels ».
- ☹ Les lois les plus défavorables sont celles qui :
 - donnent la priorité à d'autres considérations dans les décisions de garde ;
 - présument que les pères sont tuteurs « naturels ».

☺ Les femmes et les hommes jouissent de droits égaux en matière de garde et de tutelle, les décisions sont fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant

Cameroun et républiques d'Asie centrale : les droits de garde et de tutelle peuvent être accordés à l'un des deux parents. L'intérêt supérieur de l'enfant est primordial.

Indonésie : Selon la loi sur le mariage, la garde des enfants doit être décidée par le juge en cas de litige. En général, les juges accordent la garde des enfants de moins de 12 ans à la mère et donnent la priorité à la préférence de l'enfant au-delà de cet âge.

Fidji : Le nouveau FLA utilise une terminologie neutre du point de vue du genre dans tous les articles relatifs aux enfants (de moins de 18 ans) et les termes d'« ordonnances parentales » et de « responsabilité parentale ». Pas moins de 110 articles (41-151) traitent directement de questions relatives aux enfants, en accordant aux tribunaux des pouvoirs très étendus (dont le mandat d'arrêt, l'arrestation et la fouille en cas d'enlèvement par un tuteur). Les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances d'entretien, de logement, de contact et d'autres ordonnances spécifiques. L'article 120 stipule que pour toutes les questions dont traite la partie VI du FLA relative aux enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial. L'article 121 énumère 11 critères pour déterminer l'intérêt supérieur, dont la maturité de l'enfant, son sexe et sa culture, la capacité de chacun des parents ou de toute autre personne à subvenir à ses besoins (y compris les besoins affectifs et intellectuels), la nécessité de protéger les enfants de tout traumatisme psychologique éventuel par l'exposition indirecte à la violence visant une autre personne, et tout autre fait ou situation que le tribunal estime pertinents.

Gambie : Selon le code de la famille, s'il y a désaccord, l'intérêt supérieur de l'enfant prime. La garde et la tutelle des enfants peuvent être attribuées au père, à la mère ou à un tiers. L'article 29:1 (droits de l'enfant) de la Constitution de 1997 stipule qu'il doit être tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de garde et de tutelle.

Sénégal : Bien que dans le cadre du CF, le père a plus de droits sur les enfants pendant le mariage (à moins qu'il ne les ait abandonnés, article 277), en cas de divorce, l'article 278 dispose que le juge attribue la garde et la tutelle à l'un des parents ou à une tierce personne en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une veuve se remarie, d'autres membres de la famille peuvent demander au juge de fixer certaines conditions concernant la garde, l'entretien, et l'éducation de l'enfant.

Tunisie : Les lois du pays reconnaissent l'égalité en droits des parents en matière de garde et de tutelle. Pendant le mariage, les deux parents ont les mêmes droits et responsabilités en ce qui concerne l'enfant. En cas de divorce, le juge doit accorder la garde selon l'intérêt supérieur de l'enfant. Si la garde est attribuée à la mère, celle-ci exerce l'autorité de tutelle en ce qui concerne les voyages de l'enfant gardé, son éducation et ses biens ; on peut lui accorder la tutelle plénière, si le titulaire de la garde n'est pas en mesure ou capable de l'exercer.

Turquie : En cas de séparation ou de divorce, les règles concernant la garde et la tutelle ne font pas de discrimination entre le père et la mère. En vertu de l'article 182 du CC, le juge accorde la garde à celui des parents qui est le mieux à même de s'occuper de l'enfant. Les hommes ne sont pas considérés comme étant supérieurs aux femmes à cet égard.

Algérie : Selon les articles 64-72 du CF, les femmes et les hommes n'ont pas les mêmes droits à la garde. Les articles 66 & 70 non amendés stipulent que la mère mariée à une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé, est déchue de son droit de garde ; la grand-mère maternelle ou la tante maternelle est déchue de son droit de garde si elle vient à cohabiter avec la mère remariée. Les articles 62 et 67 exigent du titulaire de la garde d'assurer l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi que la sauvegarde de sa santé physique et morale, faute de quoi le titulaire perd le droit de garde. Cependant, toutes les dispositions appellent le tribunal à statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant. L'article 67 amendé précise que le travail salarié de la mère ne la disqualifie pas en tant que titulaire de la garde. En 2005, le CF amendé a introduit des changements radicaux dans les règles de la tutelle. L'article 63 a été abrogé. Il exigeait de la mère qu'elle demande au tribunal l'autorisation de signer des documents importants concernant son enfant si le père avait abandonné sa famille ou avait disparu. L'article 87 prévoit que le père est le tuteur de ses enfants mineurs durant le mariage, mais la mère peut suppléer à son autorité en cas d'urgence, en son absence ou autre incapacité à signer des documents. En cas de divorce, le juge confère la tutelle au parent à qui a été accordée la garde des enfants.

La mère conserve la garde de l'enfant jusqu'à l'âge de 16 ans à moins qu'elle ne se remarie, auquel cas, elle perd le droit à la garde du garçon quand il atteint l'âge de 10 ans. La mère conserve la garde de sa fille jusqu'à l'âge nubile, à moins que la mère ne se remarie, dans ce cas, elle perd ce droit.

☺ La garde est décidée dans l'intérêt supérieur de l'enfant, les pères sont présumés tuteurs « naturels »

Bangladesh, Inde et Pakistan : l'article 42 de la loi coloniale Guardians and Wards Act de 1890 (applicable à toutes les communautés), définit un tuteur comme une personne ayant la garde du mineur et/ou de ses biens. Ainsi, pour statuer à la fois sur la garde et la tutelle, l'article 17 appelle le tribunal à décider en fonction du bien-être de l'enfant mineur, conformément à la loi à laquelle cet enfant est soumis. Pour déterminer le bien-être, le tribunal doit prendre en considération : l'âge de l'enfant mineur, son sexe et sa religion, la personnalité et la capacité du futur tuteur ainsi que la relation du tuteur à l'enfant mineur ; le souhait de tout parent décédé ; toute relation du futur tuteur avec l'enfant mineur ou ses biens ; et la préférence de l'enfant mineur s'il est assez âgé pour se former une opinion. Dans la jurisprudence de ces dernières décennies, les tribunaux du Bangladesh et du Pakistan sont constamment passés outre les règles hanafites classiques concernant la garde (notamment les critères disqualifiant la mère) et ont accordé la garde aux mères dans le meilleur intérêt de l'enfant. Il y a eu des cas éminents : Md. Abu Baker Siddique c. S.M.A. Bakar et autres 38 DLR (AD) 1986 ; Mst. Zohra Begum c Sh. Latif Ahmed Munawar PLD 1965 Lah. 695 ; Bashir Ahmad c Abida Sultana 1989 ALD 432. En matière de tutelle, toutefois, la présomption que le père est le tuteur « naturel » demeure.

Malaisie : la plupart des lois musulmanes de la famille précise les critères de disqualification d'une mère en tant que titulaire de la garde, la hiérarchie des membres féminins de la famille en tant que titulaires de la garde et les membres masculins de la famille en tant que tuteurs. Le Guardianship of Infants Act de 1960 s'applique aux musulmans, à condition que ses dispositions soient conformes aux lois musulmanes. Sur ce point, tant les lois musulmanes que les lois civiles opèrent une distinction entre la garde et la tutelle. Certaines lois musulmanes de la famille prévoient le principe de l'intérêt supérieur et du bien-être de l'enfant dans la législation.

Sri Lanka : Les questions de garde sont jugées par les tribunaux ordinaires, c'est-à-dire les tribunaux de district et non pas les tribunaux quazi, selon les principes des lois musulmanes, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par conséquent, les juges peuvent accorder la garde à la mère si son droit de garde a expiré en vertu des principes classiques des lois musulmanes en ne tenant pas compte des critères de déchéance des mères de leur droit à la garde contenus dans les lois traditionnelles chaféites. Les juges ont constamment répété que les principes de la garde dans les lois musulmanes n'étaient pas immuables s'agissant de l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire Subair c Isthikar (1974, 77 NLR 397) la Cour suprême a déclaré que la mère perd en principe le droit de garde lorsqu'elle contracte un second mariage avec une personne n'ayant pas de lien de parenté de degré prohibé avec l'enfant, mais des considérations particulières ayant trait à l'intérêt de l'enfant peuvent exiger qu'elle conserve cette garde. Le tribunal a reconnu plusieurs situations dans lesquelles la mère a conservé la garde, même en cas de second mariage avec une personne n'ayant pas de lien de parenté de degré prohibé avec l'enfant. Le père est le tuteur de l'enfant même lorsque la garde est accordée à la mère.

