



**HAL**  
open science

# L'égalité entre époux : étude comparative : Droits français, qatarien, saoudien et tunisien

Munira Al Amer

## ► To cite this version:

Munira Al Amer. L'égalité entre époux : étude comparative : Droits français, qatarien, saoudien et tunisien. Droit. Université de Strasbourg, 2019. Français. NNT : 2019STRAA015 . tel-03191280

**HAL Id: tel-03191280**

**<https://theses.hal.science/tel-03191280>**

Submitted on 7 Apr 2021

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

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

# UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

*ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES - ED 101*

Centre de Droit Privé Fondamental (CDPF - EA 1351)

## THÈSE

présentée par :

**Munira AL AMER**

Soutenue le : 11 octobre 2019

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Spécialité : Droit privé

## L'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX

Étude comparative : Droits français, qatarien,  
saoudien et tunisien

**THÈSE dirigée par :**

**Madame Dominique d'AMBRA**      Professeur, Université de Strasbourg

**RAPPORTEURS :**

**Madame Sonia MALLEK**      Professeur, Université du Qatar  
**Monsieur Imed MEMMICH**      Professeur, Université de Djeddah

**AUTRE MEMBRE DU JURY :**

**Madame Constance GREWE**      Professeur émérite, Université de Strasbourg

À mes chers parents.

## REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer mes profonds remerciements à la directrice de cette thèse, Madame le professeur Dominique d'AMBRA, pour ses précieux conseils, sa disponibilité et son soutien tout au long du processus d'élaboration de la thèse.

Mes remerciements s'adressent également aux membres du jury qui ont accepté de consacrer leur temps pour évaluer ce travail.

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance au gouvernement saoudien et à l'Université du Roi Fayçal pour m'avoir accordé leur confiance. Cette thèse n'aurait pas vu le jour sans leur soutien financier.

Je souhaite également adresser toute ma gratitude à ma chère amie Mathilde, qui a si gentiment accepté de prendre sur son temps afin de m'aider à la correction de la thèse. Sans son soutien, la thèse ne serait pas « *correctement française* ». Je remercie également ma chère amie Zahra pour le soutien moral ainsi que pour les commentaires et les critiques scientifiques qui m'ont permis d'améliorer cette thèse.

Enfin, je ne pourrais clôturer ces remerciements sans me tourner vers ma famille, Anass, Fuchi, Sara, Banan, Lina et Dana, mes parents, mon fiancé et tout mon entourage proche. Merci du fond du cœur pour votre amour, vos encouragements et pour le soutien de tous les instants. Je vous dédie cette thèse.

# TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS .....	III
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....	IX
GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES TECHNIQUES EN LANGUE ARABE .....	X
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE - LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX DANS LES QUATRE PAYS .....	8
TITRE I - AUX FONDEMENTS DE LA NOTION D'ÉGALITÉ .....	10
Chapitre I - La richesse conceptuelle de l'égalité .....	11
Section I - Une valeur fondamentale.....	11
Paragraphe I - Les frontières conceptuelles entre l'égalité et ses synonymes .....	11
A- L'égalité au sens mathématique d'équivalence.....	12
B- Le sens moral de l'égalité.....	15
Paragraphe II - L'égalité comme principe juridique .....	20
A- Du droit naturel à l'égalité civile.....	20
B- L'égalité : principe constitutionnel à portée plus symbolique que réelle.....	26
Section II - Un droit permettant de garantir la justice.....	32
Paragraphe I - Les limites de l'égalité formelle .....	32
A- L'insuffisance de l'égalité devant la loi face aux différences individuelles	33
B- L'égalité au service de la justice .....	39
Paragraphe II - La réalisation de l'égalité entre individus .....	45
A- De l'égalité formelle à l'égalité concrète .....	45
B- La nécessité de mesures correctrices d'égalité.....	48
Chapitre II - Les enjeux de l'égalité entre époux .....	52
Section I - Les répercussions du contexte socioculturel sur la notion d'égalité .....	53
Paragraphe I - L'asymétrie dans les rapports femmes-hommes .....	53
A- Les fondements sociaux de la domination masculine .....	53
B- Sa persistance dans les sociétés contemporaines .....	60
Paragraphe II - Les atteintes aux droits des femmes .....	66
A- La violence comme outil de contrôle .....	67
B- Les restrictions à la personnalité juridique.....	73
Section II - Un regard centré sur la personne humaine .....	79

Paragraphe I - Les fondements humanistes de la revendication égalitaire .....	79
A- Le lien intrinsèque entre égalité et liberté .....	80
B- L'égalité de dignité : un principe matriciel .....	84
Paragraphe II - Le genre : une autre pensée des rôles sociaux.....	89
A- L'émergence du concept de genre.....	89
B- De l'égalité des sexes à l'égalité des genres .....	96
<b>TITRE II - LES TENTATIVES DE CONSÉCRATION SUPRANATIONALE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX.....</b>	<b>102</b>
Chapitre I - La reconnaissance progressive du principe par le droit international.....	103
Section I - La CEDEF, un outil incontournable pour le renforcement du principe .....	106
Paragraphe I - La définition d'une approche pour la lutte contre les discriminations	107
A- Le caractère extensif et évolutif de la notion de discrimination .....	107
B- Les mesures prescrites pour l'instauration d'une égalité réelle .....	112
Paragraphe II - L'égalité entre époux : un enjeu crucial .....	116
A- La spécificité du cadre familial .....	116
B- Les dispositions de la CEDEF concernant le mariage .....	122
Section II - Une applicabilité directe limitée en droit interne .....	132
Paragraphe I - Les réserves comme limite à la transposition de la CEDEF.....	133
A- Le conflit entre souveraineté des États et respect des engagements internationaux.....	133
B- Les réserves à la CEDEF et les objections qu'elles suscitent .....	140
Paragraphe II - L'état des lieux mitigé de l'après-CEDEF .....	149
A- Les obstacles à l'application de la CEDEF .....	149
B- La persistance de l'inégalité de droits entre époux .....	154
Chapitre II - La poursuite du principe d'égalité au niveau régional .....	160
Section I - Le principe d'égalité : une régionalisation encadrée par les normes internationales .....	161
Paragraphe I - Une voie médiane entre norme interne et internationale.....	161
A- La préservation des identités culturelles .....	162
B- La conciliation entre la diversité culturelle et l'universalité .....	169
Paragraphe II - La promotion de l'égalité entre femmes et hommes dans les textes régionaux.....	178
A- L'affirmation de l'égalité en conformité avec les normes internationales.	178

B-	L'utilité d'instruments régionaux pour la protection contre les violences faites aux femmes .....	187
	Section II - L'égalité entre époux : une affirmation régionale restreinte .....	196
	Paragraphe I - Un droit protégé par les instruments régionaux.....	196
A-	La protection formelle de l'égal droit au mariage.....	196
B-	La variété des dispositions régionales quant à l'égalité des époux .....	201
	Paragraphe II - Les limites des textes régionaux pour la réalisation de l'égalité entre époux .....	209
A-	La réticence de ces textes à une protection régionale des femmes mariées	209
B-	Les faux-fuyants des textes régionaux quant aux normes internationales .	216
	SECONDE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX DANS LES LÉGISLATIONS DES QUATRE PAYS .....	225
	TITRE I - LES FUTURS ÉPOUX FACE AUX ÉVOLUTIONS DU DROIT DE L'UNION CONJUGALE .....	226
	Chapitre I - La définition d'un socle juridique pour l'encadrement d'une union privée ...	228
	Section I - Les fondements de la notion juridique de mariage.....	228
	Paragraphe I - En quête d'une définition juridique du mariage .....	229
A-	Les critères définitoires du mariage .....	230
B-	Le questionnement juridique sur le but du mariage .....	236
	Paragraphe II - Une notion hybride à mi-chemin entre contrat et institution .....	243
A-	Une institution encadrée par l'État.....	243
B-	La liberté relative des futurs époux quant aux modalités de l'union .....	249
	Section II - Le principe d'égalité au prisme des évolutions du mariage .....	256
	Paragraphe I - De la pratique religieuse à l'union civile.....	256
A-	La réappropriation étatique d'une institution religieuse : entre continuité et rupture .....	257
B-	La codification progressive du droit du mariage.....	264
	Paragraphe II - Le rôle du législateur en question .....	270
A-	L'impact de l'apparition de nouvelles formes d'unions civiles .....	272
B-	Les enjeux juridiques des unions non réglementées .....	279
	Chapitre II - L'égalité au moment de contracter mariage .....	287
	Section I - Au cœur du principe d'égalité, l'égle liberté de contracter mariage .....	288
	Paragraphe I - Le consentement, fondement de la liberté matrimoniale.....	290
A-	Les divergences dans la conception de la liberté matrimoniale .....	290

B-	Le consentement, acceptation tacite ou expression d'une volonté matrimoniale.....	295
	Paragraphe II - La capacité matrimoniale, condition à la liberté de contracter mariage .....	301
A-	Les critères de fixation de la majorité matrimoniale.....	302
B-	La question de la prise en compte du consentement des mineurs .....	307
	Section II - Les inégales restrictions à la liberté matrimoniale .....	312
	Paragraphe I - Le maintien de la contrainte matrimoniale .....	312
A-	Le conflit entre le principe de libre consentement et la tutelle du <i>wali</i> .....	313
B-	L'ingérence abusive du <i>wali</i> , contraire au principe d'égalité .....	319
	Paragraphe II - La persistance juridique de coutumes entravant l'égalité liberté de choix .....	323
A-	La <i>kafa'a</i> : une exigence unilatérale de compatibilité sociale et religieuse.....	323
B-	Le montant de la dot, un obstacle récurrent pour le libre choix du conjoint....	329
	TITRE II - L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX APRÈS LA CONCLUSION DU MARIAGE .....	337
	Chapitre I - L'égalité des époux pendant la durée de la vie commune .....	339
	Section I - La consécration du mari comme « <i>chef de famille</i> » .....	339
	Paragraphe I - Les fondements juridiques de la notion.....	340
A-	Une conception traditionnelle de la famille consacrée par le droit positif.....	341
B-	La protection comme prétexte à l'incapacité juridique de l'épouse.....	347
	Paragraphe II - Une asymétrie incompatible avec le principe d'égalité .....	354
A-	La critique de la <i>qiwama</i> théorisée comme discrimination positive .....	355
B-	L'émergence de la notion de coresponsabilité .....	361
	Section II - L'exercice de la puissance maritale, source de rapports inégalitaires entre époux .....	367
	Paragraphe I - La suprématie du mari dans les rapports conjugaux.....	367
A-	L'obligation de soumission de l'épouse à la volonté de son mari .....	368
B-	La polygamie : une manifestation de l'inégalité entre époux quant à leurs droits et devoirs .....	372
	Paragraphe II - Les incidences sur les droits de l'épouse .....	379
A-	Les répercussions de l'autorité maritale sur l'autonomie personnelle de l'épouse .....	379
B-	La persistance de l'inégalité des époux à l'égard des enfants.....	387



Chapitre II - L'égalité entre époux et la dissolution du mariage.....	394
Section I - L'encadrement institutionnel du droit individuel au divorce .....	395
Paragraphe I - L'égalité des époux de divorcer.....	396
A- La liberté de divorcer, un droit fondamental ? .....	396
B- Le divorce par consentement mutuel comme égale participation à la décision de rupture.....	403
Paragraphe II - La question du rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel .....	408
A- L'institutionnalisation du divorce garantissant l'égalité entre époux .....	408
B- La contractualisation des procédures de divorce.....	413
Section II - La liberté de divorcer, en tension avec les droits des épouses .....	419
Paragraphe I - L'inégalité dans le droit au divorce unilatéral .....	419
A- La répudiation : un privilège marital.....	420
B- L'absence d'une procédure de divorce équivalente à l'initiative de l'épouse .	426
Paragraphe II - L'encadrement judiciaire du divorce unilatéral.....	431
A- Le divorce à l'initiative de l'épouse dans les deux pays du golfe : une liberté très encadrée .....	431
B- L'intervention du juge, un enjeu crucial pour garantir l'égalité réelle.....	436
CONCLUSION .....	441
BIBLIOGRAPHIE .....	450

# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Art. ou art.	Article
CADHP	Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples
Cass. ou C. Cass.	Cour de Cassation
Cass.civ.1 <sup>ère</sup>	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre
CCG	Conseil de coopération des États arabes du Golfe
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CSPT	Code du statut personnel tunisien
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
DIUDH	Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
éd.	Édition
<i>Ibidem</i> ou <i>Ibid.</i>	Ouvrage cité dans la référence précédente
JAF	Juge aux affaires familiales
JO	Journal officiel
<i>litt.</i>	Littéralement
n°	Numéro
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage cité
p.	Page
PUF	Presses universitaires de France
TGI	Tribunal de Grande Instance
V.	Voir
v°	<i>Verbo</i> (au mot)
Vol.	Volume

# GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES TECHNIQUES EN LANGUE ARABE<sup>1</sup>

<i>Charia</i>	<i>litt.</i> chemin menant à la source. Dans un contexte religieux : chemin pour respecter la Loi établie par Dieu. Elle désigne l'ensemble des règles révélées par Dieu, qui s'applique à tous les aspects de la vie. Elle a été élaborée et précisée par l'activité humaine des juristes musulmans ou <i>fuqaha'</i> , spécialistes du droit religieux ou <i>fiqh</i> .
<i>Fatwa</i>	Avis juridique, verdict religieux qui n'engage que le savant jurisconsulte qui le prononce.
<i>Fiqh</i>	<i>litt.</i> compréhension. Il désigne la réflexion sur les textes du Coran et de la Sunna qui a permis d'élaborer le droit religieux regroupant tous les aspects de la vie, religieux, politiques et privés.
<i>Fuqaha'</i>	Pluriel de <i>faqih</i> : Juriste musulman, spécialiste du <i>fiqh</i> .
<i>Hadith</i>	<i>litt.</i> propos. Il désigne les traditions rapportant les actes et paroles du prophète Mohammed. Au pluriel : <i>Ahadith</i> .
<i>Ijtihad</i>	<i>litt.</i> effort. Il désigne l'effort d'interprétation et de réflexion en matière juridique afin d'élaborer des règles reposant sur le Coran et la Sunna.
<i>Khul'</i>	Une forme de dissolution du mariage musulman, à l'initiative de l'épouse, qui s'obtient dans le cadre d'une procédure judiciaire et permet à cette dernière de défaire le lien de possession qui la liait à son mari par paiement de compensation.
<i>Nafaqa</i>	L'entretien de l'épouse auquel l'époux est tenu au moment où sa femme se met à sa disposition. Elle est considérée en droit musulman comme le prix de la jouissance que la femme procure à son mari durant le mariage.
<i>Qiwama</i>	La responsabilité morale, juridique et financière qui incombe aux hommes. Ce mot peut également être renvoyé à la notion d'autorité.
<i>Sunna</i>	<i>litt.</i> tradition ou conduite. Il désigne l'ensemble des faits, gestes, propos, approbations et désapprobations (orales ou silencieuses) du prophète Mohammed. Ils ont été consignés dans les <i>Ahadith</i> .
<i>Wali</i>	Le tuteur matrimonial ou le tuteur qui exerce la tutelle légale sur le mineur.

---

<sup>1</sup> Les définitions de ce glossaire sont issues de SOURDEL, D. et SOURDEL-THOMINE, J. *Vocabulaire de l'islam*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.

# INTRODUCTION

« *Le mariage recherche l'égalité, s'il ne la trouve pas, il la produit* »<sup>2</sup>

L'égalité est un droit fondamental de chaque être humain. En principe, ce droit doit être reconnu à tout individu, quel que soit son sexe biologique, son origine ou son rang social. De prime abord, l'égalité apparaît comme un principe facile à appréhender. Cette notion est pourtant loin d'être simple, aussi bien sur le plan théorique que pratique. L'égalité est une notion polyvalente difficile à cerner juridiquement, en tant qu'elle peut, à la fois, être perçue comme une « *valeur* », un « *principe* » ou un « *droit* »<sup>3</sup>. Il n'est pas aisé de déterminer exactement ses contours ainsi que la frontière avec ses synonymes, et *a fortiori* d'en produire une définition claire.

L'absence de définition expresse de l'égalité conduit inéluctablement à une difficulté quant à l'appréhension globale de cette notion, et la distinction des autres notions avec lesquelles elle est intimement liée telles que la similarité, l'identité, l'équivalence, la justice ou encore la non-discrimination. Malgré le grand nombre d'ouvrages qui ont été rédigés à ce sujet aussi bien en français qu'en arabe, le terme « *égalité* » n'a cessé de soulever des interrogations<sup>4</sup>. Pour certains auteurs, la notion d'égalité manque simplement de définition ; pour beaucoup d'autres, il s'agit d'une notion ambivalente, puisqu'elle concerne à la fois le plan des revendications individuelles et celui de l'intérêt général<sup>5</sup>.

Les systèmes juridiques français, qatarien, saoudien et tunisien sont fondés sur le principe d'égalité entre les membres de l'État, mais son application varie sensiblement en pratique.

---

<sup>2</sup> POPE, A. *Maximes Et Reflexions Morales, Traduites de L'Anglois ; Avec Une Traduction Nouvelle, En Vers, de L'Essai Sur L'Homme, de M. Pope*. A Londres, de l'imprimerie de G. Smith, dans le Princes-street Spittle-Fields. MDCCXXXIX, 1739, p. 13.

<sup>3</sup> DAUBERCIES, P. « Égalité et droits de l'homme. » *Revue théologique de Louvain* (1981) : 187-211, p. 210.

<sup>4</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. *L'égalité des sexes*. Paris : Dalloz, 1998, p. 1.

<sup>5</sup> PELLISSIER, G. *Le principe d'égalité en droit public*. Paris : L.G.D.J, 1996, p.1. À propos de l'ambiguïté de cette notion, voir aussi ROUX, L. *Les liens et le vide*. Saint-Étienne : CIEREC, 1994, p. 23 ; TOURNIER, M. « Égalité ou équité, question d'hier, problème d'aujourd'hui. » *Mots* (1995) : 102-109 ; SECRETAN, PH. « Réflexions sur l'égalité. » *Autres Temps* (1992) : 46-61 ; VIDAL-NAQUET, A. (dir.) et STÉFANINI, M. (dir.). *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?* Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 213.

Il convient avant toute chose d'expliquer les différences structurelles distinguant ces quatre systèmes juridiques.

Dans les deux pays du golfe<sup>6</sup> objets de cette étude, le droit est principalement fondé sur la charia<sup>7</sup>, mais il importe de préciser la méthode par laquelle les dispositions juridiques sont tirées des textes religieux. En effet, l'étude des textes consiste à établir des comparaisons entre des corpus différents, d'une part de droit positif (édicte par le législateur) et d'autre part de droit religieux (élaboré par les juristes musulmans, les *fuqaha*'), ce qui nécessite un travail interprétatif dans le domaine de la Loi (*ijtihad*). Puisqu'il s'agit de s'appuyer sur le Coran et la Sunna pour étayer et faire ressortir la pertinence des dires avancés, il y a une interdépendance entre le volet juridique et le volet religieux.

Le législateur qatarien a procédé à la codification des dispositions de la charia relatives au statut personnel. Le Code de la famille qatarien<sup>8</sup> a ainsi une primauté sur les règles de la jurisprudence islamique<sup>9</sup>. Contrairement au droit saoudien qui ne dispose pas encore de droit de famille codifié. Ce dernier est principalement réglé par le *fiqh* hanbalite<sup>10</sup>.

En Tunisie en revanche, le législateur a résolu la question de l'interprétation des textes religieux en détaillant les dispositions juridiques dans un droit positif. Le Code du statut personnel<sup>11</sup> fait référence aux principes de l'islam tout en affirmant une volonté forte de modernité pour s'inscrire dans le respect des droits de l'Homme<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Les pays du golfe (*dual alkhaliq*) sont les États riverains du golfe Arabe : Arabie Saoudite, Koweït, Qatar, Bahreïn, Émirats Arabes Unis et Oman. Ils font partie du Conseil de Coopération des États arabes du Golfe (CCG).

<sup>7</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution qatarienne précise que la charia est la « principale source de sa législation » ; L'article 7 du Système fondamental de gouvernance en Arabie Saoudite stipule que « le Coran et la Sunna [...] priment sur la présente [Loi] et sur toutes les autres lois de l'État ».

<sup>8</sup> V. la loi n° 22 du 29 juin 2006.

<sup>9</sup> L'article 3 du Code de la famille qatarien stipule que « tout ce qui n'a pas été prévu par une disposition de ce Code, sera régi par les règles du rite hanbalite, [...]. Si le rite hanbalite ne prévoit pas de solution pour un cas spécifique énoncé dans ce Code, le juge appliquera de façon pertinente les règles définies par les quatre rites religieux formant le droit musulman, [...] ». Cf. ALBARRAWI, H. *Almadkhal lidirasat alqanoun alqatari (L'introduction de l'étude du droit qatarien)* [en arabe]. Le Caire : Maison de la renaissance arabe, 2013, p. 145 ; MONTIGNY, A. « Désordre dans la famille : le divorce au Qatar [édition numérique]. » *Arabian Humanities* (2018).

<sup>10</sup> Quatrième et dernière des écoles sunnites. Elle a été fondée par l'imam Ahmad Ibn Hanbal au IX<sup>e</sup> siècle ; V. la décision judiciaire n° 3 du 26 juin 1928 (7/1/1347). Cf. ALFAWZAN, M. *Altanzim alqadaiy aljadid fi almamlaka alarabia alsaudia (La nouvelle organisation judiciaire du Royaume d'Arabie Saoudite)* [en arabe]. Riyad : Maktabat alqanoun wa aliqtisad, 2010, p. 211.

<sup>11</sup> Il a été promulgué le 13 août 1956 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1957. Cf. le décret beylical du 13 août 1956, *J.O.T.*, 28 décembre 1956, p. 1743.

<sup>12</sup> Par exemple, le devoir d'obéissance qui pesait sur l'épouse a été supprimé par la loi n° 93-74 du 12 juillet 1993. Cf. BEN HALIMA, S. *Dirasat fi alahwal alchakhsia (Des études relatives au statut personnel)* [en arabe]. Manouba : Markaz alnachr aljamie, 2012, p. 88.

Le Code civil des Français<sup>13</sup>, quant à lui, tire ses sources notamment dans les principes<sup>14</sup> du droit romain et du droit canonique<sup>15</sup>. Cependant, la création d'un état civil laïque et du mariage civil avec une possibilité du divorce a progressivement bouleversé la famille traditionnelle fondée sur la religion<sup>16</sup>.

Malgré ces disparités importantes, les textes religieux constituent ainsi un fonds culturel commun entre les quatre pays et, pour trois des quatre pays étudiés, une source juridique majeure. En effet, l'égalité est une valeur essentielle de la théologie chrétienne comme musulmane, et d'une importance cruciale pour la conception des êtres humains et de leurs relations dans les quatre pays concernés par notre étude, et notamment leurs relations familiales.

Remontant presque aux origines de l'humanité<sup>17</sup>, la famille, premier groupe dans lequel les individus ont appris à vivre en société, n'a cessé d'évoluer au gré des mutations sociales, culturelles et économiques. La famille telle qu'on la conçoit aujourd'hui est foncièrement différente de la famille d'antan. Comme disait le doyen Carbonnier, « à chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>18</sup>. Cette célèbre citation démontre à quel point les structures familiales, influencées par les croyances, les cultures et même les religions, peuvent être différentes d'un pays à un autre. En tant que cellule sociale importante au sein de la société, la structure de la famille, les droits et les devoirs de chacun diffèrent selon les systèmes culturels, sociaux, religieux ou même politiques.

Le droit musulman encadre la famille dans sa globalité, à savoir dès sa formation dans le cadre du mariage jusqu'à fixer les règles applicables au divorce. Le droit de la famille prend nécessairement en considération la structure même de la société de par les principes religieux, juridiques, moraux ou encore psychiques qui se mêlent pour constituer les représentations de la famille. C'est en cela que ce domaine précis du droit est sujet à d'importantes évolutions selon le lieu et l'époque. Ainsi, le droit musulman opère plusieurs distinctions, d'une part entre les normes juridiques contenues dans les textes religieux et le *fiqh* qui est une interprétation humaine de ces textes, et d'autre part entre les lois qui réglementent le culte (*al-ibadat*) et celles

---

<sup>13</sup> Il a été promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII) par Napoléon Bonaparte.

<sup>14</sup> Ces principes ont fait l'objet d'une codification à droit constant au fil des siècles, affinant et détaillant progressivement ses dispositions, dans le contexte d'une société très fortement imprégnée de la doctrine catholique.

<sup>15</sup> LACROIX, X. *Le mariage*. Paris : Les Éditions de l'Atelier, 1999, p. 70 ; LECA, A. *Introduction historique au droit français de la famille*. Paris : LexisNexis, 2017, p. 41.

<sup>16</sup> HALPÉRIN, J.-L. *Histoire du droit privé français depuis 1804* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.

<sup>17</sup> TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J. *La famille - La mondialisation*. Paris : Vuibert, 2014, p. 17.

<sup>18</sup> CARBONNIER, J. *Essais sur les lois*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Répertoire du notariat de frénois, 1995, p. 181.

qui concernent les relations humaines (*al-mou'amalat*). La distinction entre ces catégories permet d'établir que les lois qui régissent les droits de la famille, en particulier ceux des femmes, font partie de la dernière catégorie, qui contrairement aux précédentes, sont variables, et susceptibles de se modifier à travers le temps en fonction des évolutions sociales, car elles ont pour source non pas les textes coraniques immuables, mais le travail humain d'interprétation et de recherche<sup>19</sup> conformément aux objectifs (*maqasid*) du Coran et de la Sunna. Contrairement à l'affirmation de certains juristes musulmans<sup>20</sup> selon laquelle les dispositions concernant les femmes mariées sont immuables parce qu'elles émanent de textes religieux, le droit familial demeure donc un sujet d'interrogation pour le législateur, particulièrement au vu des changements importants qui affectent aujourd'hui la cellule familiale.

L'étude de la question d'égalité entre époux revêt une importance indéniable car elle participe de la question de l'égalité entre les hommes et les femmes, mais en tant que la famille constitue un cadre spécifique. En effet, elle s'impose comme lieu privilégié pour le maintien des traditions, et donc l'assignation des épouses à des rôles primaires et archaïques ; mais aussi dans la mesure où la discrimination peut s'exercer, dans cette sphère privée, en dehors de tout contrôle juridique. C'est parce que la cellule familiale constitue un lieu crucial pour la définition des rapports entre femmes et hommes que le droit de la famille représente un enjeu essentiel<sup>21</sup> pour garantir l'égalité dans tous les domaines de la société.

Cette discrimination qu'ont subie les femmes aussi bien dans les pays arabes qu'occidentaux s'est perpétuée à travers les siècles, et ce malgré le rôle crucial que joue la femme au sein de la famille. En effet, au sein de la structure familiale, la femme joue à la fois le rôle d'épouse et de mère. L'importance sociale de la maternité est indéniable, mais manque de reconnaissance dans certains pays qui ne mesurent pas pleinement l'importance de la contribution des femmes au sein de leur famille et pour le développement de la société toute entière. Le rôle maternel qu'exerce la femme a été non pas une source de force, mais un facteur de discrimination à cause de la prééminence de certaines idéologies dictées par la religion, les coutumes ou la société. La maternité a été ainsi une limitation, un frein pour la participation pleine et entière des femmes au sein de la société<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> MIR-HOSSEINI, Z. et al. *La justice à travers l'égalité : Rapport sur le Projet de Loi concernant la Famille Musulmane de la Coalition d'Oslo*. Oslo : La Coalition d'Oslo sur la Liberté de Religion ou de Conviction - Centre Norvégien pour les Droits Humains, Université d'Oslo, 2013, p. 7.

<sup>20</sup> Voir, par exemple, l'avis d'Ibn Baz sur la *qiwama*.

<sup>21</sup> BATTEUR, A. *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*. Paris : LGDJ, 2017, p. 19.

<sup>22</sup> ZARCA, A. *L'égalité dans la fonction publique* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2014.



Dans les familles musulmanes, le seul cadre légal où une femme peut cohabiter avec un homme et avoir des enfants est celui du mariage. Ce n'est pas le cas dans les pays tels que la France qui ont légalisé les unions libres, dans une perspective de libéralisation des rapports entre individus. L'islam fait remonter le mariage aux origines de la création humaine, et au lien fort qui a alors uni l'homme et la femme. De la relation fusionnelle du premier couple créé sur Terre, on dit que « *la femme trouve sa finalité dans l'homme* », et « *l'homme trouve son aboutissement dans la femme* »<sup>23</sup>. Le mariage aurait d'abord été un besoin humain contre la solitude. En effet, selon la religion musulmane, Dieu n'a pas créé le premier être humain<sup>24</sup>, Adam, seul, mais a créé également son épouse Ève<sup>25</sup>, pour l'accompagner et pour qu'ils vivent ensemble dans la sérénité. Il les aurait de plus dotés d'un besoin et d'une attirance réciproques. L'islam n'a pas réclamé de lutter contre cet instinct naturel, ne l'a pas laissé sans contrôle, mais a fermement guidé les musulmans sur le moyen licite pour assouvir ce besoin : le mariage. Dans les sociétés arabo-musulmanes, il est à la fois considéré comme « *un devoir religieux [...] et une nécessité sociale* »<sup>26</sup>.

Ainsi le mariage assoit-il sa légitimité sur la religion, tout comme les dispositions qui régissent les droits et devoirs des époux. Le droit positif tunisien s'est largement démarqué des autres pays arabes par son interprétation innovante des principes du droit musulman et sa consécration des droits des femmes et épouses dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle sous l'ère de Bourguiba<sup>27</sup>. En Arabie Saoudite et au Qatar, le droit de la famille n'a presque pas évolué du fait de la force ancestrale d'application des coutumes tribales.

Le mariage dans les sociétés occidentales et l'application du principe d'égalité entre les époux ont évolué différemment même si le mariage en droit français puise sa source notamment dans la religion chrétienne, à l'image du mariage en islam. Dans la religion chrétienne, le mariage est un signe sacré posé par Dieu. Il constitue « *un des sept sacrements reconnus par l'Église catholique* »<sup>28</sup> ; cette vision est également partagée par la doctrine orthodoxe. Sur le plan religieux, le mariage est considéré comme le lien entre le Christ et l'Église, qui repose sur quatre piliers, à savoir la liberté d'engagement, la fidélité, l'indissolubilité et la fécondité<sup>29</sup>. À l'église,

---

<sup>23</sup> JAMIL CHERIFI, M. *Le mariage en islam : Statut légal et dissolution*. Paris : Bachari, 2012, p. 8.

<sup>24</sup> Coran (4 : 1).

<sup>25</sup> Il convient de noter que le Coran ne mentionne pas que Dieu a créé Ève à partir d'une côte d'Adam.

<sup>26</sup> DE BEL-AIR, F. « Mariage et famille dans le golfe Arabe : vers un bouleversement politique ? [édition numérique]. » *Espace populations sociétés* (2012) : 79-96, §3.

<sup>27</sup> Premier président de la République tunisienne (1957-1987).

<sup>28</sup> DE SENNEVILLE, L. (janvier 2013). *Le mariage chrétien*, consulté le 2 juillet 2018 sur : [https://www.la-croix.com/Religion/Spiritualite/Le-mariage-chretien-\\_NP\\_-2013-01-11-897985](https://www.la-croix.com/Religion/Spiritualite/Le-mariage-chretien-_NP_-2013-01-11-897985) .

<sup>29</sup> *Ibidem*.



lors de la cérémonie religieuse, on prononçait la promesse classique : « *Je promets de t'aimer fidèlement, etc.* »<sup>30</sup>. Il s'agissait d'un engagement éternel scellé entre les époux devant Dieu.

Au vu de nombreuses transformations légales et de nombreuses mutations politiques et socioculturelles en France, on a assisté à une régression d'attachement aux valeurs religieuses<sup>31</sup> et une laïcisation progressive de l'État<sup>32</sup>, contrairement aux deux pays du golfe objets de cette étude.

L'évolution des mœurs a été accompagnée par une croissance des principes de liberté et d'égalité de l'individu au sein de la famille. Désormais, les liens familiaux ne sont plus exclusivement fondés sur le mariage, mais sur de simples liens affectifs. Ils peuvent reposer aussi bien sur l'institution classique du mariage que sur l'union libre ou le concubinage<sup>33</sup>. De ces divers liens découlent des effets juridiques relevant aussi bien du droit du statut personnel telles que la filiation, l'adoption et la responsabilité parentale, que du droit patrimonial englobant notamment les obligations alimentaires et les successions.

Dans les pays européens dont la France, si les valeurs religieuses ont certes régressé, les droits de l'Homme ont été renforcés sous l'influence du droit international des droits de l'Homme. L'idée de créer une institution internationale qui impose le respect des valeurs telles que la paix, la justice et la sécurité internationales date du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>34</sup>. Cette idée avait pour vocation de renoncer à la force et recourir aux moyens pacifiques pour régler les différends internationaux. Le droit international a été précurseur dans la consécration des valeurs universelles des droits de l'Homme. Les principes de l'égalité et de non-discrimination sont des principes généraux indissociables aussi bien en droit international public et européen que dans les droits internes. Il s'agit de principes controversés qui ont soulevé de nombreuses interrogations, notamment la possibilité de leur interchangeabilité, ou de leur nature même, à savoir s'il s'agit de droits individuels ou des droits de l'Homme. Ainsi, la question de l'égalité entre les époux au sein de

---

<sup>30</sup> BRICOUT, H. *Le mariage entre consentement et bénédiction : le sacrement et son ministre* [édition numérique]. Paris : Les Éditions du Cerf, 2015.

<sup>31</sup> Une rupture s'est opérée dans les années 1970 où il a été constaté que les nouvelles générations s'attachaient de moins en moins aux « *valeurs traditionnelles, en particulier les valeurs religieuses* ». Cf. TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J., *op. cit.*, p. 20.

<sup>32</sup> BAUBÉROT, J. *Histoire de la laïcité en France* [édition numérique]. Paris : Presses Universitaires en France - PUF, 2017.

<sup>33</sup> Le concubinage est défini par l'article 515-8 du Code civil comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

<sup>34</sup> L'ordre international trouve son origine en Europe avec les Traités de Westphalie (1648). Cf. SECRETAN, C. et FRIJHOFF, W. *Dictionnaire des Pays-Bas au Siècle d'or* [édition numérique]. Amsterdam : CNRS Éditions, 2018.

la famille en tant que premier noyau de la société constitue un aspect particulièrement important qui relève du domaine privé de l'application générale et universelle de la question de l'égalité entre les femmes et les hommes au sein de la société<sup>35</sup>, puisque les femmes mariées constituent une catégorie à part et faisant l'objet de discriminations particulières.

Si le droit privé de la famille est invariablement pétri de valeurs où s'entremêlent sans qu'on puisse toujours les discerner tout à fait les dimensions culturelle, religieuse et sociétale, les systèmes juridiques de l'Arabie Saoudite, de la France, du Qatar et de la Tunisie permettent-ils de garantir que les époux disposent en tant qu'individus d'une égale liberté et d'une égale dignité ? En d'autres termes, comment est appréhendée l'égalité entre époux, dans les textes et dans les faits, par ces quatre systèmes juridiques si distincts les uns des autres ?

Notre étude comparative vise dans un premier temps à déterminer dans quelle mesure ces quatre pays reconnaissent le principe d'égalité entre époux. Nous verrons qu'il existe un accord d'ensemble se manifestant par l'affirmation d'une égalité symétrique entre femmes et hommes, dont découle l'égalité entre époux, du moins sur le plan théorique. Nous montrerons que ce principe est à la fois indispensable et inaccessible (Première partie).

Malgré ces convergences sur l'idée d'une égalité théorique, dans les faits, l'application de ce principe est parfois limitée par des dispositions maintenant des différences de traitement entre époux que nous préciserons dans l'étude de la mise en œuvre du principe d'égalité. Ceci nous amènera, notamment, à réfléchir au rôle du législateur, mais aussi de l'État en tant que garant de l'institution matrimoniale, dans la consécration de l'égalité entre époux (Seconde partie).

---

<sup>35</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 72.

# PREMIÈRE PARTIE - LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX DANS LES QUATRE PAYS

Le mot *égalité* a été, et demeure, employé dans un sens religieux<sup>36</sup>. La fameuse expression « *tous les hommes sont égaux devant la loi* »<sup>37</sup> trouve son fondement dans la terminologie théologique<sup>38</sup>.

À ce titre, le Coran en s'adressant aux femmes et hommes utilise fréquemment la formulation « *banî Adam* » qui signifie « *les enfants d'Adam* »<sup>39</sup>. L'accent est mis sur les ancêtres communs à toute l'humanité : « *Ô vous les Hommes<sup>40</sup> ! Nous vous avons créés d'un mâle et d'une femelle, et Nous avons fait de vous des nations et des tribus, pour que vous vous entre-connaissiez. Le plus noble d'entre vous, auprès de Dieu, est le plus pieux* »<sup>41</sup>. De cette unicité des parents de l'humanité découle la fraternité entre les êtres humains, rappelée par le prophète Mohammed qui a énoncé expressément que « *les femmes ne sont que des sœurs germanes des hommes* »<sup>42</sup>. La même idée se retrouve dans le texte biblique : « *Dieu créa l'homme à son image, il le créa à l'image de Dieu, il créa l'homme et la femme* »<sup>43</sup>. De là découle, en christianisme comme dans l'islam, la notion d'une égalité symétrique entre les membres des deux sexes. Une égalité

---

<sup>36</sup> SÈVE, R. (dir.). *L'égalité*. Paris : Dalloz, 2008, p. 3.

<sup>37</sup> Le message religieux des textes bibliques et coraniques est à destination de l'humanité toute entière, en tant qu'elle procède d'une origine unique : tous les êtres humains sont créatures d'un Dieu unique.

<sup>38</sup> CARBONNIER, J. et al. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. Paris : Dalloz, 1965, p. 156 ; MAZIÈRE, P. *Le principe d'égalité en droit privé*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, pp. 23-24.

<sup>39</sup> « *Ô enfants d'Adam ! Si des messagers [choisis] parmi vous viennent pour vous exposer Mes Ayât (preuves, évidences, versets, enseignements, révélations...), alors ceux qui acquièrent la piété et se réforment, n'auront aucune crainte et ne seront point affligés* », Coran (7 : 35).

<sup>40</sup> Il est à noter ici que le terme « *les Hommes* » est utilisé comme un genre neutre et ne voulant pas s'adresser spécifiquement aux hommes en dehors des femmes.

<sup>41</sup> Coran (49 : 13).

<sup>42</sup> AS-SIJISTANI, S. *Sunan Abî Dâwoud* [en arabe]. Vol. I. 7 vols. Damas : Maison du message mondial, 2009, (1/92), hadith n° 236, p. 171.

<sup>43</sup> Genèse (1 : 27).

qui doit s'appliquer - en principe - dans tous les domaines de droit, à commencer par le droit de la famille.

Peut ainsi être notée une parenté certaine entre les valeurs morales issues des différentes religions monothéistes, parenté qui se retrouve également dans certains principes du droit également affirmés par des pays aussi divers que l'Arabie Saoudite, la France, le Qatar et la Tunisie. Malgré les différences radicales qui opposent ces pays dans leur interprétation et application de l'égalité entre époux, sur lesquelles nous nous arrêterons en seconde partie, nous verrons ici dans quelle mesure ces quatre pays convergent tant dans la compréhension fondamentale de cette notion (Titre I) que dans la ratification des textes internationaux et régionaux la concernant (Titre II).

# TITRE I - AUX FONDEMENTS DE LA NOTION D'ÉGALITÉ

Le principe d'égalité suscite de nombreuses contradictions<sup>44</sup>. D'une part, l'égalité dispose d'un fondement naturel. Tocqueville en faisait déjà le constat : « *L'idée de l'unité du genre humain [...] ramène sans cesse [les hommes] à l'idée de l'unité du Créateur* »<sup>45</sup>. D'autre part, cette nature même est la base de toutes les inégalités individuelles. Vauvenargues précise à cet égard que : « *la nature n'a rien fait d'égal* »<sup>46</sup>.

La question s'ouvre ici de savoir quel est le sens juridique du concept d'égalité pour des personnes qui se caractérisent par leurs différences interindividuelles (Chapitre I) et de déterminer les spécificités de son application dans un cadre tel que le couple qui met particulièrement en exergue la question de la différence sexuelle (Chapitre II).

---

<sup>44</sup> CARBONNIER, J. et al. *op. cit.*, p. 155.

<sup>45</sup> TOCQUEVILLE, A. et FRIOUX, D. *De la démocratie en Amérique*. Rosny : Bréal, 2002, p. 86.

<sup>46</sup> VAUVENARGUES, Maximes, n° 227.

# Chapitre I - La richesse conceptuelle de l'égalité

Si le principe d'égalité entre les êtres humains est fréquemment évoqué dans les domaines religieux, philosophique et juridique, la notion même d'égalité mérite réflexion. En effet, malgré - ou peut-être du fait de - son importance théorique et juridique, l'égalité est une notion plurielle pouvant être abordée selon différents aspects<sup>47</sup>.

Dans les pays objets de notre étude, cette notion a fait l'objet d'une consécration constitutionnelle l'établissant comme un droit fondamental de l'être humain (Section I), s'articulant avec la recherche de la justice (Section II).

## Section I - Une valeur fondamentale

Présenté comme un idéal<sup>48</sup> universel que les institutions démocratiques tendraient à réaliser progressivement<sup>49</sup>, le principe d'égalité n'a pas cessé de susciter les débats et les interrogations quant à ses contours exacts<sup>50</sup>.

Il s'agit ici de déterminer l'origine du principe d'égalité (I), afin de montrer sa place dans les textes juridiques des pays étudiés (II).

### Paragraphe I - Les frontières conceptuelles entre l'égalité et ses synonymes

Afin de comprendre ce que recouvre le concept d'égalité, nous tâcherons de préciser le sens linguistique et mathématique du mot (A), pour ensuite analyser son rôle en tant que valeur morale essentielle dans les quatre pays étudiés (B) dans le but de tenter de définir la notion d'égalité.

---

<sup>47</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>48</sup> DWORKIN, R. « What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. » *Philosophy & Public Affairs* (1981) : 185-246, p. 185.

<sup>49</sup> CORNU, G. *Vocabulaire juridique*. 12<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018, v° *égalité*.

<sup>50</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. *op. et loc. cit.*

## A- L'égalité au sens mathématique d'équivalence

L'ambivalence de la notion d'égalité qui en rend la définition impossible est également ce qui en permet le succès, de par sa généralité et son indétermination : « *Sa proclamation constitutionnelle lui confère une généralité telle qu'il apparaît légitime d'en revendiquer l'application à toute répartition de biens entre les membres d'une société. D'autre part, l'absence de définition de la relation d'égalité permet à chacun de l'adapter à ses propres intérêts* »<sup>51</sup>. Afin d'explorer les différents aspects de la notion d'égalité, il convient de commencer par s'interroger sur le sens de ce mot en français et en arabe.

Le terme égalité, en français, vient du latin *æqualitas*, lui-même tiré de l'adjectif *æqualis*, « égal »<sup>52</sup>. Les dictionnaires de langue ne proposent pas d'exposé théorique de la notion, la définissant par référence à l'adjectif dont il est issu : « *qualité de ce qui est égal* »<sup>53</sup> ou à des synonymes tels que *concordance*, *conformité*, *équivalence* ou encore *parité*. La qualité d'égalité est attribuée aux objets de même quantité, dimension ou valeur<sup>54</sup>.

Cette définition de la notion d'égalité s'approche de celle des dictionnaires rédigés en langue arabe, malgré la différence de racine des termes propres à chaque langue. En effet, le terme « égalité » en arabe est également défini comme étant un synonyme d'*identité*, *similarité*<sup>55</sup>, *ressemblance* ou *parité*<sup>56</sup>. L'égalité (*al-moussawat*) en arabe trouve sa source dans le verbe *sawa*, c'est-à-dire « *amener deux choses à être de même quantité et valeur* »<sup>57</sup>, ce qui exclut toute supériorité de l'une vis-à-vis de l'autre<sup>58</sup>.

La notion d'égalité, comme celles de similarité et d'identité, implique l'existence de propriétés semblables entre deux objets. Toutefois, il convient de souligner qu'« égalité » n'est pas un synonyme parfait de *similarité*. L'illustration que donne Mortadhâ Motahhary pour distinguer les deux notions est significative : « *L'égalité signifie être égal en degré et en valeur, alors que*

---

<sup>51</sup> PELLISSIER, G. *op. et loc. cit.*

<sup>52</sup> Selon CORNU, G. *op. et loc. cit.*

<sup>53</sup> *Le Grand Robert de la langue française*, version 3.1.0 [numérique].

<sup>54</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, p.1.

<sup>55</sup> KHALIL, R. *Nazariat almusawat fi alcharia al-islamia (La théorie de l'égalité dans la charia)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : Dar Al-Farouk, 2007. II vols., pp. 14-15.

<sup>56</sup> ASSOUIDI, A. *Qadaya almusawat bayn almar'a w alrajul : dirasa naqdia (Les questions d'égalité entre les femmes et les hommes: une étude critique)* [en arabe]. Riyad : Markaz bahithat lidirasat almar'a, 2015, p. 15 ; ALASKARI, A. *Alfuruq allughawia (Les différences dans la langue)* [en arabe]. Beyrouth : Muassasat Arrisalah, 2002, pp. 259-260.

<sup>57</sup> OMAR, A. *Mojam allughha alarabia almuasira (Lexique de la Langue arabe contemporaine)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : 'Alam Alkutub, 2008. XX vols., p. 1142.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 1141.

la similarité signifie uniformité. Il est possible qu'un père distribue sa fortune entre ses trois enfants également, mais pas uniformément. Supposons que sa fortune consiste en divers biens, tels qu'un magasin, une terre agricole et une propriété en location à bail. Tenant compte des goûts et des aptitudes respectives de ses enfants, il donne le magasin à l'un, la terre agricole au second et la propriété en location à bail au troisième. Il prend soin que ce qu'il donne à chacun d'eux soit d'une valeur égale, et en même temps conforme à son goût et à son aptitude. Ainsi, il distribue sa fortune d'une façon égale, mais pas uniforme »<sup>59</sup>. Dans cet exemple, l'égalité des héritages est permise par le fait qu'ils coïncident en ce qui concerne leur valeur, élément crucial et définitoire d'un héritage. La similarité, par contraste, pourra être définie par un trait commun à deux objets, sans que ce trait soit une propriété fondamentale de cet objet.

L'égalité ne peut non plus être ramenée à une identité, bien que les deux notions soient fréquemment confondues<sup>60</sup>. La relation entre égalité et identité a été tout particulièrement théorisée en mathématiques. Dans ce domaine, le terme *égalité* se réfère à une équivalence de quantité, de forme ou de qualité entre deux objets<sup>61</sup> du même ensemble ou de même nature qui s'exprime en mathématiques par le signe égal « = ». Selon Madame Mathieu-Izorche, la notion d'égalité en mathématiques s'analyse sous l'angle de l'identité, et plus précisément une « *identité numérique* ». Ainsi, elle considère que deux nombres sont égaux s'ils sont identiques, et ce, même si les chiffres qui les représentent sont différents, par exemple « 2+2 » et « 4 »<sup>62</sup>. De ce fait, le terme « *égalité* » renvoie parfaitement à des nombres différents mais qui ont exactement la même valeur.

Ceci montre que l'égalité est une relation qui unit deux objets non identiques, par exemple « 2+2 » et « 4 », en les considérant comme similaires sur un plan donné, en l'occurrence celui de la valeur numérique. L'identité signifie la coïncidence exacte de toutes les propriétés d'un élément avec celles d'un autre élément, tandis que l'égalité n'implique que la coïncidence d'une propriété définitoire dans le plan considéré. C'est pourquoi deux objets identiques sont parfaitement interchangeables. Au contraire, l'idée même d'établir une relation d'égalité entre deux objets sous-entend l'existence de différences. Ces différences n'empêchent pas la relation

---

<sup>59</sup> GAÏD, T. *La Femme ! Quelle place dans la religion musulmane ?* Paris : IQRA, 2015, p. 24.

<sup>60</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *L'égalité professionnelle homme-femme : étude de droit français et algérien*. Tours : Université François Rabelais, 2013, p. 42.

<sup>61</sup> SECRETAN, PH. « Réflexions sur l'égalité. » *Autres Temps* (1992) : 46-61, p. 46.

<sup>62</sup> MATHIEU-IZORCHE, M.-L. « L'égalité juridique. » MICHAUD, Y. *Égalités et inégalités*. Paris : Odile Jacob, 2003. 53-96, pp. 54-55.



d'égalité, dans la mesure où les deux objets sont rapprochés par un trait similaire qui permet de les considérer sur un même plan.

Par ailleurs, l'égalité mathématique est, par définition, une relation d'équivalence. La distinction entre *égalité* et *équivalence* est éminemment problématique. En effet, ces deux notions sont extrêmement proches puisque l'équivalence est définie comme une relation unissant deux choses qui « *ne diffèrent en rien relativement à l'ordre d'idées ou à la fin pratique que l'on considère* »<sup>63</sup>. Comme dans la relation d'égalité, il s'agit de se situer dans un certain plan de pensée, au sein duquel deux objets seront considérés comme identiques. Deux aspects de l'équivalence sont classiquement distingués : équivalence géométrique et équivalence logique. L'équivalence géométrique n'implique pas nécessairement l'égalité : c'est par exemple le cas de la relation de congruence, relation d'équivalence sans égalité numérique<sup>64</sup>. En revanche, l'équivalence logique est une relation qui unit les termes ou propositions de même sens, c'est-à-dire égales par leur signification. La propriété essentielle de la relation d'équivalence logique est que les deux objets qu'elle unit sont substituables l'un à l'autre dans une perspective donnée<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris : Presses universitaires de France, 1926, p. 296.

<sup>64</sup> AUROUX, S. et WEIL, Y. *Nouveau vocabulaire des études philosophiques*. Paris : HACHETTE, 1984, p. 68.

<sup>65</sup> LALANDE, A. *op. et loc. cit.*

## B- Le sens moral de l'égalité

C'est ici que la notion se distingue de celle d'égalité au sens moral du terme. En effet, la transposition de l'égalité mathématique à l'égalité morale entre les personnes signifie qu'une identité de valeur est établie sur le plan de la dignité<sup>66</sup> de l'être humain. Si les individus ne sont pas identiques sur le plan physique, social, mental ou économique, ils sont identiques sur le plan moral. En tant qu'êtres humains, ils partagent la même condition humaine et la même valeur<sup>67</sup>. Telle est la conception de l'égalité selon le christianisme et l'islam qui ont appelé à maintes reprises à l'égalité entre les êtres humains en raison de leur création unique.

Pour autant, cela ne signifie pas que les personnes doivent être considérées comme interchangeables. La notion d'équivalence centre le regard sur ce qui est identique, tandis que celle d'égalité permet de penser à la fois la similarité et la différence. L'égalité abolit les différences qui sont de nature à créer une hiérarchie entre les individus mais n'instaure pas pour autant une identité entre eux<sup>68</sup>.

Le christianisme et l'islam sont des religions monothéistes, qui ont beaucoup de traits communs<sup>69</sup>. Les deux religions ne sont pas seulement porteuses d'un message spirituel mais d'une véritable vision du monde. Elles se présentent comme « *voie de salut universel* »<sup>70</sup>. Ainsi, dans de nombreux versets coraniques<sup>71</sup>, Dieu s'adresse dans le Coran de façon uniforme à tous les êtres humains, au travers de la notion (*an-nass*<sup>72</sup>) qui englobe les hommes et les femmes, de façon générale et unitaire, sans distinction entre les deux sexes dans l'obligation de la piété (*taqwa*<sup>73</sup>). Étant donné que la femme et l'homme sont inclus dans la notion (*an-nass*), la femme

---

<sup>66</sup> Dans un livre intitulé « *De dignitate hominis* » ou « *de la dignité humaine* » rédigé en 1486, l'auteur italien Pic de la Mirandole a plongé dans les origines du terme *dignité*, et particulièrement dans la culture arabo-islamique des premiers siècles. Il a démontré l'ancrage de cette notion dans l'islam. À l'époque où l'Arabie procédait à des pratiques inhumaines et indignes, la religion musulmane, principalement à travers le Coran et les pratiques du prophète Mohammed, a fait de la dignité un des piliers de la religion qui a permis d'humaniser les relations sociales de l'époque. Il est déplorable de constater le fossé qui existe entre les préceptes originaux de l'islam et les pratiques qui sont perpétuées aujourd'hui dans le monde arabo-musulman.

<sup>67</sup> TAHOUN, R. *Mawsuat huquq al-Insan fi al-islam (Encyclopédie des droits de l'homme en islam)* [en arabe]. Vol. II. Damas, Beyrouth et Koweït : Dar Annawadir, 2013, VI vols., p. 275 ; KHALIL, R. *Nazariat almusawat fi alcharia al-islamia (La théorie de l'égalité dans la charia)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : Dar Al-Farouk, 2007. II vols., pp. 18-19 ; TZITZIS, S. « La dignité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à la lumière de l'égalité et de la liberté. » *ASPECTS* (2008) : 17-30, p. 24.

<sup>68</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *op. et loc. cit.*

<sup>69</sup> À titre d'exemple, l'islam reconnaît comme prophètes Abraham, Moïse et Jésus.

<sup>70</sup> MONGE, C. *Dieu Hôte : Recherche Historique et Théologique Sur Les Rituels de L'Hospitalité*. Bucarest : Zeta Books, 2008, p. 578.

<sup>71</sup> « *Et Nous ne t'avons envoyé [Ô Mohammed] qu'en miséricorde pour Alâlamîn (Hommes, Djinnns et tout ce qui existe autre que Dieu)* » Coran (21 : 107).

<sup>72</sup> Ce qui signifie « *les gens* ». Il s'agit d'un des signes majeurs de l'universalité du message de l'islam.

<sup>73</sup> La notion de *taqwa* sur le plan étymologique peut se définir comme étant une qualité intérieure du cœur. Ce terme est souvent traduit en français par « *piété* ». Elle comporte deux dimensions essentielles, la première

est de ce fait tenue au même titre que l'homme au respect de cette imposition<sup>74</sup>. De même, le message chrétien s'adresse à tous les hommes, comme l'indique l'adjectif *catholique*, du grec *katholikos* signifiant « universel »<sup>75</sup>. Selon Rousseau, le christianisme est « une religion universelle, qui n'a rien d'exclusif, rien de local, rien de propre à tel pays plutôt qu'à tel autre »<sup>76</sup>.

Le Coran précise, par ailleurs, que les Hommes ont été créés de la même âme. Il l'énonce au début de la Sourate IV intitulée « les femmes » : « Ô vous les Hommes ! Craignez votre Seigneur qui vous a créés d'une même essence (*nafs wahida*), et qui a créé de celle-ci son conjoint (*zawjaha*), et fit naître de ce couple tant d'êtres humains, hommes et femmes ! »<sup>77</sup>. L'unité de la source de provenance de la femme et l'homme de d'une seule âme<sup>78</sup>, qui fonde par la suite l'unité de l'espèce humaine sans distinction de race ou de sexe, consacre de façon formelle le refus total à toute discrimination ou ségrégation raciale, ethnique ou sexuelle<sup>79</sup>.

De l'identité de cette substance commune découle l'idée que toute personne vivant sur cette terre est apte à bénéficier de droits et à respecter des obligations ; ainsi, femmes et hommes musulmans sont mis sur un pied d'égalité concernant l'observation et le respect des obligations religieuses prévues dans le Coran, à savoir la prière, le jeûne, l'aumône et le pèlerinage. Le devoir de respecter ces obligations, les piliers de l'islam, est adressé de façon universelle. Plusieurs versets<sup>80</sup> coraniques consacrent cette égalité : « Les croyants et les croyantes sont *awliyâ* (alliés) les uns des autres. Ils commandent le *ma'rouf*<sup>81</sup>, interdisent le *mouunkar*<sup>82</sup>,

---

concerne le cœur des croyants, et peut donc être assimilée à la crainte et à la peur de Créateur ; la seconde, une dimension extérieure, qui consiste à traduire cette qualité à travers des belles actions dans cette vie (une valeur spirituelle d'amour et de respect de Dieu qui doit être pratiquée dans la vie de tous les jours). Cf. LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran : Quelle égalité ?* Paris : Albouraq, 2012, pp. 56-57.

<sup>74</sup> TAHOUN, R. *op. cit.*, p. 355 ; ZENATI, M. *Qu'est-ce que la SHARI'A ?* Le Havre : Havre de Savoir, 2014, p. 58.

<sup>75</sup> *Catholique*, *Le Grand Robert de la langue française*, version 3.1.0 [numérique].

<sup>76</sup> ROUSSEAU, J. J. *Œuvres complètes de J.J. Rousseau, avec des notes historiques*. Vol. III. Paris : A. DESREZ, 1836, p. 194.

<sup>77</sup> Coran (4 : 1).

<sup>78</sup> *Nafs wahida*

<sup>79</sup> LAMRABET, A. *op. cit.*, p. 47.

<sup>80</sup> « *Quiconque, mâle ou femelle, fait une bonne œuvre tout en étant croyant, Nous lui ferons vivre une bonne vie. Et Nous les récompenserons, certes, en fonction des meilleures de leurs actions* » Coran (16 : 97) ; « *Et quiconque, homme ou femme, fait de bonnes œuvres, tout en étant croyant... les voilà ceux qui entreront au Paradis; et on ne leur fera aucune injustice, fût-ce d'un creux de noyau de datte* » Coran (4 : 124) ; « *Leur Seigneur les a alors exaucés (disant) : "En vérité, Je ne laisse pas perdre le bien que quiconque parmi vous a fait, homme ou femme, car vous êtes les uns des autres"* » Coran (3 : 195).

<sup>81</sup> Le terme *ma'rouf* désigne le respect du monothéisme et des prescriptions musulmanes.

<sup>82</sup> À l'inverse, le *mouunkar* réfère au polythéisme et aux actes interdits par la religion musulmane en général.

accomplissent la prière, acquittent la zakat<sup>83</sup> (l'aumône légale) et obéissent à Dieu et à Son messager »<sup>84</sup>.

L'égalité entre les femmes et les hommes est consacrée également sur le plan de la jouissance des droits<sup>85</sup>. La femme et l'homme sont considérés tous les deux comme juridiquement aptes pour effectuer des transactions financières de façon autonome<sup>86</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'islam accorde à la femme l'entière capacité juridique pour disposer de ses biens, sans avoir besoin d'une quelconque tutelle<sup>87</sup> : selon plusieurs hadiths<sup>88</sup>, le prophète Mohammed a accordé à la femme le droit d'effectuer et de conclure des opérations financières.

Dans plusieurs versets, le Coran incite également les femmes à la participation sociale et politique, notamment au cours des cérémonies d'allégeance politique (*baia'h*<sup>89</sup>), « Ô Prophète ! Quand les croyantes viennent te prêter serment d'allégeance (*baia'h*) [et en jurent] qu'elles n'associeront rien à Dieu, [...], alors reçois leur serment d'allégeance (*baia'h*), et implore de Dieu le pardon pour elles »<sup>90</sup>.

Les versets coraniques cités ci-dessus sont marqués par une égalité symétrique entre femmes et hommes<sup>91</sup> et témoignent de ce fait de l'importance accordée par Dieu à ce que tous les êtres humains participent de façon égalitaire aux prescriptions de la religion musulmane. Toutefois, les obligations et droits peuvent différer à d'autres propos. Ibn Rochd<sup>92</sup> écrit ainsi : « La règle est que la prescription est la même pour tous les deux (homme et femme), sauf là où la Loi exprime clairement une différence »<sup>93</sup>.

---

<sup>83</sup> Le troisième des piliers de l'islam.

<sup>84</sup> Coran (9 : 71).

<sup>85</sup> En islam, les hommes et les femmes possèdent la liberté de choix et d'expression : « Nulle contrainte en religion ! Car le bon chemin s'est distingué de l'égarement ». Coran (2 : 256).

<sup>86</sup> « Ô vous qui croyez ! Dépensez des meilleures choses que vous avez [licitement] gagnées ». Coran (2 : 267).

<sup>87</sup> « Les Musulmans et Musulmanes, croyants et croyantes, obéissants et obéissantes, loyaux et loyales, endurants et endurantes, craignants et craignantes, donneurs et donneuses d'aumône, jeûnants et jeûnantes, gardiens de leur chasteté et gardiennes, invocateurs souvent de Dieu et invocatrices : Dieu a préparé pour eux un pardon et une énorme récompense ». Coran (33 : 35).

<sup>88</sup> AL-NAWAWI, Y. *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWI* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 4. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols., hadith n° 884, pp. 8-10 ; n° 1000, p. 254 : Le prophète Mohammed a dit : « Faites l'aumône, ô femmes, dussiez-vous la prélever de vos bijoux ».

<sup>89</sup> « La (*Baia'h*) était comprise à cette époque comme une initiative qui consistait à soutenir la représentation politique du dirigeant ». Cf. LAMRABET, A. *Les femmes et l'islam : une vision réformatrice*. Paris : La Fondation pour l'innovation politique, 2015, p. 14.

<sup>90</sup> Coran (60 : 12).

<sup>91</sup> LAMRABET, A. *op. cit.*, p. 60. ; *Encyclopédie de la Femme en islam*. Vol. I. Paris : AL QALAM, 2007. II vols., p. 72.

<sup>92</sup> Connu sous le nom d'Averroès, philosophe, théologien rationaliste islamique, juriste, mathématicien et médecin musulman andalou de langue arabe du XII<sup>e</sup> siècle.

<sup>93</sup> ABOU CHOUQQA, A. *op. et loc. cit.*

Il convient de noter que certains discours littéralistes et traditionalistes postulent que les femmes et les hommes, égaux devant Dieu, sont complémentaires dans le couple et en société. Cette notion de complémentarité permet de penser une répartition asymétrique des droits et obligations des individus de chaque sexe. Elle reste cependant très vague ; elle justifierait aussi bien la complémentarité du maître et de l'esclave<sup>94</sup>.

Ainsi, dans l'application traditionnelle de la charia, l'égalité entre les êtres humains est absolue en terme de dignité. Cependant, en ce qui concerne les droits et les devoirs des femmes et des hommes, il y a tantôt l'affirmation de l'égalité symétrique, tantôt la pensée d'une complémentarité qui vient justifier un traitement asymétrique.

Le christianisme quant à lui, prenant en compte la totalité de l'être humain, déclare une égalité totale entre les deux sexes face à la divinité<sup>95</sup>. « *Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus-Christ* »<sup>96</sup>.

Dans les deux religions également, l'être humain occupe un rang privilégié parmi les créatures de Dieu. La Bible mentionne que l'homme a été créé à l'image de Dieu : « *Puis Dieu dit : "Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, sur le bétail, sur toute la terre, et sur tous les reptiles qui rampent sur la terre"* »<sup>97</sup>. C'est ce qui fonde sa dignité.

En islam également, Dieu a offert un privilège particulier à l'être humain : la succession, en arabe *al istikhlaf*. Ce concept expressément mentionné dans le Coran témoigne de l'intime relation qui lie le créateur aux êtres humains, et de la mission cruciale qui a été léguée à ces derniers : l'édification de la civilisation humaine sur Terre<sup>98</sup>. À ce propos, le Coran stipule : « *Et [rappelle] Lorsque Ton Seigneur dit aux Anges : "Certes, Je vais établir sur la terre un Khalifa<sup>99</sup> (l'Humanité)". Ils dirent : "Vas-Tu y placer des gens qui y mettront le désordre et répandront le sang, alors que nous sommes là à Te sanctifier et à Te glorifier ?" - Il [Dieu] dit : "En vérité, Je sais ce que vous ne savez pas !"»<sup>100</sup>. Partant de ce privilège, l'être humain a été honoré dans le Coran : « *Certainement, nous avons accordé la dignité aux fils d'Adam (hommes et femmes), [...] et Nous les avons nettement préférés à plusieurs de Nos créatures* »<sup>101</sup>. L'être*

---

<sup>94</sup> RAMADAN, T. *Le génie de l'islam* [édition numérique]. Paris : Presses du Châtelet, 2016.

<sup>95</sup> MARTINI, É., et al. *La Femme*. Ivry-sur-Seine : Les éditions de l'Atelier, 2002, p. 25.

<sup>96</sup> Galates (3 : 28).

<sup>97</sup> Genèse (1 : 26).

<sup>98</sup> LAMRABET, A. *op. cit.*, p. 49.

<sup>99</sup> Un successeur.

<sup>100</sup> Coran (2 : 30).

<sup>101</sup> Coran (17 : 70).

humain a été créé « *dans la forme la plus parfaite* »<sup>102</sup>. La dignité vaut pour chaque individu sans exception ; c'est un attribut universel qui impose le respect de l'Homme en tant que tel, et ce indépendamment des considérations religieuses, raciales ou autres<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Coran (95 : 4).

<sup>103</sup> GABORIAU, S. et PAULIAT, H. *Justice, Éthique et Dignité*. Limoges : Pulim, 2006, p. 91-92.

## Paragraphe II - L'égalité comme principe juridique

Si les sources religieuses chrétiennes et musulmanes se caractérisent par une pensée similaire de l'égalité entre les êtres humains, les répercussions de cette conception morale sur le système juridique diffèrent grandement selon les pays.

Afin de comprendre précisément la notion juridique d'égalité, nous analyserons en détail l'origine philosophique et conceptuelle de ce principe (A), puis nous comparerons la manière dont il est affirmé dans les textes constitutionnels des quatre pays étudiés (B).

### A- Du droit naturel à l'égalité civile

La notion de *droit naturel* trouve son origine dans la pensée aristotélicienne de la justice. Aristote postule l'existence d'un ordre universel dans la nature, d'où découle un ensemble de règles permettant à l'Homme de conformer sa conduite à ce qui est naturellement et objectivement juste, c'est-à-dire suivre le droit naturel<sup>104</sup>. Grotius recherche de même la fondation d'un droit sur « *des notions si certaines, que personne ne puisse les nier à moins de se faire violence* »<sup>105</sup>. Ce droit rationnel et universel sera conforme à la nature humaine, puisque Grotius considère l'être humain comme « *naturellement* » enclin à se comporter justement<sup>106</sup>. Ici, l'idée de raison n'est pas contraire à l'idée d'une loi divine, mais en découle : « *le droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou deshonnête [...] et par conséquent que Dieu, qui est l'Auteur de la Nature, ordonne ou défend une telle action* »<sup>107</sup>.

S'inscrivant dans la pensée d'un ordre de faits *naturellement juste*, cette conception du droit possède une portée morale importante<sup>108</sup>. L'idée de droit naturel fonde le « *devoir [moral] de reconnaître autrui comme mon égal en dignité* »<sup>109</sup> et constitue donc les prémices d'une théorie des droits de l'Homme.

---

<sup>104</sup> GOYARD-FABRE, S. *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 2002, pp. 35-37.

<sup>105</sup> GROTIUS, H. *Le droit de la guerre et de la paix*. Vol. I. Paris : Guillaumin et Cie, 1867. III vols., p. 38.

<sup>106</sup> FIERENS, J. *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*. Namur : Presses universitaires de Namur, 2014, p. 252.

<sup>107</sup> GROTIUS, H. *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>108</sup> GOYARD-FABRE, S. *op. cit.*, p. 258.

<sup>109</sup> CANIVEZ, P. « Le droit naturel chez Éric Weil [édition numérique]. » *ARCHES* (2002).



Le principe d'égalité, tel qu'il est affirmé dans les constitutions des pays arabes qui sont l'objet de notre étude, trouve son origine dans la charia<sup>110</sup>. En tant que tel, il correspond à la définition classique du droit naturel<sup>111</sup> : c'est par sa nature même, en tant que successeur du Créateur, qu'il a droit à l'égalité de dignité. Ceci repose sur une conception de l'homme défini par sa *disposition naturelle (filtra*<sup>112</sup>) à l'élévation et la quête de sens : « *La disposition naturelle selon laquelle Dieu a créé les Hommes, il n'y a point de changement dans la création de Dieu* »<sup>113</sup>. La *filtra* est considérée comme la première origine du droit<sup>114</sup>.

Comme dans la définition de Grotius, le droit islamique est le fruit d'un effort de la raison humaine, l'*ijtihad*. La particularité du droit naturel islamique est que la raison seule ne peut suffire, et doit toujours s'appuyer sur la loi divine<sup>115</sup>, transmise par les textes révélés : le Coran et la Sunna. L'*ijtihad* est l'effort de recherche personnelle à partir des textes pour l'application concrète des préceptes des textes sacrés. Se retrouve ici, comme dans la théorie du droit naturel de Grotius, l'idée d'une conformité entre la loi civile, en l'occurrence produit de l'interprétation rationnelle, et la loi divine<sup>116</sup>.

Dans le contexte de l'époque de la Révélation coranique<sup>117</sup>, les dispositions islamiques quant à l'égalité sont perçues comme extrêmement novatrices dans une société fondée sur la ségrégation raciale, sexiste et tribale<sup>118</sup>. C'est ainsi que la Révélation interdit formellement les coutumes<sup>119</sup> discriminatoires qui portaient atteinte à la liberté individuelle et à la dignité. L'importance cruciale des valeurs coraniques pour les sociétés musulmanes découle de

---

<sup>110</sup> Littéralement, la notion de charia signifie « *le chemin qui mène à une source d'eau* », autrement dit, le chemin à suivre. Sur le plan religieux, la charia représente donc la voie que les musulmans doivent suivre. Elle constitue l'ensemble des principes et des valeurs religieuses, morales et juridiques auxquels les croyants doivent se conformer dans leur vie quotidienne.

<sup>111</sup> GAUDU, F. *Les 100 mots du droit: « Que sais-je ? »* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France, 2010.

<sup>112</sup> La *fitra*, dans la religion musulmane, est définie comme la nature primordiale de l'être humain. Elle désigne donc un état de nature originelle. Cf. BENTOUNES, KH. *Thérapie de l'âme* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 2011.

<sup>113</sup> Coran (30 : 30).

<sup>114</sup> EL-FASSI, A. *Maqasid al-charia al-islamiyya wa makarimuha (Les objectifs de la loi islamique et sa nature bienfaisante)* [en arabe]. Beyrouth : Dar algharb al-islamiyya, 1993, p. 21 ; BEN ACHOUR, T. *Maqasid al-charia al-islamiyya (Les buts de la loi islamique)* [en arabe]. Doha : Ministère des dotations (awqaf) et des affaires islamiques, 2004, pp. 279-280.

<sup>115</sup> En islam, les droits fondamentaux sont considérés comme étant un don de Dieu, ils ont pour seul fondement sa volonté suprême et souveraine. Cf. TAHOUN, R. *op. cit.*, p. 310.

<sup>116</sup> BÉAL, CH. « Grotius et le *ius circa sacra*. » *Dix-septième siècle* (2008) : 709-724, p. 717.

<sup>117</sup> La révélation du Coran eut lieu au VII<sup>e</sup> siècle. Elle s'est faite progressivement durant 23 années.

<sup>118</sup> Les guerres entre tribus pré-islamiques visent à l'hégémonie et à la suprématie des tribus fortes telles que la tribu de Quraysh, à laquelle appartient le Prophète Mohammed.

<sup>119</sup> Durant la période pré-islamique, connue sous le nom de *Al Jahiliyyah* ou « *période d'ignorance* », la femme faisait partie du patrimoine de son père ou de sa parentèle.



l'affirmation juridique des lois religieuses. C'est le rôle de l'État de garantir les droits de l'Homme établis par la révélation divine<sup>120</sup>.

Dans la charia, l'affirmation de ces droits naturels est avant tout une manière de permettre l'*Oumma*<sup>121</sup> (communauté des croyants), c'est-à-dire un « *vouloir vivre ensemble* », davantage qu'une conception centrée sur l'individu et ses prérogatives.

Les philosophes du siècle des Lumières marquent une rupture dans l'histoire du droit en plaçant l'individu au centre. Ce changement de perspective est tout particulièrement sensible chez Rousseau, qui postule un état de nature antérieur à la vie sociale dans lequel les hommes vivent comme des « *noble[s] sauvage[s]* », « *sans industrie, sans parole, sans domicile, sans guerre, et sans liaisons, sans nul besoin de [leurs] semblables comme sans nul désir de leur nuire* »<sup>122</sup>. Tous les hommes vivent alors dans une parfaite liberté, portés par une bonté naturelle.

Si l'homme quitte ensuite son état primitif, ce n'est ni par nécessité absolue comme chez Hobbes, ni du fait de sa volonté, mais parce que la nature est « *subitement [...] devenue inhospitalière [et] a poussé les hommes à s'unir pour lutter contre les dangers* »<sup>123</sup>. La constitution en société, qui assigne aux individus des rôles et des pouvoirs différents, est la cause de la disparition de l'égalité naturelle<sup>124</sup>. Puisque le retour à l'état de nature est impossible, l'homme doit donc conclure un contrat social permettant la société la plus juste possible : « *C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir* »<sup>125</sup>. Dans le pacte social, l'égalité est restaurée puisque chacun renonce à disposer de la totalité de ses droits.

Ainsi, pour Rousseau, l'égalité n'est pas naturelle, mais une valeur qui doit nécessairement être construite et conquise par les hommes pour permettre la vie en société<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> MOUFTI, M. et ALWAKIL, S. *Al-nazaria al-siyasia al-islamia fi huquq al-insan al-charia (Théorie politique islamique des droits de l'Homme légitimes)* [en arabe]. Doha : Kitab al-Oumma, 1990, p. 46.

<sup>121</sup> Au sein de la *oumma* règne la fraternité. Tous les êtres humains sont égaux, puisqu'ils sont égaux devant Dieu et la Loi divine. Cf. KASSAS, S. *Droits de l'Homme et islam*. Paris : L'Harmattan, 2011, pp. 84-85.

<sup>122</sup> DERATHÉ, R. *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. Paris : VRIN, 1995, p. 147.

<sup>123</sup> FIERENS, J. *op. cit.*, p. 284.

<sup>124</sup> « *Mais dès l'instant qu'un homme eut besoin du secours d'un autre ; dès qu'on s'aperçut qu'il était utile à un seul d'avoir des provisions pour deux, l'égalité disparut, la propriété s'introduisit, le travail devint nécessaire et dans les vastes forêts se changèrent en des campagnes riantes qu'il fallut arroser de la sueur des hommes et dans lesquelles on vit bientôt l'esclavage et la misère germer et croître avec les moissons* ». Cf. ROUSSEAU, J.-J. *Œuvres de J. J. Rousseau, citoyen de Genève*. Paris : A. Belin, 1817, p. 289.

<sup>125</sup> ROUSSEAU, J.-J. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Strasbourg : Elibron Classics, 2006, p. 91.

<sup>126</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *op. cit.*, p. 39.

Pour Locke quant à lui, l'égalité est un droit naturel de l'homme, dont chacun bénéficie du simple fait de sa naissance en tant qu'être humain, au même titre que la liberté et la propriété<sup>127</sup>. Selon lui, la loi naturelle trouve sa parfaite expression dans le Nouveau Testament, qui décrit la justice originelle avant la corruption de l'homme par le péché<sup>128</sup>. Le rôle du droit positif est de restituer autant que possible cette justice naturelle. Locke se distingue de Rousseau en posant l'hypothèse d'un état de nature qui est déjà social ; contrairement à Hobbes, il le décrit comme un état de paix et d'assistance mutuelle, dans lequel tous les hommes sont libres et égaux. La constitution en corps social permet de garantir que tous respectent la justice originelle : « *car bien que les lois de la nature soient claires et intelligibles à toutes les créatures raisonnables, cependant, les hommes étant poussés par l'intérêt aussi bien qu'ignorants à l'égard de ces lois, [...] ils ne sont guère disposés [...] à considérer les lois de la nature, comme des choses qu'ils sont très étroitement obligés d'observer* »<sup>129</sup>.

Ainsi, Locke comme Rousseau, s'ils ne s'accordent pas sur l'ensemble, défendent l'un et l'autre l'idée d'une égalité que le gouvernement doit nécessairement garantir. Ceci fait écho à la conception islamique selon laquelle le rôle du gouvernement est de préserver l'égale dignité qui échoit aux hommes lors de leur création<sup>130</sup>.

La notion d'égalité comme droit naturel<sup>131</sup> se retrouve dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 comme étant le droit le plus fondamental de tous les droits naturels, car il est intimement lié à l'être humain lui-même<sup>132</sup>. Seul droit naturel à être consacré dans l'article premier<sup>133</sup> et non dans le deuxième, le principe d'égalité est ainsi perçu comme étant le fondement de tous les autres droits<sup>134</sup>. De cette étroite relation entre l'humain et la notion d'égalité, il en ressort que dénier celle-ci revient à remettre en question la qualité même de l'humain, car aucun droit naturel ne peut lui être attribué s'il n'est pas considéré comme parfaitement égal à ses semblables.

---

<sup>127</sup> LOCKE, J. et FARAGO, F. *Traité du gouvernement civil : Avec le texte intégral des chapitres IX à XV*. Rosny : Bréal, 2002, p. 26.

<sup>128</sup> FIERENS, J. *op. cit.*, p. 272.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>130</sup> MOUFTI, M. et ALWAKIL, S. *op. et loc. cit.*

<sup>131</sup> BERGEL, J.-L. *Théorie générale du droit*. 5<sup>e</sup> éd. Paris : Dalloz, 2012, p. 24.

<sup>132</sup> « *Plus fondamental que la liberté même, parce que l'égalité c'est l'homme même ; elle identifie l'homme* » (Georges Vedel). Cf. LEVADE, A. « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français. » *Pouvoirs* (2004) : 55-71, p. 56.

<sup>133</sup> L'article premier de cette Déclaration dispose : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

<sup>134</sup> Selon Georges Vedel le principe de l'égalité constitue le fondement du droit naturel « *car il n'y a plus de droit naturel si les hommes ne sont pas égaux entre eux, autrement dit si les hommes n'existent pas* ». Cf. LEVADE, A. *op. cit.*, p. 57.

À la lumière de ces approches, on peut avancer que l'idée d'égalité naturelle est celle qui unit tous les individus par leur nature humaine. La nature humaine étant inhérente, immuable et commune à tous les êtres humains, elle constitue donc le fondement de l'égalité naturelle.

De ces fondements moraux et philosophiques de l'égalité comme valeur fondamentale découlent le principe juridique d'égalité civile et politique, appelée aussi *égalité devant la loi*. Cette égalité réfère à l'ensemble des droits qui sont garantis par la loi à tous les membres de la société<sup>135</sup>.

Il s'agit d'une approche formelle de la notion d'égalité qui rejette toute forme d'arbitraire ou de privilège étant donné qu'elle tend à assurer la jouissance des mêmes droits à tous les individus. Le principe d'égalité devant la loi place tous les individus sur un pied d'égalité sur le plan juridique, abstraction faite de la différence de situations qui peut les distinguer. C'est cette conception qui fonde l'ordre juridique moderne.

À la différence de l'égalité comme droit naturel, notion philosophique idéaliste, cette notion possède une valeur juridique<sup>136</sup>. Ces deux notions s'articulent tout particulièrement dans la théorie de Hobbes, pour lequel l'égalité entre les hommes est dans l'état de nature un fait et non un droit. L'égalité naturelle signifie que tous les êtres humains sont égaux par leur aptitude à obtenir ce qu'ils désirent et donc dans l'espoir de parvenir à leurs fins<sup>137</sup>. De ce fait découle l'existence des conflits entre les hommes. À l'état de nature, aucune institution humaine ne permet de limiter le chaos. Il ressort nettement de cette conception un individualisme fondamental<sup>138</sup>, caractéristique du point de vue anthropocentrique de la pensée moderne du droit.

Or, le désir premier de l'homme étant de persévérer dans son être, celui-ci doit parvenir à assurer un état de paix. C'est par la raison qu'il peut renoncer à son désir individuel pour garantir l'apaisement des conflits. En découlent l'institution de la *loi naturelle*, à entendre ici dans le sens d'une nécessité rationnelle pour garantir la subsistance de l'homme, et qui s'oppose aux *droits naturels* de l'état de nature. L'égalité entre les hommes qui ressort de cette loi naturelle est donc une construction intellectuelle de l'homme ; il ne s'agit plus ici d'un droit

---

<sup>135</sup> Ce principe découle de l'article 6 de la DDHC selon lequel « *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » ; MUBERANZIZA, A. *L'égal accès du citoyen aux affaires publiques de son pays*. Namur : Presses Universitaires de Namur, 2005, p. 19.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>137</sup> FOISNEAU, L. et THOUARD, D. *De la violence à la politique : Kant et Hobbes*. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 2005, p. 87.

<sup>138</sup> FIERENS, J. *op. cit.*, p. 266.

naturel mais d'une loi civile : « *les droits de l'Homme prennent la place de la nature de l'homme* »<sup>139</sup>. Lors de la fondation de l'état civil, chacun transfère ses droits naturels à un individu choisi pour diriger l'État. Par ce contrat, tous les citoyens sont unis en la personne du souverain : « *C'est plus que le consentement ou la concorde : il s'agit d'une unité réelle de tous en une seule et même personne, faite par convention de chacun avec chacun* »<sup>140</sup>. Par cette unification, les citoyens deviennent tous identiques en tant que membres du corps social, ce qui est la source de leur égalité. Hobbes pose ainsi les fondements de la notion d'égalité juridique.

Historiquement, l'égalité devant la loi a été la première manifestation de l'égalité sur le plan juridique. Elle a constitué le fondement du nouvel ordre juridique qui a aboli le système des privilèges de mise lors de l'Ancien Régime, et marqué l'émergence du droit commun<sup>141</sup>. Ce dernier consiste en un droit unique pour tous. Tous les citoyens doivent être soumis aux mêmes normes juridiques qui constituent les droits objectifs, et jouir en contrepartie des mêmes droits et prérogatives qui forment les droits subjectifs, le seul critère de distinction sera l'utilité commune à tous ces individus<sup>142</sup>.

Sur le plan de l'application de la loi, cette expression s'intéresse uniquement aux modalités de l'application de la règle juridique et non pas à son contenu. Elle astreint les autorités à ne pas faire d'exception entre les citoyens lors de l'application de la loi partant du principe qu'ils sont tous égaux en droits, et qu'il n'y a pas de distinction à faire entre eux<sup>143</sup>. Ce principe admet par ailleurs un traitement différent pour les situations différentes, par exemple dans le cas de l'égalité fiscale, qui va de pair avec l'impôt progressif. En ce sens, l'égalité juridique peut conduire à l'inégalité sociale.

---

<sup>139</sup> MANENT, P. *La cité de l'homme*. Paris : Librairie Arthème Fayard, 1994, p. 211.

<sup>140</sup> WEBER, D. *Léviathan de Hobbes avec le texte intégral des chapitres 16 et 17*. Rosny : Bréal, 2003, p. 89.

<sup>141</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, p. 25.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

## B- L'égalité : principe constitutionnel à portée plus symbolique que réelle

Comment cette valeur morale et philosophique essentielle est-elle affirmée dans les textes constitutionnels des quatre pays étudiés ?

En Arabie Saoudite tout d'abord, le terme de constitution est remplacé par la locution « *Système fondamental de gouvernance* »<sup>144</sup> (*an-nizam al-asasi li-l-hukm*). Cette différence de terminologie s'explique par le fait que l'article 1 de cette réglementation prévoit que le Royaume de l'Arabie Saoudite est un pays musulman dont la constitution est le Coran et la Sunna<sup>145</sup>. De ce fait, le Système fondamental de gouvernance dans ce Royaume est foncièrement tiré des préceptes de l'islam, qui fondent par la suite le pouvoir et la loi en Arabie Saoudite<sup>146</sup>.

De même, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>147</sup> du Qatar le définit comme pays musulman dont la charia islamique est la source principale de la législation. Partant de ce principe, les articles de la Constitution qui prônent le principe d'égalité puisent leurs sources dans les textes religieux précités dans le début de ce paragraphe.

En Tunisie, la Constitution<sup>148</sup> précise également dans l'article 1 que l'islam est une religion nationale, et rappelle dans son préambule l'attachement aux enseignements de l'islam. Cependant, à la différence des constitutions de l'Arabie Saoudite et du Qatar, il n'est pas stipulé que le pays fonde sa législation sur les principes de la charia. L'article 2 va plus loin encore, et prévoit à ce titre que « *la Tunisie est un État à caractère civil, basé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit* ». Ce constat ne doit pas nous conduire à penser que les principes de l'islam ne sont pas appliqués. Les principes religieux sont implicitement incorporés dans certaines branches du droit, comme le Code du statut personnel<sup>149</sup>, mais « *caractérisés par l'ouverture et la modération* »<sup>150</sup> conformément au préambule.

---

<sup>144</sup> Le décret royal n° A / 90 du 1<sup>er</sup> mars 1992.

<sup>145</sup> Une certaine attitude a été observée, sans nuance, par l'Arabie Saoudite jusqu'en 1992 à l'égard de la constitution : celle de l'hostilité absolue de l'idéologie religieuse à l'idée de constitution. Cette dernière n'a pas de suprématie par rapport à la religion. En 1966, le roi Fayçal s'interrogeait : « *Une Constitution ? Pourquoi faire ? Le Coran est la plus ancienne et la plus efficace de toutes les constitutions du monde* ». Cf. TOMICHE, F. *L'Arabie séoudite*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1979, p. 66 ; SALAMÉ, GH. « L'islam en Arabie Saoudite. » *Pouvoirs* (1983) : 125-130, p. 125.

<sup>146</sup> Ce principe est rappelé par l'article 7 du Système fondamental de gouvernance (la Constitution) qui prévoit que le pouvoir dans le Royaume se fonde sur le Coran et la Tradition du prophète.

<sup>147</sup> Elle est adoptée le 29 avril 2003 et entre en vigueur le 8 juin 2004.

<sup>148</sup> La nouvelle Constitution est adoptée le 27 janvier 2014.

<sup>149</sup> ALJANDALI, H. *Qanun alahwal alchakhsia altuwniyya wa alaqatuh bialcharia alislamia (Le Code du statut personnel tunisien et sa relation avec la charia)* [en arabe]. Tunis : Latrach Édition, 2011, p. 58 ; ALOJHORI, M. *Alkhalifa alislamia lmajalat al-ahwal alchakhsia (Le fond islamique du Code du statut personnel)* [en arabe]. Tunis : Elmaali Édition, 2012, p. 14.

<sup>150</sup> Le deuxième alinéa du Préambule de la Constitution de 2014.

En France en revanche, État qui affirme l'indépendance de ses valeurs vis-à-vis des traditions religieuses<sup>151</sup>, le lien entre principes chrétiens de l'égalité entre les hommes et égalité juridique telle qu'elle est pensée aujourd'hui est bien plus problématique. Tout d'abord, il peut être objecté que les valeurs chrétiennes restent pendant de nombreux siècles très limitées en terme d'implication concrète pour les relations civiles. En effet, jusqu'à la révolution philosophique des Lumières, les inégalités subsistent de manière très importante tant dans le système juridique que dans la conception de l'être humain. Le noble féodal, écrit Tocqueville, se croyait « *d'autre nature que les serfs* », tandis que, quelques siècles plus tard, « *madame de Sévigné ne concevait pas clairement ce que c'était de souffrir quand on n'était pas gentilhomme* »<sup>152</sup>. Il faut souligner le caractère inédit de la philosophie des Lumières, en rupture avec les idées en vigueur jusqu'alors. Toutefois, l'influence de cette conception religieuse comme principe moral doit être soulignée : « *l'égalité ne devait s'exercer qu'entre des bornes, des bornes héritées de la morale traditionnelle* »<sup>153</sup>.

En France, la notion d'égalité devient centrale au XVIII<sup>e</sup> siècle, lors de la révolution des Lumières. Les philosophes des Lumières reprennent de la morale chrétienne l'idée d'égalité de chaque être humain dans la dignité, mais en la fondant en raison et non pas en théologie. Ils s'inspirent pour cela de la notion d'égalité politique, qui trouve ses sources dans la constitution athénienne du V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ<sup>154</sup>. Pour assurer la stabilité politique, les législateurs athéniens affirment la nécessité de partager le pouvoir par la démocratie<sup>155</sup>. Tous les citoyens participants à l'État sont donc considérés comme des égaux : c'est l'égalité politique ou isonomie (*isonomia*)<sup>156</sup>. L'égalité est alors conçue comme une valeur rendant possible une vie sociale harmonieuse et organisée. De l'égalité politique découle une égalité des droits plus générale. Toutefois, l'égalité athénienne ne concerne que les citoyens, c'est-à-dire les hommes issus de familles athéniennes. Femmes et métèques sont exclus de la vie de la cité et ne jouissent pas des mêmes droits que les citoyens. Les philosophes des Lumières reprennent cette conception en l'étendant à l'ensemble des citoyens<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> Le principe de laïcité est explicitement mentionné dans le premier article de la Constitution : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ».

<sup>152</sup> TOCQUEVILLE, A. *De la démocratie en Amérique*. Paris : Michel Lévy Frères, 1868, p. 268.

<sup>153</sup> LONG, M. *La France, l'Église, quinze siècles déjà*. Genève : Librairie Droz, 1997, p. 170.

<sup>154</sup> En droit grec, la *dikè* constitue une « *norme supérieure à tous et établie par la raison humaine* », elle n'est donc pas « *inscrite dans la nature ou [la] norme divine* ». Cf. NAY, O. *Histoire des idées politiques : La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*. Malakoff : Armand Colin, 2016, pp. 20-21.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>157</sup> TAVOILLOT, P.-H. (septembre 2012). *De l'origine de l'égalité parmi les hommes*, consulté le 20 octobre 2015 sur : <http://www.philomag.com/les-idees/de-lorigine-de-legalite-parmi-les-hommes-3372> .



Le poids des réflexions et des travaux des philosophes des Lumières est tel qu'il convient de s'y référer absolument afin de remonter aux sources de la notion d'égalité. Si l'empreinte de Rousseau est indéniable dans l'instauration du concept moderne de l'égalité, l'influence de Voltaire est moins visible mais n'en demeure pas moins profonde<sup>158</sup>. Quand bien même les deux auteurs n'ont pas fourni de synthèse complète sur la notion d'égalité<sup>159</sup>, ils ont néanmoins contribué considérablement à instaurer les fondements de cette pensée qui s'est forgée à travers les siècles et qui a été introduite dans le droit des pays occidentaux.

Ces travaux philosophiques constituent une source d'inspiration cruciale pour les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 juin 1789<sup>160</sup>. Dans ce texte essentiel de l'histoire du droit français, l'égalité est affirmée solennellement dans l'article premier comme principe : « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Le Doyen Vedel<sup>161</sup> montre que l'affirmation de l'égalité comme droit fondamental de l'être humain s'explique par le lien très fort entre égalité et nature humaine théorisé par les philosophes des Lumières : le principe d'égalité est par essence lié à la condition humaine<sup>162</sup>.

Cette égalité de droits entraîne par conséquent l'égalité devant la loi, affirmée dans l'article 6 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités* ». L'égalité devant la loi est considérée comme l'un des socles de la démocratie<sup>163</sup> des sociétés modernes. Le principe d'égalité est à nouveau affirmé dans l'article 13 qui proclame l'égalité devant l'impôt. Ce principe est d'une importance telle qu'il est le seul principe révolutionnaire à n'avoir jamais été remis en cause depuis 1789<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> MENANT, S. (novembre 2010). *Voltaire-Rousseau : deux conceptions modernes de l'égalité*, consulté le 20 octobre 2015 sur : <https://www.canalacademie.com/ida6328-Voltaire-Rousseau-deux-conceptions-modernes-de-l-egalite.html> .

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> LEVADE, A. *op. cit.*, p. 69.

<sup>161</sup> Professeur de droit public.

<sup>162</sup> « *L'égalité, c'est l'homme même ; elle identifie l'homme [...]. Si l'on peut dire que tous les hommes sont égaux, à l'inverse tous les égaux sont des hommes, car si un homme refuse à un autre la qualité d'égal [...], il lui refuse la qualité d'homme [...]. L'égalité est non un droit naturel mais le fondement même de tout droit naturel, car il n'y a plus de droit naturel si les hommes ne sont pas égaux entre eux, autrement dit si les hommes n'existent pas* ». Cf. CARCASSONNE, G. et GUILLAUME, M. *La Constitution* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 2017.

<sup>163</sup> SAINT-PAU, J.-CH. (dir.). *Droits de la personnalité*. Paris : LexisNexis, 2013, p. 191.

<sup>164</sup> LEVADE, A. *op. cit.*, p. 56.

Si les constitutions des quatre pays consacrent le principe d'égalité entre les êtres humains, le fondement de l'égalité juridique diffère selon les systèmes juridiques des pays objets de notre étude.

En ce qui concerne l'Arabie Saoudite et le Qatar, l'égalité est d'une part affirmée implicitement en tant qu'elle fait partie des valeurs coraniques à la source de la législation. D'autre part, elle est mentionnée explicitement. Ainsi, en Arabie Saoudite, l'article 8 du Système fondamental de gouvernance rappelle que le pouvoir dans le Royaume repose sur des principes de justice, de consultation<sup>165</sup> (*choura*) et d'égalité, conformément aux préceptes de la législation islamique. Par ailleurs, l'article 26 prévoit que le pays garantit les droits de l'Homme en conformité avec la charia.

Au Qatar, l'article 18 de la Constitution prévoit que la société est fondée sur la justice, la charité, la liberté et l'égalité. Cependant, contrairement à la réglementation saoudienne, la Constitution qatarienne précise aux articles 34 et 35 que les citoyens sont égaux dans les droits et les obligations, et devant la loi, « *sans distinction de sexe, d'origine, de langue ou de religion* ».

En Tunisie, l'égalité entre les sexes est expressément mentionnée dans l'article 21 alinéa 1 qui garantit l'égalité entre les citoyens : « *Les citoyens et les citoyennes, sont égaux en droits et devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination aucune* ».

En France, le principe est affirmé par l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 qui stipule que l'État « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race et de religion* ». Le corollaire du principe d'égalité est l'interdiction de toute discrimination. Une personne est considérée comme discriminée lorsqu'elle subit un traitement moins favorable, sur la base d'un critère illégitime, qu'une autre personne se trouvant dans une situation comparable. Les articles 225-1 et suivants du Code pénal condamnent les discriminations opérées dans ces domaines « *à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». La sanction peut s'élever à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

---

<sup>165</sup> « *Le système de gouvernement dans le royaume d'Arabie Saoudite est fondé sur la justice, la consultation (choura) et l'égalité conformément à la charia islamique* ».



Ainsi, en raison de son importance, le principe d'égalité a été érigé dans la devise de la République française<sup>166</sup> comme une valeur morale<sup>167</sup> à respecter afin d'instaurer le socle de la démocratie en France.

---

<sup>166</sup> « Liberté, Égalité, Fraternité ».

<sup>167</sup> KOLM, S.-CH. « Libres, égaux et fraternels : la logique profonde de la morale républicaine. » *Revue française de science politique* (1985) : 639-653, p. 639.

## Conclusion

La France, la Tunisie, le Qatar et l'Arabie Saoudite s'accordent sur la nécessité d'affirmer une égalité devant la loi afin de protéger la dignité humaine. Il faut cependant souligner que cette égalité, selon laquelle tous les individus doivent bénéficier du même traitement et être régis par les mêmes lois, est fondée sur une conception toute théorique. L'égalité est donc, comme l'écrit Voltaire, « à la fois la chose la plus naturelle et en même temps la plus chimérique »<sup>168</sup>.

En effet, si tous les êtres humains sont égaux par leur condition humaine et donc dans leur dignité, ceci n'exclut pas les différences substantielles qui peuvent exister entre eux<sup>169</sup> : âge, sexe, situation sociale, particularités physiques et physiologiques, etc.

Ainsi, l'égalité en droit, consistant à traiter les personnes de façon identique en dépit de leurs différences, peut conduire à des injustices. En effet, les capacités comme les besoins de chacun diffèrent, ce que souligne Talleyrand<sup>170</sup> dans son *Rapport sur l'instruction publique*. « Cette égalité de droit, disait-il, serait peu sentie, peu réelle, au milieu de tant d'inégalités de fait »<sup>171</sup>. Cette application restrictive du principe d'égalité ne peut donc suffire. Pour garantir la justice entre les citoyens, il est donc nécessaire de développer d'autres conceptions du principe d'égalité.

---

<sup>168</sup> VOLTAIRE. *Œuvres complètes de Voltaire : Dictionnaire philosophique*. Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1860, p. 190.

<sup>169</sup> FORTUNET, F. « La Révolution, la déférence et l'égalité. » *Communications* (2000) : 105-113, p. 107.

<sup>170</sup> Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord, communément nommé Talleyrand, est un homme d'État et diplomate français.

<sup>171</sup> HUBERT-VALLEROUX, M.-É. *De l'enseignement, ce qu'il a été, ce qu'il est, ce qu'il devrait être*. Paris : Librairie de Guillaumin et Cie, 1859, p. 68.

## **Section II - Un droit permettant de garantir la justice**

La conception théorique de la notion d'égalité se heurte à la réalité dans la mesure où les citoyens sont distincts dans leurs capacités et caractères personnels. Le principe d'égalité ne doit donc pas signifier la négation des différences. Dans le but de concilier égalité et justice, il est nécessaire de s'interroger sur les implications concrètes du principe d'égalité. Consiste-t-il dans le traitement égal des situations non comparables, ou dans l'égalisation des différences de situations ?

En effet, l'égalité juridique ne conduit pas à une égalité réelle (Paragraphe I). Il est donc nécessaire de faire appel à des mesures permettant de réaliser effectivement l'égalité entre les individus (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - Les limites de l'égalité formelle**

La notion d'égalité implique toujours la comparaison d'un élément avec un autre, par définition distinct du premier<sup>172</sup>. Comment, en posant une relation d'égalité entre ces deux éléments, ce qui revient à les considérer comme équivalents selon une propriété essentielle, est-il possible de tenir compte des autres propriétés qui les distinguent ?

L'existence des différences au sein de la société est un fait que personne ne peut nier, en raison des différences naturelles qui existent entre les individus. En revanche, la question se pose de savoir s'il faut tenir compte de ces inégalités pour élaborer des règles juridiques justes et équitables, ou bien s'il faut tâcher de réduire ces inégalités.

Nous verrons quelles sont les limites d'un traitement indifférencié des individus (A) pour montrer ensuite que la recherche de l'égalité ne peut avoir de sens si elle ne s'inscrit pas dans une volonté de justice (B).

---

<sup>172</sup> KOUBI, G. « Égalité, inégalités et différences. » MICHAUD, Y. *Égalités et inégalités*. Paris : Odile Jacob, 2003. 117-144, p. 118.

## A- L'insuffisance de l'égalité devant la loi face aux différences individuelles

Après une étude empirique sur une période d'environ quarante ans<sup>173</sup>, dans des disciplines aussi diverses que la sociologie du droit, l'histoire sociale et l'histoire criminelle, le résultat est unanime : l'égalité devant la loi<sup>174</sup> est un leurre, elle « *constitue un but apparemment impossible à atteindre* »<sup>175</sup>.

Le principe d'égalité devant la loi a d'abord été conçu comme une sommation aux pouvoirs publics à mettre en place des règles générales applicables à tous, et à s'abstenir d'établir des distinctions injustifiées. Ce caractère général de la règle de droit se présente ainsi comme une garantie de l'application du principe d'égalité et d'impartialité, et traduit ainsi la neutralité de l'État. L'égalité est donc une notion rotative « *dépourvue de contenu substantiel* », incapable à elle seule, sans l'intervention des critères, de préciser le traitement qu'il convient d'appliquer dans les situations particulières<sup>176</sup>. Comment traiter également des personnes qui sont dans des situations de fait différentes ?

L'égalité juridique, d'essence théorique, a été fortement critiquée par Marx, qui considère que les principes d'égalité et de liberté censés être appliqués à tous les hommes ne sont en réalité que l'apanage de certains. Ces droits dont on prétend qu'ils profitent à tous les citoyens ne serviraient en réalité que les intérêts de la société bourgeoise<sup>177</sup>. Cette critique se fonde notamment sur le fait que le droit de propriété n'était pas accessible à tout le monde. En effet, ce droit était proportionnel aux moyens de production, concentrés dans les mains d'une classe de la société qui détenait les richesses et les biens de la société entière. Marx a émis des critiques très sévères vis-à-vis de la notion d'égalité. Il a considéré qu'il s'agit d'un principe fondamental, mais illusoire étant donné que les moyens déployés ne permettent pas de le consacrer concrètement.

En effet, dans son fondement même, le droit consiste en l'instauration de mesures égales pour tous les individus. Toutefois, il n'est pas possible de considérer tous les citoyens comme égaux, en ignorant simplement les distinctions entre classes sociales, puisque ceux-ci ne sont pas égaux

---

<sup>173</sup> COTTINO, A. et FISCHER, M.-G. « Pourquoi l'inégalité devant la loi ? » *Déviance et société* (1996) : 199-214, p. 200.

<sup>174</sup> Qui peut également être qualifiée d'« *égalité formelle* ».

<sup>175</sup> COTTINO, A. et FISCHER, M.-G. *op. cit.*, p. 201.

<sup>176</sup> THARAUD, D. et VAN DER PLANCKE, V. « Imposer des "discriminations positives" dans l'emploi : vers un conflit de dignité ? » GABORIAU, S., et al. *Justice, éthique et dignité : actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*. Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2006. 177-240, p.185.

<sup>177</sup> BAUER, B., MANDROU, R. et MARX, K. *La question juive par Karl Marx suivi de la question juive par Bruno Bauer* [édition numérique]. Paris : Union générale d'Éditions, 1968, pp. 43-45 et 53-54.

dans leurs capacités productives<sup>178</sup>. Selon Marx, affirmer l'égalité formelle revient à reconnaître tacitement l'inégalité des capacités productives comme un privilège de la nature. Si cette inégalité entre les individus n'est pas explicitement prise en compte et compensée par l'État, cela conduit nécessairement à un « *droit de l'inégalité* »<sup>179</sup>. Selon Castoriadis<sup>180</sup>, Marx se montre ici fidèle à Aristote<sup>181</sup>, qui écrivait dans son *Éthique à Nicomaque* que la plus grande injustice est de traiter également les choses inégales<sup>182</sup>.

Cette critique marxiste de l'égalité théorique s'inscrit dans un rejet global des droits de l'Homme en tant que droits abstraits<sup>183</sup>, affirmés dans le seul but de protéger les intérêts privés de l'homme en tant que membre de la société bourgeoise. L'homme y est conçu comme un individu séparé de la communauté, considérée seulement comme une limitation de son autonomie. Il s'agit pour Marx de repenser l'homme en tant que faisant essentiellement partie du corps social ; cette conception n'est pas sans rappeler la valeur musulmane d'*Oumma* (communauté des croyants) placée au centre de la vie humaine. Pour Marx en effet, les différences entre les êtres humains se révèlent lorsqu'on considère la personne d'un point de vue historique et social, c'est-à-dire comme engagée dans un groupe et une classe sociale, une communauté locale, religieuse, qui déterminent ensemble son rôle dans une société prise à un moment donné de son histoire.

Si le Coran affirme une égalité absolue dans la condition humaine et dans la dignité humaine, il n'a toutefois pas occulté le fait qu'il existe une certaine différenciation entre les hommes. Ainsi, il prescrit la différence comme une vérité existentielle, et en tant qu'élément constitutif de la nature humaine<sup>184</sup>. Ceci ne signifie pourtant pas l'inégalité, dans la mesure où toutes les disparités sont laissées de côté dans le but de réaliser la cohésion sociale.

Cette différenciation n'est pas fondée sur un élément matériel, économique ou financier, mais sur une valeur morale : la piété, conformément au verset du Coran qui stipule : « *Ô Hommes !*

---

<sup>178</sup> CAPDEVILA, N. *Tocqueville ou Marx : Démocratie, capitalisme, révolution* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.

<sup>179</sup> « *Ce droit égal est un droit inégal pour un travail inégal. Il ne reconnaît aucune distinction de classe, parce que tout homme n'est qu'un travailleur comme un autre ; mais il reconnaît tacitement l'inégalité des dons individuels et, par suite, de la capacité de rendement comme des privilèges de la nature. C'est donc, dans sa teneur, un droit fondé sur l'inégalité, comme tout droit* ». Cf. STOYANOVITCH, K. *La pensée marxiste et le droit*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1974, p. 121.

<sup>180</sup> Cornelius Castoriadis est un philosophe, économiste et psychanalyste français d'origine grecque.

<sup>181</sup> CAPDEVILA, N. *op. cit.*

<sup>182</sup> ARISTOTE. *Éthique à Nicomaque*. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 1997, p. 227.

<sup>183</sup> HIRSZOWICZ, M. (novembre 2010). *Le Marxisme devant les droits de l'homme*, consulté le 28 mars 2016 sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001573/157395fb.pdf> .

<sup>184</sup> JAYYUSI, S. et al. *Huquq al-insan fi alfikr alarbi : dirasat fi alnusur (Droits de l'Homme dans la pensée arabe : analyses textuelles)* [en arabe]. Beyrouth : Markaz dirasat alwihda al-arabia, 2010, p. 64.

*Nous vous avons créés d'un mâle et d'une femelle, et Nous avons fait de vous des nations et des tribus, afin que vous vous connaissiez mutuellement. Certes, le plus noble d'entre vous, auprès de Dieu, est le plus pieux* »<sup>185</sup>. L'interprétation de ce verset permet de dégager deux remarques. Tout d'abord, il met l'accent sur la valeur morale de piété pour admettre qu'il y a une différenciation entre les hommes. Par cette affirmation, le verset démontre la démarcation des valeurs de l'islam par rapport aux valeurs de la société de l'époque qui se fondait sur la force, la richesse, la classe sociale et économique, ou même le sexe. Le Coran effectue une différenciation par opposition entre le bien et le mal<sup>186</sup>, les personnes qui accomplissent les bonnes œuvres et celles qui sèment le désordre sur terre<sup>187</sup>, ceux qui savent et ceux qui ne savent pas<sup>188</sup>, le non voyant et le voyant<sup>189</sup>.

La deuxième remarque se fonde sur le rappel explicite de l'origine commune des êtres humains, et leur égalité absolue par rapport à ce point. Le verset insiste sur le fait que l'humanité, si elle est répartie en plusieurs nations et communautés totalement diversifiées sur le plan religieux, culturel, linguistique, *etc.*, a une origine commune<sup>190</sup>.

Ainsi, en islam, il ne peut être fait de différences entre les êtres humains ; nul ne peut prétendre à un traitement particulier, si ce n'est en raison de sa piété. Il n'y a ni peuple élu ni nation privilégiée<sup>191</sup>. La diversité qui existe entre les hommes n'est qu'une manifestation de la création divine, comme la variété des espèces qui existent dans l'Univers et dans la nature terrestre : « *Et parmi Ses signes la création des cieux et de la terre et la variété de vos idiomes et de vos couleurs. Il y a en cela des preuves pour les savants* »<sup>192</sup>. Cette différenciation n'altère en aucun cas de la valeur de chaque être humain<sup>193</sup> ; c'est, selon l'islam, une nécessité guidée par le cours de la vie humaine<sup>194</sup>. Du fait de cette différenciation, l'égalité absolue est un mythe impossible à atteindre<sup>195</sup> ; cependant, les différences ne font aucunement obstacle à leur égalité sur le plan humain et dans la dignité.

---

<sup>185</sup> Coran (49 : 13).

<sup>186</sup> « *Dis : "Le mauvais et le bon ne sont pas semblables, [...]"* ». Cf. Coran (5 : 100).

<sup>187</sup> « *Traiterons-Nous ceux qui croient et accomplissent les bonnes œuvres comme les Moufsidin (ceux qui commettent du désordre sur terre) ?* ». Cf. Coran (38 : 28).

<sup>188</sup> « *Dis : "Sont-ils égaux, ceux qui savent et ceux qui ne savent pas ?"* ». Cf. Coran (39 : 9).

<sup>189</sup> Le sens de ce verset est métaphorique : « *Dis : "Sont-ils égaux, l'aveugle et celui qui voit ? Ou sont-elles égales, les ténèbres et la lumière ?"* ». Cf. Coran (13 : 16).

<sup>190</sup> LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> Coran (30 : 22).

<sup>193</sup> NASEEF, F. *Huquq almara' wawajibatuha fi daw' alkitab walsunna (Droits et devoirs de la femme en islam à la lumière du Coran et de la Sunna)* [en arabe]. La Mecque : Université Umm al-Qura, 1983, p. 84.

<sup>194</sup> KHALIL, R. *Nazariat almusawat fi alcharia al-islamia (La théorie de l'égalité dans la charia)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : Dar Al-Farouk, 2007. II vols., p. 53.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 49.

Comment garantir en pratique l'égalité entre les citoyens ? Contrairement au principe de l'égalité devant la règle de droit qui tend à instaurer une égalité purement formelle et abstraite, celui d'égalité dans la règle de droit s'intéresse principalement au contenu de l'acte juridique concret. Ainsi, le premier principe est considéré comme appliquant l'égalité de façon indirecte, le deuxième de façon directe, c'est pourquoi il est considéré que l'efficacité du premier dépend du respect du second<sup>196</sup>.

Les lois sont considérées comme conformes au principe d'égalité lorsqu'elles ont un caractère général et unitaire, et n'interviennent pas dans des situations individuelles. En raison de cette liaison entre ces deux notions, égalité et généralité de la loi ont souvent été confondues.

Toutefois, cette application du principe d'égalité à l'ensemble des citoyens ne signifie pas leur traitement de façon identique. À ce titre, le principe d'égalité dans la règle de droit prévoit des aménagements afin de tenir compte de la spécificité de situations de certaines catégories au sein de la société<sup>197</sup>.

Le professeur Addoussari<sup>198</sup> dans son ouvrage *La juste Différenciation entre la femme et l'homme en islam* a défini la notion de la « juste égalité ». Selon lui, la juste égalité est celle qui rassemble les égaux<sup>199</sup> et qui sépare les différents<sup>200</sup>. L'égalité ne peut être juste que si elle compare des choses qui ont les mêmes attributs et caractéristiques. En cas de différence, une telle égalité ne peut se réaliser selon cet auteur, car elle conduirait à une injustice manifeste<sup>201</sup>.

En droit français, malgré son caractère constitutionnel et fondamental<sup>202</sup>, le principe d'égalité n'est pas un principe absolu<sup>203</sup>. Il « n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général »<sup>204</sup>. Selon Vedel, la « vraie égalité » impose donc au législateur « de ne pas traiter différemment

---

<sup>196</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, p. 26.

<sup>197</sup> L'aménagement des règles de droit au profit de certaines catégories sociales sera étudié plus en détail dans le cadre du Paragraphe II de la présente section.

<sup>198</sup> Il est l'un des rares auteurs arabes qui ont abordé la notion de « juste égalité », et qui l'ont comparé à la notion de justice.

<sup>199</sup> Comme c'est le cas de l'égalité entre l'homme et la femme dans les attributs humains, les charges religieuses, la récompense et le châtimeut.

<sup>200</sup> Comme c'est le cas de la différence entre l'homme et la femme dans les caractéristiques corporelles et psychologiques.

<sup>201</sup> ADDOUSSARI, M. *Attamayuz al'adil bayn alrajul walmar'a fi alislam (La juste différenciation entre l'homme et la femme en islam)* [en arabe]. Dammam : Dar ibn aljawzi, 2010, p. 22.

<sup>202</sup> Cf. Section I, Paragraphe II, B.

<sup>203</sup> BORGETTO, M. « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit. » *Informations sociales* (2008) : 8-17, p. 13.

<sup>204</sup> SAUVE, J.-M. (octobre 2015). *Principe d'égalité et droit de la non-discrimination*, consulté le 18 avril 2016 sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Principe-d-egalite-et-droit-de-la-non-discrimination> .

*des citoyens se trouvant dans la même situation, mais non de traiter également ceux qui sont dans des situations différentes* »<sup>205</sup>. De plus, depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel français juge que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>206</sup>.

Le principe d'égalité en droit français peut donc être résumé de la manière suivante : à situation égale, traitement égal, et à situation différente, possibilité de traitement différent<sup>207</sup>. Cette dernière possibilité reste, en France, à la discrétion du législateur. En cela, le droit français se distingue des recommandations de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'Homme, lesquelles ont jugé à plusieurs reprises que le principe d'égalité veut que « *des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale* »<sup>208</sup>.

Par exemple, dans le cadre de l'édifice de la législation nationale, le législateur tient compte de l'existence de majeurs et mineurs de dix-huit ans<sup>209</sup>. Même parmi les majeurs sont distingués les majeurs sains d'esprit de ceux placés sous tutelle ou curatelle. Cette inégalité juridique trouve son fondement dans la volonté de protection des individus vulnérables au sein de la société. De ce fait, cette inégalité civile est parfaitement tolérée, car fondée sur l'âge ou l'état mental, qui sont des facteurs naturels qui forment « *des exceptions rationnelles à l'égalité* »<sup>210</sup> parce qu'elles répondent à un impératif d'ordre public. Ainsi, la règle de droit peut établir des distinctions entre les citoyens, mais de façon strictement justifiée et pour la poursuite de l'utilité commune<sup>211</sup>. Il faut cependant souligner que la mention « *strictement justifiée* » demeure éminemment subjective et ne protège pas des dérives politiques.

Une autre justification pour un traitement différencié est l'exigence de justice et d'équité. C'est en ce sens que dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, Mirabeau<sup>212</sup> critique l'égalité arithmétique lors de l'assemblée constituante dans le cadre du contrôle de l'impôt. Il affirme que cette forme

---

<sup>205</sup> LEVADE, A. « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français. » *Pouvoirs* (2004) : 55-71, pp. 61-62.

<sup>206</sup> Voir la décision n°96-375 DC sur le site du Conseil Constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96375DC.htm>.

<sup>207</sup> Le juge administratif, en France, considère de longue date que « *le principe d'égalité n'implique pas que des [personnes] se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents* ». Voir Conseil d'Etat, Assemblée, du 28 mars 1997, soc. Baxter.

<sup>208</sup> Voir, notamment, CJCE, 20 septembre 1988, royaume d'Espagne c. Conseil des Communautés européennes, aff. 203/86.

<sup>209</sup> Cette question sera étudiée plus en détail dans le cadre du Titre I de la Seconde partie.

<sup>210</sup> SAINT-PAU, J.-CH. (dir.). *Droits de la personnalité*. Paris : LexisNexis, 2013, p. 196.

<sup>211</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, p 27.

<sup>212</sup> Homme politique français.



d'égalité, qui ne prend pas en considération la capacité contributive de chaque citoyen, est « *la plus inique et la plus cruelle* »<sup>213</sup>, c'est-à-dire qu'elle ne peut garantir un traitement équitable.

Il est donc nécessaire, pour assurer une égalité réelle entre les citoyens, de tenir compte des différences entre groupes sociaux. Quels sont les concepts permettant au législateur de penser la différence entre femmes et hommes sans déroger au principe de non-discrimination ?

---

<sup>213</sup> Cf. Archives parlementaires, 7 octobre 1789, p. 380.

## B- L'égalité au service de la justice

L'égalité et l'équité ont une racine étymologique latine commune : l'adjectif latin *aequus* renvoie ainsi à la fois à ce qui est égal et à ce qui est équitable. Cette ambivalence de la racine *aequus* se reflète dans de nombreux substantifs. Ainsi, en latin, *aequatio* désigne la répartition égale, *aequilibrium* le niveau identique de deux choses, et *aequitas* renvoie à la fois à la notion de symétrie et à l'esprit de justice<sup>214</sup>.

Égalité et équité sont liées, ainsi que le montre le *Vocabulaire juridique* qui définit la seconde en la fondant sur la première, à savoir de traiter de façon égale les choses égales, et *a contrario* traiter inégalement les choses inégales<sup>215</sup>. Il existe donc un lien essentiel entre égalité et équité. L'égalité ne doit pas être conçue comme une fin en soi mais un moyen pour réaliser la justice.

Les deux notions sont toutefois à distinguer : si l'égalité réfère à une relation d'identité ou au traitement similaire qui en découle, l'équité en revanche est davantage liée à l'idée de justice et implique un ajustement ou une compensation des différences. Le dictionnaire Larousse définit ainsi l'équité comme la vertu qui renvoie à la fois à la notion de justice impartiale et de justice naturelle<sup>216</sup>.

Il faut donc distinguer le traitement égalitaire de « *la justice proportionnelle, ou, mieux encore, l'équité* », ainsi que l'écrit Jankélévitch<sup>217</sup>. La première place tout le monde sur un pied d'égalité, et prévoit de ce fait des dispositions légales similaires, sans distinctions. La deuxième est moins « *aveugle* »<sup>218</sup> et tient compte des différences, mais sans effectuer de préférence. À titre d'exemple, elle prend en considération certaines conjonctures, telle l'entrée des femmes sur le marché de travail, afin de dicter l'adoption de dispositions spécifiques à ce contexte. En ce sens, l'équité s'apparente à « *une égalité flexible* »<sup>219</sup> qui peut connaître plusieurs interprétations, en fonction des situations et des conjonctures. L'équité serait ainsi la justice qui a égard à l'esprit de la loi plutôt qu'à sa lettre<sup>220</sup>.

---

<sup>214</sup> TOURNIER, M. « Égalité ou équité, question d'hier, problème d'aujourd'hui. » *Mots* (1995) : 102-109, p. 102.

<sup>215</sup> CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v° *équité*.

<sup>216</sup> V. le mot *équité* sur le site des dictionnaires Larousse en ligne : [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

<sup>217</sup> JANKÉLÉVITCH, V. *Philosophie morale* [édition numérique]. Paris : Flammarion, 2018.

<sup>218</sup> MAZIÈRE, P. *Le principe d'égalité en droit privé*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 55.

<sup>219</sup> BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. « La méditation : un nouveau modèle d'action. » NOREAU, P. et KASIRER, N. *Sources et instruments de justice en droit privé*. Montréal : Les Éditions Thémis, 2002. 141-180, p. 177.

<sup>220</sup> VOLPILHAC-AUGER, C. et DELIA, L. *(Re)lire L'Esprit des lois*. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2014, p. 76.

En droit français, les notions d'équité et d'égalité sont fondamentalement distinguées, même si elles participent toutes deux de l'idée de justice. L'équité désigne une prise en compte des conjonctures de la société pour garantir un traitement juste ; elle ajoute donc au principe d'égalité une exigence d'efficacité supplémentaire.

La notion de justice est ainsi au fondement de l'exigence d'un traitement équitable permettant l'égalité entre les hommes. En français, le terme *justice* est issu de la racine latine *jus* qui avait à l'origine un sens religieux ayant force de loi<sup>221</sup> dérivé par la suite dans un sens laïc. Il renvoie à un principe moral qui désigne la conformité au droit positif ou naturel<sup>222</sup>. À la lumière de cette définition, la justice est le caractère de ce qui est juste, en référence à l'équité ou la légalité<sup>223</sup>. Rendre la justice signifie « *dire ce qui est juste dans l'espèce concrète soumise au tribunal* »<sup>224</sup>. En droit musulman également, égalité et équité sont englobées dans l'idée de justice. La notion d'équité (*insaf*) est en effet définie par les dictionnaires de langue au moyen de nombreux termes synonymes, tels que *adl* ou *quist* qui signifient « *justice* »<sup>225</sup>. Toutefois, dans le Coran, l'accent est particulièrement mis sur la valeur de justice qui est prépondérante, à la différence du droit français où l'exigence d'égalité prime. L'importance cruciale de la notion de justice est affirmée dans de nombreux versets ; l'équité y est présente comme une valeur consacrée par Dieu lui-même, qui a « *institué la balance en toute vérité* »<sup>226</sup>.

L'analyse du terme *adl* (« *justice* ») met en évidence le lien conceptuel entre justice et égalité. En effet, dans son sens concret, ce terme renvoie à l'idée d'équilibre et peut donc désigner la « *mise à égalité* » des deux plateaux d'une balance. La justice en islam est considérée comme un des piliers principaux des droits de l'Homme. Elle est définie comme étant le principe moral qui consiste à accorder à chacun le droit qui lui revient. Elle fait partie des droits qui ne peuvent être dissociés de l'égalité, dans la mesure où elle est une conséquence de l'application de cette dernière<sup>227</sup>. Il en tire par extension le sens abstrait de « *traiter quelqu'un comme un égal* », d'« *être juste* » ou de « *prononcer un arrêt équitable* »<sup>228</sup>.

---

<sup>221</sup> LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Presses universitaires de France, 1926, p 551.

<sup>222</sup> *Ibidem*.

<sup>223</sup> Le Grand Robert de la langue française, v° *justice*.

<sup>224</sup> GUINCHARD, S. (dir.) et DEBARD, TH. (dir.). *Lexique des termes juridiques*. 26<sup>e</sup>. Paris : Dalloz, 2018, v° *justice*.

<sup>225</sup> OMAR, A. *Mojam allugha alarabia almuasira (Lexique de la Langue arabe contemporaine)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : 'Alam Alkutub, 2008. XX vols., pp. 1466, 2222.

<sup>226</sup> Coran (42 :17)

<sup>227</sup> TAHOUN, R. *Mawsuat huquq al-Insan fi al-islam (Encyclopédie des droits de l'homme en islam)* [en arabe]. Vol. III. Damas, Beyrouth, Koweït : Dar Annawadir, 2013. VI vols., p. 8.

<sup>228</sup> GAUDIN, PH. (dir.). *L'injustice : Ce qu'en disent les religions*. Ivry-sur-Seine : Éditions de l'Atelier, 2004, p. 78.

Ainsi, le cheikh Ibn Outhaymine<sup>229</sup> considère que « *c'était une erreur de considérer que l'islam est une religion d'égalité ! Mais l'islam est une religion de justice, qui signifie qu'elle rassemble les égaux, et sépare les différents [...]. Aucun mot dans le Coran n'appelle à l'égalité, mais tous appellent fermement à la justice* »<sup>230</sup>. Selon Monsieur le Professeur Addoussari, la notion de justice est plus étendue que celle de l'égalité, en ce qu'elle englobe l'égalisation et la différenciation, alors que l'égalité ne comporte que l'égalisation. De ce fait, la justice est considérée comme étant le régulateur de l'égalité. Toujours selon le même auteur, l'utilisation du terme *justice* révèle la minutie avec laquelle ce terme a été choisi dans le Coran, en ce qu'il évite les amalgames et les contradictions pouvant surgir de l'utilisation du terme *égalité*<sup>231</sup>.

Cette différence dans la hiérarchie des valeurs se retrouve dans la rédaction des différentes constitutions. Dans les constitutions saoudienne et qatarienne, les principes de justice et d'égalité sont mentionnés au sein du même article<sup>232</sup>, mais la justice est le premier terme mentionné, ce qui l'identifie comme valeur fondamentale.

Quant à la Constitution tunisienne, il y est fait référence à la valeur de justice dès l'article 4, à propos de la devise de l'État tunisien (« *Liberté, Dignité, Justice, Ordre* »). La Constitution affirme par ailleurs la volonté étatique de réaliser la « *justice sociale* »<sup>233</sup> ; ce n'est qu'après avoir défini cet objectif que la valeur d'égalité est affirmée<sup>234</sup>.

Cette analyse des constitutions saoudienne, qatarienne et tunisienne pointe la spécificité de la Constitution française qui affirme fortement l'idéal d'égalité dès son préambule<sup>235</sup> tandis que la valeur de justice n'est explicitement mentionnée à aucun endroit de la Constitution.

---

<sup>229</sup> Savant saoudien, qui fut l'une des personnalités religieuses saoudiennes les plus respectées en Arabie Saoudite.

<sup>230</sup> IBN OUTHAYMINE, M. *Charh Al-Aqidah Al-Waasitiyyah l'Ibn Taymiyyah (Explication de la profession de foi d'Ibn Taymiyyah)* [en arabe]. 6<sup>e</sup> éd. Dammam : Dar Ibn Al-Jawzi, 2000, pp. 229-230.

<sup>231</sup> ADDOUSSARI, M. *op. cit.*, p. 26.

<sup>232</sup> Article 8 du Système fondamental de gouvernance : « *Le système de gouvernement dans le royaume d'Arabie Saoudite est fondé sur la justice, la consultation (choura) et l'égalité conformément à la charia islamique* » ; Article 18 de la Constitution qatarienne : « *La société au Qatar est fondée sur les valeurs de justice, bienveillance, liberté, égalité et haute moralité* ».

<sup>233</sup> Article 12 de la constitution tunisienne : « *L'État agit en vue d'assurer la justice sociale [...]* ».

<sup>234</sup> Article 21 alinéa 1 de la constitution tunisienne : « *Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination* ».

<sup>235</sup> L'article 12 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Il est à noter que le préambule de la Constitution française du 4 octobre 1958 en vigueur est « *confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946* » ainsi qu'aux « *Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789* ».

Quant au mot signifiant *équité* (*insaf*), il est formé sur la racine « *nisf* » qui signifie la moitié<sup>236</sup>. L'équité renvoie donc au partage d'un objet en deux moitiés égales et identiques. Plus généralement, on parle d'équité quand les hommes se comportent entre eux de façon juste. L'équité s'inscrit dans le cadre plus large de la notion de justice, qui détermine la recherche du partage équitable. L'équité peut également renvoyer au sentiment spontané de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas. Dans la tradition islamique, cette notion est liée à l'observation des prescriptions de la loi islamique, considérée comme la manifestation de la justice naturelle, plus noble que la loi ou le droit positif.

Al-Qurtubi<sup>237</sup>, Ibn Al-Jawzi<sup>238</sup> et Ach-Chawkani<sup>239</sup> ainsi que d'autres exégètes et oulémas<sup>240</sup> ont défini le terme justice par celui d'équité. Il est par ailleurs affirmé qu'il faut juger avec équité : « *Certes, Dieu vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit, et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité* »<sup>241</sup>. Dans ce sens, dans un verset, il est mentionné que « *Certes, Dieu commande l'équité, la bienfaisance et l'assistance aux proches* »<sup>242</sup>. L'équité ici doit s'entendre dans le sens de « *justice* ». De ce fait, traitement équitable est synonyme de traitement juste.

Ainsi, on peut affirmer qu'en français comme en arabe, la notion de justice est au centre de la terminologie liée à l'équité<sup>243</sup>.

Ceci incite, pour intégrer la notion de justice à la définition d'égalité, à opérer avec Aristote une distinction entre *égalité arithmétique* et *égalité géométrique*. Le concept d'égalité arithmétique consiste à prendre deux termes comme parfaitement égaux, c'est-à-dire interchangeables. Aristote le met en lien avec l'idée de *justice commutative*, qui permet de régler dans la Cité les échanges entre personnes particulières<sup>244</sup>.

Il souligne toutefois les limites d'une loi s'appliquant à tous sans distinctions, et affirme la nécessité d'une justice équitable, c'est-à-dire qui permet « *un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité* »<sup>245</sup>. Il développe ainsi l'idée d'une *justice*

---

<sup>236</sup> MAALOUF, L. *Almunjid al-kabir fil-lughah* (*Le grands dictionnaires de langue arabe almunjid*) [en arabe]. Beyrouth : Dar elmachreq, 2015, v° *ansaf*.

<sup>237</sup> Célèbre savant sunnite, théologien et juriste malékite, c'est le savant le plus connu de l'histoire de Cordoue.

<sup>238</sup> Savant musulman hanbalite connu pour ses travaux dans l'exégèse du Coran ainsi que ses nombreux commentaires de hadiths.

<sup>239</sup> Savant yéménite islamique, juriste et réformateur.

<sup>240</sup> Par exemple, Mohammed Rateb Al-Nabulsi : « *L'équité et la justice sont des jumeaux* ».

<sup>241</sup> Coran (4 : 58).

<sup>242</sup> Coran (16 : 90)

<sup>243</sup> SOURIOUX, J.-L. *L'équité ou les équités*. Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 19.

<sup>244</sup> LEIBNIZ, G.-W. et SÈVE, R. *Le droit de la raison*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1994, p. 140.

<sup>245</sup> ARISTOTE. *op. cit.*, p. 268.

*distributive*, qui permet de régler les partages d'honneur et de richesses<sup>246</sup> entre les citoyens, en fonction de la valeur, des aptitudes et des besoins de chacun. Cette justice se fonde sur une *égalité géométrique* qui consiste en l'attribution à chacun de ce qui lui revient proportionnellement à son mérite.

Toutefois, la notion d'équité reste un concept flou et trop peu contraignant d'un point de vue juridique. En effet, dans la mesure où elle fait référence à la différence entre femmes et hommes, a pu être utilisée d'une manière qui perpétue les stéréotypes sur le rôle des femmes dans la société<sup>247</sup>. Le risque est qu'il est possible de tirer de ce concept la théorie d'une « *justice naturelle* » qui définirait les droits de chaque personne ou groupe social selon ses mérites naturels. En cela, la recherche de l'équité ne remet pas nécessairement en cause un système fondamentalement inégalitaire, où la part moindre qui reviendrait à un groupe social serait justifiée par le mérite moindre qui lui est reconnu.

Pour cette raison, elle n'est pas exempte de débats au niveau international, notamment en ce qui concerne l'« *équité des genres* ». Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes recommande ainsi de préférer le terme d'« *égalité des genres* »<sup>248</sup>, comme c'est le cas dans les traités internationaux des droits de l'Homme. Il est à noter que lors de la quatrième conférence mondiale sur les droits des femmes, les partisans de la mention « *équité des genres* » plutôt qu'« *égalité* » étaient des représentants de l'islam fondamentaliste et du Vatican<sup>249</sup>. Le Comité a insisté sur l'importance d'« *employer exclusivement les notions d'égalité entre hommes et femmes ou d'égalité des genres, et non pas celle d'équité dans le traitement des hommes et des femmes* », afin d'éviter les interprétations politiques ou idéologiques se fondant sur l'équité pour justifier des discriminations<sup>250</sup>.

Il s'agit donc, pour assurer une véritable réalisation de l'égalité entre les individus, de prendre en compte leurs différences dans la perspective de la recherche d'équité. Toutefois, nous avons montré que la notion d'équité, parce que moins contraignante que celle d'égalité d'un point de vue juridique, pouvait lorsqu'elle était mal comprise être source de discriminations. Ceci

---

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>247</sup> V. la publication des Nations Unies (HR/PUB/14/2), *les droits des femmes sont des droits de l'Homme*, p. 34, sur le site OHCHR : [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_FR.pdf).

<sup>248</sup> MORGAN, M. et FACIO, A. « Equity or equality for women? : Understanding CEDAW's equality principles [en anglais]. » *IWRAW Asia Pacific Occasional Papers Series* (2009): 1-37, p. 8.

<sup>249</sup> MORGAN, M. et FACIO, A. *Ibid.*, p. 2.

<sup>250</sup> La publication des Nations Unies (HR/PUB/14/2), *op. cit.*, p. 35.

rappelle l'importance d'affirmer le principe d'égalité comme cadre dans lequel se situe la recherche de justice sociale.

Avant les réflexions menées par John Rawls sur la notion de l'équité, cette dernière avait principalement une fonction secondaire en tant que correctif du principe d'égalité devant la loi. L'équité intervenait *a posteriori* pour garantir une application juste à tous les citoyens, visant à promouvoir une « *forme d'égalité équitable* » par la prise de mesures spécifiques<sup>251</sup>.

Après la publication de sa *Théorie de la justice*, le rôle du principe d'équité en droit s'est vu considérablement renforcé. En effet, il ne s'agit plus d'un « *accessoire* » mais d'un « *préalable obligatoire* » dans l'instauration « *de principes de justice* »<sup>252</sup>. Le principe de l'équité est donc passé de simple correcteur à un régulateur indispensable qui organise le fonctionnement des règles au sein de la société. De ce fait, il constitue un moyen indispensable qui complète le principe d'égalité, dans l'optique de réaliser, comme l'a souligné Madame Thomas<sup>253</sup>, « *à un terme lointain voire indéfini la meilleure garantie de l'égalité abstraite* »<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> GUILLARME, B. *Rawls et l'égalité démocratique* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1999.

<sup>252</sup> BARREYRE, J.-Y. et BOUQUET, B. *Nouveau dictionnaire critique d'action sociale*. Paris : Bayard, 2006, p. 232.

<sup>253</sup> Hélène Thomas, Professeure de science politique à l'Université d'Aix-Marseille, sociologue et psychanalyste.

<sup>254</sup> THOMAS, H. « Vers un renversement de la dialectique égalité et équité dans les politiques sociales. » LAMBERT, TH. et al. *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?* Paris : ECONOMICA, 1999. 93-112, p. 99.



## Paragraphe II - La réalisation de l'égalité entre individus

L'idée d'égalité entre les hommes est donc associée à celle d'équité. En effet, la réalisation de la justice implique aussi de considérer l'égalité non pas seulement comme une affirmation abstraite sur la nature des individus ni la simple garantie d'un traitement équitable, mais aussi comme un but social à atteindre par la mise en œuvre de mesures juridiques (A). En cela, la recherche de justice permet « *la pleine réalisation de l'égal* »<sup>255</sup>, selon la formule d'Aristote. Inscire la notion d'égalité dans une exigence plus large de justice ouvre par conséquent la possibilité de justifier en droit des traitements différents pour les situations différentes (B).

### A- De l'égalité formelle à l'égalité concrète

Historiquement, lors de la Révolution française, le rôle de l'État dans la réalisation d'une égalité concrète est affirmé pour faire face aux inégalités engendrées par l'Ancien Régime. Dès 1791, Nicolas de Condorcet<sup>256</sup> proposait en effet de mettre en application les principes de la Révolution française suivant la philosophie des Lumières. À ce titre, il souhaitait dépasser le cadre de la simple égalité de droits et la dépasser pour aboutir à une égalité réelle : « *Les lois prononcent l'égalité dans les droits, les institutions pour l'instruction publique peuvent seules rendre cette égalité réelle* »<sup>257</sup>. Comment l'État peut-il agir pour la réalisation d'une égalité concrète entre les individus, en respectant le principe d'égalité devant la loi ?

À l'instar de l'égalité dans la loi, la notion d'« *égalité par la loi* » s'intéresse au contenu de la norme juridique. Elle repose sur la prise en compte par la loi des inégalités afin de les redresser<sup>258</sup>. Elle manifeste l'intervention de l'État dans l'élaboration de la norme juridique de façon active, qui établit lui-même des distinctions justifiées au sein de la société. Dans cette optique, la règle de droit n'est pas neutre. Il s'agit d'une forme d'égalité concrète qui a, en amont de son élaboration, pris en considération la particularité de certaines catégories sociales<sup>259</sup>. De ce fait, le principe d'égalité par la règle de droit poursuit un but de justice et d'équité. L'égalité par la loi est une manifestation positive de l'égalité dans la loi, mais avec

---

<sup>255</sup> La notion d'équité a été développée par Aristote dans *L'Éthique à Nicomaque*.

<sup>256</sup> Philosophe, économiste, mathématicien et homme politique français, représentant des Lumières.

<sup>257</sup> CONDORCET, N. *Cinq mémoires sur l'instruction publique* [édition numérique]. Paris : Garnier-Flammarion, 1994, p. 29.

<sup>258</sup> AUGUSTIN, J.-M. « L'égalité à l'équerre du droit. » *Revue française des Affaires sociales* (1998) : 9-24.

<sup>259</sup> PELLISSIER, G. *op. cit.*, 1996, p. 30.



une différence de taille. Si cette dernière (l'égalité dans la loi) consiste en l'interdiction de traiter différemment des situations identiques, la première (l'égalité par la loi) impose un traitement différent à des situations différentes<sup>260</sup>. Malgré leur rapprochement, les deux principes fournissent des interprétations distinctes du principe d'égalité. Ainsi, « *une législation uniforme est toujours conforme à l'égalité dans la loi, alors qu'elle n'est conforme à l'égalité par la loi que si les situations concernées sont identiques en fait. Lorsqu'elles sont différentes, elles doivent être traitées différemment* »<sup>261</sup>.

Dans son ouvrage intitulé « *A Theory of justice* », John Rawls a tenu à comprendre l'articulation entre égalité et équité en posant ce qu'il appelle le « *principe de différence* ». Pour garantir une société juste malgré la diversité des citoyens, ce principe définit deux conditions essentielles pour les différences de traitement.

La première condition est le respect de l'égalité des chances, c'est-à-dire qu'à talent, capacité et désir égaux, les perspectives de succès doivent être les mêmes pour tous, quelle que soit leur position dans le système social<sup>262</sup>. Le principe d'égalité des chances repris en politique puise son fondement dans la théorie de justice sociale de John Rawls<sup>263</sup>. L'égalité des chances entre les femmes et les hommes est définie par les instances européennes comme « *l'absence d'obstacle à la participation économique, politique, sociale, en raison du sexe* »<sup>264</sup>.

La deuxième condition d'une société juste est la compensation, par des traitements différenciés, des inégalités subsistant entre les individus. En effet, l'équité peut être définie comme « *la situation où chacun dispose de ce qui lui est nécessaire, en fonction de ses besoins "objectifs" et de sa participation à la création des richesses* »<sup>265</sup>. Cette définition porte au-delà de l'égalité des chances, dans la mesure où il ne s'agit pas d'avoir seulement l'opportunité de saisir une chance ou d'accéder à un bien, mais aussi un accès effectif à ces derniers tel que le décrit la notion d'*égalité substantielle*<sup>266</sup>.

---

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> O'NEILL, M. « Égalité comme idéal de justice. » SAVIDAN, P. *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018. 407-417, pp. 410-411.

<sup>263</sup> BESSARD, A. (mars 2011). *D'où vient le concept d'égalité réelle ?*, accessible sur le site : <http://www.offt.eu/245>.

<sup>264</sup> COMMISSION EUROPÉENNE. *100 mots pour l'égalité : Glossaire de termes sur l'égalité entre les femmes et les hommes*. Luxembourg : Communautés européennes, 1998, p. 26.

<sup>265</sup> L'étudiant. *Le débat égalité-équité*, consulté le 7 mai 2016 sur : <https://www.letudiant.fr/boite-a-docs/document/le-debat-egalite-equite-2688.html>.

<sup>266</sup> O'NEILL, M. *op. cit.*, p. 410.

Pour atteindre ce type d'égalité, il ne suffit pas de supprimer les discriminations<sup>267</sup> ou accorder des avantages pour compenser l'inégalité existante, mais encore faut-il aménager tout l'environnement social. Cette conception de l'égalité substantielle peut-elle être transposée dans un cadre plus large, notamment entre les femmes et les hommes sur le plan de la société toute entière ? Selon Porta, la source des inégalités provient de l'organisation sociale elle-même, ce qui implique un aménagement en profondeur des règles sociales pour pouvoir asseoir une égalité de traitement visant à atteindre une égalité substantielle<sup>268</sup>.

Toutefois, l'égalité substantielle est critiquée aussi bien sur ses moyens que sur ses effets. Sur ses moyens tout d'abord, car sa mise en œuvre nécessite toujours des aménagements en faveur de certaines catégories de personnes, ce qui peut, rompre dans certaines mesures, l'égalité dans le droit<sup>269</sup>. Sur ses effets ensuite, car elle a une portée restreinte qui se limite à promouvoir uniquement l'égalité des chances.

En raison de la portée limitée de cette forme d'égalité, une autre conception, plus étendue, et plus concrète que l'égalité substantielle peut lui être préférée : celle d'égalité réelle.

L'égalité réelle est une forme d'égalisation qui se focalise sur le résultat. Elle tire sa dénomination du fait qu'elle s'intéresse essentiellement aux besoins effectifs des individus afin de leur conférer une égalité de jouissance de certains biens et non seulement une simple égalité d'accès à ces biens. Sous cet angle, l'égalité réelle renvoie à une justice fondée sur « *les besoins des individus* » par opposition à une « *égalité formelle fondée sur les mérites* »<sup>270</sup>. Autrement dit, elle vise à atteindre l'équité au sein de la société, afin d'instaurer une réelle égalité entre ses membres et lutter contre les discriminations dont peuvent souffrir certaines catégories. Pour ceci, elle se fonde sur un objectif chiffré à réaliser en faisant recours notamment à des quotas.

---

<sup>267</sup> À ce titre, la lutte contre les discriminations en raison du handicap a été une des mesures phares qui ont été prises pour asseoir une égalité substantielle effective. Ainsi, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Elle a pour objectif « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* ». Selon cette directive, l'employeur doit garantir une égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, et doit à cet effet prévoir des aménagements raisonnables. L'article 5 prévoit que l'employeur doit prendre des « *mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser* ».

<sup>268</sup> PORTA, J. « Égalité, discrimination, égalité de traitement. » *Revue de droit du travail* (2011) : 354.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> DUBOUT, É. « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination. » *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 500 (2009), §9.

## B- La nécessité de mesures correctrices d'égalité

Une des mesures privilégiées de l'égalité réelle est la discrimination positive, notion récemment introduite en droit français.

Ce concept est inspiré de la politique de l'« *affirmative action* » en réponse aux discriminations subies par les personnes issues de minorités ethniques, principalement les personnes noires, aux États-Unis d'Amérique dans les années 1960.

La discrimination positive se présente donc comme une méthode qui tend à instituer des inégalités en accordant des traitements préférentiels à certaines personnes ou groupes de personnes, toujours dans le but de compenser l'inégalité sociale<sup>271</sup>. À titre d'exemple, la discrimination positive peut se présenter comme un mécanisme permettant à certains candidats l'obtention d'un bien ou d'un service sur la base de leur appartenance à un groupe socialement défavorisé. Dans la forme, la discrimination positive tend à accorder l'égalité des chances, mais elle repose dans le fond sur une discrimination, car elle rattache l'individu à son statut social, à son appartenance à une classe sociale défavorisée<sup>272</sup>.

Malgré sa finalité, pour la doctrine française elle demeure néanmoins fondée sur un critère prohibé, à savoir la discrimination. En effet, la notion de discrimination s'oppose au fondement même du principe d'égalité qui est hissé au rang des principes généraux du droit français. Strictement encadré par la loi, il ne peut y être dérogé par l'administration que sur disposition légale expresse. De ce fait, l'administration ne peut opérer une quelconque différenciation sans que celle-ci soit parfaitement justifiée, entre autres pour des raisons d'intérêt général liées aux exigences du service public<sup>273</sup>.

Ainsi, la question de la discrimination positive est accueillie avec méfiance en France en ce qu'elle accorde un traitement de faveur à certaines catégories de personnes. Cette réticence est justifiée par le fait que cette mesure, même temporaire, rompt avec le principe « *d'universalité* » de la règle de droit<sup>274</sup> et pourrait laisser une marge à certaines discriminations.

Cette notion est au contraire présente en droit musulman. Ainsi, les grands théologiens de l'islam justifient les distinctions opérées entre femmes et hommes dans les textes religieux comme des discriminations positives au profit de la femme<sup>275</sup>. Ils s'appuient pour cela sur l'idée

---

<sup>271</sup> CALVÈS, G. *La discrimination positive*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2010, p. 32.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>273</sup> LEVADE, A. « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français. » *Pouvoirs* (2004) : 55-71, p. 61.

<sup>274</sup> LOCHAK, D. *Les droits de l'homme*. Paris : La Découverte, 2010, p. 85.

<sup>275</sup> Cf. les fatwas concernant les femmes, notamment celles émanant de Ibn Baz, Ibn Uthaymin et de nombreux autres savants.

que, dans la mesure où ces distinctions sont établies par un texte sacré, celles-ci ressortent de la justice divine et agissent nécessairement dans l'intérêt des êtres humains. Cette conception a été très critiquée sur le plan international<sup>276</sup>.

La discrimination, dans son essence même, consiste à établir des inégalités entre les individus, et s'oppose au principe de dignité<sup>277</sup>. Afin qu'elle profite à tous les membres de la société de façon égalitaire, la dignité est « protégée » par le principe de non-discrimination. Cette « protection » est institutionnalisée dans la plupart des textes juridiques qui traitent de la question des droits de l'Homme. En effet, ces instruments associent le respect du principe de dignité à la garantie du principe de l'égalité<sup>278</sup>.

Comment concilier l'idée d'une discrimination, fût-elle « positive », avec le principe d'égalité entre les citoyens essentiel en droit français ? Certains auteurs remettent en cause l'utilisation du mot « discrimination », lui préférant la traduction littérale de l'anglais « action positive »<sup>279</sup>, ainsi que dans le rapport final présenté en 2002 par les Nations Unies à la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme définissant la discrimination comme « distinction arbitraire, injuste ou illégitime »<sup>280</sup>. Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies précise en effet que « toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte »<sup>281</sup>.

Le recours à la discrimination positive se justifie par le constat selon lequel l'égalité juridique, par essence abstraite, ne peut à elle seule réaliser l'égalité des chances<sup>282</sup>.

À l'opposé de la discrimination *stricto sensu*, la discrimination positive ne va pas à l'encontre de la notion de dignité dans la mesure où elle tend à éradiquer les différenciations qui existent entre les individus au sein de la société sur le fondement de critères personnels qui leur sont inhérents<sup>283</sup>. Considéré comme « une composante du principe de l'égalité » et non une

---

<sup>276</sup> CHÉKIR, H. « Le combat pour les droits des femmes dans le monde arabe. » *halshs-01005544* (2014) : 1-31, pp. 15-16.

<sup>277</sup> « Imposer des "discriminations positives" dans l'emploi : vers un conflit de dignité ? » GABORIAU, S., et al. *Justice, éthique et dignité : actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004*. Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2006. 177-240, p. 180.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>280</sup> *Ibidem*.

<sup>281</sup> Observation générale n°18 sur la non-discrimination du CDH de l'ONU, trente-septième session, 1989, §13.

<sup>282</sup> THARAUD, D. et VAN DER PLANCKE, V. *op. cit.*, p. 184.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 181.

déroger à ce principe<sup>284</sup>, le concept de discrimination positive tend à instaurer « *une inégalité de droits pour corriger les inégalités de fait* »<sup>285</sup>. La discrimination positive assure « *une politique préférentielle juste* »<sup>286</sup>, et donc proportionnée au résultat recherché : l'égalité concrète. Il s'agit donc de porter un nouveau regard sur le principe d'égalité, en le considérant non comme « *un point de départ mais comme un point d'arrivée* »<sup>287</sup>.

Il peut ainsi être affirmé que, dans cette perspective, la discrimination positive est compatible avec la notion « *d'égalité par la loi* », dans la mesure où ce principe vise principalement à résoudre les problèmes soulevés dans des situations concrètes<sup>288</sup>. Elle permet par ailleurs d'assurer l'équité sociale. Une société équitable est une société dans laquelle tous les membres sont traités comme des égaux, dans la mesure où elle s'appuie sur l'équité pour corriger les inégalités et les différences entre les différentes catégories qui la composent.

Malgré la méfiance de nombre de législateurs de pays arabo-musulmans, la notion de discrimination positive ne se contredit pas avec le concept de la justice et l'équité en islam. Le législateur tunisien a introduit expressément cette notion contemporaine dans l'article 12 de la Constitution tunisienne du 2014 concernant la justice sociale et l'exploitation des richesses nationales<sup>289</sup>.

La Charte arabe des droits de l'Homme<sup>290</sup> adoptée par le sommet arabe qui s'est tenu en Tunisie le 23 mai 2004<sup>291</sup> a traité de la discrimination positive en faveur de la femme selon les concepts de la charia. Dans l'article 3, C, la Charte commence par affirmer le principe d'égalité entre femmes et hommes sur le plan de la dignité humaine, et la discrimination positive instituée au profit de cette dernière dans les droits et les devoirs sur la base de la charia islamique. Elle a incité les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir une égalité réelle et une parité de chances entre la femme et l'homme.

---

<sup>284</sup> *Ibid.*, pp. 182 et 184.

<sup>285</sup> BERNARD, F.-CH. « L'égalité d'accès aux services publics. » SÈVE, R. *L'égalité*. Paris : Dalloz, 2008. 63-75, p. 66.

<sup>286</sup> THARAUD, D. et VAN DER PLANCKE, V. *op. cit.*, p. 182.

<sup>287</sup> AMELLAL, K. *Discriminez-moi : Enquête sur nos inégalités*. Paris : Flammarion, 2005, p. 375.

<sup>288</sup> KOUBI, G. « Égalité, inégalités et différences. » MICHAUD, Y. *Égalités et inégalités*. Paris : Odile Jacob, 2003. 117-144, p. 130.

<sup>289</sup> « *L'État a pour objectif de réaliser la justice sociale, le développement durable, l'équilibre entre les régions et une exploitation rationnelle des richesses nationales en se référant aux indicateurs de développement et en se basant sur le principe de discrimination positive ; l'Etat œuvre également à la bonne exploitation des richesses nationales* ».

<sup>290</sup> Pour une analyse détaillée de la Charte arabe, Cf. Première partie, Titre II, Chapitre II.

<sup>291</sup> Parmi les pays objets de notre étude, seule la Tunisie a ratifié la Charte. Le Qatar et l'Arabie Saoudite se sont abstenus de le faire.

## **Conclusion**

Ainsi, dans les quatre pays étudiés, le principe d'égalité s'articule directement avec la recherche d'équité, quelle que soit la hiérarchie établie entre ces deux valeurs fondamentales.

La notion d'égalité permet de définir comme objectif l'interdiction des discriminations dans une quête de justice, garantissant à chacun une égale dignité et une jouissance similaire des biens sociaux.

À l'inverse, le principe de non-discrimination constitue un cadre légal permettant de limiter les différenciations entre groupes d'individus aux seules distinctions nécessaires pour accomplir l'égalité réelle.

L'étude des différentes conceptions de l'égalité, et la variation de leurs portées juridiques, reflète en même temps la richesse de la matière ainsi que sa complexité. Si les notions d'égalité formelle, substantielle et réelle sont loin de se superposer, elles se complètent pour garantir un traitement juste.

Toutefois, le défaut de cette variété conceptuelle est le manque d'une définition unique ou d'une approche claire du principe d'égalité, ce qui conduit à une insécurité juridique.

## Chapitre II - Les enjeux de l'égalité entre époux

La culture joue un rôle fondamental dans la question de l'égalité entre femmes et hommes. En effet, le cadre culturel dans lequel s'inscrit l'individu peut avoir un impact sur ses droits.

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le mot *culture* acquiert un sens anthropologique<sup>292</sup> dans lequel il désigne l'« ensemble d'habitudes et de représentations mentales constituant [...] un système original et se communiquant [...] à tous les membres d'une certaine population »<sup>293</sup>. Pour une société donnée, ce système inclut « la totalité de ses coutumes, lois, croyances, techniques, formes d'art, de langage et de pensée »<sup>294</sup>, ces composantes étant réciproquement déterminées les unes par les autres.

Il se démontre un aspect essentiel : le caractère continu de la culture<sup>295</sup>. Ainsi, celle-ci reste fidèle à ses traditions et à ses coutumes qui s'opposent alors au droit, qui est évolutif. De plus, parce qu'elle résulte de la transmission de rites et d'habitudes à un peuple donné, la culture ne s'inscrit pas dans l'universalisme<sup>296</sup>.

Le concept de *culture* permet donc de penser l'articulation entre coutumes, religion et structure sociale. En ce qui concerne l'égalité entre les sexes, la question des rapports entre représentations culturelles et prescriptions juridiques se pose tout particulièrement, en tant que ces dernières s'inscrivent dans une époque et une structure sociale donnée.

Au nom de la culture ou de la nature, de nombreux obstacles dans la sphère privée comme dans la sphère publique empêchent les femmes de jouir des libertés et des droits fondamentaux<sup>297</sup>, alors que cela n'est pas le cas pour les hommes (Section I). Pourtant, seule une pensée centrée sur la valeur de l'être humain en tant que tel peut garantir l'égalité de fait (Section II).

---

<sup>292</sup> FOREAUX, F. *Dictionnaire de culture générale*. Paris : Pearson Éducation, 2010, p. 86.

<sup>293</sup> KAMBOUCHNER, D. *Notions de philosophie*. Vol. III. Paris : Gallimard, 1995, p. 447.

<sup>294</sup> *Ibidem*.

<sup>295</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *L'égalité professionnelle homme-femme : étude de droit français et algérien*. Tours : Université François Rabelais, 2013, p. 106.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> Conseil de l'Europe. (2004). Le rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité sur *l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, p. 46, accessible sur le site : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680596136>.



## **Section I - Les répercussions du contexte socioculturel sur la notion d'égalité**

Nous avons montré au chapitre I les limites d'une pensée abstraite de l'égalité formelle, qui amènent à conclure que le législateur doit prendre en compte les différences individuelles pour rendre possible l'égalité réelle. Dans le cas de l'égalité entre époux, il est donc nécessaire de comprendre dans quelle mesure les familles et plus généralement les sociétés des pays objets de notre étude sont fondées sur une infériorisation et un contrôle systématique des femmes, et ce de manière structurelle (Paragraphe I). Nous montrerons ensuite comment, dans les pays objets de notre étude, l'asymétrie dans les rapports femmes-hommes se manifeste par des atteintes aux droits des femmes (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - L'asymétrie dans les rapports femmes-hommes**

Un obstacle majeur à plus d'égalité est l'asymétrie entre les sexes, qui résulte de représentations culturelles se reflétant dans la structure sociale (A) et persistant dans les sociétés contemporaines, en dépit des avancées concernant le statut de la femme (B).

#### **A- Les fondements sociaux de la domination masculine**

Au cours des trois dernières décennies, la domination masculine est devenue visible grâce aux débats théoriques et politiques visant à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes. Ces débats ont fait apparaître les dilemmes de la polarité identité/différence dans laquelle le principe d'égalité s'est retrouvé piégé<sup>298</sup>.

Le désir de domination s'avère aussi fort que celle de justice et de liberté, comme l'a souligné Freud en reprenant la formule de Plaute : « *Homo homini lupus [l'homme est un loup pour l'homme] ; qui, après tout ce que nous apprennent la vie et l'histoire, a le courage de contester cette phrase ?* »<sup>299</sup>. Marx, Bourdieu et Weber ont grandement contribué à clarifier la notion de domination qui a joué un rôle fondamental dans l'élucidation des rapports sociaux<sup>300</sup>. Sur le

---

<sup>298</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *Concepts fondamentaux pour les études de genre*. Paris : Éditions des archives contemporaines, 2009, p. 24.

<sup>299</sup> FREUD, S. *Le Malaise dans la civilisation* [édition numérique]. Paris : Éditions Points, 2010.

<sup>300</sup> LAFAYE, C. « La domination sociale dans le contexte contemporain. » *Recherches sociologiques et anthropologiques* (2014) : 127-145, accessible sur le site : <http://rsa.revues.org/1203> .



plan philosophique, on considère que l'expression « *domination masculine* » s'inscrit dans la théorie marxiste qui considère l'État comme une machine de répression allouant aux classes dominantes les moyens<sup>301</sup> d'exercer et d'assurer leur domination<sup>302</sup>. Elle a été consacrée ensuite par l'ouvrage éponyme de Pierre Bourdieu<sup>303</sup>. Cet auteur reprend la terminologie utilisée par Marx pour affirmer que les hommes sont comme « *dominés par leur domination* »<sup>304</sup> en raison de leur recherche de virilité, décrite comme un piège qui s'est refermé sur eux. Bourdieu considère en effet que cette quête est « *un idéal impossible* »<sup>305</sup> qui les rend vulnérables et les astreint par conséquent à l'accomplissement de certaines actions (telles que la guerre ou la violence). Les hommes se livrent ainsi à un jeu de pouvoir auquel les femmes consentent consciemment<sup>306</sup>.

Associée à la contrainte<sup>307</sup>, la domination est perçue aujourd'hui comme une modalité d'imposition de certaines pratiques sociales par le recours à la manipulation<sup>308</sup>. À cette vision s'ajoute le fait que la domination est une source d'inégalités qui accorde des privilèges à certains au détriment des autres<sup>309</sup>. Selon Weber, la domination est « *la chance de trouver des personnes déterminées prêtes à obéir à un ordre de contenu déterminé* »<sup>310</sup>.

Le patriarcat est une des modalités de la domination masculine exercée sur les femmes au sein de la société. Il s'agit d'« *une sorte de ménage où le grand, c'est-à-dire le vieux contrôle toute la famille, dont la jeunesse* »<sup>311</sup>. La notion de système patriarcal est fondamentale afin de comprendre les inégalités entre époux et les transformations du statut des femmes<sup>312</sup>. Historiquement, le terme « *patriarcat* » provient du latin *patriarchatus*<sup>313</sup> cité dans l'Ancien Testament qui signifie « *l'étendue d'un territoire soumise à la juridiction d'un patriarche, terme qui désigne ici le chef de famille* »<sup>314</sup>. Formellement, le terme *patriarcat* signifie l'autorité

---

<sup>301</sup> Police, tribunaux, prisons et, si besoin est, armée.

<sup>302</sup> MAUGER, G. « Sur la domination. » *Savoir/Agir* (2012) : 11-16, p. 11.

<sup>303</sup> P. Bourdieu est considéré comme l'un des sociologues français les plus importants de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>304</sup> BOURDIEU, P. *La Noblesse d'État : Grandes écoles et esprit de corps* [édition numérique]. Paris : Les Éditions de Minuit, 2016.

<sup>305</sup> BOURDIEU, P. *La Domination masculine* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 1998.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> LAFAYE, C. *op. et loc. cit.*

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> WEBER, M. *Économie et société : les catégories de la sociologie* [édition numérique]. Vol. Tome I. Paris : Pion, 1971 ; COUTU, M. *Max Weber et les rationalités du droit*. Paris : L.G.D.J, 1995, p. 96.

<sup>311</sup> ORJINTA, I. *Le féminisme et le patriarcat, le rôle médiateur de la religion* [édition numérique]. München : GRIN Verlag, 2011, p. 24.

<sup>312</sup> UN Women. *Le Glossaire du Centre de Formation d'ONU*, accessible sur le site : <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=151&mode=search&hook=genre&sortkey=&sortorder=asc&fullsearch=1&page=-1> .

<sup>313</sup> Le Grand Robert de la langue française, v° *patriarcat*.

<sup>314</sup> GILLIE, C. et CHABOUDEZ, G. *Actualités de la psychanalyse* [édition numérique]. Toulouse : Érès, 2016.

du père<sup>315</sup>. Il se définit comme une organisation sociale dont la cellule fondamentale est la famille régie par le pouvoir paternel<sup>316</sup>.

Le recours à la notion de paternité pour penser la structure étatique remonte à Aristote qui définissait la royauté idéale comme un « *pouvoir paternel* »<sup>317</sup>. En droit romain, le *pater* (père) avait une place centrale dans la société, au point qu'il pouvait décider de la vie ou la mort de sa descendance. La religion catholique quant à elle considère le père non seulement comme un géniteur, mais également comme un éducateur<sup>318</sup>. Au Moyen Âge, les moralistes des deux réformes religieuses du XVI<sup>e</sup> siècle considéraient que le père « *était le garant de l'ordre public* »<sup>319</sup> au sein de la société. Le père devait assurer la gouvernance de sa famille comme le prince gouvernait l'État.

La domination, dans la perspective biologique, s'appuie souvent sur l'argument des fonctions de reproduction qui distinguent la femme de l'homme. Les sociologues au contraire soutiennent que le patriarcat n'est pas un fait de nature mais bien un système de structures et de relations sociales, créé par l'humain, dans lequel les hommes dominent et oppriment les femmes<sup>320</sup>. Le système patriarcal est un système polyvalent qui regroupe en son sein de nombreuses structures et activités. La pluralité des domaines auxquels il touche, à savoir l'emploi, le travail domestique, la culture, la sexualité, la violence et l'État, élargit le champ de la domination des hommes, et partant, de la répression des femmes<sup>321</sup>. Toutefois, le travail domestique demeure la structure de prédilection de l'exercice du patriarcat privé, puisqu'il se caractérise par « *une appropriation individuelle des femmes dans la famille et leur exclusion de l'espace public* »<sup>322</sup>. Le terme *patriarcat* constitue donc un système social des sexes favorisant le contrôle de l'homme sur la femme dans tous les aspects de la vie.

Ainsi, au sein de la famille traditionnelle, le patriarcat accorde au père un rôle prééminent lui conférant un pouvoir de contrôle sur la vie et le corps des autres membres du foyer<sup>323</sup>. Balandier dit à ce propos que « *le pouvoir, surtout dans ses formes traditionnelles, est impensable sans*

---

<sup>315</sup> HIRATA, H., et al. *Dictionnaire critique du féminisme*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2004, p. 155.

<sup>316</sup> Le Grand Robert de la langue française, v<sup>o</sup> *patriarcat*.

<sup>317</sup> BÉGORRE-BRET, C. *Éthique à Nicomaque : Livres VIII et IX, Aristote*. Paris : Ellipses, 2001, p. 26.

<sup>318</sup> GILLIE, C. et CHABOUDEZ, G. *op. et loc. cit.*

<sup>319</sup> *Ibidem*.

<sup>320</sup> ORJINTA, I. *op. cit.*, pp. 24 et 28.

<sup>321</sup> TREMBLAY, M. « Theorizing Patriarchy de Sylvia Walby, Oxford/Cambridge, Basil Blackwell, 1990, 229 p. [édition numérique]. » *Politique*, (1993) : 238-241, accessible sur le site : <http://id.erudit.org/iderudit/040760ar>.

<sup>322</sup> *Ibidem*.

<sup>323</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 58 ; WELZER-LANG, D. *Nouvelles approches des hommes et du masculin* [édition numérique]. Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2000, p. 114.

*référence à la sexualité* »<sup>324</sup>. La domination sexuelle masculine, selon la vision du féminisme radical, peut être représentée par la colonisation du corps féminin : les hommes contrôlent l'utilisation sexuelle et reproductive du corps de la femme. Ainsi, dans la mesure où la domination masculine s'exerce sur le corps féminin, « *tout le combat pour la dignité et l'autodétermination tire son origine de la lutte pour le contrôle sur son propre corps, notamment le contrôle sur l'accès physique à son propre corps* »<sup>325</sup>.

La notion de patriarcat était peu utilisée jusqu'au début des années 1970. L'invention de cette notion est attribuée à Kate Millett et adoptée par l'ensemble des mouvements féministes dans les pays occidentaux. Pour ces derniers, ce terme se réfère au caractère systémique de la subordination des femmes<sup>326</sup>.

En langue arabe, le terme utilisé par les mouvements féministes pour désigner le système patriarcal (*abawi*) est chargé d'un sens tout à fait différent. En effet, si celui-ci renvoie d'une part aux patriarches de la Bible, il porte également la signification plus générale de « *paternité* ». Dans ce dernier sens, qui est le plus fréquent, il s'agit d'un mot aux connotations extrêmement positives<sup>327</sup>. En cela, il s'agit d'un mot bien différent de celui utilisé depuis la renaissance du féminisme dans les pays occidentaux. *Stricto sensu*, le terme « *abawiya* » se définit comme « *le privilège des hommes et des personnes âgées et la mobilisation des structures de parenté, ses moralités et ses idiomes pour légitimer et institutionnaliser la domination de genre et d'âge* »<sup>328</sup>. Toutefois, en raison de la polysémie évoquée ci-dessus, la signification du mot *abawiya* qu'essaient de répandre les ONG et les militants reste obscure pour la grande majorité<sup>329</sup>.

Le lien entre domination masculine et religion musulmane s'est manifesté de manière très différente selon les époques. Les musulmans, en s'appuyant en majorité sur les interprétations traditionalistes des textes religieux<sup>330</sup>, ont développé à travers le temps une justice

---

<sup>324</sup> BALANDIER, G. « Le sexuel et le social. Lecture anthropologique. » *Cahiers internationaux de sociologie* (1984) : 5-19.

<sup>325</sup> A. Dworkin, 1995, p. 203 In ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 56.

<sup>326</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>327</sup> OMAR, A. *Mojam allugha alarabia almuasira (Lexique de la Langue arabe contemporaine)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : 'Alam Alkutub, 2008. XX vols., p. 56.

<sup>328</sup> JOSEPH, S. « Gender and Relationality among Arab Families in Lebanon. » *Feminist Studies* (1993) : 465-486, accessible sur le site : <http://www.jstor.org/stable/3178097> .

<sup>329</sup> QUBAIA, A. et MITRI, D. *Gender Dictionary* [en arabe et en anglais]. Beyrouth : Lebanon Support, 2016, p. 77.

<sup>330</sup> Il est important de souligner qu'aujourd'hui dans le monde arabo-musulman, deux grands courants totalement opposés existent. L'un, traditionaliste, prêche le « *retour aux sources* », exigeant une application à la lettre des

irrespectueuse des droits de la femme, en discordance avec l'esprit de ces textes. Il est vrai qu'au moment de la Révélation, l'islam a apporté de nombreuses évolutions par rapport aux normes patriarcales de l'époque. Mais appliquer des siècles plus tard les mêmes mesures, qui sont venues corriger des pratiques provenant principalement de coutumes tribales au sein d'un contexte particulier, ne paraît pas raisonnable. Il serait en effet injuste de comparer les notions contemporaines d'égalité et de liberté avec celles contenues dans les interprétations classiques des versets coraniques qui datent du IX<sup>e</sup> siècle<sup>331</sup>. Une telle comparaison serait une négation totale du contexte socio-économique dans lequel ce texte sacré a été révélé, à savoir, au sein de la péninsule Arabique au VII<sup>e</sup> siècle, à l'apogée de l'étendue de coutumes tribales fondées principalement sur le système patriarcal<sup>332</sup> et l'origine ethnique (*al-asabiyya*)<sup>333</sup>. Ils ne sont en réalité que les séquelles d'un passé dont l'influence a été profondément ancrée dans les mœurs et que l'islam n'a pas réussi à éradiquer complètement.

Il est à noter que la confusion délibérée entre les principes de l'islam et les coutumes tribales persiste encore<sup>334</sup> : « *La femme dispose, en islam, d'un instrument essentiel pour faire valoir ses droits, d'un riche arsenal juridique vieux de quatorze siècles. Seules l'ignorance et la pesanteur de l'habitude s'opposent à ce que sa situation s'améliore* »<sup>335</sup>. Les militantes des droits des femmes<sup>336</sup> dans les pays arabo-musulmans, à travers une relecture au féminin du Coran et des traditions, ont revendiqué leurs droits et se sont opposées à ceux qui se servent de la religion afin de justifier la discrimination sexuelle et renforcer la domination masculine<sup>337</sup>. Ainsi, elles affirment que les inégalités institutionnalisées entre les sexes relèvent non d'une

---

textes afin de reconstruire « *l'organisation sociale, juridique et politique de la communauté (Oumma) islamique telle qu'elle se présentait aux premiers siècles de l'islam* ». L'autre, moderniste, vise à une réforme profonde de l'islam, suivant une relecture des textes fondateurs, dans le but de concilier les valeurs véhiculées par ces derniers avec les exigences de la modernité.

<sup>331</sup> Voir Mohammad Ibn Jarir Al Tabari, historien et exégète du Coran. Voir également Ibn Kathir (1300-1373), juriste shafi'ite, traditionaliste arabe musulman et historien, élève du théologien Ibn Taymiyya, haute figure de la doctrine du salaf. Le Tafsir d'Ibn Kathir est le tafsir le plus souvent repris par les mouvements salafistes pour interpréter le Coran. Beaucoup considèrent le travail d'Ibn Kathir comme le plus important après celui d'Al Tabari.

<sup>332</sup> LAMRABET, A. *Les femmes et l'islam : une vision réformatrice*. Paris : La Fondation pour l'innovation politique, 2015, p. 13.

<sup>333</sup> Ce concept sociologique a été posé par le grand penseur de l'Histoire et le philosophe arabe Ibn Khaldoun (1332-1406). Il prend le plus souvent le sens d'appartenance communautaire (tribal, ethnique ou confessionnel).

<sup>334</sup> Il serait erroné de croire que la situation dégradante des femmes était l'apanage des seuls pays arabes, ou l'héritage des préceptes de l'islam. Il en allait de même dans d'autres pays, où la charia n'est guère présente, et pas uniquement dans les milieux ruraux défavorisés. Les traditions soumettant les femmes à la totale emprise des hommes ont également longtemps perduré en Europe, notamment en France. Cf. BOUHDIBA, A. *Les différents aspects de la culture islamique, l'individu et la société en islam*. Vol. II. Paris : UNESCO, 1994, p. 201.

<sup>335</sup> BOUHDIBA, A. *op. cit.*, p. 200-201.

<sup>336</sup> C'est ainsi qu'elles se désignent.

<sup>337</sup> ROCHEFORT, F. (dir.). *Le pouvoir du genre : laïcités et religions, 1905-2005*. Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2007, p. 208.

volonté divine mais d'un choix politique<sup>338</sup>. Ce qui suggère que, si la religion peut être utilisée afin de justifier les discriminations sexuelles et conforter la logique patriarcale et la domination masculine, elle peut également nourrir la contestation des rapports sociaux de sexe par les femmes, à travers sa réinterprétation au féminin<sup>339</sup>.

Le patriarcat est ainsi un système de domination qui structure toutes les sphères de l'existence. Ainsi, il s'exerce aussi bien dans la sphère privée au sein de la famille que dans la sphère publique, à travers la domination des hommes dans les secteurs professionnels les plus prestigieux<sup>340</sup>.

Monsieur le Professeur Macé<sup>341</sup> propose de définir le patriarcat non pas en l'associant aux discriminations et violences, mais plutôt lorsque « *la mise en asymétrie du masculin et du féminin y apparaît à la fois nécessaire juridiquement et socialement (c'est toujours la famille qui définit la place sociale de l'individu) et culturellement légitime (s'il en est ainsi, c'est que la tradition ou Dieu le veulent ainsi)* »<sup>342</sup>. C'est donc l'organisation sociale distinguant les individus, et particulièrement les hommes et les femmes, qui détermine leur position dans la famille. L'asymétrie de rôles entre les deux sexes fonde sa légitimité sur une hiérarchie postulée, dont les fondements peuvent être variés (culturels, religieux ou naturels).

Ainsi, dans le cadre de cette structure sociale se développe et se maintient l'idéologie patriarcale, définie par Monsieur le Professeur Mouaquit<sup>343</sup> comme l'ensemble de conceptions

---

<sup>338</sup> TABOADA LEONETTI, I. (dir.). *Les femmes et l'islam : entre modernité et intégrisme*. Paris : L'Harmattan, 2004, p. 115.

<sup>339</sup> *Ibidem*.

<sup>340</sup> La domination est un phénomène social qui s'exerce dans l'espace privé ou « *domestique* », par laquelle le maître de la maison (*dominus*) domine les autres membres qui vivent sous le même toit. La dépendance matérielle de ces personnes rapproche ce lien avec celui du patriarcat dans lequel les membres de la même famille sont liés par un lien de subordination au chef de la famille. Ainsi le maître de la maison dispose de nombreux moyens pour imposer sa volonté par la contrainte physique ou la pression psychologique. Intimement liée à la vie privée, la relation qui unit le dominant et le dominé a fini au fil des années par déborder sur l'espace public. Cf. COBAST, É. *Les 100 mots de la culture générale*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2010, v<sup>o</sup> *Domination*.

<sup>341</sup> Chercheur au Centre Emile Durkheim et professeur de sociologie à l'université de Bordeaux, auteur de *L'Après-patriarcat* dans lequel il estime que nous avons dépassé l'ère patriarcale traditionnelle et moderne, sans pour autant nous en être complètement défaits, et que nous vivons donc dans une ère « *postpatriarcale* ».

<sup>342</sup> Cette mise en asymétrie fondamentale du masculin et du féminin s'exprime pleinement dans la déclaration d'Arnolphe dans *L'École des femmes* : « *Votre sexe n'est là que pour la dépendance : du côté de la barbe est la toute-puissance. Bien qu'on soit deux moitiés de la société, ces deux moitiés pourtant n'ont point d'égalité : l'une est moitié suprême et l'autre subalterne ; l'une en tout est soumise à l'autre qui gouverne* » Cf. Molière. *Œuvres complètes de Molière, nouvelle édition, imprimée sur celles de 1679 et 1682, avec des notes explicatives sur les mots qui ont vieilli*. Paris : F. de P. Mellado, 1868, *L'École des Femmes*, acte III, scène II, p. 144 ; MACÉ, É. *L'après-patriarcat* [édition numérique]. Paris : Seuil, 2015, p. 106.

<sup>343</sup> Mohammed MOUAQUIT, professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales à l'Université Hassan II.

qui forgent l'infériorité des femmes et les soumettent à la tutelle des hommes. Cette idéologie a survécu aux évolutions sociales et se retrouve encore dans les sociétés contemporaines<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> MOUAQIT, M. *L'idéal égalitaire féminin à l'oeuvre au Maroc : Féminisme, islam(isme), sécularisme* [édition numérique]. Paris : L'Harmattan, 2009, p. 36.

## B- Sa persistance dans les sociétés contemporaines

Le système patriarcal, reflet de traditions ancestrales classiques, est totalement opposé aux principes des droits de l'Homme, fruits d'efforts démocratiques contemporains. La confrontation entre ces deux normes fait ressortir une contradiction entre l'ancien et le moderne<sup>345</sup>.

Au XIV<sup>e</sup> siècle, Ibn Khaldoun<sup>346</sup>, en observant les sociétés arabes de son époque, a souligné la contradiction entre les valeurs de la civilisation et les traditions tribales, ainsi que l'incidence de ces dernières sur la vie sociale, culturelle et politique. De cette contradiction est né un conflit qui se perpétue jusqu'à nos jours et qui influence encore aujourd'hui aussi bien les mœurs, les cultures que les structures étatiques et sociales<sup>347</sup>. Du point de vue sociologique, le système patriarcal va de pair avec le système tribal. L'Arabie Saoudite et le Qatar notamment font partie des pays arabes qui demeurent fortement influencés par les traditions tribales dans lesquelles le patriarcat trouve tout particulièrement à s'exprimer.

Dans les sociétés européennes en revanche, Marx et Engels expliquent la persistance de la domination masculine à travers les époques en montrant que celle-ci est le produit de la société de classes<sup>348</sup>. Cette thèse fait l'objet de nombreuses controverses et a été critiquée notamment par Lerner<sup>349</sup>, qui défend dans son ouvrage *The Creation of Patriarchy* (1986) que le système patriarcal a servi de modèle à toutes les autres formes de domination, dont le système de classes. La répartition sociale des tâches entre les hommes et les femmes a réservé aux premiers le travail nomade qui renforce leur position au sein de la société, et à ces dernières l'accomplissement des tâches ménagères, une fonction qui les marginalise et les affaiblit. Le patriarcat est considéré comme une forme de dépendance qui assujettit la femme sur le plan économique, sexuel et culturel<sup>350</sup>. Cette subordination, renforcée par certaines législations, a également été respectée par crainte, dépendance financière et soumission culturelle<sup>351</sup>.

---

<sup>345</sup> JAYYUSI, S. et al. *Huquq al-insan fi alfikr alarbi : dirasat fi alnusur (Droits de l'Homme dans la pensée arabe : analyses textuelles)* [en arabe]. Beyrouth : Markaz dirasat alwihda al-arabia, 2010, p. 870.

<sup>346</sup> Historien, philosophe, diplomate et homme politique ifriqiyen, issu d'une famille andalouse d'origine arabe.

<sup>347</sup> ALHAYDARI, I. *Alnizam al-abawi wa'ichkaliat al-jins eind alarab (Le système patriarcal et le problème du sexe chez les Arabes)* [en arabe - édition numérique]. Beyrouth : Dar Alsaqi, 2011.

<sup>348</sup> SMITH, SH. « Engels and the Origin of Women's Oppression [édition numérique]. » *International Socialist Review* (1997) : 37-46, accessible sur les sites : [http://www.isreview.org/issues/02/engles\\_family.shtml](http://www.isreview.org/issues/02/engles_family.shtml).

<sup>349</sup> Historienne et professeure austro-américaine, professeure émérite d'histoire à l'Université Wisconsin-Madison, elle fut l'une des fondatrices du domaine de l'histoire des femmes et l'une des premières à apporter une perspective historique féministe.

<sup>350</sup> ORJINTA, I. *op. cit.*, p. 24.

<sup>351</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, pp. 58-59.



En France, le système patriarcal a certes connu un grand déclin, mais n'en demeure pas moins présent en tant que norme sociale et psychique<sup>352</sup>. Le pouvoir paternel s'est trouvé limité du fait de l'évolution des droits et devoirs du père, mais se maintient toujours dans une moindre mesure, comme nous le verrons dans l'analyse du système fiscal<sup>353</sup>. Ce système est si profondément inscrit qu'il a résisté aux réformes culturelles majeures telles que la laïcité de l'État<sup>354</sup> en 1905, l'émancipation des femmes<sup>355</sup> en 1946 et 1965 et les droits des enfants<sup>356</sup> en 1970.

Historiquement, l'idéologie patriarcale en France s'est imposée non seulement dans la sphère familiale mais également dans la sphère professionnelle. Son influence s'est estompée avec le temps, mais demeure par exemple dans le domaine médical, dont les femmes étaient exclues jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les professions médicales sont dominées encore aujourd'hui par une forme de paternalisme et de hiérarchisation, notamment entre médecins et infirmiers<sup>357</sup>.

De manière générale, le domaine du travail dans sa conception moderne a été pensé « *de façon androcentrique* »<sup>358</sup> pour favoriser les hommes, réservant la sphère familiale aux femmes « *de façon gynocentrique* »<sup>359</sup>. Ainsi, les femmes sont pénalisées si elles choisissent d'occuper un emploi salarié, dans la mesure où elles doivent le faire en s'acquittant en même temps des tâches domestiques. D'un autre côté, de nombreux postes occupés par les femmes sont moins considérés que leurs semblables occupés par les hommes, et partant sont moins rémunérés<sup>360</sup>.

---

<sup>352</sup> GILLIE, C. et CHABOUDEZ, G. *op. et loc. cit.*

<sup>353</sup> Cf. Seconde partie ; Titre II ; Chapitre I ; Section II ; §II ; A.

<sup>354</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, JO 11 décembre 1905, p. 7205.

<sup>355</sup> Le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines est inscrit dans le préambule de la Constitution : « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » ; L'arrêté du 30 juillet supprime la notion de « *salaire féminin* » ; Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JO 14 juillet 1965, p. 6044. Elle favorise l'égalité entre l'homme et la femme au sein du couple en limitant les droits du mari sur son épouse.

<sup>356</sup> Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JO 5 juin 1970, p. 5227. Elle supprime la notion de chef de famille au profit de l'autorité parentale conjointe.

<sup>357</sup> Franceinfo. (avril 2019). *Infirmiers : un métier encore très féminin*, accessible sur le site : [https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/infirmiers-un-metier-encore-tres-feminin\\_3271391.html](https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/infirmiers-un-metier-encore-tres-feminin_3271391.html) .

<sup>358</sup> L'androcentrisme du grec *andro-* (« *homme, mâle* »), a été défini par Nicole-Claude Mathieu comme : « *un biais théorique et idéologique qui se centre principalement et parfois exclusivement sur les sujets hommes (male subjects) et sur les rapports qui sont établis entre eux. Dans les sciences sociales, ceci signifie la tendance à exclure les femmes des études historiques et sociologiques et à accorder une attention inadéquate aux rapports sociaux dans lesquels elles sont situées* ». Cf. MATHIEU, N.-C. *L'anatomie politique : catégorisations et idéologies du sexe*. Donnemarie-Dontilly : Éditions iXe, 2013, pp. 76-77.

<sup>359</sup> Le gynocentrisme ou *fémino-centrisme*, du grec *gyno-* (« *femme, femelle* »), est un mode de pensée, conscient ou non, consistant à « *se centrer exclusivement sur les femmes et/ou le féminin, et à occulter les rapports sociaux qui construisent aussi le masculin* ». Cf. WELZER-LANG, D. « L'hétérosexualité n'est plus une évidence. » WELZER-LANG, D. (dir.). *Les nouvelles hétérosexualités*. Toulouse : Éditions Érès, 2018. 7-43, p. 31.

<sup>360</sup> INSEE. (mars 2018). *L'accès des femmes aux postes à responsabilités : Plus de femmes cadres mais peu de dirigeantes*, consulté le 25 mai 2019 sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3363525> .



Selon Monsieur le Professeur Macé, dans les sociétés du XVI<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, la nature a succédé à la religion comme prétexte à la consécration de l'infériorité des femmes : elles seraient non seulement inférieures sur le plan social, mais également d'un point de vue naturel, « *de sorte que l'égalité de genre en Europe n'est pas le produit de la modernité en tant que telle mais celui des contradictions internes du patriarcat moderne et des luttes féministes que ces contradictions ont rendues possibles* »<sup>361</sup>. Ainsi, le même auteur affirme qu'on ne peut actuellement avancer que nous sommes dans une ère « *après* » le patriarcat, mais nous sommes dans « *l'après* », c'est-à-dire que nous vivons les retombées et les tensions qui découlent de sa sortie<sup>362</sup>.

À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, « *la deuxième vague du féminisme* »<sup>363</sup> a contribué à la suppression progressive de ce système<sup>364</sup>. La hiérarchie qui fondait l'organisation sociale n'a plus lieu d'être en raison de l'autonomisation des individus, générée par l'accès égal à l'enseignement pour les hommes et les femmes, favorisant l'accès à l'emploi pour ces dernières. Ceci a épargné aux femmes d'être confinées dans un cadre strictement domestique et familial<sup>365</sup>.

L'émoussement du système patriarcal en France fait l'objet actuellement de vifs débats entre plusieurs acteurs, parmi lesquels on peut distinguer trois courants principaux : réactionnaire, conservateur et réformiste. Les premiers veulent instaurer une nouvelle hiérarchie entre les deux sexes « *au nom de la tradition ou de la nature* ». Les seconds quant à eux avancent que « *l'égalité en droit est suffisante pour instaurer une égalité de genre* ». Les acteurs réformistes enfin pensent qu'il est nécessaire d'apporter des éclairages politiques et des solutions juridiques au problème des discriminations et des inégalités entre femmes et hommes, et ce afin qu'une égalité réelle puisse émerger<sup>366</sup>.

La situation française se distingue fortement de celle des pays arabes objets de notre étude. Si le Coran déclare explicitement que les deux sexes sont égaux en responsabilités ainsi que dans leur statut devant Dieu<sup>367</sup>, les rapports entre femmes et hommes sont pourtant très inégaux dans les faits. Cette asymétrie est toutefois en contradiction avec la doctrine de la « *seule base de*

---

<sup>361</sup> MACÉ, É. *op. cit.*, p. 13.

<sup>362</sup> MACÉ, É. *op. cit.*, p. 10.

<sup>363</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 58 ; HIRATA, H., et al. *Dictionnaire critique du féminisme*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2004, p 154.

<sup>364</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. et loc. cit.*

<sup>365</sup> MACÉ, É. *op. et loc. cit.*

<sup>366</sup> MACÉ, É. *op. et loc. cit.*

<sup>367</sup> « *Tout croyant, homme ou femme, qui fait une bonne action entrera au Paradis* ». Cf. Coran (40 : 40).

*supériorité* », à savoir les exigences de *taqwa* (excellence morale)<sup>368</sup>. Ainsi, l'islam n'établit aucune supériorité de l'homme sur la femme, car le seul critère retenu est celui de la piété<sup>369</sup>. Par suite, la participation à la vie publique doit s'effectuer de façon équitable sans différencier les femmes des hommes. De même, ces derniers doivent participer dans la même proportion que les femmes dans la sphère privée.

Dans les pays arabes, le monopole des hommes dans les postes religieux, et particulièrement celui des oulémas<sup>370</sup>, a contribué à la consécration de l'autorité masculine en soutenant une hiérarchisation dans les relations familiales<sup>371</sup>. Il s'agissait également d'avantager les descendance de lignées mâles selon le principe de patrilinearité. Cela a non seulement conduit au renforcement des droits de la descendance mâle du père, mais aussi a accordé des privilèges en terme d'héritage à sa famille (parents et frères) et à ses enfants plus qu'à leur propre mère. Le cas de l'Arabie Saoudite et du Qatar est foncièrement différent du cas de la Tunisie. Dans ces deux premiers pays, une importante inégalité de fait entre femmes et hommes règne toujours. Le système patriarcal s'applique avec force, soumettant les femmes à la dépendance des hommes au sein de leurs familles, qu'ils soient père, frère, mari, fils ou oncle.

Monsieur Eid<sup>372</sup> critique le système patriarcal en soulignant qu'il s'agit d'un système hiérarchique qui accorde un pouvoir exclusif et unilatéral à l'homme, ce qui empêche la construction d'une relation équitable et juste avec la femme au sein de la famille en particulier et au sein de la société. Selon cet auteur, la légitimité de ce système repose sur sa position vis-à-vis de la femme, et la domination qui est exercée sur elle, qui se manifeste par les nombreuses

---

<sup>368</sup> La première source référentielle est le Coran qui ne fait pas de différence ontologique entre l'homme et la femme : il se rapporte à des fonctions, sans jamais établir de hiérarchie entre les sexes : « *le croyant musulman serait sexuellement neutre, sans aucune mention de genre* ». Cf. SOW SIDIBÉ, A., et al. *Genre, inégalités et religion* [édition numérique]. Paris : Archives contemporaines, 2007, pp. 189-190.

<sup>369</sup> EL TIBI, Z. *L'islam et la femme : Rappel pour en finir avec les exagérations et les clichés* [édition numérique]. Paris : Desclée de Brouwer, 2013.

<sup>370</sup> À titre d'exemple, le Comité des Grands Oulémas en Arabie Saoudite qui est une commission religieuse à caractère islamique liée au Gouvernement saoudien créée en 1971. Composée d'un nombre restreint de juristes « *fuqahâ* » exclusivement hommes, elle est habilitée à émettre des *fatwas* dans de nombreux domaines.

<sup>371</sup> Le Comité des Grands Oulémas en Arabie Saoudite a été amené à plusieurs fois à émettre des fatwas restreignant considérablement les droits de la femme. À titre d'exemple, deux fatwas célèbres : l'une relative à la tenue vestimentaire de la femme qui doit obligatoirement couvrir tout le corps y compris le visage et les mains, accessible sur le site : <http://www.aliifta.net/fatawa/fatawaDetails.aspx?BookID=3&View=Page&PageNo=7&PageID=6436> ; l'autre qui lui interdit formellement de conduire une voiture sous prétexte des conséquences néfastes qui peuvent en découler, accessible sur le site : <http://www.aliifta.net/Fatawa/FatawaDetails.aspx?language=ar&View=Page&PageID=4277&PageNo=1&BookID=2#P297> .

<sup>372</sup> Abdulrazak Eid, écrivain et penseur syrien et l'un des principaux réformateurs syriens. Cf. JAYYUSI, S. et al. *op. cit.*, p. 875.

restrictions de libertés qui lui sont imposées, telles que l'interdiction de voyage sans *mahram*<sup>373</sup> et l'exercice de la tutelle masculine ou *al qiwama*.

Le cas de la Tunisie, développé par Monsieur le Professeur Macé, diffère dans la mesure où il s'agit d'un des rares pays arabes ayant explicitement introduit le principe de l'égalité entre « *les citoyens et les citoyennes* »<sup>374</sup> dans sa Constitution de 2014. En effet, en réponse aux revendications de la population contre le régime Ben Ali en Tunisie, l'Assemblée constituante a adopté le 26 janvier 2014 une nouvelle Constitution qui a réussi à concilier les aspirations progressistes d'une partie de la population et les idées conservatrices de l'autre partie. La mesure est d'un impact juridique considérable, et a conduit depuis lors à une révision de toutes les législations existantes qui touchent, de près ou de loin, au statut des individus<sup>375</sup>. En adoptant le principe de l'égalité entre les citoyens et les citoyennes, la Constitution de 2014 s'est ainsi distinguée de la précédente, adoptée en 1959 sous le régime de Bourguiba. La Constitution de 1959 était en effet déjà pionnière en matière de droits des femmes, mais se contentait simplement de mentionner l'égalité des « *citoyens* », indistinctement<sup>376</sup>. Il apparaît que dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la société tunisienne s'est progressivement ouverte à la modernité, devenant « *une référence dans le monde arabe* »<sup>377</sup>.

Toutefois, en dépit de cette avancée juridique et de la volonté de nombreuses femmes qui aspirent à une égalité effective, les habitudes ont continué à exercer une influence dans le cadre social et familial<sup>378</sup>. Les mœurs étant imprégnées de l'idéologie patriarcale depuis de nombreux siècles, il était difficile de les balayer d'un coup de plume du législateur.

L'éducation joue en effet un rôle primordial dans la consécration du système patriarcal étant donné que depuis le plus jeune âge, on prépare les filles à être des personnes dépendantes soumises dans une large mesure au jugement d'autrui, brisant ainsi leur estime de soi. À l'opposé, les garçons sont éduqués pour être des personnes autonomes, renforçant leur égocentrisme<sup>379</sup>.

---

<sup>373</sup> *Mahram* : hommes majeurs avec qui la femme n'a pas le droit de se marier, tels que le père, le frère, le fils, oncle ou le neveu. Un *mahram* peut accompagner une femme lorsqu'elle voyage. En Tunisie ce n'est pas le cas, contrairement à l'Arabie et au Qatar.

<sup>374</sup> Article 21, alinéa 1 de la Constitution tunisienne : « *les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination* ».

<sup>375</sup> GTARI, R. *L'égalité des femmes en Tunisie : histoire et incertitudes d'une révolution légale*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 17.

<sup>376</sup> *Ibidem*.

<sup>377</sup> *Ibidem*.

<sup>378</sup> Le courrier. (mars 2016). *La page du patriarcat est-elle vraiment tournée ?* consulté le 23 juin 2016 sur : [http://www.lecourrier.ch/137160/la\\_page\\_du\\_patriarcat\\_est\\_elle\\_vraiment\\_tournee](http://www.lecourrier.ch/137160/la_page_du_patriarcat_est_elle_vraiment_tournee) .

<sup>379</sup> *Ibidem*.

En outre, ainsi que le constate Pierre Bourdieu, « *le dominé ne peut manquer d'accorder au dominant (donc à la domination) [son adhésion]* »<sup>380</sup>, compte tenu du fait qu'« *il ne dispose pas d'autres schèmes de pensée que ceux qu'il a en commun avec le dominant* » qui sont construits par l'incorporation des modalités de la relation de domination<sup>381</sup>.

En raison des fondements patriarcaux de l'organisation sociale, il existe donc une nette asymétrie dans les rapports entre femmes et hommes dans les pays arabes objets de notre étude, ainsi qu'en France, dans une moindre mesure. La domination de l'homme, implicitement érigée en norme sociale, est source d'injustice et de souffrance pour les femmes et aussi pour certains hommes<sup>382</sup>. Parce qu'elle est considérablement enracinée dans l'inconscient<sup>383</sup>, il est parfois difficile de l'apercevoir et la remettre en question. À cet égard, le patriarcat est sans doute l'un des concepts les plus éclairants concernant la situation des femmes dans la société<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup> BOURDIEU, P. *La Domination masculine* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 1998.

<sup>381</sup> HIRATA, H., et al. *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>382</sup> GODINEAU, D. *Les femmes dans la France moderne : XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2015, p. 65.

<sup>383</sup> Voir en ce sens BOURDIEU, P. *op. et loc. cit.*

<sup>384</sup> DELPHY, CH. « Le patriarcat, le féminisme et leurs intellectuelles. » *Nouvelles Questions Féministes* (1981) : 58-74, p. 61.

## Paragraphe II - Les atteintes aux droits des femmes

La pérennité du système patriarcal a dépassé le simple cadre d'un modèle social. Elle est assurée aujourd'hui par deux facteurs : d'une part les nombreuses limitations et interdictions en cas de non-respect des valeurs sociales sur lesquelles repose ce système ; et d'autre part, « l'institutionnalisation » des inégalités de genre par le biais de certaines mesures juridiques et politiques.

L'infériorisation des femmes mène à des actes graves de violence physique<sup>385</sup>, sexuelle<sup>386</sup> et verbale<sup>387</sup>. Ces actes perpétrés sur les femmes sont légitimés par l'idéologie sexiste de domination<sup>388</sup>. Bourdieu attire l'attention sur l'importance de la violence symbolique « *qui fait l'essentiel de la domination masculine* »<sup>389</sup>. Ainsi, certains comportements culturels et sociaux maintiennent les mauvais traitements, la violence, la stigmatisation et la marginalisation des femmes<sup>390</sup>. Dans la plupart des pays arabes notamment, la discrimination à l'égard des femmes est excusée socialement, car elle repose sur l'héritage du patriarcat<sup>391</sup> et les valeurs qui y sont associées, dont la domination masculine constitue le pilier principal.

Ces obstacles à l'égalité entravent nécessairement l'autonomie personnelle des femmes. Le paradigme domination-dépendance s'exprime ainsi selon deux axes : le contrôle par la violence faite aux femmes (A) et les restrictions à leur personnalité juridique (B).

---

<sup>385</sup> La violence physique a été définie par le centre de formation d'ONU femmes comme étant « *un acte qui a pour but ou pour effet de causer la douleur et/ou des blessures physiques. Cela peut mener au fémicide, ou le meurtre sexiste d'une femme en raison de son sexe* ». Cf. UN Women. *Le Glossaire du Centre de Formation d'ONU*, accessible sur le site : <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=151&mode=search&hook=genre&sortkey=&sortorder=asc&fullsearch=1&page=-1> .

<sup>386</sup> La violence sexuelle a été définie par le centre de formation d'ONU femmes comme incluant « *de nombreuses actions qui sont tout aussi nuisibles, perpétrées en public comme en privé. On peut citer comme exemples le viol (violence sexuelle accompagnée d'une certaine forme de pénétration du corps de la victime), le viol marital la tentative de viol. Elle englobe également la violence liée à la procréation (grossesse forcée, avortement forcé, stérilisation forcée)* ». Cf. *Ibidem*.

<sup>387</sup> La violence verbale peut comprendre « *les railleries en privé ou devant d'autres personnes, les moqueries, l'utilisation de jurons particulièrement embarrassants pour le ou la partenaire, les menaces d'autres formes de violence contre la victime ou contre une personne ou un objet qui lui sont proches* ». Cf. *Ibidem*.

<sup>388</sup> LOPEZ, G. *Prendre en charge les victimes d'agressions et d'accidents : Accueillir, orienter, traiter*. Paris : DUNOD, 2014, p. 90.

<sup>389</sup> BOURDIEU, P. « La domination masculine. » *Actes de la recherche en sciences sociales* (1990) : 2-31.

<sup>390</sup> RAMADAN, T. (juin 2014). *Féminin, masculin (4)*, consulté le 20 juillet 2016 sur : <http://tariqramadan.com/feminin-masculin-4/> .

<sup>391</sup> SARLET, M. et DARDENNE, B. « Le sexisme bienveillant comme processus de maintien des inégalités sociales entre les genres. » *L'Année psychologique* (2012) : 435-463.

## A- La violence comme outil de contrôle

L'islam, comme les autres religions monothéistes, est né dans une société patriarcale, où l'autorité masculine était particulièrement affirmée<sup>392</sup>. Durant la période préislamique, les femmes arabes faisaient l'objet de nombreux traitements discriminatoires prescrits par certaines coutumes tribales qui régnaient à cette époque. Parmi ces traditions qui portaient atteinte à leur liberté individuelle et à leur dignité, on peut citer le fait de les placer, après le décès de leur conjoint, sous la tutelle d'un membre mâle de leur belle famille. Elles faisaient partie de l'héritage, et de ce fait, étaient considérées comme étant la propriété de ces personnes. Dans de nombreuses tribus de la péninsule Arabique, les femmes arabes étaient considérées comme des êtres déshonorants et la source de toute vilénie. Ainsi, elles étaient victimes d'une pratique jadis courante, dite *wa'ed*, qui consistait à enterrer vive la fille à sa naissance<sup>393</sup>. Le prophète Mohammed, dans son appel à l'islam, s'est efforcé de protéger les femmes contre ces coutumes<sup>394</sup>. Il a déploré la pénible situation des femmes, ainsi que cela apparaît dans de nombreux versets du Coran<sup>395</sup>. Il a également souligné leur pleine capacité et imposé la reconnaissance de l'égalité de dignité des deux moitiés de l'espèce humaine.

La condition inférieure des femmes persiste encore aujourd'hui, mais sous différentes formes. Dans de nombreux pays arabes, la preuve de virginité est primordiale lors de la nuit de nocces<sup>396</sup>. Environ 200 millions de filles et de femmes vivant aujourd'hui ont subi des mutilations génitales au nom de traditions culturelles et religieuses<sup>397</sup>. L'excision se justifie par un système de contrôle du corps, de la sexualité et de la fécondité des femmes, profondément ancré dans les mentalités.

Parmi ces coutumes discriminatoires, il convient de citer le « *crime d'honneur* », fréquent dans les pays arabo-musulmans<sup>398</sup>. Chaque année, cinq mille femmes dans le monde sont victimes

---

<sup>392</sup> FAHMY, M. *La Condition de la femme dans l'islam*. Paris : Éditions Allia, 2002, p. 117.

<sup>393</sup> BOUHDIBA, A. *Les différents aspects... op. cit.*, p. 194.

<sup>394</sup> FAHMY, M. *op. et loc. cit.*

<sup>395</sup> « *Et qu'on demandera à la fillette enterrée vivante. Pour quel péché elle a été tuée* ». Cf. Le Coran (81 : 8-9). « *Ne tuez pas vos enfants pour cause de pauvreté. Nous vous nourrissons tout comme eux* ». Cf. Le Coran (6 : 151). « *Et ne tuez pas vos enfants par crainte de pauvreté ; c'est Nous qui attribuons leur subsistance, tout comme à vous. Les tuer, c'est vraiment, un énorme péché* ». Cf. Le Coran (17 : 31).

<sup>396</sup> GEADAH, Y. et al. *Les crimes d'honneur : de l'indignation à l'action* [édition numérique]. Québec : Conseil du statut de la femme, 2013, p. 25.

<sup>397</sup> Centre régional d'information des Nations Unies pour l'Europe occidentale (UNRIC). (février 2019). *Chaque fille mutilée en est une de trop*, consulté le 26 mai 2019 sur : <https://www.unric.org/fr/actualite/5325-chaque-fille-mutilée-en-est-une-de-trop> .

<sup>398</sup> Middle East Media Research Institute (MEMRI). (septembre 2009). *Une journaliste saoudienne fustige un nouveau crime d'honneur, « régression du Royaume vers l'époque pré-islamique »*, consulté le 28 juillet 2016



au nom de l'« honneur »<sup>399</sup> quel que soit le fondement de l'accusation : adultères avérés ou simplement soupçonnés, déshonneur suite à un viol ou à un accouchement hors mariage. Le système dit de « l'honneur » est utilisé pour protéger les structures de la parenté, du patriarcat et du système tribal traditionnel. Ces violences participent à déterminer les frontières physiques, juridiques et sociales dans lesquelles les femmes et les hommes peuvent se déplacer et agir<sup>400</sup>. À l'instar de nombreux pays arabes, le droit pénal tunisien est influencé par les lois de l'honneur, qui ont longtemps eu un impact redoutable sur les peines prononcées en cas de violence. C'était le cas de l'article 227 bis<sup>401</sup> du Code pénal, amendé seulement en 2017<sup>402</sup>, qui excusait l'auteur d'un viol en cas de mariage avec la victime. Ceci démontre le poids des valeurs morales sexuelles répandues en Tunisie qui privilégiaient la préservation de « l'honneur familial » au détriment de la protection de la victime, même mineure. Cette disposition, heureusement abrogée, laisse poindre une conception du mariage dans laquelle la volonté matrimoniale de l'épouse n'a aucune place ni valeur, et où il ne s'agit que d'assurer la permanence d'un certain ordre public. Il est troublant que le droit tunisien ait maintenu si longtemps cette disposition alors qu'il réprimait sévèrement les agressions sexuelles faites aux femmes avec violence<sup>403</sup>.

Il est à noter que ce phénomène est également présent en Europe. Le paradoxe est que cette pratique n'a aucun fondement religieux. Les violences fondées sur l'honneur font partie d'une culture patriarcale qui n'est pas exclusive aux pays arabo-musulmans. En effet, elles se retrouvent au sein de communautés chrétiennes, sikhes et hindoues<sup>404</sup>. On peut ainsi rapprocher le crime d'honneur du crime passionnel, notion longtemps reconnue en droit français, ou plus

---

sur : <http://memri.fr/2009/09/07/une-journaliste-saoudienne-fustige-un-nouveau-crime-dhonneur-regression-du-royaume-vers-lepoque-pre-islamique/>.

<sup>399</sup> Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes. *Repères statistiques*, accessible sur le site : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/enjeux-europeens-et-internationaux/reperes-statistiques-31/#top>.

<sup>400</sup> GEADAH, Y. et al. *op. cit.*, p. 35

<sup>401</sup> Ajouté par la loi n°58-15 du 4 mars 1958, la loi n°69-21 du 27 mars 1969 et la loi n°89-23 du 27 février 1989 : « Est puni d'emprisonnement pendant six ans, celui qui fait subir sans violences, l'acte sexuel à un enfant de sexe féminin âgé de moins de quinze ans accomplis. La peine est de cinq ans d'emprisonnement si l'âge de la victime est supérieur à quinze ans et inférieur à vingt ans accomplis. La tentative est punissable. Le mariage du coupable avec la victime, dans les deux cas prévus par le présent article arrête les poursuites ou les effets de la condamnation ».

<sup>402</sup> Le lundi 24 juillet 2017, l'Assemblée des représentants du peuple a adopté en séance plénière l'amendement de l'article 227 bis du Code pénal.

<sup>403</sup> En effet, au moment où l'article 227 du Code pénal tunisien considère le viol comme un crime puni de la peine de mort lorsque d'une part son auteur fait usage de la violence sur une personne de sexe féminin (*untha*), et d'autre part lorsqu'il est commis sur une personne âgée de moins de dix ans même sans usage de violence, l'article 227 bis ne qualifie pas de viol les actes sexuels commis sur une mineure de moins de quinze ans s'il est commis sans violence. Dans cette hypothèse, la peine prononcée est beaucoup plus clémentaire que celle de l'article 227, à savoir un emprisonnement de six ans, ce qui s'explique par le fait qu'on présume le consentement de la victime à l'acte sexuel et donc sa culpabilité et sa participation à l'acte sexuel.

<sup>404</sup> GEADAH, Y. et al. *op. cit.*, p. 31.

généralement des violences conjugales. Ainsi, la version originale de l'article 324 du Code pénal français<sup>405</sup> de 1810 considérait comme excusable le meurtre commis par l'époux sur son épouse et son complice en cas d'adultère surpris en flagrant délit dans le domicile conjugal. Depuis la réforme législative de 1975, cet article a été abrogé, ce qui se traduit par la modification des articles du Code pénal réprimant l'adultère. Malgré la modification législative qui n'excuse plus ces crimes depuis plus de quarante ans, la passion amoureuse est toujours évoquée par la littérature, la presse ou même les avocats afin d'attendrir l'opinion publique et justifier ces crimes<sup>406</sup>.

À cet égard, en avril 2001, l'Union européenne a déclaré devant la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies à Genève que « *les facteurs sociaux, culturels et religieux ne peuvent être invoqués pour justifier la violation des droits des femmes et des jeunes filles* »<sup>407</sup>. Une conférence internationale s'est également réunie à Stockholm en décembre 2004 pour dénoncer et « *combattre la violence patriarcale commise au nom de l'honneur* »<sup>408</sup>.

Les pays arabes ont mis en place, dans les dernières décennies, plusieurs mesures légales pour lutter contre les violences faites aux femmes.