⊗ La loi codifie les limites d'âge pour la garde ; solutions de rechange possibles ; les pères sont considérés comme tuteurs « naturels »

Égypte : Selon l'article 20 de la loi sur le statut personnel de 1929, modifiée en 1985, la garde d'un garçon est confiée à la mère jusqu'à l'âge de 10 ans. Un juge a le pouvoir discrétionnaire de prolonger la période de la garde jusqu'à ce que le garçon atteigne l'âge de 15 ans. La fillette reste avec la mère jusqu'à l'âge de 12 ans. Le juge peut user de son pouvoir discrétionnaire pour prolonger la garde jusqu'au mariage de l'enfant.

Gambie (mariages sous lois musulmanes) : En cas de contestation de la garde, les lois musulmanes s'appliquent concernant les modalités de la garde en fonction de l'âge.

Iran : Selon l'article 1169, la garde des fils âgés de plus de 2 ans et les filles âgées de plus de 7 ans est attribuée au père. En vertu de l'article 1170, la garde des enfants qui n'ont pas encore atteint ces âges revient au père si la mère se remarie. L'article 1173 laisse la décision de la garde à la discrétion du juge si l'enfant est en danger par manque de soin ou risque de dégradation morale. Cependant, les tribunaux acceptent rarement l'argument selon lequel le père n'est pas qualifié pour la garde, même dans les cas où ce père a des antécédents de graves violences familiales ou avec la justice. Même si le juge décide que le père n'est pas apte, il peut confier la garde au grand-père ou aux oncles paternels. Toutefois, selon l'article 1171, si l'un des parents décède, le parent survivant aura la garde, même si le père a nommé un exécuteur testamentaire pour l'enfant. L'article 1181 dispose que le père ou le grand-père paternel a le droit de tutelle sur les enfants. Le tuteur est le représentant légal pour toutes les questions relatives aux droits financiers de l'enfant gardé. Si le tuteur naturel est incapable d'administrer les biens de l'enfant mineur ou est absent, le tribunal nomme un administrateur. Les non-musulmans ne peuvent être nommés administrateurs pour un enfant musulman.

Maroc : Selon l'article 166 de la nouvelle Moudawana, la garde est exercée jusqu'à ce que le garçon ou la fille atteigne la majorité légale (18 ans ou mariage) et, en cas de divorce, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde. Tous les différends doivent être réglés par le tribunal selon l'intérêt du mineur. L'article 171 prévoit que la garde revient aux personnes suivantes par ordre de priorité : la mère, le père puis la grand-mère maternelle de l'enfant. Les articles 173-176 énumèrent les critères de dévolution de la garde. Une mère peut conserver le droit de garde de son enfant même si elle se remarie avec une personne étrangère, si l'enfant a moins de 7 ans ou s'il risque de subir un préjudice du fait de la séparation d'avec la mère, ou si elle est le tuteur légal de l'enfant. Selon l'article 88, les droits de visite, la garde et l'entretien de l'enfant font partie des décisions de justice rendues dans le cadre du divorce. Le titulaire de la garde ne la perd pas s'il change de résidence à l'intérieur du Maroc. En vertu de l'article 236, le père est le tuteur légal tant qu'il n'a pas été déchu de cette tutelle par un jugement. La mère veille sur les affaires urgentes de ses enfants au cas où le père est empêché de le faire. La mère peut exercer la tutelle si le père est décédé, absent ou perd sa capacité. Elle est le représentant légal en matière de don d'argent à l'enfant.

Philippines : La prise en charge et la garde des enfants de moins de 7 ans dont les parents sont divorcés sont dévolues à la mère, ou, en son absence, à la grand-mère maternelle, la grand-mère paternelle, la sœur ou les tantes. À défaut, elles sont dévolues au père et aux parents les plus proches de la famille paternelle. Le mineur de plus de 7 ans mais au-dessous de l'âge de la puberté peut choisir le parent qui assumera sa garde. La fille célibataire qui a atteint l'âge de la puberté doit rester avec le père, le fils, dans la même situation, doit demeurer avec la mère (Art. 78 du CMPL). Selon les articles 79 et 80 de du CMPL, la tutelle pour le mariage et l'administration des biens est exercée par le père. Bien que les deux parents exercent conjointement l'autorité, la décision du père va prévaloir.

Soudan : Les articles 109-126 du MPLA disposent que la mère assure la garde des garçons jusqu'à l'âge de 7 ans et celle des filles jusqu'à l'âge de 9 ans. La mère ou une autre parente peut faire prolonger la garde au-delà de cet âge si elle prouve au tribunal que c'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et notamment si elle apporte la preuve que le père est incapable d'exercer la garde de l'enfant. Dans la pratique, fournir cette preuve est compliqué et implique de longues procédures. Le remariage de la mère ou de l'autre parente met fin à la poursuite éventuelle de la garde sauf si le juge décide qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il soit maintenu chez la titulaire de la garde. Selon l'article 118, la tutelle des enfants de parents divorcés ou séparés est exercée par le père. Le père est responsable pour toutes les questions liées à la socialisation, l'éducation/la scolarité, le comportement et la conduite de l'enfant. La tutelle du père sur l'enfant continue jusqu'à ce qu'il (le garçon) ait atteint l'âge adulte, alors que pour la petite fille, la tutelle n'est pas limitée dans le temps, qu'elle soit exercée par le père ou par tout autre parent de sexe masculin.

Mettre fin à une injustice flagrante : les droits de garde des veuves en Iran

Dans la loi sur la protection de la famille d'avant la révolution, la mère iranienne avait les mêmes droits que le grand-père paternel en termes de garde et de tutelle lorsque le père était jugé inapte ou était décédé. Mais le code civil iranien d'après 1979 considère les mères comme titulaires purement temporaires de la garde de leurs enfants qui sont en effet la propriété de leurs « tuteurs naturels », leur père et grand-père paternel.

Cette situation injuste est devenue flagrante au cours de la guerre Iran-Irak des années 1980. De nombreuses femmes qui ont continué à soutenir le gouvernement iranien, malgré le décès de leurs maris dans la guerre, ont perdu la garde de leurs enfants au profit du grand-père paternel. Les enfants des martyrs de la guerre ont droit à des allocations financières de la part de l'État, qui deviennent parfois la cause des litiges pour la garde entre la mère et le grand-père paternel.

Les veuves de guerre se sont mobilisées officiellement et officieusement pour réclamer justice. Elles ont posé la question suivante : « Pourquoi une mère qui a déjà perdu son mari pour sa foi en la révolution et la religion perd également son enfant? Où est la justice dans tout cela ? ».

La nécessité d'avoir plus de volontaires pour aller au front a poussé les dirigeants religieux à résoudre ce problème. La Fondation des martyrs (qui plaidait en faveur des femmes et des enfants de ceux qui étaient morts à la guerre) a été confrontée à des demandes quotidiennes de la part des femmes et en a appelé aux autorités judiciaires pour régler le problème de garde. En 1988, la loi a été modifiée de sorte que la garde (mais pas la tutelle) des enfants dont les pères sont morts à la guerre soit automatiquement attribuée à la mère (amendement 1). Toutefois, le soutien financier et d'autres responsabilités sont assumés par le tuteur qui est le grand-père paternel ou une personne désignée par lui. Si les enfants ont droit à une pension de la Fondation des martyrs, elle est versée à la mère sauf si le tribunal décide que la mère est incapable d'offrir aux enfants une bonne éducation.

L'amendement 2 confirme que le mariage de la mère ne la déchoit pas de son droit à la garde des enfants (en rupture d'avec les principes de la garde dans d'autres situations où la mère perd presque automatiquement la garde de ses enfants si elle se remarie). L'amendement 3 stipule que le tribunal doit fixer la somme d'argent qui sera versée à la mère pour l'entretien des enfants.

Bien que cette nouvelle loi n'ait pas résolu certains des problèmes fondamentaux soulevés par les dispositions relatives à la garde et à la tutelle, cette victoire même partielle était à saluer car elle a abordé l'un des aspects les plus patriarcaux de la loi et elle a ouvert la voie à un plus grand changement juridique dans ce domaine.

Extrait de : Hoodfar H. (1996), Loi sur le statut personnel tel que défini par la République islamique d'Iran, in Hoodfar, H. (éd), Les frontières mouvantes du mariage et du divorce dans les communautés musulmanes, Dossier spécial, WLUM, Grabels.

Annexe 1

PAYS COUVERTS PAR LE PROGRAMME FEMMES & LOIS DANS LE MONDE MUSULMAN 1991-2001

- Bangladesh
- Cameroun
- Fidji
- Gambie
- Inde
- Indonésie
- Iran
- Malaisie
- Maroc
- Nigeria
- Pakistan
- Philippines
- Sénégal
- Sri Lanka
- Soudan
- Turquie

En outre, une recherche partielle a également été menée en:

- Algérie, Ouzbékistan, Kazakhstan et au Kirghizistan

Annexe 2

LISTE DES ORGANISATIONS

Vous trouverez ci-après une liste des organisations en réseau qui ont participé à la recherche Femmes et Lois, ainsi qu'un certain nombre d'organisations en réseau qui pourraient être en mesure de fournir des renseignements complémentaires sur les questions abordées dans ce manuel, ou de renvoyer les lecteurs à d'autres sources. Pour les pays qui n'ont pas été cités dans les pages suivantes, veuillez contacter les bureaux de coordination de WLUML.

Bureaux de coordination de WLUML

Women Living Under Muslim Laws

International Coordination Office

P.O. Box 28445

London N19 5NZ, United Kingdom

Email : wluml@wluml.org

Site Web : www.wluml.org

Women Living Under Muslim Laws

Regional Coordination Office for Asia

Shirkat Gah Women's Resource Centre

P.O. Box 5192

Lahore, Pakistan

Email: sgah@sgah.org.pk

Site Web : www.sgah.org.pk

Women Living Under Muslim Laws

Regional Coordination Office for Africa and the Middle East

BAOBAB for Women's Human Rights

P.O. Box 73630

Victoria Island

Lagos, Nigeria

Email : baobab@baobabwomen.org

Site Web : www.baobabwomen.org

Organisations et individus en réseaux

Algérie

Email : aithamou99@hotmail.com

Algérie, Maroc, Tunisie

Collectif Maghreb Égalité' 95

2 Rue Ibn Mokala

Les Orangers

Rabat, Maroc

Tél: (+212 37) 737 165 et (+212) 37 706 081

Fax: (+212 37) 260813

Email: association.adfm@menara.ma

Bangladesh

Ain O Salish Kendra (ASK)

26/3 Purana Paltan Line

Dhaka 1000, Bangladesh

Tél: (+880 2) 831 5851 & (+880 2) 9360336

Fax: (+880 2) 831-8561

Email: ask@citechco.net

<http://www.askbd.org>

Égypte

New Woman Research Center

90D Ahmed Urabi Street

Mohandiseen

Le Caire, Égypte

Tél/Fax : (+20 2) 3048085

Tél : (+20 2) 345 5319

Email : nwrc@intouch.com

Fidji

Regional Rights Resource Team

Private Mail Bag

Suva, Fiji Islands

Street Address:

2nd Floor, Pacific House

Butt Street

Suva, Fiji Islands

Tél: (+679) 330 5582

Fax: (+679) 330 6582

Email: registry@rrrt.org.fj

www.rrrt.org

Fiji Women's Rights Movement

P.O. Box 14194

Suva, Fiji Islands

Street Address:

115 Robertson Road

Suva, Fiji Islands

Tél: (+679) 313 156

Fax: (+679) 313 466

Email: info@fwrn.org.fj

Gambie

GAMCOTRAP

(Gambian Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children)

P.O. Box 2990

49 Garba Jahumpa Road, Bakau

Banjul, Gambia

Tél: (+220) 449 7416

Fax: (+220) 449 7781

Email: gamco@qanet.gm

La liste continue...

Inde

Women's Research and Action Group

P.O. Box 6830

Santa Cruz (East)

Bombay/Mumbai 400 055, India

Tél: (+91 22) 2667 2015 et (+91 22) 2667 3799

Tel/Fax: (+91 22) 2667 3799

Email: wrag@vsnl.com

Awaaz-e-Niswan

1st floor

CVOD Jain High School

84, Samuel Street, Dongri

Mumbai 400 009, India

Tél: (+91 22) 2343 9421

Email: niswan@vsnl.net

Iran

Homa Hoodfar

Associate Professor of Anthropology

Concordia University

1455 de Maisonneuve Blvd. W.

Montréal

Québec H3G 1MB, Canada

Fax: (+1 514) 848 4539

Maroc

La Ligue démocratique pour les droits de la femme (LDDF)

27 Rue El Banafsaj

1er étage No 1

Casablanca, Maroc

Tél: (+212 22) 297 884 et (+212 22) 297 869

Fax: (+212 22) 297 869

Email: lddf@iam.net.ma

Malaisie

Women's Centre for Change (WCC)

(formerly Women's Crisis Centre)

24-D, Jalan Jones

10250 Penang, Malaysia

Tél: (+60 4) 228 0342

Fax: (+60 4) 228 5784

Email: wccpen@po.jaring.my

www.wccpenang.org

Sisters in Islam

No. 25 Jalan 5/31

46000 Petaling Jaya Selangor, Malaysia

Tél: (+60 3) 7960 6121 et (+60 3) 7960 6122 et (+60 3)

7960 4485

Fax: (+60 3) 7960 4737

Email: sistersinislam@pd.jaring.my

www.sistersinislam.org.my

Nigeria

BAOBAB for Women's Human Rights

P.O. Box 73630

Victoria Island

Lagos, Nigeria

Email: baobab@baobabwomen.org

www.baobabwomen.org

La liste continue...

Palestine

Women's Centre for Legal Aid and Counseling (WCLAC)

Al Dahya Intersection
 Al Hirbawi Building, Third Floor
 P.O. Box 54262
 Jérusalem 91516, via Israël
 Tél: (+970 2) 234 7438
 Tél/Fax: (+970 2) 234 2172
 Email: wclac@netvision.net.il et wclac@palnet.com

www.wclac.org

Pakistan

Shirkat Gah Women's Resource Centre

P.O. Box 5192
 Lahore, Pakistan
 Email: sgah@sgah.org.pk

www.sgah.org.pk

Philippines

PILIPINA Legal Resources Center, Inc. (PLRC)

3B Anda Corporate Center
 F. Inigo St.
 8000 Davao City, The Philippines
 Tél/Fax: (+63 82) 224 3238
 Email: plrcphil@info.com.ph

Sénégal

Groupe de recherche sur les femmes et les lois au Sénégal (GREFELS)

B.P. 15275DK-Fann
 Dakar, Sénégal
 Tél/Fax: (+221 8) 256 533
 Email: grefels@sentoo.sn

Sri Lanka

Muslim Women's Research & Action Forum

73/19E, Temple Road
 Off Kirulapone Avenue
 Colombo 5, Sri Lanka
 Tél: (+94 1) 816 680
 Fax: (+94 1) 1440 5902
 Email: mwraf@sltnet.lk et mwraf@panlanka.net

Tunisie

Association tunisienne des femmes démocrates (ATFD)

67 avenue de la Liberté
 Tunis 1082, Tunisie
 Tél: (+216 7) 179 4131
 Fax: (+216 7) 179 9225
 Email: femmes_feministes@yahoo.fr

Turquie

Kadinin Insan Haklari - YENI COZUMLER

Women for Women's Human Rights (WWHR) - NEW WAYS

Inonu Cad. 37/6 Saadet Apt.
 80090 Istanbul, Turquie
 Tél: (+90 212) 251 0029
 Fax: (+90 212) 251 0065
 Email: wwhr@superonline.com
www.wwhr.org

Ouzbékistan

Women's Resource Centre Tashkent

P.O. Box 7195
 Abai St., 6
 Tashkent 700095, Ouzbékistan

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie comprend certains des documents consultés en vue de la préparation de ce manuel, ainsi que des publications en langue anglaise réalisées par les organisations en réseau tirées de leur recherche Femmes et Lois. Un grand nombre des organisations ont produit des documents complémentaires sur des sujets similaires, ainsi que des documents dans d'autres langues, basés sur la recherche Femmes et Lois.

De plus, de nombreux articles non publiés, conservés au Bureau de coordination international de WLUML ont été consultés, certains figurant dans la liste ci-dessous. Là où nous n'étions pas en mesure de trouver des citations complètes, nous avons fourni des détails qui pourraient aider les lecteurs à en retrouver des copies.