En Arabie Saoudite, la loi du 19 septembre 2013 relative à la protection contre les abus<sup>409</sup> vise à mettre en place un dispositif légal dans le but « *d'assurer une protection contre toutes formes d'abus* »<sup>410</sup>, désignant par là tout type de violence physique, psychologique, sexuelle, et de sanctionner toute personne qui en violerait les dispositions<sup>411</sup>. Il est intéressant de s'arrêter sur le terme *abus* employé dans cette loi, en lieu et place de la mention explicite des violences. Si juridiquement, le terme *abus* désigne « *l'usage excessif d'un droit ayant eu pour conséquence l'atteinte aux droits d'autrui* »<sup>412</sup>, il peut être remarqué que cette formulation fait apparaître en filigrane la prérogative masculine du contrôle du corps des femmes. Ce terme sous-entend qu'il serait possible d'envisager la domination masculine comme un système juste, si toutefois les hommes n'« *abusent* » pas des immenses latitudes que cette asymétrie leur laisse.

---

<sup>405</sup> BNF Gallica. Article 324 du Code pénal de 1810, p. 230 accessible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57600826/f241.image>.

<sup>406</sup> FRANCEQUIN, G. (dir.). *Tu me fais peur quand tu cries ! Sortir des violences conjugales* [édition numérique]. Toulouse : Érès, 2014.

<sup>407</sup> Assemblée parlementaire. (mars 2003). *Les crimes dits d'honneur*, Doc. 9720, accessible sur : <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10068&lang=fr>.

<sup>408</sup> OCKRENT, CH. (dir.). *Le livre noir de la condition des femmes*. Paris : XO éditions, 2006, p. 105.

<sup>409</sup> Décret royal n°M/52.

<sup>410</sup> Article 2.1.

<sup>411</sup> Article 2.3.

<sup>412</sup> BRAUDO, S. *Dictionnaire du droit privé, v° Abus*, accessible sur : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/abus.php>.



Il faut souligner également que cette loi ne reconnaît pas la notion de viol conjugal, considérant qu'un rapport sexuel forcé dans le cadre du mariage ne constitue pas un abus. Par conséquent, et bien que les viols aient majoritairement lieu au sein de la famille, les femmes mariées ne sont pas protégées par cette loi.

Le Code pénal qatarien criminalise toutes atteintes morale<sup>413</sup> ou sexuelle<sup>414</sup> à l'égard des femmes. Cette loi présente toutefois de graves lacunes concernant les violences domestiques. Le Comité national pour les droits de l'Homme au Qatar a appelé, dans son rapport annuel de 2017, à une législation complète contre les violences domestiques sous toutes leurs formes<sup>415</sup>. En Tunisie, le Parlement a récemment adopté à l'unanimité une loi relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes<sup>416</sup>. L'article 3 de ladite loi définit la violence à l'égard des femmes comme « *toute atteinte physique, morale, sexuelle ou économique à l'égard des femmes, basée sur une discrimination fondée sur le sexe et qui entraîne pour elles, un préjudice, une souffrance ou un dommage corporel, psychologique, sexuel ou économique et comprend également la menace de porter une telle atteinte, la pression ou la privation de droits et libertés, que ce soit dans la vie publique ou privée* ». Il convient de noter que cette loi ne prévoit aucune mention expresse du viol conjugal.

En France, si les violences conjugales sont réprimées par la loi, celles-ci restent néanmoins tragiquement banales. Selon des chiffres communiqués par le Ministère de l'Intérieur<sup>417</sup>, 125 femmes sont décédées en une année, victimes de leur compagnon ou ex-compagnon (contre 138 en 2016 et 136 en 2015)<sup>418</sup>. Ce n'est pourtant pas faute de mesures visant à faire cesser cet état de fait dramatique. La lutte contre la violence conjugale est en effet engagée à l'échelle mondiale. Depuis des décennies, l'UNESCO mène des campagnes de sensibilisation quant à ce fléau invitant les États à mener des actions concrètes.

---

<sup>413</sup> Article 291.

<sup>414</sup> Articles 279-282 et 296.

<sup>415</sup> Alaraby. (août 2018). "Les droits de l'homme au Qatar" appellent à une législation complète contre les violences domestiques, consulté le 15 décembre 2018 sur : <https://www.alaraby.co.uk/society/2018/8/12/حقوق-الإنسان-القطرية-تدعو-لوضع-تشريع-ضد-العنف-الأسري>.

<sup>416</sup> Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017.

<sup>417</sup> Secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations. *Étude nationale relative aux morts violentes au sein du couple pour l'année 2017*, accessible sur le site : <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/etude-nationale-relative-aux-morts-violentes-au-sein-du-couple-pour-lannee-2017/>.

<sup>418</sup> *Ibidem*.

De ce fait, de nombreuses lois ont été adoptées en droit français pour lutter contre ce type de violences. La loi adoptée le 23 décembre 1980<sup>419</sup> relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs avait permis d'apporter une définition légale de cette agression sexuelle ; la Cour de cassation a pu s'appuyer sur cette loi pour sanctionner pour la première fois, en 1990, le viol conjugal<sup>420</sup>. Cette décision a été consacrée dans le Code pénal en 1994 par l'article 222-23.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce<sup>421</sup> a donné au juge des affaires familiales la possibilité de statuer en référé en cas de violence conjugale avérée, et décider l'éloignement de l'époux violent du domicile conjugal avant même le déclenchement de la procédure de divorce. Toutefois, ce dispositif était incomplet du fait qu'il ne s'appliquait qu'aux couples mariés et excluait de ce fait les couples en concubinage ou pacsés.

L'action de l'État dans le cadre de la lutte contre la violence à l'égard des femmes s'est surtout organisée dès les années 2000 par l'adoption de quatre plans. Le premier plan (2005-2007) a élaboré des mesures phares afin de renforcer la protection juridique des femmes. C'est ainsi que la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales<sup>422</sup> a élargi l'éloignement du domicile conjugal de l'auteur des violences aux concubins dès le début de la procédure devant les juridictions pénales. La loi du 4 avril 2006<sup>423</sup> est venue renforcer cette action à travers la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Dans le même ordre d'idées, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance<sup>424</sup> a prévu que les auteurs de violences conjugales puissent être condamnés à un suivi socio-judiciaire.

Le deuxième plan (2008-2010) a complété les mesures précédentes et s'est donné une dizaine d'objectifs afin de combattre efficacement la violence à l'égard des femmes. La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes<sup>425</sup> a créé une ordonnance de protection de victimes de violences au sein du couple. Cette mesure en faveur des femmes victimes et de leurs enfants a pour objectif de leur apporter une protection en matière de logement, de ressources, de droit de garde, *etc.* pour une durée maximum de quatre mois. Dans

---

<sup>419</sup> Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JO* du 24 décembre 1980 p. 3028.

<sup>420</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 5 septembre 1990, n° de pourvoi : 90-83786.

<sup>421</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JO* n°122 du 27 mai 2004, p. 9319.

<sup>422</sup> Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* n°289 du 13 décembre 2005, p. 19152.

<sup>423</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* n°81 du 5 avril 2006, p. 5097.

<sup>424</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* n°0056 du 7 mars 2007, p. 4297.

<sup>425</sup> Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JO* n°0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

cette perspective, la loi a permis l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique mobile pour le conjoint mis en examen.

Le troisième plan (2011-2013), perpétuant les efforts des plans précédents, a accru la vigilance étatique concernant la violence conjugale, et notamment les questions relatives aux violences intrafamiliales, les mariages forcés et la polygamie.

Le quatrième plan (2014-2016) est venu encore une fois renforcer la lutte contre la violence en renforçant la protection des victimes.

En outre, la lutte contre les violences faites aux femmes a été déclarée comme une « *Grande cause nationale* »<sup>426</sup> en 2018.

Force est de constater que malgré toutes les mesures prises, cette violence non seulement persiste mais augmente dans certains cas, comme l'a souligné en 2014 Madame Bokova, directrice générale de l'UNESCO.

À ce constat, une interrogation s'impose : pourquoi la violence survit-elle à toutes ces mesures juridiques ? Un des facteurs pouvant expliquer cette persistance : la culture. Vecteur important des changements sociaux, la culture influence grandement les mœurs au sein des sociétés, et peut constituer un obstacle à l'égalité des genres et l'indépendance des femmes. C'est ce qui justifie de continuer à faire évoluer les représentations, les mentalités et le discours public sur les rôles des femmes et des hommes ainsi que sur les violences conjugales.

Ces données amènent également à questionner la persistance des violences conjugales en mettant en évidence le cadre familial comme le lieu privilégié pour la perpétuation des inégalités. Ainsi, même si la loi est égalitaire, comment la femme peut-elle agir et choisir librement dans un contexte de « *terrorisme conjugal* »<sup>427</sup>, ainsi que le qualifie un auteur ?

---

<sup>426</sup> Gouvernement. (janvier 2018). *La lutte contre les violences faites aux femmes, Grande cause nationale 2018*, accessible sur le site : <https://www.gouvernement.fr/partage/9928-la-lutte-contre-les-violences-faites-aux-femmes-grande-cause-nationale-2018> .

<sup>427</sup> SARDE, M. *De l'Alcove à l'Arène : Nouveau regard sur les Françaises*. Paris : Robert Laffont, 2007, p. 117.

## B- Les restrictions à la personnalité juridique

La citoyenneté repose, comme l'a décrite Hannah Arendt<sup>428</sup>, sur le « *droit à avoir des droits* », et à les exercer pleinement<sup>429</sup>. Au-delà de l'attribution et de la garantie de droits spécifiques<sup>430</sup>, la citoyenneté est également un facteur déterminant pour la construction des sujets au sein de leur société.

Dans le cadre de ce travail sur l'égalité entre époux, nous nous concentrerons sur le statut juridique des femmes, intrinsèquement lié à la question de l'autonomie et entraînant de très importantes répercussions sur les rapports conjugaux.

Le statut juridique des femmes a été formé à travers le temps par la juxtaposition de nombreux types de droits. Ainsi, au droit coutumier et aux normes religieuses s'est ajouté le droit national, qui a subi à son tour les apports du droit régional et international. L'interaction normative de ces différentes règles conduit à une interdépendance formant un processus dynamique<sup>431</sup>.

Dès sa conception, tout être humain dispose d'une *personnalité juridique* dont l'attribut essentiel est la *capacité juridique*. Si la première renvoie de manière abstraite à l'aptitude à être titulaire de droits et de devoirs, la seconde se définit comme l'aptitude à acquérir et à exercer un droit<sup>432</sup>. Ainsi, tout individu est une personne, c'est-à-dire un sujet de droit. De cette aptitude à être titulaire de droits et à les exercer découle le *statut juridique*. Le mot *statut* vient du latin *statutum*, qui signifie « *statué* » ou « *décidé* »<sup>433</sup>. En droit, un statut peut être défini comme l'ensemble de dispositions législatives, réglementaires, contractuelles, coutumières régissant les droits et les obligations applicables à une collectivité, à un groupe particulier de personnes, à des individus ou à des biens, *etc.*

Dans son sens juridique, le terme de « *capacité* » a deux degrés, donc deux sens différents ; il consiste tantôt en l'aptitude à avoir des droits et des obligations (*la capacité de jouissance*), tantôt le pouvoir à mettre en œuvre seul et par soi-même les divers droits dont on peut être titulaire (*la capacité d'exercice*)<sup>434</sup>.

---

<sup>428</sup> Politologue, philosophe et journaliste allemande naturalisée américaine.

<sup>429</sup> MARQUES-PEREIRA, B. *La citoyenneté politique des femmes* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2003.

<sup>430</sup> En ce sens, la citoyenneté peut être définie comme « *l'ensemble des processus légaux par lesquels sont définis les sujets d'un état* ». Cf. AMRI, L. et RAMTOHUL, R. *Genre et citoyenneté à l'ère de la mondialisation*. Dakar : Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique - CODESRIA, 2014, p. 230.

<sup>431</sup> COTULA, L. *Droit et genre. Les droits des femmes dans le secteur de l'agriculture* [édition numérique]. Rome : Bureau juridique de la FAO, 2007, p. 7.

<sup>432</sup> GUINCHARD, S. (dir.) et DEBARD, TH. (dir.). *op. cit.*, v<sup>o</sup> *capacité*.

<sup>433</sup> Le Grand Robert de la langue française, v<sup>o</sup> *statut*.

<sup>434</sup> CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v<sup>o</sup> *capacité*.

En règle générale, toute personne physique ou morale ayant la personnalité juridique dispose de la capacité de jouissance et d'exercice de ses droits<sup>435</sup> : « *la capacité est donc la règle, l'incapacité est l'exception* ». Cependant, ces exceptions, strictement observées dans le respect des dispositions légales et encadrées par un juge, concernent le plus souvent les incapacités d'exercice. Il arrive qu'un individu possède les divers droits reconnus par la loi (il en a la jouissance), mais qu'il ne puisse les exercer lui-même (une autre personne doit agir en son nom) ou les exercer seul (une autre personne doit l'assister). C'est le cas notamment des personnes dont l'état mental ou physique exige une telle protection<sup>436</sup>. L'individu est alors frappé non d'une incapacité de jouissance, mais d'une incapacité d'exercice, quelquefois appelée incapacité d'action. C'est le cas des mineurs en France âgés de moins de 18 ans<sup>437</sup> qui ont en principe la capacité de jouissance de leurs droits, mais ne peuvent les exercer eux-mêmes en raison de leur inexpérience qui les soumet à une protection<sup>438</sup> de leurs représentants légaux (généralement leurs parents)<sup>439</sup>.

Dans l'Antiquité, l'incapacité de jouissance, synonyme d'une totale privation de droits, frappait principalement les esclaves. Ces derniers n'étaient pas considérés comme des personnes physiques juridiquement capables de jouir de certains droits, notamment financiers ou patrimoniaux, mais étaient réduits à l'état de choses appartenant à leurs maîtres. Cette incapacité ne concernait pas seulement les esclaves eux-mêmes mais s'étendait également à leurs descendants<sup>440</sup>. Ceci a disparu avec l'abolition de l'esclavage.

La capacité juridique des femmes a longtemps subi des restrictions aussi bien dans la jouissance que dans l'exercice de leurs droits. Ces limitations ont inéluctablement conduit à la minoration de leur personnalité par rapport à l'homme et à l'infériorité de leur statut juridique. Cela s'est traduit notamment par leur accès tardif à la jouissance de certains droits, notamment politiques<sup>441</sup>.

---

<sup>435</sup> Seuls les groupements sans personnalité juridique sont frappés aujourd'hui par l'incapacité de jouissance de droits.

<sup>436</sup> Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JO* du 4 janvier 1968, p. 114.

<sup>437</sup> Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, *JO* du 7 juillet 1974, p. 7099.

<sup>438</sup> Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JO* du 15 décembre 1964, p. 11140.

<sup>439</sup> CHABAS, F. et LAROCHE-GISSEROT, F. *Leçons de droit civil : Les personnes - La personnalité - Les incapacités*. 8<sup>e</sup> édition. Paris : Montchrestien - L.G.D.J, 1997, p. 160.

<sup>440</sup> CHABAS, F. et LAROCHE-GISSEROT, F. *op. et loc. cit.*

<sup>441</sup> Ainsi, il a fallu attendre le XX<sup>e</sup> siècle pour que les femmes acquièrent le droit de vote ; la France n'a accordé aux femmes le droit de vote qu'en 1944, cinquante ans après la Nouvelle-Zélande qui leur avait accordé ce droit en 1893. Cf. NOLLEZ-GOLDBACH, R. *Quel homme pour les droits ? : Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger* [édition numérique]. Paris : CNRS ÉDITIONS, 2015, pp. 75-77.

Malgré les apports de la Révolution française dans l'affirmation de l'égalité et la liberté, de nombreuses injustices ont perduré longtemps. Les femmes n'ont guère été considérées dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : la Révolution française ne leur reconnaît pas les mêmes droits qu'aux hommes. Pour la plupart des révolutionnaires, l'état d'infériorité juridique des femmes n'était en rien incompatible avec le principe d'égalité<sup>442</sup>. La Déclaration établissait en effet l'inégalité des femmes au nom de la « *nature* » et des supposées exigences d'un système social principalement fondé sur le pouvoir des hommes sur les femmes<sup>443</sup>. Ainsi, si dès 1793 la Constitution française proclame que « *la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme* », cette égalité demeure toutefois formelle<sup>444</sup>. Ce contraste entre l'égalité de principe et les discriminations et inégalités qui déterminent le statut des femmes a conduit à refonder la lutte féministe sur des bases « *radicales* »<sup>445</sup>.

Sieyès<sup>446</sup> assimilait les femmes à des « *citoyennes passives* », privées de droits politiques. Avant son exécution en 1793 pour avoir oublié « *les vertus qui conviennent à son sexe* »<sup>447</sup>, Olympe de Gouges<sup>448</sup> avait écrit la Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne comme une réponse à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Ce texte polémique révèle la domination masculine et encourage les femmes à prendre conscience de leurs droits qui sont « *perdus dans la société* »<sup>449</sup>. En effet, la démocratie s'installe en France sans les femmes<sup>450</sup>. Victor Hugo, président honoraire de la Ligue française pour le Droit des femmes s'exprime en ces termes : « *Il y a des citoyens, il n'y a pas de citoyennes. C'est là un état violent : il faut qu'il cesse* »<sup>451</sup>.

La capacité juridique des femmes mariées dans les pays européens a été formée par la juxtaposition entre les dispositions du droit germanique et celles du droit romain. Ce dernier

---

<sup>442</sup> GAUDU, F. *Les 100 mots du droit: « Que sais-je ? »* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France, 2010.

<sup>443</sup> MARUANI, M. *Femmes, genre et sociétés* [édition numérique]. Paris : La Découverte, 2005, p. 97.

<sup>444</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>445</sup> *Ibidem*.

<sup>446</sup> Emmanuel-Joseph Sieyès ou l'abbé Sieyès est un homme d'Église, homme politique et essayiste français, surtout connu pour ses écrits et son action pendant la Révolution française.

<sup>447</sup> Le Moniteur universel, 29 brumaire, an II, 19 novembre 1793 In PRAT, A. et LOUBATIÈRE, C. *L'ordre maçonnique le Droit Humain : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2013.

<sup>448</sup> Femme de lettres française, devenue femme politique, elle est considérée comme une des pionnières du féminisme français. Elle est condamnée par le Tribunal révolutionnaire pour « *écrits attentatoires à la souveraineté du peuple* », et guillotinée le 3 novembre 1793.

<sup>449</sup> GODINEAU, D. *Les femmes dans la France moderne : XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2015, pp. 357-358.

<sup>450</sup> PRAT, A. et LOUBATIÈRE, C. *op. et loc. cit.*

<sup>451</sup> MELKA, P. *Victor Hugo - un Combat pour les Opprimés - Étude de Son Évolution Politique*. Paris : La Compagnie Littéraire, 2008, p. 171.

considérerait les femmes comme des personnes incapables non pas en raison de leur mariage, mais par nature, les réduisant ainsi à un statut inférieur à celui de l'homme.

Par la suite, les femmes célibataires ont acquis les mêmes droits civils que les hommes ; pourtant, elles perdaient leur capacité juridique au moment de leur mariage. Ici, l'incapacité juridique n'est plus un fait lié à la nature féminine mais à l'état civil. Ainsi, le Code Napoléon de 1804 a considéré la femme mariée comme une personne incapable et l'a ainsi soumise à l'autorité de son mari. La femme mariée était considérée comme mineure civilement, placée sous la tutelle de son mari. Elle ne disposait ni de sa fortune propre ni de ses revenus, et était très limitée dans l'exercice de ses droits civils.

L'homme quant à lui est considéré comme un sujet de droit par excellence. De ce fait, son statut se confond avec celui du citoyen. En revanche, le Code civil français définit la femme comme épouse et mère ; il considère d'autre part la femme comme mineure, entièrement sous la tutelle de ses parents puis de son époux. Cet effacement du rôle de la femme mariée en France au détriment de celui de son mari au XIX<sup>e</sup> siècle n'était pas l'apanage du seul droit français mais était répandu en Europe, par exemple en Allemagne, sous « *la théorie des trois K* » (Kirche = église ; Kinder = enfants ; Küche = cuisine)<sup>452</sup>.

Toutes les femmes ne partagent certes pas les mêmes expériences de la vie influencées par leur appartenance religieuse, culturelle ou économique, ni les mêmes centres d'intérêt, mais elles ont longtemps partagé ou partagent encore la même condition juridique, marquée par l'incapacité civile et politique.

En France, cette incapacité a été réduite aujourd'hui du fait des nombreux progrès législatifs consacrant l'égalité femme-homme. La citoyenneté des femmes a été centrée autour de deux actions principales, à savoir sa participation et sa représentation dans la vie sociale et politique. Cette action n'a pu se concrétiser sans l'émancipation de la femme<sup>453</sup> des différentes formes de dépendances et de tutelle par lesquels elle était liée<sup>454</sup>.

Dans les pays arabes, la possibilité de jouissance des droits politiques pour la femme a émergé au XXI<sup>e</sup> siècle.

---

<sup>452</sup> MALAURIE, PH. *Droit des personnes : La protection des mineurs et des majeurs*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2018, p. 119.

<sup>453</sup> Selon le dictionnaire Larousse, le terme *émancipation* renvoie à « *l'action de s'affranchir d'un lien, d'une entrave, d'un état de dépendance, d'une domination, d'un préjugé* ».

<sup>454</sup> MARQUES-PEREIRA, B. *op. et loc. cit.*



La capacité juridique aussi bien de jouissance que d'exercice de la femme tunisienne est pleinement garantie par le droit. Elle lui permet d'effectuer tous les actes juridiques, au même titre que l'homme, et dans les mêmes conditions<sup>455</sup>.

L'Arabie Saoudite a récemment progressé dans l'attribution de certains droits politiques à la femme saoudienne. Ainsi, a eu lieu en 2009 la première nomination d'une femme (Noura al-Faiz) au sein du Gouvernement en tant que ministre déléguée de l'éducation. Deux ans plus tard, en 2011, le Roi a accordé aux femmes le droit de vote aux élections municipales et le droit de siéger à l'Assemblée consultative nationale *Majlis al Shura*, bien évidemment dans le respect de la séparation entre les deux sexes<sup>456</sup>.

Au Qatar, les femmes ont acquis le droit de participer aux élections municipales en 1999<sup>457</sup>. Les efforts fournis par Cheikha Moza Bint Nasser Al-Missnad, épouse du cheikh Hamad bin Khalifa al-Thani, l'émir du Qatar de 1995 à 2013 et la mère de l'émir actuel, le cheikh Tamim bin Hamad Al Thani, à travers de nombreuses années ont porté leurs fruits. La femme qatarienne joue aujourd'hui un rôle déterminant au sein du pays dans la mesure où elle peut accéder au même titre que l'homme aux plus hauts niveaux des postes administratifs<sup>458</sup>.

Toutefois, force est de constater que la femme subit encore une marginalisation politique et professionnelle<sup>459</sup>. Malgré les dispositions protectrices des droits de la femme prévues par la législation, l'accès à la pleine citoyenneté demeure ainsi un idéal du fait de l'écart entre les textes juridiques et la réalité de la vie des femmes.

Or, si la famille constitue une cellule fondamentale de la société, la place allouée à chacun et chacune dans la participation sociale détermine la place qu'il sera possible d'occuper au sein de la famille.

---

<sup>455</sup> SAAD-ZOY, S. (dir.). *Femmes, droit de la famille et système judiciaire en Algérie, au Maroc et en Tunisie*. Rabat : UNESCO, 2010, p. 151.

<sup>456</sup> PICHON, E. (octobre 2013). *La Condition féminine en Arabie Saoudite*, consulté le 27 novembre 2016 sur : <https://epthinktank.eu/2013/10/26/la-condition-feminine-en-arabie-saoudite/>.

<sup>457</sup> PERRIN, J.-P. (mars 1999). *8 mars, Journée internationale des femmes. Au Qatar, citoyennes sous le voile. Aujourd'hui, pour la première fois, un scrutin est ouvert aux qatariennes*, accessible sur le site : <https://www.liberation.fr/planete/1999/03/08/8-mars-journee-internationale-des-femmes-au-qatar-citoyennes-sous-le-voile-aujourd-hui-pour-la-premiere-fois-266941>.

<sup>458</sup> La nomination de Cheikha Al Mahmoud en tant que ministre de l'Éducation nationale en mai 2003 a été symbolique, étant donné qu'elle fut la première femme qatarienne à occuper ce haut poste. Dans le même esprit, Dr Cheikha Al Misnad a été la première femme à occuper le poste de présidente de l'université du Qatar. Enfin, Cheikha Ghalia Bint Hamad Al Thani a été nommée comme ministre de la Santé en 2008.

<sup>459</sup> MARQUES-PEREIRA, B. *op. et loc. cit.*



## Conclusion

Si en France de nombreuses avancées juridiques, en accordant une pleine capacité juridique aux femmes, ont permis de s'éloigner peu à peu de « *l'incapacité primitive* », celle-ci persiste dans certains pays, tels que l'Arabie Saoudite et, dans une moindre mesure, le Qatar<sup>460</sup>.

Dans ces pays, on ne peut dire que la femme accède à la citoyenneté du fait de sa privation de ses droits fondamentaux, soit parce que ces derniers ne lui sont pas reconnus, soit parce qu'ils sont menacés en pratique. Ainsi, on ne peut avancer qu'une femme accède à la citoyenneté si elle subit une violence la privant de ses droits, ou si elle fait l'objet de discriminations légales. De toute évidence, le système juridique français<sup>461</sup> a constitué une source d'oppression pour les femmes. « *Le droit est sexué soit explicitement en énonçant des lois et des normes séparées pour les femmes et les hommes, soit implicitement en excluant irrévocablement, au motif de leur "nature", les femmes de la Société des égaux* »<sup>462</sup>.

Dans les pays arabes étudiés ici, le défaut d'égalité, en dépit des grands efforts d'égalisation, est davantage lié à des phénomènes sociologiques ou économiques qu'à des discriminations « *textuelles* », puisque le Coran prescrit une égale dignité entre femmes et hommes<sup>463</sup>. Le droit est en effet influencé par divers facteurs, notamment la politique et le contexte social. Ainsi, il est important de souligner que « *l'élaboration du droit est empreinte des valeurs, des rapports sociaux de sexe d'une époque donnée, en l'occurrence particulièrement androcentrée* »<sup>464</sup>.

---

<sup>460</sup> Cf. Seconde Partie.

<sup>461</sup> JUNTER, A. et RESSOT, C. « La discrimination sexiste : les regards du droit [édition numérique]. » *Revue de l'OFCE* (2010) : 65-94, p. 67.

<sup>462</sup> VOGEL-POLSKY, É. « Genre et droit : les enjeux de la parité. » *Cahiers du GEDISST (Groupe d'étude sur la division sociale et sexuelle du travail)* (1996) : 11-31, p. 15.

<sup>463</sup> Cf. Paragraphe II du premier Chapitre.

<sup>464</sup> JUNTER, A. et RESSOT, C. *op. et loc. cit.*

## Section II - Un regard centré sur la personne humaine

L'égalité entre femmes et hommes, principe fondamental affirmé dans les systèmes juridiques des pays objets de notre étude, sous-tend la jouissance par les femmes de la pleine citoyenneté, en dépit de toutes les particularités liées à la culture<sup>465</sup>. De l'exercice de la citoyenneté féminine découle une responsabilité publique axée sur la capacité des femmes à agir en toute indépendance, en se référant uniquement aux identités sociales et politiques existantes<sup>466</sup>.

Face à la persistance des atteintes à la dignité et à la liberté des femmes dans le monde entier, il est nécessaire de réaffirmer les valeurs humanistes fondamentales (Paragraphe I). Ceci nous amènera à montrer dans quelle mesure la réalisation de l'égalité de fait requiert une pensée nouvelle des rôles des femmes et des hommes (Paragraphe II).

### Paragraphe I - Les fondements humanistes de la revendication égalitaire

L'humanisme de la Renaissance est un courant culturel européen qui vient remettre au centre l'importance de la personne humaine, considérée comme sujet universel aux capacités illimitées. Comme le précisait Pic de la Mirandole, « *on ne peut rien voir de plus admirable dans le monde que l'homme* »<sup>467</sup>. Saint Exupéry rappelait quant à lui que l'humanisme a prêché « *la primauté de l'Homme sur l'individu* »<sup>468</sup>, c'est-à-dire qu'il s'attache à considérer chaque personne avant tout en tant que représentant de l'humanité. Cet aspect de l'esprit humaniste se retrouve comme influence majeure de la pensée des Lumières et de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. En effet, des valeurs humanistes découle la nécessité de garantir à chacun les droits constitutifs de son humanité, notamment l'égalité, la liberté et la dignité.

Nous montrerons ici que ces trois notions sont intimement liées. Penser les liens entre égalité et liberté (A) nous amènera, via le concept d'autonomie personnelle, au principe fondamental de dignité (B).

---

<sup>465</sup> MARQUES-PEREIRA, B. *op. et loc. cit.*

<sup>466</sup> *Ibidem.*

<sup>467</sup> KREMER-MARIETTI, A. « L'humanisme entre positivisme et nihilisme. » *L'Art du Comprendre* (2006) : 112-128, p. 112.

<sup>468</sup> DE SAINT-EXUPÉRY, A. *Pilote de guerre* [édition numérique]. Paris: Éditions Gallimard, 2010.

## A- Le lien intrinsèque entre égalité et liberté

Le statut des femmes est déterminé par des facteurs socioculturels qui les empêchent d'exercer pleinement leurs droits et les freinent dans leur autonomisation. Ici, l'inégalité se manifeste par une perte totale ou partielle de la liberté et de l'autonomie<sup>469</sup>. Monsieur Pettit<sup>470</sup> définit ainsi la liberté en tant que non-domination comme la « *condition en vertu de laquelle une personne est plus ou moins immune [...] à une interférence de nature arbitraire* »<sup>471</sup>. L'égalité est donc étroitement intriquée avec la liberté individuelle, ainsi que cela apparaît en droit français. Ces deux principes apparaissent en effet dans la devise de la République<sup>472</sup>. La liberté et l'égalité figurent dans des périphrases célèbres de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen<sup>473</sup> de 1789. Elles figurent également dans l'article 2 alinéa 4 de la Constitution de 1958.

Il est important de clarifier un problème qui concerne exclusivement le système juridique français et la politique française. Au cours du temps, la priorité a été tantôt accordée à la liberté (en 1789 et depuis 1948), tantôt à l'égalité (en 1793 et 1814)<sup>474</sup>. La corrélation entre les deux notions s'explique par le fait que la liberté est un droit exercé de façon égale par tous les citoyens. Le même traitement juridique est ainsi accordé à tous les membres de la société aussi bien dans la jouissance de leurs droits que dans le respect de leurs obligations<sup>475</sup>.

Les notions d'égalité et de liberté sont donc étroitement complémentaires. Durant le bicentenaire de la Révolution française, Monsieur Balibar<sup>476</sup> a ainsi exposé sa « *proposition de l'égaliberté* »<sup>477</sup>. Ce mot-valise met l'accent sur le rejet d'une supposée priorité de l'un de ces deux concepts – liberté et égalité – sur l'autre. Selon le même auteur, la Déclaration dit que l'égalité est identique à la liberté, donc l'égalité « *est égale à la liberté, et inversement* »<sup>478</sup>.

---

<sup>469</sup> RAMADAN, T. (juin 2014). *Féminin, masculin (4)*, consulté le 20 juillet 2016 sur : <http://tariqramadan.com/feminin-masculin-4/>.

<sup>470</sup> Philosophe irlandais et théoricien politique.

<sup>471</sup> « *Un statut social qui rend relativement imperméable à toute interférence arbitraire et donne le moyen de jouir d'un sentiment de sécurité et de reconnaissance du rang qui est le nôtre dans la société, [...] une condition en vertu de laquelle une personne est plus ou moins immune, plus ou moins manifestement immune à toute interférence de nature arbitraire* » In GAREAU, M. « Le care entre dépendance et domination : l'intérêt de la théorie néorépublicaine pour penser une "caring society". » *Les ateliers de l'éthique* (2009) : 25- 42, p. 34.

<sup>472</sup> Article 2 alinéa 4 de la Constitution française : « *la devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité"* ».

<sup>473</sup> Articles 1, 2 et 4.

<sup>474</sup> DRAGO, R. « Égalité et liberté. » SÈVE, R. *L'égalité*. Paris : Dalloz, 2008. 15-20, p. 15.

<sup>475</sup> KOUBI, G. « Égalité, inégalités et différences. » MICHAUD, Y. *Égalités et inégalités*. Paris : Odile Jacob, 2003. 117-144, p. 119.

<sup>476</sup> Philosophe, professeur émérite de l'université Paris Ouest Nanterre-La Défense.

<sup>477</sup> BOYER, CH. « À propos de "la proposition de l'égaliberté" d'Étienne Balibar. » *Le Philosophoire* (2012) : 123-132, p. 125.

<sup>478</sup> BALIBAR, É. *La proposition de l'égaliberté : Essais politiques 1989-2009* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.

L'inscription de la liberté dans une logique d'égalité, ou « *égaliberté* », est souvent remise en question en raison de la persistance des inégalités de certaines minorités au sein de la société<sup>479</sup>.

La conception de la liberté selon Rawls se rapproche de celle définie dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen rappelée dans les préambules des Constitutions de 1946 et 1958 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* ». En effet, le philosophe souligne dans son ouvrage *Reformulation de Théorie de la justice* l'existence d'une base égale de liberté accordée à toute personne vivant dans la société pourvu qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté d'autrui<sup>480</sup>.

De ce fait, « *l'égalité est en quelque sorte la condition de la liberté et la liberté n'est réelle que si elle repose sur l'égalité de tous* »<sup>481</sup>. C'est en effet le sens de la fameuse thèse de Fourier, qui affirme que « *les progrès sociaux et changements de période s'opèrent en raison du progrès des femmes vers la liberté ; et les décadences d'ordre social s'opèrent en raison du décroissement de la liberté des femmes* »<sup>482</sup>.

De même, le principe de la liberté sous ses différentes conceptions (liberté de penser, liberté de croyance, liberté religieuse) occupe une place prépondérante en islam. En effet, le Coran a clairement souligné la liberté religieuse dans un verset stipulant « *nulle contrainte en religion* »<sup>483</sup>. Le principe de liberté a ensuite été cité à maintes reprises. Umar Ibn Al Khattab<sup>484</sup> a lancé cette célèbre phrase : « *Depuis quand asservissez-vous les gens, alors que leurs mères les ont mis au monde libres !* ». Ali Ibn Abi Talib<sup>485</sup> a écrit dans un testament : « *Ne sois pas l'esclave d'un autre. Dieu t'a créé libre* ». Al Hukail<sup>486</sup> affirme que l'islam honore la personnalité de l'être humain en lui garantissant la liberté de pensée, la liberté de culte et la

---

<sup>479</sup> BOYER, CH. *op. cit.*, p. 128.

<sup>480</sup> MARIC, M. « Que faire du principe rawlsien d'égalité de liberté ? [édition numérique]. » *Mouvements* (2004) : 101-104, p. 102.

<sup>481</sup> PARENTEAU, D. et PARENTEAU, I. *Les idéologies politiques : Le clivage gauche-droite* [édition numérique]. Québec : Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 92.

<sup>482</sup> RIOT-SARCEY, *La Démocratie à l'épreuve des femmes : Trois figures critiques du pouvoir, 1830-1848* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 1994, p. 82.

<sup>483</sup> Le Coran (2 : 256)

<sup>484</sup> Compagnon et ami proche de Mohammed, le prophète de l'islam.

<sup>485</sup> Fils d'Abu Talib, oncle du prophète Mohammed.

<sup>486</sup> Professeur de pédagogie à l'Université islamique d'Imam Mohammad Ibn Saoud.

liberté politique<sup>487</sup>. Ainsi, l'éthique religieuse dans ses orientations générales n'est en rien incompatible avec une société fondée sur la justice, l'égalité et la liberté<sup>488</sup>.

Le principe de liberté est affirmé dans le système juridique du Qatar. La Constitution affirme à l'article 18 que « *la société au Qatar est fondée sur les valeurs de justice, bienveillance, liberté, égalité et haute moralité* ». En outre, la liberté personnelle<sup>489</sup>, la liberté de résidence et de circulation<sup>490</sup>, la liberté d'exprimer son opinion<sup>491</sup>, la liberté de la recherche scientifique<sup>492</sup>, la liberté de la presse, de l'impression, de publication<sup>493</sup> et la liberté de pratiquer les rites religieux<sup>494</sup> sont garanties par la Constitution.

Quant à la Constitution de l'Arabie Saoudite, le principe de liberté n'y est pas mentionné. L'absence de consécration constitutionnelle de la liberté ne doit cependant autoriser aucune atteinte à cette liberté fondamentale. En effet, cette lacune juridique est due au fait qu'en Arabie Saoudite les textes qui consacrent les valeurs fondamentales, dont la liberté, ne sont pas considérés par les pouvoirs publics comme une Constitution<sup>495</sup>. Cela peut expliquer les dispositions très lacunaires en matière de libertés fondamentales.

L'État tunisien quant à lui prend en compte la réalité sociologique et certaines spécificités de l'islam après avoir fait une relecture de ce dernier pour assurer la pleine réalisation des droits de l'Homme. Taher Haddad<sup>496</sup>, dans son œuvre majeure, « *notre femme dans la charia et dans la société* », a appelé à l'émancipation de la femme et démontré que l'islam bien compris ne s'y oppose pas<sup>497</sup>.

La Constitution de la République tunisienne consacre le principe de la liberté et souligne à plusieurs reprises que liberté et dignité sont associées. Son préambule mentionne « *la*

---

<sup>487</sup> AL HUKAIL, S. *Les droits de l'Homme en islam et la réfutation des préjugés soulevés contre l'islam* [édition numérique]. Riyad : Dar Ashbilia, 1999, p.27.

<sup>488</sup> OUBROU, T. et BABÈS, L. *Loi d'Allah, loi des hommes* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 2002.

<sup>489</sup> Article 36 de la Constitution qatarienne.

<sup>490</sup> *Ibidem*.

<sup>491</sup> *Ibid.*, art. 47.

<sup>492</sup> *Ibidem*.

<sup>493</sup> *Ibid.*, art. 48.

<sup>494</sup> *Ibid.*, art. 50.

<sup>495</sup> À ce titre, le Roi Fayçal d'Arabie Saoudite a déclaré en 1966 : « *Une Constitution pour quoi faire ? Le Coran est la plus ancienne et la plus efficace des Constitutions [...]. Notre Constitution c'est le Coran* ». Dans ce cadre de pensée, la Constitution n'a en soi aucune valeur car elle est soumise à la Loi de Dieu. Ainsi, la validité d'une loi n'est pas examinée par rapport à la Constitution mais par rapport à la charia. L'Arabie Saoudite a fini par se doter en 1992 d'un « *Système fondamental de gouvernance* » (*nidham assassi lil-hukm*) ayant *de facto* valeur de constitution. Le roi Fahad a également souligné que « *[n]otre constitution, en Arabie Saoudite, c'est le Saint Livre de Dieu [...] et la Sunna du Prophète* ».

<sup>496</sup> Penseur, syndicaliste et homme politique tunisien, il est connu pour avoir lutté activement en faveur des droits syndicaux des travailleurs tunisiens, de l'émancipation de la femme tunisienne et de l'abolition de la polygamie dans le monde arabo-musulman.

<sup>497</sup> CHARFI, M. *islam et liberté : Le malentendu historique*. Paris : Albin Michel, 1999, pp. 19-20.

*Révolution de la liberté et de la dignité* ». De même, la devise de la République tunisienne est « *Liberté, Dignité, Justice, Ordre* »<sup>498</sup>. L'article 6 de la même Constitution affirme que « *l'État [...] garantit la liberté de croyance* ».

Le lien entre égalité, liberté et dignité est mis en évidence par l'article 21 de la Constitution de la République tunisienne : « *Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination. L'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs. Il leur assure les conditions d'une vie digne* ».

---

<sup>498</sup> Article 4 de la Constitution de la République tunisienne.

## B- L'égale dignité : un principe matriciel

Les notions d'égalité et de dignité sont intrinsèquement liées. La fusion entre ces deux concepts sous la dénomination d'« *égale dignité* » constitue « *un pléonasm*e » selon Bioy, qui a souligné que l'égalité dont dispose chaque personne puise sa source directement de sa dignité<sup>499</sup>.

Sur le plan étymologique, le mot *dignité* est issu du latin *dignitas* qui signifie « *ce qui est convenable* »<sup>500</sup>. Bien avant qu'elle ne soit consacrée comme un principe juridique ou une valeur philosophique, la dignité est d'abord un attribut propre à l'être humain. Ce « *supplément d'âme* » est intrinsèquement lié à la personne humaine et marque sa spécificité<sup>501</sup>. La richesse conceptuelle de cette notion qui implique l'existence d'un lien étroit avec les autres principes tels que l'égalité et la liberté a retenu l'attention aussi bien des philosophes que des juristes.

Parmi les philosophes qui se sont intéressés à cette notion figure Kant. Selon lui, la dignité humaine implique que chaque personne possède une valeur inestimable liée à sa nature humaine elle-même. En vertu de ce principe, la personne humaine doit être respectée et traitée non pas comme un moyen pour atteindre ses fins, mais comme « *une fin en soi* »<sup>502</sup>. Cette conception de la dignité a été également consacrée sur le plan juridique en mettant l'accent sur l'importance de la valeur humaine et la primauté de l'être humain sur tout autre intérêt matériel<sup>503</sup>. La dignité est de ce fait inhérente aux valeurs de la morale voire de la religion<sup>504</sup> comme le rappelle la réflexion kantienne sur la morale, dans laquelle la question de la personne occupe une place centrale.

La réflexion philosophique qui lie intimement la dignité à l'être humain remonte au XVIII<sup>e</sup> siècle durant lequel certains philosophes tels que Locke et Rousseau ont considéré que la personne humaine est la valeur suprême<sup>505</sup>. Sur le plan juridique, le principe de la dignité humaine a été consacré pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de

---

<sup>499</sup> BIOY, X. « La dignité : questions de principes » GABORIAU, S., et al. *Justice, éthique et dignité*. Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2006. 46-86, p. 59.

<sup>500</sup> FABRE-MAGNAN, M. « La dignité en Droit : un axiome. » *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (2007) : 1-30, p. 1.

<sup>501</sup> PROULX, D. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles. » *Revue du Barreau du Québec* (2003) : 487-542, p. 497.

<sup>502</sup> PONTON, L. *Philosophie et droits de l'Homme de Kant à Lévinas*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 22.

<sup>503</sup> FABRE-MAGNAN, M. *op. cit.*, p. 18.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>505</sup> PROULX, D. *op. cit.*, p. 491.



l'Homme de 1948 suivie par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)<sup>506</sup>.

Malgré son importance, le principe de la dignité humaine a ainsi été consacré tardivement sur le plan juridique<sup>507</sup>. Parmi les raisons qui peuvent expliquer cette entrée tardive sur la scène juridique, peut être citée l'utilisation jusque-là du principe de la liberté pour protéger les droits des personnes. La notion de dignité ne s'est imposée juridiquement qu'après la constatation de l'insuffisance de cette notion<sup>508</sup>.

L'égale dignité a été ajoutée à la Déclaration universelle des droits de l'Homme par René Cassin lors de la première tentative de rédaction du préambule en 1948, car celui-ci jugeait que la seule mention de dignité n'était pas suffisante. En effet, la dignité d'un certain groupe social pourrait être utilisée comme prétexte pour contrevenir à celle d'un autre groupe considéré comme inférieur<sup>509</sup>. De ce fait, il a imposé la notion d'« *égale dignité* » qui s'énonce enfin dans l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'Homme : « *Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en dignité et en droits* ». L'utilité de préciser qu'il s'agit d'« *égale dignité* » prend tout son sens, notamment quand on analyse les textes coraniques. Ceux-ci mentionnent explicitement le fait que les femmes sont les égales des hommes parce qu'elles possèdent elles aussi une dignité en tant que personnes humaines ; cependant, il n'est nulle part fait mention de l'idée d'une dignité égale, ce qui ouvre potentiellement la voie à des interprétations discriminantes, où la dignité de l'un des groupes (par exemple des hommes) prévaudrait sur celle de l'autre groupe.

L'égale dignité implique ainsi l'égale jouissance pour chaque personne de la dignité en tant que valeur intimement liée à sa nature humaine puisqu'elle est « *ce que les hommes ont universellement en commun, au-delà du temps, par-delà l'instant* »<sup>510</sup>.

Ce principe a été notamment reconnu par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme de 1993 qui a souligné que « *tous les droits de l'Homme découlent de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine* »<sup>511</sup>. L'égale dignité signifie que tout homme, quel qu'il soit,

---

<sup>506</sup> HOTTOIS, G. *Dignité et diversité des hommes*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2009, p. 15.

<sup>507</sup> La loi n°94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, constitue un tournant dans l'histoire de la dignité en France. Elle a inséré dans le Code civil l'article 16, aux termes duquel : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité* ».

<sup>508</sup> FABRE-MAGNAN, M. *op. cit.*, p. 4.

<sup>509</sup> BOUCHET, P. « Implications juridiques de l'égale dignité. » *Revue Quart Monde* (1996), URL : <https://www.revue-quartmonde.org:443/1002> .

<sup>510</sup> ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. (dir.), et al. *Dictionnaire des droits de l'homme*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2008, p. 360.

<sup>511</sup> CONSEIL DE L'EUROPE. *Droits de l'homme en droit international : textes de base*. 3<sup>e</sup> édition. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 297.

est égal à un autre en dignité<sup>512</sup>. Reconnaître l'égalité des droits et l'égalité de dignité à la femme lui ouvre le droit à l'égalité de responsabilité et à l'égalité de participation à la vie familiale, culturelle, économique, sociale et politique<sup>513</sup>.

Le principe d'égalité, défini par Dworkin comme « *un droit fondamental, et même axiomatique* »<sup>514</sup> suppose que tous les individus ont une valeur égale, autrement dit une égale dignité. Toutefois, précise Dworkin, le droit à l'égalité de dignité ne peut être reconnu comme un droit formel que s'il y a une égalité de traitement. Cette dernière est donc un préalable indispensable.

De sa part, Roviello va plus loin dans sa vision, en considérant que le droit à l'égalité de dignité n'est pas seulement un droit fondamental mais « *une référence plus fondamentale que les autres droits fondamentaux, non pas au sens où il passerait avant le respect de ces autres droits, mais au sens où c'est toujours de lui qu'il y va, en dernière analyse, dans tous les autres droits fondamentaux ; il en est le noyau de légitimité, il en est le principe intimement déterminant* »<sup>515</sup>.

Monsieur Kis<sup>516</sup> quant à lui, appelé également « *second Dworkin* »<sup>517</sup>, soutient le lien qui existe entre l'égalité de dignité et la « *conception égalitaire de l'éthique* »<sup>518</sup> ainsi qu'entre « *l'idée de justice et celle du bien* »<sup>519</sup>. En se fondant sur ces valeurs morales, Monsieur Kis considère que le principe d'égalité de dignité implique l'effacement de « *toute hiérarchie entre les membres d'une communauté morale* »<sup>520</sup> et prône ainsi une théorie égalitaire des droits de l'Homme.

Cette théorie égalitaire a profondément changé la conception des droits dans les sociétés libérales classiques, dans la mesure où le principe d'égalité de dignité a permis la réinterprétation des droits naturels, en faisant passer la dignité de simple qualité morale individuelle à un principe juridique qui régit les rapports sociaux entre individus<sup>521</sup>.

---

<sup>512</sup> BOUCHET, P. *op. et loc. cit.*

<sup>513</sup> CONSEIL PONTIFICAL POUR LA FAMILLE. *Lexique des termes ambigus et controversés : Sur la vie, la famille et les questions éthiques*. Paris : Pierre Téqui, 2005, p. 320.

<sup>514</sup> POLICAR, A. *Ronald Dworkin ou la valeur de l'égalité : ou la valeur de l'égalité*. Paris : CNRS, 2015, pp. 68-69.

<sup>515</sup> *Ibidem*.

<sup>516</sup> János KIS, philosophe et politologue hongrois.

<sup>517</sup> TARDIVEL, E. « Pour un libéralisme critique. Égalité de dignité et droit de résistance dans la pensée de János Kis [édition numérique]. » *Sens public* (2005) : 2-17, p. 6.

<sup>518</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>520</sup> KIS, J. *L'égalité de dignité. Essai sur les fondements des droits de l'homme*. Paris : Éditions du Seuil, 1989, p. 124.

<sup>521</sup> TARDIVEL, E. *op. cit.*, p. 6.

Aussi bien Dworkin que Monsieur Kis puisent dans la pensée kantienne relative à l'autonomie de la volonté<sup>522</sup> leurs théories relatives à l'égalité comme source de ces droits fondamentaux. Ainsi, l'autonomie de la volonté a été définie par Kant comme étant une « *propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi (indépendamment de toute propriété des objets du vouloir)*. *Le principe de l'autonomie est donc : de toujours choisir de telle sorte que les maximes de notre choix soient entendues en même temps comme lois universelles dans ce même acte de vouloir* »<sup>523</sup>. L'égalité en tant que principe fondateur implique intrinsèquement l'autonomie<sup>524</sup>. Selon Roviello, « *il n'y a d'égale dignité que dans l'autonomie* »<sup>525</sup>. Cependant, l'« *autonomie individuelle* » ou encore l'« *autonomie politique* » se réfère parfois à l'idée de liberté négative<sup>526</sup> qui peut être définie comme « *l'espace à l'intérieur duquel un homme peut agir sans que d'autres l'en empêchent* »<sup>527</sup>. Ainsi, l'égalité des droits exige de reconnaître l'autonomie de chacun<sup>528</sup>.

En France, l'affirmation constitutionnelle du principe d'égalité est fortement liée à la notion de dignité, faisant référence aux droits de l'Homme. Cette Constitution s'inspire profondément des principes fondamentaux de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Ainsi, le préambule de la Constitution française de 1946 stipulait : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés...* ». Si la notion de dignité humaine n'est pas expressément citée, elle est néanmoins présente dans le sens profond de cet alinéa en accordant une place au respect de l'être humain abstraction faite de sa race, religion ou croyance<sup>529</sup>.

Le droit à l'égale dignité est également affirmé par la législation islamique. Ainsi, puisque les trois systèmes juridiques arabes se fondent sur le Coran et la Sunna, la notion juridique de

---

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>523</sup> KANT, I. *Fondements de la métaphysique des mœurs*. Trad. DELBOS, V. Paris : VRIN, 2004, p. 162.

<sup>524</sup> POLICAR, A. *op. cit.*, p. 69.

<sup>525</sup> *Ibidem*.

<sup>526</sup> MAILLARD, N. *La vulnérabilité : Une nouvelle catégorie morale ?* Genève : LABOR ET FIDES, 2011, p. 36.

<sup>527</sup> BERLIN, I. *Éloge de la liberté*. Paris : Calmann-Lévy, 1988, p. 171.

<sup>528</sup> POLTIER, H. « Est-il raisonnable d'être démocrate ? » *Revue européenne des sciences sociales* (1993) : 111-132, p. 119.

<sup>529</sup> Le respect de la dignité humaine est érigé comme un principe dans le Code civil français qui comporte désormais un nouveau chapitre intitulé « *Du respect du corps humain* », dont l'article 16 énonce : « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* ».

l'égalité découle directement de la conception religieuse de l'égale dignité entre les êtres humains. Ce principe est inhérent à tout être humain conformément au verset coranique disant : « *Certes, nous avons couronné d'honneur et de dignité les fils d'Adam* »<sup>530</sup>.

L'égale dignité implique aussi les limites que cette personne trace dans sa relation avec autrui en délimitant les atteintes qu'elle peut juger intolérables à son égard. Il s'agit donc à la fois d'un droit personnel qui est opposable aux tiers qui sont tenus de respecter la volonté exprimée, et de solliciter dans certains cas son consentement<sup>531</sup>. De ce droit s'est construit le principe du respect de la vie privée et du corps humain<sup>532</sup>.

Ainsi, la dignité s'impose comme valeur fondamentale pour penser l'être humain et son statut au sein de la société. L'autonomie personnelle, qui fonde la possibilité de sa dignité en tant qu'individu, passe nécessairement par la garantie de l'égale liberté.

---

<sup>530</sup> Le Coran (17 : 70).

<sup>531</sup> MARAIS, A. *Droit des personnes*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2014, §247.

<sup>532</sup> *Ibidem*.

## **Paragraphe II - Le genre : une autre pensée des rôles sociaux**

La seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a apporté des évolutions sociales majeures pour les femmes dans les pays occidentaux et particulièrement en France. La loi garantit à la femme qui proclame l'égalité<sup>533</sup> de droits avec les hommes et la liberté de maîtriser son corps<sup>534</sup>. Ces mutations ont-elles vraiment permis de tourner la page de la domination masculine ? La réponse n'est pas si simple.

Dans les pays arabes, beaucoup de progrès restent à faire pour que l'égalité, principe central de la pensée islamique, soit garantie en pratique. En Tunisie, les militants qui ont beaucoup œuvré pour l'amélioration des droits des femmes ont vu leurs efforts récompensés à travers les évolutions légales qui respectent les recommandations du droit international à ce sujet<sup>535</sup>. Ce n'est pas le cas en Arabie et au Qatar, pays dans lesquels les rapports femmes-hommes restent extrêmement inégalitaires et où les quelques voix qui s'expriment en faveur des droits de la femme restent isolées.

Si culture et société sont intriquées, le changement social et légal doit nécessairement passer par un changement des représentations culturelles, afin de faire reculer l'omniprésence de la domination masculine.

Pour cela, l'émergence du concept de genre dans les dernières décennies, en montrant le rôle du discours social sur les représentations des femmes et des hommes (A), permet de repenser l'égalité femmes-hommes en montrant la nécessité d'une politique d'égalité réelle entre les genres (B).

### **A- L'émergence du concept de genre**

Les discriminations juridiques sont justifiées par des stéréotypes fondés sur des constructions sociales qui distinguent les femmes des hommes sur la base de plusieurs critères physiques,

---

<sup>533</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 58.

<sup>534</sup> Par l'IVG et la contraception.

<sup>535</sup> Par exemple, l'amendement de l'article 227 bis du Code pénal relatif au viol qui permettait à un violeur d'échapper à des poursuites en cas du mariage du coupable avec sa jeune victime.

biologiques, sexuels et sociaux<sup>536</sup>. Le concept de *sexisme* désigne cette attitude discriminatoire adoptée à l'encontre du sexe opposé<sup>537</sup>, « *spécialement en défaveur du sexe féminin* »<sup>538</sup>.

Le sexisme est intimement lié à l'oppression patriarcale, aussi bien sur un plan individuel qu'institutionnel, qui infériorise les femmes sous prétexte de leur sexe et privilégie les hommes<sup>539</sup>. Ainsi, il s'agit d'une idéologie qui se heurte au principe d'égalité et qui conduit à la domination d'un sexe sur l'autre<sup>540</sup>.

Celle-ci peut également s'exprimer de manière qui semble positive, dans l'idée paternaliste que « *le sexe supérieur [...] fait preuve de bienveillance par rapport aux êtres inférieurs ("le sexe faible")*. *Le sexe fort exerce son autorité et sa protection sur le sexe faible* »<sup>541</sup>. Cette facette de la domination est appelée « *sexisme bienveillant* », dans lequel la femme est pensée comme une créature pure, fragile et précieuse<sup>542</sup>. Elle implique toutefois que celle-ci aurait besoin de la protection de l'homme, sous-entendant une capacité moindre et donc une infériorité. Dans la mesure où cette représentation semble *a priori* positive, elle n'est pas rigoureusement en contradiction avec les valeurs d'égalité prônées par la loi et reste donc une réalité quotidienne pour les femmes, déterminante pour la persistance de stéréotypes de genre<sup>543</sup>.

Le sexisme bienveillant en vertu duquel la femme reçoit une protection masculine s'oppose au sexisme hostile qui réduit directement sa liberté et ses droits. Malgré leur opposition, les deux formes de sexisme coexistent au sein de la structure sociale et forment « *un duo puissant* »<sup>544</sup>. En effet, le sexisme bienveillant puise sa source dans le sexisme hostile, autrement dit, la femme rechercherait la protection masculine parce que et lorsqu'elle se sent menacée et agressée<sup>545</sup>.

À côté du sexisme individuel, les institutions, dans leur langage et leur production culturelle au sens large, diffusent et confortent le sexisme. Elles opèrent parfois implicitement, et souvent même inintentionnellement, d'une manière entachée de sexisme institutionnel en tant que traitement inégalitaire fondé sur la différence apparente et les stéréotypes qui y sont associés<sup>546</sup>.

---

<sup>536</sup> ROMAN, D.(dir.). *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014, p. 136.

<sup>537</sup> Le Grand Robert de la langue française, v° *sexisme*.

<sup>538</sup> CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v° *sexiste*.

<sup>539</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 117.

<sup>540</sup> BORRILLO, D. *Le droit des sexualités* [édition numérique]. Paris : puf, 2016.

<sup>541</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. cit.*, p. 78.

<sup>542</sup> SARLET, M. et DARDENNE, B. « Le sexisme bienveillant comme processus de maintien des inégalités sociales entre les genres. » *L'Année psychologique* (2012) : 435-463, p. 437.

<sup>543</sup> *Ibid.*, p. 444.

<sup>544</sup> *Ibid.*, p. 446.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>546</sup> ROVENTA-FRUMUSANI, D. *op. et loc. cit.*

La hiérarchisation entre femmes et hommes s'est construite dès les origines de l'humanité. Des philosophes grecs ont théorisé l'infériorité des femmes<sup>547</sup>, et le droit romain a justifié la légalisation de la subordination des femmes<sup>548</sup>.

Les interrogations sur le rôle traditionnel des sexes apparaissent au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, où les premières revendications féministes commencent à voir le jour<sup>549</sup>. John Stuart Mill<sup>550</sup> écrit dans *The Subjection of Women* que « le principe qui régit les relations existant entre les deux sexes - la subordination légale d'un sexe à l'autre - est mauvais en soi et représente, à l'heure actuelle, l'un des principaux obstacles au progrès de l'humanité ; [...] il doit être remplacé par un principe d'égalité totale qui refuse tout pouvoir ou privilège pour l'un des deux sexes, toute incapacité pour l'autre »<sup>551</sup>.

Dans la majeure partie des pays arabes, ces stéréotypes sont utilisés afin de justifier les différences dans la répartition des fonctions sociales entre les femmes et les hommes issues des interprétations qui ont été faites de certains textes religieux<sup>552</sup>. Une identité culturelle empreinte de sexisme induit une attitude discriminatoire à l'encontre du sexe opposé<sup>553</sup>.

Ces stéréotypes de genre se fondent sur les différences biologiques et anatomiques qui existent entre les femmes et les hommes afin de réserver certaines professions aux uns à l'exclusion des autres. À ce titre, on oppose « la force masculine » à la « fragilité féminine » pour asseoir de telles classifications professionnelles<sup>554</sup>. Certes, il existe indéniablement des différences biologiques et physiologiques entre femmes et hommes, qui les distinguent. Toutefois, la différenciation sexuelle et la répartition des rôles masculins et féminins peut également être pensée comme le produit d'une construction sociale<sup>555</sup>. Dans quelle mesure la différence

---

<sup>547</sup> DORTIER, J.-F. *Dictionnaire des sciences humaines*. Auxerre : Éditions Sciences Humaines, 2004, v<sup>o</sup> genre, p. 272.

<sup>548</sup> LEBRUN, F. *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*. 4<sup>e</sup> édition. Paris : Armand Colin, 1998, p. 78.

<sup>549</sup> RUNTE, A. et WERTH, E. *Feminisierung der Kultur? - Féminisation de la civilisation? : Krisen der Männlichkeit und weibliche Avantgarden - Crises de la masculinité et avant-gardes féminines*. Würzburg : Königshausen & Neumann, 2007, p. 121.

<sup>550</sup> John Stuart Mill (1806-1873) fait partie des penseurs qui ont marqué l'époque victorienne grâce à ses publications scientifiques et philosophiques multiples et variées, couvrant à la fois les champs de la philosophie, de la science politique et de la sociologie.

<sup>551</sup> MILL, J. *The Subjection of Women*, London : Oxford University Press, 1966, p. 427. Cité par RUNTE, A. et WERTH, E. *op. et loc. cit.*

<sup>552</sup> V. notamment les Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Arabie Saoudite, figurant dans le document CEDAW/C/SAU/CO/2, §13, qui insiste sur la « complémentarité » entre les hommes et les femmes comme fondement de la société islamique et en déduit la nécessité de mesures équitables et non égales.

<sup>553</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *L'égalité professionnelle homme-femme : étude de droit français et algérien*. Tours : Université François Rabelais, 2013, p. 117.

<sup>554</sup> ROMAN, D.(dir.). *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>555</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *op. cit.*, p. 54.



sexuelle induit-elle des situations non comparables entre femmes et hommes, et peut-elle justifier une différence de traitement sur le plan légal ?

Si le Coran effectue une différenciation entre femme et homme, cela ne signifie pas une inégalité dans la dignité humaine qu'ils partagent. Selon la philosophie islamique, développée notamment par Averroès, cette différenciation est une complémentarité<sup>556</sup>.

Ainsi, cette distinction entre femelle et mâle en islam n'est pas uniquement la manifestation d'une différence biologique entre les deux sexes, mais a une signification morale plus profonde. Elle témoigne de la volonté divine de créer deux êtres différents afin qu'ils se complètent, et accomplissent chacun leur mission convenablement<sup>557</sup>. Partant de là, la conception de l'égalité tient compte de la composition biologique et psychologique propre à chaque sexe.

Le droit français reconnaît également la répartition des êtres humains selon deux sexes. La déclaration du sexe du bébé à l'état civil constitue un des premiers actes effectué par les parents<sup>558</sup>. Le *Grand Robert* distingue dans sa définition du terme « *sexe* » deux aspects : social et physique. Ainsi, ce terme renvoie sur le plan social aux rôles déterminés de la femme et de l'homme dans la société, qui leur confèrent des caractères différents. Sur le plan physique, il s'agit de la répartition des individus en deux classes distinctes selon leurs caractères sexuels primaires et secondaires<sup>559</sup>.

Le sexe est donc la référence de l'identité biologique et sociale qui distingue les femmes des hommes.

Toutefois, cette répartition fondée sur les différences biologiques et anatomiques a commencé à être remise en cause ces dernières années par certains chercheurs qui avancent que la répartition des êtres en deux genres, féminin et masculin, est le fruit d'une construction sociale. Les différences biologiques et sociales qui distinguent les femmes et les hommes sous le terme *sexe* en langue française, sont séparés en langue anglaise en deux termes : *sexe* et *genre*,

---

<sup>556</sup> Selon le Coran, femme et homme ont été créés afin d'accomplir une mission déterminée sur Terre. La création du binôme femelle et mâle fait partie de la loi de l'univers, par le biais duquel l'équilibre des espèces vivantes s'est maintenu depuis la nuit des temps. Dans le Coran, cette binarité est exprimée clairement dans un verset « *Et de toute chose Nous avons créé [deux éléments] de couple. Peut-être vous rappellerez-vous ?* » In Coran (51 : 49). V. également AL-'ALIBI, F. *Ruyat ibn ruchd alsiyasia (La vision politique d'Averroès)* [en arabe]. 2<sup>e</sup> édition. Beyrouth : Markaz dirasat alwihda alarabiya, 2011, pp. 299-300 ; LAMRABET, A. *Musulmane tout simplement*. Lyon : Tawhid, 2011, pp. 63-65.

<sup>557</sup> ADDOUSSARI, M. *Attamayuz al'adil bayn alrajul walmara' fi alislam (La juste différenciation entre l'homme et la femme en islam)* [en arabe]. Dammam : Dar ibn aljawzi, 2010, pp. 29-30.

<sup>558</sup> MARZANO, M. *La philosophie du corps : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 3<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2013.

<sup>559</sup> Le Grand Robert de la langue française, v<sup>o</sup> *sexe*.

respectivement *sex* et *gender*. Ainsi, le premier renvoie aux différences fondées sur les caractéristiques physiques ; le deuxième quant à lui désigne l'ensemble des règles sociales qui régissent les relations entre les femmes et les hommes<sup>560</sup>.

L'acception usuelle du terme *genre* renvoie à la relation entre le sexe et le comportement. Ainsi, le genre féminin correspond au sexe féminin qui aurait un comportement spécifique, différent du genre masculin référant au sexe masculin et défini par une attitude masculine.

Le premier à avoir théorisé le genre est John Money<sup>561</sup> en 1955 pour faire référence au caractère psychologique qui reflète le sentiment d'être une femme ou un homme, dans le cadre de ses recherches sur l'ambiguïté génitale.

Pour ce chercheur, le genre a un poids social considérable. De ce fait, « *quel que soit son sexe biologique d'origine, un enfant élevé en garçon se pense garçon, et l'enfant élevé en fille se pense fille* »<sup>562</sup>.

Par l'influence des pensées anglaises et américaines, ainsi que des conventions européennes, le terme *genre* a fait son entrée petit à petit dans la langue française afin de scinder en deux ce qui relevait initialement du terme *sexe*. Le terme *genre* renvoie dès lors à « *l'identité, aux attributs et au rôle de la femme et de l'homme, tels qu'ils sont définis par la société, et à la signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques* »<sup>563</sup>. L'acception sociale du genre fait abstraction du sexe de l'individu, sans pour autant effacer la distinction qui existe entre les sexes, et se focalise uniquement sur la fonction sociale que remplit la femme ou l'homme dans la société.

Étant d'origine anglaise, la traduction exacte du terme *gender* en d'autres langues y compris le français peut receler quelques difficultés, étant donné que chaque langue accorde une signification différente au terme, imprégnée de sa propre culture. La distinction entre *sex* et *gender* n'étant pas de mise en France, il n'existe pas dans la langue française d'équivalent exact du terme anglais *gender*<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> MARZANO, M. *op. et loc. cit.*

<sup>561</sup> Il est un psychologue, sexologue et auteur néo-zélandais.

<sup>562</sup> MARZANO, M. *op. et loc. cit.*

<sup>563</sup> En 1995, au cours de la IV<sup>e</sup> Conférence mondiale des Nations Unies sur la femme, un débat a eu lieu au sujet de la définition du terme de genre. Le comité directeur de cette Conférence a alors proposé la définition suivante : « *Le genre se réfère aux relations entre hommes et femmes basées sur des rôles socialement définis que l'on assigne à l'un ou l'autre sexe* », In CONSEIL PONTIFICAL POUR LA FAMILLE. *op. cit.*, p. 560 ; ROMAN, D.(dir.). *op. cit.*, p. 135.

<sup>564</sup> HIRATA, H., et al. *Dictionnaire critique du féminisme*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2004, p. 27 ; La Commission générale de terminologie et de néologie (2005) a décrété que *gender* n'était pas un mot français, cela en dépit de son utilisation croissante dans les titres de livres et d'articles. Cf. SCOTT, J. « Le genre : une catégorie d'analyse toujours utile ? » *Diogène* (2009) : 5-14, p. 9.

Avant de devenir une notion centrale dans les textes internationaux qui traitent de la question, ce terme a été longtemps critiqué, puis « reconceptualisé » en rapport social. En effet, lui attribuer uniquement une dimension sociale a contribué au renforcement de l'idée de l'existence des différences entre les femmes et les hommes. Ainsi, le terme *genre* est devenu un principe de « partition ([qui] en ce sens précède le sexe) et de domination »<sup>565</sup>.

En effet, la construction sur laquelle se fonde le terme *genre* tient compte des inégalités dans les tâches allouées à chaque sexe au sein de la société. À ce titre, une auteure souligne le risque d'employer le terme *genre* du fait qu'il entraîne non seulement une séparation entre le sexe et le social, mais également du fait qu'il procède et renforce la domination masculine. Or cette dernière est un « construit social »<sup>566</sup> qui varie constamment à travers le temps.

Certains auteurs utilisent l'expression « *sexe social* » comme synonyme de « *genre* ». Pour l'anthropologue française Nicole-Claude Mathieu, le « *sexe social* », est plus vaste que le terme *genre* du fait qu'il englobe à la fois « la définition idéologique donnée au sexe » - recouvrant ainsi le terme *genre* - et « les aspects matériels de l'organisation sociale »<sup>567</sup>.

Cette vision n'est pas partagée par d'autres auteurs, tels que Madame Delphy<sup>568</sup> qui voit dans la notion de « *sexe social* » une expression « très lourde » qui regroupe en son sein deux termes, et reste confinée dans la dimension biologique du terme *sexe*. L'auteure considère que le terme *genre* permet davantage de mettre en évidence la dichotomie entre sexe biologique et social.

Abstraction faite des critiques adressées au terme *genre*, la CNCDH a tenu à souligner l'importance des objectifs de lutte contre les inégalités et les discriminations que cette notion sous-tend, et les progrès réalisés en adoptant cette approche<sup>569</sup>.

En effet, le concept de genre met en exergue non seulement l'existence de pratiques différentes selon les sexes qui conduit à une différence de traitement par la société, mais également permet d'analyser comment cette différence de traitement a permis le passage d'une différence biologique à une différence sociale.

L'historienne américaine Joan W. Scott<sup>570</sup> considère ainsi que le terme *genre* est non seulement « un élément constitutif des rapports sociaux fondé sur des différences perçues entre les

---

<sup>565</sup> LIEBER, M. « Laure Bereni, Sébastien Chauvin, Alexandre Jaunait et Anne Revillard : Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre. » *Nouvelles Questions Féministes* (2009) : 135-138, p. 136.

<sup>566</sup> TAHON, M.-B. *Sociologie des rapports de sexe* [édition numérique]. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2004.

<sup>567</sup> *Ibidem*.

<sup>568</sup> Christine Delphy, sociologue et féministe.

<sup>569</sup> V. notamment l'avis sur la perspective de genre adopté le 22 mars 2012 par la CNCDH (Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme), §26, p. 6.

<sup>570</sup> Historienne américaine travaillait depuis les années 1970 sur l'histoire des femmes dans la perspective du genre.

sexes »<sup>571</sup>, mais aussi une « *façon première de signifier des rapports de pouvoir* »<sup>572</sup>, un champ de normes et de pratiques par le moyen desquelles le pouvoir est articulé<sup>573</sup>. En cela, ce concept permet d'avancer dans la pensée des rapports entre femmes et hommes et donc dans la quête de davantage d'égalité.

---

<sup>571</sup> SIRINELLI, J.-S. et GAUVARD, C. *Dictionnaire de l'historien* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015, v<sup>o</sup> *genre*.

<sup>572</sup> *Ibidem*.

<sup>573</sup> SCOTT, J. *De l'utilité du genre* [édition numérique]. Trad. Claude Servan-Schreiber. Paris : Fayard, 2012.

## B- De l'égalité des sexes à l'égalité des genres

La notion de genre a été reprise dans les années 1970 par les mouvements féministes pour s'opposer à l'idéologie selon laquelle la différence des sexes aurait un fondement naturel et immuable. Les recherches sur la notion de genre ont principalement été amorcées par trois grands courants féministes. Le premier courant est celui du féminisme libéral qui a, dans un premier temps, défendu l'idée de l'équivalence des êtres humains en considérant comme non significatives les différences qui les séparent. Ce courant s'est intéressé à soutenir exclusivement l'égalité formelle sans se soucier pour autant du fondement des inégalités. Le deuxième courant féministe, inspiré de l'idéologie marxiste, s'est penché principalement sur l'étude des sources matérielles des inégalités, et donc s'est intéressé « *au patriarcat économique dans les sphères publiques et privées* »<sup>574</sup>. Le troisième courant, celui du féminisme radical, s'est intéressé à l'analyse de la domination masculine dans toutes ses dimensions et à sa relation avec la prise de décision et de pouvoir au sein de la société<sup>575</sup>.

En droit international, la notion de *gender equality* (traduite en français par « *égalité des sexes* » ou « *égalité femmes-hommes* »<sup>576</sup>) a fait son apparition dans les années 1980, notamment au sein des organes des Nations Unies chargés de la promotion des droits de l'Homme. En droit européen, elle a été définie par le Conseil de l'Europe comme « *une visibilité, une autonomie, une responsabilité et une participation égale des femmes et des hommes dans toutes les sphères de la vie publique et privée. Elle s'oppose à l'inégalité – et non à la différence – entre les sexes* »<sup>577</sup>.

C'est dans ce cadre que la théorie du *gender mainstreaming*, ou « *approche intégrée de l'égalité femme-homme* » a été développée depuis la fin des années 1990 comme une nouvelle pensée de l'égalité entre femmes et hommes aussi bien sur le plan international qu'europpéen. Sur le plan international d'abord, les Nations Unies ont introduit progressivement la notion de *gender mainstreaming* dans le cadre de leur action, et ce depuis l'adoption des conclusions concertées 1996/3 concernant la garde des enfants et autres personnes à charge, y compris le partage des tâches et des responsabilités familiales<sup>578</sup>. Une année plus tard, le Conseil

---

<sup>574</sup> OLLAGNIER, E. « La question du genre en formation des adultes. » *Savoirs* (2010) : 9-52, p. 13.

<sup>575</sup> *Ibidem*.

<sup>576</sup> La traduction de *gender equality* par *égalité homme-femme* montre la difficulté du droit français, déjà évoquée ci-dessus, à intégrer la notion de *genre* dans la pensée des rapports hommes-femmes.

<sup>577</sup> CONSEIL DE L'EUROPE. *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et rapport explicatif*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, §54, p. 51.

<sup>578</sup> V. le rapport sur la quarantième session de la Commission de la condition de la femme (11-22 mars 1996), E/1996/26 - E/CN.6/1996/15, p. 15.

économique et social des Nations Unies a considéré que ce terme englobe à la fois le processus d'évaluation de l'impact de toute action de l'État sur les femmes et les hommes, et une stratégie qui prend en compte les soucis et les expériences des deux sexes dans la conception et l'élaboration des politiques et des programmes de toutes sortes<sup>579</sup>. De ce fait, le but est d'instaurer une égalité réelle entre les femmes et les hommes en étudiant distinctement en amont l'impact de chaque politique sur chacun d'entre eux, afin d'aboutir à l'objectif ultime qui est l'égalité des genres<sup>580</sup>.

Sur le plan européen ensuite, le Conseil de l'Europe a joué un rôle indéniable dans la promotion de « *l'approche intégrée de l'égalité entre femmes et hommes* ». De cette implication active du Conseil est née la définition « officielle » de l'approche intégrée de l'égalité qui sera par la suite utilisée par les instances européennes : « *L'approche intégrée consiste en la (ré)organisation, l'amélioration, l'évolution et l'évaluation des processus de prise de décision aux fins d'incorporer la perspective de l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines et à tous les niveaux, par les acteurs généralement impliqués dans la mise en place des politiques* »<sup>581</sup>. L'approche intégrée de l'égalité n'est pas une fin en soi, mais un instrument pour atteindre le but ultime qui est l'égalité réelle entre les deux sexes.

De ce fait, il permet la mise en place de nombreuses mesures ayant pour but la protection des femmes contre les violences, telles que celles adoptées par le Conseil de l'Europe<sup>582</sup>. Cette notion s'impose progressivement comme un concept crucial pour la protection des droits des femmes par les institutions du droit international<sup>583</sup>. Plus récemment, la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique a été

---

<sup>579</sup> L'intégration d'une perspective de genre a été définie par les Conclusions concertées adoptées en 1997 par l'ECOSOC (E/1997/100) comme suit : « *Intégrer une démarche d'équité entre les sexes, c'est évaluer les incidences pour les femmes et pour les hommes de toute action envisagée, notamment dans la législation, les politiques ou les programmes, dans tous les secteurs et à tous les niveaux. Il s'agit d'une stratégie visant à incorporer les préoccupations et les expériences des femmes aussi bien que celles des hommes dans l'élaboration, la mise en œuvre, la surveillance et l'évaluation des politiques et des programmes dans tous les domaines – politique, économique et social – de manière que les femmes et les hommes bénéficient d'avantages égaux et que l'inégalité ne puisse se perpétuer. Le but ultime est d'atteindre l'égalité entre les sexes* ».

<sup>580</sup> V. notamment l'avis sur la perspective de genre adopté le 22 mars 2012 par la CNCDH (Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme), §6, p. 2.

<sup>581</sup> Conseil de l'Europe. (2004). Le rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité sur *l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, p. 13, accessible sur le site : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680596136>.

<sup>582</sup> En 1993, la 3<sup>e</sup> Conférence ministérielle européenne sur l'égalité entre les femmes et les hommes était consacrée aux « *Stratégies pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes dans la société: médias et autres moyens* ». Il a été suivi en 2002 par l'adoption de la Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des femmes contre la violence.

<sup>583</sup> Fondimare, E. « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination [édition numérique]. » *La Revue des droits de l'homme* (2014), §12.

adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 7 avril 2011<sup>584</sup>. Cette Convention, qui a été ratifiée par la France<sup>585</sup>, est considérée comme le premier traité international qui contient une définition du genre. Son objectif essentiel est de mettre l'accent sur le fait que la violence exercée sur la femme est une forme de violence fondée sur le genre, défini comme désignant « *les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* »<sup>586</sup>. À ce titre, elle a incité les États à prendre toutes les mesures nécessaires, y compris législatives, afin de prévenir toute forme de violence et de protéger les victimes et de poursuivre les auteurs de ces infractions.

Le genre a tendance « *à brouiller les frontières entre le masculin et le féminin, il bouscule l'origine d'un monde binaire que l'on croyait immuable* »<sup>587</sup>. Même si cette notion est consacrée juridiquement, elle demeure tout de même timidement employée dans la recherche juridique française<sup>588</sup>. À ce titre, la Commission générale de la terminologie et de néologie<sup>589</sup> avait recommandé en 2005 de ne pas utiliser le mot *genre* pour préférer le terme *sexe*.

Le terme *genre* rencontre de vives critiques dans le monde arabo-musulman. Il est perçu à la fois comme une invasion culturelle<sup>590</sup> et comme un mensonge ne se fondant sur aucune démonstration scientifique. Selon certains auteurs arabes<sup>591</sup>, il tendrait vers l'affirmation d'une totale similarité entre les deux sexes en faisant abstraction de leurs différences biologiques. Ainsi, pour Madame As-sa'ad<sup>592</sup>, la notion de genre dans sa conception actuelle a été détournée de sa finalité première - asseoir une égalité entre femmes et hommes et lutter contre les

---

<sup>584</sup> Elle a été ouverte à la signature le 11 mai 2011 à l'occasion de la 121<sup>e</sup> session du Comité des Ministres à Istanbul. Suite à sa 10<sup>e</sup> ratification par l'Andorre le 22 avril 2014, la Convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2014.

<sup>585</sup> Elle a été ratifiée par la France le 4 juillet 2014.

<sup>586</sup> C'est la définition exacte donnée par la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul, art. 3 c.

<sup>587</sup> CHARRUAU, J. « L'introduction de la notion de genre en droit français. » *RFDA* (2015) : 127.

<sup>588</sup> *Ibidem*.

<sup>589</sup> V. la Recommandation sur les équivalents français du mot "gender" du 22 juillet 2005 de la Commission générale de terminologie et de néologie, accessible sur le site du Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche : <http://www.education.gouv.fr/bo/2005/34/CTNX0508542X.htm> ; LOCOH, TH. et MERON, M. « Le "genre" interdit ? [édition numérique]. » *Travail, genre et sociétés* (2006) : 119-122, p. 119.

<sup>590</sup> « *Un complot colonial d'une croisade européenne* » In FILIÉ, F. *aljandar ghazou thaqafi (Le genre : une invasion culturelle)* [en arabe]. Le Caire : Aalam Alkitab, 2008, p. 10.

<sup>591</sup> L'avis de Madame Nora As-sa'ad [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alriyadh.com/15331> ; L'avis de Monsieur Ahmed Khudur [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alukah.net/web/khedr/0/53690/>.

<sup>592</sup> Professeur de sociologie à l'Université du roi Abdulaziz.



discriminations<sup>593</sup>. Cette notion serait défendue aujourd'hui dans un but immoral et en niant les différences naturelles et biologiques qui séparent les femmes et les hommes.

Le consensus international se dégage visiblement en faveur d'instaurer une égalité des genres. Cette dernière est capitale pour la protection des droits de l'Homme et le fonctionnement de la démocratie. En réalité, l'égalité des genres ne signifie pas une confusion entre les sexes, mais un traitement ne tenant pas compte des différences qui les caractérisent dans leurs rôles sociaux et leurs caractères<sup>594</sup>. L'intérêt de la notion de genre est de penser la distinction entre femmes et hommes sous l'angle des rapports sociaux, et non en tant que différences naturelles et nécessaires. La théorie d'une construction sociale des inégalités justifie pleinement l'idée qu'il ressort du rôle de la société elle-même de corriger ces inégalités.

De ce fait, cette notion est davantage à même d'assurer un traitement équitable entre femmes et hommes que la pensée musulmane d'une complémentarité naturelle, qui peut être utilisée politiquement comme la justification *a priori* de toute forme de discrimination.

Madame Housseau<sup>595</sup> a été l'une des rares auteures arabes qui considèrent que la notion du genre est compatible avec celle de la complémentarité. Dans son ouvrage *Le genre : les dimensions sociales et culturelles*, elle considère que la notion de genre est un produit social et culturel en constante évolution propre à chaque société. Selon cette auteure, cette notion admet l'existence de différences et de diversité dans les rôles des femmes et des hommes au sein de la société, selon la culture qui règne au sein de cette dernière. La notion de genre ne remet en cause cette répartition de tâches qu'à deux conditions. La première est l'existence d'une égalité dans la valeur des rôles joués par les deux sexes, et dans la place qu'occupe chacun d'entre eux, dans la mesure où il n'y a pas de soumission de l'un par rapport à l'autre. Ceci revient à affirmer une égale dignité entre femmes et hommes.

La deuxième condition est que le législateur soit objectif dans sa conception des faits, en intégrant à la fois le point de vue des femmes et celui des hommes. Elle insiste d'autre part sur l'importance de considérer cette différence entre les deux sexes comme une base de complémentarité entre eux et non de distinction.

---

<sup>593</sup> Il convient de noter que le point de vue de cette auteure et ses critiques sont basés essentiellement sur les opinions formulées par les courants féministes radicaux, et non pas sur la définition officielle de la notion de genre telle qu'elle figure dans les textes officiels.

<sup>594</sup> HOUSSEAU, I. *Aljnder : al'aba'd al'ijtimaia walthaqafia (Le genre : les dimensions sociales et culturelles)* [en arabe]. Amman : Dar Elchourouq, 2009, V. l'introduction.

<sup>595</sup> Professeuse de sociologie à l'Université privée d'Amman et directrice du Centre du genre en Jordanie.

La théorie musulmane d'une répartition complémentaire entre femme et homme peut ainsi être compatible avec le principe d'égalité des genres, dans la mesure où cette complémentarité est valorisée d'une façon égale.

## Conclusion

La notion de genre permet de penser les différences entre femmes et hommes et les inégalités qui en résultent sans les justifier comme des données naturelles et nécessaires, en en faisant le produit d'une construction sociale.

Instaurées par le système patriarcal, les inégalités de genre sont principalement fondées sur la subordination des femmes par rapport aux hommes. La violence à l'égard des femmes en est le symptôme, mais aussi l'outil privilégié pour leur perpétuation.

Afin d'assurer une égalité réelle, garantissant la dignité et la liberté, il est indispensable de lutter contre les stéréotypes de genre en tant qu'obstacles culturels<sup>596</sup>. Il s'agit pour cela de refonder une définition sociale des genres permettant la différence sans entraîner de hiérarchisation, par la réalisation d'un véritable partenariat entre femmes et hommes dans la sphère publique comme privée<sup>597</sup>.

---

<sup>596</sup> AUROUET-HIMEUR, A. *op. cit.*, p. 118.

<sup>597</sup> Conseil de l'Europe. (2004). Le rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité sur *l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, p. 9, accessible sur le site : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680596136>.

## TITRE II - LES TENTATIVES DE CONSÉCRATION SUPRANATIONALE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX

Au sein du couple se jouent et s'exacerbent les inégalités entre femmes et hommes. Le principe d'égalité entre époux découle avant tout de l'égalité dans la participation sociale et politique. En effet, les époux ne peuvent prétendre à l'égalité au sein du couple s'ils ne jouissent pas des mêmes droits en dehors de celui-ci. De ce fait, proclamer l'égalité entre époux nécessite d'abord d'affirmer l'égalité entre femmes et hommes, en gardant à l'esprit les enjeux spécifiques du cadre familial et plus particulièrement matrimonial.

Conscient de la persistance d'inégalités entre femmes et hommes, malgré l'affirmation du principe d'égalité dans les principaux instruments internationaux, le droit international a élaboré des textes spécifiques<sup>598</sup> qui tendent à éliminer toute forme de discrimination à l'égard des femmes dans leur participation sociale en général et plus particulièrement au sein de leur famille.

Ces textes constituent un cadre juridique pour guider les législations internes de chacun des pays concernés par notre étude. Au niveau international, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) joue un rôle indéniable pour l'affirmation du principe d'égalité et la définition d'un cadre juridique commun pour les relations entre époux (Chapitre I). L'élaboration de textes régionaux en droit de la famille vise le même objectif de constituer un socle partagé, tout en garantissant l'identité culturelle propre à chaque aire géographique (Chapitre II).

---

<sup>598</sup> Le terme *déclaration* est utilisé pour désigner un acte par lequel un ou plusieurs sujets de droit international « constatent l'existence d'un état de fait ou de droit ». De son côté, la Charte définit solennellement les droits et les devoirs. La Convention quant à elle désigne un accord multilatéral, conclu entre des sujets de droit international sous l'égide d'organisations internationales, qui doit être ratifié par des États afin d'obtenir une force contraignante. In CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v<sup>o</sup> charte, convention et déclaration.

# Chapitre I - La reconnaissance progressive du principe par le droit international

Dès sa création, l'Organisation des Nations Unies s'est intéressée, en parallèle de la proclamation des droits universels de l'Homme, à la situation des femmes<sup>599</sup>. La Charte des Nations Unies adoptée lors de la conférence de San Francisco le 26 juin 1945<sup>600</sup> a énoncé le principe de l'égalité entre femmes et hommes dès les premières lignes de son préambule en l'incluant dans les droits fondamentaux de l'Homme, qui préservent la dignité et la valeur de la personne humaine. Aucun document international n'avait auparavant affirmé avec une telle précision sa volonté de consacrer légalement l'égalité entre les deux sexes<sup>601</sup>.

L'Organisation des Nations Unies a déployé beaucoup d'efforts afin d'améliorer le statut des femmes à travers le monde, notamment à travers la collecte d'informations les concernant d'une part, et d'autre part en participant à la codification et au renforcement de leurs droits juridiques, y compris civils<sup>602</sup>. Ces efforts ont conduit à la reconnaissance du rôle que jouent les femmes dans le processus du développement, et partant, à la promotion de leurs droits à participer à toutes les activités sociales<sup>603</sup>. À cette fin, la Commission des droits de l'Homme créée le 16

---

<sup>599</sup> On trouve cette affirmation dans le paragraphe 2 du Préambule de la Charte des Nations Unies qui a été signée à San Francisco le 26 juin 1945 : « à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites » ; dans le 5<sup>e</sup> Considérant du Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 : « Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande » ; ainsi que dans l'article 3 du Pacte International de 1966 relatif aux Droits Civils et Politiques : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte ». De même, le PIDCP a stipulé dans le paragraphe 4 de l'article 23 que les États doivent prendre « les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire ». Il convient de souligner que le Qatar et l'Arabie Saoudite n'ont pas ratifié ce Pacte.

<sup>600</sup> Partant du principe de l'égalité de droit entre les peuples et soucieuse de contribuer au développement des relations amicales entre eux, la Charte a énoncé une série de principes et de résolutions qui tendent à mettre en place les conditions nécessaires pour le maintien de la justice et la défense des droits de l'Homme, accessible sur le site officiel des Nations Unies : <http://www.un.org/fr/sc/repertoire/principles.shtml> .

<sup>601</sup> À cet égard, une des tâches primordiales qui lui a été assignée est de promouvoir « le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». Article 55-c de la Charte des Nations Unies. En effet, dès le préambule, la Charte des Nations Unies a proclamé, au même titre que les autres droits fondamentaux des droits de l'Homme, « l'égalité de droits des hommes et des femmes ».

<sup>602</sup> Le Département de l'information de l'ONU. (avril 2000). *Les quatre conférences mondiales sur les femmes 1975-1995* : *Perspective historique*, accessible sur le site : <http://www.un.org/french/womenwatch/followup/Beijing5/session/fond.html> .

<sup>603</sup> *Ibidem*.

février 1946 a été dotée d'une sous-commission dédiée à la condition de la femme<sup>604</sup>. Le 21 juin 1946, par une résolution du Conseil économique et social des Nations Unies, cette sous-commission est devenue le principal organe intergouvernemental mondial dédié à la promotion de l'égalité des sexes<sup>605</sup> et de l'autonomisation des femmes<sup>606</sup>.

Consciente de la nécessité de prévoir une législation internationale dédiée à la lutte contre les discriminations des femmes, l'Assemblée générale des Nations Unies a chargé la Commission en décembre 1963 de préparer un projet dans ce sens<sup>607</sup>. Après de nombreux amendements, le projet de Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a été finalement adopté à l'unanimité le 7 novembre 1967 par l'Assemblée générale<sup>608</sup>.

Tenant compte du poids des coutumes et des traditions dans le renforcement de l'infériorité du statut de la femme, la Déclaration a été le premier texte international appelant ouvertement à « *éduquer l'opinion publique* »<sup>609</sup>, abolir les préjugés et supprimer toutes les pratiques,

---

<sup>604</sup> Cette Commission a été créée par la Résolution adoptée le 21 juin 1946 par le Conseil économique et social des Nations Unies. Initialement créée sous le nom de « *Commission on the Status of Women* », elle a été traduite en singulier en français par la « *Commission de la condition de la femme* ». Le passage du pluriel au singulier n'est pas uniquement une question de traduction, mais la dépasse en englobant toutes les femmes dans la même condition en dépit des différentes expériences de chacune. Le choix du singulier a été également fait lors de la traduction du nom de la commission en arabe, ce qui soulève les mêmes questions.

<sup>605</sup> La Commission de la condition de la femme a joué un rôle considérable dans la promotion des droits des femmes sur le plan mondial. Elle a contribué à la mise en place de normes relatives à l'égalité des sexes. À cet effet, elle a veillé à ce que le droit international des droits de l'Homme dans son universalité n'établisse pas de discrimination à l'égard des femmes en instaurant une protection catégorielle à leur égard : « *la protection catégorielle s'adresse à une catégorie d'êtres humains, en l'espèce les femmes* ». cf. GALEY, M. « Promoting Nondiscrimination against Women : The UN Commission on the Status of Women [en anglais]. » *International Studies Quarterly* (1979) : 273-302, p. 274 ; GROSSE, S. « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. » ROMAN, D. *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014. 19-47, p. 20.

<sup>606</sup> C'est grâce à son action que les principaux instruments internationaux des droits de l'Homme, et en particulier la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les Pactes internationaux, ont été rédigés de façon neutre, soulignant l'égalité entre les deux sexes. Dans le cadre de son action protectrice à l'égard des droits des femmes, la Commission a veillé à l'adoption de Conventions internationales qui élargissent la sphère de l'égalité de droits entre femmes et hommes au domaine professionnel, comme c'est le cas de la Convention n°100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale du 29 juin 1951. Elle s'est également intéressée à l'adoption de textes spécifiques visant à protéger leurs droits dans le cadre de situations de vulnérabilité, comme la Convention n°103 sur la protection de la maternité du 28 juin 1952. De même, elle a adopté la Convention sur les droits politiques des femmes du 31 mars 1953, la Convention sur la nationalité de la femme mariée du 20 février 1957 et la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum et l'enregistrement des mariages du 10 décembre 1962, accessibles sur le site : <http://www.unwomen.org/fr/csw/brief-history>.

<sup>607</sup> Résolution 1921 (XVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 5 décembre 1963 (dix-huitième session) sur le Projet de Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

<sup>608</sup> Résolution 2263 (XXII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 7 novembre 1967 (vingt-deuxième session) sur la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

<sup>609</sup> L'article 3 de la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes prévoit que « *toutes mesures appropriées doivent être prises pour éduquer l'opinion publique et inspirer dans les pays le désir d'abolir les préjugés et de supprimer toutes pratiques, coutumières et autres, qui sont fondées sur l'idée de l'infériorité de la femme* ».

notamment coutumières, qui appuient cette infériorité. La Commission s'est rapidement rendu compte qu'une simple déclaration d'une valeur non contraignante était insuffisante pour lutter contre les discriminations que subissent les femmes<sup>610</sup>, et qu'une Convention catégorielle était nécessaire pour lier juridiquement les États.

C'est dans ce contexte que l'Assemblée générale a adopté le 18 décembre 1979 la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)<sup>611</sup>. Entrée en vigueur moins de deux ans après son adoption<sup>612</sup>, la CEDEF est aujourd'hui ratifiée par plus de cent quatre-vingt-neuf États<sup>613</sup>, ce qui fait d'elle la deuxième Convention protectrice des droits de l'Homme après la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Dans le cadre de cette étude, nous montrerons dans quelle mesure cette Convention, signée et ratifiée par les quatre pays objets de notre comparaison, constitue un outil essentiel pour la défense des droits des femmes sur le plan international et en particulier la promotion de l'égalité entre époux (Section I), bien que sa transposition dans les droits internes puisse faire question du fait des enjeux spécifiques aux questions relatives à la famille (Section II).

---

<sup>610</sup> GROSBON, S. *op. cit.*, p. 22.

<sup>611</sup> Résolution 34/180 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 décembre 1979 (trente-quatrième session) sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Il convient de souligner que la Convention a été adoptée par 130 voix contre zéro, avec uniquement 11 abstentions (le Bangladesh, le Brésil, les Comores, Djibouti, Haïti, le Mali, la Mauritanie, le Mexique, le Maroc, l'Arabie Saoudite, le Sénégal). Cependant, ces derniers ont fait savoir qu'ils se sont abstenus de voter non pas en raison de leur opposition quant au fond du texte, mais en raison de la précipitation des négociations empêchant un dernier commentaire en profondeur du texte avant son adoption.

<sup>612</sup> Entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

<sup>613</sup> Selon le site officiel des Nations Unies, consulté le 15 juin 2019 : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=fr).



## Section I - La CEDEF, un outil incontournable pour le renforcement du principe

La Convention marque l'aboutissement de plus de trente années de travail dans le but de promouvoir les droits des femmes, en constituant un cadre légal contraignant sur le plan international qui garantit l'égalité de droits entre les femmes et les hommes et identifie les enjeux spécifiques à l'égalité dans le cadre matrimonial. Il s'agit du premier instrument du droit international des droits de l'Homme à caractère catégoriel destiné à consacrer les droits des femmes, et qui occupe une place particulière parmi les autres traités internationaux.

Considérée comme « *une déclaration internationale des droits des femmes* »<sup>614</sup>, la CEDEF se fonde sur les droits fondamentaux consacrés par le droit international des droits de l'Homme, en réaffirmant son attachement aux principes de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les domaines politiques, civils, économiques et sociaux.

Son acceptation a été soutenue par l'action de nombreux acteurs internationaux dont l'Organisation des Nations Unies (ONU) qui à partir du milieu des années soixante-dix a inscrit la condition féminine au centre de son agenda à travers la tenue de quatre conférences mondiales<sup>615</sup> destinées à développer des stratégies et des plans d'action pour la promotion des droits des femmes. La première conférence, à Mexico du 19 juin au 2 juillet 1975, était baptisée « *année internationale de la femme* »<sup>616</sup> et avait pour objectif d'intensifier les efforts pour l'instauration d'« *une égalité complète entre les hommes et les femmes et l'élimination de la discrimination fondée sur le sexe ; l'intégration et la pleine participation des femmes au développement ; et une contribution de plus en plus importante des femmes au renforcement de la paix internationale* »<sup>617</sup>.

Cette convention a permis de redéfinir précisément la notion de discrimination à l'égard des femmes et les mesures étatiques permettant de l'endiguer (Paragraphe I). Pour la promotion de l'égalité entre femmes et hommes, la CEDEF accorde une place primordiale à l'égalité dans le

---

<sup>614</sup> V. le troisième paragraphe de l'introduction de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>615</sup> Le Département de l'information de l'ONU. (avril 2000). *op. et loc. cit.*

<sup>616</sup> La décision de proclamer l'année 1975 « *année internationale de la femme* » a été prise par les Nations Unies aux termes de la résolution 3010 (XXVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 décembre 1972.

<sup>617</sup> Le Département de l'information de l'ONU. (avril 2000). *op. et loc. cit.*

cadre familial et conjugal et propose un socle juridique étoffé pour garantir l'égalité des époux (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - La définition d'une approche pour la lutte contre les discriminations**

Si l'objectif de la CEDEF est d'instaurer une égalité parfaite en droit, symétrique lorsque cela s'avère possible, les rédacteurs de cette convention prennent en compte les différences entre femmes et hommes pour instaurer une protection spécifique à l'égard des femmes, tout en restant prudents afin de ne pas véhiculer l'idée que les femmes seraient faibles par nature<sup>618</sup>. À cet égard, les propositions qui excluaient la femme de certains travaux jugés « *pénibles* » ou « *physiquement nuisibles pour elles* » en raison de « *leurs particularités physiologiques* »<sup>619</sup> ont été rejetées.

L'étude par la CEDEF de la notion de discrimination directe comme indirecte nous conduira à mettre la lumière sur la portée extensive et évolutive de cette notion (A) avant de présenter les engagements étatiques pour la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes (B).

#### **A- Le caractère extensif et évolutif de la notion de discrimination**

Si la mouture finale d'une Convention catégorielle a emporté l'accord des États, de nombreux débats ont eu lieu lors des négociations de la Convention<sup>620</sup>. En effet, certains États n'étaient pas d'accord pour que le texte de la Convention porte uniquement sur la discrimination à l'égard des femmes, et donc fondée sur le sexe. À ce titre, les pays scandinaves et nord-américains ont exprimé leur souhait d'adopter une convention asexuée. Mais les partisans<sup>621</sup> d'une convention catégorielle ont mis en avant la nécessité d'une protection spécifique à l'égard des femmes en raison de la domination masculine et donc l'infériorisation de leur statut social<sup>622</sup>.

---

<sup>618</sup> NIVARD, C. « La Convention, un outil pour l'égalité. » ROMAN, D. *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014. 107-132, p. 107.

<sup>619</sup> Rapport de la Commission de la condition de la femme de 1974 (vingt-cinquième sessions), ECOSOC, figurant dans le document E/CN.6/L.550/Add.1-15, Article 4 §2 et 12-a [en anglais] ; GROSBON, S. *op. cit.*, p. 27.

<sup>620</sup> GROSBON, S. *op. cit.*, p. 22.

<sup>621</sup> Rapport de la Commission de la condition de la femme de 1976 (vingt-sixième sessions), ECOSOC, figurant dans le document E/CN.6/608, supplément n°3, §31, p. 30.

<sup>622</sup> GROSBON, S. *op. cit.*, p. 27.

**La définition de la notion de discrimination à l'égard des femmes.** La Convention commence par définir ce qu'elle entend par discrimination à l'égard des femmes. Ainsi, l'article 1 de la Convention la considère comme étant « *toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine* ». Par cette définition, la Convention entend qu'est prohibé tout traitement reposant sur une distinction ou une discrimination à l'égard des femmes les empêchant d'exercer un droit.

La Convention fait de l'interdiction de toute discrimination à l'égard des femmes sa priorité, en garantissant une égale jouissance des droits de l'Homme dans « *tous les domaines* »<sup>623</sup>. Que la Convention ne s'y limite pas, par l'ajout de la mention « *dans tout autre domaine* »<sup>624</sup>, montre qu'elle a voulu accorder à la notion de discrimination une portée illimitée aussi bien dans la sphère publique que privée. À cet égard, la lecture combinée des articles 7 à 16 montre la volonté d'éliminer toute discrimination à l'égard des femmes dans le cadre de l'exercice de leurs droits, en prévoyant que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires à cet effet. Ainsi, la Convention couvre un large éventail de droits fondamentaux, et notamment le droit de participer à la vie politique et publique nationale<sup>625</sup>, la représentation à l'échelon international<sup>626</sup>, le droit à la nationalité<sup>627</sup>, le droit à l'éducation<sup>628</sup>, les droits liés au domaine de l'emploi<sup>629</sup>, le droit à la santé<sup>630</sup>, l'égalité devant la loi<sup>631</sup>, les droits relatifs au mariage et se rapportant aux rapports familiaux<sup>632</sup>, *etc.*

Cette conception de la notion de discrimination adoptée par la Convention répond à l'objectif d'assurer une protection large aux femmes par rapport aux autres instruments internationaux de protection des droits de l'Homme<sup>633</sup>.

Dans l'étude mondiale de 1999 sur le rôle des femmes dans le développement, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (ci-après Comité CEDEF) a précisé les contours de cette notion telle que citée par la Convention. Il a souligné qu'à travers ce terme la

---

<sup>623</sup> V. le préambule de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>624</sup> Article 1<sup>er</sup> de la CEDEF.

<sup>625</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>626</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>627</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>628</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>629</sup> *Ibid.*, art. 11.

<sup>630</sup> *Ibid.*, art. 12.

<sup>631</sup> *Ibid.*, art. 15.

<sup>632</sup> *Ibid.*, art. 16.

<sup>633</sup> NIVARD, C. *op. cit.*, p. 108.

CEDEF a dépassé le cadre du sexe biologique pour englober le « *genre* » ou « *gender* » qui renvoie à la dimension sociale et culturelle engendrant une hiérarchie dans les rapports femme-homme, au détriment de ces dernières<sup>634</sup>. Dans ce contexte, les variations culturelles dans le temps influent sur les rapports entre les deux sexes qui se caractérisent par un « *partage asymétrique du pouvoir entre les hommes et les femmes* »<sup>635</sup>.

Toutefois, cette approche de la discrimination vise uniquement les comportements défavorables à l'égard des femmes. Ainsi, « *toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe* » n'est prohibée que si elle compromet ou détruit « *la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes [...] des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », et ce, « *sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme* »<sup>636</sup>.

Toutefois, malgré ses importants apports dans le cadre de la protection des droits des femmes et la lutte contre toute forme de discrimination à leur encontre, la CEDEF a néanmoins omis d'aborder les droits reproductifs et sexuels des femmes ainsi que la répression de la violence à leur égard. Cette omission est regrettable, car la violence est une forme de discrimination à l'égard des femmes qui renforce fortement l'inégalité entre les deux sexes. Ainsi, les hommes ont souvent recours à la violence, particulièrement physique, afin de perpétuer les pratiques traditionnelles patriarcales qui limitent la liberté des femmes.

Cette lacune a été comblée par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes<sup>637</sup>. Dans sa Recommandation générale n°12 de 1989 tout d'abord, il est prévu que les États parties prennent toutes les mesures nécessaires « *pour protéger les femmes contre les violences de toutes sortes se produisant dans la famille, sur le lieu de travail et dans tout autre secteur de la vie sociale* ». D'autre part, dans sa Recommandation générale n°19, le Comité a inclus la violence fondée sur le sexe comme une forme de discrimination à l'égard des femmes. À ce titre, il définit la violence fondée sur le sexe comme étant « *la violence exercée contre une*

---

<sup>634</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Étude mondiale de 1999 sur le rôle des femmes dans le développement : la mondialisation et ses conséquences sur les femmes et l'emploi, cinquante-quatrième session, figurant dans le document A/54/227 du 18 août 1999, §16 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, §7, note n°2 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, §5.

<sup>635</sup> Document A/54/227 du 18 août 1999. *op. et loc. cit.*

<sup>636</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §4 et §5.

<sup>637</sup> Ce comité est un organe constitué, selon l'article 17 de la CEDEF, de vingt-trois experts indépendants qui surveille l'application de la Convention.

*femme parce qu'elle est une femme* »<sup>638</sup>, et considérée de ce fait comme « *sexospécifique* »<sup>639</sup>. Cette forme de discrimination peut revêtir plusieurs formes, elle englobe « *les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté* »<sup>640</sup>.

Cette approche extensive de la notion de discrimination fait de la Convention, comme l'a souligné le Comité CEDEF, un instrument évolutif<sup>641</sup> à travers le temps dans le sens où elle peut inclure aussi bien des domaines connus aujourd'hui que d'autres qui apparaîtront à l'avenir, au gré des mutations sociétales. Sur ce point, elle s'est distinguée de la définition de la notion de discrimination fournie dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui se limitait aux domaines « *politique, économique, social, culturel ou tout autre domaine de la vie publique* ».

**La notion de discrimination directe et indirecte.** À la lumière de ce qui précède, force est de souligner que la Convention a voulu inclure les formes de discrimination aussi bien directes qu'indirectes. Ainsi, à la lumière des recommandations de la Convention, les États doivent remplir leurs obligations juridiques envers les femmes en éliminant toute forme de discrimination, active ou passive, fondée particulièrement sur le sexe<sup>642</sup>. Sur ce point, le Comité CEDEF a précisé dans sa Recommandation générale n°28 que cette forme particulière de discrimination est intimement liée à d'autres facteurs tels que « *la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles* »<sup>643</sup>.

Par discrimination directe, le Comité CEDEF entend tout « *traitement différent explicitement fondé sur le sexe et les particularités sociales liées au sexe* »<sup>644</sup>. Cette forme de discrimination est facilement décelable parce qu'elle repose<sup>645</sup> sur le critère du sexe biologique<sup>645</sup>, mais également sur la dimension sociale liée au sexe<sup>646</sup>, faisant renvoi au terme *genre*. Ainsi doivent être comprises dans la catégorie de discrimination directe non seulement les discriminations à

---

<sup>638</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 19 concernant la violence à l'égard des femmes, figurant dans le document A/47/38, §6.

<sup>639</sup> Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes, Pékin, 4-15 septembre 1995, figurant dans le document A/CONF.177/20/Rev.1, §99.

<sup>640</sup> Recommandation générale n° 19 figurant dans le document A/47/38, *op. cit.*, §6.

<sup>641</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §3.

<sup>642</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §4.

<sup>643</sup> *Ibid.*, §18.

<sup>644</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §16.

<sup>645</sup> NIVARD, C. *op. cit.*, p. 116.

<sup>646</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §5.

l'égard des femmes en raison de leur sexe féminin, mais également en raison « *des particularités sociales liées au sexe* »<sup>647</sup>. Ici s'exprime particulièrement la conception de l'égalité dite *formelle*.

En revanche, la discrimination indirecte est le fruit « *d'une loi, une politique, un programme ou une pratique qui semble neutre du point de vue des rapports hommes-femmes mais a en pratique un effet discriminatoire à l'égard de ces dernières, car ils ne prennent pas compte des inégalités préexistantes* » entre les deux sexes<sup>648</sup>. Contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte peut receler les formes de discriminations les plus cachées<sup>649</sup> du fait de leur caractère neutre en apparence. Ainsi, des lois ou politiques peuvent conduire à renforcer « *les inégalités préexistantes* » en méconnaissant les inégalités des rapports de pouvoir entre femmes et hommes ainsi que celles fondées sur des facteurs structurels et historiques<sup>650</sup>. Elles peuvent de façon non intentionnelle « *calquer par mégarde les modes de vie masculins* » en ne tenant pas compte des « *aspects de vie des femmes qui ne correspondent pas à ceux des hommes* »<sup>651</sup>. Il s'agit là de tenir compte des différences sociales entre femmes et hommes pour l'élaboration d'une politique égalitaire.

Enfin, en utilisant le terme « *quel que soit leur état matrimonial* », l'article 1 de la CEDEF a tenu à éliminer toute forme de discrimination fondée sur le statut matrimonial. Cette précision peut sembler aujourd'hui désuète en raison des avancées législatives qui ont aboli toute distinction fondée sur le statut de la femme mariée. Elle s'avérait toutefois nécessaire lors de la rédaction de la Convention du fait de l'existence de nombreuses dispositions nationales à l'époque qui prévoyaient des dispositions défavorables à son égard. Cette phrase peut également être interprétée comme excluant toute distinction à l'égard des femmes non mariées, ce qui permet une couverture large du champ d'application de l'interdiction de la discrimination.

---

<sup>647</sup> C'est le cas notamment des discriminations en matière d'emploi que peuvent subir les femmes pendant la période de maternité, des différences salariales entre femmes et hommes pour la fourniture d'un travail de même niveau ou encore les différences expresses dans certaines législations entre les femmes et les hommes.

<sup>648</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §16.

<sup>649</sup> NIVARD, C. *op. cit.*, p. 117.

<sup>650</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. et loc. cit.*

<sup>651</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §7, note n°1.



## B- Les mesures prescrites pour l'instauration d'une égalité réelle

La lecture combinée des articles 2 à 16 fait ressortir le cadre légal auquel les États parties doivent se conformer pour lutter contre la discrimination sous toutes ses formes<sup>652</sup> à l'égard des femmes. La France, la Tunisie, l'Arabie Saoudite et le Qatar font partie des pays qui ont ratifié<sup>653</sup> la CEDEF.

Cette dernière a autorisé les États parties par le biais de l'article 4 à prendre deux séries de mesures : d'une part des mesures spéciales permanentes<sup>654</sup> afin de tenir compte des différences entre les femmes et les hommes, et d'autre part des mesures spéciales temporaires<sup>655</sup> pour accélérer l'égalité entre eux. Dans la Recommandation générale n°25<sup>656</sup>, le Comité a commencé par souligner que cet article doit être interprété à la lumière de l'objectif général de la Convention en vue d'instaurer une égalité entre femmes et hommes<sup>657</sup>, qui requiert de dépasser le cadre de l'égalité formelle<sup>658</sup> et de tenir compte des « *différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale* »<sup>659</sup>. C'est dans ce sens que certaines législations accordent aux femmes certains droits tels que le congé maternité : « *une approche purement formelle, qu'elle soit juridique ou programmatique, ne peut parvenir à instaurer entre hommes et femmes l'égalité de fait, c'est-à-dire [...] une égalité réelle (ou concrète)* »<sup>660</sup>.

De ce fait, l'égalité réelle nécessite un traitement différencié entre les femmes et les hommes, et se rapproche ainsi de la notion d'égalité matérielle qui « *prohibe un traitement identique des personnes se trouvant dans des situations différentes* »<sup>661</sup>. À cet effet, on peut considérer que la Convention a adopté dans ce cas une « *approche explicitement asymétrique de l'égalité* »<sup>662</sup>.

---

<sup>652</sup> Article 2 de la CEDEF.

<sup>653</sup> La France l'a signée le 17 juillet 1980 et l'a ratifiée le 14 décembre 1983. La Tunisie a signé la CEDEF le 24 juillet 1980 et l'a ratifiée le 20 septembre 1985. L'Arabie Saoudite a signé et ratifié le même jour le 7 Septembre 2000, le Qatar a ratifié directement le 29 Avril 2009.

<sup>654</sup> Article 4 §2.

<sup>655</sup> Article 4 §1.

<sup>656</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §4.

<sup>657</sup> À ce titre, le Comité dans sa Recommandation générale n°29 §8 souligne que l'égalité de fait (ou l'égalité réelle) « *ne peut être garantie que si les États parties examinent la façon dont les lois et politiques sont appliquées et les effets qu'elles ont et veillent à ce qu'elles se traduisent effectivement par une situation d'égalité, compte tenu des inégalités et de l'exclusion dont les femmes sont victimes* ».

<sup>658</sup> Dans le même ordre d'idées, le Comité dans sa Recommandation générale n°29 §8 a défini l'égalité formelle en précisant qu'elle « *peut être garantie par l'adoption de lois et de politiques qui s'appliquent indifféremment aux deux sexes et prévoient a priori un traitement égal des hommes et des femmes* ».

<sup>659</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §8.

<sup>660</sup> *Ibidem*.

<sup>661</sup> NIVARD, C. *cit.*, p. 111.

<sup>662</sup> VAN DER POST, S. « Mesures positives en droit du travail : les approches différentes de la CEDAW et de la législation de l'UE en matière d'égalité des genres. » *Revue du droit européen de l'égalité des genres* (2011) : 24-32, p. 27.



Le Comité souligne qu'une égalité réelle ne peut être atteinte que si « *une stratégie de lutte contre la sous-représentation des femmes et de redistribution des ressources et des responsabilités entre les hommes et les femmes* »<sup>663</sup> est adoptée. Ainsi, on peut considérer qu'une égalité de résultats, « *corollaire logique de l'égalité de fait* »<sup>664</sup>, est atteinte si femmes et hommes peuvent exercer leurs droits de la même manière dans différents domaines.

En raison de l'importance de ces mesures, et afin de lever toute ambiguïté relative à cette disposition, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes leur a consacré deux Recommandations générales<sup>665</sup> afin de préciser la teneur et les contours de l'article 4 de la CEDEF.

**Les mesures spéciales permanentes.** À ce titre, la CEDEF a autorisé les États à prendre en compte la maternité comme facteur biologique qui sépare les hommes et les femmes de façon permanente. Sur ce point, elle précise dans le paragraphe 2 de l'article 4 que les mesures spéciales qui visent à protéger la maternité ne sont pas des mesures discriminatoires. Il s'agit de mesures prises par les États dans le but spécifique de protéger les femmes pendant cette période ; ces mesures ont un caractère permanent, du moins tant que les connaissances scientifiques et techniques ne sont pas révisées<sup>666</sup>.

La portée de cette protection spéciale a été critiquée par certaines féministes américaines du courant libéral ou symétrique qui y voient une « *vision paternaliste* »<sup>667</sup> et ont considéré que l'incapacité de travail de la femme pendant la grossesse et la maternité ne doit pas bénéficier d'une mesure spéciale de protection, car cela refléterait les notions archaïques et stéréotypées sur la grossesse et la capacité des femmes travailleuses enceintes. Comme l'a écrit Williams, le fait de conceptualiser la grossesse comme un cas spécial peut conduire aussi bien à traitement favorable que défavorable de cette dernière<sup>668</sup>.

Cette proposition a été rejetée par les auteurs de la Convention qui ont prévu dans l'article 11 §2 une série de mesures afin de protéger la femme en raison de leur maternité, mais aussi de leur mariage<sup>669</sup>.

---

<sup>663</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §8.

<sup>664</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>665</sup> Recommandation générale n°5, (septième session, 1988), Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 (1994) ; Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, .

<sup>666</sup> Article 11 §3 de la CEDEF.

<sup>667</sup> NIVARD, C. *op. cit.*, p. 130.

<sup>668</sup> WILLIAMS, W. « The Equality Crisis : Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism [en anglais]. » *Women's Rights Law Reporter* (1992) : 151-174, p. 170.

<sup>669</sup> Ainsi, il a été recommandé aux États parties de prendre toutes les mesures afin de garantir le droit effectif au travail des femmes, y compris l'interdiction sous peine de sanction de licenciement pour cause de grossesse ou de

**Les mesures spéciales temporaires.** Outre ces mesures permanentes, la Convention a autorisé les États parties à prendre des « *mesures temporaires spéciales visant à accélérer l’instauration d’une égalité de fait entre les hommes et les femmes* »<sup>670</sup>, définies par le Comité dans sa Recommandation générale n°5 comme étant toute « *action positive, un traitement préférentiel ou un contingentement pour favoriser l’intégration des femmes à l’éducation, à l’économie, à l’activité politique et à l’emploi* »<sup>671</sup>. Concrètement, la locution *mesures spéciales temporaires* selon le Comité englobe à la fois les politiques et pratiques issues d’instruments législatifs, exécutifs, réglementaires et administratifs ou encore le recrutement et l’embauche de personnes ciblées<sup>672</sup>. L’État choisit, en fonction de l’objectif à atteindre, la mesure appropriée.

Ces mesures spéciales, déjà prévues par la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>673</sup>, qualifiées également d’« *actions positives* » ou « *discrimination à rebours* »<sup>674</sup>, ont selon le Comité la particularité d’être à la fois « *une obligation de moyens* » et « *une obligation de résultat* »<sup>675</sup>. Elles ont pour objet « *d’accélérer l’amélioration de la condition de la femme* »<sup>676</sup> à travers l’évolution de toutes les structures au sein de la société.

Selon la terminologie utilisée par la Convention, ces mesures doivent être temporaires, spéciales et poursuivant un but non discriminatoire. Temporaires d’abord, car elles ne doivent pas être considérées comme indispensables de façon permanente ; elles peuvent toutefois, en raison du résultat recherché, avoir une application prolongée dans le temps<sup>677</sup>. Une fois le résultat escompté atteint, ces mesures doivent disparaître. Spéciales ensuite, car elles tendent à éliminer la discrimination à l’égard des femmes dans un domaine limité<sup>678</sup>.

---

congé de maternité (Article 11§2-a de la CEDEF), l’institution de congés de maternité payés avec garantie du maintien de l’emploi antérieur (Article 11§2-b de la CEDEF), l’encouragement de la fourniture de services sociaux (Article 11§2-c de la CEDEF) ou encore la garantie d’une protection spéciale aux femmes enceintes exerçant un emploi considéré comme nocif à leur grossesse (Article 11§2-d de la CEDEF).

<sup>670</sup> Article 4§1 de la CEDEF.

<sup>671</sup> Recommandation générale n°5, *op. et loc. cit.*

<sup>672</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l’article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §22.

<sup>673</sup> Article 1§4 ; article 2§2 de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

<sup>674</sup> Le Comité signale que les expressions « *discrimination à rebours* », « *contre-discrimination* » et « *discrimination positive* » sont critiquées par de nombreux commentateurs qui les considèrent comme inappropriées, *In* Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l’article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §17 note n°4.

<sup>675</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §9.

<sup>676</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l’article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §15.

<sup>677</sup> *Ibid.*, §20.

<sup>678</sup> *Ibid.*, §21.

Toutefois, le Comité souligne la nécessité pour les États parties de distinguer entre ces mesures temporaires et les politiques sociales qui tendent à améliorer la condition féminine<sup>679</sup>, par exemple une politique éducationnelle ayant pour objectif d'améliorer les conditions de scolarisation des petites filles en créant des cantines et des internats<sup>680</sup>. À ce titre, il précise que les dispositions générales inscrites dans la législation interne de certains États parties dans le but de garantir aux femmes l'exercice de leurs droits civils, politiques, économiques et sociaux qui ont un caractère non discriminatoire, ne sont pas des mesures spéciales temporaires<sup>681</sup> du fait qu'elles ne tendent pas à combler une inégalité de fait entre les hommes et les femmes, mais concernent simplement la mise en place des conditions favorables pour que les femmes ou les filles exercent pleinement leurs droits.

En somme, la CEDEF a imposé aux États parties de condamner toute forme de discrimination<sup>682</sup>, et de prendre toute mesure nécessaire dans ce sens<sup>683</sup>, y compris des sanctions en cas de besoin<sup>684</sup>. Outre les mesures précédemment citées sur le plan interne, les États sont tenus de respecter des obligations sur le plan international, à savoir créer des bases de données statistiques régulièrement mises à jour afin d'analyser toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>685</sup>. Mais plus encore, la CEDEF demande aux États d'agir afin de « *modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes* »<sup>686</sup>. Il s'agit donc ici d'un projet de transformation fondamentale des représentations culturelles, en vue d'une réforme sociale profonde.

---

<sup>679</sup> *Ibid.*, §19.

<sup>680</sup> NIVARD, C. *op. et loc. cit.*

<sup>681</sup> Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. et loc. cit.*

<sup>682</sup> Afin qu'elles soient efficaces, ces mesures doivent avoir un caractère évolutif afin de pouvoir s'adapter au développement des besoins de la femme. Ainsi, la condition féminine ne peut évoluer si les causes occultes qui nourrissent la discrimination et l'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes ne sont pas éradiquées. Il faut adopter des mesures tangibles qui favorisent l'amélioration de la vie de la femme et ce notamment en la détachant des stéréotypes et coutumes qui attribuent historiquement une supériorité au sexe masculin *In* Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la CEDEF, *op. cit.*, §10.

<sup>683</sup> Telle que l'inscription dans le droit national de toute disposition législative instaurant l'égalité entre les hommes et les femmes (article 2-a de la CEDEF) la modification ou l'abrogation de toute loi à caractère discriminatoire (Article 2-f de la CEDEF) ; l'instauration d'une protection juridictionnelle des droits des femmes (Article 2-c de la CEDEF) ; l'abstention de tout acte ou pratique discriminatoire à leur égard (Article 2-d de la CEDEF). Dans le même ordre d'idées, l'article 15-1 de la CEDEF a énoncé le principe de l'égalité devant la loi entre les femmes et les hommes.

<sup>684</sup> Article 2-b de la CEDEF.

<sup>685</sup> Recommandation générale n° 28 figurant dans le document CEDAW/C/GC/28, *op. cit.*, §10.

<sup>686</sup> Article 5-a de la CEDEF.

## Paragraphe II - L'égalité entre époux : un enjeu crucial

Les travaux effectués pour la rédaction de la CEDEF et les différentes Recommandations du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ont démontré que les femmes subissent fréquemment dans le cadre familial des discriminations sur le fondement « *d'arguments idéologiques* » ou « *de la tradition et de la culture* »<sup>687</sup>. En effet, dans la législation nationale de nombreux pays, la question des rapports entre les époux est régie par les dispositions du code civil ou de la *common law* ou par des pratiques religieuses ou coutumières<sup>688</sup> qui sont généralement discriminatoires pour les femmes, et de ce fait, contraires à l'esprit de la Convention.

La consécration des droits des femmes dans la vie familiale a occupé une place primordiale au sein de la CEDEF, qui y consacre son article 16.

Nous verrons dans quelle mesure la cellule familiale constitue une cible essentielle de la lutte pour l'égalité femmes-hommes (A) et quelles sont les dispositions de la CEDEF concernant les droits des femmes et des hommes dans le cadre familial (B).

### A- La spécificité du cadre familial

L'importance de la famille a été soulignée aussi bien par la Déclaration universelle des droits de l'Homme<sup>689</sup>, le PIDCP<sup>690</sup> ainsi que le PIDESC<sup>691</sup> qui ont reconnu qu'il s'agit d'un « *élément naturel et fondamental de la société* », qui a droit de ce fait à la protection de la société et de l'État. Institution sociale, juridique, religieuse, ou même économique, la famille objet de cette protection<sup>692</sup>, précise le Comité des droits de l'Homme<sup>693</sup>, doit être prise dans un sens large<sup>694</sup>,

---

<sup>687</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §I.

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> Article 16-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>690</sup> Article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>691</sup> Article 10-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>692</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §I ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Quarante-quatrième session, 20 juillet-7 août 2009, Recommandation générale sur les conséquences économiques du mariage et de sa dissolution : note de réflexion, figurant dans le document CEDAW/C/2009/II/WP.2/R, §6.

<sup>693</sup> Le Comité des droits de l'homme est chargé de veiller au respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>694</sup> « [...] *en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale* » In Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), figurant dans le document CRC/C/GC/14, §59 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale 4, réimprimé en Récapitulation des observations

et concerne aussi bien celles formées par les couples mariés ou non mariés et leurs enfants que les familles monoparentales<sup>695</sup>.

La CEDEF, considérée comme l'instrument international de défense des droits des femmes, a à son tour souligné l'importance de la place de la famille au sein de la société, sans occulter la contribution de la femme au sein de cette structure et le rôle qu'elle joue pour assurer le bien-être de sa famille et le progrès de la société. Sur ce point, le Comité CEDEF a précisé qu'« *une famille stable est celle qui est fondée sur l'équité, la justice et l'épanouissement individuel de chacun de ses membres* »<sup>696</sup>.

**La définition de la famille.** La majorité des pays objets de notre étude soulignent avec force l'importance de la famille, dans leur constitution même, mais sans pour autant la définir. En effet, chaque pays l'appréhende selon ses principes et ses valeurs.

En islam, la notion de famille peut s'entendre de façon générale englobant la société toute entière, et se rapproche de ce fait de la notion de « *oumma* ». *Stricto sensu*, la notion de famille se limite à un nombre restreint de personnes et est composée d'un couple et leur descendance<sup>697</sup>. Les législateurs saoudien et qatarien, se fondant en priorité sur les dispositions de la charia, ont adopté la conception large de cette notion. À titre d'exemple, on considère toutes les personnes portant le même nom de famille comme faisant partie de la même famille.

L'article 9 de la Constitution saoudienne définit la famille comme étant « *le noyau de la société saoudienne. Ses membres sont élevés dans la foi islamique qui exige allégeance et obéissance à Dieu, à son prophète et à ceux qui dans la nation sont investis de cette autorité, respect de la loi et de l'ordre, ainsi que l'amour de la mère patrie et la fierté de sa glorieuse histoire* »<sup>698</sup>. Une conception proche de l'article 21 de la Constitution qatarienne qui définit la famille comme étant : « *[...] le fondement de la société. La famille au Qatar est fondée sur la religion, l'éthique et le patriotisme. La loi règle par les moyens adéquats la protection de la famille, soutient sa construction, consolide ses liens et protège la maternité, l'enfance et la vieillesse* ».

---

générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), §6.

<sup>695</sup> Comité des droits de l'Homme, soixante-huitième session, 29 Mars 2000, Observation générale n° 28, Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes), §27.

<sup>696</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, treizième session, Recommandation générale n°21, Égalité dans le mariage et les rapports familiaux, §24.

<sup>697</sup> ELESAWI, A. *Falsfat al-islam fi bina' alusra alqawia (La philosophie de l'islam dans la construction de la famille forte)* [en arabe]. Alexandrie : Almaktab alarabi alhadith, 2007, p. 25.

<sup>698</sup> La protection de la famille est garantie par la Constitution en son article 10 : « *L'État s'efforce de renforcer les liens familiaux, préserver ses valeurs islamiques et arabes. En outre, il prend grand soin de tous les membres de la famille et veille à créer les conditions permettant de développer leurs aptitudes et leurs compétences* ».

La référence à la religion n'est pas présente dans la Constitution tunisienne qui s'est contentée de souligner dans son article 7 que la famille « *est la cellule de base de la société* », sans détailler davantage la définition de cette notion. Cette lacune juridique n'a pas empêché Madame Aouij-mrad<sup>699</sup>, une auteure tunisienne, de fournir une double approche de la notion de famille. La première, restreinte, se limite aux seuls époux et enfants mineurs. La deuxième, plus large, regroupe un ensemble de personnes unis par les liens de parenté<sup>700</sup>. Que ce soit la première ou la deuxième approche, la famille en Tunisie demeure toujours un cercle qui regroupe en son sein un nombre limité de personnes unies par les liens du sang.

En droit français également, la notion de famille est perçue comme un terme générique qui fait référence à de nombreux types de groupes de personnes dont le cercle est plus ou moins large<sup>701</sup> ; elle peut par ailleurs prendre plusieurs formes<sup>702</sup>.

En France, le Code civil, ni dans sa version initiale de 1804 ni dans sa version actuelle, ne s'est aventuré à définir la famille même s'il a régi de nombreux aspects qui l'entourent<sup>703</sup>. Le Code civil actuel l'aborde de façon indirecte en encadrant le mariage<sup>704</sup>, le divorce, la filiation et l'autorité parentale, et en évoquant les droits et les obligations des époux<sup>705</sup>, parents, enfants<sup>706</sup>. De même, comme dans les trois pays arabes étudiés ici, la famille ne dispose pas de personnalité morale juridique en droit français<sup>707</sup> qui lui confère le droit d'agir de manière autonome, contrairement aux autres groupements humains comme les sociétés, les associations ou les administrations<sup>708</sup>, et ce, malgré la place qu'elle occupe dans la politique de l'État depuis le

---

<sup>699</sup> Professeure agrégée à l'Université Tunis El Manar (Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis).

<sup>700</sup> FEUILLET-LIGER, B. *Les proches et la fin de vie médicalisée* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2013.

<sup>701</sup> MURAT, P. (dir.). *Droit de la famille*. 7<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2016, p. 3.

<sup>702</sup> À savoir la famille adoptive, famille biologique, famille de fait, famille d'origine, famille légitime, famille monoparentale, famille naturelle, famille nourricière, famille recomposée, famille spirituelle, famille unilinéaire et enfin famille par le sang In CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v<sup>o</sup> famille.

<sup>703</sup> MURAT, P. (dir.). *op. et loc. cit.*

<sup>704</sup> Le Code civil fait référence dans plusieurs de ses articles à la famille qui permettent de définir cette notion. Ainsi à l'article 213 du Code civil : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* » ; l'article 215 : « *Les époux choisissent la résidence que les époux choisissent d'un commun accord* » ; articles 217-220 sur l'intérêt de la famille... *etc.*

<sup>705</sup> À la célébration du mariage entre deux personnes, le livret qui leur est délivré n'est pas nommé livret des époux, mais « *livret de famille* ». Sur le plan pénal, de nombreuses infractions sont sanctionnées lorsqu'elles portent atteinte à la famille, comme c'est le cas du délit d'abandon de famille, régi par l'article 227-3 du Code pénal qui prévoit une peine de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende lorsqu'une personne ne remplit plus ses obligations vis-à-vis de sa famille, et en particulier de ses enfants, pendant plus de deux mois.

<sup>706</sup> FERRIÈRE, D. *La famille, La mondialisation : Questions contemporaines* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2014.

<sup>707</sup> RAMPNOUX, R. *La famille. La mondialisation*. Paris : Éditions Ellipses, 2014, p. 24.

<sup>708</sup> FERRIÈRE, D. *La famille, La mondialisation...*, *op. et loc. cit.*



début du XX<sup>e</sup> siècle. Sans définir le terme précisément, la Constitution affirme la famille comme une valeur protégée par l'État<sup>709</sup>.

Cette imprécision dans la définition juridique de la famille peut avoir plusieurs explications. L'absence de personnalité morale l'empêchant d'être un sujet de droit fait que la famille n'est que le reflet des relations interpersonnelles des personnes qui la composent<sup>710</sup>. Cette tendance s'est accentuée avec la montée de la pensée d'une primauté aux droits subjectifs de l'individu<sup>711</sup>. Toutefois, l'absence de définition juridique de la notion de famille n'a pas empêché la doctrine de la cerner comme une structure qui réunit plusieurs personnes regroupées par trois sortes de liens : liens de sang, liens de droit, liens d'affection<sup>712</sup>. Les différentes législations relatives à la famille laissent également entendre que cette dernière est une entité distincte des membres qui la composent, et qui matérialise un intérêt collectif distinct de celui de ses membres<sup>713</sup>.

Cependant, l'absence de définition de la notion de famille n'a pas occulté son lien fort avec le mariage sur le plan sociologique. Durkheim concevait la famille comme une alliance volontaire sur la base du mariage<sup>714</sup> au même titre que Claude Lévi-Strauss qui a souligné que la famille est une institution universelle<sup>715</sup> qui a son origine dans le mariage<sup>716</sup>. Le mariage est donc la pierre angulaire de la famille dans de nombreuses civilisations passées et présentes, au point que de nombreux sociologues utilisent indistinctement les deux notions<sup>717</sup>. Cependant, la famille englobe à la fois le mariage et la reproduction organisés par des liens juridiques.

Si en droit international le lien exclusif entre la famille et le mariage n'est plus d'actualité aujourd'hui en raison des différentes transformations survenues au sein de nombreuses sociétés occidentales<sup>718</sup>, tel n'est pas le cas des pays arabo-musulmans qui fondent la notion de famille

---

<sup>709</sup> « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 10.

<sup>710</sup> PARQUET, M. *Droit de la famille*. 4<sup>e</sup> édition. Rosny-sous-Bois : Bréal, 2014, p. 20

<sup>711</sup> MURAT, P. (dir.). *op. cit.*, p. 3.

<sup>712</sup> *Ibidem*.

<sup>713</sup> Ainsi, la famille a été dépourvue du statut de sujet de droit, et partant, de personnalité juridique autonome des membres qui la composent. La complexité d'une définition univoque de la famille comme étant un groupe d'individus liés par les liens du sang, de parenté ou d'alliance réside dans la multitude de facettes qu'elle peut présenter. La famille à laquelle s'intéresse le droit successoral n'est pas celle à laquelle s'intéresse le droit de la sécurité sociale, particulièrement des prestations familiales, ni celle à laquelle s'intéresse le droit fiscal pour fixer le foyer fiscal. V. sur ce point V. MURAT, P. (dir.). *op. et loc. cit.*

<sup>714</sup> TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J., *op. cit.*, p. 17.

<sup>715</sup> BEAUX, D. *Se marier : christianisme, islam, judaïsme*. Paris : Éditions Bréal, 2006, p. 42.

<sup>716</sup> CHAPPONNAIS, M. *Placer l'enfant en institution : MECS, foyers éducatifs et villages d'enfants*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : DUNOD, 2008, p. 97.

<sup>717</sup> ADDAOUDI, A. *Alalaqat bayna azzawjain (Les relations entre époux)* [en arabe]. Tunis : Markaz annachr aljami, 2007, p. 563.

<sup>718</sup> On peut citer à titre d'exemple les familles composées de couples non mariés avec leurs enfants, des couples pacésés, ou encore des unions formées par des personnes du même sexe, Cf. Comité des droits de l'Homme, Trente-neuvième session, 27 Juillet 1990, Observation générale n°19, Article 23 (Protection de la famille), §2.



même sur les liens du mariage. Seule la famille légitime unie par les liens du mariage est prise en considération<sup>719</sup>. Ainsi, la famille naturelle n'est pas reconnue que ce soit en Tunisie, au Qatar ou en Arabie Saoudite.

**Les enjeux spécifiques de l'égalité au sein du cadre familial.** Il est évident que même dans le cadre familial, les valeurs universelles que prônent la Déclaration trouvent à s'appliquer, et notamment l'égalité de droits et le respect de la dignité humaine. Conscient de l'importance du rôle de la famille au sein de la société, le droit international a consacré à travers divers documents<sup>720</sup> l'égalité de droits au sein de ce cercle restreint, en interdisant notamment les inégalités de traitement et de droits entre les membres de cette famille, particulièrement entre les époux. Comme l'a souligné une auteure, « *l'inégalité au sein de la famille est la plus dévastatrice des forces qui conditionnent la vie des femmes, car elle sous-tend toutes les autres formes de discrimination et de désavantage, et elle est confortée par les idéologies et les cultures* »<sup>721</sup>.

Ces mesures juridiques sont d'autant plus nécessaires que le cadre familial est un lieu privé, où la pression des valeurs traditionnelles ou encore de l'autorité du chef de famille peut s'exercer librement. La difficulté de rendre publics des conflits considérés comme d'ordre privé rend délicate l'intervention du législateur. Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que la famille devrait constituer un objet de droit à part. Ainsi, un professeur de charia<sup>722</sup>, même s'il critique en passant le système tribal, recommande la formation des conseils de famille pour résoudre les conflits familiaux en lieu et place de créer un code de la famille moderne, car « *les rapports familiaux, dans leur quasi-totalité, consistent en des secrets cachés et en des pudeurs inviolables qui doivent rester loin de la magistrature, des procès, du badinage et des conflits. Car, la divulgation des secrets et l'atteinte à la pudeur dans les tribunaux sont plus dangereuses que la négligence d'établir une loi ou de promulguer une législation* »<sup>723</sup>. Il nous semble au contraire que si le cadre familial est le milieu idéal pour la perpétuation des inégalités entre

---

<sup>719</sup> FEUILLET-LIGER, B. *op. et loc. cit.*

<sup>720</sup> La Convention sur la nationalité des femmes mariées, la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement du mariage et les Stratégies prospectives d'action de Nairobi pour la promotion de la femme.

<sup>721</sup> HALPERIN-KADDARI, R. *Recommandation générale sur les conséquences économiques du mariage et de sa dissolution : note de réflexion*, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Quarante-quatrième session (20 juillet-7 août 2009), figurant dans le document CEDAW/C/2009/II/WP.2/R, §1.

<sup>722</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie et répudiation en islam : Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains*. Paris : L'Harmattan, 1997, p. 35.

<sup>723</sup> *Ibidem*.

femmes et hommes, l'intervention du législateur relève au contraire de l'ordre public : la famille doit donc rester un objet de préoccupation de la part du législateur.

Ainsi, traditionnellement, dans les pays arabo-musulmans, le foyer conjugal censé être le lieu d'épanouissement de la femme après son mariage a été le terrain propice de l'exercice de la domination masculine imprégnée de la mentalité patriarcale<sup>724</sup>.

Tel est le cas du système patriarcal encore enraciné dans les sociétés saoudienne et qatarienne, et dans une certaine mesure en Tunisie, qui attribue au père, mari ou fils, un rôle prédominant<sup>725</sup>. Cette prédominance masculine est due au fait que la famille, en plus de sa dimension sociale, économique et juridique, demeure dans beaucoup de pays une institution religieuse<sup>726</sup> régie par les dispositions coutumières généralement discriminatoires à l'égard des femmes. Ces systèmes parallèles de droit, issus des coutumes et traditions, se heurtent aux dispositions internationales qui ont appelé à maintes reprises à l'égalité entre les femmes et les hommes.

---

<sup>724</sup> MÖSCHEL, M. « La famille : "unite fondamentale" de discriminations ? » ROMAN, D. *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014. 219-245, p. 219.

<sup>725</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §42.

<sup>726</sup> HALPERIN-KADDARI, R. *op. cit.*, §6.

## B- Les dispositions de la CEDEF concernant le mariage

À la lumière des dispositions de la CEDEF, les conjoints devraient avoir au moment de contracter mariage, durant le mariage comme après la dissolution de ce dernier<sup>727</sup>, des droits et des responsabilités égaux, concernant aussi bien la gestion des affaires du ménage et l'administration des biens que l'éducation des enfants.

Dans le cadre du mariage, l'article 16 de la CEDEF<sup>728</sup>, malgré de nombreux débats<sup>729</sup>, a imposé aux États membres l'obligation d'accorder aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes dans le droit de la famille<sup>730</sup>, en procédant à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui peuvent découler du mariage ou des rapports familiaux. À cet égard, il dresse une liste des droits que les femmes peuvent exercer sur un pied d'égalité avec les hommes dans le cadre familial en tant qu'époux sur le plan civil.

**La liberté dans le choix du conjoint**<sup>731</sup>. Le principe général de cette égalité est précisé par l'article 16 de la Convention, détaillé entre autres par le Comité dans sa Recommandation

---

<sup>727</sup> HALPERIN-KADDARI, R. *op. cit.*, §2.

<sup>728</sup> L'article 16 de la CEDEF prévoit que « 1. Les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

a) Le même droit de contracter mariage ;

b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement ;

c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution ;

d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale ;

e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits ;

f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale ;

g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de familles d'une profession et d'une occupation ;

h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

2. les fiançailles et les mariages d'enfants n'auront pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, seront prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel ».

<sup>729</sup> V. par exemple la proposition du Maroc concernant l'article 16 qui accorde aux deux sexes les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution. Pour Warzazi, la représentante de ce pays, le paragraphe 1-c devait être amendé car : « traiter les hommes et les femmes comme étant le même serait contraire à la nature humaine » In La 3<sup>e</sup> commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, figurant dans le document A/C.3/34/SR.70, §11.

<sup>730</sup> Cette égalité a été précédemment précisée par l'article 16-1 de la DUDH : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».

<sup>731</sup> Cf. seconde partie, titre I, chapitre II, section II.

générale n°21 dans laquelle il a souligné l'importance pour la femme de pouvoir choisir son futur époux<sup>732</sup>.

Le Comité a constaté qu'un grand nombre de pays contiennent dans leurs législations des dispositions qui empêchent le mariage de femmes d'une certaine religion avec des hommes d'une religion différente<sup>733</sup>. Ainsi, dans les pays appliquant le droit musulman, les femmes musulmanes n'ont pas le droit d'épouser un homme d'une autre confession, à la différence des hommes musulmans qui peuvent choisir leur épouse indifféremment de sa religion<sup>734</sup>.

Dans même ordre d'idées, le Comité a critiqué la pratique toujours répandue des mariages arrangés et des mariages forcés qui imposent le conjoint, généralement choisi par le tuteur, sans que la femme ne soit consultée au préalable<sup>735</sup>, et dont le refus est souvent accompagné de violences à son égard<sup>736</sup>.

Un autre facteur perpétuant la marginalisation de la femme dans le cadre du choix de son futur époux est l'ensemble des pratiques sociales toujours répandues qui imposent aux filles et femmes victimes de viol de se marier sous la contrainte avec l'auteur du viol<sup>737</sup>. Sur ce point particulier, les États membres doivent intervenir avec fermeté et modifier les législations qui diminuent la responsabilité pénale de l'auteur du viol en cas de mariage avec leurs victimes<sup>738</sup>.

**La fixation d'un âge minimal égal pour le mariage**<sup>739</sup>. Au-delà des précisions apportées au sein du paragraphe 1 de l'article 16, le paragraphe 2 précise clairement que le mariage d'enfants est privé d'effets juridiques et appelle à cet effet les États membres à fixer un âge minimum pour contracter mariage et à l'inscrire sur un registre officiel. Dans sa Recommandation générale n°21, le Comité a estimé que l'âge minimum pour contracter mariage est fixé à dix-huit ans de façon égale pour les femmes et les hommes<sup>740</sup>, en se basant sur les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989<sup>741</sup>. Cet âge minimum auquel

---

<sup>732</sup> Il a souligné à cet égard que le libre choix par une femme de son conjoint est une question capitale aussi bien pour sa vie que pour sa dignité en tant qu'être humain. *In* Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §16.

<sup>733</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §24.

<sup>734</sup> Un homme musulman peut épouser une femme non-musulmane monothéiste.

<sup>735</sup> Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. V. Observation générale n° 28, *op. cit.*, §23.

<sup>736</sup> Le consentement n'est pas libre lorsqu'il est contraint par la violence.

<sup>737</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §24.

<sup>738</sup> *Ibidem*.

<sup>739</sup> Cf. seconde partie, titre I, chapitre II, section I.

<sup>740</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §36 ; voir également l'Observations finales concernant le rapport initial du Qatar adoptées par le Comité à sa cinquante-septième session (10-28 février 2014), CEDAW/C/QAT/CO/1, §42-c, où le Comité exhorte l'État partie à relever l'âge légal du mariage à 18 ans pour les filles pour le rendre identique à celui des garçons.

<sup>741</sup> Article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant.

fait référence le Comité est supérieur à l'âge de quinze ans fixé précédemment par la Recommandation sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages<sup>742</sup>.

Cette disposition a eu le mérite de clarifier l'âge en dessous duquel un mariage est considéré comme précoce et d'harmoniser l'âge de mariage entre les filles et les garçons. De ce fait, les dispositions nationales qui ne respectent pas ce seuil doivent être abrogées par les États, étant donné leur caractère discriminatoire et leur impact négatif sur la santé physique et mentale.

**Le choix du nom de famille.** L'article 16, paragraphe 1, alinéa g de la CEDEF a mis sur un pied d'égalité les deux époux en ce qui concerne l'exercice des droits personnels au cours du mariage, incluant notamment la liberté du choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation. La Recommandation générale n°21 du Comité a précisé que le droit de choisir son propre nom et sa profession est reconnu à chaque époux afin de protéger « *son individualité, son identité personnelle dans la communauté* »<sup>743</sup>.

Le nom reste une des questions importantes relatives aux droits des femmes. En France, toute personne possède un nom de famille, qui est inscrit sur l'acte de naissance, pouvant être le nom du père ou celui de la mère. Toutefois, la possibilité demeure d'utiliser dans la vie quotidienne un nom d'usage<sup>744</sup>. Légalement, l'épouse conserve son nom patronymique<sup>745</sup> (souvent appelé le « *nom de jeune fille* ») et doit l'utiliser obligatoirement pour tout acte officiel. En revanche, fruit d'une longue évolution, l'égalité est désormais acquise dans les rapports entre époux grâce à la loi du 17 mai 2013<sup>746</sup> relative au mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>747</sup> qui accorde à chaque partenaire le droit de porter à titre d'usage<sup>748</sup> le nom de l'autre époux « *par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit* »<sup>749</sup>.

---

<sup>742</sup> Recommandation sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, Résolution 2018 (XX) de l'Assemblée générale en date du 1er novembre 1965, Principe II.

<sup>743</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §24.

<sup>744</sup> Celui-ci n'a pas la fonction du nom de famille qui figure sur les actes d'état civil (acte de naissance, mariage, livret de famille). Le port du nom d'usage est facultatif et ne présente pas un caractère automatique.

<sup>745</sup> Nom qui figure sur l'acte de naissance (appelé aussi nom de naissance).

<sup>746</sup> Le 14 octobre 2013, cinq mois après la promulgation de la loi dite du « *mariage pour tous* », la ministre des Droits des femmes, Najat VALLAUD-BELKACEM, a remis au Secrétariat Général des Nations Unies la notification par la France de la levée de ses réserves sur certaines dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes.

<sup>747</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

<sup>748</sup> Le nom d'usage n'est pas mentionné à l'état civil ni sur le livret de famille mais peut être utilisé par la personne pour s'en faire désigner dans sa vie de tous les jours.

<sup>749</sup> L'article 225-1 du Code civil issu de la loi du 17 mai 2013.

Il n'y a donc plus de contrainte qui oblige légalement l'épouse à utiliser le nom de son mari. Néanmoins en pratique, et nonobstant cette disposition, c'est l'épouse qui porte généralement le nom d'usage de son époux, repris ensuite dans les documents administratifs et inscrit sur les pièces d'identité. Par ailleurs, les femmes mariées éprouvent des difficultés insurmontables à conserver leur nom patronymique, dénonçant des résistances administratives ainsi que des formulaires mal adaptés aux évolutions légales, « [l']incompréhension, [la] mauvaise volonté voire même [l']impossibilité technique lorsque les logiciels de saisie ne prévoient pas cette possibilité »<sup>750</sup>. Après la dissolution du mariage suite au divorce, l'article 264 du Code civil français précise qu'en principe les époux perdent le droit d'usage du nom du conjoint sauf si l'un d'entre eux souhaite le conserver soit avec l'accord de l'époux concerné soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt pour lui-même ou pour les enfants.

Dans les pays arabes objets de notre étude, l'égal droit au nom entre les époux tel que mentionné dans l'article 16 n'est pas consacré en droit interne pour des raisons historiques, culturelles et religieuses. Aucune disposition dans le Code du statut personnel tunisien ni dans le Code de la famille qatarien ne fait mention de ce principe. En revanche, aucun des trois pays n'a émis de réserves spéciales<sup>751</sup> à l'égard de cet alinéa en particulier. Peut en être déduit que pour ces trois pays, le mariage n'a aucune incidence sur le nom de famille des conjoints. Chacun des époux conserve son nom de famille. On peut s'étonner de l'absence d'observations du Comité concernant l'égal droit au nom dans les pays arabes objets de notre étude.

**La transmission du nom de famille.** Quant au choix du nom de famille des enfants, des inégalités persistaient sur ce point. L'égal droit au nom n'est jamais mentionné dans les dernières observations finales aux rapports étatiques des pays arabes objets de notre étude<sup>752</sup>. En revanche, en ce qui concerne la France, le Comité a signalé des violations de cette disposition en réponse à plusieurs communications individuelles<sup>753</sup> et a invité la France à

---

<sup>750</sup> Question n° 17059, JO 19 février 2008, p. 1343, accessible sur le site : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-17059QE.htm>.

<sup>751</sup> En ce qui concerne l'article 16, l'État du Qatar ne se considère pas engagé par les dispositions suivantes de la CEDEF : l'alinéas a) et c) du paragraphe 1, dont les dispositions sont contraires à la charia et l'alinéa f) du paragraphe 1, dont les dispositions sont également contraires à la charia et au Code de la famille. L'État du Qatar n'émet aucune réserve à l'article 16, paragraphe 1, alinéa g. L'Arabie Saoudite ne se considère pas lié par le paragraphe 2 de l'article 9 ni par le paragraphe 1 de l'article 29 de cette Convention. En outre, la Convention est subordonnée à une réserve générale de portée indéfinie faisant renvoi aux dispositions de la charia.

<sup>752</sup> Le Gouvernement tunisien ne se considérait pas lié par l'alinéa g et déclarait qu'il ne devait pas être en contradiction avec les dispositions du Code du statut personnel relatives à l'octroi du nom de famille aux enfants.

<sup>753</sup> Les plaignants s'étaient en effet adressés au Comité car la Cour administrative d'appel de Paris avait nié un effet direct de l'article 16 en droit français (CAA de Paris, Mme A., 3 juin 2010, n°08PA05962 et CAA de Paris, Nicolas B. et Sylvie A., 29 septembre 2011, n°10PA04646).



prendre les mesures les plus convenables pour renseigner les deux parents sur leur droit égal de transmettre leur nom de famille à leurs enfants<sup>754</sup>.

La transmission du nom est le résultat d'une histoire sociale, politique et encore religieuse. En France, comme dans les pays arabes objets de notre étude, les noms de famille font partie intégrante du patrimoine national. Ceci est considéré comme un « *témoin vivant de l'histoire de chaque pays* »<sup>755</sup>. Du fait de la prééminence du père dans les pays étudiés ici, c'est la transmission du nom en lignée paternelle qui a longtemps été la règle.

Par la loi du 4 mars 2002<sup>756</sup> modifiée par la loi du 18 juin 2003<sup>757</sup>, le législateur français a permis aux parents de choisir le nom de famille transmis à leur enfant. La Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a raffermi le principe d'égalité entre époux, reposant sur des dispositions qui prennent en compte le nom patronymique.

**Les droits des femmes en tant que mères.** Ensuite, la Convention, par le biais de l'article 16, paragraphe 1, alinéas d à f, a accordé à la femme, en tant que mère, les mêmes droits et les mêmes responsabilités que son conjoint, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions relatives à leurs enfants<sup>758</sup>. La CEDEF attribue de l'importance au principe d'intérêt supérieur de l'enfant mis en relation avec les droits des mères et souligne avec emphase qu'il doit être une « *considération primordiale* »<sup>759</sup>.

De manière générale, la CEDEF met l'accent sur l'importance de l'éducation que les parents dispensent à leurs enfants, qui doit être similaire. Les filles, dès leur plus jeune âge, doivent être traitées de manière égalitaire vis-à-vis des garçons dans tous les domaines, notamment l'éducation, la santé, les soins et l'alimentation<sup>760</sup>. Les États sont tenus de prendre toute mesure appropriée afin de garantir une telle égalité.

L'alinéa e du même article spécifie que la femme a le droit de décider du nombre d'enfants à naître ainsi que de la durée qui espace ces naissances. Cette disposition, précise le Comité, est justifiée par le fait que la maternité « *limite l'accès des femmes à l'éducation, à l'emploi et à d'autres activités d'épanouissement personnel* »<sup>761</sup> en raison de la charge de travail

---

<sup>754</sup> Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations finales concernant le rapport de la France valant septième et huitième rapports périodiques, 25 juillet 2016, figurant dans le document CEDAW/C/FRA/CO/7-8, §47.

<sup>755</sup> HALIMI, G. *Plaidoyer pour l'égalité*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1995, p. 81.

<sup>756</sup> Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JO* du 5 mars 2002, p. 4159.

<sup>757</sup> Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO* n°140 du 19 juin 2003, p. 10240.

<sup>758</sup> Articles 16, paragraphe 1, alinéa d de la CEDEF.

<sup>759</sup> Articles 16, paragraphe 1, alinéa d et f de la CEDEF.

<sup>760</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §28.

<sup>761</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §21.



disproportionnée qu'elle engage. De même, la maternité a une incidence considérable aussi bien sur la santé physique et mentale de la femme que sur celle de ses enfants<sup>762</sup>. C'est pour ces raisons que le Comité a souligné l'importance pour la femme d'avoir le droit de décider du nombre et de l'espacement des naissances. Toutefois, l'application de ce principe s'avère limitée en raison des pratiques de certains pays qui restreignent gravement le droit de la femme en la forçant à la procréation, l'avortement<sup>763</sup> ou à la stérilisation.

**Le droit des femmes mariées à choisir leur profession.** Par ailleurs, l'article 16 de la CEDEF a accordé à la femme mariée, sur un pied d'égalité avec son époux, le droit de choisir sa profession ou son occupation<sup>764</sup>. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes dans sa Recommandation n°21 explique que cette liberté de choix doit correspondre à ses intérêts, aptitudes, qualifications et aspirations<sup>765</sup>.

En France, cette égalité est consacrée par l'article 223 du Code civil qui prévoit que « *chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage* ». Cette égalité entre époux n'existait pas avant la loi du 23 décembre 1985<sup>766</sup> relative à l'égalité entre époux dans les régimes matrimoniaux, élaborée deux ans après la ratification de la CEDEF en France<sup>767</sup>. Cette égalité a constitué une avancée majeure dans la législation interne française étant donné que l'ancienne version du Code civil restreignait l'activité professionnelle de la femme mariée en soumettant son exercice à l'autorisation de son mari<sup>768</sup>.

---

<sup>762</sup> *Ibidem*.

<sup>763</sup> Dans la Recommandation générale n°24, §31-c, le Comité demande aux États d'amender la législation qui fait de l'avortement une infraction pénale et supprimer les peines infligées aux femmes qui avortent.

<sup>764</sup> Il convient de noter que les anglo-saxons font une distinction entre la *profession* qui renvoie à une communauté constituée et *métiers* ou *occupations* qui désigne le métier où les membres ont juste le droit de se syndiquer. Cf. TOURMEN, C. « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion. » *Santé Publique* (2007) : 15-20, p. 19.

<sup>765</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §24.

<sup>766</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JO* du 26 décembre 1985, p. 15111.

<sup>767</sup> La France a ratifié la CEDEF en 1983.

<sup>768</sup> La femme mariée n'avait pas le droit, en principe, de travailler sans la permission de son mari. Elle a été frappée d'une incapacité d'exercice par le mariage jusqu'en 1938. Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont supprimé le devoir d'obéissance et le terme même de puissance maritale. L'épouse pouvait désormais exercer une profession séparée de celle de son mari. Cependant, l'époux peut s'y opposer et interdire à sa femme de travailler dans l'intérêt du ménage et des enfants (Article 216 d'ancienne version du Code civil). En revanche, la loi du 13 juillet 1965 a bien fait cesser ce droit reconnu au mari. Ainsi, la femme obtient le droit d'exercer une profession séparée sans le consentement de son mari (Article 223 d'ancienne version du Code civil), V. la loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, *JO* du 3 novembre 1942, p. 3649 ; loi du 18 février 1938 portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JO* du 19 février 1938, p. 2058.

En Arabie Saoudite et au Qatar, le Code du travail garantit à la femme le droit au travail et de choisir librement sa profession sans l'approbation du tuteur<sup>769</sup>. À cet égard, la première question qui se pose est de savoir si le devoir d'obéissance au mari<sup>770</sup> peut affecter défavorablement la liberté du choix de sa profession. À ce sujet, il faut ajouter que les femmes se consacrant à leur carrière professionnelle sont encore socialement déconsidérées dans les pays du golfe, fréquemment dissuadées de franchir le pas du monde professionnel. À cause de ces restrictions, le taux d'emploi des femmes saoudiennes est l'un des plus faibles au monde<sup>771</sup>.

En Tunisie, le droit au travail est garanti dans le respect du principe d'égalité par l'article 40 de la nouvelle Constitution qui précise qu'il est un droit pour chaque « *citoyen et citoyenne* » et que « *tout citoyen et citoyenne a le droit au travail dans des conditions décentes et à salaire équitable* ». Selon cet article l'emploi est un droit constitutionnel. Ainsi, toutes les dispositions discriminatoires incompatibles avec le principe de l'égalité entre femmes et hommes ont été progressivement abrogées<sup>772</sup>.

**L'égalité dans le droit à la nationalité<sup>773</sup>.** Un autre droit a été reconnu de façon égale aux deux époux par la CEDEF : le droit à la nationalité. Ici, ce n'est pas l'article 16 qui assoit le principe d'égalité, mais l'article 9 de la Convention qui accorde des droits égaux aux femmes et aux hommes quant à l'acquisition, au changement et à la conservation de la nationalité. Cette égalité se perpétue après le mariage, accordant à la femme le droit de conserver sa nationalité même en cas de mariage avec un étranger ou suite au changement de nationalité de l'époux pendant le mariage. L'article 9 précise que dans ce cas, le changement de nationalité du mari n'a pas d'incidence sur la nationalité de son épouse, et ne la rend ni apatride ni ne l'oblige à prendre la même nationalité que lui.

---

<sup>769</sup> En Arabie Saoudite, l'ordonnance n° 111/8 du 22 novembre 1987 (10/2/1408 de l'hégire) sur l'organisation du travail des femmes stipule que « *les femmes doivent obtenir la permission de leur tuteur pour être engagées* ». La loi du 27 septembre 2005 a « *affranchi* » les femmes de l'obligation d'obtenir l'autorisation du tuteur pour pouvoir accéder à l'exercice de la profession de son choix. À ce titre, Saoud Alchammari, membre du conseil consultatif saoudien (Majlis ach-Choura), a affirmé l'absence de textes juridiques qui imposent l'obligation de recourir à « *l'accord du tuteur* » dans le cadre professionnel, et que cette condition ne figure pas parmi les conditions d'embauche dans le secteur public ni privé. Toutefois, le poids des coutumes demeure conséquent, puisque de nombreux employeurs l'exigent toujours, en dépit de cette abrogation légale. Ceci, selon Alchammari, dans le but de décharger leur responsabilité à l'égard des familles des futures employées.

<sup>770</sup> V. l'article 58 alinéa 1 du Code de la famille qatarien.

<sup>771</sup> L'Organisation internationale du Travail, base de données des principaux indicateurs du marché du travail, accessible sur le site : <http://donnees.banquemondiale.org/indicateur/SL.TLF.CACT.FE.ZS>.

<sup>772</sup> V. par exemple la loi n° 2000-17 du 7 février 2000 abrogeant l'article 831 du Code tunisien des obligations et des contrats.

<sup>773</sup> Cf. seconde partie, titre II, chapitre I, section II.

**L'égalité sur le plan patrimonial.** Les droits cités dans l'article 16 de la CEDEF complètent ceux énoncés dans l'article 15, et notamment ceux qui accordent à la femme une capacité juridique identique à celle de l'homme<sup>774</sup>. En effet, la CEDEF reconnaît à la femme dans le paragraphe 2 de son article 15 sa pleine capacité juridique à conclure des contrats et à administrer les biens personnels. Elle va même jusqu'à proclamer la nullité de tout acte privé qui limite la capacité juridique de la femme<sup>775</sup>. Il convient de noter que ce paragraphe n'a pas fait l'objet d'une réserve spécifique au nom de la charia.

L'article 16, paragraphe 1, alinéa h a confirmé l'application de ce principe, mais spécifiquement entre les époux. Il stipule expressément que chacun des époux a les mêmes droits « *en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux* ». Le Comité dans sa Recommandation générale n°21 a souligné que cet alinéa faisait référence aux conséquences économiques du mariage et de sa dissolution<sup>776</sup>.

Cette égalité sur le plan patrimonial est un élément indispensable pour l'indépendance financière de la femme ainsi que pour son épanouissement personnel. Or, relève le Comité, de nombreux pays ne reconnaissent pas cette égalité entre époux au cours du mariage ni après sa dissolution. Cette restriction des droits de la femme s'explique encore une fois par le respect des traditions et coutumes locales<sup>777</sup>.

L'égalité patrimoniale doit être accordée aux femmes, précise le Comité, quelle que soit leur situation matrimoniale. En effet, dans de nombreux cas, les femmes assument seules la charge de la famille<sup>778</sup>, et toute discrimination à leur égard sur le plan financier, soit en les privant d'accès à certaines professions, en les privant d'un héritage, ou de leur part lors de redistribution de terres en respect de certaines coutumes<sup>779</sup>, est injuste du fait qu'elle peut priver ces familles monoparentales de moyens décents de subsistance.

**L'égalité dans la dissolution du mariage**<sup>780</sup>. Enfin, les motifs de résiliation du contrat de mariage et les conditions d'accès au divorce doivent être les mêmes pour les époux, ainsi que les décisions concernant le partage des biens, la pension alimentaire et la garde des enfants. Ainsi, et afin de protéger les droits patrimoniaux des époux en cas de dissolution du mariage,

---

<sup>774</sup> Articles 15 paragraphe 2 de la CEDEF.

<sup>775</sup> Articles 15 paragraphe 3 de la CEDEF.

<sup>776</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §28.

<sup>777</sup> *Ibid.*, §30.

<sup>778</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §27.

<sup>779</sup> Recommandation générale n° 21, *op. et loc. cit.*

<sup>780</sup> Cf. seconde partie, titre II, chapitre II.

le Comité a recommandé aux États d'inscrire le mariage sur un registre officiel<sup>781</sup> et de faire un travail de sensibilisation à ce sujet afin que les parties à un mariage puissent le prouver facilement. Cet enregistrement est de nature également à protéger les droits des femmes mariées.

La CEDEF n'a pas traité des conséquences économiques qui suivent la dissolution du mariage, et notamment la question de l'égalité de droits entre les époux dans la succession. Cette lacune a cependant été comblée par le Comité dans ses Recommandations générales n°21 et n°29. Cette dernière est entièrement consacrée aux *Conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution*.

En outre, la Recommandation générale n°21 s'est penchée sur les conséquences économiques à la lumière de l'article 16 paragraphe 1 alinéa h. À ce titre, elle demande aux États d'éliminer les législations et les pratiques qui perpétuent une discrimination à l'égard des femmes en raison de la faible part qu'elles reçoivent lors de la succession des biens de leur époux ou leurs parents décédés, par rapport aux membres masculins de leur famille<sup>782</sup>. De même, le Comité a constaté la persistance d'inégalités de droits des veuves concernant le partage égal des biens acquis pendant le mariage. Toutes ces pratiques qui portent préjudice aux droits des femmes lors de la succession doivent être éliminées selon le Comité<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §25.

<sup>782</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §35.

<sup>783</sup> *Ibidem*.

## Conclusion

Aborder le sujet des droits de la femme au sein de la famille nous conduit inéluctablement à évoquer ses droits au moment de contracter mariage, pendant le mariage, et après la dissolution de celui-ci. Dans ce contexte, ses droits fondamentaux, à savoir sa dignité et sa liberté, doivent être exercés sur un pied d'égalité avec son conjoint<sup>784</sup>.

Après la CEDEF, et au cours des dernières décennies consacrées aux droits des femmes, de nombreux progrès ont été réalisés dans le but de réaliser l'égalité entre les deux sexes. La question de l'égalité entre femmes et hommes a été ainsi placée au cœur de l'agenda de la communauté internationale. De nombreux gouvernements ont adopté des lois dans le but de promouvoir cette égalité et ont créé des structures nationales afin de prendre en compte les besoins de la femme dans tous les secteurs de la société<sup>785</sup>. De cette concertation est ressorti un ensemble d'objectifs communs assortis d'un plan d'action pour la promotion de la condition de la femme dans les domaines public et privé<sup>786</sup>.

Suite à l'adoption de la CEDEF, et à la lumière des différentes recommandations du Comité, les États parties étaient en principe tenus d'aménager leur législation nationale afin de garantir l'application des mesures égalitaires entre époux, abstraction faite de leur appartenance religieuse ou ethnique<sup>787</sup>. En règle générale, les États parties se sont conformés aux dispositions de la CEDEF en la transposant dans leurs législations nationales. Toutefois, constatant la persistance des inégalités de genre dans la plupart des États membres de la Convention malgré les progrès réalisés, et notamment suite à l'application de la CEDEF, l'ONU a tenu trois conférences mondiales afin d'atteindre les objectifs de la Convention entre 1980 et 1995<sup>788</sup> et de lui donner plus de visibilité.

---

<sup>784</sup> SAAD-ZOY, S. (dir.). *op. cit.*, p. 143.

<sup>785</sup> Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes figurant dans le document A/CONF.177/20/Rev.1, *op. cit.*, §25.

<sup>786</sup> Le Département de l'information de l'ONU. (avril 2000). *op. et loc. cit.*

<sup>787</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §15.

<sup>788</sup> La Conférence mondiale de la décennie des Nations Unies pour la femme « *Égalité, développement et paix* » à Copenhague en 1980, la Conférence mondiale chargée d'examiner et d'évaluer les résultats de la décennie des Nations Unies pour la femme à Nairobi en 1985 et la Conférence mondiale sur les femmes « *Lutte pour l'égalité, le développement et la paix* » à Pékin en 1995.

## Section II - Une applicabilité directe limitée en droit interne

La promotion des droits des femmes, bien qu'elle fasse partie des priorités de la communauté internationale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et malgré les textes qui ont été adoptés en la matière, subit encore des obstacles en raison du manque d'un consensus international quant à son application, dû notamment aux divergences idéologiques et religieuses entre pays occidentaux et pays arabes<sup>789</sup>.

La transposition de normes internationales est d'autant plus problématique dans le domaine du droit de la famille. Les législations internes des États arabes objets de cette étude renvoient pour les questions familiales aux dispositions religieuses ou coutumières<sup>790</sup>.

Plus de vingt ans après la quatrième conférence mondiale de Pékin, l'ONU semble interrompre les efforts qu'elle fournissait dans la promotion des droits des femmes. Malgré la proposition conjointe faite le 8 mars 2012, à l'occasion de la journée internationale de la femme par le président de l'Assemblée générale des Nations Unies, Monsieur Al-Nasser<sup>791</sup> et le Secrétaire général Ban Ki-Moon de tenir une 5<sup>e</sup> conférence mondiale de l'ONU sur les femmes en 2015<sup>792</sup>, cette conférence n'a finalement pas eu lieu. Ceci fait craindre une régression de l'action internationale dans la poursuite des efforts concernant la défense des droits des femmes à travers le monde.

Nous verrons ici les limites à l'application en droit interne des dispositions de la CEDEF, d'une part du fait des réserves que peuvent formuler les États parties (Paragraphe I) et d'autre part en raison de la persistance d'obstacles socioculturels à la réalisation de l'égalité femmes-hommes tout particulièrement dans le cadre familial et conjugal (Paragraphe II).

---

<sup>789</sup> GROSCHON, S. *op. cit.*, p. 24.

<sup>790</sup> MÖSCHEL, M. *op. et loc. cit.* ; GTARI, R. *op. cit.*, p. 22.

<sup>791</sup> Nassir Abdulaziz Al-Nasser est un diplomate qatarien. Le 22 juin 2011, il a été élu Président de l'Assemblée générale des Nations unies pour la 66<sup>e</sup> session.

<sup>792</sup> Nations Unies. (mars 2012). *Déclaration conjointe du Président de l'Assemblée générale et du Secrétaire général des Nations Unies à l'occasion de la Journée internationale de la femme*, accessible sur le site : <https://www.un.org/press/fr/2012/SGSM14148.doc.htm> .

## Paragraphe I - Les réserves comme limite à la transposition de la CEDEF

Les rapports périodiques des États parties ont démontré qu'après l'adoption de la CEDEF, un grand nombre d'entre eux soit n'ont pas introduit le principe de l'égalité entre époux au sein de leur législation nationale, soit n'ont pas réussi, malgré cette transposition, à éliminer les inégalités persistant au sein de la société<sup>793</sup>.

Se pose en effet la question de la transposition de cette Convention internationale dans les systèmes juridiques nationaux des États parties. En effet, l'adhésion d'un État à un instrument international dépasse d'un point de vue éthique le simple « *engagement moral* » ; elle constitue un engagement qui entraîne des conséquences juridiques, notamment sa transposition dans le droit interne. Il peut donc y avoir dans certains cas conflit entre les droits national et international.

La nécessité de conserver la souveraineté des États dans le cadre du droit international implique la possibilité de formuler des réserves (A). Toutefois, les réserves formulées par les pays objets de notre étude constituent des limitations importantes à la réalisation de l'égalité entre époux en droit interne (B).

### A- Le conflit entre souveraineté des États et respect des engagements internationaux

La question de la souveraineté étatique s'applique particulièrement en droit international privé de la famille, puisque dans ce domaine se joue de manière cruciale la coexistence de cultures différentes.

**Le principe de supériorité du droit international.** La thèse de la supériorité du droit international sur le droit interne est une norme coutumière<sup>794</sup>, défendue au début du XX<sup>e</sup> siècle par Hans Kelsen<sup>795</sup> et aujourd'hui largement consacrée. Selon des auteurs<sup>796</sup>, la suprématie du

---

<sup>793</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §11.

<sup>794</sup> BARBERIS, J. « Réflexions sur la coutume internationale. » *Annuaire français de droit international* (1990) : 9-46, p. 10.

<sup>795</sup> Selon Kelsen, « *si l'on part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres étatiques [...], le traité international apparaît comme un ordre juridique supérieur aux États contractants* » V. KELSEN, H. « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle » *Revue du droit public* (1928), p. 211 In GÖZLER, K. « La question de la supériorité des normes de droit international sur la constitution. » *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara)* (1996) : 195-211, p. 196.

<sup>796</sup> CARREAU, D. et MARRELLA, F. *Droit international*. 12<sup>e</sup> édition. Paris : Éditions A.Pedone, 2018, p. 77.



droit international d'un point de vue « *de logique juridique* » doit aller « *de soi* » et « *ne soulever aucune difficulté particulière* »<sup>797</sup>.

Ce principe est consacré par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui stipule expressément qu'« *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité* ». En vertu de cet article, aucun État ne peut se soustraire à l'application de ses obligations contractuelles mentionnées dans le texte international au motif de son incompatibilité avec son droit interne. Le droit des traités est régi par le principe « *pacta sunt servanda*<sup>798</sup> » : les traités doivent être interprétés de bonne foi<sup>799</sup>. Cette règle dans sa mouture actuelle trouve son fondement dans un amendement déposé par la délégation du Pakistan<sup>800</sup> le 6 mai 1969 à la Conférence du droit des Traités des Nations Unies lors des discussions qui précédaient l'adoption de la Convention<sup>801</sup>.

Au-delà de la force juridique de cet article, le respect par les États d'un accord international relève du respect des engagements contractuels. L'accord international étant en somme un accord entre deux ou plusieurs États, il serait mal perçu que l'un d'entre eux se retire postérieurement à la signature du document international, et le prive d'effet sur son territoire national.

Cependant, le principe de supériorité de droit international s'effectue à l'encontre de toutes les normes nationales, qu'elles soient législatives, administratives ou encore constitutionnelles<sup>802</sup>.

---

<sup>797</sup> CARREAU, D. et MARRELLA, F. *op. et loc. cit.*

<sup>798</sup> Cette maxime latine signifie que les pactes doivent être respectés.

<sup>799</sup> L'article 46, dans son paragraphe 1 est ainsi libellé : « *le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale* ». Cette disposition s'interprète de manière restrictive. Le contractant doit être de bonne foi lorsque l'État invoque la violation d'une règle fondamentale de son droit interne. L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités stipule que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». En effet, les traités internationaux sont inviolables. Le principe de la suprématie du droit international est largement consacré dans le droit positif. Cependant, les traités ne sont pas immuables. La Cour internationale de justice dans un arrêt rendu le 25 septembre 1997 dans l'affaire du Projet de Gabcikovo-Nagymaros, entre la Slovaquie et la Hongrie, a souligné que « *la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels* ».

<sup>800</sup> Il est intéressant de noter ici que c'est un État musulman (article 2 de la Constitution pakistanaise). Pour les Musulmans, le principe *pacta sunt servanda* a également un fondement religieux : « *les Musulmans doivent respecter leurs engagements* ». Cela est clairement mentionné en de nombreux endroits du Coran.

<sup>801</sup> Initialement, l'amendement déposé par le Pakistan a été fait dans le but de compléter l'article 23 de la proposition de Convention (actuel article 16) qui traite de l'exécution de bonne foi des engagements des États parties. Suite à sa proposition, l'article 23 du projet de la Convention allait être rédigé comme suit : « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi, et aucune partie ne peut invoquer les dispositions de sa constitution ni sa législation comme excuse de la non-exécution de cette obligation* ». Finalement, l'article 23 n'a pas été modifié, et la proposition du Pakistan se trouve aujourd'hui consacrée dans l'article 27 de la Convention sur le droit des Traités, In Conférence des nations unies sur le droit des traités, Première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars - 24 mai 1968 et 9 avril - 22 mai 1969, p. 157.

<sup>802</sup> GÖZLER, K. *op. et loc. cit.*

Cette interaction n'est pas sans poser de problème de conflit normatif avec quelques dispositions du droit interne. Toutefois, le principe de supériorité des normes internationales par rapport aux dispositions constitutionnelles n'est qu'un corollaire du principe général de la primauté du droit international par rapport au droit interne<sup>803</sup>.

L'obligation de se conformer aux dispositions des accords internationaux doit en principe précéder les allégations avancées par certains États afin de justifier la non-exécution de ces accords<sup>804</sup>. Dans un arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale<sup>805</sup>, la Cour s'est refusée « à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté »<sup>806</sup>. En effet, si la ratification d'une convention internationale constitue certes une « restriction à l'exercice des droits souverains d'un État », c'est pourtant du fait même de sa souveraineté que cet État choisit de contracter des engagements internationaux.

**La reconnaissance de ce principe dans les pays objets de notre étude.** La France, malgré le fait qu'elle n'a pas ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités, s'est conformée à la coutume internationale et reconnaît les principes généraux du droit international. La Constitution française consacre ainsi la primauté des traités ou accords internationaux dûment ratifiés sur les lois françaises<sup>807</sup>. Toutefois, cette primauté ne s'applique qu'aux lois internes, et non pas à la Constitution qui demeure supérieure aux lois aussi bien qu'aux traités internationaux. Ces derniers sont subordonnés à la Constitution, puisqu'ils ne peuvent produire d'effet juridique s'ils lui sont contraires<sup>808</sup>. Dans le cas où un engagement international serait contraire à la Constitution, il ne pourra être ratifié qu'après révision de cette dernière<sup>809</sup>, ce qui induit le principe de la conformité des dispositions internationales aux règles constitutionnelles.

---

<sup>803</sup> *Ibidem.* ; V. également CARREAU, D. et MARRELLA, F. *op. cit.*, p. 78.

<sup>804</sup> HOSTERT, J. « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. » *Annuaire français de droit international* (1969) : 92-121, p. 112.

<sup>805</sup> Affaire du Vapeur Wimbledon, C.P.J.I., 17 août 1923, série A, n°1, Rec. p. 25.

<sup>806</sup> La Cour s'est prononcée ainsi en réponse aux affirmations de l'Allemagne qui a considéré le droit au libre passage dans le canal de Kiel sur le fondement de l'article 380 et suivants du Traité de paix de Versailles « *comme une servitude de droit international* » mise à sa charge.

<sup>807</sup> L'article 55 de la Constitution française stipule que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

<sup>808</sup> La valeur infra-constitutionnelle et supra-législative des traités est garantie par le droit français. Cf. les arrêts Jacques Vabre du 24 mai 1975 de la Cour de cassation et Nicolo du Conseil d'État du 20 octobre 1989, ainsi que l'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres.

<sup>809</sup> L'article 54 de la Constitution française prévoit que si un traité « *comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ».

Dans quelle mesure le principe de primauté des conventions internationales sur le droit national est-il reconnu par les législateurs de la Tunisie, du Qatar et de l'Arabie Saoudite ? La réponse à cette interrogation n'est pas toujours aisée concernant certains pays arabo-musulmans, tant sur le plan constitutionnel que jurisprudentiel.

La Tunisie tout d'abord a expressément admis dans l'article 20 de sa Constitution que « *les conventions approuvées par le Parlement et ratifiées sont supérieures aux lois et inférieures à la Constitution* ». La hiérarchie des normes est donc la même qu'en droit français.

Le Qatar, comme la France, n'a pas ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais mentionne dans l'article 6 de sa Constitution sa position vis-à-vis des accords internationaux. Cet article stipule que le Qatar « *respecte les chartes et conventions internationales et travaille à l'exécution de tous les accords internationaux, chartes et conventions dont il est partie* ». Il s'agit là d'une affirmation en demi-teinte de la supériorité du droit international, mettant davantage l'accent sur l'obligation de moyens que de résultats.

L'Arabie Saoudite quant à elle considère le Système fondamental de gouvernance comme la Constitution du royaume<sup>810</sup>. Il est considéré comme ayant une valeur constitutionnelle. En effet, depuis son adoption, elle constitue la référence juridique aussi bien pour les décrets, les ordonnances et les arrêtés royaux, que pour les lois et les règlements émis par l'autorité législative. Selon Monsieur Al-Dakhil<sup>811</sup>, le Système fondamental de gouvernance respecte dans le fond comme dans la forme les caractéristiques d'une constitution, étant donné d'une part qu'elle constitue l'« *ensemble de textes juridiques qui définit la composition, l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics* » et d'autre part qu'elle représente « *le document le plus important dans la vie politique de la société et dans la structure étatique, [...] qui détermine droits et obligations fondamentaux des citoyens* »<sup>812</sup>.

En principe, une norme qui a matériellement une valeur constitutionnelle est hissée au sommet de la hiérarchie des normes juridiques du pays, mais tel n'est pas le cas en Arabie Saoudite. En effet, la législation saoudienne, très imprégnée par les dispositions religieuses, a la particularité de placer le Coran et la Sunna, les deux sources principales de la charia, à un rang supérieur à cette Constitution et d'en faire la référence à laquelle ce texte doit strictement se conformer. À ce titre, l'article 7 du Système fondamental de gouvernance précise que « *l'autorité du gouvernement émane du Coran et de la Sunna qui priment sur la présente [Loi] et sur toutes*

---

<sup>810</sup> Cette loi est promulguée par le Décret royal n° A/90 du 27/08/1412 de l'Hégire - 2 mars 1992.

<sup>811</sup> Professeur de sociologie politique à l'Université du Roi Saoud en Arabie Saoudite.

<sup>812</sup> AL-DAKHIL, KH. (décembre 2010). *Alnizam alasi hua dustur almamlaka (Le Système fondamental de gouvernance est la Constitution du royaume)* [en arabe], consulté le 17 juin 2019 sur : <http://www.alhayat.com/article/151090/النظام-الأساسي-هو-دستور-المملكة> .

*les autres lois de l'État* ». Cet article fait référence implicitement à la charia et pose clairement le principe de la suprématie de ses dispositions aussi bien sur les lois nationales que sur le Système fondamental du pays. La suprématie des règles religieuses démontre clairement la relation de « *subordination de la constitution à la religion* »<sup>813</sup>. En raison de la supériorité des dispositions religieuses, toute disposition du Système fondamental de gouvernance qui serait contraire à une disposition religieuse issue du Coran et de la Sunna sera modifiée.

Outre ce statut controversé du Système fondamental de gouvernance de l'Arabie Saoudite, celui-ci reste muet sur la hiérarchie des normes nationales et internationales en cas de contradiction. En effet, l'article 81 du Système fondamental de gouvernance<sup>814</sup> se borne à souligner le respect par le royaume de toutes les conventions internationales qu'il a signées et ratifiées, un principe explicitement souligné en islam<sup>815</sup>.

De ce qui précède, on peut déduire que la ratification par l'Arabie Saoudite de la CEDEF présuppose la conformité de cette dernière aux dispositions du Système fondamental et aux dispositions religieuses comme l'a souligné la haute délégation saoudienne, dirigée par le Vice-Président de la Commission des droits de l'Homme<sup>816</sup>. De ce fait, si la Convention était contraire à la charia, le pays n'aurait pas procédé à sa ratification dès le départ. Mais par la signature et la ratification, le royaume a témoigné de sa volonté d'appliquer la Convention.

**Le droit de formuler des réserves.** Toutefois, ce principe de suprématie de droit international n'empêche pas les États parties d'émettre un certain nombre d'actes unilatéraux, qui peuvent prendre la forme d'une réserve générale ou spéciale, ou d'une déclaration interprétative<sup>817</sup>.

---

<sup>813</sup> GAZANO, A. *L'essentiel des régimes politiques étrangers* [édition numérique]. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2016.

<sup>814</sup> « *L'entrée en vigueur de la présente loi ne porte pas atteinte aux traités et aux accords signés par le Royaume d'Arabie Saoudite avec des organisations et des institutions internationales* ».

<sup>815</sup> « *Soyez fidèles au pacte de Dieu après l'avoir contracté et ne violez pas vos serments après les avoir solennellement prêtés et avoir pris Dieu comme garant de votre bonne foi. Vraiment Dieu sait ce que vous faites !* » Le Coran (16 : 91) ; « *Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements* ». Le Coran (5 : 1) ; « *quiconque remplit sa promesse et craint Dieu [...] Dieu aime les pieux* ». Le Coran (3 : 76).

<sup>816</sup> Le Comité invite l'État partie à envisager de retirer sa réserve générale à la Convention, en particulier compte tenu du fait que sa délégation a assuré qu'il n'y a aucune contradiction quant au fond entre la Convention et la charia islamique *In Observations finales du Comité : Arabie Saoudite, figurant dans le document CEDAW/C/SAU/CO/2, op. cit., §3 et §10.*

<sup>817</sup> Tel est le cas de la France qui a fait une déclaration lors de la signature de la CEDEF en vertu de laquelle elle a exprimé que « *le Gouvernement de la République française déclare que l'article 9 de la Convention ne doit pas être interprété comme faisant obstacle à l'application du deuxième alinéa de l'article 96 du Code de la nationalité française* ». Lors de la ratification, la France a émis trois déclarations « *le Gouvernement de la République française déclare que le préambule de la Convention contient, notamment en son onzième considérant, des éléments contestables qui n'ont en tout état de cause pas leur place dans ce texte* » ; « *Que l'expression "éducation familiale" qui figure à l'article 5 b) de la Convention doit être interprétée comme visant l'éducation publique relative à la famille, et qu'en tout état de cause l'article 5 sera appliqué dans le respect de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » ; « *Le Gouvernement de la République française déclare qu'aucune disposition de la Convention ne doit être interprétée comme faisant obstacle aux dispositions de la*

Le principe est que les États parties à un instrument international sont souverains pour formuler ou non des réserves quant à tout ou partie des dispositions de cet instrument<sup>818</sup>. En invoquant la souveraineté et la non-conformité au droit interne, un État peut décider d'écarter l'application des dispositions de l'instrument international auquel il a librement adhéré en émettant des réserves.

La réserve fait donc partie des actes unilatéraux que peut effectuer un pays suite à la ratification d'un accord ou traité international, dont le but est d'entraver l'application de certaines dispositions sur le territoire de cet État. Elle est à la fois l'expression de la souveraineté des États et leur possibilité de négocier leur adhésion à un instrument international. Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, la réserve s'entend comme « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* »<sup>819</sup>.

Le droit de formuler des réserves reste cependant limité. En effet, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les États en formulant des réserves font un tri parmi les dispositions de l'instrument international, et freinent ainsi la portée universelle des droits humains qu'il consacre<sup>820</sup>. Ainsi, au-delà de la dimension juridique de la réserve formulée par un État, celle-ci est souvent d'ordre politique et perçue de ce fait « *comme un acte attentatoire [...] à une action conventionnelle* »<sup>821</sup>.

Concernant particulièrement la CEDEF, son article 28 alinéa 2 a considéré qu'« *aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée* »<sup>822</sup>. Ainsi, l'émission des réserves est limitée par l'exigence du respect du but et de l'objet de la Convention. Dans le cas contraire, il sera considéré que ces réserves sont illicites. L'exécution de bonne foi implique le respect des traités internationaux et leur transposition tels qu'ils ont

---

*législation française qui sont plus favorables aux femmes qu'aux hommes* ». La déclaration interprétative est formulée par un État afin de demander la portée exacte d'un ou plusieurs articles du texte international. Elle est définie par l'article 1.2 du guide de la pratique sur les réserves aux traités comme étant « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions* » In Nations Unies, Guide de la pratique sur les réserves aux traités, 2011.

<sup>818</sup> FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.). *La circulation internationale des modèles en question* [édition numérique]. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2014.

<sup>819</sup> Article 2, paragraphe 1, alinéa d de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

<sup>820</sup> BEN JÉMIA, M. et CHEKIR H. *op. et loc. cit.*

<sup>821</sup> FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.). *op. et loc. cit.*

<sup>822</sup> BEN JÉMIA, M. et CHEKIR H. *op. et loc. cit.*

été adoptés dans le droit interne des pays parties, même si leur législation nationale y est opposée<sup>823</sup>.

Les réserves illicites formulées par un État peuvent se heurter à l'objection des autres États parties de la Convention ou de l'accord international. L'objection est une faculté accordée aux États à l'encontre des réserves formulées par d'autres États s'ils considèrent que la réserve est incompatible avec l'objet et le but de l'instrument international en question<sup>824</sup>. L'analyse du système d'objection des pays occidentaux face aux réserves émises par certains pays arabes montre la volonté des premiers à contester la validité même de ces réserves et leur incompatibilité avec l'esprit de la Convention. Toutefois, le système d'objection reste en pratique limité, dans la mesure où il ne peut en aucun cas être imposé à l'État de retirer ses réserves<sup>825</sup>. Il s'agit simplement « *d'une forme de dénonciation morale et politique au niveau international* ».

---

<sup>823</sup> HOSTERT, J. *op. cit.*, p. 109.

<sup>824</sup> Nations Unies. *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, accessible sur le site : [https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1\\_fr.xml](https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml) ; V. également les articles 20 à 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sur l'acceptation des réserves et objections aux réserves et les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves.

<sup>825</sup> FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.). *op. et loc. cit.*



## B- Les réserves à la CEDEF et les objections qu'elles suscitent

Les quatre pays objets de notre étude, malgré le fait qu'ils ont tous signé et ratifié la CEDEF, ne lui ont pas réservé le même accueil dans leur droit interne.

La France tout d'abord, seul pays européen dans le cadre de cette comparaison, a respecté dans une grande mesure les dispositions de la Convention, particulièrement celles qui tendent à l'égalité entre femmes et hommes. Elle a dû retirer les réserves qu'elle avait formulées concernant l'article 16 paragraphe 1 alinéa g le 14 octobre 2013 concernant le choix du nom de famille, et les alinéas 2c<sup>826</sup> et 2h<sup>827</sup> de l'article 14 qui marquent un intérêt spécifique porté sur les femmes habitant en zone rurale. Elle a toutefois maintenu la réserve relative à l'article 29, ne portant pas atteinte aux buts et objectifs de la Convention, qui concerne le protocole en cas de litige sur l'application de la CEDEF<sup>828</sup>.

Tel n'a pas été la position des trois pays arabo-musulmans. La Tunisie a maintenu ses réserves spéciales<sup>829</sup> jusqu'en 2014 et sa déclaration générale<sup>830</sup> jusqu'aujourd'hui, formulées suite à la ratification de la CEDEF en 1985<sup>831</sup>. La Tunisie semble faire partie des pays auxquels le Comité a fait référence dans sa Recommandation générale n°21<sup>832</sup>, qui consacrent l'égalité des droits dans certains textes, mais conservent en réalité une nette distinction entre rôle des femmes et des hommes dans la société<sup>833</sup>.

Certains États, dont l'Arabie Saoudite et le Qatar, ont émis des réserves à l'application des dispositions de la CEDEF en invoquant « *l'incompatibilité présumée de l'article 2 et de la*

---

<sup>826</sup> « *Le Gouvernement de la République française déclare que le paragraphe 2 c) de l'article 14 doit être interprété comme garantissant l'acquisition de droits propres dans le cadre de la sécurité sociale aux femmes qui satisfont aux conditions familiales ou d'activité professionnelle requise par la législation française pour bénéficier d'une affiliation à titre personnel* ».

<sup>827</sup> « *Le Gouvernement de la République française déclare que le paragraphe 2 h) de l'article 14 ne doit pas être interprété comme impliquant la réalisation matérielle et gratuite des prestations prévues dans cette disposition* ».

<sup>828</sup> Dans cette réserve relative, la France déclare qu'elle ne sera pas liée par les dispositions de l'article 29, §1, prévoyant que « *tout différend entre deux ou plusieurs États parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'est pas réglé par voie de négociation peut être soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice* ».

<sup>829</sup> Ces réserves qui ont toutes été retirées par la suite comme nous allons le montrer ultérieurement, ont été formulées uniquement à l'encontre des dispositions de la Convention elle-même, et non à l'encontre des dispositions du Protocole additionnel de la Convention entré en vigueur le 22 décembre 2002 et que la Tunisie a ratifié en 2008, dont l'article 17 prévoyait expressément : « *le présent protocole n'admet aucune réserve* ».

<sup>830</sup> « *Le Gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la Convention, aucune décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions du chapitre 1er de la Constitution tunisienne* ».

<sup>831</sup> La Tunisie a ratifié la CEDEF le 20 septembre 1985.

<sup>832</sup> En effet, le Comité s'est contenté dans cette recommandation de mentionner « *certain pays* », sans citer explicitement lesquels.

<sup>833</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §12.



*charia islamique* »<sup>834</sup>. Il est à noter que cet article 2 détaille tous les types de moyens devant être utilisés par les États pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes ; il s'agit donc d'un élément central de la CEDEF.

**Les réserves formulées par l'Arabie Saoudite.** L'Arabie Saoudite a formulé non seulement des réserves spéciales à l'égard de certains articles de la Convention, mais également une réserve générale, bloquant ainsi la transposition du document international dans le droit interne saoudien. La réserve générale tout d'abord stipule qu'« *en cas de divergence entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane, le Royaume n'est pas tenu de respecter les termes de la Convention qui sont divergents* ». Lors de la ratification de la Convention, l'Arabie Saoudite a formulé cette réserve générale alors que sa délégation<sup>835</sup> a assuré « *qu'il n'y a aucune contradiction quant au fond entre la Convention et la charia islamique* »<sup>836</sup>.

Les réserves spéciales se réfèrent au paragraphe 2 de l'article 9 concernant la transmission de la nationalité aux enfants et au paragraphe 1 de l'article 29 de la Convention concernant l'arbitrage en cas de différends concernant l'interprétation ou l'application de la convention. Cette dernière réserve ne concerne pas la compatibilité avec la charia, mais représente une affirmation de l'égale souveraineté du pays sur le plan international.

Du fait de ces réserves, il est évident que la CEDEF ne peut avoir que des effets extrêmement limités sur la législation interne du pays. La réserve générale formulée au nom de la charia constitue en effet un obstacle à l'application des objectifs de la CEDEF, aussi bien sur le plan légal que judiciaire. Conformément aux articles 46 et 48 du Système fondamental du pays<sup>837</sup>, l'Arabie Saoudite prévoit expressément que les juges sont exclusivement liés par les principes de la charia. En effet, les tribunaux nationaux n'appliquent que les dispositions nationales. Les conventions et traités internationaux ne sont appliqués par les juges saoudiens

---

<sup>834</sup> Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Dix-huitième et dix-neuvième sessions), Assemblée générale, Cinquante-troisième session, Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1), p. 50, §10.

<sup>835</sup> Cette délégation saoudienne « *dirigée par le Vice-Président de la Commission des droits de l'Homme, comptant de nombreux représentants et représentantes de ministères et d'autres organes gouvernementaux ayant des responsabilités dans la mise en œuvre des mesures dans les domaines couverts par la Convention ainsi que des universitaires* » In Observations finales du Comité : Arabie Saoudite, figurant dans le document CEDAW/C/SAU/CO/2, *op. cit.*, §3.

<sup>836</sup> Observations finales du Comité : Arabie Saoudite, figurant dans le document CEDAW/C/SAU/CO/2, *op. cit.*, §10.

<sup>837</sup> L'article 46 prévoit que « *le pouvoir judiciaire est indépendant. Il n'y a aucun contrôle sur les juges lorsqu'ils prononcent leurs verdicts, sauf celui de la charia islamique* » ; l'article 48 stipule que « *les tribunaux appliquent les règles de la charia islamique dans les cas où elle s'applique, conformément à ce qui est prévu par le Saint Coran et la Sunna, et les lois décidées par le gouvernement ne doivent pas être contraires au Saint Coran et à la Sunna* ».

que s'ils sont intégrés dans le droit national<sup>838</sup>. Il s'agit là de l'application de la théorie dualiste qui considère que la justice nationale saoudienne n'est pas habilitée à appliquer les dispositions internationales. Puisque la transposition de la CEDEF dans le droit interne saoudien a été bloquée par le biais de la réserve générale, les justiciables et hommes de loi ne peuvent assurer l'application de ses dispositions. Les juges en Arabie Saoudite réfutent catégoriquement les plaidoiries qui se basent sur les conventions internationales et appliquent strictement les principes qui émanent de la charia.

Les réserves formulées par l'Arabie Saoudite ont été objectées par certains pays<sup>839</sup> dont la France qui a critiqué le 26 juin 2001 la « portée générale et indéterminée » de la réserve, qui « pourrait priver de tout effet les dispositions de la Convention ». Dans le même ordre d'idées, la France a également opposé une objection<sup>840</sup> à la réserve formulée par l'Arabie Saoudite concernant le paragraphe 2 de l'article 9, soulignant que cette opposition remet en question la volonté de ce pays d'adhérer effectivement à la Convention.

Ces réserves ont été formulées alors que l'Arabie Saoudite, en signant et ratifiant la CEDEF le 7 septembre 2000, a exprimé juridiquement sa volonté d'être liée par les dispositions de cette Convention. Or, si le législateur saoudien n'avait pas une volonté d'améliorer la condition féminine, il n'aurait certainement pas ratifié la Convention. Toutefois, l'expression d'une réserve générale à l'égard de la Convention en aval de sa ratification ne témoigne pas nécessairement de la volonté du royaume de ne pas appliquer la Convention en droit interne, mais peut être considérée comme une précaution afin de ne pas créer de conflits politiques internes notamment vis-à-vis du pouvoir religieux<sup>841</sup>, ce qui expliquerait la signature et la ratification de la Convention dans la même journée, le 7 septembre 2000.

---

<sup>838</sup> RATEB, A., AMER, S. et SULTAN, H. *Alqanoun ad-Dawli alam (Droit international public)* [en arabe]. Caire : Dar Al-nahda Al-arabi, 1978, p. 28.

<sup>839</sup> Dont l'Autriche, l'Irlande, l'Espagne, Les Pays Bas, le Portugal, le Suède. Ces objections en détail sont accessibles sur le site : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=fr) ; FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.). *op. et loc. cit.*

<sup>840</sup> Cette objection fait suite à celle formulée par l'Allemagne le 19 janvier 2001 qui a estimé que « la réserve concernant la compatibilité entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane jette le doute sur la volonté du Royaume d'Arabie Saoudite de respecter la Convention. Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne considère que cette réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention. Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne note en outre que la réserve concernant le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention tend à exclure une obligation de non-discrimination dont l'importance dans le cadre de la Convention est telle qu'elle rend la réserve en question contraire à l'essence de celle-ci ».

<sup>841</sup> Le pouvoir religieux en Arabie Saoudite exerce une grande influence sur la vie politique et juridique au sein du royaume, étant donné qu'il assure le respect des dispositions de la charia islamique. De ce fait, le législateur saoudien, aussi bien dans ses actions internationales que nationales, se concerta souvent avec le pouvoir religieux. À titre d'exemple, dans l'ordre royal n°A/44 de l'année hégire 29/01/1434 (11/01/2013), le roi Abdallah de l'Arabie Saoudite a accordé aux femmes le droit de siéger au sein du Conseil consultatif (Majlis ach-Choura) à hauteur de 20%. Cette participation n'a été admise qu'après concertation avec les oulémas du pays. Ainsi, il a précisé dans le préambule de cet ordre royal que cette admission a été faite sur la base « d'une consultation avec un grand nombre des meilleurs oulémas qui ont autorisé légalement la participation de la femme en tant que

**Les réserves et les déclarations du Qatar.** Le Qatar a émis de nombreuses réserves par rapport à certains articles de la CEDEF, à savoir, l'article 2 alinéa a<sup>842</sup> ; l'article 9 paragraphe 2 ; l'article 15 paragraphe 1<sup>843</sup> et 4; l'article 16 paragraphe 1 alinéa a, c et f et enfin l'article 29 paragraphe 2.

Le Qatar a fait barrage à la transposition de ces alinéas en droit interne qatarien au motif qu'ils sont contraires à la charia et au droit national. En effet, le Qatar, à l'instar de nombreux pays arabes, n'accorde pas de droits égaux aux deux époux, aussi bien au moment du mariage qu'après sa dissolution. En effet, de nombreux articles du code de la famille consacrent toujours l'inégalité des droits entre époux<sup>844</sup>.

Ainsi, l'article 9 §2, qui accorde des droits égaux aux femmes et aux hommes concernant la transmission de leur nationalité aux enfants, est contraire aux dispositions du Code de la nationalité du Qatar.

Le paragraphe 4 de l'article 15 quant à lui consacre la libre circulation et le libre choix du domicile aussi bien pour les femmes que pour les hommes. Il est contraire d'une part aux dispositions de l'article 55 du Code de la famille qatarien qui stipule que c'est le mari qui choisit le lieu du domicile conjugal, un choix que l'épouse doit respecter sauf si elle en a fait le choix elle-même dans l'acte de mariage. D'autre part, la réserve a été faite surtout afin de ne pas accorder la libre circulation aux femmes au même titre que les hommes. En effet, le ministère de l'intérieur qatarien interdit aux femmes de moins de vingt-cinq ans de voyager seules sans l'accord de leur tuteur<sup>845</sup>.

En plus de ces réserves, le gouvernement qatarien a fait deux déclarations. La première est relative à la phrase « *quel que soit leur état matrimonial* » de l'article premier de la Convention. Par cette déclaration interprétative, le gouvernement se réserve le droit d'appliquer cet article en considérant que la mention « *quel que soit leur état matrimonial* » ne doit pas être comprise comme un encouragement aux relations sexuelles hors mariage, contraires à la charia.

La deuxième déclaration concerne l'article 5 alinéa a qui appelle à « *modifier les schémas* », perçu par le Qatar comme menaçant d'encourager la femme à délaisser « *son rôle de mère et*

---

*membre du Conseil consultatif (Majlis ach-Choura), à la lumière des dispositions de la charia islamique* ». Ainsi, la femme a certes acquis le droit de devenir membre de cette Assemblée, mais doit en parallèle strictement se conformer aux dispositions de la charia islamique, porter le voile islamique, avoir un emplacement distinct de celui des hommes, et une entrée séparée, de sorte qu'aucune mixité ne s'opère entre eux.

<sup>842</sup> Cet article de la Convention contredit les dispositions du droit musulman concernant la succession, contenues dans l'article 8 de la Constitution du Qatar.

<sup>843</sup> Ce paragraphe est contraire aux dispositions de la charia islamique relatives à l'héritage contenues dans l'article 256 du Code de la famille qatarien.

<sup>844</sup> Ces éléments seront exposés en détail dans la deuxième partie de cette étude.

<sup>845</sup> Ce décret est accessible sur le site du Ministère de l'intérieur du Qatar : <https://www.moi.gov.qa/site/arabic/news/2011/08/14/24231.html> .

*d'éducatrice* ». Cette déclaration appelle deux remarques importantes. D'une part, cet alinéa parle uniquement de la modification de schémas dans le but d'éliminer les préjugés et pratiques coutumières qui appuient toujours l'infériorité de la femme au sein de la société. L'alinéa b de l'article 5, qui considère que la maternité « *est une fonction sociale* »<sup>846</sup>, montre bien qu'il ne s'agit nullement d'encourager la femme à délaisser son rôle de mère, mais d'encourager le partage de responsabilité entre les femmes et les hommes, mettant l'intérêt des enfants comme condition primordiale.

D'autre part, cette déclaration montre que le Qatar n'est pas prêt à mettre en œuvre un profond changement culturel pour éliminer les pratiques coutumières et les stéréotypes sexistes. Cette déclaration se réfère à certaines interprétations du Coran associées aux coutumes préexistantes qui appuient sur l'idée de complémentarité où la femme a des rôles bien définis<sup>847</sup>. On peut s'interroger sur la compatibilité d'une telle représentation avec le but de la CEDEF. En effet, le Comité a souligné à plusieurs reprises qu'un des objets essentiels de la Convention était de lutter contre les stéréotypes de genre, et que cette obligation concernait l'ensemble des États parties<sup>848</sup>.

Les réserves formulées par les pays arabes dont l'Arabie Saoudite et le Qatar, quand bien même exprimées au nom de l'incompatibilité à la charia, ne portent pas sur les mêmes articles. Cette disparité démontre clairement et de façon non équivoque que ce sont les différences entre cultures et coutumes des pays qui sont le principal moteur de ces réserves, et non pas l'incompatibilité à la charia.

Les réserves émises par le Qatar ont également suscité la réaction de certains pays parties de la CEDEF, soucieux du respect de l'application de la Convention dans son intégralité.

Tout d'abord, le gouvernement autrichien a formulé des objections à ces réserves, craignant qu'elles n'« *abouti[ssent] à une discrimination à l'égard des femmes en raison de leur sexe* » d'une part, et d'autre part en ce qu'elles « *portent atteinte à des obligations fondamentales dont*

---

<sup>846</sup> La fonction sociale de la maternité est mise en avant depuis la Révolution française. En effet, le Congrès général des sociétés féministes a été le premier à déclarer à Paris en 1892 que la maternité n'a pas seulement une fonction naturelle et familiale, mais également une fonction sociale. En vertu de cette approche, la fonction maternelle a été au cœur des revendications politiques et sociales qui ont accordé des droits aux mères en prenant en compte leurs responsabilités maternelles. Cependant, c'est grâce à ce mouvement que l'État a pris conscience du rôle social de la mère et lui a reconnu la fête des mères (1926), l'assurance maternité (les lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930 sur les assurances sociales qui comprennent l'assurance maternité) les allocations familiales (la loi Landry du 11 mars 1932) et l'allocation de la mère au foyer en 1938. Pour plus d'informations sur le sujet, V. KNIBIEHLER, Y. *Histoire des mères et de la maternité en Occident : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 3<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2012.

<sup>847</sup> Ces interprétations sont soutenues par de nombreux théologiens, Cf. Titre I, Chapitre I.

<sup>848</sup> ROMAN, D. « Stéréotypes de genre et rôles traditionnels : La dimension émancipatoire de la Convention. » ROMAN, D. *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014. 133-153, p. 142.

*le respect est indispensable à la réalisation de l'objectif de la Convention* »<sup>849</sup>. La Belgique a également souligné que ces réserves portaient sur des dispositions fondamentales de la Convention, et conduisaient ainsi à une incertitude quant au respect par le Qatar de ses obligations et de l'esprit de la Convention. Il convient de signaler que la France n'a pas émis d'objection vis-à-vis des réserves formulées par le Qatar. Quant au gouvernement espagnol, celui-ci a considéré que ces réserves, en raison de leur incompatibilité avec la Convention, étaient dénuées de tout effet juridique, et n'empêchaient nullement le Qatar de respecter ses engagements liés à l'application de la Convention suite à son adhésion.

**Les réserves et la déclaration générale de la Tunisie.** Le cas de la Tunisie est sensiblement différent de celui de l'Arabie Saoudite et du Qatar dans la mesure où cet État a fait usage d'une déclaration générale en lieu et place d'une réserve générale.

En formulant une déclaration générale, la Tunisie pose une condition quant à l'application de la CEDEF<sup>850</sup>. En ce sens, cette déclaration peut être assimilée à une réserve. En effet, la déclaration formulée par la Tunisie - toujours en vigueur - stipule que « *le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la Convention, aucune décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions du chapitre premier de la constitution* ». Par cette déclaration, la Tunisie a posé une condition *sine qua non* à l'application des dispositions de la CEDEF sur le sol tunisien, à savoir le respect des dispositions religieuses, particulièrement relatives à l'islam. Cette référence à l'islam en particulier est due à deux facteurs. Tout d'abord, elle renvoie expressément à l'article premier de la Constitution de 1959, selon lequel « *la Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'islam, sa langue l'arabe et son régime la République* », repris dans les mêmes termes par la Constitution de 2014 avec l'ajout d'une interdiction d'amendement<sup>851</sup>. Le deuxième facteur tient aux travaux préparatoires de la loi de ratification de la Convention<sup>852</sup>, durant lesquels l'accent a été mis en

---

<sup>849</sup> Ces objections en détail sont accessibles sur le site : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr).