Mariage

El Alami, Dawoud Sudqi and Hinchcliffe Doreen (1996), *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, CIMEL Book Series No. 2, Kluwer Law International, London

Harvard Law School's Islamic Legal Studies Program Conference on the Islamic Marriage Contract, Cambridge, Mass., on Jan. 29-31, 1999 (articles non publiés)

Home Office (2000), *A Choice by Right: The Report of the Working Group on Forced Marriage*, Home Office, UK

Hoodfar, Homa (ed) (1996), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Automne 1996), *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Mahmood, Tahir (1987), *Personal Law in Islamic Countries: History, Text and Comparative Analysis*, Academy of Law and Religion, New Delhi

Moors, Annelies (1994), 'Women and Dower Property in Twentieth-Century Palestine: The case of Jabal Nablus', *Islamic Law and Society* (1,3) E.J. Brill, Leiden

Sisters in Islam, conference papers presented at the Regional Workshop on Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, Kuala Lumpur, 8-10 June, 2001 (Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore)

Southall Black Sisters (2001), *Forced Marriage: An abuse of human rights one year after 'A Choice by Right'*, Interim Report, Southall Black Sisters, London

Women Living Under Muslim Laws (1996), *Matters Related to Marriage and Divorce in Muslim Laws: A Preliminary Working Bibliography*, WLUML, Grabels

Women Living Under Muslim Laws (2005), Dossier 27: *The Codification of Muslim Personal Laws in Minority contexts*, WLUML, London

www.unicef-icdc.org/publications/pdf/digest7e.pdf for child marriages (pour le mariage d'enfants)

www.law.emory.edu/ for additional materials on specific countries and links to websites featuring texts of codes (pour tous documentations complémentaires sur des pays et des liens vers des sites internet qui mettent en valeur les textes des codes)

Divorce

Ahmed, K.N (1978), *The Muslim Law of Divorce*, Kitab Bhavan, New Delhi

Carrol, Lucy and Kapoor, Harsh (eds) (1996), *Talaq-i-Tafwid, The Muslim Woman's Contractual Access to Divorce*, *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Center for Egyptian Women Legal Assistance (CEWLA) (2005), *The Harvest: Two Years After Khol – An Analytical Study*, CEWLA & WLUML, Cairo

El Alami, Dawoud Sudqi and Hinchcliffe Doreen (1996), *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, CIMEL Book Series No. 2, Kluwer Law International, London

Hoodfar, Homa (ed) (1996), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Fall 1996), *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Mahmood, Tahir (1987), *Personal Law in Islamic Countries: History, Text and Comparative Analysis*, Academy of Law and Religion, New Delhi

Sisters in Islam, conference papers presented at the Regional Workshop on Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, Kuala Lumpur, 8-10 June, 2001 (Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore)

Women Living Under Muslim Laws (1996), *Matters Related to Marriage and Divorce in Muslim Laws: A preliminary working bibliography*, WLUML, Grabels

www.law.emory.edu/ for additional materials on specific countries and links to websites featuring texts of codes (pour tous matériels complémentaires sur des pays spécifiques et des liens vers des sites internet mettant en valeur des textes sur les codes)

Entretien

Engineer, Asghar Ali (1999), 'Muslim Women and Maintenance', in *Secular Perspectives*, June 1-5, 1999

Sisters in Islam, conference papers presented at the Regional Workshop on Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, Kuala Lumpur, 8-10 June, 2001 (Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore)

www.childsupportanalysis.co.uk/information_and_explanation/world/muslim.htm for summary information regarding child maintenance in various systems (pour des résumés d'information sur l'entretien des enfants dans diverses sociétés)

Garde et tutelle, statut de l'enfant

Kleiner-Bossaller, A. (1993), « Kwantacce, the 'Sleeping Pregnancy', a Hausa Concept » in Ludwar-Ene, G. and Reh, M. (eds) *Focusing on Women in Africa*, Bayreuth African Studies Series 26.

Sisters in Islam, conference papers presented at the Regional Workshop on Islamic Family Law and Justice for Muslim Women, Kuala Lumpur, 8-10 June, 2001 (Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore)

www.childsupportanalysis.co.uk/information_and_explanation/world/muslim.htm for information regarding provisions concerning child custody and guardianship (pour des informations sur la garde et la tutelle des enfants)

Lois musulmanes

Abd al-Ati, H. (1977), *The Family Structure in Islam*, American Trust Publications ?

Ameer Ali, Syed (1929), *Mahomedan Law*, Vol. 2, 5^{ème} Edition, réimpression 1985, Himalayan Books, New Delhi

Mulla, D.F. (1981) *Principles of Mahomedan Law*, (18th edition), Mansoor Book House, Lahore

Fyzee, A.A.A. (1974), *Outlines of Muhammadan Law*, Fourth Edition, Oxford University Press. New Delhi, réimpression 1994

Hughes, T.P. *Dictionary of Islam*, <http://answering-islam.org/Books/Hughes> (pas de date)

Muslim Women's Research and Action Forum (2000), *The Need for Ijtihad or Intellectual Reasoning*, Seminar Series No. 2, Muslim Women's Research & Action Forum, Colombo

Algérie, Maroc, Tunisie

Collectif '95 Maghreb Égalité (2003), *Dalil -pour l'égalité dans la famille au Maghreb*, Collectif 95 Maghreb Égalité (également disponible en arabe)

Collectif '95 Maghreb Égalité (1996), Cent mesures et dispositions: pour une codification maghrébine égalitaire du statut personnel et du droit de la famille, Women Living Under Muslim Laws, Grabels (traduction en anglais en cours, Women Living Under Muslim Laws) <http://membres.lycos.fr/lexalgeria/>

www.jurisetunisie.com contient Le Code du statut personnel et autres législations pertinentes en Tunisie

Bangladesh

Kamal, Sultana (2001), Her Unfearing Mind, Ain-O-Salish Kendro (ASK) / Women Living Under Muslim Laws, Dhaka

Pereira, Faustina (2001), The Fractured Scales: The Search for a Uniform Personal Code, STREE, Calcutta

Républiques d'Asie centrale

Djanaeva, Dr. Nurgul N. (2002), Kyrgyzstan Women in Transition, Bishkek

Shirkat Gah/Women Living Under Muslim Laws (1995), Assertions of Self: The Nascent Women's Movement in Central Asia, Special Bulletin, Lahore

Tokhtakhodjaeva, Marfua (1995), Between the Slogans of Communism and the Laws of Islam: the women of Uzbekistan, Shirkat Gah/Women Living Under Muslim Laws, Lahore

Tokhtakhodjaeva, Marfua and Turgumbekova, Elmira (1996), The Daughters of Amazons: Voices from Central Asia, Shirkat Gah/Women Living Under Muslim Laws, Lahore

Tokhtakhodjaeva, Marfua (2000), 'Traditional Stereotypes and Women's Problems in Post-Soviet Uzbekistan: A Survey of the Mass Media', Dossier 22, January 2000, Women Living Under Muslim Laws, Grabels

www.lexinfosys.de/lexinfosys/ZGB.htm répertorie les codes civils des pays suivants dont certains sont en anglais: Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, et Ouzbekistan.

Égypte

Center for Egyptian Women Legal Assistance (CEWLA) (2005), The Harvest: Two Years After Khol – An Analytical Study, CEWLA & WLUML, Cairo

Chemais, Alya (1996), 'Obstacles to Divorce for Muslim Women in Egypt', in Hoodfar, Homa (ed), Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, Special Dossier Vol. 1 (Fall 1996), Women Living Under Muslim Laws, Grabels

Communication Group for the Enhancement of the Status of Women in Egypt / Mona Zulfikar (1992), Legal Rights of Egyptian Women in Theory and Practice

Hoodfar, Homa (1996), 'Circumventing Legal Limitation: Mahr and Marriage Negotiation in Egyptian Low-Income Communities', in Hoodfar, Homa (ed) Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, Special Dossier: Women Living Under Muslim Laws, Grabels

The Legal and Research Centre for Human Rights, Cairo, Egypt, www.geocities.com/lrrc/geo/Zaid/

Fidji

Jalal, P. Imrana (1998), Law for Pacific Women: A Legal Rights Handbook, Fiji Women's Rights Movement, Suva, Fiji

Jalal, P. Imrana (2005), 'The Campaign for Gender Equality in Family Law: The passage of the Controversial Fiji Family Law Act 2003 into law', in WLUML, Dossier 27: The Codification of Muslim Personal Laws in Minority Contexts, WLUML, London

www.unescap.org/pop/database/law_fi/ji/ji_012_1.htm for Fiji, Matrimonial Causes Act

www.vanuatu.usp.ac.fj/paclawmat/Fiji_legislation/plmlegislation_main.html for Fiji statutory provisions

Gambie

Gambian Committee on Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children (GAMCOTRAP) (2002), *Gambian Women, Law, and Customary Practice*, Bakau

United Nations Development Programme (UNDP) and Central Statistics Department (1997), *The Gambia: National Human Development Report*, UNDP, Banjul

Inde

Hameed, Syeda Saiyidain (2000), *Voice of the Voiceless: Status of Muslim Women in India*, National Commission for Women, India

Lateef, Shahida (1990), *Muslim Women in India: Political and Private Realities 1890's – 1980's*, Kali for Women, New Delhi

Mohammad, Dr. Shabbir, (1988), *Muslim Personal Law and Judiciary*, The Law Book Company (p) Ltd, India

Niaz, Noorjehan Safi a (2003) *Maintenance After Divorce: A Major Concern of Muslim Women*, WRAG, Mumbai

Women's Research and Action Group (1996), 'Marriage and the Politics of Social Change in India's Muslim Communities', in Hoodfar, Homa (ed), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Autumn 1996), *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Women's Research and Action Group (1997), *Aspects of Culture and Society: Muslim Women in India*, District Reports, Women's Research and Action Group, India