<sup>850</sup> La différence étant déjà faite entre déclaration et réserve, la confusion ne doit point avoir lieu. La première se borne à préciser la position des États par rapport à la teneur de certaines dispositions tandis que la deuxième a pour objet de modifier ou d'écarter l'application d'une ou plusieurs dispositions en droit interne. Toutefois, la frontière est parfois ambiguë entre les deux notions, particulièrement si la déclaration contient une condition quant au consentement de l'État à être lié juridiquement par la Convention. Dans l'affaire Temaltech, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré que « *si un État formule une déclaration et la présente comme une condition de son consentement à être lié par la convention [...] et comme ayant pour but d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions, une telle déclaration, quelle que soit sa désignation, doit être assimilée à une réserve* ».

<sup>851</sup> « *Il n'est pas possible d'amender cet article* ».

<sup>852</sup> Chambre des députés, débats n°40 en date du 9 juillet 1985, p.2062-2082 *In* BEN JÉMIA, M. et CHEKIR H. *op. cit.*, p. 8.

particulier sur la religion musulmane et non sur les autres éléments contenus dans l'article 1 de la Constitution<sup>853</sup>. Cette déclaration est ainsi comparable dans le fond à la réserve générale formulée par l'Arabie Saoudite.

Les réserves émises par le gouvernement tunisien à l'encontre des articles 9 paragraphe 2 ; 15 paragraphe 4 ; 16 paragraphe 1 alinéas c, d, f, g et h ; 29 paragraphe 1 de la CEDEF étaient de nature incompatible avec le but et l'objet de la Convention<sup>854</sup>.

Concernant l'article 9 paragraphe 2 tout d'abord, la Tunisie a formulé des réserves à l'encontre de cet article, car il s'opposait aux dispositions de l'article 6 du Code de la nationalité tunisienne en vertu duquel la mère tunisienne mariée à un étranger ne pouvait donner sa nationalité à son enfant que si ce dernier naissait en Tunisie<sup>855</sup>. Une telle restriction n'existait pas à l'encontre du père tunisien, qui lui, pouvait donner sa nationalité même à ses enfants nés à l'étranger.

Quant à l'article 15 paragraphe 4, la Tunisie a formulé des réserves à son encontre en raison du fait que cet article accordait des droits égaux aux femmes et aux hommes quant à la libre circulation et au libre choix de la résidence et du domicile. En effet, à l'époque de la ratification de la convention, la société tunisienne était encore sous l'influence du système patriarcal qui dominait dans une large mesure l'esprit des dispositions du Code du statut personnel. Dans ce contexte, on conçoit mal la liberté de la femme à choisir librement le domicile conjugal étant donné l'article 23 du Code qui reconnaissait au mari le statut du chef de famille, lui accordant de ce fait des droits de façon unilatérale au moment du mariage.

Enfin, les différents alinéas de l'article 16 de la Convention étaient en contradiction avec les dispositions du Code du statut personnel tunisien de l'époque, et notamment concernant l'octroi égal par les deux époux du nom de famille aux enfants nés dans le cadre du mariage ou encore les dispositions égalitaires en matière de succession.

Des militantes de l'association tunisienne des femmes démocrates ont même avancé que ces réserves, en contradiction avec l'esprit de l'article 2, étaient formulées dans le but de perpétuer certaines dispositions législatives discriminatoires à l'égard des femmes, et de là, d'entraver l'égalité de droits entre les deux sexes, pourtant le but même de la Convention<sup>856</sup>. Ainsi, les réserves et la déclaration formulées par la Tunisie entravaient la portée globale et universelle de cette Convention, à savoir garantir aux femmes le plein exercice de leurs droits

---

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>854</sup> La Tunisie ne s'estimait pas liée aux dispositions de cet article du fait qu'elle considérait que la résolution des différends liés à l'interprétation des dispositions de la Convention devait être consentie par toutes les parties du litige.

<sup>855</sup> V. la loi du 12 juillet 1993 modifiant l'article 6 du Code de la nationalité.

<sup>856</sup> BEN JÉMIA, M. et CHEKIR H. *op. et loc. cit.*



fondamentaux dans tous les domaines. Cette violation de l'unité de la Convention n'a pas été acceptée en raison de l'atteinte qu'elle était susceptible de porter à l'égalité des droits des femmes, et à leur dignité en tant que personne humaine<sup>857</sup>. De ce fait, à l'instar de la déclaration générale faite par le gouvernement tunisien qui se référait de façon indirecte au respect de la religion musulmane, les réserves tendaient à perpétuer un « *ordre social inégalitaire empreint de religiosité* »<sup>858</sup>.

Le 17 avril 2014<sup>859</sup>, le gouvernement tunisien a notifié au secrétaire général des Nations Unies la levée des réserves relatives aux articles 9 paragraphe 2 ; 15 paragraphe 4 ; 16 paragraphe 1 alinéas c, d, f, g, h et 29 paragraphe 1 de la CEDEF. La levée des réserves a constitué un pas important dans la consécration des droits des femmes en Tunisie. Elle a été le symbole de l'affirmation d'une égale jouissance des droits dans tous les domaines avec les hommes. Par cette action, la Tunisie a pris l'engagement de réformer sa législation nationale et modifier toute norme juridique ou pratique contraire à l'esprit de la Convention, ainsi que de sensibiliser l'opinion publique sur les discriminations que subissent les femmes.

Toutefois, cette levée des réserves n'a pas été accompagnée par la levée de la déclaration générale concernant l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution tunisienne, fondement juridique de toutes les discriminations religieuses subies par les femmes, et que la jurisprudence et l'administration tunisiennes hissent au rang de « *règle supra-constitutionnelle* »<sup>860</sup>. Le maintien de cette déclaration générale divise la société tunisienne entre la volonté de maintenir le respect des principes religieux issus de l'islam, et celle de se conformer aux dispositions du droit international, plus libéral.

De manière générale, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a témoigné de son inquiétude vis-à-vis des réserves émises par certains États concernant l'article 16 qui assure une égalité entre les femmes et les hommes au sein de la famille<sup>861</sup>. En raison de l'importance de la question, il a consacré tout un chapitre aux réserves qu'il considère comme illicites. En effet, après analyse des facteurs susceptibles d'entraver l'application de l'article 16 de la CEDEF, il a noté que des réserves ont été émises, car les dispositions de cet article

---

<sup>857</sup> *Ibidem*.

<sup>858</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>859</sup> V. Notification dépositaire : C.N.220.2014.TREATIES-IV.8.

<sup>860</sup> YASSARI, N. *Changing God's Law : The dynamics of Middle Eastern family law* [en anglais et en français]. New York : Routledge, 2016, p. 175.

<sup>861</sup> Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1), *op. cit.*, p. 50, §12.



*« n'étaient pas compatibles avec leur conception générale de la famille compte tenu notamment de la culture, de la religion, de la situation économique et des institutions politiques de leur pays »<sup>862</sup>.*

Ainsi, si les réserves garantissent l'exercice de la souveraineté nationale lors de la conclusion d'un accord international, elles impliquent nécessairement la limitation des effets de ce dernier, voire peuvent aller à l'encontre de l'esprit du texte. C'est particulièrement le cas d'une réserve à caractère général, telle que celle formulée par l'Arabie Saoudite lors de la ratification de la CEDEF. Ainsi, il aurait été préférable qu'une réserve spéciale soit émise et non une réserve générale, interprétée par les autres États parties comme la manifestation d'un refus d'application de ce texte en droit interne.

---

<sup>862</sup> *Ibidem.*

## Paragraphe II - L'état des lieux mitigé de l'après-CEDEF

Suite à l'élaboration de la CEDEF ont eu lieu plusieurs Conférences mondiales destinées à évaluer la situation internationale concernant l'égalité femmes-hommes notamment au sein de la famille et mettre en place des programmes d'action pour réaliser cette égalité.

La quatrième conférence mondiale s'est tenue à Pékin du 4 au 15 septembre 1995 afin de perpétuer les efforts déjà fournis dans le but d'instaurer une égalité concrète entre femmes et hommes. Il a été précisé lors de cette conférence que cette égalité relève non seulement des droits de l'Homme, mais constitue aussi un prérequis à la justice sociale ainsi qu'« *à l'égalité, au développement et à la paix* »<sup>863</sup>. Cette conférence avait également pour objectif d'identifier les obstacles qui entravaient encore la réalisation des objectifs des anciennes conférences<sup>864</sup>.

Cette Conférence a marqué un développement important en matière de consécration d'égalité entre les sexes, et constitue en droit international l'un des instruments les plus importants en matière d'égalité des sexes, après la CEDEF qui est considérée comme « *une norme internationale pour la définition de l'égalité entre les femmes et les hommes* »<sup>865</sup>.

Le rapport de cette quatrième Conférence mondiale met en lumière différents facteurs ayant contribué à la perpétuation des inégalités. Nous verrons en effet qu'en raison de facteurs culturels, économiques, politiques, mais aussi de l'absence de contrôle international (A), de grandes inégalités persistent entre les époux (B).

### A- Les obstacles à l'application de la CEDEF

Si la condition des femmes s'est globalement améliorée dans la décennie précédant la conférence de Pékin, les inégalités entre hommes et femmes persistent. Parmi les facteurs ayant joué un rôle dans cette perpétuation, le rapport de la conférence de Pékin cite notamment la pauvreté à travers le monde, qui touche davantage les femmes ; les carences de la promotion et de la protection des droits fondamentaux des femmes ; les disparités entre hommes et femmes dans le domaine de la gestion des ressources naturelles et de la préservation de l'environnement. À ces facteurs, le rapport a ajouté l'accès inégal de la femme à l'éducation et à la formation,

---

<sup>863</sup> Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes figurant dans le document A/CONF.177/20/Rev.1, *op. cit.*, §1.

<sup>864</sup> GROSBOIN, S. *op. cit.*, p. 23.

<sup>865</sup> Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes figurant dans le document A/CONF.177/20/Rev.1, *op. cit.*, §25.

aux soins de santé et aux services sanitaires, l'inégalité face aux structures politiques ; le partage inégal du pouvoir ; la persistance de la discrimination à l'égard des petites filles et des violations de leurs droits fondamentaux<sup>866</sup>.

Un autre obstacle, et non des moindres, à la réalisation de l'égalité à travers le monde, est la violence. Elle constitue selon le rapport de la quatrième conférence mondiale « *une violation des droits fondamentaux et des libertés fondamentales des femmes* »<sup>867</sup>. Ce mécanisme social a renforcé historiquement la subordination sociale des femmes<sup>868</sup>, entraînant leur domination par les hommes, et leur discrimination par ces derniers. La crainte de subir de la violence génère un sentiment d'insécurité chez les femmes, limitant considérablement leur mobilité et leur accès aux ressources et activités. Le plus souvent, ces violences à l'égard des femmes sont le fait du partenaire intime ou d'un membre de leur famille. La lutte contre les violences à l'égard des femmes est ainsi un enjeu majeur pour l'égalité entre époux, et pour la protection de la famille en général. Le rapport de la deuxième Conférence mondiale tenue à Copenhague en 1980 qualifiait en effet les violences domestiques de « *grave problème pour la santé physique et mentale de la famille* »<sup>869</sup>.

Les guerres d'agression, les guerres civiles ou encore les conflits armés<sup>870</sup> ont fragilisé la condition de la femme en causant notamment une absence de protection et donc une violation de leurs droits et libertés fondamentaux.

Le préambule de la CEDEF souligne que les États parties à la présente Convention sont « *conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme* ». C'est bien au système patriarcal traditionnel que s'est attaquée la Convention, exigeant une lutte contre les préjugés et stéréotypes qui ont renforcé la domination des hommes et parallèlement l'infériorité de la femme au sein de la famille. La lutte contre les stéréotypes liés au genre permet de repenser le rôle des femmes dans leur famille afin de construire une réelle égalité au sein du couple.

Les États sont tenus, afin de respecter les dispositions de la CEDEF, de veiller à modifier leur législation nationale afin qu'elle soit compatible avec la Convention. Concernant l'égalité dans

---

<sup>866</sup> Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes figurant dans le document A/CONF.177/20/Rev.1, *op. cit.*, §44.

<sup>867</sup> *Ibid.*, §112.

<sup>868</sup> *Ibid.*, §117.

<sup>869</sup> V. Rapport de la conférence mondiale de la décennie des nations unies pour la femme : égalité, développement et paix, figurant dans le document A/CONF.94/35, p. 80.

<sup>870</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §8.

le mariage, ils s'engagent à mettre en œuvre les dispositions que nous avons décrites précédemment pour lutter contre toutes les formes de discrimination entre les femmes et les hommes. Ils sont également tenus de garantir aux femmes, sur un pied d'égalité avec les hommes, l'accès aux emplois publics et de prendre toutes les mesures concrètes à cet égard<sup>871</sup>. Toutefois, comme c'est généralement le cas pour les textes internationaux relatifs à la consécration des droits de l'Homme, la CEDEF est juridiquement contraignante, mais ne prévoit pourtant pas de sanction en cas de non-respect de ses dispositions. En conséquence, certains États, dont l'Arabie Saoudite, le Qatar, la Tunisie et même la France, n'ont pas réalisé toutes les modifications de leur législation interne qui auraient rendu cette dernière conforme aux dispositions de la Convention, perpétuant ainsi l'application de dispositions discriminatoires en matière familiale. De flagrantes inégalités au détriment des femmes persistent donc dans les droits internes, et ce malgré les avancées apportées par la CEDEF<sup>872</sup>. Ces inégalités, même en cas de transposition de la CEDEF dans le droit national, sont dues aux modifications majoritairement superficielles que ces États ont opérées et qui n'améliorent pas pour autant la situation des femmes dans leur famille, comme c'est le cas en Arabie Saoudite, au Qatar et en Tunisie. Dans ce contexte, le Comité a relevé que même l'adoption de mesures favorables à l'amélioration de la condition féminine n'avait pas réussi à modifier substantiellement cette condition ni à la hisser à un pied d'égalité avec celle des hommes, particulièrement en ce qui concerne le droit de la famille où les États partie se sont montrés réticents à supprimer les dispositions discriminatoires<sup>873</sup>. L'augmentation significative du nombre des réserves formulées rend aléatoire le degré de transposition de la Convention dans certaines législations nationales et le respect par ces États de leurs engagements<sup>874</sup>. Toutefois, et malgré l'absence de sanction, de nombreux États n'ont pas formulé de réserves de nature à entraver la transposition de la Convention dans leurs territoires.

Le Protocole facultatif<sup>875</sup> à la CEDEF a permis de combler certaines lacunes dans le rôle du Comité. Ce dernier est chargé par le Protocole d'effectuer des enquêtes pour violation grave et

---

<sup>871</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §29.

<sup>872</sup> HALPERIN-KADDARI, R. *op. cit.*, §4.

<sup>873</sup> *Ibidem*.

<sup>874</sup> DE PAUW, M. « Women's rights : from bad to worse ? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention [en anglais]. » *Utrecht Journal of International and European Law (previously Mercurios)* (2013) : 51-65, p. 61.

<sup>875</sup> Adopté le 6 octobre 1999 par la résolution A/RES/54/4 lors de la cinquante-quatrième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

systematique<sup>876</sup> des droits des femmes et de recevoir des communications individuelles (après épuisement de toutes les voies de recours internes). Ce protocole a été signé et ratifié par une centaine d'États, dont la France et la Tunisie. L'Arabie Saoudite et le Qatar font partie des pays n'ayant pas adhéré à ce Protocole.

Dans le cadre de ses fonctions, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes peut non seulement recommander, mais aussi demander aux États membres de prendre des mesures conservatoires nécessaires afin d'empêcher des atteintes irréparables<sup>877</sup>. Il peut également faire des enquêtes lors de la constatation d'atteintes graves aux droits des femmes stipulés dans la Convention<sup>878</sup>, inspirant ainsi les autres protocoles adoptés ultérieurement.

Ainsi, les particuliers, les groupes d'individus et leurs représentants qui s'estiment lésés par la non-application des dispositions de la Convention peuvent saisir ce Comité, en lui soumettant leurs communications ou leurs plaintes<sup>879</sup>. L'extension de la qualité des personnes pouvant saisir ce comité démontre la volonté de l'organisation onusienne de lutter contre toute forme de discrimination individuelle ou de masse<sup>880</sup>. Ainsi, à la lumière des dispositions de ce protocole, des groupements peuvent agir au nom de victimes de violation de leurs droits qui sont dans l'incapacité d'exercer ce droit<sup>881</sup>. Des personnes peuvent être autorisées expressément afin de représenter ces victimes<sup>882</sup>.

Au fil des années, le Comité a joué un rôle actif dans l'évaluation de la compatibilité des réserves avec l'objet de la Convention à travers les différents actes qu'il publie, à savoir les recommandations générales, observations finales ou simples déclarations.

À cet égard, il rappelle fermement aux États la nécessité de retirer les réserves incompatibles avec les dispositions substantielles de la Convention. À titre d'exemple, il a rappelé formellement dans les Recommandations générales n°28 et n°29 l'incompatibilité et l'inacceptabilité des réserves faites aux articles 2 et 16 de la CEDEF. Cette action du Comité a

---

<sup>876</sup> Article 8.1 du Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>877</sup> QUINN, G. (dir.) et DEGENER, TH. (dir.). *Droits de l'homme et invalidité : L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*. New York et Genève : Nations Unies, 2002, p. 117.

<sup>878</sup> Article 8 du Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>879</sup> Article 2 du Protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>880</sup> DELZANGLES, B. et MÖSCHEL, M. « Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : trente ans d'activités en faveur des femmes. » ROMAN, D. *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*. Paris : Éditions PEDONE, 2014. 49-80, p. 65.

<sup>881</sup> C'est le cas notamment lorsque la victime est mineure, a une déficience mentale, ou est décédée.

<sup>882</sup> CoEDEF, SOS sexisme c. France, 13/2007 ; V. également Groupe d'intérêt pour le matronyme c. France, 12/2007.

eu un impact positif sur la position des États qui ont procédé par la suite au retrait définitif de ces réserves ou encore à leur modification.

On ne peut pas en dire autant du système de rapports présentés par les États au Comité. En effet, les rapports adressés par les pays arabes au Comité se contentent d'affirmer le principe général d'égalité entre les femmes et les hommes sans prévoir de sanctions en cas de discrimination. Ceci a vite démontré l'inefficacité de ce dispositif, une inefficacité ponctuée par l'absence de force contraignante des recommandations du Comité et par l'absence de recours judiciaire de la CEDEF<sup>883</sup>.

À la lumière de ce qui précède, force est de souligner que les réserves formulées par certains États constituent les principaux facteurs qui limitent la transposition de la CEDEF dans la législation interne de ces pays, et partant, la réalisation d'une réelle égalité entre les époux.

---

<sup>883</sup> FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.). *op. et loc. cit.*

## **B- La persistance de l'inégalité de droits entre époux**

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a constaté que si de nombreux pays se sont conformés aux dispositions de la Convention, de nombreux autres n'ont pas modifié leur législation nationale en grande partie discriminatoire à l'égard des femmes.

Ainsi, le droit des femmes en tant qu'épouses est resté stagnant en Arabie Saoudite et au Qatar en raison de l'influence des traditions, de la culture et de la religion au sein de ces sociétés. Ces éléments pèsent de tout leur poids dans certaines sociétés conservatrices, dont l'Arabie Saoudite et le Qatar, qui ont été amenées à émettre de nombreuses réserves à l'égard de certains instruments internationaux. La CEDEF n'a pas été épargnée, en raison des supposées contradictions qui existeraient entre ses dispositions en matière d'égalité de droits entre les femmes et les hommes et les principes de la charia fondés sur les traditions ancestrales. Ces dernières, nourries encore de l'idéologie patriarcale, accordent à l'époux un statut supérieur à celui de sa conjointe en lui attribuant le statut de chef de famille.

En France, la situation de la femme s'est nettement améliorée, et notamment dans le cadre familial, suite aux diverses réformes du Code civil<sup>884</sup>. Cette amélioration a été également constatée en Tunisie suite à la dernière réforme constitutionnelle qui a expressément déclaré l'égalité entre tous les citoyens et citoyennes. Cependant, cette réforme normative n'a pas eu un grand impact sur le droit des femmes mariées en Tunisie en raison de la persistance de nombreux facteurs socioculturels imprégnés en partie de la culture patriarcale.

Le Comité a formulé son inquiétude par rapport aux nombreuses réserves qui ont été formulées à l'égard de l'article 16 ou de certains de ses paragraphes. Il a relevé dans sa recommandation générale n°21 que de nombreux pays n'ont toujours pas établi l'égalité de droits entre les deux sexes. Il critique à cet effet le système de tutelle masculine répandu en Arabie Saoudite, connu communément sous le nom *mahram*<sup>885</sup>.

**Les inégalités au moment de contracter mariage.** À ce titre, le Comité a souligné dans sa Recommandation générale n°21 que le libre choix du conjoint est capital pour la vie d'une femme ainsi que pour la préservation de sa dignité<sup>886</sup>. Le libre choix du conjoint implique le

---

<sup>884</sup> Les différentes réformes ayant amélioré la condition des femmes en France sont développées en seconde Partie.

<sup>885</sup> Les femmes saoudiennes pourront désormais se passer de l'accord d'un tuteur pour les démarches administratives. V. Décret Royal n°33322 du 18 avril 2017.

<sup>886</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §16.



consentement à la conclusion du mariage, que la France et la Tunisie prévoient respectivement dans l'article 146 du Code civil et l'article 3 du Code du statut personnel. Ce n'est malheureusement pas le cas pour de nombreux pays, à l'instar de l'Arabie Saoudite et du Qatar<sup>887</sup>, dans lesquels les mariages forcés ou arrangés « *contre paiement ou avantage* » existent toujours<sup>888</sup>. La non-application de la Convention sur leur territoire implique que les dispositions de l'article 16 sur l'égalité entre époux n'y ont pas d'effet. Ainsi, le Comité a exprimé sa grande préoccupation quant à certaines lois nationales toujours en vigueur, qui contiennent des dispositions discriminatoires à l'égard des épouses, et de ce fait non conformes à l'esprit de la CEDEF. Il cite par exemple la polygamie, l'inégalité dans l'âge du mariage, la nécessité de l'autorisation du *wali* pour l'obtention du passeport (comme c'est le cas toujours de l'Arabie Saoudite et du Qatar)<sup>889</sup>.

Le Comité a considéré dans sa Recommandation générale n°21 la polygamie comme « *contraire à l'égalité des sexes* » et portant préjudice à la femme aussi bien sur le plan affectif que financier<sup>890</sup>. Sur ce point, il s'accorde avec le Comité des droits de l'Homme qui qualifie dans son Observation générale n°28 la polygamie d'« *attentatoire à la dignité de la femme* » et d'« *inadmissible discrimination à son égard* », et se prononce en conséquence en faveur de son abolition<sup>891</sup>. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a noté avec inquiétude la persistance de cette forme de mariage dans de nombreux États parties auxquels il a demandé de prendre toutes les mesures législatives et politiques nécessaires afin de l'abolir<sup>892</sup>.

**Les inégalités pendant le mariage.** Le Comité, en combinant l'analyse des articles 9 et 16 dans sa Recommandation générale n°21, a critiqué le système patriarcal de certaines familles traditionnelles où l'homme est considéré comme le chef de famille qui transmet automatiquement sa nationalité aux enfants, privant ainsi la femme d'en faire autant. Par ailleurs, la dépendance de la nationalité de l'épouse à celle de son mari est perçue comme étant « *une discrimination à la fois dans la jouissance des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques et sociaux des femmes* »<sup>893</sup>.

---

<sup>887</sup> Le Qatar a doté sa législation nationale d'un Code de la famille uniquement en 2006 dans lequel il a accordé certains droits à la femme, dont le libre consentement au moment de contracter mariage. L'article 28 du Code de la famille impose toujours la présence du Wali de l'épouse mais celui-ci ne peut contracter mariage qu'après avoir recueilli le consentement de la femme. Toutefois, cette mesure reste surtout théorique car bon nombre de mariages arrangés ou forcés sont toujours conclus sur le territoire.

<sup>888</sup> Recommandation générale n° 21, *op. et loc. cit.*

<sup>889</sup> Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1), *op. cit.*, p. 27 §284.

<sup>890</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §14.

<sup>891</sup> Observation générale n° 28, *op. cit.*, §24.

<sup>892</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §28.

<sup>893</sup> MÖSCHEL, M. *op. cit.*, p. 228.

Inquiet quant au nombre d'inégalités qui persistent en droit saoudien, le Comité a appelé dans ses observations finales l'Arabie Saoudite à modifier son Code de la nationalité. Ce code en effet défavorise les Saoudiennes par rapport à leurs compatriotes masculins, et notamment lorsqu'elles se marient avec des étrangers<sup>894</sup>.

Les droits des femmes mariées dans certains pays sont également bafoués en raison de l'hégémonie de l'époux dans la prise des décisions critiques concernant la santé de leurs épouses. Ainsi, le recours à la stérilisation ou à l'avortement est subordonné à l'autorisation du mari, et ce même lorsque la femme est en danger de mort<sup>895</sup>.

Sur le plan économique, les femmes mariées continuent de subir des inégalités sur le plan financier, notamment en ce qui concerne le droit de propriété, l'héritage des terres et la possibilité d'emprunt<sup>896</sup>, et ce malgré les apports de l'article 16 de la Convention. Le Comité dans sa Recommandation générale n°21 a souligné la persistance d'inégalités entre les époux en matière de répartition des biens matrimoniaux : les contributions faites par les épouses pour l'acquisition des biens pendant le mariage ou encore les contributions non pécuniaires sont minimisées<sup>897</sup>. Par ailleurs, après la dissolution du mariage, la femme reçoit une part inférieure à celle de son conjoint, que ce soit en cas de divorce ou de décès du conjoint<sup>898</sup>.

À cet égard, le Comité a relevé la lente avancée des lois qui encadrent le droit des femmes à posséder et à administrer des biens de façon autonome pendant le mariage et après sa dissolution<sup>899</sup>. À l'échelle mondiale, il a en effet été constaté que rares sont les pays qui accordent à la femme une part égale des acquis économiques de leur famille au même titre que leurs époux<sup>900</sup>.

Ainsi, de nombreuses inégalités subsistent entre les époux de certains pays concernant la gestion économique du patrimoine financier de la famille. Des législations qui attribuent exclusivement à l'époux la charge financière du ménage sont toujours en vigueur<sup>901</sup>. C'est le cas de l'Arabie Saoudite et du Qatar<sup>902</sup>. C'était également celui de la Tunisie avant la dernière modification du

---

<sup>894</sup> Observations finales du Comité : Arabie Saoudite, figurant dans le document CEDAW/C/SAU/CO/2, *op. cit.*, §27-28.

<sup>895</sup> Supplément n° 38 (A/53/38/Rev.1), *op. cit.*, p. 27 §284.

<sup>896</sup> *Ibidem*.

<sup>897</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §32.

<sup>898</sup> *Ibid.*, §33.

<sup>899</sup> HALPERIN-KADDARI, R. *op. cit.*, §4.

<sup>900</sup> *Ibid.*, §6.

<sup>901</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §36.

<sup>902</sup> L'article 57 du Code de la famille qatarien stipule que « les droits de l'épouse vis-à-vis de son mari : la dot, l'entretien prévu par la Loi, l'autorisation de rendre visite à ses parents et à sa famille, ne lui porte pas préjudice, ni matériellement ni moralement et l'observation de la justice et d'égalité de traitement en cas de polygamie ».

Code du statut personnel, suite à laquelle la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle est financièrement capable de le faire<sup>903</sup>.

Par ailleurs, et nonobstant la reconnaissance des droits patrimoniaux aux femmes, il arrive très souvent que leurs biens soient administrés par les hommes pendant le mariage ou au moment du divorce dans les pays qui pratiquent le régime de la communauté des biens<sup>904</sup>.

**Les inégalités lors de la dissolution du mariage.** De même, le Comité a également eu l'occasion de critiquer le caractère unilatéral du divorce dans certains pays qui l'accordent exclusivement aux hommes. Ces derniers peuvent répudier leurs épouses sans avoir même l'obligation légale de motiver ou de justifier leurs décisions<sup>905</sup>. À ces inégalités s'ajoute la difficulté d'accès pour les femmes aux procédures de dissolution du mariage. Afin d'y remédier, le Comité a proposé aux États de faciliter la procédure en offrant une aide juridictionnelle gratuite aux femmes qui n'ont pas les moyens de payer les frais de justice et les honoraires d'avocat<sup>906</sup>.

Le Comité a constaté l'existence de différences dans les droits des femmes et des hommes au moment du divorce. Il a exprimé son inquiétude quant à la durée de la procédure de divorce dans certains pays, qui peut prolonger la violence conjugale à l'égard de la femme<sup>907</sup>. Dans ce contexte, le Comité a exprimé sa méfiance à l'égard des tribunaux traditionnels exclusivement masculins qui jugent les affaires familiales susceptibles d'exercer de la discrimination à l'égard des femmes<sup>908</sup>.

En effet, de nombreux systèmes juridiques effectuent encore un lien de causalité entre la faute et l'absence de paiement de droits financiers à la charge de l'époux. Le divorce prononcé pour faute peut priver l'épouse des aides financières auxquelles elle a droit<sup>909</sup>. Afin de pallier ces inégalités qui portent grandement préjudice aux femmes, le Comité a recommandé aux États parties de la CEDEF de modifier leur législation nationale qui associe toujours les motifs de divorce pour faute aux conséquences financières de ce dernier afin d'éviter que les hommes ne se soustraient à leurs obligations financières envers leurs conjointes après la séparation<sup>910</sup>.

---

<sup>903</sup> Article 23 du Code du statut personnel tunisien.

<sup>904</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §31.

<sup>905</sup> MÖSCHEL, M. *op. cit.*, p. 230.

<sup>906</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §42.

<sup>907</sup> Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, République italienne, figurant dans le document CEDAW/C/ITA/CO/6, §48.

<sup>908</sup> Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Guinée équatoriale, adoptées par le Comité à sa cinquante-troisième session (1er-19 octobre 2012), figurant dans le document CEDAW/C/GNQ/CO/6, §44.

<sup>909</sup> Recommandation générale n°29 figurant dans le document CEDAW/C/GC/29, *op. cit.*, §39.

<sup>910</sup> *Ibid.*, §40.

Dans le même ordre d'idées, il a également recommandé aux États de supprimer les coutumes imposant, à la femme initiant la demande de divorce, la restitution de tous les gains financiers accumulés au cours du mariage. Il est à noter que les États pratiquant ce type de coutumes n'imposent pas d'obligation analogue aux hommes faisant la demande de divorce<sup>911</sup>. Le Comité a par ailleurs critiqué la différence de traitement entre femmes et hommes concernant le délit d'adultère et les conséquences de ce délit sur la dissolution du mariage.

Dans ce contexte, la répartition des biens et la pension alimentaire demeurent malheureusement, dans de nombreux pays du monde, soumises aux « *préjugés sexistes* » qui attribuent injustement une grande partie du patrimoine familial au mari<sup>912</sup>.

---

<sup>911</sup> *Ibid.*, §41.

<sup>912</sup> *Ibid.*, §43.

## Conclusion

Ainsi, les États dans le cadre de leur devoir de promotion des droits de l'Homme sont tenus de respecter et transposer les dispositions internationales dans leur droit interne, quels que soient leurs systèmes culturels.

Les questions soulevées par les incompatibilités entre les dispositions de la CEDEF et certains droits internes s'inscrivent dans la problématique plus générale de la prise en compte des cultures locales lors de la mise en place d'instruments de droit international.

L'exemple de la CEDEF illustre bien à quel point la transposition peut s'avérer problématique, tout particulièrement dans le cas du droit de la famille, domaine éminemment soumis aux représentations culturelles.

L'internationalisation du droit implique une construction complexe et longue dans la mesure où une gouvernance juridique d'ensemble doit être faite. Le droit s'apparente à une construction propre à chaque État, fruit d'une vision du législateur concerné, et la construction globale du droit international public ou privé relève surtout des volontés attachées aux États concernés, ce qui est d'autant plus vrai dans le cadre de la famille. En effet, le droit de la famille intéresse le droit en son ensemble, car il s'agit d'un objet universel que l'on retrouve systématiquement dans chaque législation, mais son harmonisation se révèle très complexe du fait de ses spécificités dans chaque droit interne, ce qui explique que la famille se trouve tout en bas de la liste des domaines « *internationalisables* »<sup>913</sup>.

Dans ce contexte, peut légitimement être soulevée la question de la pertinence et de l'efficacité de ces textes internationaux, qui suscitent dans de nombreux pays des résistances et réticences à repenser les rapports familiaux, et n'entraînent dans un grand nombre de cas que des modifications superficielles.

La CEDEF constitue un texte international pertinent et efficace dans le cadre de la lutte contre les inégalités, et qui peut s'avérer utile dans bien des cas. Les dispositions de la CEDEF permettent de définir un cadre au niveau international sur des principes substantiels comme l'égalité des genres, l'action positive, l'égalité réelle qui sont susceptibles de constituer de réelles avancées pour tendre vers plus d'égalité. Reste que ce texte doit être soumis à l'examen et à l'approbation des législateurs internes.

---

<sup>913</sup> FERRIÈRE, D. *La famille, La mondialisation...*, op. et loc. cit.

## Chapitre II - La poursuite du principe d'égalité au niveau régional

Les droits de l'Homme relèvent du droit universel, c'est-à-dire qu'ils s'adressent à l'ensemble de l'humanité. L'universalité des principes issus du droit international des droits de l'Homme se heurte parfois aux spécificités de certains droits régionaux, créant des tensions<sup>914</sup>, particulièrement en ce qui concerne les droits des femmes au sein des pays musulmans. Or ces spécificités régionales sont le reflet des systèmes de valeurs et de la vision du monde élaborés par chaque société et chaque culture, allant de pair avec une certaine « *conception de l'homme, de ses droits et obligations dans la société* »<sup>915</sup>. C'est ainsi que le droit international doit tenir compte des spécificités culturelles des pays signataires de ses textes, et ce particulièrement en matière de droit privé. La portée universelle de ses principes ne doit pas occulter les particularités propres à certains pays.

Aujourd'hui, les États incitent de plus en plus à élaborer des conventions internationales à caractère régional<sup>916</sup> pour faire prévaloir le spécifique sur l'universel et permettre la prise en compte des différentes identités culturelles, en conformité avec les normes et conventions internationales (Section I). Malgré cette exigence de conformité, l'analyse des textes régionaux concernant le droit des femmes mariées nous permettra de mettre en évidence certaines impasses du respect des spécificités locales pour la promotion des droits de l'Homme (Section II).

---

<sup>914</sup> MBAYE, K. *Les droits de l'Homme en Afrique*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Éditions A. Pedone, 2002, p. 57.

<sup>915</sup> MATRINGE, J. et COHEN-JONATHAN, G. (dir.). *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Étude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 1996, p. 41.

<sup>916</sup> DHOMMEAUX, J. « De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum. » *Annuaire français de droit international* (1989) : 399-423, p. 408.

## **Section I - Le principe d'égalité : une régionalisation encadrée par les normes internationales**

La régionalisation<sup>917</sup> est venue compléter et renforcer l'affirmation des droits des femmes déjà consacrés sur le plan international. Ainsi, les instruments régionaux des droits de l'Homme jouent un rôle crucial pour protéger les droits des femmes en prenant en considération les valeurs, pratiques et traditions faisant la spécificité d'une région donnée (Paragraphe I) et ainsi promouvoir le principe d'égalité entre époux (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - Une voie médiane entre norme interne et internationale**

Le respect des spécificités culturelles en droit international s'impose étant donné son lien étroit avec le respect de la dignité humaine<sup>918</sup>, du fait de la définition de l'Homme comme être culturel<sup>919</sup>. Les normes régionales se caractérisent par leur élaboration à la lumière de contextes géographiques, historiques, politiques, culturels et sociaux toujours propres aux lieux concernés. En matière de droits des femmes, ces normes ont pour objectif de renforcer celles des Nations Unies, tout en préservant les identités culturelles (A). De ce fait, la question se pose d'une éventuelle conciliation entre l'universalité et le respect de la diversité culturelle dans la conception du mariage et de la famille (B).

---

<sup>917</sup> Le concept de *régionalisation* peut être défini comme un rapprochement de deux ou plusieurs États qui se trouvent dans la même zone géographique dont le but est de développer des relations politiques, juridiques et/ou économiques In « Remarques sur les rapports entre la régionalisation et les organisations internationales. » DOUMBÉ-BILLÉ, S. *La régionalisation du droit international*. Bruxelles : Bruylant, 2012. Chapitre 6.

<sup>918</sup> « L'identité culturelle est constitutive de la dignité de l'homme. L'une ne va pas sans l'autre » In BEN ACHOUR, Y. *La deuxième Fatiha. L'islam et la pensée des droits de l'homme* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.

<sup>919</sup> PALLARD, H. « Personne, culture et droits : harmonie, polyphonie et dissonance. » MORIN, J.-Y. (dir.). *Les droits fondamentaux : universalité et diversité ; droit au développement ; démocratie et état de droit ; commerces illicites ; actes des 1<sup>ères</sup> journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'AUPELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996*. Bruxelles : Bruylant, 1997. 121-135, p. 125.



## A- La préservation des identités culturelles

La transposition des textes à portée universelle dans les pays arabes a été difficile du fait que ces pays dissocient difficilement les facteurs traditionnels et religieux, profondément enracinés dans la société, des autres facteurs. S'inspirant des documents internationaux tout en gardant une distance sur certains points, les pays arabes ont élaboré leurs propres normes juridiques en cherchant à respecter leur identité arabo-musulmane<sup>920</sup>.

**La critique des instruments internationaux par les pays arabes.** Le droit international étant l'œuvre du « *système laïc onusien* »<sup>921</sup>, et partant, des sociétés occidentales, les pays arabes, compte tenu de leur identité religieuse et culturelle, ont sollicité l'adaptation du droit international afin de tenir compte de leur spécificité. Cette demande a succédé aux nombreuses critiques formulées par les États arabo-musulmans à l'égard de nombreux instruments internationaux des droits de l'Homme, qui prônaient selon eux des dispositions contraires au droit musulman.

La réticence de la plupart des pays arabes à transposer les dispositions internationales dans leurs législations internes<sup>922</sup> s'explique par le fait que ces instruments sont perçus comme « *une vraie menace identitaire et culturelle* »<sup>923</sup> d'une part, et d'autre part en raison de l'éclatement du particularisme ou du régionalisme en matière de droits de l'Homme, et plus particulièrement de droits des femmes dans le milieu familial. C'est ainsi qu'ils ont revendiqué « *une interprétation spécifique* » des droits fondamentaux et notamment ceux des femmes tels qu'ils ont été mentionnés dans la CEDEF<sup>924</sup>. La spécificité du droit applicable aux pays arabes a été avancée comme une volonté de se préserver contre « *les idées importées des États occidentaux* »<sup>925</sup>,

---

<sup>920</sup> Contrairement à la conception humaniste à l'œuvre dans les textes issus de l'ONU, les musulmans considèrent que la source des droits de l'Homme est le message divin, par définition imprescriptible et supérieur aux autres droits purement humains. Cf. GABORIAU, S. et PAULIAT, H. *Justice, Éthique et Dignité*. Limoges : Pulim, 2006, p. 110 ; GAUDIN, PH. (dir.). *L'injustice : Ce qu'en disent les religions*. Ivry-sur-Seine : Éditions de l'Atelier, 2004, p. 94.

<sup>921</sup> KHILLO, I. *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam : le cas des pays arabes*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p 205.

<sup>922</sup> MAHIOU, A. « La Charte arabe des droits de l'homme. » SUR, S. et DECAUX, E. *L'évolution du droit international*. Paris : Édition A. Pedone, 1998. 305-320.

<sup>923</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, V. le résumé.

<sup>924</sup> La question de l'universalité des droits de l'Homme a été évoquée par Secrétaire général de l'ONU Boutros Boutros-Ghali à l'occasion de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme qui s'est tenue à Vienne, en Autriche, du 14 au 25 juin 1993, où il a déclaré : « *chaque culture a sa façon particulière de la formuler* » tout en insistant sur l'importance du rôle de la démocratie dans la mesure où « *elle peut être et elle doit être assimilée par toutes les cultures. La démocratie n'est pas un modèle à copier sur certains États, mais un objectif à atteindre par tous les peuples* » In BUHRER, J.-C. et LEVENSON, C. *L'ONU contre les droits de l'homme ?* Paris : Mille et une nuits, 2003, pp. 117-118.

<sup>925</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p 204.

dans la mesure où les textes du droit international auraient été élaborés « *par le monde occidental et pour le monde occidental* »<sup>926</sup>. Cette méfiance à l'égard des textes internationaux s'est révélée dès l'adoption du socle du droit universel des droits de l'Homme : la DUDH. En effet, le 10 décembre 1948, lors de l'adoption de la déclaration internationale, huit États sur cinquante-six se sont abstenus dont un pays musulman : l'Arabie Saoudite. Quelques années plus tard, de nombreux pays islamiques ont émis des réserves sur certaines dispositions de Conventions ou traités internationaux portant sur les droits des femmes ou des enfants au nom de la charia<sup>927</sup>.

C'est la raison pour laquelle les pays arabes ont multiplié leurs efforts et se sont concertés afin d'élaborer un droit islamique des droits de l'Homme, affirmant ainsi une identité juridique indépendante vis-à-vis de la communauté internationale.

**L'importance des textes régionaux en matière de droit privé.** Depuis lors, les initiatives régionales d'adoption de textes arabes consacrant les droits de l'Homme se sont succédé. Nonobstant quelques différences, un point commun les unit : la référence à la religion, en l'occurrence à l'islam, qui a été le fondement même de la régionalisation des droits de l'Homme par les pays musulmans. L'attachement à l'islam et aux traditions religieuses et culturelles a été à maintes reprises rappelé dans ces textes.

Ce point est très explicite dans la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme<sup>928</sup> qui vient s'inscrire *a contrario* vis-à-vis de la DUDH en soulignant fortement le lien qui existe

---

<sup>926</sup> MBAYE, K. *op. cit.*, p. 51.

<sup>927</sup> FELLOUS, G. *Les droits de l'homme : une universalité menacée*. Paris : La Documentation française, 2010, p. 183.

<sup>928</sup> La DIUDH a été adoptée au cours d'une conférence organisée à Londres du 12 au 15 avril 1980, à l'occasion de la célébration du début du XV<sup>e</sup> siècle de l'hégire du calendrier musulman par le Conseil islamique d'Europe, ONG islamique basée à Londres et se fondant sur la charia et la Sunna. La DIUDH n'est pas contraignante, elle n'a donc aucune force juridique obligatoire. Elle émane, selon un auteur, plus d'une exigence morale que d'un pouvoir politique ou législatif. Il en va de même pour la Déclaration du Caire, qui malgré son adoption par une organisation intergouvernementale, n'est pas contraignante. Cf. SINACEUR, M.A. « Déclaration islamique universelle des droits de l'homme. » FENET, A. *Droits de l'homme, droits des peuples*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1982. 221-235, p. 221.

entre les droits fondamentaux et la religion musulmane<sup>929</sup>. Cette référence à la volonté divine<sup>930</sup> - et donc supérieure à toute loi terrestre - aux principes coraniques et à la tradition du prophète Mohammed<sup>931</sup> implique donc qu'aucune autorité n'a le droit de restreindre ou d'abroger ces droits<sup>932</sup>. Il s'en déduit que les droits de la femme dans leur ensemble contenus dans cette Déclaration ne sont pas l'œuvre d'une réglementation humaine à laquelle on peut déroger et par conséquent, que l'intégralité de leurs droits est régie par la loi islamique<sup>933</sup>. La même référence forte aux principes de l'islam se retrouve dans la Charte arabe des droits de l'Homme<sup>934</sup>.

Sur le plan africain également, il a été primordial d'élaborer un droit régional qui assure la protection des droits des femmes à la lumière des conventions internationales, particulièrement la CEDEF, tout en tenant compte des spécificités sociales et culturelles de l'Afrique afin de tenir compte de ces besoins et d'y apporter les réponses adaptées<sup>935</sup>, ainsi que l'explicite

---

<sup>929</sup> Dès l'introduction, la DIUDH démontre clairement qu'elle puise sa source dans le Coran et la Sunna en précisant que « *les droits de l'Homme, dans l'islam, sont fortement enracinés dans la conviction que Dieu, et Dieu seul, est l'auteur de la Loi et la source de tous les droits de l'Homme* ». Une remarque importante s'impose concernant les différentes traductions de la Déclaration universelle islamique. Rédigée initialement en langue arabe, elle a été ensuite traduite en français et en anglais. Il a été constaté que les versions traduites de la Déclaration ont été sommaires et ont comporté des modifications par rapport au texte original en arabe. Des différences notables ont été constatées entre les différentes versions. C'est le cas notamment de l'article 19 de la Déclaration dont la formulation en langue française a changé par rapport à la formulation originale en langue arabe. En effet, en langue arabe on peut lire que le mariage - dans sa conception islamique - est un droit accordé à tout être humain. Il constitue le moyen légal pour fonder une famille, de la procréation et la sauvegarde de la vertu : « *O hommes ! Craignez votre Seigneur qui vous a créés d'un seul être, et a créé de celui-ci son épouse, et qui de ces deux là a fait répandre (sur la terre) beaucoup d'hommes et de femmes* » Coran (4 :1). Dans la traduction française, la formulation est sensiblement différente, on ne fait référence ni à la conception islamique du mariage, ni au verset coranique, on se contente simplement de mentionner que de « *toute personne a le droit de se marier, de fonder une famille et d'élever des enfants conformément à sa religion, à ses traditions et à sa culture. Tout conjoint possède ces droits et privilèges et est soumis aux obligations stipulées par la Loi* », In KHILLO, I. *op. cit.*, p 208.

<sup>930</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 206.

<sup>931</sup> DUPUY, R.-J. *L'Avenir du droit international dans un monde multiculturel : Colloque, La Haye, 17-19 Novembre 1983*. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p.164.

<sup>932</sup> BREMS, E. *Human Rights : Universality and Diversity* [en anglais]. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 186.

<sup>933</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p 206.

<sup>934</sup> La ligue arabe créé en 1968 la Commission arabe permanente pour les droits de l'Homme (PAHRC). Toutefois, c'est seulement en 1994 que la première version officielle de la Charte a été éditée par le Conseil de la ligue des États arabes. En raison du manque d'États ratifiants (la version originale de la Charte adoptée en 1994 n'est pas entrée en vigueur en raison de l'insuffisance des États ratifiants), il a de nouveau fallu attendre la révision effectuée en 2004 à Tunis lors du 16<sup>e</sup> Sommet de la Ligue des États arabes pour que la Charte entre enfin en vigueur en 2008. La Charte a été signée et ratifiée entre autres par l'Arabie Saoudite (ratifié le 15 avril 2009) et le Qatar (signé le 15 juin 2004). La Tunisie, quant à elle, a signé la Charte sans la ratifier (signé le 15 juin 2004).

<sup>935</sup> Sur le plan africain, l'édification d'un droit régional s'est imposé comme réponse des pays africains afin d'exprimer leur volonté d'éliminer « *sous toutes ses formes le colonialisme de l'Afrique, de coordonner et d'intensifier leur coopération et leurs efforts pour offrir de meilleures conditions d'existence aux peuples d'Afrique, de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* ». Partant de cette idée, le droit régional africain s'est édifié dans le respect des traditions historiques et des valeurs de la civilisation locale. In Préambule de la Charte africaine.

Madame Coker-Appiah<sup>936</sup>. L'intérêt de l'étude du statut personnel des femmes africaines consiste dans le fait que leurs droits et obligations sont basés d'une part sur la religion musulmane et d'autre part sur les traditions et coutumes locales, au confluent entre islam, culture arabe et culture africaine<sup>937</sup>.

La transposition des valeurs universelles des droits de l'Homme telles qu'elles ont été adoptées par l'Organisation des Nations Unies dans un monde multiculturel est tributaire du respect des valeurs propres à certains pays, en particulier les pays arabes, attachés à la religion musulmane. Cette dernière a prôné les valeurs de solidarité, de fraternité et de respect des droits de l'Homme bien avant qu'elles ne soient consacrées par le droit international<sup>938</sup>. C'est dans cette perspective que les Déclarations islamiques ont été adoptées.

L'attachement à l'héritage religieux est nettement souligné dans le droit régional arabe<sup>939</sup> et européen. Les principes religieux y sont mentionnés comme une des sources directes des valeurs fondamentales des droits de l'Homme, telles que la liberté et l'égalité. En effet, outre le droit régional adopté par les pays arabo-musulmans qui a souligné clairement l'attachement de ses textes à la religion musulmane, le droit régional européen a fait référence aux « *héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe* »<sup>940</sup> pour développer les valeurs démocratiques universelles sans pour autant faire mention explicite d'une religion particulière.

La référence expresse aux principes religieux comme une des sources des valeurs des droits de l'Homme témoigne l'attachement du droit européen à son héritage malgré le processus de

---

<sup>936</sup> COKER-APPIAH, D. « Lien entre la CEDEF et le protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme en Afrique : Une analyse comparative. » *WiLDAF* (2005) : 1-9, (Communication faite le 4 mars 2005 lors de la 49<sup>e</sup> session de la CSW à New York) URL : [www.wildaf-ao.org](http://www.wildaf-ao.org) .

<sup>937</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p 247.

<sup>938</sup> DUPUY, R.-J. *op. cit.*, p.163.

<sup>939</sup> Les Déclarations islamiques ainsi que la Charte arabe des droits de l'Homme mettent l'accent sur une philosophie générale dans laquelle la place de la référence divine est essentielle. L'introduction de la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme stipule que « *l'islam a donné à l'humanité un code idéal des droits de l'Homme, il y a quatorze siècles. [...] Les droits de l'Homme, dans l'islam, font partie intégrante de l'ensemble de l'ordre islamique et tous les gouvernements et organismes musulmans sont tenus de les appliquer selon la lettre et l'esprit dans le cadre de cet ordre* ». Le préambule de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam affirme également que « *dans l'islam, les droits fondamentaux et les libertés publiques font partie intégrante de la Foi islamique, et que nul n'a, par principe, le droit de les entraver, totalement ou partiellement, de les violer ou les ignorer, car ces droits sont des commandements divins exécutoires, que Dieu a dictés dans ses Livres révélés et qui constituent l'objet du message dont il a investi le dernier de ses prophètes en vue de parachever les messages célestes, de telle sorte que l'observance de ces commandements soit un signe de dévotion; leur négation, ou violation constitue un acte condamnable au regard de la religion; et que tout homme en soit responsable individuellement* ». En ce qui concerne la Charte arabe des droits de l'homme, son préambule mentionne « *les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre les êtres humains consacrés par l'islam et les autres religions révélées, [...]* ».

<sup>940</sup> « *S'INSPIRANT des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit* ».

laïcisation. En effet, la version consolidée du Traité sur l'Union européenne<sup>941</sup>, en faisant référence aux principes religieux, a remplacé l'expression « *consciente de* »<sup>942</sup> utilisée dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>943</sup> du 18 décembre 2000<sup>944</sup> par l'expression « *s'inspirant de* » dans le Préambule du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007<sup>945</sup>, pour appuyer la reconnaissance de ces principes comme source de développement des valeurs européennes<sup>946</sup>. Le but a été d'établir une « *filiation* » entre l'héritage religieux et les principes contemporains laïcs et à portée universelle<sup>947</sup>. Ce socle culturel et religieux commun est également mentionné dans le dernier alinéa du préambule de la Convention européenne qui souligne que les « *gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* » s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer « *la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* »<sup>948</sup>. Les textes européens se caractérisent par une filiation directe avec les principes internationaux des droits de l'Homme. En effet, deux ans après l'adoption de la Déclaration universelle<sup>949</sup>, l'Europe s'est dotée de son texte qui a proclamé solennellement « *la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ». Contrairement à la Déclaration onusienne, la CEDH<sup>950</sup> ne parle qu'implicitement du principe d'égalité dans son préambule en faisant référence dans son

---

<sup>941</sup> Le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne entre les vingt-sept États membres de l'Union européenne a modifié en profondeur l'arsenal juridique des textes fondateurs de l'Union européenne, dont le Traité sur l'Union européenne appelé également Traité de Maastricht signé le 7 février 1992. Il rappelle dans son article 2 les valeurs universelles relatives à la protection des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine tels que le respect de la dignité humaine, l'égalité entre les femmes et les hommes, la liberté, la démocratie et la non-discrimination.

<sup>942</sup> « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice* ».

<sup>943</sup> La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 a été adoptée comme une déclaration politique solennelle par la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. La Charte a été proclamée de nouveau le 12 décembre 2007 lors d'une cérémonie officielle au Parlement européen à Strasbourg. Elle s'applique aussi bien aux institutions et organes de l'Union européenne qu'aux États membres et a acquis une force juridique contraignante avec le Traité de Lisbonne qui lui a donné la même valeur juridique que celle des traités. Sa principale vocation a été de protéger les droits fondamentaux rassemblant ainsi tous les droits qui étaient jusqu'alors dispersés dans les différents textes européens.

<sup>944</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO n° C 202 du 7 juin 2016, p. 389.

<sup>945</sup> Traité sur l'Union européenne (version consolidée), JO n° C 202 du 7 juin 2016, p. 13.

<sup>946</sup> BAUBÉROT, J., MILOT, M. et PORTIER, PH. *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015, p. 120.

<sup>947</sup> MEHDI, R. « L'Union européenne et le fait religieux : Éléments du débat constitutionnel [édition numérique]. » *Revue française de droit constitutionnel* (2003) : 227-248, p. 237.

<sup>948</sup> VAN DROOGHENBROECK, S (dir.). *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national* [édition numérique]. Bruxelles : Groupe Larcier, 2014.

<sup>949</sup> Le 10 décembre 1948, les cinquante-huit États membres qui constituaient alors l'Assemblée générale ont adopté la Déclaration universelle des droits de l'Homme à Paris.

<sup>950</sup> La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, plus communément appelée la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), a été signée le 4 novembre 1950.



troisième considérant aux droits universels énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme, et dont la sauvegarde et le développement constituent les moyens principaux de la réalisation de l'Union européenne.

Contrairement à ce qui précède, le droit régional africain à travers la Charte africaine des droits de l'Homme<sup>951</sup> n'a fait référence à aucune religion comme source de droit<sup>952</sup>. Il s'est contenté de souligner d'avoir tenu compte des « *traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine* » dans leurs « *réflexions sur la conception des droits de l'Homme* »<sup>953</sup>, et dont il a réclamé la préservation à maintes reprises<sup>954</sup>. Par cet attachement, les rédacteurs de la Charte ont tenu non seulement à souligner leur spécificité par rapport aux autres instruments de protection des droits de l'Homme, mais également à élaborer leur propre conception des droits de l'Homme<sup>955</sup> en se référant à leur héritage traditionnel et culturel. Ainsi, la Charte africaine accorde une grande importance aux valeurs traditionnelles locales, comme l'énonce l'article 17 §3 : « *La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'État dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'Homme* ».

À ce titre, elle souligne clairement le rôle joué par les familles africaines dans la préservation de ces valeurs. L'article 18 paragraphe 2 de la Charte oblige l'État à assister la famille africaine dans son rôle de « *gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles* », présentant la famille comme enjeu crucial de la continuité culturelle. Par cette obligation d'assistance étatique relative à la morale et aux valeurs, la Charte africaine dévoile à quel point elle s'attache à son

---

<sup>951</sup> La Tunisie a également ratifié la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981 par l'Union Africaine (UA) et entrée en vigueur le 28 octobre 1986. Son adoption marque un pas majeur dans la promotion des droits des femmes dans le continent africain étant donné qu'il s'agit d'un document contraignant à l'image de la Charte arabe. Par sa ratification le 16 mars 1983, la Tunisie a accepté d'être liée aux dispositions de ladite Charte, notamment en ce qui concerne les droits des femmes, et donc de supprimer toute forme de discrimination contre les femmes et protéger leurs droits. L'Union africaine est une organisation panafricaine créée le 9 juillet 2002 qui a succédé à l'Organisation de l'Unité africaine créée le 25 mai 1963, dont le but a été de promouvoir l'unité et la solidarité des États africains. Outre cet objectif, l'UA avait également pour but de promouvoir les droits de l'Homme et des peuples et de supprimer les derniers débris du colonialisme et du passage de l'apartheid. Dans le cadre de son action, l'UA s'est particulièrement intéressée au statut de la femme et à son rôle au sein de la société, ainsi qu'à renforcer la solidarité entre les peuples africains *in* KHILLO, I. *op. cit.*, p. 257. Il convient de noter que sur les 55 membres de l'Union africaine, dix membres sont des pays arabes : Algérie, Comoros, Egypte, Djibouti, Libye, République arabe démocratique Sahrawi, Somalie, Soudan, Tunisie et Mauritanie.

<sup>952</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 251.

<sup>953</sup> L'alinéa 4 du préambule de la Charte africaine précise : « *tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples* ».

<sup>954</sup> BONINO, S.-TH., et al. *À la recherche d'une éthique universelle*. Paris : François-Xavier de Guibert, 2012, pp. 60-61.

<sup>955</sup> KAMTO, M. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : Commentaire article par article*. Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 69.

patrimoine culturel, et se démarque du droit international qui lui, met à la charge de l'État uniquement une obligation d'assistance et d'aide financière à l'égard des familles<sup>956</sup>.

La question reste de savoir quelles sont les valeurs et traditions protégées par la Charte africaine. Après des années de débats sur le sujet, le flou reste prédominant<sup>957</sup>. Sur ce point, K. Mbaye a souligné que les rédacteurs de la Charte ont été conscients que toutes les traditions africaines « *n'étaient pas bonnes à garder* »<sup>958</sup>. Certaines traditions sont discriminatoires, voire dangereuses, vis-à-vis des femmes comme c'est le cas de l'excision. D'où la mention faite dans l'article 29 paragraphe 7 aux individus de préserver et renforcer uniquement « *les valeurs culturelles africaines positives* »<sup>959</sup> et de « *contribuer à la promotion de la santé morale de la société* ». En l'absence de toute précision quant au sens du terme « *valeurs positives* » et du fait de l'ambiguïté qui peut découler de cette notion<sup>960</sup>, il convient de postuler que les valeurs positives sont toutes les valeurs qui ont un aspect « *valorisant* » pour l'individu et la société<sup>961</sup>, et qui sont compatibles avec le droit international des droits de l'Homme auquel la Charte africaine a fait référence dans son préambule.

Il en est de même de l'imprécision de la notion de « *santé morale de la société* ». On peut estimer que par cette notion, les individus sont tenus de respecter les bonnes mœurs et l'ordre public de la société africaine<sup>962</sup>. En somme, quelle que soit l'interprétation qu'on peut accorder à ces notions vagues et « *élastiques* »<sup>963</sup>, le but est de respecter l'objectif tracé par la Charte africaine à savoir « *la sauvegarde des droits de l'Homme* »<sup>964</sup>.

---

<sup>956</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 252.

<sup>957</sup> OLINGA, A. D. « Article 29, alinéas 2 à 8. » KAMTO, M. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : Commentaire article par article*. Bruxelles : Bruylant, 2011. 738-748, p. 743.

<sup>958</sup> KHILLO, I. *op. et loc. cit.*

<sup>959</sup> Article 29§7 : « *De veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société* ».

<sup>960</sup> OUGUERGOUZ, F. *La charte africaine des droits de l'Homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'Homme entre tradition et modernité*. Genève: Graduate Institute Publications, 1993, p. 251.

<sup>961</sup> OLINGA, A. D. *op. cit.*, p. 744.

<sup>962</sup> OUGUERGOUZ, F. *op. cit.*, p. 375.

<sup>963</sup> *Ibidem*.

<sup>964</sup> BOUMGHAR, M. « Article 17. » KAMTO, M. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : Commentaire article par article*. Bruxelles : Bruylant, 2011. 362-371, p. 371.



## B- La conciliation entre la diversité culturelle et l'universalité

Les textes régionaux jouent un rôle dans la protection du droit à l'identité culturelle, dans l'esprit de la Déclaration de Vienne de 1993 qui insiste sur « *l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse* »<sup>965</sup>. C'est pourquoi la culture occupe une place de choix dans le cadre de la promotion des droits de l'Homme sur le plan international<sup>966</sup>. Cependant, comme tout droit, le droit à l'identité culturelle est limité, notamment pour prévenir son exercice de diminuer ou d'empiéter sur les droits d'autrui. De ce fait, la culture interne des États ne doit pas interférer avec leurs obligations juridiques en matière des droits de l'Homme<sup>967</sup>.

L'établissement de standards internationaux, notamment en matière de droits de l'Homme, peut s'avérer une tâche extrêmement complexe. Ainsi, lors de la préconférence de Bangkok, les représentants des pays asiatiques se sont prononcés en faveur d'un certain relativisme : « *aucun modèle ne saurait être prescrit à l'échelle universelle, car les données historiques et culturelles de chaque nation, des traditions, normes et valeurs des peuples concernés ne peuvent être ignorées* »<sup>968</sup>.

En somme, le droit international des droits de l'Homme érigé sous l'égide de l'ONU ne constitue pas un ensemble de normes culturelles, mais des normes juridiques dont l'obligation d'application s'impose, abstraction faite des différences culturelles. Il s'agit de normes qui prévoient une « *protection minimale au-dessous de laquelle la dignité humaine cesse d'exister* »<sup>969</sup>. Autrement dit, le droit onusien des droits de l'Homme, conscient des différences culturelles qui diffèrent d'un pays à un autre, se contente généralement de prévoir des dispositions générales et universelles en la matière, libre choix aux États membres de les garder comme telles ou les spécifier dans leur législation interne.

Le statut des épouses fait partie des questions délicates à régir par le droit international, étant donné son lien étroit avec l'identité culturelle de chaque pays. Asseoir une protection efficace

---

<sup>965</sup> V. la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 14-25 juin 1993, Déclaration et programme d'action de Vienne, A/CONF.157/23, p. 5.

<sup>966</sup> Intimement associée à la dignité humaine, la diversité culturelle a été proclamée comme étant « *héritage commun de l'humanité* » par la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle ratifiée en 2001 dont la préservation constitue un impératif éthique. In L'ONU, *Droits de l'homme et diversité culturelle*, accessible sur le site : <http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/culture.shtml> ; V. également la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle.

<sup>967</sup> L'ONU, *Droits de l'homme et diversité culturelle*, *op. et loc. cit.*

<sup>968</sup> Khemaïs CHAMARI, ancien président de la ligue tunisienne des droits de l'homme, in ROLLINDE, M. *Le Mouvement marocain des droits de l'Homme : Entre consensus national et engagement citoyen*. Paris : Karthala, 2002, p. 257.

<sup>969</sup> L'ONU, *Droits de l'homme et diversité culturelle*, *op. et loc. cit.*

des droits des femmes mariées sur le plan mondial nécessite une conception universelle des droits de l'Homme s'imposant aux pays signataires abstraction faite de leurs différences culturelles en la matière.

Suite à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme, la Commission des droits de l'Homme<sup>970</sup> a proposé au Secrétaire général des Nations Unies, par sa résolution 7 (XXIV) du 1<sup>er</sup> mars 1968, l'organisation de cycles d'études régionaux dans les régions n'ayant pas encore de commission régionale des droits de l'Homme. À ce titre, l'article 52 alinéa 1 de la Charte de l'ONU a disposé qu'« aucune disposition de la présente Charte ne s'oppose à l'existence d'accords ou organismes régionaux destinés à régler les affaires qui, touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, se prêtent à une action de caractère régional, pourvu que ces accords ou ces organismes et leur activité soient compatibles avec les buts et les principes des Nations Unies ».

**Le droit régional européen dans la continuité du droit international.** Selon M. Tarschys<sup>971</sup>, le législateur européen en élaborant son droit régional s'est inspiré des dispositions du droit international.

En effet, il réfère expressément à la Déclaration universelle des droits de l'Homme<sup>972</sup> dès le premier alinéa du préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950 : « [...] Considérant la Déclaration universelle des droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ; considérant que cette Déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelle et effective des droits qui y sont énoncés [...] ». Sur ce point, le président de la Cour européenne des droits de l'Homme a souligné que la Convention européenne des droits de l'Homme s'est non seulement inspirée de la Déclaration universelle des droits de l'Homme mais se situe « dans le prolongement direct » de cette dernière<sup>973</sup>. La Convention européenne des droits de l'Homme a été pionnière en ce qui concerne la consécration des droits de l'Homme en Europe.

Toutefois, le sixième alinéa du préambule de la CEDH précise d'emblée que la Convention n'a pas pour objectif de protéger toute la panoplie des droits de l'Homme énoncés dans la

---

<sup>970</sup> La CDH (Commission des droits de l'Homme), par sa résolution 6 (XXIII) du 16 mars 1967, a formé un groupe d'étude spécial de onze membres pour examiner le problème.

<sup>971</sup> Ancien Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

<sup>972</sup> Conseil de l'Europe. *Tous concernés : L'effectivité de la protection des Droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1998, p. 19.

<sup>973</sup> COSTA, J.-P. (décembre 2008). *Le bilan de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 2, accessible sur le site : [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20081208\\_OV\\_Costa\\_02\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20081208_OV_Costa_02_FRA.pdf).

Déclaration universelle<sup>974</sup>, mais s'efforce seulement de garantir « *certaines des droits* ». Cette restriction s'est illustrée notamment dans le cadre du droit au mariage. L'article 12 de la CEDH<sup>975</sup> a été formulé de manière bien plus restreinte que l'article 16 de la DUDH<sup>976</sup>. En effet, hormis la référence à l'âge nubile, le détail des modalités du mariage n'a pas été évoqué, ni la question du consentement entre époux ni de l'égalité de leurs droits au moment de contracter mariage, pendant le mariage, ni après sa dissolution, éléments pourtant importants dans le cadre de la consécration des droits relatifs au mariage.

Toutefois, il est nécessaire de souligner que la Convention européenne des droits de l'Homme est la principale source de droit sur le plan européen, et devait par conséquent avoir, à l'image de la Déclaration universelle, un caractère plus exhaustif qui englobe tous les droits de l'Homme. Il semble que le législateur européen, à travers cette exclusion, a tenu à écarter toute incompatibilité avec son droit local, tout en partageant la même vision des droits de l'Homme que la Déclaration<sup>977</sup>.

**Le droit régional islamique et la question de l'universalité des droits de l'Homme.** La Déclaration islamique Universelle des Droits de l'Homme (DIUDH) affirme également des principes éthiques très largement similaires à ceux développés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH). Toutefois, la DIUDH, à la différence de la Convention européenne, ne s'inscrit pas dans le prolongement de la DUDH mais trouve la source des droits de l'Homme dans le Coran et la Sunna en tant que les révélations divines constituent le « *cadre juridique et moral durable permettant d'établir et de réglementer les institutions et les rapports humains* »<sup>978</sup>.

---

<sup>974</sup> DECAUX, E. (dir.), PETTITI, L.-E. (dir.) et IMBERT, P.-H. (dir.). *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Economica, 1999, p. 133.

<sup>975</sup> L'article 12 de la CEDH stipule qu' « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

<sup>976</sup> L'article 16 de la DUDH prévoit qu' « *1. à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.* » Cf. ENRICH MAS, M. « Article 12. » DECAUX, E. (dir.), PETTITI, L.-E. (dir.) et IMBERT, P.-H. (dir.). *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Economica, 1999. 437-454, p. 440.

<sup>977</sup> TAVERNIER, P. « L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme. » *La revue trimestrielle des droits de l'homme (Rev. trim. dr. h.)* (1997) : 379-393.

<sup>978</sup> Le préambule de la DIUDH, §3.

Quant aux articles de la DIUDH, les rédacteurs se sont inspirés à la fois des principes universels des droits de l'Homme de la DUDH<sup>979</sup> notamment ceux inhérents à la justice<sup>980</sup>, au respect de la liberté<sup>981</sup> et de la dignité<sup>982</sup> propres à tous les êtres humains, ainsi que le droit à l'égalité et la prohibition de toute discrimination<sup>983</sup>, mais aussi de ceux contenus dans les Pactes internationaux de 1966<sup>984</sup>, le tout dans un cadre adapté au monde musulman<sup>985</sup>. À l'instar de la DIUDH, la Déclaration du Caire<sup>986</sup> des droits de l'Homme en islam a consacré les droits fondamentaux dans un esprit religieux en précisant dans son préambule que les droits fondamentaux ainsi que les libertés individuelles font « *partie intégrante* »<sup>987</sup> de la religion des musulmans et que personne n'a le droit de les entraver.

La référence expresse faite aux principes de l'islam en omettant de faire un quelconque renvoi aux principes universels des droits de l'Homme démontre clairement la volonté de se démarquer du droit international<sup>988</sup> et de souligner la spécificité et l'autonomie de la loi islamique. Selon un auteur, la Déclaration a été également « *le moyen qui devrait permettre à l'islam de rayonner au-delà des frontières des pays musulmans* »<sup>989</sup>. Ainsi, la Déclaration du Caire des droits de l'Homme en islam a souligné dès son article 1-a que « *tous les êtres humains forment une famille dont les membres sont unis par leur soumission à Dieu* » avant de préciser l'égalité de « *tous les hommes dans la dignité humaine* » sans distinction aucune.

De même, les rédacteurs de la Charte arabe ont voulu concilier les dispositions de la Charte avec les principes universels des droits de l'Homme<sup>990</sup> en reprenant la majorité des droits

---

<sup>979</sup> AL-MIDANI, M. (mars 2005). *Les Déclarations islamiques des droits de l'homme*, accessible sur le site : [https://www.acihl.org/articles.htm?article\\_id=5](https://www.acihl.org/articles.htm?article_id=5).

<sup>980</sup> Article 4 de la DIUDH.

<sup>981</sup> Article 2 de la DIUDH.

<sup>982</sup> Plusieurs fois mentionnées dans le préambule de la DIUDH.

<sup>983</sup> Article 3 de la DIUDH.

<sup>984</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p 206.

<sup>985</sup> En effet, la Déclaration contient certaines dispositions spécifiques telles que la protection de l'honneur et de la réputation (article 8) ou encore les droits de la femme mariée (article 20).

<sup>986</sup> Elle a été adoptée au Caire en 1990, et par la Conférence des ministres des Affaires étrangères de l'Organisation de la conférence islamique (recommandation n° 49/19-P).

<sup>987</sup> Introduction de la DIUDH, §3.

<sup>988</sup> Cette démarcation se manifeste également par l'adoption de dispositions opposées au droit international qui garantissent la liberté de changement de religion, approuve le mariage même en cas de différence de religion ou encore interdisent le châtement corporel. Un autre point de divergence entre le droit international et le droit régional musulman consiste dans l'affirmation expresse et formelle par le premier de l'égalité de droits entre les femmes et les hommes, et particulièrement dans le cadre de la CEDEF. Cette affirmation est affirmée soit de façon tacite dans certaines Déclarations, soit de façon générale.

<sup>989</sup> EL-HAJJÉ, O. « La Déclaration du Caire des droits de l'homme en islam et les droits non susceptibles de dérogation. » PRÉMONT, D., STENERSEN, CH. et OSEREDCZUK, I. *Droits intangibles et états d'exception*. Bruxelles : E. Bruylant, 1996. 429-446, p. 432.

<sup>990</sup> Le préambule réaffirme « *les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, des dispositions des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels* ».

proclamés par la DUDH de l'ONU tout en mettant l'accent sur le caractère religieux du document<sup>991</sup>. En effet, dès le préambule, la Charte commence par rappeler sa foi dans la dignité de l'homme en tant qu'honoré par Dieu, avant de préciser que « *la patrie arabe est le berceau des religions et des civilisations dont les nobles valeurs ont consacré le droit de l'homme à une vie digne fondée sur la liberté, la justice et l'égalité* »<sup>992</sup>. Contrairement aux Déclarations islamiques précitées dénuées de toute force juridique, la Charte arabe a été élaborée afin d'« *assurer la convergence entre les convictions spécifiques au monde arabe et les valeurs universelles* »<sup>993</sup>.

En ce sens, ces deux Déclarations ainsi que la Charte arabe témoignent d'une volonté de préserver l'identité culturelle et religieuse des pays musulmans, en s'appuyant sur le message universel de l'islam, compatible avec celui du droit international des droits de l'Homme. L'universalité du message de l'islam ne fait aucun doute. En témoignent nombreux versets du Coran qui ne s'adressent pas à un peuple en particulier, mais à l'humanité toute entière : « *Nous ne t'avons envoyé que comme miséricorde pour l'univers* »<sup>994</sup> ; « *Ce n'est là qu'un rappel adressé à l'univers* »<sup>995</sup>. Sur ce point, Monsieur Raissouni<sup>996</sup> précise que l'universalité de l'islam telle que soutenue par le Coran ne se cantonne pas à l'espace mondial ou terrestre, mais le dépasse pour englober l'univers, et toutes les créatures qui peuvent y exister<sup>997</sup>. Il faut toutefois souligner avec Monsieur Kadari<sup>998</sup> que l'universalité n'est pas une dimension présente *a priori* dans le message de l'islam, mais doit au contraire faire l'objet d'une recherche

---

<sup>991</sup> Sur ce point, le président de la Commission des droits de l'Homme en Arabie Saoudite Dr Al-Ibane a souligné que « *l'importance de la Charte arabe consiste dans le fait qu'elle découle des principes de la charia et des valeurs arabes authentiques, et du fait de l'exhaustivité de ses dispositions qui englobent à la fois les droits économiques, sociaux, culturels et les droits civils et politiques. Cette Charte a été le fruit d'une intense action arabe commune qui tend à protéger les droits de l'Homme et sa dignité conformément aux principes de la charia et des valeurs arabes, en conformité avec les standards internationaux des droits de l'Homme* ». Cette Déclaration a été faite lors de la présentation du premier rapport de l'Arabie Saoudite à la Commission arabe des droits de l'Homme le 30 mai 2016 dans laquelle Dr Al-Ibane a souligné les différentes améliorations qu'a connues le pays ainsi que les objectifs qu'il a tracés dans le cadre de « *la vision de l'Arabie Saoudite 2030* », une vision ambitieuse et prometteuse, centrée sur la protection des droits de l'Homme, et notamment l'autonomisation des femmes et la participation de tous les citoyens dans la vie politique et sociale. Cette vision tend également à édifier une nouvelle ère basée sur la diversité économique et mettre en évidence le potentiel du patrimoine culturel, historique et économique du pays.

<sup>992</sup> Paragraphe 1 du préambule de la Charte arabe des droits de l'Homme.

<sup>993</sup> MAHIOU, A. *op. cit.*, p. 309.

<sup>994</sup> Le Coran (21 : 107).

<sup>995</sup> Le Coran (2 : 1). Voir également un verset similaire : « *Ceci n'est qu'un rappel pour l'univers* », Coran (81 : 27).

<sup>996</sup> Professeur de la théologie musulmane à l'université Mohammed V.

<sup>997</sup> ALRIYSOUNI, A. *L'universalité de l'islam*, accessible sur le site d'aljazeera : <http://www.aljazeera.net/home/print/0353e88a-286d-4266-82c6-6094179ea26d/968b158d-697e-4fa4-9260-12cfaeb02d95> .

<sup>998</sup> KADARI, M. « L'universel : le noyau ultime. » RIVET, D. (dir.) et MESTIRI, M. (dir.). *Identitaire et Universel dans l'islam Contemporain*. Paris : IIIT, 2007. 81-87, p. 86.

individuelle pour distinguer, par la réflexion critique, ce qui dans la tradition musulmane relève de l'universel de ce qui relève du particulier.

En ce sens, la Déclaration islamique ne peut acquérir un caractère universel du seul fait de sa référence aux valeurs de l'islam. Il s'agirait plutôt de mettre l'accent sur les nombreux principes protégés aujourd'hui par le droit international des droits de l'Homme qui ont été également soutenus par le message de l'islam révélé par le prophète Mohammed il y a plusieurs siècles. Ceci démontre le point commun entre le droit islamique et le droit contemporain des droits de l'Homme sur le plan de l'universalité des principes, et partant leur compatibilité. Toutefois, les principes de la DUDH n'ont pas convaincu une partie du courant fondamentaliste en ce qu'ils contreviennent selon eux aux dispositions coraniques, socles de la législation islamique<sup>999</sup>.

L'universalité est compromise par les traditions culturelles, religieuses ou philosophiques qui octroient non pas une valeur universelle commune à tous les êtres humains, mais des valeurs spécifiques propres à chacune d'entre elles.

Pour sa part, Monsieur El-Maghrebi<sup>1000</sup> oppose mondialisation et universalité en considérant que « *la mondialisation a une connotation autre que le sens noble d'universalité* ». Il considère que la mondialisation entraîne un changement même partiel des valeurs culturelles régionales tandis que l'universalité signifie une ouverture sur le monde et les différentes cultures existantes sans pour autant impliquer une perte d'identité locale<sup>1001</sup>. C'est également en ce sens que Monsieur Bennis souligne que la vocation du droit international n'est pas « *de rechercher une uniformité dans un monde multiculturel* » mais de « *pren[dre] en compte la diversité des traditions culturelles en présence* »<sup>1002</sup>.

Juridiquement, l'unification des règles conduit à l'instauration d'un droit identique. Elle consiste en la substitution d'ordres juridiques différents par un ordre juridique unique, dont les règles précises s'imposent à l'État. Ainsi, toute disposition qui déroge à cet ordre juridique est considérée comme non conforme.

---

<sup>999</sup> BEN ACHOUR, Y. « Les droits de l'homme et leurs contraires. » *Aspects, Hors série* (2008) : 113-124.

<sup>1000</sup> Saïd El-MAGHREBI, professeur d'anthropologie culturelle, Université Hassan II.

<sup>1001</sup> El-MAGHREBI, S. (avril 2005). *Mondialisation et universalité*, accessible sur le site lematin : <http://lematin.ma/journal/2005/Mondialisation-et-universalite/52477.html> .

<sup>1002</sup> BENNIS, A. « Les droits de l'homme entre l'universel et le spécifique », *revue Prologues*, 1996 In ROLLINDE, M. *op. et loc. cit.*



En somme, l'unification écarte toute pluralité ou harmonisation des règles, contrairement à l'uniformisation qui « conduit à des règles identiques incorporées à des droits nationaux différents »<sup>1003</sup>.

Pour conclure, la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme a marqué un pas dans la conciliation entre les principes islamiques et les principes universels des droits de l'Homme<sup>1004</sup> tout en rappelant que ces principes ont été énoncés il y a quatorze siècles dans le Coran. La réticence vis-à-vis du droit international semble se dissiper, et ce, même dans les pays musulmans les plus conservateurs. Les autorités saoudiennes depuis les années 2000, ont enfin admis la compatibilité entre la conception islamique des droits de l'Homme et celle du droit international<sup>1005</sup>.

Cependant, si les Déclarations islamiques ont certes marqué une avancée concernant la consécration des droits de l'Homme sous une conception islamique, elles demeurent des textes lacunaires qui n'ont non seulement pas apporté de solutions contemporaines concernant les droits des femmes, mais n'ont pas non plus apporté d'éclairage juridique concernant cette question trente ans après l'adoption de la Déclaration des droits de l'Homme onusienne<sup>1006</sup>.

Concernant le caractère islamique de ces Déclarations, Monsieur Khillo a critiqué le fait que la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme soit « restée figée et accrochée aux formulations traditionnelles et discriminatoires »<sup>1007</sup>, au lieu de mettre en exergue les valeurs de l'islam telles que la tolérance et le respect de la dignité humaine, et d'en extraire des dispositions compatibles avec l'ère actuelle notamment concernant les droits des femmes.

Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'Homme en islam ne semble pas avoir rempli sa mission de conduire à « un consensus islamique universel »<sup>1008</sup> concernant les droits des femmes. Sa portée « universelle » est restée théorique en raison du fondement islamique du texte et de la catégorie spécifique des personnes qu'il vise : la communauté musulmane. En raison de ce cadre limité, il aurait été judicieux de supprimer le caractère universel de cette Déclaration et se contenter simplement de la nommer « Déclaration des droits de l'Homme en islam ».

---

<sup>1003</sup> La marge est parfois mince entre les deux notions, c'est la raison pour laquelle J. Basedow qualifie l'unification d'« unification substitutive » et l'uniformisation d'« unification additionnelle », In GARAUD, E. et NADAUD, S. *Codifier le droit civil européen*. Bruxelles : Larcier, 2008, p. 55.

<sup>1004</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 217.

<sup>1005</sup> DA LAGE, O. *Géopolitique de l'Arabie Saoudite*. Paris : Éditions Complexe, 2006, p. 72.

<sup>1006</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 216.

<sup>1007</sup> *Ibidem*.

<sup>1008</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 210.



**L'impossible quête d'universalité de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.** La recherche paradoxale d'universalité pour un texte toujours marqué par une époque et une culture se pose aussi dans le cas de la DUDH. Les rédacteurs de la DUDH avaient pour objectif de rédiger un texte qui concilie à la fois la conception idéaliste et marxiste des droits de l'Homme<sup>1009</sup>. Toutefois cette tentative de conciliation a abouti à une contradiction flagrante. Ainsi, dès le préambule, les États marxistes ont déploré le « *positivisme juridique* » latent dans la formulation « *l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres* ». L'emploi du futur par les rédacteurs de la Déclaration universelle n'est pas anodin. Il a été utilisé pour démontrer de façon sous-jacente que les hommes ne sont pas naturellement libres, mais ont besoin de mécanismes juridiques pour le devenir. De manière contradictoire, l'article 1 de la même Déclaration fidèle à la conception du « *jusnaturalisme moderne* » prisé par les États occidentaux évoque que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

De ce fait, on comprend pourquoi la majorité des États abstentionnistes pendant le vote de la DUDH étaient des États marxistes, ayant jugé le texte « *trop libéral* »<sup>1010</sup>, marquant l'échec de l'universalisme prôné par la Déclaration universelle, au point où un auteur l'a qualifié d'« *enfant mort-né* »<sup>1011</sup>. Cet exemple illustre que même à travers le projet d'une Déclaration universelle, différentes conceptions de l'être humain et des sociétés s'affrontent nécessairement, montrant l'impossibilité d'un universalisme absolu. En raison de la diversité culturelle qui sépare les différents pays du monde, un auteur assimile les droits de l'Homme à une « *auberge espagnole* » dans laquelle chaque pays fait une interprétation propre à lui, conforme à ses principes et ses croyances, et qu'il tend par la suite imposer à tout le monde<sup>1012</sup>. La recherche de valeurs universelles est donc un idéalisme<sup>1013</sup> auquel l'homme moderne inspire à travers les différents instruments juridiques contemporains tels que le droit international des droits de l'Homme. Si de ce fait on ne peut que tendre vers l'universalité, il convient alors, selon Vannier, d'identifier avec précision et de manière explicite la tradition argumentative

---

<sup>1009</sup> LEBRETON, G. « Critique de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. » *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux : L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 60 ans après* (2009) : 17-22, p. 18.

<sup>1010</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1011</sup> *Ibidem.*

<sup>1012</sup> BUHRER, J.-C. et LEVENSON, C. *op. cit.*, p. 231.

<sup>1013</sup> CITOT, V. « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste. » *Le Philosophoire* 31 (2009) : 89-112, p. 90.

dans laquelle on se situe, afin de donner à son argumentation « *toute [son] identité, [sa]détermination, et aussi [ses]limites* »<sup>1014</sup>.

**L'équilibre entre régionalisme et universalisme dans la Charte africaine.** Les dispositions de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples mettent en lumière une conception, répandue dans les pays africains, selon laquelle l'individu se fonde dans la communauté dans laquelle il vit. Ceci vaut *a fortiori* pour les femmes, qui de ce fait ne sont pas traitées à titre individuel, mais en tant que parties de la communauté<sup>1015</sup>.

Cette vision collective de l'organisation sociétale africaine fondée essentiellement sur la communauté et la hiérarchie, et accordant plus d'importance aux devoirs qu'aux droits, diffère sensiblement de la vision prônée par le droit international des droits de l'Homme qui centre sa protection sur les individus et leurs droits.

La Charte africaine commence par souligner l'importance de la portée universelle des normes internationales des droits de l'Homme, tout en marquant son attachement à préserver la spécificité de la société et du droit africains<sup>1016</sup>. Ce document tente ainsi de réaliser un équilibre entre « *l'universalisme et le régionalisme* »<sup>1017</sup>. En effet, la lecture des articles de la Charte africaine démontre la forte inspiration de ses rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'Homme enrichie par les valeurs locales et traditionnelles africaines. À cet égard, elle souligne l'obligation de conciliation entre les droits inspirés par le droit international et l'ordre moral africain<sup>1018</sup>.

---

<sup>1014</sup> VANNIER, G. « De l'Universalité et de la particularité des droits de l'homme. » PALLARD, H. et TZITZIS, S. *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*. Paris : L'Harmattan, 1997. 119-140.

<sup>1015</sup> CROUZATIER, J.-M. « "Droits de l'homme" ou "droit humain" : une différence sémantique ? » *Aspects, Hors série* (2008) : 11-16.

<sup>1016</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 250.

<sup>1017</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>1018</sup> Article 17§3 et 18§2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

## **Paragraphe II - La promotion de l'égalité entre femmes et hommes dans les textes régionaux**

Les textes présentés ci-dessus permettent ainsi, en s'inscrivant dans les systèmes de valeurs propres à chaque région concernée, d'affirmer de manière locale les valeurs universelles des droits de l'Homme, dont l'égalité entre les femmes et les hommes, conformément aux normes internationales mais avec certaines limites (A). Les deux facettes des textes régionaux, à la fois supranationaux et locaux, ouvrent la possibilité d'une collaboration entre plusieurs États, particulièrement pertinente pour protéger les femmes des violences qu'elles peuvent subir dans leur cadre familial (B).

### **A- L'affirmation de l'égalité en conformité avec les normes internationales**

**Le principe d'égalité dans les textes régionaux.** Le droit de l'Union européenne s'inspirant des valeurs universelles des droits de l'Homme, et gardant à l'esprit les principes énoncés, a inscrit l'égalité entre femmes et hommes comme l'une des valeurs qu'il promeut<sup>1019</sup>. En effet, l'article 2 ainsi que l'article 3.3 paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne (TUE)<sup>1020</sup> soulignent expressément l'attachement de l'Union européenne à combattre toute forme d'exclusion sociale et de discrimination, et à promouvoir des valeurs universelles telles que la justice et l'égalité entre les femmes et les hommes. L'article 14 de la CEDH stipule également que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, [...]* ».

La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne quant à elle, à l'image des textes internationaux, a souligné l'importance du principe d'égalité, et ce dès le préambule<sup>1021</sup>. Elle

---

<sup>1019</sup> Depuis 1957, le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est inscrit dans les Traités européens.

<sup>1020</sup> Article 2 : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». Article 3.3 paragraphe 2 : « *Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant* ».

<sup>1021</sup> « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; [...]* ». Contrairement à d'autres articles de la Charte, ce principe ne fait écho à aucun article de la Convention européenne. En le prévoyant, les Protocoles n°7 et n°12 ont comblé une lacune de la Convention et ont réaffirmé l'attachement à ce principe général de droit européen considéré comme un droit fondamental de droit européen.

précise à l'article 23 que « *l'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines [...]. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté* ». Les rédacteurs de la Charte se sont inspirés des articles 2, 3 §2 et 141 du Traité instituant la Communauté européenne<sup>1022</sup>. Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que « *la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe* »<sup>1023</sup>.

Constatant la persistance d'inégalités et de discriminations à l'égard des femmes, notamment en tant que mères de famille<sup>1024</sup>, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a considéré qu'il était nécessaire d'élaborer un nouveau protocole à la Convention européenne<sup>1025</sup>, à même d'inscrire la primauté du principe d'égalité entre femme et homme sur toute autre disposition du droit international et de garantir ainsi l'égalité entre époux.

Dans la Charte africaine, le principe d'égalité a été énoncé dans l'article 3 du chapitre 1 intitulé « *des droits de l'Homme et des peuples* », accordant aux personnes aussi bien une égalité devant la loi qu'une égale protection de la loi<sup>1026</sup>.

À l'instar de la Charte africaine, la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme a affirmé le double principe d'égalité « *devant la Loi* » et l'égale protection de la loi dans le cadre de l'article 3 alinéa a<sup>1027</sup>. Cependant, la notion de « *Loi* » n'étant pas définie tend à situer ce principe d'égalité dans le cadre de sa compatibilité avec la loi islamique<sup>1028</sup>. Ce terme fait référence à la loi islamique sans pour autant la citer expressément<sup>1029</sup>.

De même, la traduction officielle de l'article 3 en langue française révèle bien plus d'incohérences par rapport à la version originale arabe de la Déclaration. La version originale

---

<sup>1022</sup> Remplacé par les articles 8 et 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>1023</sup> Dans l'affaire *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n°280-B, pp. 29-30, § 27-29, la Cour a conclu que la différence de traitement litigieuse avait manqué de justification objective et raisonnable et, partant, avait méconnu l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention, In DUTERTRE, G. *Extraits clés de jurisprudence : Cour européenne des Droits de l'Homme*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2003, p. 350.

<sup>1024</sup> PETTITI, CH. « L'égalité entre époux. » KRENC, F. et PUÉCHAVY, M. (dir.). *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Émile Bruylant, 2008. 29-46, p. 44.

<sup>1025</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>1026</sup> OUGERGOUZ, F. *op. cit.*, p. 86.

<sup>1027</sup> L'article 3 alinéa a de la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme stipule que « *toutes les personnes sont égales devant la Loi et ont droit à des possibilités égales et à une protection égale de la Loi* ».

<sup>1028</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 212.

<sup>1029</sup> Dans la version arabe de la Déclaration, le mot *charia* a été utilisé au lieu du terme *Loi*. En revanche, la version française a élaboré une définition de ce terme dans les notes d'explication.

est en effet imprégnée d'un caractère religieux, et contient de nombreux versets coraniques et des hadiths qui disparaissent dans les versions traduites, ces dernières prenant un caractère plus juridique que religieux. À titre d'exemple, la version originale en langue arabe de l'article 3 stipule littéralement que « *tous les êtres humains sont égaux devant la charia : "Nulle supériorité n'appartient à un Arabe sur un Non-Arabe, ni à un Non-Arabe sur un Arabe, ni à un rouge sur un noir, ni à un noir sur un rouge, saufs 'il a de la piété"* » extrait d'une déclaration du prophète Mohammed. Aucune distinction n'est admise dans son application entre les personnes : « *Si Fatima, la fille de Mohammed, venait elle-même à voler, on lui couperait aussi la main* », ni dans leur protection : « *Le plus faible d'entre vous est, pour moi, le plus fort jusqu'à ce que je lui fasse recouvrer son droit, et le plus fort d'entre vous est, pour moi, le plus faible jusqu'à ce que je l'amène à reconnaître aux autres leurs droits* »<sup>1030</sup>. La traduction française de l'article 3 quant à elle se contente seulement de faire mention de la « *Loi* » sans faire mention expresse de la loi islamique<sup>1031</sup>. L'article 3 dans sa version originale a mis l'accent davantage sur l'égalité sur le plan des valeurs humaines que sur le plan juridique<sup>1032</sup>. Les droits des femmes en particulier n'ont été abordés que de façon « *évasive* »<sup>1033</sup> dans la DIUDH. Le statut de la femme, et notamment de la femme mariée n'a été abordé qu'aux articles 19 et 20 de la DIUDH toujours selon une conception islamique de la famille<sup>1034</sup>.

<sup>1030</sup> Un discours, cité dans la version arabe, que le prophète Mohammed a prononcé à Abu Bakr après avoir pris la relève en tant que successeur (*khalifa*) des musulmans.

<sup>1031</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 211.

<sup>1032</sup> La différence dans la formulation des articles s'illustre également dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article 3 de la Déclaration. En effet, la version française de l'article qui stipule que « *toutes les personnes doivent recevoir un salaire égal à travail égal* » ne correspond pas à la formulation de l'article tel qu'il a été rédigé en langue arabe : « *Tous les humains sont égaux quant à la valeur humaine (qimah) qu'ils représentent : "Tous, vous descendez d'Adam ; et Adam a été créé de poussière" (Hadith cité dans la version arabe). Et ce n'est que par leurs œuvres qu'ils sont supérieurs les uns aux autres "Il y aura des degrés différents pour chacun d'eux, d'après ce qu'ils ont fait" Le Coran (46 :19). Toute idéologie, toute législation ou toute situation qui justifierait la ségrégation entre les individus en la fondant sur le sexe, la race, la couleur, la langue ou la religion, est directement contraire à ce principe islamique général* », In KHILLO, I. *op. cit.*, p. 212.

<sup>1033</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 211.

<sup>1034</sup> Il faut souligner ici encore que la version française de l'article 19 de la Déclaration se démarque également de la rédaction originale de l'article en langue arabe, et ne fait aucune référence à la conception islamique du mariage ou de la famille. Ainsi, on peut y lire que : « *Toute personne a le droit de se marier, de fonder une famille et d'élever des enfants conformément à sa religion, à ses traditions et à sa culture. Tout conjoint possède ces droits et privilèges et est soumis aux obligations stipulées par la Loi* ». En revanche, la version arabe de l'article 19 stipule que « *Le mariage, dans son cadre islamique, est un droit reconnu à tout être humain. C'est la voie reconnue légitime par la Loi islamique pour fonder une famille, s'assurer une descendance et se garder personnellement chaste : "Ô vous les hommes ! Craignez votre Seigneur qui vous a créés d'un seul être, puis, de celui-ci, Il a créé son épouse et Il a fait naître de ce couple un grand nombre d'hommes et de femmes", Le Coran (4 : 1). Chacun des époux a, vis-à-vis de l'autre, des droits et des devoirs équivalents, que la Loi islamique a particulièrement définis : "Les femmes ont des droits équivalents à leurs obligations, et conformément à l'usage, les hommes ont cependant une prééminence sur elles", Le Coran (2 : 228)* ».

La Charte arabe des droits de l'Homme quant à elle a affirmé dès son préambule la consécration du principe d'égalité et a mis à la charge des États l'engagement de prendre toutes « *les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte* »<sup>1035</sup>. Mais la référence la plus explicite faite au principe d'égalité entre les deux sexes est soulignée dans l'article 3 alinéa c qui a précisé que « *l'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux* ». Ainsi, il a été reproché à la Charte de n'avoir fait référence dans son article 11 qu'à l'égalité devant la loi, et non à l'égalité dans la loi.

En Tunisie, la Charte arabe fait par ailleurs l'objet de critiques d'associations féministes considérant que celle-ci remet en cause les droits accordés aux femmes tels qu'ils ont été consacrés par les conventions internationales des droits de l'Homme. Dans cette optique, l'Association tunisienne des femmes démocrates (ATFD) a invité son gouvernement, lors du séminaire sur les femmes et les médias tenu à Tunis les 7 et 8 mai 2005 à ne pas ratifier la Charte arabe. Selon cette association tunisienne, la ratification de la Charte arabe pourrait, en plus de l'instauration du principe de discrimination positive à l'égard des femmes<sup>1036</sup>, favoriser la réintroduction de la polygamie en droit tunisien après son abolition.

De même, le droit pour la femme de donner sa nationalité à ses enfants n'a pas été accordé dans un esprit d'égalité avec son conjoint. Dans ce contexte, l'article 29 alinéa b stipule que « *les États partie prendront, conformément à leur législation relative à la nationalité, les mesures qu'ils jugeront appropriées pour permettre à l'enfant d'acquérir la nationalité de sa mère en tenant compte dans tous les cas de l'intérêt de l'enfant* ».

Dans la Déclaration du Caire enfin, les droits des femmes ont été évoqués dans les articles 1, 6 et 19 dans lesquels ont été affirmés respectivement le principe d'égalité en obligations et en responsabilités, l'égalité sur le plan de la dignité humaine, et l'égalité devant la loi. Néanmoins, l'égalité de droits entre les femmes et les hommes n'est nullement mentionnée. Seule l'égalité sur le plan de la dignité humaine et des responsabilités a été soulignée, ce qui vide le principe d'égalité devant la loi de sa substance, et met l'accent sur l'inégalité de droits qui existe entre les deux sexes.

---

<sup>1035</sup> Article 3 alinéa b de la Charte arabe.

<sup>1036</sup> Article 3 de la Charte arabe des droits de l'Homme.



**Le principe de non-discrimination.** Ainsi, le principe d'égalité, fondamental et multidimensionnel, est affirmé sous des formes plus ou moins détaillées selon les textes régionaux. Qu'en est-il du principe de non-discrimination, corollaire du principe d'égalité de traitement ? À ce sujet, il convient de souligner que la CEDH se contente d'affirmer le seul principe de non-discrimination, sans faire mention aucune du terme *égalité*<sup>1037</sup>. L'article 14 qui interdit la discrimination n'a pas consacré le principe d'égalité devant la loi et d'égalité de protection de la loi. Il ne peut être invoqué de façon autonome indépendamment des droits et libertés consacrés dans la Convention et ses protocoles additionnels<sup>1038</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé à plusieurs reprises, par exemple dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*, que l'article 14 n'a pas « *d'existence indépendante* » dans la mesure où il est attaché à chacun des droits protégés par la Convention européenne<sup>1039</sup>. De ce fait, la violation de ces droits peut être constatée de façon isolée ou combinée avec l'article 14. Toutefois, comme le note Madame Meuldere-Klein, cet article serait sans effet utile s'il lui était impossible d'avoir une portée autonome<sup>1040</sup>. Il pourrait ainsi être invoqué de manière indépendante à la condition que le droit violé ait un lien avec les autres droits protégés par la Convention.

De même, contrairement à la CEDEF, la formulation de la CEDH n'instaure pas à la charge de l'État une obligation d'interdire toute forme de discrimination. Toute discrimination non justifiée à la jouissance d'un des droits protégés par la CEDH se heurte à l'application de l'article 14. Le terme *jouissance* devrait comprendre selon le juge Evrigenis « *toutes les situations possibles entre le refus pur et simple d'un droit protégé par la Convention et sa pleine consécration par l'ordre national* »<sup>1041</sup>. Toutefois, la portée limitée de l'article 14 n'a pas empêché de donner lieu à une jurisprudence abondante sur la question de la discrimination en raison de la montée de la xénophobie et du racisme ces dernières années<sup>1042</sup>.

La jurisprudence européenne est plus stricte sur ce point, et ne tolère que rarement les différences de traitement entre époux. Dès lors, ni la tradition<sup>1043</sup> ni la faiblesse des

---

<sup>1037</sup> Le principe d'égalité est toutefois mentionné dans les Protocoles consécutifs à la Convention.

<sup>1038</sup> MEULDERS-KLEIN, M.-TH. « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? » MEULDERS-KLEIN, M.-TH. *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994*. Paris : L.G.D.J., 1996. 179-213, p. 189.

<sup>1039</sup> Affaire *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, série A n°87, p. 12, §29 ; V. également l'arrêt CEDH, *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, Requête n°6289/73, p. 13, §30.

<sup>1040</sup> MEULDERS-KLEIN, M.-TH. *op. cit.*, p. 188.

<sup>1041</sup> ZWAAK, L., HARRIS, D. et GOMIEN, D. *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 375.

<sup>1042</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>1043</sup> Dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*, la Cour réfute l'argument du gouvernement suisse en rappelant que la tradition ne peut être invoquée pour justifier la discrimination fondée sur le sexe. Elle précise dans le §28 que « *la*



conséquences engendrées ne sont suffisantes à elles seules pour justifier une différence de traitement et lui ôter ainsi tout caractère discriminatoire<sup>1044</sup>.

En droit régional arabe, le principe de non-discrimination est consacré par la DIUDH à l'article 3 alinéa c qui prohibe toute forme de discrimination entre les personnes en raison de leurs croyances religieuses, leur couleur, leur race, sexe ou langue.

De même, la Charte arabe précise à l'article 3 que toutes les formes de racisme qui portent atteinte à la dignité humaine et constituent « *un obstacle majeur à l'exercice des droits fondamentaux des peuples* » doivent être éliminés, au même titre que les distinctions fondées sur « *la race, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion, la pensée, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou le handicap physique ou mental* »<sup>1045</sup>.

La volonté des rédacteurs de la Charte arabe de concilier les dispositions de la particularité religieuse de la Charte<sup>1046</sup> avec les dispositions du droit international des droits de l'Homme<sup>1047</sup> s'est heurtée à quelques dispositions de la charia, et notamment celles concernant les droits des femmes que la Charte évoque comme des personnes vulnérables nécessitant la protection de l'État. Ce dernier est tenu d'éliminer toute discrimination à leur égard sans préciser pour autant les droits dont elles bénéficient dans le cadre de la famille.

En faisant mention de la non-discrimination fondée sur le sexe, la Charte a marqué une avancée importante étant donné qu'il s'agit du premier document du droit régional arabe qui consacre ce principe comme un droit inhérent au caractère humain de tous les individus. Toutefois, aucune définition de la discrimination n'a été fournie<sup>1048</sup>. Il est à noter que si la traduction

---

*Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination ».*

<sup>1044</sup> En effet, toute différence de traitement ne constitue pas *ipso facto* une discrimination interdite par la CEDH. En cas de conflit, la Cour européenne examine les faits et détermine le seuil à partir duquel il y a discrimination. Dans le cadre de l'arrêt *Burghartz c. Suisse* : « *Une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou si elle n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* », la Cour a considéré qu'il y a discrimination à partir du moment où la différence de traitement n'a pas « *de justification objective et raisonnable* » d'une part, et qu'il « *n'existe pas de proportionnalité raisonnable entre le moyen utilisé et le but recherché* ».