Women's Research and Action Group (1997), *Women, Law and Customary Practices*, Women's Research and Action Group, India

Women's Research & Action Group (2003), *Laws Governing the Muslim Community*, WRAG, Mumbai

Indonésie

Australian Journal of Asian Law, Vol. 4, No. 3: *Islamic Law in South-East Asia*

Bowen, John R. (1998), « You may not give it away »: *How Social Norms Shape Islamic Law in Contemporary Indonesian Jurisprudence*, in *Islamic Law and Society*, Vol 5 No. 3 October 1998

Katz, June S. and Katz, Ronald S (1975), 'The New Indonesian Marriage Law: A Mirror of Indonesia's Political, Cultural and Legal Systems', *American Journal of Comparative Law*, vol. 23 (1975): 653-681

Iran

Afshar, Haleh (1985), 'The Legal, Social and Political Position of Women in Iran', *International Journal of the Sociology of the Law*, 1985, 13

Haeri, Shahla (1994), *Law of Desire: Temporary Marriage in Shi'i Iran*, Syracuse University

Kar, Mehranguiz and Hoodfar, Homa (1996), 'Personal Status Law as Defined by the Islamic Republic of Iran: An Appraisal', in Hoodfar, Homa (Ed), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Fall 1996), *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Kian, Azadeh, (1999), 'Women and Politics in Post-Islamic Iran: the Gender Conscious Drive to Change', Dossier 21, *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Mir-Hosseini, Ziba (1993), *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law*, I.B. Tauris, London

Saidzadeh, Hojjat al-Eslam (1999), 'Foundations of the equality perspective, modern fiqh: the case of divorce', Dossier 21, *Women Living Under Muslim Laws*, Grabels

Taleghany, M.A.R (translator) (1995), *The Civil Code of Iran*

Reconstructing Fundamentalism and Feminism: the dynamics of change in Iran, *Special Bulletin* (1995), Shirkat Gah/Women Living Under Muslim Laws, Lahore

www.iranembassy.hu/registrationmarriage.html for requirements for Iranians when marrying foreigners

Liban

Shehadeh, Lamia Rustum (1998), 'The Legal Status of Married Women in Lebanon,' *International Journal of Middle East Studies*, vol. 30, no. 4 (November): 501-519

Malaisie

Devarai, Prema E. (Ed.) (no date), *Malaysian Women and the Law*, National Council of Women's Organisations (NCWO), Penang Branch

Ibrahim, Ahmad (2001), *Family Law in Malaysia*, Butterworths Asia, Singapore

International Law Book Services (2002), *Islamic Family Law (Federal Territories) Act 1984 (Act 303)*, ILBS, Petaling Jaya, Selangor

Mohamed, Maznah (2000), *Muslim Women and Access to Justice: Historical, Legal and Social Experience in Malaysia*, Women's Crisis Centre, Penang, Malaysia.

Siraj, Mehrun (1993), *Women under Syariah law in Malaysia*, School of Social Sciences, Universiti Sains Malaysia, Kanita

Nigeria

Ambali, M.A. (1998), *The Practice of Muslim Family Law in Nigeria*, Tamaza Publishing Company, Zaria

BAOBAB for Women's Human Rights (1999), *Divorce – the Dissolution of a Marriage in Muslim Personal Laws in Nigeria*, Legal Literacy Series, Lagos

BAOBAB for Women's Human Rights (1999), *Child Custody and Guardianship*, Legal Literacy Series, Lagos

Imam, Ayesha (2000), 'Women's Rights in Muslim Laws (Sharia)' in *The Place of Women Under Sharia*, CRP/FNS, Lagos

Nwogugu, E.I. (1974), *Family Law in Nigeria (Revised Edition)*, Heinemann Studies in Nigeria Law, Heinemann Educational Books, reprint 2001

Pakistan

Balchin, Cassandra (ed.) (1994), *A Handbook on Family Law in Pakistan*, Shirkat Gah/Women Living Under Muslim Laws, Lahore

Balchin, Cassandra (ed.) (1996), *Women, Law and Society: An Action Manual for NGOs*, Shirkat Gah, Lahore

Government of Pakistan (1998), *Report of the Commission of Inquiry for Women: August 1997*, Islamabad

Jahangir, Asma and Jilani, Hina (1990), *The Hudood Ordinances: A Divine Sanction?*, Rhotas Books, Lahore

Shaheed, Farida et al (eds) (1998), *Shaping Women's Lives: Laws, Practices and Strategies in Pakistan*, Shirkat Gah, Lahore

Shirkat Gah (2000), *Women's Rights in Muslim Family Law in Pakistan: 45 years of Recommendations vs. the FSC Judgment (January 2000)*, *Special Bulletin*, Shirkat Gah, Lahore

Communauté palestinienne en Israël et en Cisjordanie

Moors, Annelies (1995), *Women, Property and Islam: Palestinian Experiences, 1920-1990*, Cambridge University Press

Rouhana, Houda (2001), *Practices in the Sharia Court of Appeal in Israel; Gendered Reading of Arbitration Decisions*, (unpublished paper)

Rouhana, Houda (2002), *Personal Status Laws and the Citizenship of Palestinian Women in Israel*, MA thesis, the University of Greenwich, UK

Welchman, Lynn (2000), *Beyond the Code: Muslim Family Law and the Shar'i Judiciary in the Palestinian West Bank*, Kluwer Academic Publishers, London

Philippines

Antonio, Isabelita Solamo, (2003), *The Shari'a Courts in the Philippines: Women, Men & Muslim Personal Laws*, PILIPINA Legal Resources Center

Antonio, Isabelita Solamo (2000), 'Image of the Legal System Among the Tri-Peoples of Mindanao', in Leonen M.V.F. (Ed) 1st Alternative Law Conference: Lawyering for the Public Interest, Nov. 8-12, 1999, Alternative Law Groups, Inc. Publication, 2000, p.50-69

Antonio, Isabelita Solamo (2002), *Women's Rights, Local & National Legislative Advocacy, & Networking for Effective Law Enforcement* (unpublished paper presented at the Workshop On Sensitizing Police Force And Lawmakers On Women's Rights In Reproductive Health, Jogjakarta, Indonesia, 2-3 September 2002)

PILIPINA Legal Resources Center (1988), *The Woman Underneath That Malong: The Implications of the Code of Muslim Personal Laws on the Muslim Women of Regions IX & XII*, PLRC, Mindanao

PILIPINA Legal Resources Center (no date), 'Proposed Revised Code of Muslim Personal Laws'

Arabie saoudite

Wynn, I. (1996), 'Marriage Contracts and Women's Rights in Saudi Arabia', in Hoodfar, Homa (Ed), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Fall 1996), Women Living Under Muslim Laws, Grabels

Sénégal

Sow, F. (1996), 'Family and Law in Senegal: Continuity and Change', in Hoodfar, Homa (Ed), *Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities*, Special Dossier Vol. 1 (Autumn 1996), Women Living Under Muslim Laws, Grabels

Sow, F. with Gaye, D., Senghor, M., and Diagne, P., (à paraître), *Femmes, lois et Islam au Sénégal*, Groupe de recherche sur les femmes et les lois au Sénégal (GREFELS), Dakar

Sri Lanka

Goonesekere, Savitri (2000), *Muslim Personal Law in Sri Lanka: Some Aspects of Law on Family Relations*, Muslim Women's Research & Action Forum, Sri Lanka

Kodikara, Chulani (1999), *Muslim Family Law in Sri Lanka: Theory, Practice and Issues of Concern to Women*, Muslim Women's Research & Action Forum/Women Living Under Muslim Laws, Sri Lanka

Muslim Women's Research & Action Forum (1999), *Between Two Worlds: Muslim Women in a Multi-Ethnic Society*, Muslim Women's Research & Action Forum/WLUML, Colombo

Muslim Women's Research & Action Forum (2000), Dialogue with Quazis: A Report of a Meeting with Quazis, Muslim Women's Research & Action Forum, Colombo

Wijayatilake, Kamalini (1996), "Rights of Women within the Family : An Overview of the Sri Lankan Experience", in Hoodfar, Homa (ed), Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, Special Dossier Vol. 1 (Fall 1996), Women Living Under Muslim Laws, Grabels

Soudan

Fluehr-Lobban, C. (1987), Islamic Law and Society in the Sudan, Frank Cass, Ltd, London

Women and Law Sudan Country Project, Women and Law in Sudan, (Volume 1 1998, Volume 2 1999)

Tanzania

Women's Research & Documentation Project, Dar es Salaam

Tunisie

Kelley, Patricia (1996), 'Finding Common Ground: Islamic Values and Gender Equity in Reformed Personal Status Law in Tunisia', in Hoodfar, Homa (ed), Shifting Boundaries in Marriage and Divorce in Muslim Communities, Special Dossier Vol. 1 (Autumn 1996), Women Living Under Muslim Laws, Grabels

Turquie

Arin, Canan (1997), The Legal Status of Women in Turkey, Women for Women's Human Rights Reports No. 1, Women for Women's Human Rights/Women Living Under Muslim Laws

Women for Women's Human Rights, (2002), The New Legal Status of Women in Turkey, Women for Women's Human Rights – New Ways Liaison Office, Istanbul

Yémen

Molyneux, Maxine (1991), 'The Law, the State and Socialist Policies With Regard to Women: The Case of the People's Democratic Republic of Yemen', in Kandiyoti, Deniz, (ed) Women Islam and the State, Temple University Press, Philadelphia

INDEX

Voir glossaire pp. 8-12 pour les termes utilisés dans cet index. "Également" est utilisé pour indiquer des références moins significatives.