<sup>1045</sup> Article 3 alinéa a de la Charte arabe.

<sup>1046</sup> Le préambule évoque : « *les principes éternels fondés par la charia islamique et les autres religions célestes relatifs à la fraternité et à l'égalité entre les êtres humains* ». Le préambule fait également référence à la riche « *histoire culturelle et politique* » de la Nation arabe ; une Nation « *fière de ses valeurs et de ses principes humains* ».

<sup>1047</sup> Le préambule affirme « *les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ».

<sup>1048</sup> La Charte arabe insiste sur le respect du principe de non-discrimination même en situation d'urgence exceptionnelle conformément à l'article 4 alinéa a de la Charte. En effet, cet article accorde aux États signataires

française emploie tantôt le terme *distinction*, tantôt *discrimination*, la version originale en arabe en revanche n'utilise qu'un seul terme : *tamiiz*. C'est également le même mot arabe qui est employé dans l'expression *discrimination positive (tamiiz ijabi)*.

La notion de discrimination positive telle que citée dans l'article 3 alinéa c fait mention à la spécificité religieuse du monde islamique et ne correspond pas à la même notion en droit international. En effet, la charia contient de nombreux textes qui distinguent entre les femmes et les hommes, en particulier ceux relatifs à la succession, la polygamie, et la restriction du mariage pour les femmes musulmanes. À ces textes, s'ajoutent des dispositions qui distinguent les deux sexes<sup>1049</sup>, notamment en ce qui concerne le témoignage devant le juge, la garde des enfants, et l'interdiction de peine de mort pour les femmes enceintes<sup>1050</sup>.

Le principe de non-discrimination a été également consacré par la Charte africaine comme un principe fondamental dans son article 2 à la lumière des dispositions de la Charte internationale des droits de l'Homme. Il convient toutefois de remarquer que l'article 2 de la Charte africaine, à l'image de l'article 14 de la CEDH, a employé pour définir le principe de non-discrimination<sup>1051</sup> le terme de *distinction*, plus général que *discrimination* et qui n'englobe pas nécessairement la dimension discriminatoire des actes cités dans l'article.

Dans sa version française, l'article 14 de la CEDH intitulé « *interdiction de discrimination* » qui proclame le respect des droits de la Convention emploie de même l'expression « *sans distinction aucune* » notamment en référence aux distinctions fondées sur le sexe, la race, la religion, la couleur, la langue. La version anglaise utilise l'expression « *without discrimination* », pour interdire la discrimination, dont le sens semble plus précis que celui

---

le droit de déroger aux dispositions de la Charte, mais à condition que cela n'aille pas à l'encontre des obligations qu'ils ont contractées sur le plan international, et sans entraîner aucune forme de discrimination.

<sup>1049</sup> C'est ainsi que cette distinction opérée en islam entre les femmes et les hommes n'est pas faite au détriment des premières, mais afin de tenir compte des différences biologiques et physiques qui existent entre eux. À ce titre, il était souhaitable selon un auteur que la Charte arabe se soit contentée d'énoncer l'égalité en dignité et en droits entre les femmes et les hommes sans faire mention de la notion de discrimination positive telle que définie en droit international. Ainsi, importer une telle notion dans le cadre de la charia peut à *contrario* conduire à nuire aux intérêts des femmes dans les pays arabes en raison de l'absence d'interprétation harmonisée des dispositions du droit international, In ALMAJDOUB, O. et ALMAYOUFI, Z. « Damanat huquq almar'a alarabia fi almithaq alarabi lihuquq alinsan (Garanties des droits de la femme arabe dans la Charte arabe des droits de l'homme) [en arabe]. » *Majallat kulliat alfunun wal'ielam* (2015) : 198-219, p. 211.

<sup>1050</sup> ALMAJDOUB, O. et ALMAYOUFI, Z. *op. cit.*, p. 211.

<sup>1051</sup> L'article 2 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples stipule que « *toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* » ; l'article 14 de la CEDH prévoit que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

utilisé dans la version française. En effet, « *sans distinction aucune* » n'a pas la même signification juridique que « *sans discrimination* ». Tout traitement différencié ne constitue pas forcément un traitement discriminatoire s'il repose sur des critères raisonnables et objectifs, comme c'est le cas par exemple de mesures mises en place au profit des femmes en raison de la maternité<sup>1052</sup>.

Si à l'origine, l'utilisation de cette expression dans la version française était une simple question de style, elle s'est avérée avec le temps être une question de fond, soulevée à de nombreuses reprises par la jurisprudence européenne. La Commission européenne a ainsi estimé que « *la Convention ne prohibe pas l'établissement de "différenciations" légitimes dans la jouissance des droits et libertés garantis* »<sup>1053</sup>. Cette observation a été partagée par la Cour de justice européenne qui a rappelé que l'article 14, malgré l'ambiguïté de sa formulation française, n'excluait pas la possibilité de distinctions de traitement justifiées. Elle lui préfère la formulation anglaise, plus restrictive<sup>1054</sup>.

Au cours de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le terme *discrimination* s'est substitué à celui de *distinction*, comme on peut le lire dans le protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 2000<sup>1055</sup> et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000<sup>1056</sup>.

Les droits des femmes ont également été abordés dans la Charte africaine dans le cadre de l'article 18 §3 qui dispose que « *l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les Déclarations et conventions internationales* ». Force est de déduire que les droits des femmes tels qu'énoncés dans la Charte et le principe de non-discrimination à leur égard puisent leur source non pas dans la Charte elle-même, mais dans les textes du droit international, ce qui démontre la forte imprégnation de la Charte des principes universels des droits de l'Homme. Cette référence au droit international dans l'article 18 §3 aurait assuré une protection élevée des droits des femmes si elle était accompagnée par d'autres articles. Mais le fait de faire mention au droit international dans un seul article n'est pas suffisant, d'autant plus

---

<sup>1052</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 251.

<sup>1053</sup> À l'occasion de l'arrêt *Affaire linguistique belge*, la Commission a ajouté qu'« *une "interprétation extensive", fondée sur la version française de l'article 14 ("sans distinction aucune"), "conduirait à des résultats absurdes"* ».

<sup>1054</sup> CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, affaire numéro 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, §10.

<sup>1055</sup> Le principe de non-discrimination a été prévu dans le préambule et l'article 1 du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

<sup>1056</sup> Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne.

que les autres dispositions de la Charte appellent expressément au respect des traditions locales<sup>1057</sup>. Ainsi, ni le droit international ni le droit régional africain n'a pu épargner aux femmes africaines de continuer à subir les pratiques discriminatoires imposées par leurs traditions locales<sup>1058</sup>.

---

<sup>1057</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 253.

<sup>1058</sup> C'est le cas notamment de la polygamie, des mariages forcés, des pratiques de mutilations génitales, de la violence conjugale, de la division inégale des richesses entre les femmes et les hommes, *etc.*

## **B- L'utilité d'instruments régionaux pour la protection contre les violences faites aux femmes**

**Les limites des instruments régionaux pour la protection contre la violence.** Dans le cadre de la protection de la famille, une avancée importante opérée par la Charte arabe consiste dans la condamnation non seulement de la violence à l'égard des femmes, mais également des « *mauvais traitements* »<sup>1059</sup> à leur endroit. Elle recèle toutefois certaines lacunes. En effet, son article 33 interdit certes la violence à l'égard des femmes, mais de façon générale, sans mentionner explicitement les formes de violence exercées sur les femmes au sein de la famille. Ce constat est regrettable dans la mesure où la Charte est un document contraignant qui aurait pu contribuer à une amélioration conséquente des droits des femmes, profiter des apports de la CEDEF et combler les lacunes des Déclarations islamiques non contraignantes de 1981 et 1990. Sur ce point, Amnesty International a demandé à la Ligue arabe d'étendre l'interdiction de la violence non seulement au cadre familial, mais aussi à toute forme de violence au sein de la société, et de garantir aux femmes victimes de violences des dispositifs de protection et la possibilité de saisir la justice<sup>1060</sup>.

**Le Protocole relatif aux droits des femmes en Afrique.** Au niveau africain, malgré les différents apports de la Charte, la femme africaine continuait à subir de nombreuses discriminations et inégalités. La lacune principale de cette Charte était que celle-ci ne prenait pas en considération les violences faites aux femmes sous toutes leurs formes et par conséquent ne les sanctionnait pas<sup>1061</sup>, d'où l'adoption par la Conférence de l'Union africaine (UA), le 11 juillet 2003, du Protocole relatif aux droits des femmes en Afrique (dit « *Protocole de Maputo* »). Ce protocole<sup>1062</sup> entré en vigueur le 26 octobre 2005 complète la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP). Il s'agit d'un important instrument régional

---

<sup>1059</sup> L'article 33 alinéa b de la Charte arabe des droits de l'Homme stipule que « *l'État et la société garantissent la protection de la famille, le renforcement de ses liens, la protection de ses membres, l'interdiction de toutes les formes de violence ou de mauvais traitements dans les relations entre ses membres, en particulier à l'égard de la femme et de l'enfant. Ils garantissent également à la mère, à l'enfant, à la personne âgée et aux personnes ayant des besoins particuliers la protection et l'assistance nécessaires et assurent aux adolescents et aux jeunes les meilleures chances de développement physique et mental* ».

<sup>1060</sup> AMNESTY INTERNATIONAL. *Middle East and North Africa Region Re-drafting the Arab Charter on Human Rights: Building for a better future* [en anglais]. MDE 01/002/2004. London : Amnesty International, 2004, p. 14, accessible sur le site : <https://www.amnesty.org/en/documents/MDE01/002/2004/en/> .

<sup>1061</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 265.

<sup>1062</sup> JEUGUE DOUNGUE, M. « Discriminations à l'égard des femmes et développement durable à la lumière du Protocole de Maputo relatif aux droits de la femme en Afrique. » *AU ECHO* (2016) : 63-78, p. 63.

qui a pour vocation la protection des droits fondamentaux des femmes, considérée comme étant la condition première du développement en Afrique.

Le Protocole, inspiré des développements normatifs en droit international<sup>1063</sup>, a exigé des gouvernements africains de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'éliminer toute forme de discrimination et de violence à l'égard des femmes, et de mettre en place une politique égalitaire concernant les droits des femmes et des hommes. Ainsi, il a participé au renforcement du droit régional africain des droits de l'Homme d'une part, et d'autre part à la consécration des principes du droit international notamment par l'utilisation de la notion de genre, en mettant en place des mesures de discrimination positive à l'égard des femmes. En outre, il a ouvert aux femmes victimes de violations de leurs droits un moyen de recours effectif au niveau régional<sup>1064</sup>. Amnesty International a salué l'adoption de ce Protocole en considérant qu'il « *constitue une avancée décisive en faveur d'une meilleure promotion et protection des droits fondamentaux des femmes sur le continent africain. Il fournit en effet un cadre juridique exhaustif permettant de tenir les gouvernements africains pour responsables des violations des droits des femmes qu'ils commettent* »<sup>1065</sup>.

La Tunisie fait partie des pays africains qui accordent une attention particulière à la reconnaissance des droits des femmes, et a exprimé son engagement à maintes reprises dans le but d'assurer la promotion des droits des femmes au sein de la société tunisienne. Pourtant, il a fallu attendre 2015 pour que la Tunisie adhère au Protocole de l'UA sur les droits des femmes additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adopté le 11 juillet 2003 par la Conférence de l'UA.

L'absence de transposition de ce protocole n'a pas empêché le législateur tunisien, conscient que les femmes subissent diverses formes de violences (physiques, psychiques et sexuelles), d'adopter une loi dite « *intégrale* » dans le cadre de la lutte contre les violences faites aux femmes, approuvée par l'Assemblée des représentants du peuple le 26 juillet 2017. Cette loi prévoit notamment des mesures afin d'« *atteindre l'égalité et le respect de la dignité humaine* »<sup>1066</sup>, d'interdire de véhiculer les stéréotypes qui encouragent la violence et la

---

<sup>1063</sup> Particulièrement les conférences mondiales de Vienne de 1993 sur les droits de l'Homme et de Pékin de 1995 sur les femmes.

<sup>1064</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 267.

<sup>1065</sup> Amnesty International. *Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes : Un instrument essentiel pour renforcer la protection et la promotion des droits des femmes en Afrique*. Londres : Amnesty International, 2004, p. 2.

<sup>1066</sup> V. article 1<sup>er</sup> de la loi intégrale sur la lutte contre la violence faite aux femmes.

discrimination à l'égard des femmes, d'accompagner psychologiquement les femmes battues ainsi que de mettre en place une protection juridique des victimes.

Cette avancée législative s'inscrit dans le cadre des dispositions de l'article 46 alinéa 4 de la Constitution tunisienne qui prévoit que « *l'État prend les mesures nécessaires afin d'éradiquer la violence contre la femme* ».

Il est à noter que la Tunisie fait partie du Programme Sud, financé par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, et mis en œuvre par le Conseil de l'Europe, qui vise à soutenir et consolider les réformes démocratiques et lutter contre les violences faites aux femmes au sein des couples<sup>1067</sup>.

**La Convention d'Istanbul.** En Europe, la lutte contre les violences de genre<sup>1068</sup>, après des années de réflexions doctrinales, a depuis quelque temps intégré le champ des dispositions légales. Influencée par les efforts fournis en droit international dans le cadre de la lutte contre les violences, un texte spécifique a été adopté. Il s'agit de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique dite « *Convention d'Istanbul* » adoptée par le Conseil de l'Europe le 11 mai 2011<sup>1069</sup>, traité international qui constitue actuellement « *l'instrument régional le plus complet pour lutter contre la violence à l'égard des femmes* »<sup>1070</sup>. L'adoption de la Convention d'Istanbul<sup>1071</sup> parachève les différentes résolutions et recommandations qui ont été adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>1072</sup>.

Tous les États membres de l'Union européenne ont signé la Convention, ainsi que l'Union européenne en tant qu'organisation supranationale<sup>1073</sup>. Par sa décision d'adhérer à la

---

<sup>1067</sup> Ce Programme a été lancé en janvier 2012. Cf. Conseil de l'Europe. *Programme Sud*, accessible sur le site : <https://pjp-eu.coe.int/fr/web/south-programme3/accueil>.

<sup>1068</sup> L'expression « *violence à l'égard des femmes fondée sur le genre* » est utilisée plusieurs fois dans la Convention.

<sup>1069</sup> Entrée en vigueur en août 2014.

<sup>1070</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2014), *la violence à l'égard des femmes : une enquête à l'échelle de l'UE*, p. 39, accessible sur le site : [http://www.cpvf.org/wp-content/uploads/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-apr14\\_fr.pdf](http://www.cpvf.org/wp-content/uploads/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-apr14_fr.pdf).

<sup>1071</sup> En décembre 2008, la Convention a été élaborée suite à la création par le Comité des Ministres d'un Comité appelé le CAHVIO (Comité ad hoc pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique) qui a été chargé d'élaborer un projet de convention sur la question.

<sup>1072</sup> Il s'agit en l'occurrence de la résolution 1247 sur les mutilations sexuelles féminines (2001) ; la recommandation 1582 relative à la violence domestique à l'encontre des femmes (2002) ; la recommandation 1327 sur les crimes dits « d'honneur » (2003) ; la recommandation 1723 sur les mariages forcés et les mariages d'enfants (2005) ou encore la résolution 1691 sur le viol des femmes y compris le viol marital (2009).

<sup>1073</sup> L'Union européenne réitère ainsi son engagement à lutter contre la violence à l'égard des femmes en adhérant à la Convention d'Istanbul le 11 mai 2017.



Convention d'Istanbul, l'Union européenne a voulu réaffirmer son rôle majeur<sup>1074</sup> dans la lutte contre la violence faite aux femmes aussi bien sur son territoire que dans le monde, et le renforcer dans le cadre d'enceintes internationales telles que le groupe GREVIO<sup>1075</sup> mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Troisième traité régional<sup>1076</sup> de lutte contre la violence, la Convention d'Istanbul se distingue des autres traités régionaux par son caractère juridiquement contraignant et sa dimension universelle. En effet, malgré son caractère régional, son adoption est ouverte même aux États non membres du Conseil de l'Europe<sup>1077</sup>. Ensemble, le droit international à travers la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) ainsi que les trois traités régionaux, dont la Convention d'Istanbul, forment l'arsenal juridique international de lutte contre les violences faites aux femmes. Par violence à l'égard des femmes<sup>1078</sup>, l'article 3 de la Convention entend à la fois « *une violation des droits de l'Homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes* »<sup>1079</sup> fondée sur le genre<sup>1080</sup>.

Dès son préambule, la Convention d'Istanbul a fait référence à divers instruments européens<sup>1081</sup>. Elle a mis en évidence l'esprit des instruments internationaux sur les droits de l'Homme, dont la CEDEF, en condamnant fermement « *toutes les formes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique* »<sup>1082</sup>. Dans une approche globale, la Convention d'Istanbul a apporté

---

<sup>1074</sup> À ce propos, Helena Dalli, ministre maltaise du dialogue social, de la protection des consommateurs et des libertés civiles, a déclaré qu'« *en adhérant à la Convention d'Istanbul, l'UE réaffirme le rôle de premier plan qu'elle joue pour mettre fin à la violence à l'égard des femmes et lutter contre toutes les formes de discrimination fondée sur le sexe. Cette nouvelle avancée aura certainement un effet positif pour les personnes susceptibles de subir des violences à caractère sexiste* », accessible sur le site : <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/05/11-violence-against-women/>.

<sup>1075</sup> Le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.

<sup>1076</sup> Après la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention de Belém do Pará) du 9 juin 1994 et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, relatif aux droits des femmes en Afrique du 11 juillet 2003.

<sup>1077</sup> À titre d'exemple, on peut citer le Canada, les États-Unis, le Japon, le Mexique.

<sup>1078</sup> L'article 3 alinéa a défini la violence à l'égard des femmes comme « *tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée* ». Par cette définition, la Convention a repris celle fournie en droit international par la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes mais en la complétant par la référence économique ainsi que par la référence expresse à la notion de genre, accessible sur le site : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1736.asp>.

<sup>1079</sup> Article 3 alinéa a de la Convention d'Istanbul.

<sup>1080</sup> La Convention d'Istanbul à travers l'article 3 alinéa c désigne le genre comme étant « *les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* ». Une approche similaire à celle adoptée en droit international.

<sup>1081</sup> À savoir : la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles, la Charte sociale européenne, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, et la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels.

<sup>1082</sup> La Convention d'Istanbul a élargi le champ d'application du terme *femme* incluant également les filles de moins de 18 ans (article 3 alinéa f).

une triple réponse à la lutte contre la violence à l'égard des femmes : la prévention, la protection et les poursuites. Tout d'abord, la Convention considère que la prévention de la violence à l'égard des femmes se réalise *de jure* et *de facto* par l'égalité entre femmes et hommes<sup>1083</sup>. Ce lien entre la lutte contre la violence fondée sur le genre et la consécration de l'égalité entre les femmes et les hommes est fortement souligné dans la Convention<sup>1084</sup>.

S'appliquant aussi bien en temps de paix qu'en situation de conflit armé<sup>1085</sup>, la Convention d'Istanbul a exprimé sa volonté de lutter contre toute forme de discrimination à l'égard des femmes et promouvoir une égalité réelle entre les femmes et les hommes<sup>1086</sup>, notamment en renforçant « *l'autonomisation* » des femmes<sup>1087</sup>.

Dans ce contexte, la Convention a invité les États à inscrire dans leurs constitutions nationales toute disposition législative tendant à assurer l'application effective du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et à interdire toute forme de discrimination à l'égard des femmes<sup>1088</sup>. De même, la Convention a reconnu que la lutte contre la violence faite aux femmes passe nécessairement par le changement dans les modes de comportements socioculturels. C'est la raison pour laquelle elle a invité les États à promouvoir ces changements et « *éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes* »<sup>1089</sup>.

---

<sup>1083</sup> L'établissement du lien entre la discrimination et la violence n'est pas nouveau. Il a été reconnu dans le cadre de la CEDEF (Ce lien n'a pas été cité expressément dans la CEDEF, mais a été souligné par le Comité CEDEF dans la recommandation générale n°19 précitée dans laquelle il a déclaré que « *la violence fondée sur le sexe constituait une forme de discrimination interdite par la Convention* »). À la lumière des recommandations de la Convention, toute forme de discrimination à l'égard des femmes doit être condamnée, et les États parties doivent prendre sans retard, toute mesure législatives ou autre afin de protéger les droits des victimes et ce, sans discrimination aucune fondée sur « *le sexe, le genre, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, l'état de santé, le handicap, le statut marital, le statut de migrant ou de réfugié, ou toute autre situation* » (Article 4 §3 de la Convention d'Istanbul). Si dans l'ensemble, la définition de la notion de discrimination ressemble à celle fournie par la CEDEF, un critère de taille les distingue, à savoir que la discrimination ne doit pas avoir pour fondement le statut de migrant ou de réfugié. L'ajout de ce fondement démontre clairement la prise en compte par la Convention d'Istanbul de la discrimination que subissent ces personnes et sa volonté de les protéger au même titre que les nationaux.

<sup>1084</sup> Faisant écho aux dispositions de la CEDEF, la Convention d'Istanbul a reconnu que la violence s'est nourrie des « *rapports de force traditionnellement inégaux entre les femmes et les hommes* », ce qui a conduit à la discrimination des premières par les seconds. Cette domination a conduit également à la mise en place d'une forme de subordination des femmes par les hommes, les privant ainsi de leur pleine émancipation au sein de la société. V. le Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n° 210, point 25.

<sup>1085</sup> Article 2 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1086</sup> Toutefois, la Convention pose clairement que, étant donné que la violence domestique est une problématique liée au genre, les hommes et les garçons peuvent aussi être victimes de la violence domestique. L'article 2 de la Convention d'Istanbul encourage les parties à appliquer cette Convention à toutes les victimes de violence domestique, et donc également aux hommes et aux enfants.

<sup>1087</sup> Article 1 alinéa b de la Convention d'Istanbul.

<sup>1088</sup> Article 4 § 2 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1089</sup> Article 12 § 1 de la Convention d'Istanbul.

Pour ce qui est de la protection des victimes de violence, la Convention fait obligation aux États parties de prendre toutes les mesures nécessaires afin de protéger les victimes contre tout nouvel acte de violence<sup>1090</sup> et de mettre en place les mécanismes adéquats pour une coopération entre toutes les agences étatiques pertinentes<sup>1091</sup>. De même, l'article 19 de la Convention prévoit que les États doivent fournir aux victimes toutes les informations adéquates et en temps utile des services de soutien et les mesures légales, et ce, dans la langue qu'elles comprennent. De même, des mesures incluant les services de conseil juridique, psychologique, assistance financière ou encore les services de logement<sup>1092</sup>, les services de santé et les services sociaux doivent être prises afin de faciliter leur rétablissement.

La Convention d'Istanbul insiste également sur le fait que les victimes de violence bénéficient de services de soutien spécialisés<sup>1093</sup>, également en ce qui concerne le dépôt de plaintes<sup>1094</sup>, des refuges<sup>1095</sup>, des permanences téléphoniques<sup>1096</sup> ou encore le droit à un procès<sup>1097</sup> et une réparation civile adéquate<sup>1098</sup>.

Enfin, en ce qui concerne le volet de poursuite des auteurs des actes de violence, la Convention d'Istanbul a mis en place un cadre juridique mettant fin à l'impunité dont jouissaient les auteurs des actes de violence, ce qui contribuera à dissuader la commission de tels actes, et favorisera la sensibilisation sur le phénomène de la violence faite aux femmes<sup>1099</sup>. Dans cette optique, la Convention invite les États à ériger en infraction pénale diverses formes de violence<sup>1100</sup> aussi bien dans la sphère privée que publique. Par ailleurs, la Convention souligne qu'aucun prétexte ne peut justifier la commission de violence à l'égard des femmes. L'article 12 paragraphe 5 prévoit que ni la culture, ni la coutume, ni la religion, ni la tradition, ni même « *l'honneur* » ne peuvent désormais justifier la commission de tels actes.

---

<sup>1090</sup> Article 18 § 1 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1091</sup> Article 18 § 2 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1092</sup> Article 20 § 1 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1093</sup> Article 22 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1094</sup> Article 21 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1095</sup> Article 23 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1096</sup> Article 24 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1097</sup> Article 29 § 1 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1098</sup> Article 29 § 2 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1099</sup> Dans cette perspective, l'article 13 de la Convention préconise aux États parties de mener régulièrement des campagnes ou programmes de sensibilisation en coopération avec les institutions nationales des droits de l'Homme et les organes compétents en matière d'égalité, la société civile et les organisations non gouvernementales dans le but d'accroître la prise de conscience du grand public de toutes les formes de violence exercées sur les femmes et la nécessité de les prévenir. Les enquêtes et les poursuites doivent être traitées sans retard injustifié, et les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives au regard de leur gravité.

<sup>1100</sup> Psychologique (article 33), physique (article 35), sexuelle (article 36), les comportements menaçants récurrents (article 34), les mariages forcés (article 37), les mutilations génitales féminines (article 38), les avortements et stérilisations forcés (article 39) ou encore le harcèlement sexuel (article 40).

Pour accroître la poursuite efficace des infractions pénales établies au sens de la Convention, les États parties ont été invités à prendre toutes les mesures nécessaires afin que leur compétence ne soit subordonnée ni à la condition que les faits soient légalement incriminés sur le territoire où ils ont été commis<sup>1101</sup> ni à celle du dépôt de plainte de la victime ou une dénonciation de l'État du lieu où l'infraction a été commise<sup>1102</sup>. Dans le cas où une infraction pénale met en compétence le droit de plusieurs États parties, la Convention d'Istanbul leur a fait obligation de se concerter entre eux afin d'engager les poursuites afin de déterminer lequel est le mieux à même de les exercer<sup>1103</sup>. Cette approche transnationale<sup>1104</sup> permet de fournir une réponse globale aux violences à l'égard des femmes.

À la lumière de ce qui précède, force est de déduire que la Convention d'Istanbul est en somme « *un appel à l'action* »<sup>1105</sup>, une ligne de conduite en matière de prévention, de protection des victimes et de poursuite des auteurs pour les États parties. Cette ligne de conduite tracée par la Convention européenne ne peut aboutir à une lutte efficace contre les violences sans une concertation mondiale concrète et dynamique<sup>1106</sup> à travers l'adoption de politiques globales et coordonnées.

L'adoption d'instruments sur le plan européen a eu des répercussions juridiques sur les législations nationales des pays membres. De nombreuses mesures sont aujourd'hui interdites en droit interne, à savoir les violences conjugales, les crimes dits d'« *honneur* », les violences sexuelles, le mariage forcé, le harcèlement sexuel, les mutilations génitales, *etc.*

Le 4 juillet 2014, la France a ratifié la Convention d'Istanbul qui a été ensuite publiée au Journal officiel par un décret du 10 février 2015<sup>1107</sup>. Par cette ratification, la France a souhaité transposer en droit interne les standards minimums érigés par la Convention en matière de prévention de violence à l'égard des femmes, de poursuite des auteurs des violences et de protection des victimes. Mais bien avant cette ratification, la législation française était déjà en

---

<sup>1101</sup> Article 44 § 3 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1102</sup> Article 44 § 4 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1103</sup> Article 44 § 6 de la Convention d'Istanbul.

<sup>1104</sup> L'approche transnationale a été indispensable afin de renforcer le cadre juridique international déjà mis en place en matière de lutte de violence à l'égard des femmes. Ainsi, la Convention d'Istanbul, s'ajoutant aux traités régionaux existants (Convention interaméricaine de Belém do Para 1994 et le protocole à la charte africaine 2003) constituent le cadre juridique mondial pour faire face de façon concentrée à la violence à l'égard des femmes.

<sup>1105</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique "Convention d'Istanbul", accessible sur le site : <https://rm.coe.int/168046e60b>.

<sup>1106</sup> *Ibidem*.

<sup>1107</sup> Décret n°2015-148 du 10 février 2015 portant publication de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, JO n°0036 du 12 février 2015.

avance en transposant par anticipation des dispositions de la Convention d'Istanbul à travers la loi du 5 août 2013 « *portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France* » renforçant ainsi le dispositif interne français dans le domaine de la lutte contre la violence à l'égard des femmes. Suite à cette loi, le Code pénal a été modifié afin de sanctionner de nombreux actes de violence commis à l'égard de mineurs ou de personnes vulnérables<sup>1108</sup>.

La loi du 4 août 2014<sup>1109</sup> pour l'égalité entre les femmes et les hommes a modifié les articles 515-11 et suivants du Code civil dans le but de renforcer la protection des victimes de violence bénéficiaires d'une ordonnance de protection. Cette loi définit les cadres juridiques concernant l'attribution d'une téléprotection des personnes en grave danger<sup>1110</sup>. La loi du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France<sup>1111</sup> renforce également la protection des personnes victimes de violences conjugales ou familiales.

La loi du 18 novembre 2016<sup>1112</sup> est venue renforcer davantage l'arsenal juridique de protection des victimes de violence, notamment dans le code de procédure pénale. Ainsi, l'éviction du conjoint violent peut être obtenue dans le cadre d'un simple contrôle judiciaire<sup>1113</sup>. Le renforcement de la protection de la victime s'illustre à travers l'élargissement du champ des sanctions pénales aux anciens conjoints, concubins ou partenaires de pacte civil de solidarité.

---

<sup>1108</sup> À titre d'exemple, le mariage forcé est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (article 222-14-4), le viol considéré comme une agression sexuelle est puni de quinze ans de réclusion criminelle (article 222-23), la tentative d'interruption de grossesse sans le consentement de l'intéressée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (article 223-10).

<sup>1109</sup> Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* n°0179 du 5 août 2014, p. 12949.

<sup>1110</sup> Article 41-3-1 du Code de procédure pénale.

<sup>1111</sup> Loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, *JO* n°0057 du 8 mars 2016.

<sup>1112</sup> Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>1113</sup> V. l'article 138 alinéa 17 du Code de procédure pénale.

## Conclusion

Au niveau régional, la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme apparaît comme un instrument compatible avec les principes universels des droits de l'Homme, et marque « *une tentative de réconciliation entre islam et modernité* »<sup>1114</sup> qui a comblé un vide<sup>1115</sup> juridique en matière de droits de l'Homme dans les pays musulmans.

Toutefois, l'inaffectivité de ces textes est accentuée par le manque de force juridique du texte dans les droits nationaux des pays arabes, ainsi que par l'absence d'un mécanisme de contrôle international surveillant son application. L'insuffisance des organes de contrôle dans le droit régional des droits de l'Homme prive les femmes de la possibilité de recours individuel en cas de discrimination<sup>1116</sup>. À ces difficultés s'ajoute le manque de visibilité de la Charte arabe sur le plan jurisprudentiel étant donné l'absence totale de tout renvoi par les tribunaux nationaux aux dispositions de la Charte.

Les textes régionaux permettent une politique globale et coordonnée entre différents pays, cruciale par exemple dans la lutte contre les violences. Pour la réalisation de l'égalité entre époux, la lutte contre les violences faites aux femmes est un enjeu essentiel, au vu de la prééminence de ces violences dans le cadre domestique, et ce dans toutes les aires géoculturelles. Les violences domestiques constituent tout d'abord une inégalité de fait entre époux en contrevenant au droit à la dignité et à la sécurité dans le cadre familial. De plus, les femmes mariées ne peuvent prétendre à l'application de dispositions égalitaires dans leur famille si leur conjoint maintient à leur égard des comportements violents. De même, la promotion d'un statut égalitaire pour femmes et hommes sur le plan de la participation sociale et politique est un préalable essentiel à la consécration de l'égalité entre époux.

L'instrument le plus complet à ce jour en matière de lutte contre les violences à l'égard des femmes demeure la Convention d'Istanbul. Conjuguée aux autres instruments régionaux, la Convention d'Istanbul a permis d'apporter une réponse transnationale à ce phénomène. Cependant, afin de renforcer l'effectivité du cadre normatif mondial, il est primordial de prendre toutes les mesures nécessaires afin changer les mentalités et les attitudes qui encouragent ou tolèrent la violence à l'égard des femmes.

---

<sup>1114</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 217.

<sup>1115</sup> *Ibidem.*

<sup>1116</sup> La saisine contentieuse de la Cour arabe est très restreinte. À l'opposé des autres systèmes régionaux, la Cour arabe n'accorde pas aux individus la possibilité de formuler des requêtes individuelles.



## Section II - L'égalité entre époux : une affirmation régionale restreinte

Le mariage permet aux époux « *de créer un rapport juridique [et] d'acquérir un statut* »<sup>1117</sup>, ce qui conduit à un ensemble de droits et de devoirs. Les instruments régionaux consacrent l'égalité entre époux, dans le droit au mariage comme dans le mariage (Paragraphe I). Toutefois, nous verrons que ces textes ne peuvent suffire à garantir une pleine égalité entre époux (Paragraphe II).

### Paragraphe I - Un droit protégé par les instruments régionaux

Si le droit au mariage et l'égalité femmes-hommes au moment de contracter mariage sont consacrés de manière formelle par les textes régionaux (A), les dispositions concernant l'égalité des époux pendant le mariage diffèrent grandement d'un instrument à un autre, tant par le niveau de détail que par le contenu (B).

#### A- La protection formelle de l'égal droit au mariage

La Commission européenne des droits de l'Homme précise dans son rapport que « *l'essence du droit de se marier est de former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme* »<sup>1118</sup>. Dans l'esprit des législateurs européens, soucieux de moderniser le cadre des relations matrimoniales, le droit au mariage s'analyse comme une expression de la liberté individuelle qui relève de la sphère de la vie privée.

Le droit au mariage est protégé de façon autonome par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>1119</sup> : « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

---

<sup>1117</sup> Cette formule a été employée à plusieurs reprises par la Commission européenne des droits de l'Homme, en particulier dans les rapports suivants : rapport du 13 décembre 1979, req. n°7114/75, Affaire Alan Stanley Hamer c. Royaume-Uni, Décisions et Rapports n°24, p.5, §88 ; rapport du 5 mars 1985, Affaire Johnston et autres c. Irlande, série A n°112, p.43, §92. In HILT, P. *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du droit français*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 179.

<sup>1118</sup> Rapport du 13 décembre 1979, § 71, rapport du 10 juillet 1980, § 60.

<sup>1119</sup> SAURON, J.-L. et CHARTIER, A. *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme* [édition numérique]. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2014.



La Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme comme la Déclaration du Caire se sont intéressées à la protection de la famille et ont souligné la place primordiale qu'elle occupe au sein de la société : « *La famille est le fondement de l'édification de la société. Elle est basée sur le mariage. Les hommes et les femmes ont le droit de se marier* »<sup>1120</sup>. Le droit au mariage y est affirmé comme un droit égal aux femmes et aux hommes, sans restriction aucune quant à la race, la couleur ou la nationalité.

L'article 33 de la Charte arabe instaure le mariage comme seul cadre légal d'union entre un homme et une femme dans le but de fonder une famille. Il ne peut être conclu sans un consentement libre et éclairé des deux parties. Sur ce point, Amnesty International a considéré que l'article 33 alinéa 1 a manqué de clarté<sup>1121</sup> quand il a subordonné la conclusion de l'acte du mariage au consentement éclairé des parties sans pour autant préciser lesquelles. S'agit-il des époux eux-mêmes, ou bien de leurs tuteurs ? Cette interrogation se pose avec acuité, sachant que dans les pays arabes l'expression du consentement des femmes est largement limitée en raison de la présence du tuteur (*wali*)<sup>1122</sup>, qui peut dans certains cas imposer sa décision à la mariée<sup>1123</sup>.

Dans le cadre familial, l'article 18 de la Charte africaine qui aborde les droits des personnes au sein de la famille a été rédigé en des termes très généraux<sup>1124</sup> et recèle de nombreuses imperfections et lacunes. Il est important de souligner que ni la Charte africaine ni son Protocole ne garantissent le droit au mariage en tant que tel. La liberté du choix du conjoint n'a pas non plus été abordée dans cet article. Dans le même ordre d'idées, le paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article se contente d'énoncer que l'État se doit de veiller à la santé physique et morale de la famille sans pour autant préciser le contenu de ce devoir<sup>1125</sup>.

**La notion d'âge nubile.** À l'époque de la rédaction de la CEDH, la fixation de l'âge nubile était attachée à la fonction procréatrice. On considérait qu'une personne était nubile lorsqu'elle

---

<sup>1120</sup> Article 5, alinéa (a) de la Déclaration du Caire.

<sup>1121</sup> Cette ambiguïté dans la rédaction de cette disposition se situe en décalage avec l'article 16 de la Déclaration universelle qui stipule que « *le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux* » et partant écarte tout amalgame concernant les parties. Cf. AMNESTY INTERNATIONAL. *Middle East and North Africa Region...*, op. cit., p. 13.

<sup>1122</sup> Voir *infra*, Seconde partie, Chapitre II, Section II.

<sup>1123</sup> DRAGHICI, C. « Le principe de non-discrimination dans la nouvelle Charte arabe des droits de l'Homme : une réforme inachevée. » BEN ACHOUR, R. et ZANGHÌ, C. *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme : dialogue italo-arabe*. Torino : Giappichelli, 2005. 469-470, pp. 469-470.

<sup>1124</sup> OUGUERGOUZ, F. op. cit., p. 127.

<sup>1125</sup> *Ibidem*.

avait acquis la capacité de se reproduire<sup>1126</sup>. Toutefois, l'absence de fixation d'âge minimum<sup>1127</sup> par la Convention pour contracter mariage a laissé planer un doute sur la notion même de la nubilité. En l'absence d'une définition légale de cette notion, qu'est-ce au juste que l'âge nubile ? Sur ce point, la Commission européenne des droits de l'Homme a fourni un élément de réponse à l'occasion de l'affaire *Janis Khan c. Royaume-Uni* dans laquelle elle a considéré que l'âge nubile pour une fille est fixé à seize ans<sup>1128</sup>. On estime généralement que la nubilité implique une maturité physiologique liée à l'aptitude à procréer<sup>1129</sup>.

On retrouve cette même référence à la notion d'« *âge nubile* » à l'article 16 de la DUDH<sup>1130</sup>. De même, la Charte arabe ne précise pas l'âge légal pour le mariage et indique seulement la mention « *dès qu'ils sont en âge de contracter un mariage* ». En revanche, ni la Déclaration du Caire ni la Charte africaine ne font référence à la notion d'âge dans les articles concernant le droit au mariage. En revanche, contrairement à la Charte arabe qui renvoie la compétence aux législations internes préexistantes des États parties<sup>1131</sup> pour régir le droit au mariage, le protocole de la Charte africaine a demandé aux États parties de prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir le respect des conditions relatives à la conclusion du mariage, à savoir le consentement et le respect de l'âge légal fixé à dix-huit ans pour les filles<sup>1132</sup>. En ce sens, le Protocole va plus loin que la Charte arabe dans la précision des conditions légales pour le mariage.

---

<sup>1126</sup> Toutefois, il convient de distinguer l'âge du consentement au mariage et âge du consentement aux relations sexuelles. La Commission européenne des droits de l'Homme s'est déjà prononcée sur cette question en dissociant les deux seuils d'âges. Le consentement au mariage implique une maturité intellectuelle tandis que le consentement aux relations sexuelles s'appuie sur un fondement moral. Partant de ce raisonnement, une personne qui est apte à avoir des relations sexuelles n'est pas forcément apte à supporter les responsabilités qui découlent de l'engagement matrimonial.

<sup>1127</sup> La Convention n'a pas préféré transposer en droit les fixations d'âge qui ont été faites par certains droits religieux, qui ont été favorables à un âge minimum très bas. Ainsi, le Code de droit canonique de l'Église romaine de 1983, le chapitre III stipule au canon 1083 §1 que « *l'homme ne peut contracter valablement mariage avant seize ans accomplis, et la femme de même avant quatorze ans accomplis* ». Le droit hébraïque prévoit, de son côté, que le seuil de nubilité est fixé à treize ans pour le garçon et à douze ans pour la fille.

<sup>1128</sup> Voir affaire *Janis Khan c. Royaume-Uni*, décision du 7 juillet 1986, Décisions et Rapports n°48, p. 253.

<sup>1129</sup> HILT, P. *op. cit.*, p. 121.

<sup>1130</sup> « *À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* »

<sup>1131</sup> L'article 33 alinéa 1 stipule que « *[l]a famille est la cellule naturelle et fondamentale de la société ; elle est fondée sur le mariage entre l'homme et la femme; le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles et les conditions régissant le mariage est reconnu à l'homme et à la femme dès qu'ils sont en âge de contracter un mariage. Il ne peut y avoir de mariage sans le plein et libre consentement des deux parties. La législation en vigueur réglemente les droits et les devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

<sup>1132</sup> Article 6 alinéa b du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique.

Néanmoins, la notion d'âge nubile n'a pas fait l'unanimité des États membres des Nations Unies, et a été l'objet de nombreux amendements. Tel est le cas de l'Arabie Saoudite qui a souligné à travers son représentant, Jamil Baroody<sup>1133</sup>, l'ambiguïté de la notion « *d'âge nubile* » en raison de la différence de législation qui existe non seulement entre les pays, mais au même au sein d'un même pays, comme c'est le cas des États-Unis d'Amérique. Il déclare que l'expression « *full age* », dans le texte anglais, « *ne s'étend pas forcément à la notion de nubilité* »<sup>1134</sup>. Ainsi, il a proposé de la remplacer par les mots « *ayant atteint l'âge légal pour contracter mariage* », et ce, « *dans chaque pays* »<sup>1135</sup>. Cependant, face aux nombreuses objections formulées à l'encontre de cet amendement, Baroody a formulé une nouvelle proposition : « *Dans chaque pays, l'homme et la femme ayant atteint l'âge légal pour contracter mariage ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils jouissent de tous les droits prévus par les lois de leur pays sur le mariage* ».

René Cassin, représentant de la France, n'a pas approuvé pas l'amendement proposé par le représentant de l'Arabie Saoudite<sup>1136</sup>, estimant que la formulation de l'article 16 de la DUDH est plus satisfaisante<sup>1137</sup>. De même, il a considéré que la notion d'âge nubile est préférable à celle d'âge légal, car, la première expression fait référence à la capacité de procréation et ferait ainsi barrage aux mariages d'enfants, qui peuvent être légalement reconnus dans certains pays<sup>1138</sup>.

La nubilité n'est plus considérée comme une maturité physiologique, mais comme « *maturité intellectuelle* »<sup>1139</sup> de la personne qui veut contracter mariage. Ainsi, on considère qu'une personne est nubile à partir du moment où elle a la « *capacité de discernement qui lui permette de donner un consentement éclairé quant à la portée de son engagement* »<sup>1140</sup>.

---

<sup>1133</sup> Ambassadeur de l'Arabie Saoudite auprès de l'ONU.

<sup>1134</sup> A/C.3/SR.125, 125<sup>e</sup> séance, le lundi 8 novembre 1948.

<sup>1135</sup> A/C.3/SR.124, 124<sup>e</sup> séance, le samedi 6 novembre 1948.

<sup>1136</sup> Cependant, face aux nombreuses objections formulées à l'encontre de cet amendement, le représentant de l'Arabie Saoudite, Baroody a formulé une nouvelle proposition : « *Dans chaque pays, l'homme et la femme ayant atteint l'âge légal pour contracter mariage ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils jouissent de tous les droits prévus par les lois de leur pays sur le mariage* ».

<sup>1137</sup> A/C.3/SR.125, 125<sup>e</sup> séance, *op. et loc. cit.*

<sup>1138</sup> *Ibidem.*

<sup>1139</sup> La notion de « *maturité intellectuelle* » a été utilisée par la Commission Internationale de l'État Civil dans sa Recommandation relative au droit au mariage adoptée par l'Assemblée Générale de Vienne le 8 septembre 1976 dans laquelle elle a exprimé le souhait que « *ne doivent être admises à contracter mariage que les personnes dont l'âge fait présumer qu'elles ont atteint un stade suffisant de maturité physique et intellectuelle* ».

<sup>1140</sup> La nécessité du développement psychique complet au moment de contracter mariage a été retenue au moment même de l'adoption de la Convention. En effet, l'Assemblée consultative avait proposé lors de la séance du 29 août 1949 de garantir à toute personne résidant sur le territoire métropolitain d'un État membre « *le droit de se marier par libre et plein consentement* ». Finalement, c'est la notion d'âge nubile qui a été préférée à celle de « *libre et plein consentement* », V. sur cette question V. HILT, P. *op. cit.*, p. 122.

**Les restrictions à l'égalité dans les pays arabes.** Concernant les pays arabes, il convient de s'intéresser aux contraintes liées à la religion des contractants. En effet, dans de nombreux pays arabes, la femme musulmane n'a pas le droit de se marier avec un non-musulman, ce qui explique que l'Arabie Saoudite se soit abstenue lors du vote de la Déclaration universelle des droits de l'Homme le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'ONU. En effet, l'Arabie Saoudite ne s'est pas prononcée en faveur de l'ensemble de l'article 16 de la DUDH<sup>1141</sup> qui accorde la liberté de mariage avec des personnes d'une autre religion. La délégation du pays estimait que son accord à toute disposition de l'article 16 pouvait « *entrer en conflit avec la loi islamique* »<sup>1142</sup>.

La formulation de l'article 5 alinéa a<sup>1143</sup> de la Déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en islam ne cite étonnement pas la restriction liée à la religion, même si celle-ci peut être déduite de la formulation de l'article. Ainsi, se contenter de citer uniquement les restrictions liées à la race, couleur ou nationalité laisse déduire que la différence de religion constitue une restriction quant à la conclusion du mariage selon les règles du droit islamique étant donné que cette limitation provient même des dispositions coraniques. La tentative de s'accorder tant bien que mal avec le droit international conformément à l'article 52 de la Charte des Nations Unies s'illustre ainsi dans cette omission volontaire.

L'interdiction de discrimination sur la base de différence de religion distingue nettement le droit régional européen du droit régional arabe, dans la mesure où le premier s'est complètement détaché de la position chrétienne concernant les restrictions au mariage tandis que le deuxième reste fortement imprégné des dispositions religieuses musulmanes.

Ainsi, les instruments régionaux étudiés ici s'accordent sur une protection formelle du droit au mariage, sans se prononcer sur les critères précis définissant la nubilité, propres à chaque État. Une diversité bien plus grande d'un texte à l'autre s'observe dans l'analyse des dispositions concernant l'égalité des époux au sein du mariage.

---

<sup>1141</sup> Il prévoit que « [l]e mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux ».

<sup>1142</sup> A/C.3/SR.125, 125<sup>e</sup> séance, *op. cit.*, p. 378.

<sup>1143</sup> « 1- A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2- le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3- La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

## B- La variété des dispositions régionales quant à l'égalité des époux

Le mariage produit des effets importants aussi bien sur le plan personnel que pécuniaire. Le passage du statut de célibataire à conjoint ne signifie pas l'effacement total de la personnalité de chacun d'entre eux. En effet, même en fondant l'institution commune qu'est la famille par l'union maritale, les deux époux ont chacun le droit au respect de leur personne ainsi que de leur vie privée, au libre exercice de la religion de leur choix, à la liberté professionnelle, *etc.*<sup>1144</sup> Ainsi égalité et autonomie vont de pair, et constituent les bases fondamentales de l'organisation des relations conjugales.

**L'affirmation du principe d'égalité entre époux en droit européen.** Le principe d'égalité entre époux est appliqué sur le territoire européen, indistinctement aux personnes qui y ont élu domicile. De ce fait, il s'applique aussi bien aux personnes ayant célébré leur mariage sur le territoire d'un des pays membres de l'Union européenne, qu'aux personnes d'origine étrangère l'ayant célébré dans leur pays d'origine et résidant en Union européenne. L'article 5 du Protocole n°7<sup>1145</sup> dispose en effet que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ». L'égalité consacrée par ce Protocole n'est pas absolue puisqu'elle concerne exclusivement la loi civile<sup>1146</sup>. Cette égalité ne couvre pas les autres domaines du droit, notamment les droits administratif, fiscal, pénal, social, ecclésiastique ou le droit du travail<sup>1147</sup>. C'est ainsi que l'article 5 du Protocole additionnel n°7 à la Convention européenne des droits de l'Homme accorde aux époux « *un droit subjectif à l'égalité* »<sup>1148</sup>. De cette formulation, on déduit que les seuls visés par ce principe sont les époux. Ainsi, les couples non mariés ne peuvent prétendre être régis par les dispositions de cet article dans leurs rapports entre eux ou avec leurs enfants.

Bien avant cette consécration légale par le Protocole n°7 à la Convention européenne, le principe d'égalité entre époux et l'interdiction de la discrimination ont été reconnus par la justice européenne, principalement par la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour a

---

<sup>1144</sup> HILT, P. *op. cit.*, p. 181.

<sup>1145</sup> Le Protocole n°7 a été signé à Strasbourg le 22 novembre 1984. Il n'est entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> novembre 1988 et n'a été ratifié à l'heure actuelle que par quinze États.

<sup>1146</sup> HILT, P. *op. cit.*, p. 182 ; RENUCCI, J.-F. *Droit européen des droits de l'homme : Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*. 8<sup>e</sup> édition. Paris : L.G.D.J., 2019, §234, p. 263.

<sup>1147</sup> Conseil de l'Europe. *Rapport explicatif du Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1985, §35.

<sup>1148</sup> HILT, P. *op. et loc. cit.*

en effet relevé que le non-respect de ces principes pouvait être sanctionné sur le fondement de l'article 14 combiné à l'article 8<sup>1149</sup>. Alors que l'article 14 de la CEDH n'a pas une portée absolue puisqu'il admet les différences de traitement entre les époux uniquement sur la base d'un motif objectif, raisonnable et proportionné au but recherché<sup>1150</sup>, l'article 5 du Protocole additionnel a limité la place réservée à cette restriction au principe d'égalité de par la précision de sa formulation<sup>1151</sup>. Les seules restrictions expressément admises par l'article 5 sont des interventions de l'État dans l'intérêt des enfants.

Respectant ses engagements régionaux et internationaux, la France a ratifié ce protocole par la loi du 23 décembre 1985<sup>1152</sup> dans le but de consacrer une égalité de droits entre les époux.

La transposition en droit français de cette égalité de droits a donné lieu à une jurisprudence abondante sur la question<sup>1153</sup>. À ce titre, les juges français font expressément recours à l'article 5 du protocole additionnel n°7 lorsqu'il s'agit de sanctionner toute situation inégalitaire au sein du couple.

Cependant, l'égalité des droits et des obligations entre les époux pendant le mariage est doublement garantie par la Convention. En effet, l'article 5 n'est pas le seul article qui régit les rapports entre les époux en droit européen. Ces rapports tombent également sous le coup des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme. Le premier souligne l'importance de la préservation de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance<sup>1154</sup>, le deuxième, de portée plus générale, tend à lutter contre les discriminations qui peuvent s'appliquer également dans le cadre familial.

Les magistrats européens ont rarement appliqué l'article 5 du protocole additionnel de façon autonome<sup>1155</sup> dans les affaires ayant trait au non-respect du principe d'égalité entre les époux ou de discrimination fondée sur le sexe dans les relations matrimoniales. Ils recourent

---

<sup>1149</sup> Par exemple, dans un arrêt du 7 novembre 2013, affaire Vallianatos et autres *c.* Grèce (Requêtes n°s 29381/09 et 32684/09), la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH), a constaté une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, de la CEDH, relatifs, respectivement, à l'interdiction des discriminations, dont, notamment, celles relatives au sexe et à l'orientation sexuelle, et au respect de la vie privée et familiale.

<sup>1150</sup> MEULDERS-KLEIN, M.-TH. *op. cit.*, p. 189.

<sup>1151</sup> ENRICH MAS, M. *op. cit.*, p. 452.

<sup>1152</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JO* du 26 décembre 1985, p. 15111.

<sup>1153</sup> V. par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 oct. 2013, n°12-21.344, Bull. 2013, I, n° 204, accessible sur le site legifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028117132&fastReqId=54527457&fastPos=17>.

<sup>1154</sup> Article 8 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>1155</sup> DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, F. (dir.). « Utilisation combinée de l'article 5 du Protocole no 7 et des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2015) : point 150-22, §1.



généralement à la combinaison des articles 14 et 8 de la CEDH avec l'article 5 du protocole additionnel. Cette combinaison laisse ainsi déduire une « *utilité relative* »<sup>1156</sup> de l'article 5, étant donné que la Cour européenne dans le cadre de la lutte contre les discriminations au sein du couple préfère faire recours à l'article 14 de la Convention européenne combiné à d'autres articles. Selon la jurisprudence européenne, l'argument d'interdiction de discrimination entre époux prime sur celui de l'égalité entre époux qui n'est cité que de façon subsidiaire. Le fait est que les juges recourent de façon limitée à cet article en raison de sa portée restreinte. Son champ d'application s'appliquant aux seuls époux, les juges lui préfèrent l'application des dispositions générales de la Convention<sup>1157</sup>.

Ainsi le mariage est devenu, au gré de toutes les modifications juridiques européennes, « *une institution rigoureusement égalitaire* »<sup>1158</sup>, tant sur le plan des droits personnels, pécuniaires que de la répartition des responsabilités parentales.

**L'articulation entre vie familiale et professionnelle en droit européen.** Ce point est essentiel pour l'égalité dans le mariage puisqu'un salaire égal est la condition *sine qua non* pour rendre possible la participation financière égale dans le couple. Un auteur a considéré que la notion de conciliation relève non pas de l'égalité de traitement, mais de l'égalité des chances, dans la mesure où il faut à la fois éliminer les barrières qui freinent l'entrée des femmes au marché d'emploi et encourager les aides relatives à la répartition des tâches au sein du domicile familial et à la garde des enfants en bas-âge<sup>1159</sup>. En effet, les inégalités dans la participation financière impliquent une différenciation des rôles de l'époux et de l'épouse qui n'est pas sans conséquence sur les inégalités dans la participation aux décisions familiales ou dans le maintien de l'activité professionnelle notamment à la naissance d'un enfant.

Ainsi, la question de l'égalité entre époux déborde inévitablement du cadre familial. Le lien entre égalité dans la sphère professionnelle et dans le cadre familial a fait l'objet d'une analyse détaillée dans le Traité européen, notamment par le recours à la notion de conciliation de la vie professionnelle et familiale.

---

<sup>1156</sup> *Ibidem*.

<sup>1157</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. (dir.). « Un intérêt pratique limité. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2015) : point 150-23.

<sup>1158</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. (dir.). « Champ d'application du principe. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2012) : point 150-21.

<sup>1159</sup> JACQUOT, S. « L'Union européenne, la conciliation vie professionnelle / vie privée et la modernisation de la protection sociale. » *E-prints - Centre d'études européennes de Sciences Po* (2010) : 2-13, p. 7.



L'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne stipule que « 1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. 2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ».

Puisque le droit européen ne s'est intéressé à encadrer juridiquement qu'une partie des questions liées à l'égalité entre les femmes et les hommes, les législations nationales se sont intéressées de plus près aux problèmes concrets engendrés par la conciliation entre la vie familiale et professionnelle. L'objectif était d'accorder des droits identiques à tous les individus à travers notamment la suppression des normes inégalitaires ou discriminatoires particulièrement envers les femmes et leur faciliter l'accès au marché du travail.

Ainsi, la prise de conscience de ces obstacles a élargi le débat sur l'égalité des chances<sup>1160</sup>, particulièrement sur les discriminations fondées sur le sexe en matière de travail domestique<sup>1161</sup>, par définition non rémunéré, et l'incidence de ces inégalités sur le travail rémunéré<sup>1162</sup>.

Les prescriptions des directives conclues sur le plan européen s'imposent aux autorités nationales des États membres<sup>1163</sup>, dont notamment la France. Avec la Suède, la France a été considérée comme étant l'un des pays les plus avancés en matière de politique de conciliation, avec un fort taux d'emploi féminin<sup>1164</sup>. À ce titre, le Code du travail contient de nombreuses

---

<sup>1160</sup> En 1992, deux textes ont été adoptés, à savoir la Recommandation du Conseil du 31 mars 1992 sur la garde d'enfants (92/241/CEE) et la directive du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (Directive 92/85/CEE). D'autres directives favorisant une égalité de chances entre les femmes et les hommes se sont succédé par la suite. C'est ainsi qu'en 1996, a été adoptée la directive relative au congé parental (Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES), remplacée par la directive du 8 mars 2010 (Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental) accordant un congé parental considéré comme étant un droit individuel et non transférable à tous les travailleurs, hommes ou femmes en raison de la naissance ou l'adoption d'un enfant pour une période d'au moins quatre mois. Cette mesure, précise la directive de 2010, s'inscrit dans le cadre de « promouvoir l'égalité de chances et de traitement entre les hommes et les femmes ».

<sup>1161</sup> En 1997 la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel a été adoptée dans le but de développer des possibilités de travail à temps partiel et d'éliminer toute discrimination à l'égard des travailleurs de cette forme de travail. En 1999 a été votée la directive sur les contrats à durée déterminée (Directive 1999/70/CE) qui vise à réaliser une conciliation entre « la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs », en assurant une « égalité de traitement pour les travailleurs à durée déterminée en les protégeant contre la discrimination ». Ce cadre a été mis en place afin d'améliorer l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en sachant que la moitié des personnes qui travaillent à durée déterminée sont des femmes (Considérations générales n°9).

<sup>1162</sup> JACQUOT, S. *op. et loc. cit.*

<sup>1163</sup> MOIZARD, N. « Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. En droit social communautaire. » *Informations sociales* (2006) : 130-139, p. 131.

<sup>1164</sup> Union Nationale des Associations Familiales - UNAF. (juin 2017). *Contribution UNAF aux travaux du HCFEA - Famille sur le rapport du thème transversal "disposer de temps et de droits pour s'occuper de ses enfants, de sa famille et de ses proches"*, p. 3, accessible sur le site : [http://www.unaf.fr/IMG/pdf/contribution\\_unaf\\_aux\\_travaux\\_hcfea\\_famille\\_-\\_temps\\_et\\_droits\\_-\\_hcfea.pdf](http://www.unaf.fr/IMG/pdf/contribution_unaf_aux_travaux_hcfea_famille_-_temps_et_droits_-_hcfea.pdf).

dispositions afin de permettre aux salariés de concilier au mieux leur vie professionnelle et personnelle. Ainsi, les salariés ont droit à différents types de congés pour se consacrer à leur famille<sup>1165</sup>, ou peuvent refuser le réaménagement des horaires ou une mutation dans une autre localité géographique si cela porte atteinte excessive au respect de leur vie privée ou à leur droit au repos<sup>1166</sup>.

Ainsi, la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle est particulièrement développée en droit européen, en comparaison avec les autres droits régionaux. Les autres textes régionaux étudiés ici ne font pas référence à la conciliation entre vie familiale et professionnelle, hormis la Charte arabe. En effet, si l'article 34, alinéa 2<sup>1167</sup> de la Charte arabe est certes formulé de manière équivoque, on peut toutefois y lire une protection de la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, dans la mesure où il est prévu que les travailleurs doivent jouir des conditions de travail équitables qui leur permettent à la fois de subvenir à leurs besoins essentiels et ceux de leurs familles, ainsi que de bénéficier de repos et de congés.

**L'affirmation du principe d'égalité entre époux en droit africain.** En Afrique, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme relatif aux droits de la femme en Afrique constitue la première codification africaine complète des droits et des libertés des femmes. Il a tenu à souligner le rôle crucial joué par les femmes dans la préservation des valeurs africaines fondées sur les principes d'égalité, de dignité, de justice et de liberté. Raison pour laquelle il a appelé à l'élimination de toute forme d'inégalité, de discrimination ou d'injustice à leur égard issues de clichés, coutumes, cultures ou traditions locales.

L'article 6 alinéa c encourage la monogamie et la considère comme la forme préférée du mariage. Il insiste sur la protection des droits de la femme aussi bien dans le mariage, au sein de la famille, que dans les relations conjugales polygamiques. De cet alinéa découle certes la volonté du Protocole de préserver les droits des femmes dans le cadre du mariage, mais il

---

<sup>1165</sup> Il s'agit notamment du congé de paternité et d'accueil de l'enfant de 11 jours consécutifs (art. L.1225-35 du Code du travail), du congé d'adoption d'une durée de six semaines (art. L.1225-37 du Code du travail) ; du congé parental d'éducation et le passage au temps partiel (art. L.1225-47 du Code du travail) ; du congé pour enfant malade (art. L.1225-61 du Code du travail), du congé de présence parentale (art. L.1225-62 du Code du travail) ou encore de la possibilité de faire un don des jours de repos en faveur d'un parent d'enfant gravement malade (art. L. 1225-65-1 du Code du travail).

<sup>1166</sup> Elle fait l'objet d'une position de principe de la Cour de cassation : « *Sauf atteinte excessive du droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur* » V. Cassation chambre sociale 3 novembre 2011 n°10-14.702.

<sup>1167</sup> « *Chaque travailleur a le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables qui assurent un salaire équitable lui permettant de subvenir à ses besoins essentiels et à ceux de sa famille et fixent les heures de travail et de repos, les congés payés et les règles pour préserver l'hygiène et la sécurité du travail et la protection des femmes, des enfants et des personnes handicapées dans le cadre du travail* ».

marque un décalage par rapport au droit international dans le fait qu'il reconnaît la polygamie, considérée comme contraire à l'égalité des sexes et une forme de discrimination à l'égard des femmes<sup>1168</sup>.

Une panoplie de droits est accordée par l'article 6 alinéa e aux femmes mariées. Ainsi, il leur donne le droit de choisir d'un commun accord le régime matrimonial et le lieu de résidence, mettant fin aux décisions unilatérales faites par le mari et imposées aux épouses. De même, la femme mariée a le droit de conserver son nom de naissance, et de l'utiliser séparément ou conjointement avec celui de son mari, de conserver sa nationalité ou de prendre celle de son mari<sup>1169</sup> ou encore d'acquérir des biens qui lui sont propres et de les gérer librement<sup>1170</sup>.

En ce qui concerne le droit des époux de transmettre leur nationalité à leurs enfants, l'alinéa h de l'article 6 du Protocole commence par prévoir le principe d'égalité entre eux, mais l'assortit tout de suite d'une clause limitative. En ce sens, les époux sont sur un pied d'égalité pour transmettre leur nationalité à leurs enfants, mais uniquement en l'absence de dispositions contraires dans les législations internes et des exigences de sécurité nationale. Il s'agit encore une fois d'une disposition en décalage par rapport au droit international qui accorde aux deux parents des droits égaux de transmission de nationalité.

Toujours dans le cadre familial, l'article 6 a mis en place la responsabilité familiale partagée entre les deux parents, en prévoyant qu'ils doivent contribuer de façon conjointe à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection et à l'éducation de leurs enfants. Par cette disposition, le Protocole a voulu respecter les recommandations du droit international en la matière, et supprimer la discrimination qui imposait à la seule épouse la charge éducative<sup>1171</sup>.

Le Protocole invite les États parties à prendre toutes les mesures juridiques nécessaires afin de garantir l'égalité de droits entre les femmes et les hommes en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage<sup>1172</sup>.

Aux termes de l'article 7, la dissolution du mariage ne peut être prononcée que par voie judiciaire sur la demande d'un des conjoints.

---

<sup>1168</sup> Recommandation générale n° 21, *op. cit.*, §14.

<sup>1169</sup> L'alinéa g de l'article 6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique.

<sup>1170</sup> *Ibid.*, alinéa j de l'article 6.

<sup>1171</sup> *Ibid.*, alinéa i de l'article 6.

<sup>1172</sup> *Ibid.*, article 7.

**L'affirmation du principe d'égalité entre époux dans les textes arabes.** En ce qui concerne les droits et obligations des époux, la Charte arabe s'est contentée de renvoyer aux législations nationales en vigueur aussi bien lors de la contraction du mariage, durant le mariage que lors de sa dissolution<sup>1173</sup>. Ainsi, l'article 33 alinéa 1 stipule seulement que « *[l]a législation en vigueur règle les droits et les devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

La protection des droits des femmes telle que stipulée par l'article 33 alinéa 2 de la Charte arabe démontre encore une fois la place accordée à celles-ci au sein de la société. En effet, la femme n'est pas protégée contre toutes les formes de violences et de mauvais traitements en toutes circonstances, mais uniquement au sein de la famille. Seul son statut d'épouse et de mère lui accorde ce privilège. Cependant, cette protection limitée est sous-tendue par une approche discriminatoire à l'égard des femmes, même si celle-ci se définit comme une discrimination positive. En effet, les femmes ne sont pas pensées en tant que telles mais en tant que personnes vulnérables de la famille au même titre que les enfants, les personnes âgées et les personnes ayant des besoins particuliers, contrairement au Protocole à la Charte africaine qui a affirmé les droits des femmes en tant que personnes libres et indépendantes<sup>1174</sup>. Ainsi, on peut considérer que l'article 33 de la Charte arabe reflète nettement l'absence de l'égalité de droits au sein de la famille, démontrant l'ambiguïté du texte concernant les droits individuels<sup>1175</sup>. Ceci peut être lu à la lumière de la conception du groupe social propre aux pays musulmans. En effet, contrairement aux pays européens<sup>1176</sup> où l'être humain est d'abord pensé en tant qu'individu, les pays arabo-musulmans le considèrent avant tout en tant que partie de la communauté (*Oumma*)<sup>1177</sup>.

Si on analyse de près la conception islamique du droit régional dans les pays arabes, on s'aperçoit rapidement que cette dernière n'est pas totalement conforme avec les normes du droit international qui garantit les droits des personnes humaines. En effet, comme l'a souligné un auteur<sup>1178</sup>, la vision musulmane des droits de l'Homme protège davantage la famille que les membres de cette famille, particulièrement les femmes.

---

<sup>1173</sup> Article 33 alinéa 1 de la Charte arabe.

<sup>1174</sup> L'article 6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique.

<sup>1175</sup> MAHIOU, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1176</sup> MEULDERS-KLEIN, M.-TH. *op. cit.*, p. 187.

<sup>1177</sup> APCHAIN, H. « La reconnaissance supranationale des Droits de l'homme : une universalité relative. » FERRAND, J et H PETIT. *Enjeux et perspectives des droits de l'homme : L'odyssée des Droits de l'homme - Tome III*. Paris: Harmattan, 2003. 201-212, p. 205.

<sup>1178</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p 205.

De ce fait, la Charte arabe, malgré sa volonté d'apporter un souffle de modernité au droit régional, notamment en ce qui concerne les droits des femmes, n'a pas apporté une amélioration concrète concernant les droits des femmes en raison notamment de l'imprécision de certaines de ses dispositions, ainsi que des lacunes qu'elle recèle, particulièrement en ce qui concerne l'égalité effective entre les femmes et les hommes et la participation des premières dans la vie politique et sociale.

## **Paragraphe II - Les limites des textes régionaux pour la réalisation de l'égalité entre époux**

À travers de nombreux instruments, les droits régionaux européen, africain et arabe ont tenté de concilier leurs dispositions avec celles du droit universel des droits de l'Homme, particulièrement en matière d'égalité entre les femmes et les hommes dans le cadre du mariage. Toutefois, cette conciliation a été limitée par le renvoi systématique aux dispositions nationales en ce qui concerne le droit au mariage et l'exercice de ce droit. Ainsi, aussi bien l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 6 du Protocole à la Charte africaine que l'article 33 de la Charte arabe précisent que la compétence pour régir l'exercice du droit au mariage, et partant, l'égalité de droits entre époux relève des lois nationales des pays membres (A).

Cette absence d'uniformisation des dispositions du droit régional entraîne une fragmentation des droits des époux à l'échelle internationale, et pose la question de la compatibilité des dispositions du droit régional avec celles du droit international des droits de l'Homme (B).

### **A- La réticence de ces textes à une protection régionale des femmes mariées**

Un tour d'horizon des différents droits régionaux démontre que tous s'accordent à renvoyer la compétence de la réglementation du mariage aux législations nationales, se refusant à régler une question aussi importante que celle du droit au mariage et son exercice et renvoyant à des législations nationales éparses, parfois discriminatoires à l'égard des femmes.

**Le renvoi aux législations nationales dans les textes européens.** La lecture de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit au mariage démontre le renvoi exprès qui a été fait par le droit européen aux lois nationales, de même que dans l'article 9 de la Charte européenne<sup>1179</sup>.

Le droit au mariage tel que prévu et protégé par l'article 12 de la Convention européenne a une portée limitée dans la mesure où il renvoie aux lois nationales des États contractants<sup>1180</sup> auxquels il appartient de fixer les règles de formation et de validité du mariage. Ces dernières

---

<sup>1179</sup> Article 12 de la CEDH : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit » ; Article 9 de la Charte européenne "Droit de se marier et droit de fonder une famille" : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

<sup>1180</sup> SAURON, J.-L. et CHARTIER, A. *op. et loc. cit.*

ont la compétence exclusive pour fixer les règles de formation et de validité de l'acte de mariage. L'article 12 se contente de protéger ce droit ; son exercice en revanche relève des lois nationales des pays des personnes souhaitant contracter mariage<sup>1181</sup>.

La formulation restreinte de l'article 12 de la CEDH et les lacunes qu'il recèle, particulièrement en matière d'égalité de droits entre les époux, ont privé les justiciables d'une référence légale cruciale pour défendre leurs droits matrimoniaux. Elle a démontré la volonté des rédacteurs de la Convention de garantir uniquement le droit au mariage, et non pas les droits des époux<sup>1182</sup>. Outre cette lacune, la référence faite par l'article 12 aux législations nationales pour encadrer l'exercice du droit au mariage laisse une large marge d'appréciation aux États pour réglementer le mariage selon leur culture et tradition<sup>1183</sup>. En effet, rien n'indique dans l'article 12 que le renvoi aux législations nationales n'est possible qu'à condition de respecter les principes des droits de l'Homme et l'égalité de droits entre les époux.

Ce renvoi s'explique par la volonté du législateur européen de ne pas fixer une réglementation uniforme et stricte du mariage dans l'ensemble des pays de l'Union européenne afin de respecter l'ordre public ainsi que le patrimoine culturel propre à chaque pays. Le renvoi aux lois nationales implique également le déclenchement de compétence non seulement des lois nationales des pays de l'Union européenne, mais également des lois étrangères<sup>1184</sup> en vertu des règles de conflit de lois<sup>1185</sup>.

L'égalité entre les époux a été finalement consacrée en droit européen à travers le Protocole additionnel n°7, trente-quatre ans après l'élaboration de la Convention<sup>1186</sup>. Le Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'Homme dans les droits internes a en effet formellement appelé à respecter l'égalité des droits et des devoirs entre les époux. La France a transposé ce Protocole par la loi du 23 décembre 1985, et rappelé à nombreuses reprises par la jurisprudence.

---

<sup>1181</sup> Par loi nationale, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé qu'il s'agit de toute norme interne qui a force contraignante, ce qui élargit la sphère de cette expression non seulement aux lois proprement dites, mais aux actes réglementaires et aux actes adoptés par délégation du Parlement.

<sup>1182</sup> ENRICH MAS, M. *op. cit.*, p. 440.

<sup>1183</sup> *Ibid.*, p. 447.

<sup>1184</sup> Les juges des affaires familiales français ont traité de nombreuses affaires dans lesquelles la compétence juridictionnelle était attribuée aux juges étrangers en vertu des règles de conflit de lois. Toutefois, cette attribution de compétence n'est pas automatique, elle peut être écartée si le juge français constate une incompatibilité avec les dispositions d'ordre public international. V. Cass.civ.1<sup>ère</sup>, 11 fév. 2015 ; cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 nov. 2009 ; cass. civ.1<sup>ère</sup>, 23 oct. 2013 ; cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 fév. 2011.

<sup>1185</sup> Le déclenchement de compétence des lois étrangères a été notamment le fruit de l'interprétation de la Commission européenne des droits de l'Homme : « *Il n'est pas contraire à l'article 12 de soumettre le mariage d'un étranger à sa loi nationale, alors même que celle-ci ne lui permet pas de se marier en raison du fait que son précédent mariage n'est pas considéré comme dissout, l'État d'origine ne connaissant pas le véritable divorce* ». Cf. le 5 octobre 1981, req. n°9057/80, Affaire X. c. Suisse, req. 9057/80, Décisions et Rapports n°26, p.207 et s.

<sup>1186</sup> ENRICH MAS, M. *op. cit.*, p. 440.



Le problème du respect du principe d'égalité entre époux se pose en revanche dans les pays européens lorsqu'ils doivent, conformément aux dispositions du droit international privé, déclencher la compétence d'une législation nationale étrangère qui ne respecte pas ce principe.

**Le renvoi aux législations nationales dans la Charte africaine.** L'article 6 du Protocole de la Charte africaine relatif au mariage a également été explicite sur le renvoi de la compétence de la réglementation du mariage aux législations internes des États parties. Ceux-ci ont toute latitude pour prendre les mesures législatives nécessaires afin de garantir que l'homme et la femme soient considérés comme des partenaires égaux et jouissent de droits égaux dans le mariage.

Or, la plupart des législations des États africains membres du Protocole ont largement hérité des coutumes et traditions locales, peu respectueuses des droits des femmes, notamment des femmes mariées. En effet, dans les pays africains à majorité chrétienne qui ont signé et ratifié le Protocole comme le Cameroun<sup>1187</sup> ou encore l'Afrique du Sud<sup>1188</sup>, des discriminations persistent envers les femmes mariées malgré les efforts des législateurs africains ces dernières décennies. Les législations africaines nationales étant éparées, certaines d'entre elles ont par contre expressément consacré le principe d'égalité entre époux. C'est notamment le cas du Burkina Faso<sup>1189</sup> et de la Namibie<sup>1190</sup>. Les pays musulmans d'Afrique quant à eux sont généralement réticents envers les instruments juridiques qui mettent les femmes et les hommes sur un pied d'égalité, ce qui explique que certains pays musulmans comme l'Égypte n'aient pas signé le Protocole à la Charte africaine. L'Algérie, le Soudan et la Tunisie se sont simplement contentés de signer le Protocole, respectivement en 2003, 2008 et 2016 sans pour autant le ratifier. La seule exception parmi les pays africains musulmans demeure la Libye qui a signé le protocole en 2003 et l'a ratifié l'année suivante. Si la femme en Libye sous l'ère du Colonel

---

<sup>1187</sup> Au Cameroun par exemple, l'article 74 alinéa 1 de l'Ordonnance n°81/002 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques a accordé à la femme mariée le droit d'exercer une profession séparée de celle de son mari, mais l'a tout de suite limité dans l'alinéa suivant, en précisant que le mari peut « *s'opposer à l'exercice d'une telle profession dans l'intérêt du mariage et des enfants* ». De même, l'article 75 alinéa 1 oblige la femme mariée à contribuer aux frais du ménage. Pire encore, les créanciers du mari peuvent, avec la bénédiction de l'alinéa 2 de cet article, poursuivre les fonds déposés sur son compte s'ils établissent que « *l'obligation a été contractée dans l'intérêt du ménage* ».

<sup>1188</sup> En Afrique du sud, la polygamie est une coutume ancestrale dans l'ethnie zoulou. Elle est encore largement répandue, malgré l'encadrement afin de garantir l'égalité de droits entre les époux.

<sup>1189</sup> L'article 235 du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso du 16 novembre 1989 précise que « *le mariage repose sur le principe d'égalité des droits et des devoirs entre époux* ».

<sup>1190</sup> La loi sur l'égalité des personnes mariées de 1996 a notamment aboli le pouvoir marital et accordé des droits égaux au regard du mariage et lors de sa dissolution.

Kadhafi a été émancipée et jouissait de nombreux droits, ces derniers se sont malencontreusement revus à la baisse après la guerre civile déclenchée en 2011.

Ce petit tour d'horizon des législations des États africains démontre à quel point le renvoi fait par le Protocole à la Charte africaine aux législations internes des États parties freine l'application effective du principe d'égalité entre les époux en raison de la persistance de certaines législations discriminatoires à l'égard des femmes.

**L'ambiguïté de la référence à la charia dans les textes régionaux arabes.** L'article 33 alinéa 1 de la Charte arabe précise que ce sont les législations en vigueur qui réglementent les droits et les devoirs des époux au regard du mariage, durant celui-ci et après sa dissolution. Ainsi, les droits des femmes mariées n'ont été abordés que de façon sommaire dans les instruments de ce droit régional. Un des facteurs fragilisant la protection effective des droits de l'Homme et particulièrement ceux des femmes dans les pays musulmans est l'absence d'unanimité concernant l'interprétation des textes religieux. Ainsi, la Commission internationale de juristes a demandé aux rédacteurs de la Charte arabe de revenir sur la formulation de l'article 33 alinéa 1, en raison de sa référence ambiguë à la « *législation en vigueur* »<sup>1191</sup>. Ce renvoi, dénué de toute efficacité<sup>1192</sup>, ne fait que renforcer l'application de dispositions nationales souvent en retrait vis-à-vis des standards internationaux des droits de l'Homme<sup>1193</sup> et majoritairement en défaveur des intérêts des femmes.

La Commission a demandé que cette mention soit remplacée par l'affirmation explicite de l'égalité entre femmes et hommes dans la mouture finale du document, à la lumière des standards universels en matière de protection des droits de l'Homme, notamment de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ou encore de la CEDEF<sup>1194</sup>.

En effet, les normes religieuses issues principalement du Coran et de la Sunna sont omniprésentes dans les législations relatives au droit de la famille, et sont sujettes à des explications diverses. Comme l'a souligné à juste titre Ali Mérad, « *[l]es rédacteurs de la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme semblent constamment soucieux de*

---

<sup>1191</sup> « *La législation en vigueur réglemente les droits et les devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

<sup>1192</sup> DRAGHICI, C. *op. cit.*, pp. 466-467.

<sup>1193</sup> En particulier les articles 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et l'article 23 §4 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

<sup>1194</sup> Commission internationale de juristes, Réunion complémentaire à la deuxième session extraordinaire de la Commission arabe permanente des droits de l'Homme consacrée à l'actualisation de la Charte arabe des droits de l'Homme (4 au 15 janvier 2004), Adoption du texte de la Charte arabe des droits de l'Homme, Commentaires de la Commission internationale de juristes, p. 8.

définir les droits dans les limites de la Loi<sup>1195</sup> [la Loi religieuse]. Or cette loi est loin d'être reçue en termes identiques dans l'ensemble des pays musulmans [...]. À cet égard, la "Loi" a peu de chance d'avoir le même sens et le même contenu pour un Saoudien, un Pakistanais, un Irakien, un Tunisien, un Soudanais, etc. »<sup>1196</sup>. En outre, le terme même d'« islam » est susceptible de ne pas être interprété de la même manière dans différents pays musulmans. Dans ce cadre, il convient tout de même de distinguer trois approches en droit musulman<sup>1197</sup> afin de cerner clairement la question.

La première approche fonde les droits de l'Homme et particulièrement ceux de la femme sur les dispositions divines<sup>1198</sup>. Selon les partisans de cette approche, le droit des femmes, et notamment celui des épouses, est fondé sur les dispositions de la charia dont l'origine divine laisse peu de marge à la réflexion et à la recherche. Cette approche n'est pas sans menacer le droit des femmes, et notamment des femmes mariées puisqu'elle manque d'une réflexion scientifique et juridique<sup>1199</sup>. La deuxième approche est soutenue par des juristes musulmans qui prônent un discours réformateur des principes de la charia, et encouragent la réflexion et l'*ijtihad* en prenant en considération l'évolution de la société et des mœurs. La troisième approche quant à elle soutient que la défense et la protection des droits des femmes sont tributaires de l'adoption de nouvelles dispositions issues de législations neutres<sup>1200</sup>. Ainsi, certains pays adoptent un courant conservateur quant aux dispositions religieuses (comme c'est le cas de l'Arabie Saoudite et du Qatar), d'autres adoptent un régime plus souple (comme c'est le cas de la Tunisie).

---

<sup>1195</sup> La « dénaturation » des articles de la Déclaration s'applique également dans la définition de la loi islamique. Les versions française et anglaise contiennent également des modifications dans la traduction, et notamment concernant le terme « Loi ». Si ce terme dans la version originale arabe est souvent accompagné du qualificatif islamique faisant donc référence à la charia, droit divin, les traductions française et anglaise se contentent de faire référence à la « Loi » ou « Law » qui peut s'entendre aisément comme étant le droit positif du pays, et donc élaboré par des êtres humains. Certes les notes explicatives démontrent les différences entre ces différentes notions, mais leur emplacement à la fin du document peut les laisser inaperçus, les lecteurs peuvent ne pas y prêter attention. D'où la question, pourquoi ne pas utiliser le terme charia dans les traductions étrangères au lieu d'utiliser le terme « Loi » et conduire à cette confusion terminologique ? In KHILLO, I. *op. cit.*, p 209.

<sup>1196</sup> MERAD, A. « Le concept des "droits de l'Homme" en islam. » AGI, M. (dir.). *Islam et droits de l'Homme*. Paris : Des Idées & des Hommes, 2007. 223-241, p. 237.

<sup>1197</sup> Cette spécification s'explique par le fait que la Ligue des pays arabes regroupe en son sein non seulement les pays musulmans, mais notamment des pays non-musulmans comme le Liban. C'est le seul pays arabe qui est considéré comme multiconfessionnel ou « bi-religieux » étant donné que le système du pays est construit sur deux communautés : l'une musulmane et l'autre chrétienne.

<sup>1198</sup> Cette même idée a été exprimée par le prince Saoud Al-Fayçal, l'ancien ministre des affaires étrangères d'Arabie Saoudite, lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme tenue à Vienne en 1993 en confirmant que : « les droits de l'Homme ont pour source le Créateur. La charia détermine la Constitution de l'Etat » In BUHRER, J.-C. et LEVENSON, C. *op. cit.*, p. 118.

<sup>1199</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 199.

<sup>1200</sup> *Ibid.*, p 200.

À ce manque d'uniformité s'ajoute le caractère peu explicite de certains versets coraniques cités dans les textes régionaux, qui peuvent être interprétés de façon équivoque. À titre d'exemple, l'article 20 intitulé « *droits de la femme mariée* » de la DIUDH a cité dans sa version arabe le verset suivant : « *les hommes ont sur elles [les femmes] un degré* »<sup>1201</sup> pour justifier l'inégalité entre époux. Le fait de se contenter de citer ce verset sans en préciser les limites et les contours peut conduire à des interprétations diverses.

De même, la Déclaration du Caire se place en retrait du droit international en raison des nombreuses lacunes qu'elle recèle concernant la protection des droits des femmes à travers la définition des discriminations qu'elles peuvent subir et leur sanction. Elle s'est présentée comme le reflet des valeurs traditionnelles des sociétés musulmanes d'antan qui perdurent jusqu'à aujourd'hui et font prévaloir, dans de nombreuses sociétés arabes, la domination des hommes, et partant, la soumission des femmes. Cette inégalité selon Baccouche n'est qu'une « *application fidèle de certaines dispositions du Coran. Le texte sacré réserve à la femme un statut différent de celui accordé à l'homme. Il suffit d'évoquer les règles de succession ou encore le régime de la polygamie et du divorce pour se rendre compte que l'inégalité de droits et de devoirs entre les deux sexes ne fait l'objet d'aucun doute* »<sup>1202</sup>.

Or il n'existe pas une seule école d'interprétation. De nombreuses écoles sunnites et chiïtes fournissent des interprétations aussi diverses qu'opposées des dispositions du Coran et de la Sunna. Sur ce point, Madame Mincés a souligné dans son ouvrage *Le Coran et les femmes* que « *dans le seul monde arabe par exemple, et depuis les origines, les interprétations et les pratiques sont très diverses, que l'on soit sunnite ou chiïte, et que l'on soit conservateur ou moderniste* »<sup>1203</sup>.

Ces législations sont susceptibles d'instaurer une inégalité dans le cadre familial en raison de la dominance d'une certaine interprétation de la charia et une discrimination dans les relations conjugales<sup>1204</sup>. La Charte arabe a prévu dans son article 43 que ses dispositions ne doivent pas être interprétées de façon à porter atteinte aux droits protégés par ces mêmes lois nationales ; mais étant donné son mutisme concernant le droit des époux, elle laisse ainsi aux lois nationales la possibilité de perpétuer la réglementation du droit familial à l'état où il était avant l'adoption de la Charte. Force est de déduire que la précision concernant la législation en vigueur est

---

<sup>1201</sup> Le Coran (2 : 228).

<sup>1202</sup> BACCOUCHE, N. « Les droits de l'Homme à travers la Déclaration des droits de l'Homme de l'Organisation de la conférence islamique » In KHILLO, I. *op. cit.*, p. 224.

<sup>1203</sup> MINCES, J. *Le Coran et les femmes*. Paris : HACHETTE Littératures, 1996, p. 27.

<sup>1204</sup> AMNESTY INTERNATIONAL. *Middle East and North Africa Region...*, *op. et loc. cit.* ; V. également DRAGHICI, C. *op. cit.*, p. 474.

équivoque<sup>1205</sup> dans la mesure où il n'est pas aisé de déterminer si cette législation en vigueur accorde pleinement leurs droits aux femmes dans le cadre du mariage et après sa dissolution d'une part. D'autre part, il n'est pas fait référence aux standards internationaux en la matière tels que le DUDH et la CEDEF.

Ainsi, et après avoir constaté la non-conformité de certaines dispositions de la Charte avec les normes internationales, certaines ONG arabes ont réclamé, outre la modernisation de la Charte, une révision complète de cette dernière. La Commission internationale de juristes a demandé aux rédacteurs de la Charte arabe de modifier la formulation de ce paragraphe et reprendre celle qui a été retenue par le PIDCP. Cette version consacre l'égalité entre les époux aussi bien dans les droits que dans les obligations durant le mariage et après sa dissolution<sup>1206</sup>.

---

<sup>1205</sup> Commentaires de la Commission internationale de juristes, *op. et loc. cit.*

<sup>1206</sup> *Ibidem.*

## B- Les faux-fuyants des textes régionaux quant aux normes internationales

L'émergence de différents types de droits régionaux a eu pour conséquence de fractionner le cadre universel qui a été posé par le droit international<sup>1207</sup>, et partant, constituer un « *contre système* » selon l'expression de Monsieur Decaux<sup>1208</sup>, étant donné qu'il favorise l'application des dispositions internes des États membres. Ceci interroge la compatibilité du droit régional avec le droit international des droits de l'Homme.

**Les limites du droit régional européen.** Si la compatibilité du droit international avec le droit régional européen est certaine, à travers les différents engagements pris par les législateurs européens, et leur attachement exprès à la DUDH dans les instruments juridiques, toute l'ambiguïté demeure dans l'expression formulée dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme à savoir qu'elle assure « *la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle* ». Faut-il voir dans l'expression « *certaines droits* »<sup>1209</sup> une limitation des droits universels tels qu'élaborés par l'ONU ? Ou bien un attachement aux particularités juridiques des États européens ?

Il semblerait que la deuxième hypothèse prévale. En effet, même si la Convention européenne des droits de l'Homme n'a fait aucune référence au particularisme culturel et religieux, comme l'a fait la Charte européenne des droits fondamentaux<sup>1210</sup>, elle ne serait pas dépourvue de l'influence du patrimoine culturel et religieux, souvent invoqué devant la Cour de justice européenne pour contester la mise en œuvre de certaines mesures juridiques<sup>1211</sup>. En effet, la Cour de justice européenne, même en l'absence de référence à la religion ou à la culture dans la Convention européenne, n'a pas automatiquement écarté les arguments qui reposent sur ces critères, et les a même considérés comme des éléments pertinents à ne pas négliger pour mesurer la violation d'une des dispositions à la CEDH<sup>1212</sup>.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'écarte les dispositions religieuses qu'en cas de discrimination ou d'incompatibilité avec les standards internationaux des droits de l'Homme. Ainsi, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, lors de sa visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008, a exprimé son inquiétude sur l'application de la charia aux citoyens

---

<sup>1207</sup> FELLOUS, G. *op. cit.*, p. 113. (V. note 38).

<sup>1208</sup> Emmanuel DECAUX, Professeur en droit public.

<sup>1209</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1210</sup> La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a souligné dans son article 22 que « *l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique* ».

<sup>1211</sup> FELLOUS, G. *op. et loc. cit.*

<sup>1212</sup> *Ibid.*, p. 116.

grecs musulmans par des muftis. Il a ainsi relevé l'incompatibilité des dispositions relatives au droit de la famille et des successions avec les normes européennes et internationales des droits de l'Homme<sup>1213</sup>.

**La compatibilité limitée du droit régional africain et arabe avec les normes internationales.** Si dans une large proportion, le droit régional européen est compatible avec le droit international des droits de l'Homme, tel n'est pas le cas pour le droit régional africain et arabe.

En effet, reposant essentiellement sur le renvoi aux droits nationaux en ce qui concerne le mariage, les droits régionaux africain et arabe n'ont non seulement pas innové concernant cette question, mais ont semblé privilégier la spécificité culturelle de leurs États parties au détriment de la compatibilité avec le droit international des droits de l'Homme. Le respect du particularisme culturel et religieux par le droit régional est-il vraiment justifié pour perpétuer le cadre juridique mis en place par les États parties ? Par ailleurs, s'il s'agissait de renvoyer à une autre législation, pourquoi alors ne pas renvoyer aux dispositions internationales des droits de l'Homme plutôt qu'aux dispositions nationales afin de garder une certaine homogénéité entre les deux droits, et moderniser le cadre juridique en matière du droit du mariage ?

Ces questions se posent avec insistance en droit régional africain. On s'interroge sur l'opportunité du renvoi fait par le droit régional africain aux dispositions nationales des États parties tout en sachant que la majorité de ces dernières croulent sous le poids des coutumes et traditions locales. On peut apporter des éléments des réponses si on comprend dans quelles circonstances est né le droit régional africain. Les pays africains ont rejoint l'ONU dès leur indépendance afin de moderniser leur législation en matière de droits de l'Homme. Le paradoxe a été de vouloir transposer des dispositions universelles dans un contexte où la protection des droits de l'Homme et la démocratie n'existaient pas<sup>1214</sup>.

Dans cette optique, la Charte africaine, malgré son attachement exprès aux instruments internationaux, reste largement en retrait par rapport à ces instruments en raison des nombreuses

---

<sup>1213</sup> Rapport de Thomas HAMMARBERG, TH. Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, sur sa visite en Grèce du 8 au 10 décembre 2008, figurant dans le document CommDH(2009)9, p. 2, accessible sur le site : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1409397&Site=COE&direct=true#P54\\_9817](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1409397&Site=COE&direct=true#P54_9817) ; OMTZIGT, P. et al. *Compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme : des États parties à la Convention peuvent-ils être signataires de la « Déclaration du Caire » ?* Strasbourg : Assemblée parlementaire - Conseil de l'Europe, 2016, p. 10.

<sup>1214</sup> FELLOUS, G. *op. cit.*, p. 114.



lacunes et insuffisances concernant certains droits. En effet, la Charte africaine est restée muette notamment sur la question du droit à la nationalité<sup>1215</sup>.

Le droit régional arabe n'est pas en reste. En soulignant « *la spécificité* » culturelle et religieuse de ces pays, ce droit régional est resté en retrait par rapport aux dispositions universelles des droits de l'Homme concernant les droits des femmes. En effet, la question du respect des spécificités culturelles, reconnue par le droit international des droits de l'Homme sous la pression de certains pays<sup>1216</sup>, réintroduite ensuite en droit régional<sup>1217</sup>, peut s'avérer être un excellent moyen pour certains États afin de perpétuer l'application de leur législation interne et se mettre en retrait des dispositions internationales, comme c'est le cas des pays arabes. Cela pourrait conduire au résultat opposé, à savoir l'amoindrissement des droits de l'Homme en général et les droits des femmes mariées en particulier.

En effet, de nombreux débats se sont engagés afin de savoir si la protection des droits des femmes relevait de la compétence du droit national de l'État en question, ou du droit régional d'une part, et d'autre part quelle serait l'autorité compétente qui interviendrait en cas de violation de ses droits<sup>1218</sup>. Ainsi, aborder la question des droits des femmes dans les pays arabes ne peut se faire sans s'interroger sur la question de l'universalité de ses droits.

Comme l'a souligné un auteur, la double référence faite par la Charte arabe à la DUDH et à la Déclaration du Caire (une déclaration non contraignante)<sup>1219</sup> soulève la question de la compatibilité entre ces différentes dispositions<sup>1220</sup> étant donné que la seconde « *est en nette régression* » par rapport à la première<sup>1221</sup>. On s'interroge dès lors sur l'efficacité des dispositions de la Charte concernant les droits des femmes, ainsi que sur le degré de cohérence entre d'une part l'affirmation dans le préambule du principe d'égalité entre les femmes et les hommes sur plan des droits et des devoirs, et d'autre part la référence faite à la notion de discrimination positive mise en place en faveur de la femme eu égard aux principes de la loi islamique<sup>1222</sup>. Il est certes admis que la protection de la femme en raison de la maternité, prévue

---

<sup>1215</sup> Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique dans son article 6 alinéa h précise que « *la femme a le même droit que l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants sous réserve des dispositions contraires dans les législations nationales et des exigences de sécurité nationale* ».

<sup>1216</sup> FELLOUS, G. *op. et loc. cit.*

<sup>1217</sup> *Ibidem.*

<sup>1218</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 199.

<sup>1219</sup> OMTZIGT, P. et al. *op. cit.*, p. 8.

<sup>1220</sup> FELLOUS, G. *op. cit.*, p. 117.

<sup>1221</sup> FELLOUS, G. *op. cit.*, p. 117. (V. note 44).

<sup>1222</sup> Article 3 § 3 de la Charte arabe des droits de l'Homme.

par l'article 33 alinéa 2 de la Charte arabe, constitue une discrimination cohérente avec les principes internationaux des droits de l'Homme<sup>1223</sup>, mais il semblerait que de manière plus générale, la discrimination positive à l'égard des femmes dans sa conception religieuse ne conduise pas au résultat souhaité, à savoir la jouissance par ces dernières de l'intégralité de leurs droits.

La référence faite par la Charte à la notion de discrimination positive fondée sur la charia islamique a interpellé la Commission internationale des juristes (CIJ) qui a demandé aux auteurs de la Charte d'apporter de plus amples explications à cette notion à portée ambiguë<sup>1224</sup>. De même, en raison des nombreuses interprétations que peuvent supporter les dispositions de la charia<sup>1225</sup>, la CIJ a émis des réserves quant à la référence même à la charia dans le texte de la Charte<sup>1226</sup> et a incité les rédacteurs de la Charte à clarifier la notion de discrimination positive au regard de la charia en donnant des illustrations concrètes.

Ce qui est indéniable, c'est que les rédacteurs de la Charte ont constamment cherché à trouver un ajustement entre les normes internationales des droits de l'Homme et les principes issus de la religion musulmane. En tout état de cause, la conciliation entre ces deux normes dépend principalement de la conception de la charia qui est adoptée. Seule une interprétation modérée de la charia permet la conformité des dispositions de la religion musulmane avec la conception internationale des droits de l'Homme. En effet, une lecture moderne des textes religieux permettra de donner à la Charte une meilleure concordance avec le droit international, et partant, une meilleure effectivité<sup>1227</sup>. En l'absence d'une telle approche, la référence à la religion musulmane au sein de la Charte empêche une parfaite consécration des droits humains en laissant croire, comme l'a souligné Madame Chekir, « *que la volonté des rédacteurs de la Charte qui apparaît comme un compromis entre ces principes [religieux et internationaux] n'est pas toujours au profit des droits humains universels mais l'est aux seuls droits humains*

---

<sup>1223</sup> DRAGHICI, C. *op. cit.*, p. 473.

<sup>1224</sup> Commentaires de la Commission internationale de juristes, *op. et loc. cit.*

<sup>1225</sup> *Ibidem.*

<sup>1226</sup> Le recours fait par certaines régions aux spécificités culturelles, religieuses ou civilisationnelles ne doit pas constituer un obstacle d'application des règles universelles ou justifier leur violation. A l'opposé, il doit être fait dans une optique de renforcement de l'indivisibilité desdites normes universelles. Ainsi, la référence faite par la Charte arabe au droit musulman, et notamment l'emploi de termes à connotation ambiguë comme celle de la charia, susceptibles d'interprétations diverses, doit être limitée au maximum, *In Rapport de position de la Commission internationale de juristes, Le processus de « modernisation » de la Charte arabe des droits de l'Homme : des régressions inquiétantes*, p. 16.

<sup>1227</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 244.

*acceptés par les textes d'origine religieuse, faisant ainsi prévaloir la spécificité civilisationnelle empreinte de religiosité et de sacralité »*<sup>1228</sup>.

En somme, les particularités religieuses et culturelles ne doivent aucunement entraver la mise en œuvre des droits universels des droits des femmes ou encore, être utilisées comme une excuse de leur inobservation. Pourtant, nombre de propositions formulées par des experts désignés par la Ligue des États arabes lors de l'élaboration de la Charte ont par la suite été rejetées, parmi lesquelles figurent : l'égalité des parents dans leur droit de transmettre la nationalité à leurs enfants ; le libre choix aussi bien pour les femmes que pour les hommes de leurs conjoints ou encore l'égalité entre les époux en matière de droits et de partage des responsabilités conjugales.

En somme, alors qu'une multitude de documents internationaux et européens consacrent l'égalité entre femmes et hommes, des réticences de la part des pays arabes et africains sont encore perceptibles en ce qui concerne la reconnaissance des droits des femmes à portée universelle comme le prescrit le droit international.

La spécification des droits de l'Homme telle que présentée dans de nombreux textes régionaux des droits de l'Homme ne devrait pas avoir un caractère religieux qui accorde ces droits uniquement aux personnes appartenant à la religion musulmane, ce qui contredit le caractère universel du message de l'islam et des valeurs qu'il prône. Ainsi, cette classification sur la base religieuse prive dans ce cas les personnes de confession non musulmane qui résident dans ces pays arabes non seulement de l'application du droit régional, car il s'adresse aux seuls musulmans, mais également des dispositions du droit international des droits de l'Homme en raison des réserves formulées par certains de ces pays. Il fallait consacrer les droits à toutes les personnes humaines, abstraction faite de leur religion, comme l'a faite la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

Ainsi, en raison de cette vision restrictive, le droit régional arabe et musulman des droits des femmes et notamment des femmes mariées semble en décalage avec le droit international, en particulier avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les deux Pactes internationaux de 1966 ainsi que la CEDEF. Ce décalage persiste malgré la critique de quelques juristes et avocats arabes<sup>1229</sup> concernant la marginalisation du statut de la femme dans les pays

---

<sup>1228</sup> CHEKIR, H. « La modernisation de la Charte arabe des droits de l'Homme ». Article accessible sur le site *Jura Gentium* : <http://www.juragentium.org/topics/islam/rights/fr/chekir.htm> .

<sup>1229</sup> Dans le Colloque de Koweït (9-14 décembre 1980).

arabo-musulmans à la lumière de l'interprétation conservatrice qui est faite de la charia. Il nous paraît pourtant essentiel d'affirmer que les femmes mariées devraient avoir les mêmes droits fondamentaux dans le monde, abstraction faite de leur religion ou de leur appartenance ethnique ou culturelle.

## Conclusion

À la lumière de ce qui précède, peut-on affirmer que les textes régionaux ont rempli leur mission de promotion des droits de l'Homme dans leurs pays respectifs ? Ont-ils ou non contribué à l'évolution des droits des femmes mariées dans la législation des États parties ?

En droit européen, le principe d'égalité entre époux n'a été consacré que récemment (1984) à travers un article qui le garantit expressément. En dépit de cette consécration expresse, de nombreuses inégalités existent entre les époux dans certaines législations nationales, notamment l'âge minimal pour contracter mariage, le nom marital, la répartition des biens des époux, le traitement inégal face au divorce.

Dans les pays arabes, l'impact des textes régionaux sur les droits des femmes mariées semble minimal. L'adoption de chartes, même contraignantes, mais qui ne prévoient pas expressément une égalité de droits entre époux, ne contribue pas à améliorer leurs conditions et effacer les inégalités qui existaient au sein du couple.

Le droit régional des droits de l'Homme créé dans le cadre d'organisations islamiques a été le fruit de la volonté des pays arabes d'affirmer la spécificité de leurs valeurs issues de la religion musulmane par rapport au droit international. Toutefois, ce passage de l'universalité des principes fondamentaux des droits de l'Homme au particularisme régional a été parsemé de nombreuses omissions sur les points sensibles tels que les droits des femmes<sup>1230</sup>. Ceci n'est pas passé inaperçu. Ainsi, lors du sommet islamique réuni en Arabie Saoudite les 7 et 8 décembre 2005, une des recommandations les plus significatives est celle qui affirme l'égalité juridique entre les femmes et les hommes : « *les femmes musulmanes ont des droits égaux avec les mâles* »<sup>1231</sup> et dont l'importance consiste dans le fait qu'elle souligne l'égalité en droit et ne se contente pas d'affirmer l'égalité en dignité entre les deux sexes comme l'ont fait les Déclarations précitées. Cependant, malgré son importance, une telle affirmation n'a pas de poids juridique tant qu'elle n'est pas incluse dans un document ayant une force contraignante. En somme, les documents islamiques n'ont fait que rappeler les valeurs de la charia, et n'ont en contrepartie apporté aucune idée innovatrice concernant les droits fondamentaux des droits de l'Homme et particulièrement le statut des femmes dans les pays musulmans dans le respect de l'esprit modérateur et tolérant de l'islam.

---

<sup>1230</sup> KHILLO, I. *op. cit.*, p. 228.

<sup>1231</sup> V. les recommandations de la commission de l'OCI des éminentes personnalités (c.e.p) lors du Troisième Sommet islamique exceptionnel de l'Organisation de la Conférence islamique, 7-8 décembre 2005, la Mecque, Arabie Saoudite, accessible sur le site : <http://ww1.oic-oci.org/ex-summit/french/CEP-rep.htm> .