Adoption 234-235, 237, 241-242, également : 39, 56, 58, 102, 103,200.

Adultère 26, 93, 97, 157, 163, 226, 232, 234, 249, 261, 289, 325, 326, 331, 343 ; comme motif de divorce 294-306 ; voir également *zina*.

Affinité, voir *degrés prohibés*.

Âge du mariage, voir *âge minimum pour le mariage*.

Pension alimentaire 174, 230, 235, 238, 307, 315-319, 325-329, 334-335 ; voir également *entretien — durant la période de idda et de mata'a*.

Annulation 66, 72, 75, 93-98, 105, 106, 109-111, 120, 122, 126, 129-134,181, 183, 206, 232, 300 ; voir également *mariage invalide*.

Apostasie 50, 106, 155, 220, 226.

Bigamie 26, 103, 199, 200, 204, 206, 208, 209, 261-262, 302, 306, 308, 313 ; voir également *zina*.

Prix de la mariée 63, 190-194,332.

CEDAW (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes) 33-34, 52, 58.

Mariage d'enfants 25, 27, 36, 37, 58, 67, 70, 77, 89, 91, 113, 114, 119-134, 136, 137, 150, 177, 197, 198 ; voir également *âge du mariage* et *mariage forcé*.

Convention relative aux droits de l'enfant 69, 119.

Choix dans le mariage 69-72, 77-82, 93-99 ; voir également *mariage des enfants*; *consentement*, *consentement de la femme au mariage* ; *mariage forcé* ; et *kafa'a*.

Codification des lois 32, 64-65 ; également : 24, 30, 71, 234, 248 ; implications en matière de droits de 37, 64, 71, 101, 119, 124, 141, 153, 154, 156-158, 219-221, 229-230, 232, 247, 262, 272, 343 ; lois musulmanes non codifiées 30, 31, 129, 153, 172, 201, 219, 221, 260, 273, 278, 295.

Sources juridiques coloniales 30, 31, 33, 35, 41-61, 66, 74, 75, 107, 128, 136, 199, 204, 219, 224, 229, 248, 273, 297, 324, 347.

Mariage sous le régime de droit commun 217.

Concubines 217.

Conflits de lois 50, 56, 58, 79, 98, 121, 138-139, 233, 234, 241, 289.

Consanguinité, voir *degrés prohibés*.

Consentement, consentement de la femme au mariage 66, 93-94, 95-96, 113-114, 115-116 ; voir également *mariage d'enfants* ; *mariages forcés* ; *ijbar* ; et *wali*.

Dispositions constitutionnelles concernant : égalité entre les sexes et droits fondamentaux 33-40, 41-61, également : 88, 154, 155, 263, 267 ; mariage 77, 86-88, 128, 207 ; droits des parents et des enfants 240, 341, 347.

Consummation du mariage : dissolution du mariage avant, 64, 95-97, 117, 118, 266 ; mahr et, 64, 95, 96, 114-118, 179-184 ; âge minimum pour, 121-122, 125-133 ; du mariage invalide 64, 95, 96, 98, 103, 110, 114, 115, 118.

Contrats, mariage 135-194 ; termes négociés des, 156, 167-178 ; polygynie et, 153, 167, 168, 172, 173, 201, 206-207 ; enregistrement des, 135-152.

Conversion religieuse 40, 50, 65, 104, 107, 108, 111, 145, 200, 208, 209, 248, 343.

Garde des enfants 341-344, 346, 347-350, également : 36, 56, 156, 162, 168, 171, 179, 221, 227, 231, 235, 236, 247, 250, 257, 288, 300-302, 304, 319, 320, 323, 325, 328, 329, 331, 332.

Lois coutumières, relations aux lois formelles 29-30, 33, 39, 41-61, 88, 299 ; également : 35, 40, 65, 77, 128, 137, 153, 172, 199 ; justiciable de lois coutumières 26, 30, 33, 39, 128, 175, 300 ; voir également *codification des lois*.

Droit délégué au divorce, voir *talaq tafwid*.

Discorde et conflits, voir *niza' wa shiqaq*.

Abandon 63, 224, 248, 249, 288, 289, 292-295, 299, 302-304, 306, 311, 332.

Dissolution du mariage : droits financiers à la, 315-335, voir également *mata'a* ; *entretien—durant la idda* ; et *biens—répartition des biens matrimoniaux à la dissolution* ; au motif de, 93, 94-98, 151, 156, 172-173, 183, 288-289, 292-297 ; égalité quant aux motifs pour les femmes et les hommes 249-250, 299-306, voir également *mubarat* ; enregistrement de, 259, 261-262, 320-322 ; accès des femmes à la, 93, 122, 151, 168-169, 189, 248, 271-306 voir également *khul'*; *tafriq* ; *talaq tafwid* ; *ta'liq*.

Conjugale / Violence, voir *violence à l'encontre des femmes*.

Dot, voir *mahr*.

Douaire 63, 111, 130, 185, 186, 189, 190-196, 268-269, 273, 320, 329, 330, 332, 335 ; abolie/limitée 53, 182, 189, 191, 194, 329, 330.

Emploi : des femmes 37, 85, 130, 158, 169, 220, 330, 343 ; droit des femmes à, 69, 167, 220, 312, voir également *droits inhérents au mariage* et *droits négociés au mariage*.

Fiançailles 67, 130, 131, 192, 195, 331.

Esmā, voir *talaq tafwid*.

Faskh, également :

Fatwas

Degrés interdits, voir *degrés prohibés*

Mariage forcé ; voir également *ljbar*

Accueil: établissement de degrés prohibés par, 65, 102-103, 110 : statut des enfants dans, 237-239, 244-245 ; voir également *adoption*

Fondamentalisme, voir *politique identitaire*

Tutelle : et mariage d'enfant; 121, 123, 125-135 ; des enfants et de leurs biens, 347, 350, 353-357 ; également : 42, 47, 53, 153, 241, 242, 252, 255, 293

Hanafi 31, 32, 42, 44, 47, 65, 71, 74, 78, 82, 99, 107, 259, 278, 343, 354

Hanbali 30

Hantaran 197, 198

Chef de ménage : époux comme; 35, 156, 158-166, 181, 224, 230, 234, 293, partagé par l'époux et l'épouse; 160-162, 225 ; épouse comme, 159, 160, 166, 207, 224-225

Hilala 255, 258, 343-348

Responsabilités ménagères/domestiques; 156, 160-172, 180, 223, 227, 228, 266, 269, 284, 288 voir également *rémunération pour les tâches ménagères*

Idda: entretien durant la 321, 331-334 ; observée après un mariage invalide 95-96, 111, 115, 116, 119, 210 ; au moment du divorce 267, 312-314, 315-318 ; également 256, 258-259, 271, 272, 289 ; du veuvage 111, 256, 312, 314, 316-318 ; remariage durant le 102, 104-106, 111, 313-314, 316-318.