Devant le constat de décalage du droit régional africain et arabe avec le droit universel des droits de l'Homme, et leurs lacunes en la matière, la seule solution, selon nous, consiste en une modification en profondeur de ces droits régionaux et un remplacement du renvoi aux dispositions nationales par le renvoi au droit international. De plus, comme l'a proposé René Cassin, un des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le contrôle de l'application des dispositions internationales de protection des droits de l'Homme aurait été plus efficace en la présence de juridictions ou encore d'autorités régionales indépendantes.

## Conclusion de la Première partie

De tous les grands principes du droit, celui d'égalité demeure incontestablement le plus ambigu et le plus complexe<sup>1232</sup>.

Fantasma ou réalité ? Le principe d'égalité est à la fois « *indispensable et inaccessible* »<sup>1233</sup>. Indispensable en tant que nécessité pour la justice sociale, mais aussi dans l'optique religieuse qui considère que tous les êtres humains sont la création d'un Dieu unique, égaux dans les droits et obligations, et aimés par lui ; inaccessible du fait de la difficulté à le définir et à fixer ses contours vis-à-vis des notions proches telles que l'équité, la justice ou encore la non-discrimination.

Tout traitement discriminatoire ou dégradant d'un être humain envers un autre ne peut être toléré par les règles de droit. L'appartenance à une nation, à une religion, un sexe ne doivent aucunement constituer un prétexte pour exercer une injustice ou une marginalisation.

S'appuyer sur les textes suprationaux permet d'asseoir la transposition des dispositions du droit international au niveau interne pour endiguer les pratiques discriminatoires existantes. La notion d'égalité des genres doit permettre d'assurer l'existence d'un traitement équitable entre femmes et hommes, et la prise en compte de ces enjeux-cadres amène à considérer la manière dont ce principe est mis en œuvre afin de corriger les inégalités entre époux.

---

<sup>1232</sup> OBERT, J. « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone [édition numérique]. » *Cahiers du Conseil constitutionnel* (1997), accessible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-3/le-principe-d-egalite-dans-le-droit-constitutionnel-francophone.52853.html> .

<sup>1233</sup> *Ibidem*.



# SECONDE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX DANS LES LÉGISLATIONS DES QUATRE PAYS

Du fait du lien intime qui existe entre la notion de famille et celle de mariage, il convient de souligner que les valeurs culturelles, sociales ou encore religieuses déterminent les structures familiales, et *a fortiori* les relations conjugales. L'étude comparative de ces quatre pays est l'illustre exemple de la différence des modèles familiaux selon les pays, en fonction des différents facteurs précédemment cités, et de leur incidence sur la définition juridique des rapports entre époux. Mettre en lumière ces différences permettra de comprendre les divergences d'application du principe d'égalité entre les époux.

Étant donné la différence de mise en œuvre du principe d'égalité entre époux dans les quatre pays objets de cette étude, il convient, afin d'appréhender globalement cette question, de mettre la lumière tout d'abord sur l'égalité des droits des époux avant la formation du mariage (Titre I) puis pendant l'exécution de celui-ci et lors de sa rupture (Titre II).

# TITRE I - LES FUTURS ÉPOUX FACE AUX ÉVOLUTIONS DU DROIT DE L'UNION CONJUGALE

Considérée comme « *cellule de base de la société* »<sup>1234</sup>, la famille a fait l'objet de nombreuses études d'un point de vue religieux, social, philosophique et juridique. La nécessité d'étudier les relations familiales et les relations entre époux en particulier découle de l'importance d'appliquer le principe d'égalité entre ces derniers.

La famille constitue, selon un auteur, le corps intermédiaire qui se situe entre les individus qui la composent et les autres membres de la société qui représentent la collectivité<sup>1235</sup>. À travers l'histoire, la famille a été « *une expression des lois fondamentales de l'univers dont la société politique devait elle-même s'inspirer* »<sup>1236</sup>. Ainsi, les relations d'autorité et de pouvoir au sein de la famille conditionnent fortement les rapports de ses membres vis-à-vis de l'autorité politique du pays<sup>1237</sup>. Autrement dit, on constate dans les sociétés arabes un parallélisme et une interdépendance dans l'exercice de l'autoritarisme qui s'exerce au sein des familles et celui qui s'exerce sur un plan politique à l'échelle du pays. Dans ce système, les valeurs politiques sont simplement le reflet des valeurs sociales qui s'exercent au sein des familles. Contrairement à l'égalité et à la liberté démocratique<sup>1238</sup>, ce phénomène appelé « *patrimonialisme* »<sup>1239</sup> évoque l'idée de la reproduction du modèle hiérarchique, autoritaire et même patriarcal au sein de la société dans son ensemble.

Ainsi, les structures familiales et les relations conjugales diffèrent sensiblement entre les pays arabes du golfe, la Tunisie, et la France. Dans les pays du golfe, le modèle familial est encore dominé par le modèle patriarcal fondé sur la domination masculine et repose notamment sur un

---

<sup>1234</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 304 ; V. article 7 de la Constitution tunisienne ; article 9 de la Constitution saoudienne ; article 21 de la Constitution qatarienne.

<sup>1235</sup> MURAT, P. (dir.). *op. cit.*, p. 5.

<sup>1236</sup> COMMAILLE, J. et MARTIN, C. *Les enjeux politiques de la famille*. Paris : Bayard, 1998, p. 18.

<sup>1237</sup> TODD, E. *La troisième planète : Structures familiales et systèmes idéologiques*. Paris : Éditions du Seuil, 1983, p. 13.

<sup>1238</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *op. cit.*, p. 305.

<sup>1239</sup> DE BEL-AIR, F. *op. et loc. cit.*

écart d'âge entre les époux, l'homme étant dans la majorité des cas plus âgé que son épouse<sup>1240</sup>. Dans ces sociétés, la famille musulmane prend classiquement la forme d'une famille « *étendue, patrilinéaire*<sup>1241</sup>, *patrilocale*<sup>1242</sup>, *patriarcale, endogame*<sup>1243</sup> et *occasionnellement polygame* »<sup>1244</sup>. De ce fait, l'égalisation des droits entre les femmes et les hommes dans ces pays est loin d'être parfaite. Ce n'est pas le cas de la Tunisie, marquée par une grande évolution dans la consécration du principe d'égalité entre époux depuis la promulgation du Code du statut personnel, rompant d'avec l'ère patriarcale antérieure.

À l'image de la famille orientale, la famille occidentale en général et la famille française en particulier était également une famille élargie - marquée par une forte fécondité - qui vivait dans une maison où cohabitaient les grands-parents, les parents et les enfants. Le mariage était un engagement pour la vie, le seul cadre légitime pour les unions conjugales et la conception d'enfants, dissous par la mort d'un des conjoints, rarement par le divorce ou la séparation<sup>1245</sup>. Les secondes unions ou encore les familles monoparentales étaient rares.

Au fil des générations, le schéma de la famille élargie avec toutes ses caractéristiques a peu à peu disparu. Le modèle patriarcal qui s'exerçait avant au sein des familles françaises, et particulièrement entre les époux, a cédé place à un modèle caractérisé par l'égalité entre les époux dans les droits et les obligations. Cette égalité s'est forgée au fil des années au gré des nombreuses législations nationales qui ont consacré ce principe. Celui-ci a acquis tellement de force qu'il a été étendu à de nouvelles formes d'unions autres que le mariage. Cependant, et malgré l'apparition d'autres formes d'unions, le mariage reste une forme d'union unique qui confère aux époux un statut particulier. Le mariage demeure la seule forme d'union qui fait l'objet d'un dispositif complet de dispositions au sein du Code civil.

Préciser les enjeux de la définition du mariage et de son encadrement juridique en terme de place que cela réserve à chaque époux (Chapitre I) permettra de poser les fondements pour analyser la mise en œuvre du principe d'égalité entre époux au moment de contracter mariage (Chapitre II).

---

<sup>1240</sup> *Ibidem.*

<sup>1241</sup> Le mode patrilinéaire se dit « *d'un mode de filiation pour lequel seule compte la parenté paternelle. Le nom, les privilèges, l'appartenance à un clan ou à une classe se transmettent du père et des parents du père aux enfants ; aucun droit n'est reconnu aux parents du côté maternel* », V. le dictionnaire Larousse.

<sup>1242</sup> Le mode patrilocal d'une famille est le « *mode de résidence d'un couple nouveau, dans lequel la femme vient habiter dans la famille de son mari* », V. le dictionnaire Larousse.

<sup>1243</sup> L'endogamie est « *l'obligation, pour les membres d'un groupe social défini (tribu, lignage, etc.), de contracter mariage à l'intérieur de ce groupe* », V. le dictionnaire Larousse.

<sup>1244</sup> Patai, 1971 cité par DE BEL-AIR, F. *op. cit.*, §4.

<sup>1245</sup> RÉGNIER-LOILLIER, A., et PRIOUX, F. « La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux ? [édition numérique]. » *Population & Sociétés* (2008) : 1-4, p. 3.

## **Chapitre I - La définition d'un socle juridique pour l'encadrement d'une union privée**

Le mariage n'est pas un accord privé, mais un acte social qui ne concerne pas uniquement le couple. C'est une forme particulière d'alliance entre deux familles. Les époux consentent que leur union matrimoniale ne soit plus soumise par leurs seules volontés, mais par les règles de l'institution<sup>1246</sup>. Ainsi, les deux conjoints acceptent de manière solennelle le statut impératif du mariage, c'est-à-dire ses effets légaux. L'institution que représente le mariage est ainsi devenue la reconnaissance sociale, coutumière, civile et/ou religieuse des deux conjoints. Malgré la forte tendance individualiste qui affaiblit la reconnaissance sociale dans la société occidentale, la dimension publique du mariage reste cependant présente encore aujourd'hui<sup>1247</sup>.

Ainsi, dans les pays arabes comme en France, le mariage fait l'objet d'un encadrement législatif, définissant les critères essentiels et les droits et devoirs afférant aux époux. De ce fait, le cadre législatif de l'institution matrimoniale permet de promouvoir l'égalité entre époux, en libérant les femmes mariées de la seule emprise de relations interindividuelles pour les placer sous la protection de l'État (Section I). Cela signifie que la vie familiale ne ressort pas seulement du domaine privé, mais que l'État a un droit de regard sur ce qu'il se passe au sein de cette union. Les mutations sociales obligent cependant à repenser le mariage en questionnant le rôle du législateur dans l'encadrement juridique de la conjugalité (Section II).

### **Section I - Les fondements de la notion juridique de mariage**

Bien qu'étant parfois décrit comme la « *plus vieille coutume de l'humanité* »<sup>1248</sup>, le mariage reste une notion dont les contours juridiques sont complexes à cerner. Peuvent être extraits toutefois un certain nombre de critères juridiques définissant les aspects essentiels du mariage et garantissant les droits et libertés fondamentaux des époux (Paragraphe I). L'importante intervention de l'État, qu'on peut aller jusqu'à envisager comme troisième contractant du

---

<sup>1246</sup> MIRKOVIC, A. « Le mariage, un service public à redécouvrir. » *Revue Lamy droit civil* (2012) : 55-58, p. 55.

<sup>1247</sup> CHAUVET, L.-M. *Le sacrement de mariage entre hier et demain*. Paris : Éditions de l'Atelier, 2003, pp. 23-24.

<sup>1248</sup> CARBONNIER, J. *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*. 2e édition. Vol. I. Paris : Press Universitaire de France - PUF, 2017, p. 1139.

mariage, soulève la question de la nature de cette union, entre contrat et institution (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - En quête d'une définition juridique du mariage**

Dans l'usage commun, le mariage peut être défini comme étant l'« *union d'un homme et d'une femme, consacrée par un ensemble d'actes civils ou parfois religieux et destinée à la fondation d'une famille* »<sup>1249</sup>. Cette union est matérialisée principalement par la rencontre libre et éclairée des volontés des deux époux de vivre ensemble. En tant qu'il « *crée un rapport juridique [et permet] d'acquérir un statut* »<sup>1250</sup>, le mariage implique un ensemble de droits et devoirs des époux. Selon un auteur, le mariage se présente ainsi comme un contrat, purement civil, qui ne revêt pas de caractère religieux. Cette position n'est pas partagée unanimement étant donné que la plupart des législations musulmanes font du mariage un lien sacré sur le plan religieux<sup>1251</sup>. D'un point de vue juridique, il est complexe de déterminer les contours précis de la notion de mariage. Selon la définition du *Vocabulaire juridique*, le mariage était l'institution par laquelle un homme et une femme s'unissaient pour vivre en commun et fonder une famille. Cette définition classique n'est plus conforme à la loi du 17 mai 2013 qui a consacré le droit au mariage des personnes de même sexe<sup>1252</sup>.

Il s'agit dans ce paragraphe de préciser tout d'abord la définition juridique du mariage en en extrayant les critères fondamentaux, cadre de la protection des droits des époux (A). Ceci nous amènera à questionner les fonctions du mariage telles qu'elles sont présentées dans les textes juridiques et les implications qui en découlent pour l'égalité entre époux (B).

---

<sup>1249</sup> TLFi (Trésor de la Langue Française informatisé), v° *Mariage*.

<sup>1250</sup> Cette formule a été employée à plusieurs reprises par la Commission européenne des droits de l'Homme. V. notamment les rapports suivants : rapport du 13 décembre 1979, req. n°7114/75, Affaire Alan Stanley Hamer c. Royaume-Uni, Décisions et Rapports n°24, p.5, §88 ; rapport du 5 mars 1985, Affaire Johnston et autres c. Irlande, série A n°112, p.43, §92. Cf. HILT, P. *op. cit.*, p. 179.

<sup>1251</sup> SALAMA, M-M. *Le mariage en droit musulman*. Montpellier : Imprimerie Firmin et montane, 1923, p. 36.

<sup>1252</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

## A- Les critères définitoires du mariage

Décrit comme « *un acte important de la vie civile* » par le Conseil constitutionnel<sup>1253</sup> du fait des obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage fait partie des notions que le Code civil régit mais ne définit pas<sup>1254</sup>. La notion de mariage n'est pas non plus abordée dans la Déclaration de 1789 ni dans la Constitution de 1958.

L'absence d'une approche juridique précise du mariage, son approche institutionnelle et le lien étroit qu'elle présente avec la volonté contractuelle a suscité de nombreux recours adressés au Conseil constitutionnel. Il s'agit notamment de recours portant sur la question de la conformité des règles institutionnelles du mariage et de leur interaction avec la volonté conjugale des deux époux<sup>1255</sup>. De nombreuses lois qui régissent les conditions de validité du mariage ont été jugées porter atteinte à la liberté du mariage, une des plus anciennes libertés fondamentales ayant aujourd'hui une valeur constitutionnelle.

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ont permis de fournir un éclairage approfondi sur la notion de mariage, et de contribuer à la conception constitutionnelle de ce dernier. La consécration de cette liberté par le Conseil constitutionnel date de la célèbre décision « *Maîtrise de l'immigration* » rendue en 1993 dans laquelle le Conseil avait affirmé que parmi les droits et les libertés garantis constitutionnellement figuraient « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* »<sup>1256</sup>.

Malgré l'absence d'une définition légale, la doctrine a pu déduire un certain nombre de critères qui permettent de cerner la notion de mariage d'après les différents textes légaux, communs dans une certaine mesure aux quatre pays objets de notre comparaison. En droit français spécifiquement, le mariage revêt une importance particulière du fait qu'il repose sur la liberté individuelle. La complexité du mariage en droit français réside ainsi en ceci qu'il est à la fois fondé sur une liberté reconnue constitutionnellement, et soumis à un formalisme strict de l'État. Les critères définitoires protègent l'institution matrimoniale, mais aussi, et surtout les individus

---

<sup>1253</sup> V. Décision n°2012-260 QPC du 29 juin 2012, M. Roger D. *Mariage d'une personne en curatelle*, JO du 30 juin 2012, p. 10804, texte n° 121, recueil, §8.

<sup>1254</sup> CARBONNIER, J. Droit civil : La famille..., *op. et loc. cit.*

<sup>1255</sup> DAÏMALLAH, H. « Le consentement au mariage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. » *Revue française de droit constitutionnel* (2013) : 311-334, p. 312.

<sup>1256</sup> V. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JO 18 août 1993, p. 11722, recueil, §3.

s'engageant dans cette union, en leur conférant à la fois des droits et des devoirs ; ils peuvent être mis en évidence, sous différentes formes, dans les quatre pays étudiés ici.

**Un engagement à caractère public.** Le mariage en islam s'est démarqué des autres formes d'union qui existaient dans la période préislamique « *al Jahiliyyah* »<sup>1257</sup> et des relations secrètes<sup>1258</sup>. Les juristes dans les pays musulmans s'accordent à dire qu'eu égard à la charia, le contrat de mariage est un contrat civil à caractère public<sup>1259</sup> en raison de son importance. La jurisprudence islamique (*le fiqh*<sup>1260</sup>) commande de célébrer le mariage publiquement, d'où la présence requise d'un tuteur et deux témoins. La publication du mariage, notamment par la célébration d'une cérémonie ou par un repas de noce, permet de distinguer le mariage licite des mariages secrets.

En revanche, aucun texte du Code du statut personnel tunisien ni du Code de la famille qatarien ne vise la publication du mariage. Cependant, la présence de deux témoins honorables<sup>1261</sup> est une condition de fond de la validité du mariage.

De même, la célébration d'un mariage ou d'un repas de noce en Arabie Saoudite n'est pas obligatoire. Le mariage peut être célébré avec des membres de la famille proche sans être annoncé, comme c'est le cas du mariage du voyageur (*misyar*)<sup>1262</sup> qui permet au mari d'épouser une autre femme à l'insu de sa première épouse. L'article 46 de la loi sur l'état civil<sup>1263</sup> en Arabie Saoudite stipule que « *le contrat de mariage doit être soumis à l'un des bureaux d'état civil dans un délai de deux mois à compter de sa date, afin de l'enregistrer et de le sceller en apposant son sceau* ». L'article 47 de la même loi précise que « *le mari est responsable de rapporter le mariage [...], le père du mari, le père de l'épouse ou une personne de leurs proches*

---

<sup>1257</sup> ALMUTLAQ, A. *Zawaj almisyar (Le mariage du voyageur)* [en arabe]. Riyad : Ibn Laboun, 2002, p. 41.

<sup>1258</sup> Le mariage est fondé sur trois éléments qui le distinguent des relations de fornication secrètes : la présence du tuteur (*wali*), la dot et la publicité. D'abord la présence du tuteur « *le wali* » permet de s'assurer que la femme se marie avec le consentement de ses parents. La dot constitue un présent pour la mariée, comme cela figure dans le Coran : « *Remettez à vos femmes leur dot (offrande) en toute propriété* » (Coran 4 : 4), et enfin la publicité donne une couverture officielle à l'engagement nuptial.

<sup>1259</sup> HIRSCH, E. *islam et droits de l'Homme : Recueil de textes* [édition numérique]. Paris : Librairie des Libertés, 1984.

<sup>1260</sup> Le terme *fiqh* signifie littéralement « *compréhension* ». D'un point de vue juridique il s'agit d'une science basée sur des méthodes permettant de dériver des règles normatives à partir des sources islamiques (Coran, Sunna). Ainsi, il relève d'un effort intellectuel humain. Cf. Les Cahiers de l'islam, *Revue d'études sur l'islam et le monde musulman*, v° *Fiqh*, accessible sur le site : <https://www.lescahiersdelislam.fr>.

<sup>1261</sup> V. Cassation civile, arrêt n°31885 du 26 mars 2009 ; article 3 du Code du statut personnel tunisien ; article 36 du Code de la famille qatarien.

<sup>1262</sup> Nous exposerons en détail les caractéristiques du « *mariage du voyageur* », Cf. Seconde Partie ; Titre I ; Chapitre I ; Section II ; §II ; A ; p. 281.

<sup>1263</sup> Cette loi est destinée à organiser l'état civil des citoyens au niveau administratif (l'enregistrement du contrat de mariage, l'acte de naissance, l'acte de décès...). Cf. Décret royal n°M/7 du 20/4/1407 (22 décembre 1986), décision n°1 du Conseil des ministres du 11/1/1407 (15 septembre 1986).



*peuvent remplir ce devoir* ». L'article 50 précise que « *le mari doit consulter un département d'état civil dans les soixante jours de la date du contrat de mariage afin d'obtenir un livret de famille* ».

En droit français, la question de la publication du mariage occupe une place fondamentale. Ainsi, des formalités relatives à la célébration du mariage doivent être accomplies. La célébration ne peut avoir lieu qu'après le dixième jour depuis la publication des bans<sup>1264</sup> à la mairie afin que les oppositions éventuelles puissent se manifester<sup>1265</sup>.

L'objectif de la publication des bans est certes de porter à la connaissance du public le projet du mariage, principalement afin de permettre à une certaine catégorie de personnes de s'opposer à ce mariage<sup>1266</sup>. En cas d'opposition, l'Officier d'état civil ne pourra procéder à la célébration du mariage qu'après la remise par les futurs époux d'une mainlevée sous peine d'une amende de 3000 euros d'amende et des dommages et intérêts<sup>1267</sup>.

Aux termes de l'article 75 alinéa 1 du Code civil, le mariage requiert la présence de cinq personnes : l'officier de l'état civil, les deux futurs époux<sup>1268</sup> et deux témoins majeurs au moins et quatre au plus. Selon l'article 165 du Code civil, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil à la mairie. Durant la cérémonie, les portes de la salle doivent rester ouvertes, sous peine de nullité.

Ainsi, si les pays arabes objets de cette étude comme la France partagent la notion d'un document écrit pouvant attester publiquement du mariage, les textes français insistent expressément sur la publicité du mariage dès avant celui-ci. La mise en œuvre du caractère public du mariage en France assure en effet des garanties qui n'existeraient pas si la cérémonie demeurait privée.

Le mariage dans les pays arabes peut être secret sans être clandestin ; en effet, le mariage peut être caché du public, malgré la célébration devant le notaire des mariages musulmans (*mazoun*) et devant deux témoins. Selon madame Fortier, les femmes sont de plus en plus impliquées dans

---

<sup>1264</sup> La publication des bans en France est une formalité qui consiste à afficher dans la mairie du lieu du mariage ainsi que dans la mairie du lieu de résidence de chacun des époux les noms, prénoms, domiciles et professions des futurs époux dans un délai minimum de 10 jours avant la date de la célébration du mariage (Articles 63 et 64 alinéa 1 du Code civil).

<sup>1265</sup> Article 64 alinéa 2 du Code civil.

<sup>1266</sup> Il s'agit tout d'abord du ministère public qui peut s'y opposer s'il soupçonne une cause de nullité ; d'une personne qui aurait été engagée dans un projet de mariage avec l'un des futurs époux ; des ascendants des futurs époux et des parents du futur époux mineur lorsque le consentement du conseil de la famille n'a pas été obtenu, et des parents du futur époux majeur sous tutelle.

<sup>1267</sup> Article 68 du Code civil.

<sup>1268</sup> Cependant, il existe un cas dans lequel l'un des futurs conjoints n'est pas présent : le mariage posthume.

« *une forme de prostitution* »<sup>1269</sup> qui peut devenir légitime sous le nom de *mariage*. C'est le cas dans les pays où la pratique du mariage secret (*sirr*) existe, dont notamment le mariage du voyageur (*misyar*). Une étude<sup>1270</sup> montre que cette pratique est au profit des hommes, car elle est « *facile, confidentielle et légale* » et ne nécessite pas d'engagement matériel ni social. En outre, la dissimulation de cette union concerne principalement la famille du mari<sup>1271</sup>. Ici, l'inégalité entre époux ne découle pas directement du caractère secret du mariage, mais de la possibilité de polygamie dont dispose le mari.

**Un engagement moral illimité dans le temps.** Dans la conception classique française, le mariage est un acte de volonté, fondé sur l'amour, encadré par la religion, ce qui faisait de lui un engagement entier et définitif. Satisfaire ses besoins sexuels en dehors du mariage était considéré comme un péché.

Dans sa conception islamique également, le mariage est un engagement moral illimité dans le temps. Le caractère indéterminé du mariage a été consacré dans l'article 9 du Code de la famille qatarien qui prévoit que « *le mariage est un contrat légitime entre un homme et une femme sur la base de la durabilité* ». Ce caractère n'est pas expressément mentionné dans le Code du statut personnel tunisien. Cependant, il a été confirmé par les doctrines malékite et hanafite qui interdisent rigoureusement le mariage limité dans le temps<sup>1272</sup>. Cette interdiction est justifiée par le fait que le mariage est avant tout un engagement moral entre les époux pour la vie<sup>1273</sup>, et non pas une relation fondée sur la jouissance temporaire des besoins humains. Par conséquent, ce type de mariage est frappé de nullité et ne nécessite pas d'être rompu par le divorce.

En Tunisie, une partie de la doctrine considère le fait d'épouser une femme avec l'intention préalable de la répudier comme un acte immoral. Cette immoralité a été précédemment soulignée par l'imam Malek qui a affirmé à ce sujet qu'« *une telle attitude est considérée comme immorale, même acceptée à priori et d'un commun accord entre les deux parties, puisqu'il s'agit là d'un cas assimilable à la pratique du mariage à terme et dont la dissolution doit être prononcée même après la consommation du mariage* »<sup>1274</sup>.

---

<sup>1269</sup> FORTIER, C. «Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique.» *Droit et cultures*, 2010: 15-40, p. 22.

<sup>1270</sup> L'étude a montré que les statistiques du mariage du voyageur (*misyar*) en Arabie Saoudite ne sont pas connues officiellement, en raison de leur caractère confidentiel : le fait qu'il s'agisse d'un mariage « *misyar* » n'est pas stipulé sur le contrat de mariage. Cf. ALRIYADH. (octobre 2009). *Nissa' nadimat ala zawaj almisyar* (Des femmes regrettent le "mariage *misyar*") [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alriyadh.com/469685> .

<sup>1271</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 105.

<sup>1272</sup> HAFSIA, N. *Le contrat de mariage en Tunisie jusqu'en 1956*. Carthage : Cartaginoiserie, 2010, p. 28.

<sup>1273</sup> V. Cassation civile, arrêt n°12678 du 7 juin 2007.

<sup>1274</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 43.

En revanche, selon l'avis d'Ibn Baz, l'ancien grand mufti et ancien président du Conseil des grands oulémas en Arabie Saoudite, l'intention de divorcer au moment de contracter mariage n'est pas nécessairement interdite, à condition que le contrat de mariage ne stipule aucune clause relative à la fin du mariage et que le divorce soit envisagé en raison d'empêchements matériels tels qu'un voyage<sup>1275</sup>. Cet avis peut être mis en lien avec le principe plus général de l'islam de ne juger que les actions et non les intentions.

**Un engagement moral qui implique la cohabitation.** En droit français, la cohabitation des deux époux au sein du même domicile fait partie des obligations auxquelles ils sont soumis. C'est ce qui résulte de l'article 215 alinéa 1 du Code civil qui prévoit que « *les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* ». Cette obligation juridique implique que les époux doivent disposer d'une « *résidence commune* » choisie d'un commun accord, selon l'article 215 alinéa 2. Le droit français, souple en la matière, n'empêche pas toutefois que les époux aient des domiciles distincts pour des raisons professionnelles notamment<sup>1276</sup>. Dans tous les cas, la communauté de vie implique une communauté de lit (aspect charnel) et de toit (aspect matériel)<sup>1277</sup>.

Dans les pays arabes où la religion a encore toute sa force, le mariage légitime la cohabitation entre époux sous le même toit<sup>1278</sup>. La cohabitation demeure l'un des piliers de la vie conjugale qui conduit à la réalisation des objectifs du mariage, à savoir l'affection, la compassion et la reproduction.

Malgré l'importance de la notion de cohabitation, les législateurs tunisiens et saoudiens n'ont pas expressément mentionné celle-ci dans leurs législations respectives. Cependant, la Cour de cassation tunisienne définit le mariage comme « *un contrat par lequel un homme et une femme cohabitent sous le même toit pour se rencontrer sentimentalement et sexuellement et conserver la race humaine* »<sup>1279</sup>. Le Code du statut personnel tunisien n'y fait référence que de façon indirecte : « [...] *les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume ('urf wa 'ada)* »<sup>1280</sup>. La formulation de cet article est terriblement vague. Les expressions « *devoirs conjugaux* », « *usages* » et « *coutumes* » laissent au juge saisi toute latitude pour interpréter le sens de l'article. Or, la coutume et les usages en Tunisie impliquent

---

<sup>1275</sup> Accessible sur le site officiel de Cheikh Ibn Baz : <https://binbaz.org.sa/old/37963> .

<sup>1276</sup> V. par exemple l'article 108 du Code civil ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 fév. 2014, n° de pourvoi: 13-13873.

<sup>1277</sup> FENOUILLET, D. *Droit de la famille* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2019.

<sup>1278</sup> ADDAOUDI, A. *Alalaqat bayna azzawjain...*, op. cit., p. 567.

<sup>1279</sup> V. Cassation civile, arrêt n°12678 du 7 juin 2007.

<sup>1280</sup> Article 23 du CSPT.

un devoir de cohabitation, de façon plus stricte à l'égard de l'épouse<sup>1281</sup>. Selon les jurisprudences rendues par les tribunaux tunisiens, le choix de la résidence revient tout compte fait au mari en tant que « *chef de famille* »<sup>1282</sup>. L'épouse devant obéissance à son mari, un refus de sa part constitue une cause de divorce<sup>1283</sup>. Ainsi ces « *usages* » et « *coutumes* » conditionnent-ils le principe d'égalité, par le biais légal.

Le législateur saoudien n'y fait pas référence en raison de l'absence de Code de la famille. Cette lacune légale est comblée sachant que le pays s'appuie entièrement sur les dispositions de l'islam dans ce cadre. Le Coran en particulier a insisté sur l'importance de la bonne entente entre les époux : « *Et parmi Ses signes Il a créé de vous, pour vous, des épouses pour que vous viviez en tranquillité avec elles et Il a mis entre vous de l'affection et de la bonté* »<sup>1284</sup>.

Au Qatar, le devoir de cohabitation est expressément mentionné dans l'article 9 du Code de la famille qui a stipulé que « *le mariage est un contrat légitime entre un homme et une femme sur la base de la durabilité, son but est la cohabitation et la chasteté* ».

---

<sup>1281</sup> V. Cassation civile, arrêt n°1165 du 9 mai 1978 ; Cassation civile, arrêt n°3753 du 8 janvier 1980 ; Cassation civile, arrêt n°13411 du 19 novembre 1985 ; Cassation civile, arrêt n°4140 du 7 juin 1994 ; Cassation civile, arrêt n°68710/2011 du 29 mars 2012.

<sup>1282</sup> Article 23 du Code du statut personnel ; Cassation civile, arrêt n°42048 du 6 juin 1994.

<sup>1283</sup> V. Cassation civile, arrêt n°1950 du 11 juillet 2000.

<sup>1284</sup> Le Coran (30 : 21).

## B- Le questionnement juridique sur le but du mariage

La manière dont est définie la fonction du mariage est cruciale pour l'égalité entre époux. Certains textes évoquent la reproduction ou l'encadrement de la sexualité comme fonctions principales du mariage. Or ces choix ne sont pas sans enjeux pour l'égalité entre époux.

En effet, penser la reproduction comme fonction essentielle va de pair avec une asymétrie dans les rôles de l'homme et de la femme ; cela insiste sur les différences physiques et physiologiques et induit une idée de répartition des rôles. Si en revanche c'est la sexualité qui est au cœur de la définition du mariage, on peut craindre que la satisfaction des besoins sexuels ne soit envisagée que du côté masculin, comme c'est encore le cas dans nombre de pays marqués par la pensée patriarcale.

**Le mariage comme cadre de satisfaction des besoins sexuels.** Si l'islam et le christianisme partagent l'idée de l'abstinence sexuelle avant le mariage, une différence de taille les sépare : le christianisme est marqué par un idéal de chasteté, à maintenir si possible pendant toute la vie<sup>1285</sup>. Cependant, pour les croyants qui ne parviennent pas à contenir leurs désirs charnels, le mariage a pu être présenté par certains auteurs à la suite de Saint-Augustin comme « *moyen d'échapper à la honte du crime et d'aider à la propagation des enfants* »<sup>1286</sup>. Ainsi, l'Église chrétienne a défendu, sous la pression du courant encratique<sup>1287</sup>, l'utilité du mariage et l'importance d'une vie sexuelle bien encadrée<sup>1288</sup>. Ainsi, dès son origine, le christianisme a hésité entre l'idée de la continence et la virginité<sup>1289</sup> et celle du mariage. Il a finalement opté pour une double optique : celle de l'abstinence<sup>1290</sup> et celle du mariage.

---

<sup>1285</sup> Selon les adeptes de cette conception, la sexualité était perçue comme étant la marque « *de l'esclavage, de servitude et de soumission aux exigences de la nature* », « *le signe de l'animalité de l'homme* », « *une pulsion quasiment bestiale* ». Elle était le symbole caractéristique de la vie terrestre qui sépare le « *monde d'ici-bas du monde d'en haut* ». Également, elle symbolisait pour les abstinents « *la chute d'Adam et Eve sur la vie terrestre suite à la désobéissance à Dieu* ». Ceux-ci voulaient se débarrasser de cette « *tare* » pour « *remonter la chute* », préparer la vie céleste et retrouver la nature androgyne et asexuée d'Adam. À l'opposé, d'autres courants considèrent la sexualité comme le moyen de retrouver cette nature primitive par l'union du masculin et du féminin dans le cadre nuptial, In HOUZIAUX, A. « *L'idéal de chasteté dans les débuts du christianisme, pourquoi ?* » *Topique* (2008) : 17-45, p. 28.

<sup>1286</sup> SAINT AUGUSTIN. *Œuvres complètes de Saint Augustin*. Tome douzième. Bar-Le-Duc : L. Guérin et C<sup>ie</sup>, éditeurs, 1868, p. 188.

<sup>1287</sup> De *encrateia*, c'est-à-dire maîtrise de soi et continence.

<sup>1288</sup> HOUZIAUX, A. *op. cit.*, p. 30.

<sup>1289</sup> L'idéal de la virginité était présent dès les premiers siècles du christianisme, et s'est répandu dès le III<sup>e</sup> siècle. La figure la plus célèbre demeure la vierge Marie, mère de Jésus, qui est restée vierge jusqu'à la naissance de Jésus, V. HOUZIAUX, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1290</sup> Dès le début du christianisme, la doctrine de l'abstinence est apparue très tôt et s'est développée dans l'Église primitive à partir de la fin du I<sup>er</sup> siècle. Il s'agit d'un idéal « *angélique* » de pureté et de sainteté et de spiritualité qui s'explique par la volonté des personnes qui la pratiquent de s'unir davantage à Dieu, de se consacrer exclusivement à lui et de se libérer des besoins de la chair et des bonheurs terrestres (avoir une vie sexuelle ; former

La question de la sexualité et de son importance dans le mariage a fait l'objet de débats dans l'histoire du droit français. Le mariage dans la société française médiévale était au confluent des traditions juridiques romaines et chrétiennes ainsi que des coutumes encore très animées dans le domaine du droit privé<sup>1291</sup>. En effet, les juristes romains concevaient le mariage comme un acte purement consensuel<sup>1292</sup>, c'est-à-dire qu'il suffisait de l' *affectio maritalis* , désignant le consentement, la volonté continue des deux époux, ce qui se distingue de l'union passagère<sup>1293</sup>. Le théologien Pierre Lombard reprendra au XII<sup>e</sup> siècle cette idée du consentement comme condition nécessaire et suffisante du mariage<sup>1294</sup>. Dans la tradition germanique<sup>1295</sup> en revanche, illustrée par exemple chez Hincmar de Reims<sup>1296</sup>, le mariage se réalise dans l'acte sexuel : c'est la théorie de la  *copula carnalis* <sup>1297</sup> ou  *union charnelle* . Dès le IV<sup>e</sup> siècle, Gratien, le « père du droit canonique », théorise le mariage en faisant la synthèse des conceptions romaine et germanique. Pour Gratien en effet, le consentement est une cause du mariage, mais ne suffit pas à lui seul pour faire union matrimoniale, d'où l'importance de la  *copula carnalis* .

Contrairement au courant du christianisme qui prônait l'abstinence sexuelle durant les premiers siècles de notre ère, l'islam encourage la sexualité<sup>1298</sup>, la recommande ou même l'oblige dans certains cas, mais uniquement dans le cadre légal du mariage<sup>1299</sup>. Dans ce cadre précis, la sexualité a un aspect spirituel<sup>1300</sup> et est même considérée comme une «  *pieuse obligation*  »<sup>1301</sup> dont le respect mène son auteur sur le chemin de la plénitude et de piété<sup>1302</sup>. C'est ainsi qu'il faut comprendre la parole du prophète Mohammed : «  *Se marier c'est accomplir la moitié de*

---

une famille et avoir de la descendance ; accéder à la propriété, à la fortune, à l'agriculture ou encore commercer, etc.). La sexualité était considérée alors comme «  *une forme d'adultère par rapport à la conjugalité avec Dieu*  », considéré comme «  *seul époux et seul Seigneur*  » In HOUZIAUX, A.  *op. et loc. cit.*

<sup>1291</sup> BAROIN, A. « Le couple en droit au haut Moyen Âge : autour de l' *affectio maritalis*  et des relations patrimoniales. »  *Médiévales*  (2013) : 93-107, URL : <http://journals.openedition.org/medievales/7109> .

<sup>1292</sup> DEROUSSIN, D.  *Histoire du droit privé* . 2<sup>e</sup> édition. Paris : Ellipses Édition, 2018, p. 67.

<sup>1293</sup> BAROIN, A.  *op. et loc. cit.*

<sup>1294</sup> OURLIAC, P. et GAZZANIGA, J.-L.  *Histoire du droit privé français : De l'An mil au Code civil* . Paris : Albin Michel, 1985, p. 289.

<sup>1295</sup> POMPANON, J.-C.  *Le sacrement de mariage*  [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2015.

<sup>1296</sup> Théologien, juriste, canoniste et ancien moine de Saint-Denis, devenu archevêque de Reims en 840.

<sup>1297</sup> CARBONNIER, J.  *Droit civil : La famille...* ,  *op. cit.* , p. 1165 ; ROUCHE, M (dir.).  *Mariage et sexualité au Moyen Âge : Accord ou crise ?* . Paris : Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000, p. 125.

<sup>1298</sup> CHEBEL, M. « La femme en islam. » MARTINI, É. (dir.), et al.  *La Femme* . Ivry-sur-Seine : Les éditions de l'Atelier, 2002. 73-91, p. 88.

<sup>1299</sup> BELLAKHDAR, S. « La prescription de la sexualité en islam. »  *Topique*  (2008) : 105-116, p. 106.

<sup>1300</sup> JAMIL CHERIFI, M.  *Le mariage en islam : Statut légal et dissolution* . Paris : Bachari, 2012, p. 14.

<sup>1301</sup>  *Ibid.* , p. 8.

<sup>1302</sup> Selon un hadith du prophète Mohammed, les relations sexuelles entre époux sont récompensées par Dieu, dans la mesure où elles sont considérées comme des actes de dévotion car accomplies avec une bonne intention de respecter les droits conjugaux, et de s'éloigner des actes illicites.



*sa religion* »<sup>1303</sup>. Dans cette optique, le mariage n'est pas considéré comme une fin en soi, mais comme un moyen de réaliser un équilibre émotionnel conférant à celui qui l'accomplit la quiétude lui permettant de se consacrer pleinement à ses obligations. Au-delà de son caractère physique, la sexualité exercée dans ce cadre symbolise un lien fort entre les époux, l'engagement d'assumer les responsabilités qui peuvent découler de cet acte, à savoir la naissance et l'éducation d'enfants<sup>1304</sup>.

De ce fait, les pays musulmans cantonnent l'exercice de la sexualité au cadre du mariage conformément aux nombreuses dispositions coraniques. Ainsi, les relations sexuelles sont considérées comme licites (*halal*) uniquement dans le cadre du mariage, et les enfants ne sont considérés comme légitimes que s'ils naissent d'une relation issue du lit conjugal, comme l'a dit le prophète Mohammed : « *L'enfant appartient [au maître] du lit [conjugal]* »<sup>1305</sup>.

Dans les pays arabes, les textes coraniques et la Sunna définissent le mariage en faisant recours également au terme *nikah* qui signifie littéralement « *pénétration d'une chose dans une autre* »<sup>1306</sup>. Le mariage, *azzawaj* dans la langue arabe, est tiré du mot *paire* (*zawj*) qui désigne également le partenaire, ou l'époux<sup>1307</sup>. Ainsi, *azzawaj* désigne généralement la relation conjugale entre les époux, tandis que le *nikah* peut se référer à la fois au contrat de mariage et à l'acte sexuel licite qui découle du lien matrimonial<sup>1308</sup>. En droit musulman, on définissait l'acte de mariage ou *nikah* conclu entre un homme et une femme comme « *la possibilité de jouir l'un de l'autre et la volonté de fonder une famille pieuse et une bonne société* »<sup>1309</sup>.

Les recommandations coraniques encourageant le mariage ont trouvé leur écho chez les anciens juristes musulmans et théologiens qui ont insisté sur la satisfaction des besoins naturels au-delà de l'idée de procréation. Ainsi, la définition du *nikah* n'a pas fait l'unanimité parmi les anciens juristes musulmans, dans la mesure où ces derniers insistaient sur la notion de satisfaction masculine, ce qui constitue d'emblée une forme d'inégalité entre les époux. Chez les hanafites, les hanbalites, les malékites et les chaféites<sup>1310</sup>, le *nikah* désigne le contrat qui légalise la

---

<sup>1303</sup> BOUHDIBA, A. *La sexualité en islam* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.

<sup>1304</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 16.

<sup>1305</sup> AL-BOUKHARI, A. *Sahih al-boukhari recueil d'al-boukhari des hadiths authentiques du Prophète*. Vol. V. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2010, p. 245.

<sup>1306</sup> AL-MALIKI AL-SADILI, A. *Al-muqaddima al-izziyya lil-jama'a al-azhariyya : Introduction aux questions de jurisprudence selon le rite malékite*. Beyrouth : Dar al-kotob al-ilmiyah, 2007, p. 248 ; AL-UTHAYMÎN, M. *Le mariage en islam : Règles et implications*. Riyad : Éditions ANAS, 2006, p. 17.

<sup>1307</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 33.

<sup>1308</sup> AL-UTHAYMÎN, M. *op. et loc. cit.* ; AL-MALIKI AL-SADILI, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1309</sup> AL-UTHAYMÎN, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1310</sup> CAMIL, R. *Ahkam alusra fi ach-charia (Les dispositions familiales selon la charia)* [en arabe]. Riyad : Maktabat ar-Ruchd, 2014, p. 13 ; ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 34.



jouissance sexuelle. Ainsi, le mariage n'était pas perçu comme un engagement moral entre deux personnes pour fonder une famille. Ceux-ci se focalisaient sur le côté sexuel de cet acte, et considéraient que le mariage conférait principalement le droit du mari de jouir de son épouse. Dans le Code de la famille qatarien, ce but est expressément mentionné à l'article 9 : le « *but [du mariage] est la cohabitation et la chasteté (al ihsan)* ». Le mot *ihsan* porte le sens de la vertu dans la vie sexuelle d'une personne. Cette dernière peut être décrite comme *muhsin* ou *muhsina* quand elle s'abstient de toutes les relations sexuelles non agréées par la charia, soit les relations hors mariage légal. En ce sens, on peut dire que le mariage est un « *mode de régulation du comportement sexuel des individus* »<sup>1311</sup>. Dans cet article, une des fonctions du mariage est, indirectement, la satisfaction des besoins sexuels et affectifs dans le but de protéger les individus contre les relations sexuelles considérées comme immorales.

Ces questions ne sont pas propres au monde arabe. Elles ont été soulevées en France notamment par les mouvements féministes, critiquant la position de l'épouse comme prestataire de services sexuels gratuits<sup>1312</sup>.

Cette position a été modérée avec le temps par certains législateurs musulmans qui ont reconnu ce droit aux deux époux<sup>1313</sup>. Ainsi, aujourd'hui, l'obligation de satisfaire les besoins sexuels incombe également au mari vis-à-vis de son épouse. Si celui-ci est impuissant, cela peut être invoqué à l'appui d'une demande en divorce.

En revanche, le Code du statut personnel tunisien ne mentionne pas de manière explicite les relations sexuelles entre époux. L'article 23 stipule que : « *Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume ('urf wa 'ada)* ». Cependant, l'expression « *devoirs conjugaux* » dans cet article est généralement interprétée dans la jurisprudence dans un sens sexuel<sup>1314</sup>. En Tunisie, l'impuissance sexuelle est considérée comme un motif suffisant sur le plan juridique pour que l'un des époux demande le divorce<sup>1315</sup>.

De même au Qatar, où l'article 125 du Code de la famille qatarien prévoit que « *... le droit de l'épouse de demander la séparation en raison des défauts du mari tels que l'impuissance ou la castration, qu'elle soit congénitale ou accidentelle, ne deviendra pas caduc même si elle*

---

<sup>1311</sup> DRIESKENS, B. (dir.). *Les métamorphoses du mariage au Moyen-Orient* [édition numérique]. Beyrouth : Presses de l'Ifpo, 2008, §4.

<sup>1312</sup> Ainsi Simone de Beauvoir écrivait-elle dans *Le Deuxième sexe* : « *Pour [la prostituée et la femme mariée] l'acte sexuel est un service ; la seconde est engagée à vie par un seul homme ; la première a plusieurs clients qui la paient à la pièce* ».

<sup>1313</sup> ZWAHLEN, M. *Le Divorce en Turquie : Contribution à l'étude de la réception du Code civil suisse*. Genève : Librairie Droz, 1981, p. 42.

<sup>1314</sup> VOORHOEVE, M. « Production judiciaire des normes et vigilance de la société civile : Le cas de la sexualité en Tunisie. » *L'Année du Maghreb* (2017) : 341-358, URL : <http://journals.openedition.org/anneemaghreb/3114> .

<sup>1315</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°12678 du 7 juin 2007.

*accepte explicitement de tels défauts* ». Par ailleurs, selon l'article 123, « *chacun des conjoints peut demander la séparation en raison d'un défaut ou d'une maladie chronique qui rend la vie conjugale impossible* ».

De même, en Arabie Saoudite, selon l'école hanbalite<sup>1316</sup> en vigueur dans les tribunaux, le fait d'être impuissant sexuellement peut être une cause légitime d'annulation d'un mariage.

Sur ce point, la jurisprudence française admet que l'article 180, alinéa 2 du Code civil soit invoqué pour déclarer nul le mariage en cas d'absence de rapport sexuel normal, ceci étant conçu comme une erreur sur les « *qualités essentielles de la personne* »<sup>1317</sup>. Le refus d'avoir des rapports sexuels et l'impuissance peuvent par ailleurs constituer des motifs de divorce pour faute.

Si l'impuissance sexuelle peut être invoquée comme motif valable d'annulation du mariage, cela signifie que le mariage est pensé de manière indissociable de la sexualité. Le droit des quatre pays met en évidence le caractère inséparable de ces deux dimensions significatives de la vie de couple. Par rapport à cette question, les époux sont strictement égaux en droits puisque l'époux comme l'épouse peuvent invoquer ce motif. Toutefois, les représentations sociales instaurent une inégalité de fait au profit de l'époux. Sur le sujet de la sexualité, l'asymétrie entre femmes et hommes est extrême, dans les quatre pays objets de notre étude, même si le degré diffère. En effet, la représentation dominante veut que le désir sexuel émane avant tout de l'homme<sup>1318</sup>. La question de l'aptitude à la sexualité comme condition essentielle soulève ainsi indirectement celle des services sexuels gratuits que le mari exige de son épouse<sup>1319</sup>. On ne peut ignorer la fréquence du chantage affectif et de la pression psychologique et sociale exercée sur les épouses. Ces pressions peuvent prendre la forme de violences sexuelles. En 2017, la Fédération Nationale Solidarité Femmes (FNSF) déclare que « *le viol conjugal demeure la première violence sexuelle au sein du couple* »<sup>1320</sup>. Cependant, le viol conjugal n'a encore aucun statut dans le droit des pays arabes objets de cette étude.

---

<sup>1316</sup> ALHANBALI, M. *Kachâf al Qinâ' an aliqnâ'* [en arabe]. Vol. XI. Riyad : Ministère de la Justice du Royaume d'Arabie Saoudite, 2008. XVI vols., pp. 398-399.

<sup>1317</sup> L'article 180, alinéa 2 du Code civil stipule que « *s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ».

<sup>1318</sup> BOZON, M. *Sociologie de la sexualité : Domaines et approches* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2009.

<sup>1319</sup> WELZER-LANG, D. *op. cit.*, p. 90.

<sup>1320</sup> V. Observatoire des violences conjugales - FNSF 2017, accessible sur : <http://www.solidaritefemmes.org/chiffres-clés>.

**La question de la reproduction au cœur du mariage.** Certains auteurs, comme Ibn Uthaymîn, affirment que le but du mariage n'est pas uniquement la jouissance sexuelle, mais avant tout de « *fonder des familles pieuses et des bonnes sociétés* »<sup>1321</sup>. Dans cette perspective, le but suprême du mariage en droit islamique demeure la procréation et la perpétuation de l'espèce humaine, outre l'assise d'une relation pleine d'affection et de miséricorde entre les époux<sup>1322</sup>. En effet, la reproduction revêt un caractère recommandé en islam selon la tradition prophétique « *mariez-vous et procréez* »<sup>1323</sup>.

Dans le christianisme, la question de la reproduction est au cœur du mariage. Ainsi, la sexualité est tolérée uniquement dans le cadre du mariage ; cependant, même dans ce cadre, elle n'est légitimée que dans la mesure où elle a pour finalité naturelle la procréation. De ce fait, il était déconseillé de se marier notamment avec une femme stérile ou une femme ayant atteint l'âge de la ménopause<sup>1324</sup>. Le mariage, comme l'avait défini Duns Scot au XIII<sup>e</sup> siècle, est « *un mutuel transfert des corps du mari et de la femme, pour un usage perpétuel en vue de la procréation des enfants, à éduquer comme il convient* »<sup>1325</sup>. Si l'on considère la procréation comme un des buts essentiels du mariage, cela a des conséquences juridiques, notamment sur la fixation de l'âge de la majorité matrimoniale.

On voit qu'il n'y a pas, entre France et pays du golfe, qu'une simple opposition mariage religieux contre mariage laïque. Même en comparant les mariages religieux musulmans et chrétiens, il est notable que la France hérite d'une conception de la sexualité complètement différente de celle des pays héritiers de l'islam. En effet, dans la conception chrétienne, la sexualité est toujours à proscrire dans l'idéal, sauf dans l'optique de procréer ; le mariage constitue un moindre mal pour ceux qui ne peuvent résister à la tentation charnelle<sup>1326</sup>. En islam en revanche, la sexualité est considérée comme un besoin essentiel, mais qu'il convient d'accomplir dans un cadre moral strict.

Se démarquant des juristes classiques, les auteurs contemporains ne limitent pas le mariage au seul acte sexuel. Sur ce point, Abou Zuhra<sup>1327</sup> a déploré que les définitions classiques

---

<sup>1321</sup> AL-UTHAYMÎN, M. *op. cit.*, p. 18.

<sup>1322</sup> La Cour de cassation tunisienne définit le mariage comme « *un contrat par lequel un homme et une femme cohabitent sous le même toit pour se rencontrer sentimentalement et sexuellement et conserver la race humaine [...], cette définition est conforme aux principes de la charia* ». Cf. arrêt n°12678 du 7 juin 2007.

<sup>1323</sup> HADDAD, T. *Notre femme, la législation islamique et la société*. Alger : Éditions ANEP, 2005, p. 61.

<sup>1324</sup> HOUZIAUX, A. *op. cit.*, p. 20.

<sup>1325</sup> BAUD, J.-P. *L'affaire de la main volée*. Paris : Éditions du Seuil, 1993, p. 109.

<sup>1326</sup> SAINT AUGUSTIN. *op. et loc. cit.*

<sup>1327</sup> ABOU ZUHRA, M. *Mohadarat fi aqd alzawaj wa a'tharuhou (Des conférences sur le contrat de mariage et ses effets)* [en arabe]. Le Caire : Dar Alfikr Alarabi, 1971, p. 43.

cantonnent le mariage dans la jouissance sexuelle entre un homme et une femme<sup>1328</sup>, puisque selon lui le mariage est un engagement qui va au-delà de l'acte physique<sup>1329</sup>. Il l'a défini comme : « *le contrat qui légalise l'accouplement entre un homme et une femme et leur entraide, et qui détermine les droits et obligations de chacun des époux* »<sup>1330</sup>.

Ainsi, le mariage en islam associe à la fois le respect des instincts physiques des êtres humains, la satisfaction de leurs besoins spirituels et affectifs et la pureté de la société et sa consolidation<sup>1331</sup>. Outre le fait qu'il forme l'alliance entre deux familles, le mariage tend à la création d'une cellule familiale, « *la famille matrice* »<sup>1332</sup> à laquelle vont se juxtaposer de nouveaux membres suite au mariage des enfants.

Le recul de la religiosité en France a amoindri la conception du mariage comme seul cadre légal de satisfaction de besoins sexuels et a remis en question la pensée de la reproduction comme élément essentiel du mariage. La présence des enfants n'est plus nécessaire pour caractériser un mariage. Cette tendance a été appuyée par la doctrine qui a admis que la procréation n'était ni une fin du mariage ni une condition de ce dernier. Il peut exister un lien conjugal au sein d'un couple hétérosexuel sans procréation, soit par contrainte en cas de stérilité, soit par choix. L'impossibilité de procréer par voie naturelle relève de l'essence même des couples homosexuels. La reconnaissance juridique de mariages de personnes de même sexe en 2013 et par conséquent les liens familiaux issus de ce type de couples a déplacé les frontières de la notion classique de la famille et du mariage<sup>1333</sup>. En effet, de ce fait, le législateur français a entériné l'idée que la reproduction n'était pas une fonction essentielle du mariage.

---

<sup>1328</sup> ALMUTLAQ, A. *op. et loc. cit.* Encore faut-il que le mariage entre un homme et une femme ne soit pas frappé par l'une des interdictions suivantes : 1) l'existence d'un lien de sang entre les époux. A ce titre, l'homme ne peut pas se marier avec une de ses ascendantes (mère, grand-mère) ; une de ses descendantes (fille, petite fille), sœur, tante (maternelle ou paternelle) ; filles de ses sœurs ou de ses frères etc. 2) l'existence d'un lien par alliance, à savoir la mère de l'épouse et ses ascendantes, sa (ou ses) fille(s) et ses descendantes ; épouse du père. 3) l'existence d'une parenté par le lait, dont la nourrice, sa fille (dénommée sœur de lait) ; petite fille de la nourrice. 4) l'existence d'une interdiction temporaire comme celle de prendre pour épouses deux sœurs, ou une femme et sa tante *etc.* En dehors de ces interdictions, l'homme ne doit pas non plus faire la demande de mariage à une femme qui a déjà fait l'objet d'une autre demande ou encore une femme en période de viduité (après un divorce ou après un décès). Conformément aux versets coraniques, les hommes musulmans ne peuvent prendre pour épouse une femme athée, agnostique ou polythéiste, par contre ils peuvent prendre pour épouse une femme du livre, à savoir juive ou chrétienne. Le critère de l'islam chez les époux s'impose uniquement aux femmes musulmanes qui doivent obligatoirement se marier avec des musulmans. Cf. Camil, R. *op. cit.*, pp. 33-49.

<sup>1329</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1330</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 44.

<sup>1331</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 41.

<sup>1332</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 14.

<sup>1333</sup> MURAT, P. (dir.). *op. cit.*, p. 4.

## Paragraphe II - Une notion hybride à mi-chemin entre contrat et institution

La nature hybride du mariage fait qu'il n'est ni entièrement contractuel ni totalement institutionnel. En effet, le mariage présente des similarités avec un contrat, en cela qu'il est régi par le principe de l'autonomie de la volonté, et qu'il doit être conforme aux obligations légales et aux dispositions d'ordre public. Le non-respect de ces obligations engage la responsabilité des contractants. Globalement, le mariage se présente comme un accord de volontés limité par des règles légales définies à l'avance. L'accord de volontés occupe donc une place indéniable dans la formation du mariage ainsi que lors de sa conclusion. Sa force symbolique se matérialise lors de l'échange des consentements devant l'Officier d'état civil lors de la célébration du mariage à la mairie. Cependant, la place qu'occupe la volonté ici est très limitée dans la mesure où les parties ne peuvent modifier ou déroger aux dispositions légales imposées dans ce cadre.

La nature juridique du mariage comme institution ou contrat dépend du degré d'intervention étatique dans sa conclusion et de la marge laissée aux futurs mariés. Dans les quatre pays objets de notre étude, la dimension institutionnelle du mariage est présente, voire prédominante dans le cas de la France (A). Quant aux aspects contractuels, par lesquels la volonté propre des individus peut se manifester, nous verrons que ceux-ci caractérisent davantage le mariage dans les pays arabes objets de cette étude (B).

### A- Une institution encadrée par l'État

**L'encadrement de l'institution familiale.** Mesdames Théry<sup>1334</sup> et Leroyer<sup>1335</sup> ont souligné l'importance que revêt la famille en tant qu'institution au sein de la société, à travers le statut qu'elle confère aux personnes qui la forment. Selon ces auteures, la famille est avant tout « *une institution inscrite au sein d'un système symbolique de parenté* »<sup>1336</sup>. En effet, le statut de parent n'est pas un statut qu'une personne peut s'attribuer elle-même, mais il lui est conféré en vertu du lien de parenté qui la lie à son enfant conformément au système familial de la société dont elle est membre. C'est la société qui accorde ce titre et elle seule<sup>1337</sup>.

---

<sup>1334</sup> Irène Théry, sociologue française.

<sup>1335</sup> Anne-Marie Leroyer, professeur des universités en droit privé et sciences criminelles à la Sorbonne.

<sup>1336</sup> RAMPNOUX, R. *op. cit.*, p. 29.

<sup>1337</sup> *Ibid.*, p. 28.

C'est en tant que la famille est une institution sociale que l'intervention du législateur se justifie. Ainsi, en France, l'État est intervenu progressivement pour encadrer la vie familiale. Le dispositif mis en place témoigne de l'ampleur de cette intervention, et ce, depuis les années 1930<sup>1338</sup>. L'implication croissante de l'État dans la vie familiale s'est également matérialisée à travers la mise en place d'une politique sociale en 1945 par la création de la Sécurité sociale<sup>1339</sup>. Du fait de cette intervention toujours plus importante, Durkheim décrit l'État comme « *un facteur de la vie domestique* »<sup>1340</sup>.

Le législateur français s'est engagé à acter légalement tout ce qui concerne la famille<sup>1341</sup>, son évolution et son développement : « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »<sup>1342</sup>. À travers ses interventions législatives, l'État cherche à maintenir la paix, l'égalité et la sécurité générale au sein des familles dans la société, et ainsi à protéger la famille en tant qu'institution permettant la reproduction et la socialisation des individus.

Comme précédemment mentionné<sup>1343</sup>, les constitutions des pays arabes étudiés accordent une place non négligeable à la famille en soulignant l'importance du rôle de l'État et de son devoir de protéger cette institution.

**La prédominance du caractère institutionnel du mariage en droit français.** En France, la lacune relative à la définition et la nature juridiques du mariage a renforcé l'ambiguïté quant à cette question, et a relancé le débat en doctrine entre les défenseurs de la conception contractuelle et ceux de la conception institutionnelle. L'objectif était de déterminer la place de la volonté de l'individu, son exercice des principes primordiaux tels que la liberté et l'égalité,

---

<sup>1338</sup> Vie-publique. (août 2018). *Les acteurs de la politique familiale*, accessible sur le site : <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/famille/acteurs/>. L'encadrement juridique et social de la vie familiale s'est opéré la même année à travers la publication du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et la natalité française, communément appelé le Code de la famille. Il s'agit de « *la première tentative cohérente d'une véritable politique familiale en France avec un objectif nataliste clairement affiché* » Cf. RAMPNOUX, R. *op. cit.*, p. p. 24.

<sup>1339</sup> Celle-ci dispose d'une branche spécialement dédiée à la famille, celle des allocations familiales, représentée par la caisse nationale des Allocations familiales (CNAF) et les caisses d'Allocations familiales (CAF). Ces dernières sont des organismes de droit privé qui assurent une mission de service public, régies par les dispositions du Code de la sécurité sociale. Ces caisses gèrent aussi bien les aides en faveur des familles mais également les logements à travers notamment le versement d'aides financières au logement dans l'objectif de la lutte contre la précarité et l'exclusion sociale. Tous ces organismes travaillent dans un cadre juridique fixé et contrôlé par l'État, qui en détermine les fonctions et en fixe le budget et les ressources. L'action publique en faveur des familles a pris de nombreuses formes : outre la création d'un ministère des Solidarités et de la Santé qui s'intéresse entre autres à la famille et à l'enfance, une délégation interministérielle dédiée à la famille a été créée au sein de l'État. Par ailleurs, le Haut Conseil de la population et de la famille, un organisme consultatif, a été créé pour éclairer le président de la République et le gouvernement notamment sur les questions relatives à la famille.

<sup>1340</sup> RAMPNOUX, R. *op. et loc. cit.*

<sup>1341</sup> *Ibidem.*

<sup>1342</sup> Préambule de la Constitution de 1946 repris dans la Constitution de 1958.

<sup>1343</sup> Cf. Titre II ; Chapitre I ; Section II ; Paragraphe II ; A ; p. 120-121.



dans le respect des dispositions légales. Aucune thèse n'a emporté l'unanimité. En effet, la particularité du mariage réside dans le fait qu'il se situe à mi-chemin entre le contrat et l'institution. Il s'agit à la fois d'un contrat basé sur un accord de volontés, une convention selon laquelle deux personnes s'accordent à s'unir pour la vie et à fonder une famille, et une institution protégée par l'État et soumise à l'ordre public.

En France, la Constitution de 1791 considérait le mariage comme un contrat civil du fait de l'échange de consentements des époux. Ce caractère contractuel se manifestait également lors de la rupture du lien conjugal du fait de l'admission du divorce par consentement mutuel. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Planiol définissait encore le mariage comme étant un « *contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré* »<sup>1344</sup>. Ce caractère contractuel s'est affaibli face au nombre d'obligations légales devant être respectées par les futurs époux.

En France, l'idée selon laquelle le mariage est principalement un contrat civil a été battue en brèche par la doctrine qui y voit, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, un acte institutionnel réglementé par la loi dans lequel la volonté des parties est très limitée, cette dernière ne pouvant en modifier librement les effets à la différence des autres contrats<sup>1345</sup>.

Un auteur définit le mariage comme un mode d'union permettant de « *réaliser une espèce spéciale de valeur* » caractérisée par « *la reconnaissance solennelle de l'État* »<sup>1346</sup>, c'est-à-dire que l'union reconnue officiellement s'oppose de ce fait même aux autres types d'associations. C'est en ce sens que l'auteur considère le mariage comme « *une ressource culturelle sociétale précieuse permettant aux personnes de manifester de la manière la plus solennelle possible leur engagement consistant à fonder une union à la fois intime et stable* »<sup>1347</sup>. La domination du caractère institutionnel provient du fait que le mariage n'est pas une affaire privée mais publique, gérée par l'État.

L'affirmation du principe de liberté de mariage n'empêche pas l'intervention du législateur. En effet, le Conseil constitutionnel a estimé que la liberté du mariage, même fondée sur les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789 « *ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette*

---

<sup>1344</sup> RIPERT, G. et PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil : Principes généraux, les personnes, la famille, les incapables, les biens*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1920, p. 238.

<sup>1345</sup> SALAMA, M-M. *op. cit.*, p. 37.

<sup>1346</sup> TSARAPATSANIS, D. « Le mariage en tant que concept interprétatif. Une approche dworkinienne du mariage homosexuel. » DELMAS, G., MAFFESOLI, S.-M. et ROBBE, S. *Le traitement juridique du sexe*. Paris : L'Harmattan, 2010. 31-46, p. 44.

<sup>1347</sup> *Ibidem*.



*compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »<sup>1348</sup>. En effet, l'obligation de non-ingérence dans la liberté du mariage est une obligation relative et non absolue. À cet égard, le Conseil constitutionnel admet les ingérences légales du législateur pour des motifs objectifs, à savoir la limitation de la liberté de mariage dans le but de lutter contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale<sup>1349</sup>, ou pour des motifs subjectifs comme c'est le cas de la protection de personnes en curatelle. Par cette admission, le Conseil constitutionnel tient à contrôler le respect de l'ordre public, et particulièrement, la lutte contre la fraude.

L'État français régit les conditions de conclusion et de validité du mariage du début à la fin sans laisser aucune marge d'intervention aux parties. Ainsi, même si deux personnes s'accordent à s'unir sous les liens du mariage, elles doivent tout de même respecter toutes les formalités relatives au mariage prévues dans le Code civil dans le chapitre II du titre V relatif au mariage, pour que leur acte de mariage ait une force juridique.

En effet, en France, l'aspect institutionnel du mariage se matérialise par le respect des formalités relatives à la célébration du mariage énumérées dans les articles 165 et suivants du Code civil, à savoir la publication des bans<sup>1350</sup> et la fourniture d'un certain nombre de pièces relatives à l'état civil des deux futurs mariés, avant la célébration du mariage devant un Officier d'état civil lors d'une cérémonie publique<sup>1351</sup>. À ces formalités s'ajoute l'obligation de l'échange de consentements par l'Officier d'état civil, qui lui seul peut prononcer le mariage au nom de la loi, et atteste l'acte de mariage dans les registres d'état civil. Le caractère institutionnel du mariage apparaît plus fort que la dimension contractuelle, puisque le mariage ne peut se conclure sans recourir à ces éléments institutionnels. Ce mélange entre le caractère institutionnel et contractuel accentue l'originalité du mariage et le distingue des autres formes d'unions prévues dans le Code civil.

À la lumière de ce qui précède, il peut être conclu que le caractère institutionnel est prédominant dans le cadre du mariage français<sup>1352</sup>.

**Les éléments institutionnels présents dans le mariage islamique.** Le mariage en islam, à l'instar du mariage en France, est certes fondé sur l'accord de volontés, mais se trouve

---

<sup>1348</sup> V. Décision n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012.

<sup>1349</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 317.

<sup>1350</sup> V. également articles 63 et 64 du Code civil.

<sup>1351</sup> Article 165 du Code civil.

<sup>1352</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 312.

également régi par des dispositions impératives qui gouvernent les rapports des deux individus. Selon l'imam Malik et Ghazali, le mariage est une institution divine<sup>1353</sup> où la place de la volonté des individus est restreinte par la force de l'intervention de la Loi à travers des dispositions impératives. Si on ajoute à ces dispositions les règles spécifiques de l'islam, on s'éloigne davantage de la conception du mariage en tant que contrat où la volonté revêt toute sa force.

Le droit tunisien, comme le droit français, parle dans le Code du statut personnel d'acte de mariage et non pas de contrat, et encadre strictement les conditions de validité et de conclusion du mariage<sup>1354</sup>. En effet, le mariage en Tunisie ne peut être établi oralement. Il ne suffit pas qu'il y ait un accord de volontés, ou l'échange de consentements dans une sphère privée pour que le mariage soit conclu et reconnu légalement, il doit obligatoirement, conformément aux dispositions de l'article 4 du CSPT, être rédigé sous la forme d'un écrit authentique dans les formalités prévues par la loi. De ce fait, en Tunisie, seuls les notaires et les officiers d'état civil sont habilités à établir et transcrire les actes de mariage à la lumière des pièces fournies par les futurs mariés en présence de deux témoins honorables<sup>1355</sup>.

Ces procédures montrent que la Tunisie se rapproche plus des pays occidentaux que des pays du golfe Arabe objets de notre comparaison, puisqu'il y est interdit de conclure un mariage devant un responsable religieux (*maazoun* ou imam).

Au Qatar, l'acte de mariage, conformément à l'article 10 du Code de la famille, est établi par un contrat formel délivré conformément à la loi. Cette formalité n'est pas une condition de validité de l'acte de mariage, mais uniquement un moyen de preuve de ce dernier. Ainsi, à défaut d'écrit ou de preuve légale, le juge étudie au cas par cas les circonstances de chaque espèce, et son jugement fera office d'acte de mariage. Cette souplesse du législateur qatarien démontre qu'il n'est pas totalement opposé aux mariages non écrits, autrement dit aux mariages « *orfi* », même s'il a posé la règle de l'authentification de l'acte de mariage dans l'article 10 du Code de la famille.

Certes, le droit qatarien, à l'instar du droit tunisien et français, prévoit que le fondement du mariage est l'accord de volontés, mais cela ne suffit pas : il faut respecter plusieurs conditions de forme et de fond conformément à la loi.

---

<sup>1353</sup> CHEBEL, M. *Dictionnaire des symboles musulmans : Rites, mystique et civilisation* [édition numérique]. Paris : Éditions Albin Michel, 2001, v° *mariage*.

<sup>1354</sup> L'article 4 du Code du statut personnel tunisien stipule que « *la preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte authentique dans des conditions fixées par une loi ultérieure* ».

<sup>1355</sup> Article 3 du Code du statut personnel tunisien.

L'Arabie Saoudite, et en raison de l'absence de codification du droit de la famille, ne dispose pas de dispositif légal qui régit le mariage, sa définition ou encore sa nature juridique. En raison de cette lacune, on peut déduire des dispositions de la Constitution saoudienne que le droit interne est régi par la charia. Pour être reconnu légalement, l'acte de mariage ne peut être établi oralement, mais doit être rédigé par écrit par un notaire (*maazoun*) conformément aux dispositions du droit musulman.

En Arabie Saoudite, les prescriptions de la charia se fondent sur les dispositions du Coran, de la Sunna, de la jurisprudence des oulémas ainsi que la coutume (*urf*). De ce fait, l'acte de mariage est un acte conclu en présence des futurs mariés, du *wali* de l'épouse et de deux témoins, par le notaire qui rédige l'acte de mariage, le plus souvent à domicile. Le notaire (*religieux*) désigné par l'État, après avoir vérifié que toutes les conditions légales du mariage sont réunies, et qu'il n'existe pas d'empêchement à la conclusion de ce dernier, dresse l'acte de mariage dûment signé par les mariés, le *wali* et les témoins. Il le transcrit par la suite sur le registre réservé à cet effet au Ministère de la Justice, en lettres lisibles, accompagné de sa signature et son sceau. Ensuite, le tribunal certifie la validité de la signature et du sceau dudit notaire après avoir vérifié le respect de la procédure lors de la conclusion de l'acte de mariage.

## **B- La liberté relative des futurs époux quant aux modalités de l'union**

Malgré le fait que le mariage a un aspect institutionnel obéissant à des conditions bien définies par le droit, il n'a jamais été exclusivement conçu en tant qu'institution. Du fait que la personne de chacun des époux se trouve engagée vis-à-vis de l'autre, la volonté des deux époux a une importance majeure. Selon Portalis, le mariage introduisait « *l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit* »<sup>1356</sup>, c'est-à-dire pouvant être organisé par la volonté des époux, tout en demeurant « *un contrat perpétuel par sa destination* »<sup>1357</sup>.

Les quatre pays dont nous traitons ici s'accordent sur le fait que le mariage a une dimension contractuelle, dont l'importance varie considérablement d'un pays à l'autre.

**La dimension contractuelle limitée du mariage en droit français.** Un des éléments importants qui permet d'éclairer la nature juridique du mariage en droit français est la dissociation entre l'acte de mariage (ou l'acte de l'état civil), preuve légale du mariage<sup>1358</sup>, et le contrat de mariage (ou acte notarié), facultatif<sup>1359</sup>.

L'acte de mariage est un acte écrit et authentique dressé par un officier de l'état civil qui fait office de preuve de la situation matrimoniale des époux<sup>1360</sup>. En revanche, le contrat de mariage est un acte juridique écrit, établi par-devant notaire en vertu duquel les mariés encadrent le régime matrimonial qui sera applicable pendant le mariage et jusqu'à la dissolution de celui-ci<sup>1361</sup>. Étant un acte contractuel de droit privé, ce sont les règles de droit commun de validité des contrats qui seront applicables par analogie<sup>1362</sup>. De même, à l'instar des autres formes de contrat, il ouvre droit à la réparation pour préjudice.

De ce fait, le caractère institutionnel du mariage en droit français prédomine sur le caractère contractuel, qui est quasiment effacé. Ainsi, l'acte même qui porte conclusion du mariage n'est pas un contrat, mais un acte juridique soumis à de nombreuses formalités légales, et ne laissant pas de possibilité de modifications aux parties.

---

<sup>1356</sup> BLOQUET, S. « Le mariage, un "contrat perpétuel par sa destination" (Portalis). » *Napoleonica. La Revue* (2012) : 74-110, 76.

<sup>1357</sup> *Ibidem*.

<sup>1358</sup> Selon l'article 194 du Code civil, « *nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil ; sauf les cas prévus par l'article 46 [...]* ».

<sup>1359</sup> PARQUET, M. *op. cit.*, p. 73.

<sup>1360</sup> Articles 34 et s. du Code civil.

<sup>1361</sup> Articles 1394 et 1395 du Code civil.

<sup>1362</sup> Articles 1156 et s. du Code civil.

Le contrat de mariage à proprement parler est facultatif, conclu selon la volonté des parties par devant notaire pour régir leur régime matrimonial. En son absence, c'est le régime légal qui s'applique<sup>1363</sup>. Même dans le cadre du contrat de mariage, les époux n'ont aucune marge de manœuvre pour insérer une condition ou une clause relative aux personnes, ce qui est en revanche possible dans les autres pays objets de notre étude, comme nous le verrons ci-dessous. Ainsi, la présence ou l'absence d'un contrat de mariage n'affecte que partiellement la gestion matrimoniale des époux, mais n'établit en aucun cas leur statut matrimonial, attesté par l'acte de mariage. De ce fait, l'existence d'un contrat de mariage n'est pas la preuve de la nature contractuelle du mariage lui-même.

Si les futurs mariés décident d'établir un contrat de mariage pour régir leur régime matrimonial pendant le mariage et après la dissolution de ce dernier, ils doivent ici encore respecter scrupuleusement les formalités prévues dans les articles 1387 et suivants du chapitre 1<sup>er</sup> du Titre V du Code civil intitulé « *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux* », qui énumèrent les différents régimes matrimoniaux existants<sup>1364</sup>. En vertu de ces dispositions, on peut résumer que les parties doivent établir leur contrat devant notaire en présence de toutes les personnes concernées et avec leur consentement<sup>1365</sup>. Au moment de la signature du contrat, le notaire remet aux parties un certificat qui énumère leurs coordonnées ainsi que la date dudit contrat. Il remet ensuite ce certificat à l'Officier d'état civil avant la célébration du mariage<sup>1366</sup>.

En droit français, l'atténuation du caractère contractuel du mariage peut être aisément déduite des dispositions de l'article 1101 du Code civil qui définit le contrat. En effet, ce dernier est défini comme étant « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». De cet article, on peut déduire les critères principaux de la notion de contrat, qu'on ne peut calquer entièrement sur le mariage. En effet, si le mariage est, comme tout contrat, fondé sur l'accord de volontés des futurs époux, ces derniers n'ont cependant aucune latitude pour modifier la teneur de l'acte de mariage ni insérer une clause dans le contrat de mariage. Selon l'article 1388 du Code civil, « *les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage* ». De ce fait, le mariage se rapproche davantage d'un contrat d'adhésion<sup>1367</sup> que d'un contrat synallagmatique.

Cependant, il faut souligner en France un recul de l'ordre public matrimonial au profit de la

---

<sup>1363</sup> Article 1394 alinéa 3 du Code civil.

<sup>1364</sup> Article 1393 alinéa 1 du Code civil.

<sup>1365</sup> Article 1394 alinéa 1 du Code civil.

<sup>1366</sup> Article 1394 alinéa 2 du Code civil.

<sup>1367</sup> SALAMA, M-M. *op. et loc. cit.*

liberté contractuelle<sup>1368</sup>. Cette liberté affecte certains devoirs entre époux tels que le devoir de fidélité, qui semble s'affaiblir dans la jurisprudence. On pourra notamment citer un jugement prononcé par la Cour de cassation en 1999 considérant comme licite la transmission d'une somme d'argent par héritage d'un homme marié à sa maîtresse<sup>1369</sup>.

**Le contrat de mariage en droit musulman et en Tunisie.** Pour le professeur Ben Mrad, « *le mariage n'est qu'un contrat officiel entre l'homme et la femme, qui permet à chacun de jouir de la personne de l'autre, et qui crée entre les deux des devoirs réciproques* »<sup>1370</sup>. L'objet spécifique qu'est le mariage en fait un contrat particulier qui n'a pas pour objet un bien ou un service, mais les qualités morales et physiques des futurs mariés<sup>1371</sup>.

Jadis, le mariage musulman s'effectuait oralement en présence des époux (ou l'époux), du tuteur et des témoins. Avec l'évolution des sociétés, et afin d'éviter les dérives qui peuvent survenir, le mariage est devenu un acte écrit relevant certes de la sphère privée, mais nécessitant l'intervention d'un représentant de l'autorité religieuse (*maazoun*) dans certains pays du golfe Arabe, ou d'un notaire comme c'est le cas de la Tunisie. Le Coran a insisté sur l'obligation de l'écrit dans les transactions financières : « *Ô les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit* »<sup>1372</sup>. Dans la culture musulmane, la nécessité de l'écrit a été respectée aussi bien dans les transactions financières et politiques que commerciales, mais ne s'est pas étendue aux actes privés, dont le mariage, où l'oralité et le témoignage sont restés prévalents.

En effet, les contrats de mariage n'étaient pas écrits au temps du prophète Mohammed, notamment du fait que l'écriture n'était alors pas répandue dans la péninsule arabe. De plus, la ville de Médine étant peu peuplée à cette époque, lorsque deux personnes se mariaient, toute la ville était informée de ce mariage de par les signes apparents de la fête. La donne a changé depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. De nombreuses législations arabes, dont la législation égyptienne de 1897 et la législation ottomane de 1917 ont imposé les contrats de mariage écrits comme moyen de preuve qui garantit les droits des enfants à naître et des époux, et particulièrement de l'épouse notamment après le décès de son mari<sup>1373</sup>.

---

<sup>1368</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013.

<sup>1369</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 3 février 1999, Bull. n° 43.

<sup>1370</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 25.

<sup>1371</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>1372</sup> Coran (1 : 282).

<sup>1373</sup> ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya li akd azawaj (Les conditions formelles du contrat de mariage) [en arabe]. » *Almajala alqanouniyya attounoussiya (Revue tunisienne de droit)* (2005) : 101-151, p. 141.

Le législateur tunisien lui aussi a imposé l'écrit et le respect de la formalité de mariage devant un Officier d'état civil ou un notaire comme une condition de validité du contrat de mariage (*ad validitatem*), mais également comme une condition de preuve (*ad probationem*). À ce titre, l'article 4 alinéa 1 du CSPT a prévu que « *la preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte authentique dans les conditions fixées par une loi ultérieure* ». À ce titre, l'article 36 de la revue d'état civil considère comme nul tout mariage conclu dans l'inobservation des formalités imposées par la loi<sup>1374</sup>. En Tunisie, le contrat de mariage est devenu l'acte juridique conclu par deux personnes majeures (ou, pour le mineur, par le tuteur), qui scelle l'union de deux personnes en vue de contracter mariage<sup>1375</sup>. Aussi bien le notaire que l'Officier d'état civil doivent respecter certaines obligations, dont la publicité, pour le rendre opposable aux tiers.

Le Code du statut personnel tunisien, à l'image du Code civil français, ne définit pas le mariage. Il peut toutefois être déduit de ses dispositions qu'il s'agit d'un acte foncièrement consensuel, puisque l'article 3 alinéa 1 précise qu'il n'est formé que par le consentement des deux époux. Ici encore, nous sommes dans l'optique d'une base contractuelle du mariage, à savoir que le fondement même du mariage est l'accord de volontés, et l'échange de consentements. Cependant, malgré quelques similitudes entre droits français et tunisien, une différence de taille les sépare. En effet, quand le droit français distingue l'acte de mariage (qui atteste la situation matrimoniale des époux) du contrat de mariage (qui gère le régime matrimonial), le droit tunisien permet aux parties d'insérer dans l'acte de mariage lui-même toutes les clauses et conditions relatives aux personnes ou aux biens<sup>1376</sup>. Le non-respect d'une de ces clauses ou la non-exécution d'une de ces conditions mentionnées dans le contrat peut être un motif de divorce. Cette possibilité d'insertion de clauses dans l'acte de mariage est un héritage de la jurisprudence islamique (*fiqh*)<sup>1377</sup>. Cependant, ces clauses sont encadrées par l'article 21 du CSPT qui frappe de nullité toute clause contraire à l'essence même du contrat ou contrevient aux dispositions de certains articles<sup>1378</sup>.

Ainsi, Bahri Guiga<sup>1379</sup> considère le contrat de mariage comme un contrat de droit civil « *assimilé à un acte de vente ordinaire, conclu par-devant notaire qui consigne l'accord de*

---

<sup>1374</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. « Tatawur qanoun alusra min khilal majalat alahwal alchakhsia (L'évolution du droit de la famille à travers le Code du statut personnel) [en arabe]. » *Revue de la jurisprudence et de la législation* (2006) : 23-44, n°3 p. 28.

<sup>1375</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 23.

<sup>1376</sup> Article 11 du CSPT.

<sup>1377</sup> Il convient de noter que le terme « *choix de condition* » (ou *khiar alchart*) mentionné dans la version arabe de l'article ci-dessus est inspiré de la jurisprudence islamique.

<sup>1378</sup> Article 3 alinéa 1<sup>er</sup> concernant le consentement des deux époux, article 5 alinéa 1<sup>er</sup> et aux articles 15, 16, 17, 18, 19 et 20 du même Code.

<sup>1379</sup> Avocat et homme politique tunisien ami proche de l'ancien président Habib Bourguiba (4/3/1904- 2/9/1995).



*deux prétendants de s'unir en mariage* »<sup>1380</sup>. Le contrat de mariage dont parle cet auteur correspond à l'acte de mariage dressé devant le notaire qui officialise l'union entre les deux époux. Par conséquent, on peut affirmer qu'en droit tunisien, le mariage est plutôt un contrat institutionnalisé qu'une institution contractuelle.

Au Qatar, l'article 9 du Code de la famille définit le mariage comme « *un contrat légitime entre un homme et une femme sur la base de la durabilité, son but est la cohabitation, la sécurisation et la chasteté* ». Seul droit de notre étude comparative qui définit le mariage, le droit qatarien ne parle pas d'acte de mariage comme le fait le droit français et tunisien, mais de contrat, ce qui lève toute ambiguïté quant à sa nature juridique.

Le législateur qatarien, comme son homologue tunisien, a accordé aux futurs époux la possibilité d'insérer des conditions dans le contrat de mariage, qu'il a tout de même encadré par les dispositions de l'article 53 du Code de la famille qatarien. L'article 53 alinéa 1 frappe de nullité le contrat de mariage lui-même en cas d'insertion d'une condition contredisant l'essence du contrat, comme c'est le cas d'une condition qui limite le mariage dans le temps<sup>1381</sup>. Cet alinéa s'appliquera, par exemple, si le mari ajoute une clause de refus de versement de la dot ou de l'entretien financier à son épouse. En effet, puisque dot et entretien sont des conditions de fond du mariage<sup>1382</sup>, ce type de clause contreviendrait à l'essence du contrat.

L'article 53 alinéa 2 quant à lui frappe de nullité uniquement la condition et non pas le contrat lui-même, si la condition insérée contredit des dispositions de la charia ou leurs implications sans contrevenir à l'essence du contrat de mariage.

Si la condition insérée ne contredit ni l'origine du contrat ni son contenu ni n'est illégale (*haram*) sur le plan religieux, elle doit être respectée. L'épouse peut par exemple insérer des clauses prévoyant que son mari ne puisse l'obliger à voyager ou s'installer à l'étranger, lui interdire de travailler ou de continuer ses études. En cas de non-respect, la partie l'ayant insérée dans le contrat a le droit de demander la dissolution du mariage.

Le système juridique appliqué en Arabie Saoudite est identique à l'article 53 du Code de la famille qatarien. À l'image de la Tunisie et du Qatar, l'Arabie Saoudite accorde aux futurs mariés la possibilité d'insérer des conditions dans leur contrat de mariage. Cependant, ces conditions ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions de la charia islamique.

---

<sup>1380</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 15.

<sup>1381</sup> Cette condition contredit aussi bien l'esprit de l'article 9 du Code de la famille qui a défini le mariage comme étant un contrat légitime entre un homme et une femme à durée illimitée selon les principes de l'islam.

<sup>1382</sup> Articles 37 et suivants du Code de la famille qatarien.

En somme, si en France les époux peuvent seulement choisir par contrat la manière dont ils souhaitent régir leurs patrimoines financiers et l'administration de leurs biens, dans les pays arabes en revanche le contrat de mariage peut fixer certaines conditions relatives aux époux. Si dans les pays du golfe, le mariage, rattaché aux dispositions de la charia, est pensé comme un contrat de droit privé ne nécessitant pas l'intervention d'une autorité gouvernementale pour être validé, on peut se demander si en France l'intervention importante de l'État dans l'encadrement de la conjugalité ne serait pas la conséquence de la laïcisation du mariage.

**Les enjeux de l'ajout de clauses contractuelles pour l'égalité entre époux.** En l'absence de législation garantissant les droits des femmes et consacrant le principe d'égalité entre les conjoints, il est à noter que la femme a la possibilité d'insérer dans son contrat de mariage des clauses jointes, telles la clause de monogamie<sup>1383</sup> ou encore la clause accordant à l'épouse un mandat spécial ordinaire de répudier son mari le cas échéant. Ces clauses peuvent ainsi empêcher certaines inégalités demeurant de droit entre les époux. Cependant, la validation d'une clause dépend de l'interprétation personnelle de chaque notaire (*maazoun*).

Ainsi, si l'insertion de clauses au sein du contrat de mariage est la principale manifestation de la liberté reconnue aux futurs époux quant à leur vie conjugale, celle-ci ne peut prendre, en règle générale, que les formes socialement acceptées. Il est donc légitime d'émettre des doutes sur la capacité d'un système de clauses à rétablir l'égalité entre époux au sein d'une société où les structures patriarcales prédominent.

---

<sup>1383</sup> Selon les interprétations des juristes et *mazzoun* saoudiens, cette clause est tantôt considérée comme légale, tantôt comme contrevenant aux dispositions de la charia.

## Conclusion

Le mariage peut ainsi être défini comme un engagement moral, traditionnel, religieux pour les pays arabes, et laïque en France. Conclu pour une durée indéterminée, il est caractérisé par la cohabitation entre les époux et reste le seul cadre légitime de satisfaction des besoins sexuels et de la reproduction pour les pays arabes contrairement à la France. Les liens tissés par le mariage vont au-delà de simples rapports sexuels entre les époux, ils les dépassent pour créer un lien affectif. Ils confèrent des droits et créent des obligations.

La comparaison du droit français et des pays arabes objets de cette étude, dans lesquels le cadre juridique du mariage est moins fourni qu'en France, montre que de manière générale, l'insuffisance et le silence de la loi en matière de mariage constituent un problème en cela qu'elle ne protège pas suffisamment les femmes. En effet, dans la mesure où persistent d'une part d'importantes inégalités de genre sur le plan social, et d'autre part une inégalité structurelle entre femmes et hommes dans la conception juridique et sociale du mariage, le législateur n'a pas d'autre choix que de prendre en compte la réalité sociologique de son temps. En effet, il relève du rôle du législateur de garantir non seulement une égalité dans la loi, mais aussi de mettre en place des mesures juridiques permettant d'aboutir à une égalité réelle.

C'est dans ce cadre qu'il peut être considéré que l'institutionnalisation du mariage, en définissant un cadre strict, peut garantir certains droits pour les femmes mariées si ceux-ci sont promus par le législateur.

En France, à la lumière de toutes les formalités légales imposées aux futurs mariés et de la marge de modification extrêmement faible aussi bien dans l'acte que dans le contrat de mariage, et enfin du fait de la dissociation juridique entre ces deux documents, il apparaît que le mariage est davantage une « *institution contractuelle* » qu'un « *contrat institutionnalisé* »<sup>1384</sup>.

Ce n'est pas le cas des pays arabes objets de notre comparaison qui fusionnent l'acte et le contrat de mariage en permettant aux futurs mariés d'insérer des clauses relatives aux personnes et aux biens. Ce sont ces clauses, encadrées soit par la loi (comme c'est le cas de la Tunisie) soit par la charia (comme c'est le cas de l'Arabie Saoudite et Qatar) qui renforcent le caractère contractuel du mariage dans ces pays, d'où sa qualification de « *contrat institutionnalisé* ».

---

<sup>1384</sup> ARCHER, F. « Le mariage est-il un contrat ou une institution ? [édition numérique]. » *CNFPT* (2012).

## **Section II - Le principe d'égalité au prisme des évolutions du mariage**

Le mariage est avant tout une institution religieuse de laquelle les législateurs se sont inspirés puis distanciés, dans des mesures différentes selon les pays, pour aboutir à une codification juridique de cette union (Paragraphe I). L'apparition d'autres formes d'unions conjugales, dans un contexte de recul du mariage, complexifie la protection de ces droits en questionnant le rôle du législateur, mais aussi redéfinit la place de chaque époux (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - De la pratique religieuse à l'union civile**

La continuité entre la tradition religieuse du mariage et sa forme juridique contemporaine se réalise de manière très différente entre la France et les pays arabes.

En France, l'État a progressivement pris, depuis plusieurs siècles, le relais de l'Église pour encadrer l'institution matrimoniale. En Tunisie, la reprise par l'État de la réglementation du mariage et de la famille a lieu en 1956 lors la création du Code du statut personnel. Dans ces deux pays, tout en s'inscrivant dans une certaine continuité culturelle, la création du mariage civil a permis de prendre une indépendance vis-à-vis des pouvoirs religieux concernant le droit privé (A). La situation est très différente en Arabie Saoudite et au Qatar où l'institution et la loi religieuse occupent encore une place cruciale dans les questions de droit privé. Toutefois, il faut souligner dans le monde arabe une progression en terme de codification du droit de la famille, signant davantage d'intervention des gouvernements dans le domaine privé. Nous verrons en quelle mesure la codification en droit positif a permis, selon les pays, des progrès pour l'égalité des époux (B).

## A- La réappropriation étatique d'une institution religieuse : entre continuité et rupture

Aussi bien dans les pays arabo-musulmans que dans les pays occidentaux de tradition chrétienne, le mariage a pour fondement principal la religion.

Durant le Moyen Âge en France, le mariage était régi par le droit canonique. L'ordonnance royale de 1539, dite de Villers-Cotterêts<sup>1385</sup> qui institue ce qui deviendra l'état civil, a confié à l'Église la tenue des registres paroissiaux des baptêmes, mariages et décès. De ce fait, l'Église disposait d'un puissant moyen pour imposer sa conception du mariage, à savoir une union sacrée et indissoluble. En amont du mariage, l'Église avait seule le pouvoir de prévoir des empêchements au mariage et de les lever par la suite. Il en allait de même pour les séparations de corps<sup>1386</sup>.

Le mariage a connu ensuite des évolutions significatives. Sous l'Ancien Régime, le droit du mariage a divergé du strict droit canonique en ce qui concerne le consentement. En effet, si dans la conception catholique le seul consentement des époux était suffisant, le droit français a alors institué l'obligation d'avoir également l'accord des parents des époux. Des moyens répressifs et dissuasifs étaient mis à la disposition des parents afin d'empêcher la célébration de l'union de leurs enfants. Sur ce point, les principes fondamentaux du mariage différaient entre droit français et droit canonique, même si au demeurant c'était le rôle de l'Église catholique de célébrer les unions<sup>1387</sup>.

Ce monopole de l'Église était perçu comme discriminatoire par les non-catholiques qui ne pouvaient se marier à l'Église, et dont les mariages étaient considérés juridiquement comme nuls. À la suite de nombreuses contestations, un édit a été signé par Louis XVI le 29 novembre 1787 dit « *édit de la tolérance* » instaurant le mariage civil pour les non-catholiques<sup>1388</sup>. Le mariage pouvait au choix des parties être célébré par un prêtre catholique ou par un juge royal. À la suite de la Révolution française de 1789, le gouvernement reprend en partie son rôle de réglementation de l'état civil, tout en maintenant l'implication de l'Église en la matière, puisque « *la Constituante laisse la tâche d'enregistrer les naissances, les mariages et les décès au*

---

<sup>1385</sup> Cette Ordonnance est également célèbre pour avoir imposé la rédaction des actes légaux et notariés en français au lieu et place du latin.

<sup>1386</sup> HERMONT-BELOT, R. «La révolution du mariage civil [édition numérique].» *L'Histoire* (2016), accessible sur le site : <http://www.lhistoire.fr/la-révolution-du-mariage-civil> .

<sup>1387</sup> BRULEY, Y. « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité. » *Napoleonica. La Revue* (2012) : 111-126, p. 115.

<sup>1388</sup> L'Édit de tolérance (29 novembre 1787) accessible sur le site : <https://www.museeprotestant.org/notice/l-edit-de-tolerance-29-novembre-1787/> .

*clergé paroissial* »<sup>1389</sup>. Ce n'est que l'année suivante que l'on désignera les membres du clergé ayant prêté serment à la Constitution par l'appellation de clergé constitutionnel. Seul le clergé constitutionnel pouvait assumer les tâches liées à l'état civil en tant que représentant de la République française. Du fait de l'échec de la Constitution civile du clergé, le processus de laïcisation de l'état civil s'est accéléré<sup>1390</sup>. En effet, l'exécution de ces tâches par le clergé, même constitutionnel, a été source de nombreuses critiques, puisque ceux-ci faisaient régulièrement obstacle à la célébration d'unions contraires à la morale catholique, et pour lesquelles il n'y avait pourtant pas d'objection d'ordre juridique. Par suite de la constatation de ces abus, Bailly, maire de Paris, a demandé le 10 mai 1791 à l'Assemblée constituante que les déclarations de naissance et de mariage soient désormais effectuées par des officiers d'état civil. Après de nombreuses négociations, le principe d'un état civil a été adopté le 27 août 1791<sup>1391</sup> en vertu de laquelle le mariage n'est reconnu que comme un contrat civil. Cette loi institue le mariage civil devant être contracté devant l'officier municipal chargé de tenir l'état civil. C'est ainsi que le mariage républicain a vu le jour : une célébration civile dénuée de tout caractère religieux<sup>1392</sup>.

À la suite de ce mouvement historique mettant fin à des siècles d'influence religieuse catholique, le mariage est devenu un acte purement civil. La loi du 20 septembre 1792 relative à l'état civil des citoyens a marqué un élan dans la séparation de l'Église et de l'État. Cette loi a transmis aux mairies et plus particulièrement à un représentant du conseil général de la Commune la tenue des registres des naissances, mariages et décès. Par la suite, la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) confie la tâche de tenir les registres aux agents municipaux, aux officiers municipaux ou aux adjoints<sup>1393</sup>. L'évolution sera culminante avec la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) « *concernant la division du territoire de la République et l'administration* » dans laquelle la tenue des registres est enfin attribuée aux maires et à leurs adjoints, ayant le statut d'officiers d'état civil. Leur tâche sera de constater la liberté du consentement des époux dans la cérémonie du mariage<sup>1394</sup>.

---

<sup>1389</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 114.

<sup>1390</sup> *Ibidem.*

<sup>1391</sup> DE LA ROCHE, L. *Examen du décret de l'Assemblée constituante, du 27 août 1791, où l'on traite la question du célibat ecclésiastique, de l'indissolubilité du mariage, et pour les concilier avec ce décret ([Reprod.] / par M. Ch. D. L. R., anc. E. D. R.* Paris : Chez Le Clere, 1792, p. 98.

<sup>1392</sup> De nombreux religieux chrétiens ont catégoriquement refusé ce passage du religieux vers le civil, considérant que tout mariage non conclu à l'Église, devant Dieu, comme « *un pur concubinage* ». Cf. BESMOND DE SENNEVILLE, L. (janvier 2013). Quelle importance l'Église accorde-t-elle au mariage civil ?, accessible sur le site : <http://croire.la-croix.com/Definitions/Sacrements/Mariage/Mariage-civil> .

<sup>1393</sup> BRULEY, Y. *op. et loc. cit.*

<sup>1394</sup> *Ibidem.*

En 1801, lors de la négociation du Concordat, l'Église tente de conserver sa prééminence morale et son rôle de source du droit pour les questions privées, en cherchant à influencer le législateur pour maintenir le caractère sacré et indissoluble du mariage. Cependant, cette politique fut un échec et le pape fut obligé d'y renoncer. En 1804, le législateur français a réussi à établir un compromis entre l'Église et l'État en instituant un droit de réserve permettant au maire de refuser de célébrer un mariage si celui-ci venait contredire ses principes moraux<sup>1395</sup>. Le droit français consacre la séparation entre mariage civil et religieux, puisque la célébration religieuse devient dépourvue de tous effets juridiques. Le non-respect de cet ordre est sanctionné par l'article 433-21 du Code pénal. En effet, tout ministre d'un culte qui procède aux cérémonies religieuses sans que lui soit justifié au préalable l'acte de mariage civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. L'importance accordée au mariage civil a été notamment justifiée par les juges comme une garantie pour protéger les droits des femmes et ceux des enfants<sup>1396</sup>.

Cependant, et nonobstant la laïcisation du mariage et la modification des articles du Code civil dans ce sens, certains termes et certaines pratiques gardent l'empreinte du mariage religieux. Par exemple, la publication des bans à la mairie est une pratique de l'Église catholique<sup>1397</sup> qui date du XIII<sup>e</sup> siècle<sup>1398</sup> ; la « *célébration du mariage* » devant un Officier d'état civil et des témoins<sup>1399</sup> fait référence à la cérémonie religieuse qui avait lieu à l'Église devant le prêtre et des témoins ; l'échange de consentement public de vive voix à la mairie<sup>1400</sup> est à l'image de l'échange de consentement des époux à l'Église ; la signature de l'acte de mariage sur le registre d'état civil lors du mariage civil est le reflet de la signature par les mariés sur le registre paroissial à l'Église<sup>1401</sup> ; l'imposition de l'âge minimal pour les époux, la nécessité de l'écrit de l'acte de mariage, le devoir de fidélité ou de secours, la monogamie<sup>1402</sup> sont des traces de cette influence religieuse.

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreux courants idéologiques ont appelé au développement de la société tunisienne, et plus particulièrement la famille tunisienne, à travers l'éducation des

---

<sup>1395</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 117.

<sup>1396</sup> V. T. pol. Dunkerque, 9 mars 1972, Gaz. Pal. 1972. 1. p. 436.

<sup>1397</sup> LE MÉE, R. « La réglementation des registres paroissiaux en France. » *Annales de démographie historique* (1975) : 433-477, p. 446.

<sup>1398</sup> En 1215, la publication des bans a été rendue obligatoire par le concile de Latran. In CHAUVET, L.-M. *op. cit.*, p. 288.

<sup>1399</sup> Articles 75 et 165 du Code civil.

<sup>1400</sup> Art. 146 C. civ.

<sup>1401</sup> LE MÉE, R. *op. et loc. cit.*

<sup>1402</sup> Art. 147 C. civ.



femmes et l'amélioration de leur situation sociale. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle a commencé la codification du droit<sup>1403</sup>. C'est dans ce contexte, quelques années plus tard, que le Code du statut personnel tunisien a vu le jour. Ses rédacteurs ont tenu à concilier les principes émanant de la tradition musulmane et les dispositions des accords internationaux<sup>1404</sup>.

Ce Code, instauré le 13 août 1956 et promulgué par décret beylical sur proposition du Premier ministre Bourguiba, n'a pas été « *une simple greffe du modèle occidental* »<sup>1405</sup>, mais représente « *la possibilité de modernisation dans la fidélité à la religion musulmane* »<sup>1406</sup>. Selon Bourguiba, il ne s'agissait en rien de s'écarter du cadre musulman, mais la religion devait occuper le rôle de l'instance projetant le pays vers la modernité : islam et modernité n'étaient aucunement indissociables<sup>1407</sup>. Il s'est appuyé sur le principe de l'*ijtihad* afin de soutenir ses idées réformatrices et fonder le pays sur la raison, dans l'idée de mener à bien sa volonté d'un système juridique égalitaire, tout particulièrement en ce qui concerne le statut des femmes.

Certains auteurs considèrent l'intervention de Bourguiba comme audacieuse dans la mesure où celui-ci a proposé des interprétations des textes coraniques sans concertation préalable avec les juristes musulmans, alors qu'il n'était pas qualifié en ce domaine. Il s'est pourtant permis, en tant que leader national et législateur, de s'immiscer dans le domaine de la famille, jadis réservé aux spécialistes des affaires religieuses et juridiques (*fuqaha*)<sup>1408</sup>.

L'une des clefs de ce projet est d'avoir réalisé des interprétations modernes acceptables par les religieux. Pour cette raison, Bourguiba s'est référé à des versets coraniques à chaque fois qu'il voulait introduire une nouvelle réforme<sup>1409</sup>. Il a insisté sur le fait<sup>1410</sup> que « *la charia possédait des qualités de malléabilité et d'adaptabilité* »<sup>1411</sup>. Il est important de souligner que les juristes musulmans de Tunisie ont rappelé à Bourguiba qu'il s'était engagé à ne pas aller à l'encontre

---

<sup>1403</sup> Peuvent être cités notamment la publication du Code des obligations et des contrats en 1906, le droit des plaidoiries civiles en 1910, la revue pénale en 1913 et le projet de revue de statut personnel en 1949. Cf. BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 26.