Politique identitaire 19, 20, 24, 37, 39, 41, 44, 45, 47-50, 52-54, 57, 58, 60, 61, 70, 82, 107, 125, 131, 142, 159, 160, 166, 167, 198, 204, 206-207, 215, 220, 234, 268, 290, 324, 339, 340 ; voir également *Islamisation*

Ijbar 67, 71-72, 84-85, 87-90, 94-98, 121, 123, 126, 130, 239, 350; voir également *mariage forcé*

Mise en application des lois; 19, 25, 27, 28, 35, 36, 81-82, 120, 260 (veuillez noter que les discussions ayant trait à la mise en application de lois particulières se trouvent dans la partie narrative de chaque section) ; voir également *mise en application des lois par le système judiciaire/ attitudes des juges* **Inceste** 65, 103, 110, 307

Droits inhérents et devoirs dans le mariage 28, 94, 137-139, 155-172, 224, 262-263

Succession 25, 36, 48, 50, 56-57, 63, 67, 85, 90, 94, 95, 97, 102, 104, 106, 108, 110, 111, 121, 123, 131, 139, 148, 152, 157, 192, 195, 199, 202, 220, 234, 273, 313-314, 318, 328, 332, 335; droits des enfants à la, 236-248 ; droits inhérents des époux à la, 162-165

Mariage invalide/nul : conséquences et effets du, 63, 64, 66, 87, 95-97, 103, 106, 237 ; au motif de l'âge de la femme 122, 123, 126-128; au motif des degrés prohibés 64, 103, 109, 110; au motif qu'il y a plus de quatre épouses 104; au motif de l'absence de consentement de la femme 84-86, 87-89, 92, 95-98 ; au motif de l'absence de mahr 115, 118, 119 ; au motif de l'absence d'enregistrement (ou d'un enregistrement

incorrect) 80, 137-139, 143-145 ; au motif de l'absence de consentement du wali 70, 78-80, 82, 113 ; au motif de l'absence de témoins 64, 115, 116, 117 ; en raison du statut matrimonial/de la idda 106, 111 ; au motif que l'homme n'est pas musulman 105-106, 108

Mariage irrégulier : conséquences et effets du 64, 66, 102, 104, 106, 111, 237 ; en raison de la idda 104-106 ; au motif de l'absence de consentement 96 ; au motif de l'absence de mahr 104-106 ; au motif de l'absence de témoins 116, 117 ; au motif que l'homme n'est pas musulman 104, 108

Islamistes, voir *politique identitaire*

Islamisation 31, 39, 48, 50, 104, 132, 221, 222, 234, 239, 266, 268, voir également *politique identitaire*

Jactitation de mariage 95, 96

Judiciaire : degré de pouvoir judiciaire du, 72, 72-78, 89, 107, 123, 127, 128, 145, 162, 201, 209, 227, 229, 230, 270, 275, 285-289, 300, 304, 308, 320, 321, 326, 327-335, 347, 350, 351, 352 ; interprétation et attitudes du, 24, 25, 27, 29, 31, 32-35, 37, 66, 71, 75, 80, 85, 135, 136, 149, 166, 172, 186, 211, 234, 3-243, 251, 276, 281-284, 292, 308, 309, 322, 326, 335, 342, 344, 347-348

Kafa'a 66, 71-72, 77-78, 86, 95, 98, 99

Kaikuli 192, 195, 197, 321, 323, 333

Khaiyar ul bulugh 67, 121, 123-124, 130, 131, 292

Khul' 282-291, également : 183-185, 196, 255, 259-261, 292-294, 296, 300, 304, 309, 312, 321, 323, 332, 344

Kitabiya 65, 104, 108, 109, 279 ; voir également *mariage—avec un non-musulman*

Réforme juridique 20, 21, 24-27, 35-37, 47, 49, 51, 58, 60, 92, 99, 104, 121, 123, 124, 158, 167, 168, 180, 204, 216, 217, 228, 234-235, 237, 241, 250-255, 268, 275, 290, 302, 314, 322, 325

Légitimité, voir *paternité*

Lévirat, voir *veuves—succession des*

Li'an 294, 297-300, 302

Mahr : et khul' 282, 284, 288 ;, comme condition pour la validité du mariage musulman 63-64, 114-115, 118-119, 152 ; formes et montants du, 21, 170, 183-193 ; enregistrement du, dans les contrats et les registres de mariage 153-154, 183-193 ; récupération à la suite de la dissolution 323-324, 329-330, 335, 337-339, également : 36, 262, 265, 269, 271, 272, 285, 320-324 ; implications juridiques du, 26, 27, 183, 185 ; voir également *polygynie—droits de l'épouse en cas de*

Entretien : et polygynie 202, 215, 216 ; durant la idda 259, 267, 288, 290, 312, 315, 318, 321-322, 331-332, 337-340 ; des enfants 36, 56, 63, 239-240, 247-248, 307, 248-249, 353, 357 ; des veuves 86, 314-315, 317-318 ; de l'épouse durant le mariage 156-171, 177, 224-234 ; défaut d'entretien comme motif dissolution 224, 230, 292-300, 304, 308, 311 ; problèmes de récupération d', 36, 40, 222, 240-241, 277 ; incidences sur les droits, 26-28, 224-226, 231-232

Maliki 31, 46, 51, 52, 59, 71, 80, 82, 88, 97, 103, 115, 117, 130, 156, 157, 178, 236, 243, 280, 305, 316

Cadeaux de mariage 21, 30, 188, 190, 194, 195, 196-197, 284, 336, 337, 340

Domicile conjugal : droit de la femme de rester dans le, 185, 314, 316-318 ; obligation de la femme de rester dans le 157, 159, 161, 162, 166, 172, 225, 226, 230, 318, 322 ; droit de la femme de rester dans le, suite au divorce 312, 321-322, 331-332, 337-339

Mariage: cousin, voir *degrés prohibés* ; échange 112, 188 ; invalide, voir *mariage invalide/ nul* ; irrégulier, voir *mariage irrégulier* ; oral, non enregistré 137-140, 142, 144-152, également : 115, 123, 131, 133, 155, 221, 311 ; enregistrement du, 137-154 ; célébré à l'étranger 92, 104-106, 140 ; validité du 137-149 ; également 26, 64-66, 75, 76, 114-118, 123, 128, 151-152 ; avec des étrangers 92, 112, 140 ; avec des non-musulmans 104-106, 108-109, 113, 138 ; voir également *choix dans le mariage* ; *mariage sous le régime de droit commun* ; *contrats, mariage* ; *droits inhérents dans le mariage* ; et *droits négociés dans le mariage*

Mata'a 265, 275, 292, 298, 320, 324-330, 337, 339-340

Biens matrimoniaux, voir entrées sous *biens*

Âge minimum pour le mariage 24-25, 27, 37, 64, 69-70, 74-77, 80, 85, 88, 92, 120-124, 126-129

Mobilité, droit à ou restriction de la, 70, 85, 98, 131, 156, 158-166, 170, 172, 195, 203, 226, 312-313, 318, 331 ; voir également *droits négociés dans le mariage et obéissance*

Mubarat 29, 255, 256, 260-263, 283,

Mut'a 24, 213-214

Code Napoléon 21, 55, 60, 102, 155-157, 204, 209, 255, 256, 304, 312

Nationalité, lois discriminatoires concernant la 35, 50, 52, 234

Droits négociés dans le mariage 36, 61, 85, 93, 137-139, 153, 155-158, 170-181, 224, 254, 255, 265, 275-276, 292, 293, 298

Niza'wa shiqaq 255, 265, 304-306,

Obéissance: mahr et/ou entretien liés à l'obéissance de l'épouse 26, 28, 172, 225-232; obligation pour l'épouse d'obéir à son mari 27, 106, 158, 161-166, 175, 225-229, 234, 310, 312, 322, 332

Option de la puberté, voir *khaiyar ul bulugh*

Code ottoman 255, 265, 304, 306

Systèmes judiciaires parallèles 30, 37-39, 41-61 (tableaux pays, indiqués s'il y a lieu), 84, 103, 151, 203-204, 305-306 ; voir également *conflit de lois*

Paternité, établir la, 236-247, également : 36, 56, 63, 64, 66, 93, 96-98, 102, 103, 106, 108, 110, 111, 114-116, 119, 123, 146, 152, 157, 165, 210, 211, 220, 222, 312, 316

Polygamie, voir *polygynie*

Polygynie : abolie/ illégale 20, 21, 36, 39, 158, 204, 209-210, 213-217 ; option dans les contrats de mariage 206, 211, 213-214 ; incidences sur les droits, 21, 27, 157-159, 202-206 ; droits de la femme en cas de, 36, 178, 205, 206, 210-211, 213, 216, 293, 297-298

Entretien après le divorce 177, 288, 320, 339-340 ; voir également *pension alimentaire* ; *entretien – durant la idda*; et *la mata'a*

Pratiques, relations avec les lois formelles 20-21, 27, 29-32, 35-39, 41-61 (veuillez noter que les discussions

concernant des pratiques spécifiques figurent dans les sections narratives de chaque section)

Procédures, problèmes en matière de, 24, 26, 27, 37, 40, 54, 56, 58, 72, 78, 84, 85, 97, 139-140, 159, 206, 216, 227, 231, 237, 252, 253-254, 261, 265, 266-267, 272, 276, 284, 294-295, 300, 302, 304, 305-306, 313-314, 323, 325, 355

Degrés prohibés 103-104, 109-110

Biens, droits des femmes concernant les, 155, 159, 160-162, 165-166, 168-169, 172, 174-177, 180-181, 184-197, 203, 221-226 ; répartition des biens matrimoniaux à la dissolution 32, 252, 260, 262, 265, 305, 307, 309, 320-322, 324-328, 332-339 ; ingérence dans les biens de la femme comme motif de divorce 158, 165, 186, 293 ; régimes matrimoniaux 152-154, 172, 175, 176, 181, 187, 203, 202, 324, 332-338 ; répartition des biens matrimoniaux en cas de polygynie 36, 178, 203, 210, 213, 216

Viol : condamnation du mari pour, comme motif de divorce 158, 264 ; viol conjugal 58, 63, 84, 128, 134, 158, 264 ; viol sur mineur 77, 122, 123, 126, 128, 134

Réconciliation 268 ; également 104, 184, 253-254, 255, 258-260, 262, 265, 270-272, 274, 288, 294-295, 306, 307-310, 312, 331, 345

Enregistrement du mariage, voir *mariage—enregistrement du*

Remariage: après un talaq non enregistré 26, 266-267, 274, 311 ; droits de garde et 348-350, 352, 353-357 ; des conjoints divorcés, voir *hilala*; statut du mariage contracté durant la idda 104, 106, 111, 312, 313, 316, 318

Restitution des droits conjugaux 96, 157, 158, 161, 162, 166, 185, 210, 226-228, 230, 308 ; voir également *obéissance*

Révocation du divorce ; 276 également 103, 104, 237, 254, 258-259, 261, 262, 264, 265, 267, 270-272, 279, 285, 288, 294, 295, 298-300, 306, 308, 312-314, 322, 332, 343 ; voir également *idda*

Réclusion, voir *mobilité, droit à la ou restriction de la*

Droits sexuels : enfant mariée : absence de 122, 131 ; privation de, comme motif de divorce 157-158, 174, 292-294, 297-300, 304, 308 ; de l'époux 26, 28, 157, 158, 164-166, 220, 225, 228, 232 ; mutuels 156-157,

159, 161 ; polygynie et 202, 203, 205, 213 ; de l'épouse 63, 157, 158, 162, 185, 189, 212 ; voir également *consommation* ; *viol —conjugal* ; et *restauration des droits conjugaux*

Shafi 31, 32, 48, 58, 65, 71, 74, 78, 81, 103, 286, 337, 354

Shia 31, 32, 49, 64, 66, 103, 104, 112, 122, 177, 184, 190, 221, 222, 274, 348,

Sunni 31-32, 64, 78, 103, 104, 199, 220

Tafriq 256, 259, 265, 276, 283, 292, 320, 323

Talaq: aboli 20, 24, 158, 255, 264, 270 ; droit pour le mari d'exercer le 264-266, 268-274 , également 37, 155, 171, 252-255, 258-259 ; oral, non enregistré 26, 258, 266-267, 272-274, 315, 316, voir également *dissolution—enregistrement du* ; réglementation du 171-172, 174, 177, 264-267, 270-271, 272, 324, 337 également *dissolution—règlements financiers sur le* ; suspendu 255-256 ; triple talaq/talaq bida' 47, 258, 264, 267, 272, 274, 313-314 , voir également *hilala* ; voir également *révocation du divorce*

Talaq Tafwid 275-280, également 98, 103-104, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 211, 254-256, 259, 264, 269, 282, 283, 292-294, 298, 300, 320, 323, 330

Ta'liq 145, 153, 171, 174-175, 216-217, 254-256, 259, 292-296, 299, 320, 323

Mariage temporaire, voir *mut'a*

Mariage nul, voir *mariage invalide/ nul*

Violence à l'encontre des femmes : comme motif de divorce ou de séparation 231, 282, 294, 297-300, 304, 305, 307-311 ; crimes liés à la dot 194-195 ; crimes d'honneur 21, 66, 72, 81 ; également 22, 23, 69, 72, 81, 88, 128, 157-158, 162, 171, 183, 194, 195, 198, 224, 226, 231, 310, 312, 354 :

Rémunération du travail ménager 167, 268, 271, 288, 320, 324, 329

Période d'attente en cas de divorce ou de veuvage, voir *idda*

Wakeel 70, 78, 81, 88, 90, 92, 97

Wali : comme tuteur pour le mariage 64, 65, 69-85, 87-89, 93, 95, 96, 97, 99, 114, 116, 117, 127, 130, 139, 145, 152, 190, 198, 234, 239, 300 ; le tribunal fait office de wali 71-81, 85, 99 ; dérogation à la prescription du wali 72, 78, 80 ; voir également *ijbar* et *choix dans le mariage*

Veuves: droits de garde des 349, 353, 357 ; **droits financiers** des 90, 151, 152, 183, 190, 274, 313-315, 316-318 ; succession des (lévirat) 86, 90 ; remariage des 72, 78, 80, 88, 122, 152, 153, 154, 203, 204, 213, 317, 350 ; voir *idda—au moment du veuvage*

Témoins : comme condition requise pour la validité du mariage 63, 64, 66, 70, 88, 114-115, 116-117, 144-145, 146, 149, 152, 153, 154, 221 ; lois discriminatoires ayant trait aux 33, 64, 66, 114, 116-117, 272 ; dans le divorce 258, 270, 272, 274, 282, 293, 294, 299, 300, 310, 316 ; pour les contrats et les dispositions qui y figurent 177, 185, 187, 171, 292 ; pour la reconnaissance de paternité 242, 243 .

Zar-i-khula, voir *khul'*

Zihar 294, 299, 302, 303

Zina 36-53, 63-65

Dans la majeure partie du monde musulman, la méconnaissance, par les femmes, des dispositions réglementaires et des sources des pratiques et coutumes appliquées dans leur communauté immédiate entrave leur capacité à changer leurs conditions. C'est ce constat qui a fondé le Programme Femmes & Lois dans le monde musulman, du Réseau international de solidarité Femmes vivant sous lois musulmanes (International Solidarity Network, Women Living Under Muslim Laws - WLUML). Notre recherche-action a cherché à examiner et analyser la manière dont les coutumes, les lois et la culture interagissent pour définir la vie des femmes, et comment ceci se recoupe avec la dynamique de la religion et de la politique.

Connaître nos droits fait partie de la synthèse internationale du Programmes Femmes et Lois et repose sur près de dix années d'expériences de terrain, de recherche et d'analyse par des équipes pluridisciplinaires regroupant des réseaux dans plus d'une vingtaine de pays d'Asie, d'Afrique et du Moyen-Orient. Il s'agissait de communautés musulmanes majoritaires et minoritaires ; des communautés régies par des codes de la famille fondés sur les lois musulmanes ; des communautés soumises à un droit général applicable à toutes les communautés ; des systèmes juridiques qui reconnaissaient formellement les lois coutumières et d'autres qui ne les reconnaissaient pas; ainsi que des situations politiques diverses (et changeantes).

La recherche sur les femmes au sein de la famille était d'une importance primordiale, car c'est au sein de la famille que nous sommes confrontées quotidiennement à des définitions imposées des rôles de genre appropriés. Connaître nos droits est destiné à servir d'outil pour les activistes qui font du lobbying et du plaidoyer relatifs aux droits des femmes dans la famille, au niveau politique ainsi qu'au sein des communautés. Cet ouvrage couvre 26 sujets ayant trait au mariage, au divorce, y compris au statut des enfants (paternité et adoption), à la garde et à la tutelle des enfants. Il est remarquable dans la mesure où non seulement il présente une analyse conviviale, comparative croisée des différences et des points communs des lois et des coutumes à travers le monde musulman ; mais c'est également le premier ouvrage qui tente de classer les lois appliquées aux communautés musulmanes selon qu'elles donnent plus ou moins d'options aux femmes, en menant l'analyse à partir d'une perspective des droits et en se fondant sur les réalités de la vie des femmes.

Crédits photos

1. Photographe anonyme, Inde, collection privée Harsh Kapoor
2. Kurdistan Report N° 31, Automne 2001. Photographe Mark Burke
3. Photographe anonyme, Mauritanie, collection privée Harsh Kapoor
4. In Quest of Excellence: A Story of Singapore Malays. (En quête d'excellence : une histoire des Malay de Singapour). Photographies par Johari Rahmat, Yayasan Mendaki, Singapour
5. anonyme, Syrie, collection privée Harsh Kapoor
6. Programme de formation professionnelle, Algérie, années 1960, OIT
7. Marche des femmes, Maroc, 12/03/2000 - Ligue démocratique des femmes

WLUML

PO Box 28445, London, N19 5NZ, UK

Email: wluml@wluml.org

Site web: www.wluml.org

ISBN: 0-9544943-4-2

معوناتنا زيبا اش مسام قوانيننا

Women living under muslim laws

النساء في ظل قوانين المسلمين

Femmes sous lois musulmanes

Réseau International de Solidarité