<sup>1404</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 24.

<sup>1405</sup> TOBICH, F. *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*. Aix-Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 91.

<sup>1406</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>1407</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>1408</sup> *Ibid.*, pp. 95 et 97.

<sup>1409</sup> ESSEBSI, B. et CHABOT, A. *Tunisie : la démocratie en terre d'islam* [édition numérique]. Paris : Éditions Plon, 2016.

<sup>1410</sup> Dans son discours du 3 août 1956, il affirme ainsi : « *De même que nos ancêtres ont fait un effort de réflexion sur les moyens d'atteindre les fins assignées par l'islam, nous devons à notre tour fournir le même effort pour adapter la vie de la communauté aux impératifs de notre temps dans le cadre des principes généraux de l'islam. L'esprit humain dans son évolution, donne à la notion de droit un contenu variable selon l'époque : ce qui a été admis il y a quatorze siècles ne l'est plus en notre temps. La raison manquerait à son rôle si elle se fermait à des conceptions qui, différentes dans leurs contingences des conceptions traditionnelles, répondent dans leur essence aux impératifs de la justice, d'équité et de respect de la personnalité humaine* ». In CAMAU, M. et GEISSER, V. *Habib Bourguiba, la trace et l'héritage*. Paris : Éditions Karthala, 2004, p. 71.

<sup>1411</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 95.

d'un texte explicite du Coran<sup>1412</sup>. Ainsi, ne pouvant violer un texte coranique explicite, il s'est abstenu d'accomplir, comme il le désirait, la réforme de l'héritage<sup>1413</sup> afin de mettre fin à l'inégalité entre frères et sœurs dans ce cas<sup>1414</sup>. Il n'a donc pas opéré de séparation absolue avec les dispositions islamiques<sup>1415</sup>.

La codification du CSPT est la traduction d'une combinaison novatrice entre les domaines juridiques et religieux. À ce sujet, Monsieur Camau<sup>1416</sup>, spécialiste réputé de la Tunisie, a souligné que cette tentative d'édification dans un pays arabe est de type « *légal-rationnel* »<sup>1417</sup>, de manière « *conforme aux canons de la modernité occidentale* »<sup>1418</sup>.

Il est important de noter que ce Code a été élaboré en toute urgence par Bourguiba qui a profité de la conjoncture post-indépendance, propice à un changement radical du système juridique<sup>1419</sup>. Le CSPT est unique et est considéré comme une révolution dans tout le monde arabe et musulman<sup>1420</sup>. Il a été promulgué trois ans avant même la Constitution<sup>1421</sup>. Cette promulgation a abouti à « *un choc psychologique* » au niveau national comme au niveau international<sup>1422</sup>. L'État a alors décidé d'étouffer toute tentative d'opposition à ce Code : certains opposants ont été révoqués, tandis que d'autres ont été forcés de démissionner<sup>1423</sup>. Le projet de Bourguiba a continué d'agiter les pays musulmans même longtemps après la promulgation du CSPT<sup>1424</sup>.

C'est parce qu'il considérait le domaine privé comme un enjeu crucial pour instaurer l'égalité entre femmes et hommes que Bourguiba a souhaité promouvoir une version moderne du droit de la famille<sup>1425</sup>. À propos de l'intervention étatique sur le mariage, Bourguiba insiste sur le fait qu'il s'agit d'« *une affaire d'État devant être supervisée par le droit public et la société dans*

---

<sup>1412</sup> ESSEBSI, B. et CHABOT, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1413</sup> Il est important de noter que le verset coranique indique de manière explicite que la part d'héritage des sœurs reste inférieure de moitié à celle de leurs frères.

<sup>1414</sup> ESSEBSI, B. et CHABOT, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1415</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 96.

<sup>1416</sup> Michel CAMAU, Professeur émérite des universités, spécialiste du monde arabe et musulman.

<sup>1417</sup> CAMAU, M. *Tunisie au présent : Une modernité au-dessus de tout soupçon ?* [édition numérique]. Paris : Éditions du CNRS, 1987.

<sup>1418</sup> *Ibidem.*

<sup>1419</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 97.

<sup>1420</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>1421</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>1422</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>1423</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>1424</sup> En 1974, suite à un discours de Bourguiba pointant certaines contradictions dans des versets coraniques, le cheikh Ibn Baz, ancien grand mufti et ancien président du Conseil des grands oulémas de l'Arabie Saoudite, a appelé à une rupture des relations diplomatiques de tous les pays musulmans avec la Tunisie. Ibn Baz voulait par là dénoncer le danger pour l'islam et la communauté musulmane qu'il percevait dans les propos de Bourguiba. Cf. TOBICH, F. *op. cit.*, p. 100.

<sup>1425</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 94.

*son ensemble* »<sup>1426</sup>, et que le contrat de mariage et sa rupture « *ne doivent pas être laissés au bon vouloir des seuls époux ou dépendre du caprice de l'un d'eux* »<sup>1427</sup>.

Le CSPT inaugure un modèle de famille tunisienne unique en atténuant les pratiques patriarcales traditionnelles. Ainsi, le mariage en Tunisie est conçu comme un contrat civil où la polygamie ainsi que la répudiation sont formellement interdites par le législateur. Comme le Code civil, l'innovation majeure du CSPT est qu'il est applicable à tous les individus résidant dans le pays, d'où une certaine recherche de neutralité dans les dispositions juridiques. Monsieur Ben Achour<sup>1428</sup> précise à ce sujet que « *le Code du statut personnel constitue la véritable unité idéologique, éthique et juridique autour de laquelle s'organise la République tunisienne* »<sup>1429</sup>.

Le CSPT prévoit la prise en charge de l'institution matrimoniale par des représentants du gouvernement<sup>1430</sup>. Ainsi que dans la tradition du droit musulman, le mariage y est conçu comme déjà formé par le seul consentement<sup>1431</sup>. En ce sens, l'Officier d'état civil ne fait que constater ce consentement et l'officialiser<sup>1432</sup> : on voit ici comment l'institution étatique vient encadrer l'union.

En 1993, le CSPT a été amendé par Ben Ali afin de renforcer les droits des épouses, par exemple en atténuant la place du « *chef de famille* »<sup>1433</sup>.

L'ordre étatique en Tunisie a reconquis la place qu'occupait auparavant le droit musulman dans la scène juridique et est devenu le seul cadre juridique de référence pour l'ensemble de la population. La question de l'évolution et de la « *positivisation* »<sup>1434</sup> du droit implique par conséquent une dissociation progressive entre droit et religion. Le droit musulman est relégué soit à la place d'une simple source matérielle du tissu normatif, soit comme une source subsidiaire du droit<sup>1435</sup> qui ne conditionne en aucun cas la validité des dispositions légales.

---

<sup>1426</sup> MONJID, M. *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*. Paris : L'Harmattan, 2013, p. 20.

<sup>1427</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 94.

<sup>1428</sup> Yadh BEN ACHOUR, juriste et universitaire tunisien, spécialiste des théories politiques islamiques et de droit public.

<sup>1429</sup> BEN ACHOUR, Y., « Statut de la femme et État de droit au Maghreb », p. 235. Cf. MONJID, M. *op. cit.*, p. 20.

<sup>1430</sup> L'article 31 de la loi réglementant l'état civil prescrit que « *l'acte de mariage est conclu en Tunisie devant deux notaires ou devant l'Officier de l'état civil en présence de deux témoins honorables* ».

<sup>1431</sup> Article 3 du CSPT.

<sup>1432</sup> ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya... *op. cit.*, p. 147.

<sup>1433</sup> L'ancien article 23 exigeait le devoir d'obéissance envers le chef de la famille. Ce devoir a été remplacé par une mutuelle bienveillance et entraide.

<sup>1434</sup> BEN ACHOUR-DEOUICHE, S. « États non sécularisés, laïcité et droits des femmes. » *Revue tunisienne de droit* (1993) : 297-311, p. 308.

<sup>1435</sup> *Ibid.*, p. 309.

Pour conclure, il convient de noter que le contexte historique de la période révolutionnaire et postrévolutionnaire en France a induit une forte indépendance vis-à-vis de l'institution religieuse en matière d'état civil, afin d'affirmer un nouvel ordre social où le pouvoir et le droit proviendraient des hommes et non de Dieu. L'instauration d'une morale laïque dans la période postrévolutionnaire est d'autant plus aisée que celle-ci reste profondément imprégnée des valeurs chrétiennes, tout particulièrement en ce qui concerne la famille. La Révolution française transforme toutefois la conception du mariage en consacrant l'idée de « *libérer le citoyen* » qui implique de « *libérer l'homme dans sa vie privée* »<sup>1436</sup>.

Si la promulgation du CSPT a permis à l'État tunisien de prendre en charge la réglementation de l'état civil, il ne s'agissait pas, comme en France, de séparer l'institution civile de l'institution religieuse. En effet, dans le contexte postcolonial prévalant à ce moment, l'État était dans la nécessité de s'emparer de la question religieuse en tant qu'élément constitutif de l'identité nationale.

C'est pourquoi Bourguiba s'est constamment appuyé sur des textes religieux pour assurer la continuité culturelle tout en portant un projet de réforme radical du statut des femmes notamment au sein de leur famille, tandis que l'État français a souhaité instaurer une morale laïque pour penser la famille et les relations matrimoniales, certes dérivée des valeurs chrétiennes.

Dans les deux pays du golfe objets de cette étude, la conclusion du mariage est certes soumise à un contrôle étatique, mais les systèmes juridiques de ces pays restent profondément marqués par l'influence du droit musulman qui régit de nombreux domaines, en particulier celui de la famille. Ainsi, l'institution du mariage est prise en charge par les chefs religieux ; le mariage ne peut être contracté que religieusement par des représentants religieux élus et assermentés par l'État. Cette image du poids de la religion et du rapport entre l'État et la religion peut être comparée avec l'influence du clergé constitutionnel au moment de la Révolution française.

---

<sup>1436</sup> DURAND, J.-P. « Code civil et droit canonique. » *Pouvoirs* (2003) : 59-79, p. 71.

## B- La codification progressive du droit du mariage

La particularité du CSPT provient principalement de sa vocation « *féministe* », à travers l'introduction de dispositions innovantes qui protègent les droits des femmes, et partant, instaurent une égalité de droits dans le cadre de la famille<sup>1437</sup> : la fixation d'un âge minimum du mariage, l'interdiction de la polygamie<sup>1438</sup> et sa sanction pénale, l'abolition de la contrainte matrimoniale et sa substitution par le consentement exprès des deux époux, le remplacement de la répudiation unilatérale par le divorce judiciaire, *etc.* À travers ses dispositions et ses amendements, le CSPT a ainsi marqué la naissance du concept de couple et de ses droits ainsi que la notion de régime matrimonial et des biens acquis en commun par les conjoints, ce qui fut une nouveauté en droit tunisien<sup>1439</sup>.

Le CSPT s'est démarqué également par la frontière qu'il a tracée entre le droit positif, protégeant notamment les droits des femmes, et le droit musulman. Ainsi, selon une auteure, une des raisons de l'émancipation des dispositions du Code tunisien est l'exclusion du droit musulman des sources de légalité de ses prescriptions<sup>1440</sup>. Cette distance prise avec la charia s'explique par le fait que de nombreuses inégalités dont souffraient les femmes en Tunisie étaient justifiées à tort par ses principes. Ainsi, il a été légitime pour les représentants du peuple tunisien après l'indépendance de mettre en place un cadre législatif réglementant les droits et obligations des citoyens à la lumière de la jurisprudence modérée fondée sur la charia.

Cependant, la mission des rédacteurs du Code à l'époque n'a pas été une mince affaire. Un clivage existait entre le nouveau modèle familial qu'ils voulaient introduire basé sur l'égalité entre les époux et l'ancien modèle patriarcal fondé sur les privilèges masculins et religieux<sup>1441</sup>. La tension était palpable entre l'ancien ordre établi et le nouveau qui tentait de voir le jour. De ce clivage demeure un flou caractérisé par une ambivalence de dispositions, celles qui s'attachent encore à l'identité musulmane et les autres qui aspirent à la modernité.

En France en revanche, au moment de la rédaction du Code civil, la conception révolutionnaire laïque du mariage et de la famille ne différait de la morale religieuse que sur la question du

---

<sup>1437</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 25.

<sup>1438</sup> L'interdiction de la polygamie a été imposée par le législateur malgré son caractère minoritaire dans le pays. En effet, avant même qu'elle ne soit interdite légalement, la majorité des familles tunisiennes imposaient au futur mari la condition qu'il ne contracte pas un deuxième mariage.

<sup>1439</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 25.

<sup>1440</sup> BEN ACHOUR, S. « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence. » *L'année du Maghreb* (2005-2006) : 55-70, §1, accessible sur le site : <https://anneemaghreb.revues.org/89> .

<sup>1441</sup> *Ibid.*, §2.

divorce. Cette morale commune a favorisé le succès de la laïcisation de l'état civil<sup>1442</sup>. Ainsi, si Napoléon Bonaparte peut porter certaines positions conservatrices dans les débats lors de l'élaboration du Code civil, ce n'est pas au nom de l'Église catholique, mais plutôt au nom d'une morale déjà laïque du mariage et de la famille. Se détachant de la Chrétienté, l'État se retrouve en effet confronté au besoin d'édicter des valeurs morales laïques<sup>1443</sup>.

Si la laïcisation de l'état civil et la création du Code civil sont des événements importants pour l'égalité entre les citoyens, ils n'ont toutefois pas vocation à réformer le statut des femmes. Au contraire, le Code civil rédigé par l'empereur opère une discrimination entre l'homme et la femme<sup>1444</sup>, là où la morale catholique prêchait davantage d'égalité, notamment au sein de la famille, ainsi que le prescrit le précepte « *Tes père et mère honoreras* » qui met les parents sur un pied d'égalité. En effet, la société postrévolutionnaire se fonde sur un Code affirmant la supériorité du père en tant que chef de famille tout puissant. La femme quant à elle est considérée comme incapable juridiquement.

Ainsi, codifier ne signifie pas nécessairement un progrès pour l'égalité ; dans le cas du Code civil, c'est même plutôt une régression. En revanche, il est indéniable que cette démarche constitue les prémisses de la quête d'égalité qui conduira plus tard à instaurer le principe d'égalité entre femmes et hommes et entre époux.

**La codification du statut personnel à l'échelle des pays du golfe.** L'action du Conseil de coopération des États arabes du golfe a grandement contribué à l'harmonisation des législations dans tous les domaines de la vie. Dans ce cadre, de nombreuses conférences des ministres de la Justice ont été tenues afin de nommer des experts chargés de développer un système unifié de législations touchant à de nombreux domaines : civil, commercial, pénal, et de statut personnel à la lumière des dispositions de la charia. Ces efforts communs ont conduit à l'élaboration d'un projet unifié du statut personnel dans les pays du golfe. Ce projet d'harmonisation du droit régional de statut personnel s'est largement inspiré du Document unifié du Koweït pour le droit arabe du statut personnel élaboré par la Ligue des pays arabes en avril 1988<sup>1445</sup>.

La question de la codification et la réforme du droit de la famille n'a été abordée que dans les années 1990 dans les pays du golfe. En 2001, le Conseil de Coopération du Golfe (CCG) a

---

<sup>1442</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 126.

<sup>1443</sup> *Ibidem.*

<sup>1444</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>1445</sup> Adopté par le Conseil des ministres arabes de la justice à sa sixième session, résolution 501-d6 du 4 avril 1988 ; EL-ALFY, M. « Murajaat wataeliq alaa wathiqat masqat (Examiner et commenter le document Muscat) [en arabe]. » *Majalat alhuqouq* (2002) : 273-285, p. 273.



publié le Document de Muscat<sup>1446</sup>, le Document de la loi commune sur le statut personnel du CCG<sup>1447</sup>. Ce document regroupe 282 articles traitant toutes les questions relatives au statut personnel, dont le mariage, la capacité, la *wilaya*, le testament et l'héritage. Il est fondé sur le calendrier lunaire et hégire pour fixer certaines périodes citées dans la charia, comme la durée de la grossesse, l'âge de la majorité et de la capacité. Malgré son caractère non contraignant aussi bien pour les législateurs que pour les juges des pays du golfe, le document a grandement contribué à la codification de leurs codes du statut personnel<sup>1448</sup>. Il a été un pas en avant vers la codification des dispositions de la charia, après avoir reçu l'approbation du Conseil des oulémas. Les années 2000 ont connu une grande vague de codification du code de la famille par les législateurs des pays du golfe : les Émirats arabes unis en 2005, le Qatar en 2006, le Bahreïn en 2009.

Seule l'Arabie Saoudite, malgré sa participation à l'élaboration du Document de Muscat, et la proximité géographique, culturelle et religieuse avec ces pays, n'a toujours pas procédé à la codification<sup>1449</sup>. À cet égard, Monsieur Al Jarii, professeur à l'Université du Roi Khalid, a précisé que « *l'idée de la codification a été l'objet de recherche et d'agitation pendant plus de dix siècles, dont la dernière a été la proposition du Roi Abdelaziz, fondateur du Royaume d'Arabie Saoudite, de mettre en place une revue qui rassemble les dispositions de la charia dont la rédaction est confiée à une commission des meilleurs savants musulmans spécialisés en la matière* »<sup>1450</sup>.

Par ailleurs, Monsieur Al Alfi a considéré que le document de Muscat a pris en compte le développement social, technique et médiatique qui a effacé les frontières cognitives qui séparaient les pays du Conseil des pays occidentaux. Ainsi, ses textes ont été formulés de manière précise et claire tout en laissant une marge d'appréciation pour les juges dans leur

---

<sup>1446</sup> En rédigeant le Document de Muscat, le CCG n'a pas adopté une doctrine particulière, mais a tenu compte des directives des ministres de justice et des affaires islamiques du CCG pourvu qu'ils ne soient pas en contradiction avec les principes de la charia. Cf. WELCHMAN, L. « Bahrain, Qatar, UAE : First time Family Law Codifications in Three Gulf States. » *International Survey of Family Law* (2010) : 163-178, p. 163 ; EMON, A., ELLIS, M. et GLAHN, B. *islamic Law and International Human Rights Law* [en anglais]. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 313.

<sup>1447</sup> WELCHMAN, L. *op. et loc. cit.* ; EMON, A., ELLIS, M. et GLAHN, B. *op. cit.*, p. 313.

<sup>1448</sup> La première chose à noter concernant le Document de Muscat, c'est le fait d'avoir réuni entre le terme *nizam* (« système ») proposé par certains pays du CCG réticents à utiliser le terme *qanoun* (« loi ») pour des considérations historiques, et ce dernier couramment utilisé dans d'autres pays du CCG. La loi unifiée du statut personnel est un code uniforme qui regroupe 282 articles traitant toutes les questions relatives au statut personnel : mariage, capacité, *wilaya*, testament et héritage. Il se base sur le calcul lunaire et non hégire dans la fixation de certaines périodes citées dans la charia, comme la durée de la grossesse, l'âge de la majorité et de la capacité. Cf. EL-ALFY, M. *op. cit.*, p. 274.

<sup>1449</sup> YASSARI, N. *op. et loc. cit.*

<sup>1450</sup> AL JARII, A. « Taqnin alahkam alcharia bayn almaniein walmujiizin (La codification des dispositions de la charia, entre les opposants et les défenseurs) » *Markaz albuhoth altarbawia* (2006) : 55-81. P. 68.



interprétation du texte en fonction des intérêts et des coutumes établies ainsi que des principes judiciaires qui prévalent encore dans certains pays du CCG. Le document de Muscat introduit des principes inexistantes en droit musulman, tels que la fixation d'un âge minimal pour le mariage<sup>1451</sup>. Ainsi, ce document se propose de repenser le droit matrimonial, offrant davantage de sécurité juridique aux époux et à leurs enfants et permettant donc d'envisager de manière plus sereine les relations entre époux<sup>1452</sup>. En somme, on peut affirmer que le Document de Muscat constitue une codification moderne des dispositions de la charia et guidé par les dispositions de la jurisprudence islamique conforme avec les développements des sociétés<sup>1453</sup>.

Concernant en particulier les droits des époux tels qu'ils ont été codifiés dans ce document, ils ont été énumérés dans les articles 37, 38 et 39. L'article 38 énumère ainsi les droits et devoirs de la femme vis-à-vis de son mari, à savoir le devoir de subvenir financièrement à ses besoins, la possibilité de conserver son nom de jeune fille, la préservation de son patrimoine personnel, la libre gestion de ses biens financiers, l'interdiction faite à l'époux de lui porter préjudice sur le plan personnel ou pécuniaire, le droit à l'égalité de traitement en cas de polygamie.

En raison du grand espace de liberté et de droits accordés à la femme, la seule lecture des dispositions de cet article peut laisser croire que le Document de Muscat s'est détaché de la vision patriarcale de la famille, en apportant une vision moderne de cette structure traditionnelle. Or, la lecture des dispositions de l'article 39 qui recense les droits de l'époux et les devoirs de l'épouse à son égard dissipe vite cette idée. En effet, parmi ceux-ci figure l'obligation pour l'épouse de « *prendre soin de lui, lui obéir en raison de sa qualité de chef de famille, s'occuper du foyer conjugal, assurer son organisation ; prendre soin des leurs enfants et les allaiter sauf en cas d'empêchement* ». La formulation de cet article interpelle largement dans la mesure où l'inégalité entre les droits des époux est clairement consacrée. En effet, une comparaison rapide des obligations propres à chacun des époux montre la différence prévue dans les droits de chacun. Si on prend l'exemple du devoir imposé à l'épouse de « *prendre soin de son mari* »<sup>1454</sup>, on voit qu'il n'existe en contrepartie aucun devoir similaire à la charge de l'époux. Encore plus, ce dernier n'est nullement tenu expressément de « *prendre soin* » de son épouse, mais est seulement tenu par l'obligation passive « *de ne pas lui porter préjudice financièrement et moralement* »<sup>1455</sup>. À cela s'ajoute le fameux devoir d'obéissance mis à la

---

<sup>1451</sup> V. Article 10 du document de Muscat.

<sup>1452</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 61.

<sup>1453</sup> EL-ALFY, M. *op. cit.*, p. 275.

<sup>1454</sup> Article 39 alinéa 1.

<sup>1455</sup> Article 38 alinéa 5.

charge des épouses en raison de la qualité de « *chef de famille* » de leur époux. Cette qualification de « *chef de famille* » est, comme nous l'avons vu précédemment, la pierre angulaire du système patriarcal qui a justifié et justifie encore la domination masculine au sein des sociétés arabes.

En somme, hormis l'effort salubre d'harmonisation des législations des pays du CCG en matière de droit personnel, force est de déduire que le Document de Muscat ne fait que renforcer les idées patriarcales traditionnellement ancrées dans ces sociétés. Ceci est regrettable dans la mesure où il a servi de base aux législateurs des pays du golfe pour l'élaboration des codes de statut personnel locaux. Ceci s'est manifesté lors de la rédaction du Code de la famille du Qatar qui a repris presque littéralement les dispositions du document de Muscat en y apportant seulement de modifications mineures.

**L'élaboration du Code de la famille qatarien.** Il a été élaboré en 2006 par le Conseil suprême pour le développement de la famille, sous le haut patronage de Cheikha Mozah Al Missned, mère de l'émir actuel du Qatar, dans l'idée de moderniser le droit qatarien et d'améliorer la condition des femmes dans ce pays en protégeant les droits des époux et en réduisant le pouvoir discrétionnaire du juge.

Il est régi par les dispositions de la charia selon l'interprétation de l'école hanbalite<sup>1456</sup>. Ici aussi, au-delà de l'innovation que constitue la codification, ce sont principalement les dispositions classiques du droit musulman qui sont consacrées, sans entraîner d'amélioration notable du statut des femmes. Dans l'introduction au Code de la famille qatarien<sup>1457</sup>, Monsieur Alhatmi, directeur du département des fatwas et des contrats dépendant du Ministère de la Justice, indique ainsi que ce Code « *est guidé par les dispositions des principes de la religion musulmane, des traditions et des principes fondamentaux de la société qatarienne* ».

Il convient cependant de souligner que l'adoption de ce Code a été l'occasion de fixer un âge minimal pour le mariage des jeunes filles, ce qui n'a pas été sans soulever de nombreux débats entre le Conseil suprême pour le développement de la famille et le Comité de la condition féminine constitué pour la rédaction de ce code<sup>1458</sup>.

---

<sup>1456</sup> V. Article 4 du Code de la famille qatarien.

<sup>1457</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE - ÉTAT DU QATAR. *Qanoun alusra (Code de la famille)* [en arabe]. Doha : Ministère de la justice, 2011, p. 3.

<sup>1458</sup> ALKHA TIB, A. (juillet 2010). *Qanun alusra fi Qatar yujiz alzawaj fi sin al 16 (Le droit de la famille au Qatar autorise le mariage à l'âge de 16 ans)* [en arabe], accessible sur le site : <https://www.albayan.ae/one-world/2010-07-17-1.265849> .

**L'absence de codification en droit saoudien.** En Arabie Saoudite, les dispositions relatives au droit de la famille, et donc au mariage, ne sont pas codifiées. Certains auteurs musulmans contemporains, s'attachant toujours aux prescriptions de la jurisprudence musulmane, sont hostiles à l'idée même de créer des codes dans le cadre du droit positif<sup>1459</sup>. Selon eux, cette création aboutirait à une rupture avec le patrimoine musulman dans la mesure où certaines dispositions en viendraient à être modifiées. Ce sont les courants de pensée des écoles doctrinales classiques qui sont considérés comme compétents pour ériger les principes relatifs à ce droit, en se fondant sur la loi islamique.

Afin de poser des socles juridiques nouveaux et adaptés aux données contemporaines, il serait nécessaire de reconsidérer dans une vision globale le régime commun et d'élaborer un code en conviant à cet effet l'ensemble des parties prenantes, les pouvoirs publics ainsi que les femmes et les enfants. Ceci permettrait de repenser le droit de la famille, éventuellement en se détachant des dispositions classiques du droit musulman. La promulgation d'un code en Arabie Saoudite permettrait de donner un cadre, d'envisager des relations matrimoniales tendant vers l'égalité, ou du moins d'instaurer des règles visant à parvenir à cet équilibre. En effet, dans ce processus, le législateur est réintroduit comme décideur à part entière, même lorsqu'il fait référence aux dispositions de l'islam. C'est particulièrement important dans le cas de la famille, fortement marqué par le poids des coutumes et des prescriptions religieuses : faire entrer le droit de la famille dans le droit positif permet d'envisager des réformes vers plus d'égalité.

Ce n'est que courant 2017, soit seize ans après la publication du Document de Muscat, que la princesse Lulouah Al-Fayçal, membre du Conseil saoudien des affaires familiales, a confirmé que des discussions autour d'un projet sont actuellement en cours. Elle a pris le soin de préciser que ce projet doit être envisagé à partir du Document de Muscat, dont il s'agirait de proposer une déclinaison saoudienne<sup>1460</sup>.

Dans une perspective de consécration de l'égalité entre époux dans ces pays, la codification du droit est une étape *sine qua non* à la recherche de l'égalité, celle-ci devant également s'appuyer sur des lois écrites de manière claire, concise et sans équivoque, ainsi que sur une interprétation ne prêtant pas à confusion au détriment des femmes. Ainsi, le législateur se doit d'avoir un rôle suffisant et engagé pour être le vecteur de changement, n'hésitant pas à envisager et anticiper les évolutions sociales de demain.

---

<sup>1459</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>1460</sup> ALMUTAIRI, M. (novembre 2017). *Majlis alusra alsaoudi yatajih lirafe mulahazatih alaa mudawanat alahwal alchakhsiat alkhalijia litadiliha (Le Conseil saoudien des affaires familiales entend faire des commentaires sur le code du statut personnel du golfe afin de le modifier)* [en arabe], accessible sur le site : [http://www.aleqt.com/2017/11/18/article\\_1285546.html](http://www.aleqt.com/2017/11/18/article_1285546.html) .

## Paragraphe II - Le rôle du législateur en question

Au-delà de son caractère religieux, le mariage dans les pays arabes est une nécessité sociale dans la mesure où c'est le seul cadre légal qui permet le maintien de l'espèce humaine dans le respect des prescriptions de l'islam. Une nécessité sociale pour les hommes, mais aussi et surtout pour les femmes puisque les célibataires, divorcées ou veuves ne jouissent pas du même statut que les épouses.

Cependant, les structures familiales ont évolué au gré des changements sociaux. On constate dans les pays du golfe une augmentation du nombre de femmes célibataires. Ceci est lié à des facteurs sociaux<sup>1461</sup>, mais aussi aux crises qui ont touché ces pays<sup>1462</sup>. En effet, la recrudescence du taux de chômage parmi les jeunes hommes saoudiens a fait reculer l'âge du mariage, car ce sont eux qui assument la charge financière de la cérémonie et de la dot<sup>1463</sup>. Il en va de même au Qatar, où l'augmentation du coût de la vie rend de plus en plus difficile le paiement de la dot et de la cérémonie, d'où le recul de l'âge du premier mariage et l'augmentation du célibat. Les difficultés financières chez les jeunes ont de plus rendu difficile la prise en charge des frais d'un foyer conjugal<sup>1464</sup>, obligation qui échoit à l'homme uniquement. Cette augmentation du nombre de femmes célibataires est ainsi liée à l'inégalité d'obligations dans le mariage musulman.

En Tunisie, l'évolution du statut de la femme a eu des répercussions inéluctables sur les comportements sociaux. Progressivement, une rupture s'est opérée avec la société traditionnelle d'antan. Ainsi, les familles nombreuses ont cédé place à la famille nucléaire, et l'indice de fécondité a chuté à moins de deux enfants par femme. Les femmes poursuivent davantage des

---

<sup>1461</sup> Selon A. Kanaoui, ce phénomène de célibat féminin récent est dû à huit causes à savoir : la destination massive des filles à l'enseignement ; l'intervention des familles dans la détermination des critères du futur conjoint ; leur insistance à marier leur fille avec un homme du même milieu social et économique ; l'union préférentielle des hommes saoudiens avec leurs cousines et des filles issues de la même tribu (44%) ; l'orientation des filles (de plus de 28 ans) vers la vie professionnelle et la réticence des jeunes saoudiens à se marier avec des filles qui ont suivi un enseignement supérieur et enfin la recrudescence du chômage. In KANAOU, A. *Azzawaj wa mochkilatoh fi masr waldouwal alarabia (Le mariage et ses problèmes en Egypte et les pays arabes) [en arabe]*. Le Caire: Kitab aljomhouria, 2010, pp. 70-71.

<sup>1462</sup> Le royaume saoudien a connu de nombreuses crises. La chute des revenus pétroliers causée par la baisse des cours mondiaux de pétrole a eu pour conséquence une crise bancaire et financière caractérisée par une crise de liquidité et le gel des dépenses gouvernementales, puis une crise macro-économique due à une situation de double déficit. Ceci a entraîné l'émergence d'un fort taux de chômage et la naissance de nouvelles classes de pauvreté urbaine. Cf. Ministère de l'économie et des finances français. (octobre 2017). *Situation économique et financière de l'Arabie Saoudite*, accessible sur le site : [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/17774\\_situation-economique-et-financiere-de-larabie-saoudite](https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/17774_situation-economique-et-financiere-de-larabie-saoudite) .

<sup>1463</sup> La montée excessive des dépenses liées à la cérémonie de mariage (en moyenne un mariage coûte 250 000 rials saoudiens) et l'exagération dans la fixation du montant de la dot. In KANAOU, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1464</sup> Programme des Nations Unies pour le développement - Bureau régional pour les États arabes. *Rapport arabe sur le développement humain 2016* [en arabe]. New York : Publications des Nations Unies, 2016, p. 83.

études supérieures, s'engagent de plus en plus dans des carrières professionnelles au lieu de rester au foyer. À l'instar des sociétés saoudienne et qatarienne, les changements opérés au sein de la société tunisienne ont conduit par ailleurs à l'accroissement du nombre de célibataires et au recul de l'âge de mariage<sup>1465</sup>.

Cette évolution du statut des femmes n'est pas sans rencontrer des limites. En effet, la société tunisienne moderne à l'occidentale n'a pas totalement remplacé la société traditionnelle. Cette dernière est encore représentée par des familles attachées aux valeurs traditionnelles, maintenant un modèle conservateur qui restreint largement les droits des femmes<sup>1466</sup>.

En Europe, et en France en particulier, le mariage était pendant des années le fondement de la famille. En 1972, on recensait 416 000 mariages ; ce nombre a chuté à 231 000 en 2015<sup>1467</sup>. Aujourd'hui, on ne se marie plus par obligation sociale, mais par pur choix des futurs mariés. Le mariage n'est plus le cadre indispensable pour fonder une famille, mais reste néanmoins perçu comme un engagement moral plus fort que le PACS. Comme l'explique Monsieur le philosophe Abel<sup>1468</sup>, la France se situe « *dans cet entre-deux où le mariage, oscillant entre le tragique et le comique, fait le grand écart entre des pratiques archaïques et des arrangements ultramodernes* »<sup>1469</sup>.

Hormis le cas de la cohabitation pré-nuptiale qui précède le mariage, les unions en dehors du cadre du mariage (PACS, concubinage ou union libre) se sont largement répandues<sup>1470</sup>. La hausse de la fréquence de ces unions va de pair avec le recul de l'attachement aux prescriptions religieuses<sup>1471</sup>.

Les mutations des unions conjugales entraînent ainsi la création de nouvelles formes d'unions

---

<sup>1465</sup> À propos de la recrudescence du nombre des célibataires tunisiens, l'Institut national des statistiques en Tunisie a publié une étude démontrant l'évolution de la population tunisienne durant la période 1994-2014. Il a été constaté une évolution du nombre de célibataires chez les deux sexes. Le chiffre des femmes divorcées a été multiplié par cinq et paradoxalement, le nombre de personnes mariées a chuté. In CENTRE DE RECHERCHES, D'ETUDES, DE DOCUMENTATION ET D'INFORMATION SUR LA FEMME (CREDIF). *Almara' warrajul fi tunis muachirat w'arqam (La femme et l'homme en Tunisie, indicateurs et chiffres)* [en arabe]. Tunis : CREDIF, 2016, p. 24.

<sup>1466</sup> BEN SMAÏL, N. *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>1467</sup> Tableau de l'économie française. (mars 2016). *Mariages – Pacs - Divorces*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1906665?sommaire=1906743>.

<sup>1468</sup> Olivier ABEL, philosophe français, professeur de philosophie et d'éthique à la faculté de théologie protestante de Montpellier.

<sup>1469</sup> ABEL, O. *Le mariage a-t-il encore un avenir ?* Paris : Bayard, 2005, p. 14.

<sup>1470</sup> Selon l'INSEE, sur les 31,8 millions de personnes qui étaient en couple en 2011, 23,2 millions sont mariées (73%), 7,2 millions en union libre (23%), et 1,4 millions sont pacsées (4%). Cf. Insee Références. (décembre 2015). *Couples et familles*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2017502?sommaire=2017528>.

<sup>1471</sup> En effet, les personnes qui se déclarent sans attachement religieux sont plus amenées à recourir aux unions sans mariage. Cf. « La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux ? » *Population et Sociétés* (2008) : 1-4, p. 2.

civiles, qui s'inspirent en partie du droit du mariage, mais aussi le transforment en retour en renforçant l'égalité entre époux (A). Ceci ouvre la question du rôle du législateur dans la prise en compte des évolutions sociales et en l'occurrence de la prise en considération de tous les types d'unions conjugales pour assurer l'égalité entre conjoints (B).

### **A- L'impact de l'apparition de nouvelles formes d'unions civiles**

Dans les quatre pays objets de notre étude, on constate une tendance au recul du mariage, dans des mesures différentes pour chaque pays. Si le mariage reste encore perçu comme l'union de référence, d'un point de vue social comme juridique, on observe l'apparition d'autres formes d'union, en particulier en France. Ces possibilités offertes aux personnes pour s'unir revêtent des formes juridiques diverses.

Il a été primordial que le droit puisse encadrer juridiquement ces modèles. Le droit a été « *contraint* » de prendre en compte les nouvelles formes de famille, particulièrement le mariage entre personnes du même sexe<sup>1472</sup>. Dans ce contexte, le Code civil a été réformé<sup>1473</sup> à de nombreuses reprises depuis les années 1960. On a assisté à une recrudescence de l'intervention du législateur qui s'est traduite par plusieurs lois successives<sup>1474</sup>. D'une modification à l'autre, cela a conduit à un profond changement de la notion même de mariage, qui s'est affranchie des carcans traditionnels. Au contraire, les systèmes juridiques des pays arabes objets de cette étude n'envisagent pas le couple et la famille en dehors du mariage.

À travers de nombreuses réformes, le législateur français a étendu peu à peu les droits et devoirs reconnus jadis aux seuls parents mariés aux autres parents, pacsés ou concubins. Ainsi, l'article 203 du Code civil qui met à la charge des époux, en tant que responsabilité également partagée, l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants s'applique désormais à tous les parents. Cette généralisation a été expressément mentionnée dans l'article 371-2 du même Code.

---

<sup>1472</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

<sup>1473</sup> Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* 6 juillet 2005.

<sup>1474</sup> On pourra citer entre autres la loi du 13 juillet 1965 concernant les régimes matrimoniaux, la loi du 11 juillet 1966 relative à l'adoption, la loi de 1972 sur la filiation ou bien encore la loi du 11 juillet 1975 afférente au divorce et à la séparation des corps. Cette refonte du droit de la famille s'est poursuivie dans les années 1980-1990 successivement avec la loi du 23 décembre 1985 venant instaurer l'égalité entre les époux et la loi du 8 janvier 1993 permettant de redéfinir l'autorité parentale pour l'ensemble des couples.



**L'adoption du pacte civil de solidarité (PACS).** La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité<sup>1475</sup> a été adoptée dans un contexte politique controversé<sup>1476</sup>. En promulguant cette loi, le législateur a redéfini la notion pluriséculaire de couple conjugal en s'inspirant du droit du mariage, tout en s'en distinguant sur plusieurs points importants. Ainsi, la notion de couple conjugal est élargie aux couples formés de personnes de même sexe. Il s'agit là d'une première avancée notable pour les couples dits homosexuels<sup>1477</sup>. L'article 515-2 du Code civil prohibe, à peine de nullité, l'inceste et la bigamie. Ces empêchements au PACS reposent sur l'existence présumée de rapports sexuels entre pacsés ; cependant, contrairement au mariage, le PACS n'oblige pas les pactisants à avoir entre eux des relations sexuelles<sup>1478</sup>. À propos de la question de l'obligation de fidélité qui existe entre époux, le droit français n'a pas abordé ce sujet de manière explicite, ce qui distingue le PACS du mariage. Toutefois, une ordonnance rendue par le président du TGI de Lille du 5 juin 2002 a affirmé que la loyauté se manifeste dans le PACS par la fidélité. L'article 515-1 stipule que le PACS est « *un contrat [privé<sup>1479</sup>] conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou du même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Ce faisant, il convient de dégager l'idée que des principes essentiels du mariage comme la fidélité viennent s'appliquer par corrélation au PACS. Ainsi, la jurisprudence est parfois venue opérer des rapprochements juridiques entre ces différentes formes d'union. Pour autant, ce contrat qu'est le PACS crée un lien juridique uniquement entre les deux personnes concernées, il n'a aucune conséquence ni sur les descendants ni sur les ascendants.

Conscient des vides juridiques dans le cadre légal institué par le PACS, le législateur est venu opérer des modifications et des compléments pour envisager plus globalement ce contrat. C'est dans ce cadre que la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités<sup>1480</sup> est venue faire évoluer la nature juridique du PACS et combler les lacunes inhérentes à cette union. Il est à souligner que les dispositions de cette loi tendent à rapprocher encore le PACS

---

<sup>1475</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JO* n°265 du 16 novembre 1999 p. 16959.

<sup>1476</sup> DEBOVE, F., SALOMON, R. et JANVILLE, TH. *Droit de la famille*. Paris : Vuibert, 2012, p. 73.

<sup>1477</sup> KESSLASSY, É. et VÉRON, M. *Tous égaux ! Sauf... Les discriminations : un état des lieux*. Paris : Éditions Le Cavalier Bleu, 2006, p. 119.

<sup>1478</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685.

<sup>1479</sup> La Circulaire n° 2007-03 CIV du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité confirme qu'« aucune forme ni contenu particulier autres que ceux prévus par les règles de droit commun applicables aux actes sous seing privé ou authentiques ne sont requis, de sorte que la convention peut simplement faire référence aux dispositions de la loi du 15 novembre 1999 et aux articles 515-1 à 515-7 du code civil ».

<sup>1480</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* n°145 du 24 juin 2006, p. 9513.



du mariage. Il convient de mentionner que cette réforme a atténué la teneur contractuelle du PACS et en a renforcé le caractère institutionnel, au point que certains auteurs le décrivent comme « *quasi-mariage* »<sup>1481</sup>. Il est également important de souligner que l'effet entre ces deux modèles conjugaux est réciproque, le droit du mariage étant lui-même influencé par le PACS en ce qui concerne la simplification du divorce et du changement de régime matrimonial<sup>1482</sup>. Malgré la convergence du PACS et du mariage, qui produit un certain nombre d'effets juridiques communs tels que l'engagement à une vie commune et la solidarité aux dettes ménagères, le PACS ne donne toutefois pas droit à l'adoption. Cette dernière demeure réservée au mariage ; le PACS n'a non plus aucun effet sur le nom ou sur la nationalité. De ce fait, le PACS et le mariage restent des unions de droit bien distinctes, celles-ci devant entraîner des droits et obligations particuliers relativement différenciés.

L'apparition et le développement de ces autres types d'union en France a fait naître des divergences au sein des différents courants religieux. Du fait de la reconnaissance controversée des couples formés par les personnes de même sexe, les représentants des trois religions monothéistes – juive, chrétienne, et musulmane - se sont opposés au projet du PACS. Monsieur Boubakeur, Recteur de la grande mosquée de Paris, est intervenu à une audition au Sénat sur la proposition de loi relative au Pacte civil de solidarité pour rappeler que « *l'islam [...] ne reconnaît aucun statut légitime des couples humains hors de l'institution du mariage contracté juridiquement devant Dieu et devant les hommes* »<sup>1483</sup>.

Néanmoins, certains auteurs<sup>1484</sup> estiment que le PACS dans sa forme juridique est plus conforme au contrat de mariage en droit musulman. En effet, l'article 515-7 du Code civil prévoit que le PACS peut être rompu unilatéralement et discrétionnairement. D'autres auteurs ont considéré que cet article portait atteinte au « *principe d'immutabilité des contrats* »<sup>1485</sup> et que « *l'ordre juridique français devrait désormais se garder d'avoir un œil critique sur la répudiation musulmane* »<sup>1486</sup>. La rupture unilatérale permise dans le cadre de la nature contractuelle du PACS présente en effet d'importantes similarités avec la répudiation

---

<sup>1481</sup> SIMLER, PH. et HILT, P. « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage. » *La Semaine juridique - Édition générale (JCP G)* (2006) : 161.

<sup>1482</sup> *Ibidem*.

<sup>1483</sup> Sénat. *Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mars 1999 sur la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité*, accessible sur le site : [https://www.senat.fr/rap/198-258/198-258\\_mono.html](https://www.senat.fr/rap/198-258/198-258_mono.html).

<sup>1484</sup> ROY, O. *L'islam mondialisé*. Paris : Éditions du Seuil, 2002, p. 134.

<sup>1485</sup> AUBERT, J.-L. et SAVAUX, É. *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2018.

<sup>1486</sup> FARGE, M. « La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane. » *La Semaine Juridique Édition Générale* (2001) : 293.

musulmane en tant qu'il s'agit de la rupture d'un contrat, de manière libre et sans besoin d'un motif particulier. Ainsi, ce rapprochement prend son sens par l'importante place accordée à la liberté contractuelle des partenaires.

Ceci étant, il convient de nuancer cette situation dans la mesure où seul l'époux a la faculté d'engager la répudiation dans le cadre du mariage traditionnel musulman, une telle prérogative n'étant tout simplement pas offerte à l'épouse - ce qui n'est évidemment pas le cas pour le PACS en France. Les critiques adressées par les juristes français à la répudiation musulmane ne sont pas qu'une objection à la liberté contractuelle de rompre un engagement, mais soulignent la grande inégalité qu'elle maintient entre l'époux et l'épouse<sup>1487</sup>.

La comparaison du PACS et du mariage en droit musulman met en évidence certains points communs entre ces types d'union dans leur dimension contractuelle. La libéralisation du mariage (PACS, Mariage pour tous, *etc.*) est indissociablement liée à une vision sociétale du couple en rupture avec la conception religieuse et traditionnelle française du mariage.

La valeur institutionnelle du mariage est aujourd'hui en recul, du fait du recours à d'autres formes d'union : il ne constitue plus nécessairement la cellule fondamentale de la société. Les évolutions sociales récentes ont peu à peu acclimaté l'idée qu'il pouvait y avoir plusieurs manières de vivre en couple et que les unes n'étaient pas nécessairement moins dignes de considération que les autres - ou en tout cas que ce jugement n'était pas du ressort du législateur. Le nombre de couples vivant en concubinage a ainsi augmenté avec une constance irrépressible, tandis que le nombre des mariages a baissé de façon tout aussi régulière.

Le PACS a eu une forte influence sur le droit du mariage dans la mesure où il a été conçu à l'origine comme une possibilité d'union offerte aux couples de même sexe pour bénéficier d'un statut protecteur. Cette protection a été étendue avec le Mariage pour tous qui a permis d'instaurer un cadre légal englobant différentes formes de conjugalité, et concernant les couples mariés comme non mariés.

En parallèle, il est à noter que le mariage n'est pas sans effet sur la pratique du PACS, puisque ce dernier a perdu certains éléments de sa nature contractuelle pour devenir une union plus institutionnalisée, et ce faisant se rapprocher du mariage. Au-delà de ces interdépendances entre le PACS et le mariage, il convient d'appréhender et de bien comprendre les libertés fondamentales en question dans le cadre de ces deux unions. Ainsi et comme le souligne

---

<sup>1487</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 févr. 2004.

Monsieur de Montgolfier<sup>1488</sup>, le mariage restreint la liberté individuelle des deux conjoints tandis que le PACS « incarne [les] valeurs de liberté et d'égalité dans leur acception moderne » : il est donc destiné à devenir un jour un modèle pour le mariage<sup>1489</sup>.

**L'égalité d'accès au mariage pour tous les couples en France.** Le mariage des couples de personnes de même sexe, également appelé « *mariage homosexuel* » ou « *mariage pour tous* », a été rendu possible en France suite à une promesse de campagne électorale faite par l'ancien président François Hollande<sup>1490</sup> qui appartient au groupe politique ayant proposé le PACS en 1998.

Le législateur a exclu une condition d'ordre public<sup>1491</sup> *sine qua non* du mariage : l'altérité sexuelle des partenaires. Le nouvel article 143 du Code civil dispose que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ». D'un point de vue juridique, en France comme dans d'autres pays européens, la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe a suscité de vifs débats. Les arguments en défaveur du mariage des couples homosexuels, qui renvoient aux coutumes ou aux religions, ne sont plus socialement acceptés. L'ouverture du mariage aux homosexuels est donc liée à une évolution sociale et culturelle accompagnée d'une volonté politique.

Cela a conduit à une distanciation vis-à-vis de la conception traditionnelle du mariage, puisque le mariage n'est plus pensé uniquement comme la réunion de deux personnes de nature opposée qui devraient suivre les rôles prescrits pour leur nature. L'ancienne ministre de la Justice, Madame Taubira, souligne que : « *Le mariage, qui a réussi à se détacher du sacrement, va en effet se détacher également d'un ordre social fondé sur une conception patriarcale de la société [...]. [L]'institution du mariage connaît une évolution vers l'égalité, et c'est bien ce que nous sommes en train de faire aujourd'hui* »<sup>1492</sup>. La loi du 17 mai 2013<sup>1493</sup> ouvrant le mariage civil

---

<sup>1488</sup> Magistrat, chargé de mission au service juridique du Conseil constitutionnel, chef du bureau du droit des personnes et de la famille du ministère de la Justice de 2004 à 2007.

<sup>1489</sup> DE MONTGOLFIER, J.-F. « Du PACS au mariage et retour. » *Commentaire* (2008) : 777-786, p. 783.

<sup>1490</sup> Le samedi 19 novembre 2011, au Congrès des jeunes socialistes (MJS) à Strasbourg, François Hollande a annoncé, dans son discours d'investiture à l'élection présidentielle, « *une grande loi sur l'égalité pour garantir l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de salaire, loi qui sanctionne les violences faites aux femmes et permette le mariage entre deux personnes du même sexe* », V. ESTIER, C. François Hollande : *Journal d'une victoire* [édition numérique]. Paris : Le Cherche-Midi, 2012 ; Le Journal du Dimanche. (juin 2017). *Hollande s'offre un bain de jouvence*, accessible sur le site : <https://www.lejdd.fr/Election-presidentielle-2012/Hollande-prend-un-bain-de-foule-a-Strasbourg-425999-3117392>.

<sup>1491</sup> BRUNETTI-PONS, C. « Après la loi du 17 mai 2013 "ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe", quelles perspectives pour le droit de la famille ? » *Recherches familiales* (2014) : 111-130.

<sup>1492</sup> Le Lab Europe 1. (janvier 2013). *Mariage homo : le discours de Christiane Taubira*, accessible sur le site : <https://lelab.europe1.fr/mariage-homo-le-discours-de-christiane-taubira-7070>.

<sup>1493</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

aux couples de personnes de même sexe bouleverse les structures fondamentales du droit français de la famille, et change profondément le sens d'une institution qui a traversé les siècles. Le Code civil a subi une grande réforme législative qui a permis de supprimer la différence des sexes dans les modèles familiaux : les mots *mari* et *femme* dans les textes du Code civil relatifs au mariage ont été remplacés par le mot « *époux* »<sup>1494</sup>.

Selon Madame Baudino, la loi du 17 mai 2013 «  *finalement inscrit l'égalité* » dans le Code civil français. Autrement dit, il a été nécessaire de dénouer le mariage de la différence des sexes pour qu'il soit parfaitement égalitaire<sup>1495</sup> ; en ce qui concerne l'égalité des couples d'un point de vue social, mais également dans le rapport des époux l'un à l'autre. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a en effet conduit à des modifications de la loi du 4 mars 2002 sur le nom de famille, notamment par la loi du 17 mai 2013 sur la transmission du nom qui met fin à la suprématie paternelle et renforce ainsi l'égalité entre époux.

**La question de la légalité du « *mariage du voyageur* ».** En Arabie Saoudite, le recul du mariage et le recours à d'autres formes d'union est très lié aux conditions économiques<sup>1496</sup>. Les difficultés financières que rencontrent les hommes ont favorisé le développement de formes instables aux nominations diverses, privant dans leur majorité les femmes de leurs droits conjugaux<sup>1497</sup>.

Le « *mariage du voyageur* » (ou *al misyar*) est une pratique sunnite. Il faut signaler qu'elle est contestée par les chiites qui la considèrent comme une innovation (*bid'a*) en tant qu'elle ne respecterait pas les prescriptions divines. Le mot *misyar* en langue arabe signifie littéralement « *marcher* ». Dans le dialecte saoudien, comme dans les autres pays du golfe, il s'agit d'une personne de passage<sup>1498</sup>. C'est en ce sens qu'on traduit « *zawadj al misyar* » par « *mariage du voyageur, du marcheur, de l'ambulant* »<sup>1499</sup>. Ce type de mariage est étranger à la culture du Maghreb, mais il est en vogue en Arabie Saoudite et au Qatar<sup>1500</sup>. Selon la coutume, il suffit de deux témoins pour répondre à l'exigence de publicité : ainsi, ce mariage n'est pas annoncé publiquement.

---

<sup>1494</sup> Au dernier alinéa de l'article 75 « *les mots : "mari et femme" sont remplacés par le mot : "époux"* ».

<sup>1495</sup> BAUDINO, C. *Le sexe des mots : un chemin pour l'égalité* [édition numérique]. Paris : Belin, 2018.

<sup>1496</sup> La baisse des prix mondiaux du pétrole depuis 2014 a eu un impact significatif sur la performance économique de l'Arabie Saoudite, Cf. TOUAIBIA, Y. *Arabie Saoudite*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2018, p. 67.

<sup>1497</sup> Programme des Nations Unies, *Rapport arabe sur le développement humain, op. et loc. cit.*

<sup>1498</sup> KADI, A. *Mon Séjour en Arabie*. Paris : Éditions Édilivre, 2015, p. 93.

<sup>1499</sup> *Ibidem.*

<sup>1500</sup> *Ibidem.*

Le mariage *misyar* respecte toutes les conditions du mariage musulman sauf que la future épouse renonce à certains de ses droits stipulés dans la charia. En effet, elle ne quitte pas son domicile pour cohabiter avec son mari, qui ne subviendra pas à ses besoins et reste libre de rendre visite à son épouse quand il le souhaite. Ainsi, ce montage juridique permet au couple de contracter un mariage à durée indéterminée en dispensant l'époux d'assumer des engagements financiers vis-à-vis de son épouse, sur la base d'une clause personnellement convenue et non écrite dans le contrat. En vertu de cette clause, l'épouse dispense son mari de certains de ses devoirs tels que la cohabitation, de la charge financière (*nafaqa*) ou encore le partage égal des nuits entre les épouses en cas de polygamie.

Bien que le mariage du voyageur soit reconnu licite<sup>1501</sup>, il est contraire à l'esprit du mariage islamique selon de nombreux théologiens en raison de ses conséquences négatives pour les femmes. D'une part, le fait que ce mariage soit secret peut être source de nombreux problèmes pour les femmes, par exemple en cas de grossesse<sup>1502</sup> si le mari ne reconnaît pas ses enfants. En cas de décès du mari également, il pourra être difficile à la veuve de faire valoir ses droits de succession. D'autre part, dans ce type de mariage, les époux ne sont pas dans un rapport d'égalité. Ainsi, seul le mari a le droit de se rendre chez son épouse, et non l'inverse ; et ceci à toute heure du jour ou de la nuit, selon ses désirs.

Les défenseurs du mariage *al misyar* soutiennent que cette institution s'adresse à des femmes qui auraient peu de chance de contracter un mariage « ordinaire », à savoir les femmes trop âgées ou veuves, arguant de la crise actuelle du mariage en Arabie Saoudite et au Qatar. Cela revient tout simplement à défendre l'objectivation et la hiérarchisation des femmes, dont les droits en tant qu'épouses dépendraient intrinsèquement de leur valeur sur le marché du mariage. Il convient de souligner que cette conception du mariage révèle une pensée évolutive du mariage, indiquant que des innovations juridiques sont envisageables en droit musulman du mariage. Ici cependant, l'innovation ne va absolument pas dans le sens du respect des droits des femmes.

---

<sup>1501</sup> S'il respecte les conditions de validité du mariage : consentement des époux, présence du wali et des deux témoins, versement d'une dot.

<sup>1502</sup> Il est généralement convenu, dans ce type de mariage, que le but de l'union n'est pas la procréation.

## B- Les enjeux juridiques des unions non réglementées

Diverses raisons peuvent être avancées pour expliquer que les individus recourent à des unions non réglementées : la volonté de rompre avec l'héritage religieux et traditionnel, de s'inscrire dans un cadre plus souple et moins contraignant, ou encore d'éviter le coût important du mariage. De ce fait, le législateur se trouve contraint de réfléchir à la manière de pallier les insuffisances juridiques afférentes à ces nouvelles formes d'union. Ces pratiques nouvelles ne sont pas sans soulever des interrogations sur le rôle du législateur : ce dernier se doit-il d'encadrer ces unions, et, le cas échéant, de quelle manière ?

En droit français, on constate l'émergence d'une part d'un socle juridique commun à toutes les unions (notion de *droit commun du couple*) et d'autre part d'un socle englobant les unions régies par des dispositions légales instaurant un cadre précis (*droit commun de la conjugalité encadrée*, concernant le PACS et le mariage)<sup>1503</sup>. Le droit commun du couple assure, par exemple, la protection contre les violences domestiques dans les trois formes actuelles de couple.

### L'interdiction de la sexualité hors mariage en Arabie Saoudite, au Qatar et en Tunisie.

Concernant l'importance accordée au mariage, le fondement principal de la distinction entre les pays arabes et la France est la licéité ou non de la sexualité hors mariage. L'interdiction de la sexualité hors mariage actuellement en vigueur dans les trois pays arabes objets de notre étude a d'importantes répercussions sur l'égalité entre femmes et hommes et sur le mariage, dans la mesure où les femmes subissent davantage les conséquences de tels actes, tant sur le plan juridique que social.

Certes, les législations saoudienne et qatarienne ne font pas de distinction entre femmes et hommes dans l'application des peines. Ainsi, en Arabie Saoudite, la fornication (*zina*<sup>1504</sup>) est condamnée par des sanctions légales les plus strictes (*hudud*), allant de cent coups de fouet<sup>1505</sup> pour les célibataires à la mise à mort par lapidation pour les personnes mariées<sup>1506</sup>. En réalité,

---

<sup>1503</sup> SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, S., et al. *Droit de la famille : Droits français, européen, international et comparé* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2018, p. 430.

<sup>1504</sup> Entrent dans le cadre de ce terme toutes les relations sexuelles hors mariage, et aussi en particulier, les actes homosexuels. D'après Ibn Uthaymîn, la sodomie masculine (*liwat*) est un péché plus infâme que la *zina*. Cf. IBN UTHAYMÎN, M. *Alkanz althamîn fi tafsîr Ibn Uthaymîn (Le trésor précieux dans l'interprétation d'Ibn Uthaymîn)* [en arabe]. Vol. 10. Beyrouth : Dar al-Kotob al-ilmiyah (DKI), 2010, p. 510.

<sup>1505</sup> Quant au verset : « *La fornicatrice et le fornicateur, fouettez-les chacun de cent coups de fouet* » Cf. Le Coran (24 : 2).

<sup>1506</sup> Il convient de signaler ici que, de manière générale et quelle que soit l'infraction dont il s'agit, la lapidation ne figure pas parmi les peines prescrites par le Coran. Cette pratique est justifiée par un hadith (tradition prophétique) qui se réfère à la Torah qui inflige la peine de lapidation à deux juifs, Cf. AL-NAWAWÎ, Y. *Le sahih de Muslim* :



cette dernière sanction n'est pas appliquée et constitue plutôt une force de dissuasion pour limiter les relations sexuelles hors mariage<sup>1507</sup>. Au Qatar, la loi du 10 mai 2004 punit les relations sexuelles extraconjugales de la peine de mort s'il s'agit d'un viol<sup>1508</sup>, d'emprisonnement à vie en cas de relation sexuelle avec une fille âgée de moins de 16 ans<sup>1509</sup> et d'une peine pouvant atteindre 7 ans d'emprisonnement en cas de relation sexuelle consentie avec une fille âgée de 16 ans, qui encourt quant à elle la même peine<sup>1510</sup>.

Même si la loi condamne ici équitablement femmes et hommes, il est essentiel de rappeler que les femmes concernées, en plus de subir une très forte sanction sociale, seront confrontées à des obstacles dans l'accès au mariage tels que le fait de n'être plus vierge, ou de n'avoir pas pu avorter en cas de grossesse. En Arabie Saoudite et au Qatar, l'avortement n'est en effet autorisé que dans des limites très restreintes et toujours pour des raisons médicales, en cas de danger pour la femme enceinte<sup>1511</sup>. L'interdiction de l'IVG dans la majorité des pays musulmans reste profondément liée au statut des femmes, qui ne peuvent disposer comme elles l'entendent de leur propre corps, sans considération pour leur droit à décider pour elles-mêmes. Ainsi, dans la mesure où elles paient un plus lourd tribut que les hommes de la pratique de la sexualité hors mariage, on peut soutenir qu'elles ne disposent pas de l'égale liberté de ne pas se marier.

En Tunisie les relations sexuelles extraconjugales sont toujours interdites. Cette interdiction se veut dans le sens d'une protection des femmes, en l'occurrence des mineures<sup>1512</sup>, considérées comme plus vulnérables que les majeures et dont le consentement pourrait plus aisément être obtenu sous l'effet de la persuasion ou de la contrainte. En cas d'adultère du mari ou de l'épouse, l'article 236 du Code pénal tunisien prévoit une sanction d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 500 dinars<sup>1513</sup>.

Si les autorités tunisiennes choisissent le plus souvent de fermer les yeux sur la libéralisation

---

*Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWI* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 6. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols., p. 718.

<sup>1507</sup> Le général Al-Zahrani, secrétaire général du Comité pour le soin des prisonniers, a admis que pendant ses 20 années de travail jusqu'à présent, aucune lapidation n'avait jamais été exécutée, accessible en arabe sur le site : <https://ajel.sa/local/1755771> ; Selon Amnesty International, la dernière lapidation en Arabie Saoudite remonte à 1981. V. *Saudi Arabia: An upsurge in public executions*, p. 4, accessible en anglaise sur le site : <https://www.amnesty.org/download/Documents/188000/mde230041993en.pdf>.

<sup>1508</sup> Article 279 du Code pénal qatarien.

<sup>1509</sup> Article 280 du Code pénal qatarien.

<sup>1510</sup> Article 281 du Code pénal qatarien.

<sup>1511</sup> Article 317 du Code pénal qatarien.

<sup>1512</sup> Articles 227-227 bis du Code pénal.

<sup>1513</sup> L'originalité de la sanction réside dans le fait que la poursuite pénale ne se fait que sur la demande de l'autre conjoint qui décide de poursuivre ou arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation (Article 236 alinéa 2). Le complice est puni des mêmes peines que le conjoint coupable (Article 236 alinéa 4).



des mœurs, un changement législatif n'est pourtant pas envisagé. L'apparition des pratiques chirurgicales de « *revirgination* » (reconstruction de l'hymen)<sup>1514</sup> a permis à de nombreuses jeunes filles d'échapper dans une certaine mesure aux pressions exercées par leurs parents, leur famille et une grande partie de la société tunisienne, et de vivre pleinement leur vie sexuelle avant le mariage en ayant recours à la médicalisation au moment voulu<sup>1515</sup>. Par ce biais, tout en faisant semblant de se conformer aux prescriptions sociales, elles peuvent se soustraire au contrôle de leur virginité.

À la différence de l'Arabie Saoudite et du Qatar, l'interruption volontaire d'une grossesse même issue d'une relation extramatrimoniale est autorisée en Tunisie<sup>1516</sup>. Le Décret-Loi du 26 septembre 1973<sup>1517</sup> l'autorise dans les trois premiers mois de grossesse, sans nécessité de motif médical<sup>1518</sup>. Néanmoins, il semblerait qu'en pratique l'exercice de ce droit soit compliqué par l'attitude de certains agents de planning familiaux hostiles à l'exercice de l'avortement, imposant aux femmes désireuses d'avorter des procédures inutiles afin de faire passer le délai légal<sup>1519</sup>. Cette attitude a eu pour conséquence d'augmenter le nombre des avortements clandestins. Encore une fois, les changements légaux sont difficilement applicables lorsqu'ils ne sont pas accompagnés par des changements de mœurs.

**Le mariage *mut'a*, « mariage de jouissance » à durée déterminée.** Dans le cadre de l'interdiction frappant la sexualité hors mariage en islam, il faut évoquer une autre forme d'union dont le statut matrimonial est extrêmement controversé. Il s'agit du mariage *mut'a*, fondé sur un contrat à durée déterminée et convenue entre les époux<sup>1520</sup>. Ce mariage implique uniquement l'assouvissement des besoins sexuels sans imposer des devoirs au « *mari* » comme la pension alimentaire, ou le droit à l'héritage en cas de décès. Ce type de mariage remonte à la période préislamique. Il a par la suite été proscrit chez les sunnites et il est resté courant chez les couples chiites, qui le pratiquent encore en Arabie Saoudite sans reconnaissance officielle de l'État.

---

<sup>1514</sup> BEN SMAÏL, N. *op. cit.*, p. 22 ; SELAMI, M. « Sexualité préconjugale, souillure et reconstruction de soi. Les adolescentes au prisme d'une politique du corps féminin en Tunisie. » *L'Année du Maghreb* (2017) : 101-117.

<sup>1515</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>1516</sup> Programme des Nations Unies, *Rapport arabe sur le développement humain, op. et loc. cit.*

<sup>1517</sup> Décret-Loi n°73-2 du 26 sept. 1973 portant modification de l'art. 214 du Code pénal, JORT 28 sept. 1973.

<sup>1518</sup> Sur ce point, il s'agit d'un des rares pays musulmans, avec le Bahreïn, qui a adopté une approche libérale de la charia concernant les questions relatives à la femme et à la famille, et qui a légalisé le droit à l'avortement.

<sup>1519</sup> KOUMDADJI, A. « islam et parenté. » *Revue internationale de droit comparé (RIDC)* (2017) : 307-326, p. 312.

<sup>1520</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 95.

Il s'agit d'un mariage controversé qui ne recueille pas l'unanimité de la doctrine quant à sa validité. Son caractère limité dans le temps, le fait qu'il ne respecte pas les dispositions musulmanes quant aux droits et devoirs des époux ainsi que les lacunes dans sa réglementation notamment concernant la filiation incite pourtant à considérer, à la suite de la plupart des écoles de droit musulman, que ce mariage n'en est pas un. Certains juristes vont jusqu'à le qualifier d'« *union libre* » au même titre que le concubinage<sup>1521</sup>.

**Une nouvelle forme juridique d'union : le concubinage.** Le développement de la pratique des unions libres en France a des incidences en remettant largement en question la conception de l'union conjugale. Cette évolution a conduit à repenser les principes traditionnels que sont la reproduction, la fondation d'une famille et d'un foyer, amenant ainsi un certain affranchissement de la femme qui jouit désormais d'une liberté et égalité accrues, et dont le corps n'est plus un simple outil de reproduction au service de la famille.

Le législateur français n'hésite pas à reconnaître cette forme d'union, cependant le droit français peine à se positionner sur sa définition et à y apposer un nom. Par inspiration du droit romain, le concubinage est associé à un « *mariage inférieur* » (du latin *concubinatus*).

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le concubinage commence à entrer dans les mœurs sociales. Ce n'est que tardivement, après la Seconde Guerre mondiale, que l'union a enfin été reconnue légalement<sup>1522</sup>. Cette ouverture va de pair avec une plus grande tolérance à l'égard de la sexualité, détachée progressivement de l'image dégradante véhiculée par le christianisme et hissée, au fil des années et des modifications légales, au rang des libertés individuelles qui impliquent la liberté de disposer de son propre corps<sup>1523</sup>. La liberté sexuelle entre dans le cadre du respect de la vie privée protégée aussi bien par les dispositions du droit européen<sup>1524</sup> que celles du droit interne<sup>1525</sup>.

Largement répandu depuis les années 1970, le concubinage (ou *union libre*) s'est développé. Si auparavant les couples commençaient leur vie conjugale par le mariage, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Les unions libres sont devenues le nouveau « *mode d'entrée [...] dans la vie de couple* »<sup>1526</sup>. Le recours à la cohabitation est soit un choix chez les jeunes pour conserver leur

---

<sup>1521</sup> BOUAOUN, M. « Le mariage mout'a et le droit international. » *Revue internationale de droit comparé* (2015) : 521-540, p. 533.

<sup>1522</sup> MECHRI, F. *Le sentiment d'affection & le droit de la famille*. Tunis : Éditions Latrach, 2015, p. 31.

<sup>1523</sup> KOUMDADJI, A. *op. cit.*, p. 309.

<sup>1524</sup> Articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

<sup>1525</sup> Article 9 du Code civil.

<sup>1526</sup> TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J., *op. cit.*, p. 21.

indépendance avant de s'engager définitivement<sup>1527</sup> soit une nécessité par manque de ressources financières<sup>1528</sup> (un tiers des couples non cohabitants sont des étudiants)<sup>1529</sup>. En 2011, six millions de personnes ont déclaré vivre en union libre sous le même toit<sup>1530</sup>.

Dans un contexte de bouleversement et de crise des normes familiales, la notion de couple est apparue dans le domaine du droit civil avec la loi du 29 juillet 1994. Mais il convient de souligner que le mot *couple* a d'abord été inscrit dans les textes du droit de la sécurité sociale avant d'être repris par ladite loi<sup>1531</sup>. Par cette introduction, le législateur français met en place un nouveau modèle familial en droit matrimonial. En 1995, Madame Dekeuwer-Defossez<sup>1532</sup> précisait à ce sujet : « *Le modèle n'est plus celui du mariage, c'est celui du couple parental hétérosexuel, égalitaire, monogame et indissoluble à l'égard des enfants* »<sup>1533</sup>. Le concubinage représente une union stable, solide sans obtenir le statut matrimonial.

Les personnes vivant dans le cadre de ces unions sont considérées comme ayant une vie matrimoniale. Cette notion s'applique à une union stable et continue entre deux personnes<sup>1534</sup>. La Cour de cassation, dans son arrêt du 11 juillet 1989, précise que le concubinage doit être compris comme une situation « *de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage* »<sup>1535</sup>.

Si historiquement, le concubinage était prohibé en Europe par le droit canonique en tant que contraire aux règles morales<sup>1536</sup>, en islam au contraire il a longtemps été réglementé et considéré comme licite dans certains cas<sup>1537</sup>. Le concubinage légal (*tasarri*) constitue en effet une exception à la charia qui concernait les relations intimes entre un maître et une esclave. Dans la société musulmane, les esclaves concubines n'étaient guère condamnées ni jugées<sup>1538</sup>. Cependant, seuls les hommes avaient la possibilité de vivre en concubinage avec leurs

---

<sup>1527</sup> Insee. (février 2013). *Le couple dans tous ses états, non cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs...*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436>.

<sup>1528</sup> TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J., *op. et loc. cit.*

<sup>1529</sup> *Ibidem.*

<sup>1530</sup> TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J., *op. cit.*, p. 20.

<sup>1531</sup> MECHRI, F. *op. cit.*, p. 35.

<sup>1532</sup> Professeur de droit privé à l'université de Lille.

<sup>1533</sup> MECHRI, F. *op. cit.*, p. 37.

<sup>1534</sup> V. article 515-8 du Code civil ; La Cour de cassation a considéré que la vie maritale était caractérisée par « *une vie en commune* », Cf. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 22 février 1978, 76-10.363 ; ou encore par « *une existence commune et stable entre deux individus* ». Cf. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 86-10.665. La vie commune n'est pas considérée comme interrompue lorsque les époux se séparent « *pour des motifs indépendants de leur volonté* » tels que le travail ou la santé.

<sup>1535</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 juillet 1989, 85-46.008.

<sup>1536</sup> MECHRI, F. *op. cit.*, p. 31.

<sup>1537</sup> JAHHEL, S. *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2012, p. 159.

<sup>1538</sup> MECHRI, F. *op. et loc. cit.*

esclaves ; les femmes en avaient l'interdiction absolue. En effet, une femme ne pouvait être que concubine (*djâriya*) ou épouse (*zawdja*).

Bien que le concubinage fût légal en islam, il restait néanmoins un phénomène social très rare et marginal. En outre, le nombre précis de concubins était inconnu et difficilement mesurable<sup>1539</sup>. Il est important d'insister sur le fait que le concubinat légal n'entraînait pas en opposition avec le mariage « *dont il apparaît comme un succédané, le doublant et le complétant* ». À l'abolition de l'esclavage dans les différents pays islamiques, il n'existait plus de possibilité de concubinage légal en islam<sup>1540</sup>.

En Arabie Saoudite et au Qatar, les peines encourues en cas de concubinage sont les mêmes que pour toute relation sexuelle hors mariage.

La situation tunisienne est différente de celle des pays du golfe. En effet, les relations de concubinage sont réapparues en Tunisie, sans reconnaissance légale, mais à la faveur d'une forme de tolérance sociale. Ainsi, bien qu'il ne soit pas formellement interdit par le droit pénal qui reste silencieux sur ce point<sup>1541</sup>, le concubinage peut être sanctionné par le juge lorsqu'il est saisi en le requalifiant de « *mariage non conforme* »<sup>1542</sup> ou de « *délit de prostitution* »<sup>1543</sup>.

Une telle interprétation de la loi par le juge tunisien en matière de sexualité hors mariage s'explique par le fait que le juge pénal, de par son intime conviction<sup>1544</sup>, considère qu'il s'agit d'une pratique qui contredit les mœurs et les coutumes de la société tunisienne<sup>1545</sup>. Une telle vision se manifeste également dans l'interdiction légale pour les hôtels d'héberger un couple tunisien non marié<sup>1546</sup>.

---

<sup>1539</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1540</sup> JAHÉL, S. *op. cit.*, p. 164.

<sup>1541</sup> Cette absence s'explique notamment par la lenteur de révision des lois tunisiennes et leur défaut d'adaptation à l'évolution des mœurs qui s'opère au sein de la société. Il est regrettable que la révision du Code pénal en 2005 maintient toujours la lacune concernant les relations sexuelles en dehors du mariage, et du concubinage. Seul l'adultère demeure sanctionné sous l'égide de l'article 236.

<sup>1542</sup> L'absence d'une interdiction expresse par le Code pénal n'a pas empêché le juge tunisien de sanctionner ce genre de pratiques. Dans un cas d'espèce, un couple avait appelé la police pour dénoncer un cambriolage. La police, une fois sur place a demandé le justificatif de mariage dudit couple, chose qu'il était incapable de fournir. Il a été conduit au poste de la police et condamné par la suite à trois mois de prison pour mariage coutumier (*orfi*). Cf. VOORHOEVE, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1543</sup> Selon MECHRI, le second délit assimile la femme concubine à une prostituée, ce qui est totalement infondé puisque la prostitution suppose que la femme ait des relations sexuelles avec différents hommes. In MECHRI, F. *op. et loc. cit.*

<sup>1544</sup> Selon Fayol-Noireterre, l'intime conviction du juge pénal peut être définie comme étant « *une méthode de jugement permettant de prendre en compte l'acte à juger et la personne dans leur réalité et dans leur subjectivité, en ouvrant aux juges l'accès à tout moyen de preuve : par la parole, par la science, par les éléments psychologiques* ». Cf. FAYOL-NOIRETERRE, J.-M. « L'intime conviction, fondement de l'acte de juger. » *Informations sociales* (2005) : 46-47, p. 46.

<sup>1545</sup> VOORHOEVE, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1546</sup> BEN SMAÏL, N. *op. cit.*, p. 35.

Ainsi, dans les trois pays arabes objets de notre étude, le droit bien souvent ne fait que traduire une volonté commune profondément ancrée et imprégnée par la sphère religieuse. De ce fait, il ressort que la légalisation du concubinage n'est pas envisagée par le législateur, qui fait fi de l'existence d'un tel phénomène sociétal<sup>1547</sup>. S'il existe certes des interactions individuelles, le droit choisit sciemment de ne pas les traiter.

Pour déterminer les orientations dans le droit des couples, et donc garantir l'égalité entre époux, le législateur se doit de prendre en compte les évolutions sociales relatives à la famille. À titre d'illustration, le législateur dispose de la faculté de décider d'éventuelles mesures effectives face au recul significatif du mariage, et afin de répondre à l'apparition d'autres formes de conjugalité.

À l'étude des pratiques observées respectivement en Arabie Saoudite, au Qatar et en Tunisie, le vecteur commun consiste en l'interdiction des relations hors mariage, ce qui n'est pas sans incidences tant sur l'égalité femmes-hommes que sur les modalités d'accès au mariage.

La question du secret va de pair avec une législation qui maintient l'interdiction au mépris des changements dans les mœurs surtout en Arabie Saoudite et au Qatar, et dans une moindre mesure en Tunisie. La législation en choisissant la voie du conservatisme maintient de ce fait le tabou social et les répercussions néfastes tout particulièrement pour les femmes. Le législateur n'a-t-il pas le devoir et la responsabilité de repenser le système juridique pour accompagner les évolutions sociales, afin que les individus ne soient pas pris entre les deux feux contradictoires du modernisme social et du conservatisme juridique ? Effectivement, il est nécessaire que le droit accompagne le vecteur sociétal en intégrant des dispositions protectrices s'inscrivant dans la continuité des pratiques observées.

---

<sup>1547</sup> MECHRI, F. *op. et loc. cit.*

## Conclusion

Au terme de ce chapitre relatif aux fondements du mariage et à son évolution, il est apparu clairement que les changements survenus en France, mais aussi, dans une moindre mesure, en Tunisie, ne pourront se faire que lentement et difficilement dans les deux pays du golfe objets de cette étude. En effet, fortement influencé par le pouvoir du *fiqh*, le droit de la famille évolue différemment des autres domaines juridiques. Son évolution tient compte de diverses interprétations théologico-juridiques du droit religieux. Ainsi, la réforme du statut personnel ou de la famille constitue un des défis vitaux auxquels ces pays seront confrontés.

En revanche, les tentatives de codification du droit de la famille pourraient être une étape importante *sine qua non* à la recherche de l'égalité. Ainsi, la volonté du législateur et son intervention sont cruciales afin d'instaurer, interpréter et assurer la correcte application du principe d'égalité.

## Chapitre II - L'égalité au moment de contracter mariage

À l'instar de tout contrat, le contrat de mariage est fondé sur le principe de la liberté matrimoniale<sup>1548</sup>. Selon ce principe, l'individu est libre de s'engager ou de ne pas s'engager<sup>1549</sup>, et, dans le premier cas, de le faire avec la personne de son choix. Dans cette hypothèse, le choix doit être réciproque, ce qui est matérialisé par la rencontre des volontés des deux parties. Ainsi, le consentement au mariage doit donc être respecté chez les deux futurs conjoints, dans le cadre du respect du principe d'égalité entre les époux. Ce principe s'exerce principalement par la manifestation libre et éclairée du consentement au mariage, ce qui implique le libre choix de l'époux et de l'épouse, sans contrainte.

Cependant, cette volonté n'est pas le fruit du moment où les mariés contractent mariage, mais elle est déjà exprimée - de façon tacite - lors des fiançailles, première étape de l'engagement matrimonial. Cette volonté, fondée sur la liberté du mariage, accorde aux fiancés la liberté de se rétracter à tout moment.

L'égale liberté de contracter mariage est le fondement du principe de l'égalité entre époux durant la phase de la conclusion du mariage (Section I). Cependant, ce principe fait l'objet d'une application disparate selon les quatre pays objets de cette étude. Si sa mise en œuvre est respectée en France et en Tunisie, tel n'est pas le cas pour le Qatar et l'Arabie Saoudite qui, sous le poids des coutumes et des principes religieux, restreignent encore l'exercice de ce droit, bafouant ainsi le principe de l'égale liberté de choix de l'époux (Section II).

---

<sup>1548</sup> Par un arrêt de principe du 30 mai 1838, la Cour de cassation s'est fondée sur la liberté matrimoniale pour accorder aux fiancés la liberté de rompre leur fiançailles à tout moment, qui subsiste jusqu'à la célébration du mariage. V. PARQUET, M. *op. cit.*, p. 38.

<sup>1549</sup> Sur ce point, Carbonnier a souligné que l'individu est un être « doué du libre arbitre », libre de juger et de s'engager ou de ne pas s'engager. Cf. SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J. *Histoire des institutions (1750-1914) : droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale*. Paris : Éditions Litec, 1998, p. 330.



## Section I - Au cœur du principe d'égalité, l'égale liberté de contracter mariage

La liberté matrimoniale, incarnée par le libre choix du conjoint et le consentement au mariage<sup>1550</sup>, n'a pas toujours été respectée. Le principe du consentement au mariage a longtemps été bafoué, particulièrement pour les femmes, par les coutumes et traditions de nombreux pays qui ont banalisé les mariages forcés et autorisé le mariage des enfants.

Ce non-respect est dû particulièrement à l'influence du modèle patriarcal. Ainsi, dans la famille patriarcale traditionnelle y compris en France (jadis), en Tunisie (actuellement en recul) et aujourd'hui encore en Arabie Saoudite et au Qatar, la question du libre choix du conjoint n'occupe pas une place importante, et le consentement des futurs époux n'est pas nécessairement au centre de l'union matrimoniale. Le mariage n'y est pas un acte libre émanant de personnes consentantes, mais une alliance entre deux familles dans lesquelles le sort des filles relève de la responsabilité de leur tuteur, généralement leur père.

Devant ce constat, l'Organisation des Nations Unies a décidé de bannir ces pratiques en accordant une force juridique au principe de la liberté matrimoniale. Dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 16 alinéa 2 prévoit que « *le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux* » invitant ainsi les États signataires à abolir toutes les pratiques qui vont à l'encontre de ce principe et à prévoir des sanctions en cas d'infraction.

De plus, pour lutter contre le maintien des pratiques contraires à l'esprit de la Charte des Nations Unies, fondées sur des lois ou coutumes qui entravent le libre choix du conjoint à travers l'autorisation du mariage des enfants et les fiançailles des jeunes filles, une Convention des Nations Unies a été adoptée le 7 novembre 1962. Cette convention, entrée en vigueur le 9 décembre 1964, porte sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages en vue de rappeler les principes universels de respect des droits et des libertés individuelles tels qu'énoncés dans la Charte des Nations Unies. Le principe du consentement au mariage et ses conditions de validité ont été rappelés par l'article 1<sup>er</sup> de ladite Convention : « *Aucun mariage ne pourra être contracté légalement sans le libre et plein consentement des deux parties* ». Cet article précise ensuite les conditions permettant de reconnaître ce consentement comme valide, à savoir qu'il doit « *être exprimé par elles en*

---

<sup>1550</sup> CABRILLAC, R. (dir.). *Liberté et droits fondamentaux*. 24<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2018, pp. 272-273.

*personne, en présence de l'autorité compétente pour célébrer le mariage et de témoins, après une publicité suffisante ».*

Dans le cadre de cette étude comparative, il est nécessaire de s'interroger sur l'état de la liberté matrimoniale dans les quatre pays objets de notre étude. La Convention de New York a été ratifiée par la Tunisie le 24 janvier 1968<sup>1551</sup>, ratifiée par la France le 14 octobre 2010<sup>1552</sup>. Ceci semble aller de soi du fait de l'engagement de ces deux pays dans la promotion des droits des femmes.

Elle n'a en revanche été ratifiée ni par l'Arabie Saoudite ni par le Qatar. L'absence de ratification par l'Arabie Saoudite et le Qatar démontre leur attachement continu aux coutumes tribales largement imprégnées par le modèle patriarcal qui accorde une place minimale à la volonté matrimoniale, principalement en ce qui concerne les femmes.

Si le recueil de consentement des deux parties incarne de manière essentielle le principe de liberté matrimoniale (Paragraphe I), encore faut-il que les époux soient considérés comme possédant la capacité matrimoniale, c'est-à-dire pouvant exprimer un consentement libre et éclairé (Paragraphe II).

---

<sup>1551</sup> Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, Nations Unies, New York, 10 décembre 1962.

<sup>1552</sup> Loi n° 2007-1163 du 1er août 2007 autorisant l'adhésion de la France à la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, *JO* n°177 du 2 août 2007, p. 12988.

## Paragraphe I - Le consentement, fondement de la liberté matrimoniale

L'affirmation de la liberté matrimoniale diffère en fonction des pays étudiés, notamment du fait de conceptions divergentes attachées au mariage (A). Les quatre pays soulignent toutefois le caractère essentiel du consentement, qu'il doive être exprimé à voix haute ou tacitement, par l'absence de refus (B).

### A- Les divergences dans la conception de la liberté matrimoniale

Le principe de liberté du mariage a traversé le temps. Il a d'abord été affirmé en droit romain, par le droit révolutionnaire ensuite, en passant par le droit canonique et le droit de l'Ancien Régime<sup>1553</sup>.

Si la liberté du mariage a été toujours consacrée en tant que principe, il n'en demeure pas moins que sa substance a changé à travers le temps : d'une idée politique, elle s'est transformée en norme juridique depuis le Code Napoléon<sup>1554</sup>. Avant de se pencher sur le caractère constitutionnel de la liberté de mariage, nous allons d'abord mettre la lumière sur ses composantes : la liberté de se marier ou de ne pas se marier.

Tout d'abord, la liberté de se marier, ou droit de se marier est l'expression de la liberté d'une personne de s'engager dans une relation matrimoniale. Cette volonté qui doit être libre, consciente et éclairée, s'exprime par le consentement, un principe fortement protégé par le droit français, dans la mesure où il est recueilli le jour même du mariage pour s'assurer de son existence.

Le droit de ne pas se marier est le volet négatif<sup>1555</sup> du droit au mariage. Il s'agit de la manifestation expresse ou tacite de la volonté de ne pas s'engager dans le mariage, soit en restant célibataire, soit en s'engageant dans une union moins contraignante juridiquement. Le mariage est fondé ainsi sur le consentement et l'autonomie de la volonté. Il est interdit d'obliger ou de contraindre une personne à conclure cet acte juridique contre sa volonté<sup>1556</sup>, sous peine d'annulation du mariage<sup>1557</sup>.

---

<sup>1553</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 314.

<sup>1554</sup> *Ibidem.*

<sup>1555</sup> HILT, P. *op. cit.*, p. 17.

<sup>1556</sup> BOUZEKRI, M. *Mariage et liberté : Étude comparative entre le droit français, tunisien et musulman*. Paris : L'Harmattan, 2017, p. 35.

<sup>1557</sup> V. article 146 et 180 du Code civil.

Le droit au mariage ou la liberté de se marier ou non est consacré dans la plupart des textes internationaux : par l'article 16 de la DUDH, l'article 12 de la CEDH et l'article 23 du PIDCP (Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Certaines de ces normes, particulièrement la CEDH, comptent parmi celles auxquelles le droit positif français doit se conformer.

**La valeur constitutionnelle de la liberté matrimoniale en droit français.** Le droit au mariage fait partie des droits et libertés garanties par la Constitution française<sup>1558</sup>. De ce fait, le Conseil constitutionnel délimite les contours du mariage<sup>1559</sup>. Ainsi, en cas de conflit, il contrôle la conformité de son contenu avec les dispositions législatives contestées eu égard au respect de la liberté de mariage.

La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage a été liée à d'autres libertés fondamentales. Dans les années 1950, le Conseil constitutionnel l'a d'abord rattachée à une autre liberté fondamentale, à savoir la liberté individuelle, consacrée par l'article 66 de la Constitution de 1958<sup>1560</sup>. Le Conseil constitutionnel l'a détachée de cette liberté dans les années 1990, pour la lier une décennie plus tard à la liberté personnelle, elle-même fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ce lien a été expressément déclaré par le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 juin 2012 : « *La liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* »<sup>1561</sup>.

Juridiquement, la liberté du mariage se présente comme un droit fondamental qui implique, selon Monsieur Daïmallah, une relation d'obligation entre le législateur (obligé) et les individus (les bénéficiaires)<sup>1562</sup>. En rattachant cette liberté à tout individu, le Conseil constitutionnel

---

<sup>1558</sup> Conseil Constitutionnel, décision. n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., cons. 3 ; par une ordonnance rendue le 9 juillet 2014 (M.A., n° 382145), le Conseil d'État a estimé que la liberté de se marier constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

<sup>1559</sup> Dans sa décision n° 93-325 du 13 août 1993 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, le Conseil Constitutionnel a en effet affirmé que « *le principe de la liberté du mariage [...] est une des composantes de la liberté individuelle* ».

<sup>1560</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 315.

<sup>1561</sup> Cc, déc.n°2012-261 QPC du 22 juin 2012, M. Thierry B. *Consentement au mariage et opposition à mariage*, JO 23 Juin 2012, p. 10357, texte n°67 ; Cc, Décision n°2012-260 QPC du 29 juin 2012, M. Roger D. *Mariage d'une personne en curatelle*, *op. et loc. cit.*

<sup>1562</sup> Concernant les bénéficiaires de la liberté du mariage, ils n'en bénéficient pas de la même manière. Certains bénéficiaires bénéficient d'une protection plus renforcée que d'autres. C'est le cas des personnes en curatelle qui souffrent - selon les cas - d'une incapacité de consentement au mariage, et partant, peuvent voir leur mariage annulé par leur curateur ou par l'autorité judiciaire. Pour les autres bénéficiaires, leur liberté de mariage est protégée sur le plan légal et constitutionnel dès lors que leur consentement a été accordé pour des fins propres à l'institution du mariage. DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 330.

considère cette liberté comme un droit de l'Homme, un droit fondamental qui lui est accordé avant tout en tant qu'être humain, et partant inhérent à la nature humaine<sup>1563</sup> qui produit à l'égard du législateur à la fois un effet négatif et un effet positif<sup>1564</sup>.

**Le mariage comme impératif religieux en droit musulman.** En islam, le mariage est régi par des conditions et des commandements divins. Selon la doctrine, le statut légal dit également « *l'impératif religieux* » du mariage est divisé en cinq catégories selon l'état de l'homme, ses besoins sexuels et sa capacité financière. Il est recommandé à celui ou celle qui ne risque pas de tomber dans le péché ou la fornication (*zina*)<sup>1565</sup> mais qui désire avoir des enfants<sup>1566</sup>. Il est autorisé pour celui ou celle qui ne le souhaite pas et qui ne désire pas d'enfants<sup>1567</sup>. Il est obligatoire pour ceux qui veulent se marier, qui craignent le péché<sup>1568</sup> (qui ne peuvent pas le combattre par le jeûne) et qui ont les moyens de se marier<sup>1569</sup>. En revanche, il est détestable si la personne ne le veut pas et donc ne sera pas à même d'accomplir certains de ses devoirs<sup>1570</sup>. Un auteur ajoute que le mariage est détestable dans le cas où l'homme part en guerre pour une longue période afin de ne pas laisser son épouse tomber dans la tentation en raison de la longue absence<sup>1571</sup>. Enfin, il est interdit pour les personnes qui ne craignent pas de tomber dans la fornication, qui sont incapables d'assumer les devoirs qui découlent du mariage<sup>1572</sup>, notamment les devoirs sexuels<sup>1573</sup>.

---

<sup>1563</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 316.

<sup>1564</sup> Elle produit d'abord à l'égard du législateur un « *effet négatif* » étant donné que les individus peuvent former des recours devant le Conseil constitutionnel pour « *s'opposer à l'intervention positive du législateur* ». Ainsi, le Conseil constitutionnel vient limiter « *le pouvoir discrétionnaire du législateur* ». De plus, lorsqu'il déclare une loi anticonstitutionnelle, cette dernière n'entre pas en vigueur ou cesse d'être appliquée. Dans le même ordre d'idées, l'obligation négative mise à la charge du législateur consiste en l'obligation de ne pas s'immiscer dans le droit des individus de se marier ou non. Il s'agit ici de l'obligation de non-ingérence dans la liberté du mariage, une liberté qui a une valeur constitutionnelle. La liberté du mariage produit ensuite un effet positif, complémentaire de l'effet précédent dans la mesure où le recours contre une loi incite le législateur à intervenir, à en revoir les dispositions. Cependant, poursuit Monsieur Daïmallah, l'État n'est pas le seul obligé de respecter la liberté du mariage, il est considéré seulement comme étant un obligé « *de premier rang* ». Des obligés de « *second rang* » sont également tenus de respecter la liberté de mariage, comme c'est le cas des curateurs qui sont habilités à autoriser le mariage de personnes placées sous curatelle, les organes exécutifs et juridictionnels, en particulier le procureur de la République, et enfin, les époux eux-mêmes qui doivent respecter à leur tour la liberté du mariage en se mariant uniquement dans un but propre à l'union matrimoniale V. DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 330.

<sup>1565</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 38 ; ABOU ZUHRA, M. *Alahwal Alchakhssia (Statut personnel)* [en arabe]. Le Caire : Dar Alfikr Alarabi, 1957, pp. 24-25.

<sup>1566</sup> AL-JAZIRI, A. *Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'a (Loi islamique selon les quatre écoles)* [en arabe]. Vol. IV. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2003. V vols., pp. 10-15.

<sup>1567</sup> AL-JAZIRI, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1568</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 39.

<sup>1569</sup> ABOU ZUHRA, M. *Alahwal Alchakhssia...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1570</sup> AL-JAZIRI, A. *op. et loc. cit.*

<sup>1571</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 39.

<sup>1572</sup> ABOU ZUHRA, M. *Alahwal Alchakhssia...*, *op. et loc. cit.*

<sup>1573</sup> AL-JAZIRI, A. *op. et loc. cit.*

Dans les pays arabes objets de cette étude, la liberté du mariage est davantage restreinte. Les hommes et les femmes n'ont pas les mêmes droits et liberté de se marier. Des entraves relevant de la nationalité et de la religion empêchent les femmes de jouir pleinement de ce droit. Il convient de noter que certains États musulmans, principalement l'Arabie Saoudite, ont émis une réserve sur l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui prévoit la liberté de mariage<sup>1574</sup>. En Arabie Saoudite et au Qatar, la liberté matrimoniale n'est pas consacrée dans le droit positif dans la mesure où le législateur de ces pays prend inspiration dans les dispositions de la charia – celle-ci accorde une place fragile à une telle liberté. Pour appuyer le peu d'importance accordé à la liberté matrimoniale, ces pays se fondent sur les principes religieux précités qui dans une interprétation stricte ne permettent pas de reconnaître une quelconque liberté de se marier à la femme<sup>1575</sup>.

De surcroît, le juriste et le sociologue ne fondent pas leurs raisonnements sur les mêmes arguments<sup>1576</sup>. On peut alors, et de façon légitime, poser la question suivante : est-on vraiment libre de se marier ? Les études sociologiques continuent à estimer que les femmes bénéficient de nombreux avantages résultant du mariage<sup>1577</sup>. Le mariage demeure le statut le plus protecteur pour les femmes qui se trouvent face à une précarité économique et à des difficultés du fait de leur statut. La liberté fondamentale du mariage est ainsi sexuée, c'est-à-dire qu'elle est plus limitée pour les femmes. En effet, comme l'a souligné naguère Monsieur le Professeur Mathieu<sup>1578</sup>, la liberté personnelle, c'est « *le droit de ne pas subir de contrainte sociale excessive* »<sup>1579</sup>.

En Tunisie, la situation est différente puisque le législateur fait preuve d'une véritable volonté pour tendre vers la liberté matrimoniale bien que l'on ne puisse pas parler de consécration puisque cette liberté n'est pas expressément mentionnée.

---

<sup>1574</sup> DUBRAY, L.-M. *Le Grand livre des idées reçues : Pour démêler le vrai du faux* [édition numérique]. Paris : Le cavalier bleu, 2009, p. 42.

<sup>1575</sup> BOUZEKRI, M. *op. cit.*, p. 132.

<sup>1576</sup> PUGEAULT, C. « Liberté fondamentale du mariage et degré de liberté dans les modes de contractualisation matrimoniale. » LECUCQ, O. et LEMOULAND, J.-J. *La liberté fondamentale du mariage : Colloque du 6 juin 2008 Université de Pau et des Pays de l'Adour*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille - PUAM, 2009. 37-46, p. 45.

<sup>1577</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>1578</sup> Bertrand Mathieu, professeur et juriste français, spécialiste de droit constitutionnel.

<sup>1579</sup> MATHIEU, B. *Droit constitutionnel civil*, 1997, p. 15 In PENA-SOLER, A. « Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle. » LECUCQ, O. et LEMOULAND, J.-J. *La liberté fondamentale du mariage : Colloque du 6 juin 2008 Université de Pau et des Pays de l'Adour*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille - PUAM, 2009. 49-62, p. 61.

À cette démarche, la jurisprudence tunisienne se montre relativement favorable dans la mesure où elle rattache la liberté matrimoniale à d'autres droits préexistants, et ce dans le but d'asseoir et d'affirmer cette liberté en prenant le principe d'égalité comme socle de la reconnaissance de la liberté matrimoniale. En se fondant sur un principe à valeur universelle et intangible telle la liberté religieuse, le législateur souhaite parvenir progressivement à consacrer la liberté matrimoniale comme une liberté à part entière, tout en encadrant les conséquences induites en matière successorale.

En effet, la Cour de cassation a confirmé une décision de la Cour d'appel de Tunis<sup>1580</sup> en indiquant en ces termes : « *que le droit tunisien se fonde sur la liberté religieuse et sur le principe d'égalité et que l'interprétation des textes ne doit pas contredire ces principes* »<sup>1581</sup>. Cette juridiction continue en ajoutant que « *la garantie de la liberté religieuse de l'article 5 de la Constitution n'est pas compatible avec la consécration de l'élément religieux comme empêchement matrimonial ou comme empêchement successoral* »<sup>1582</sup>.

---

<sup>1580</sup> Cass. Civ., 20 décembre 2004, affaire n° 3843, 2004, JDI 2005, p. 1193 et s., Cf. BEN ACHOUR, S. et CHEDLY L. *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*. Tunis : Latrach Éditions, 2015, p. 101.

<sup>1581</sup> BEN ACHOUR, S. « Le Code tunisien du statut personnel... », *op. cit.*, §31.

<sup>1582</sup> *Ibidem*.



## **B- Le consentement, acceptation tacite ou expression d'une volonté matrimoniale**

Fondement de la liberté matrimoniale, le consentement est un critère essentiel pour la validité du mariage qui matérialise « *l'intention matrimoniale* »<sup>1583</sup> ou l'accord exprès et sans contrainte de s'engager par les liens du mariage. Sa réciprocité est gage de l'égalité matrimoniale entre les deux époux : « *En droit français, la volonté de se prendre pour mari et femme est l'élément majeur de la formation du mariage ; elle constitue à la fois une règle de forme et une règle de fond : elle est en même temps la déclaration solennelle faite lors de la célébration du mariage et l'engagement matrimonial* »<sup>1584</sup>.

Le droit au mariage et la manifestation de la réciprocité des consentements diffèrent selon les pays objets de notre comparaison, puisque la valeur juridique que revêt le principe du consentement au mariage (ou volonté matrimoniale) n'y est pas la même. Elle a été renforcée en France suite à la décision du Conseil constitutionnel qui l'a hissée au rang des droits ayant une valeur constitutionnelle.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel a considéré l'article 180 du Code civil qui concerne le consentement libre des deux époux<sup>1585</sup> comme la « *garantie légale de la liberté constitutionnelle du mariage* »<sup>1586</sup>. De ce fait, cet article confère aux magistrats, dont le procureur de la République, la mission de sauvegarder cette liberté et d'en assurer le respect. Ainsi, lorsque le procureur de la République fait opposition à un mariage ou procède à son annulation en cas de contrainte, il ne méconnaît pas le principe de la liberté de mariage<sup>1587</sup>.

**Le consentement exprimé à haute voix comme condition de validité en droit français.** Le consentement est une condition *sine qua non* pour la formation du mariage en France. Sur ce point, l'article 146 du Code civil, inchangé depuis 1803, prévoit qu'« *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». La fille majeure peut non seulement se marier sans autorisation préalable de son père, mais également en cas de refus de sa part sans que cela n'affecte la validité du mariage.

---

<sup>1583</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. 19 décembre 2012 n° 09-15.606 (n° 1491) ; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 octobre 2003, n° 01-12.574.

<sup>1584</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *La famille*. Paris : L.G.D.J, 2011, p. 96.

<sup>1585</sup> L'article 180 du Code civil stipule que « *le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage* ».

<sup>1586</sup> DAÏMALLAH, H. *op. cit.*, p. 328.

<sup>1587</sup> Cc, déc.n°2012-261 QPC du 22 juin 2012, *op. cit.*, n°11.

Le consentement des mariés est recueilli au moment de la cérémonie par l'Officier d'état civil et devant les proches. Le législateur français a renforcé le contrôle de la validité des consentements échangés afin de lutter contre les mariages forcés ou de complaisance. Ainsi, lorsqu'au moins un des mariés est un ressortissant français et se marie à l'étranger, la validité du mariage célébré est soumise au contrôle d'une autorité étrangère.

L'article 180 du Code civil définit le consentement comme condition de validité du mariage. Dans le cas contraire, le mariage peut être annulé dans les conditions suivantes : « *Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage* ».

**Le consentement comme pilier du mariage en droit musulman.** En islam, le contrat de mariage est un contrat conclu par deux personnes consentantes<sup>1588</sup> devant deux témoins<sup>1589</sup>. Il se caractérise par la demande ou l'offre de mariage (*ijab*) et l'acceptation du mariage (*qaboul*)<sup>1590</sup>. L'unanimité de la doctrine musulmane considère l'offre et l'acceptation du mariage comme étant les deux piliers les plus importants dans le contrat de mariage<sup>1591</sup> étant donné qu'ils symbolisent ensemble l'engagement dans une relation perpétuelle dans la conformité des règles de l'islam. Afin de fournir un consentement éclairé, les époux doivent avoir atteint l'âge de raison (*tamyiz*) et être sains d'esprit, selon les critères adoptés en Arabie Saoudite et au Qatar. Le consentement des parties doit se produire simultanément s'ils sont présents tous les deux à la même séance, à la condition que leur attention ne soit pas détournée par une autre occupation.

Passer outre le consentement de la femme revient à s'affranchir des principes de l'islam, ainsi que le rappelle l'auteur Ibn Taymiyaa : « *marier une femme malgré elle est contraire aux principes (religieux) et à ce qui est raisonnable* »<sup>1592</sup>.

---

<sup>1588</sup> Selon la majorité des juristes musulmans à l'exception des hanafites, le mariage est considéré comme nul sans consentement des époux. Cf. ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya... *op. cit.*, p. 102.

<sup>1589</sup> La présence des témoins ne semble pas être une obligation pour toutes les doctrines musulmanes. Imam Malik considère que la publication du mariage prime sur la présence de deux témoins. À ce sujet, il considère que tout mariage non publié est caduc *In* JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 41.

<sup>1590</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 44.

<sup>1591</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>1592</sup> IBN TAIMIYYAH, A. *Madjmou' al-Fatwa* [en arabe]. Vol. XXXIV. Médine : Mujma' almalik Fahd litiba'at almushaf alcharif, 2004. XXXVII vols., p. 25.

En réalité et dans certains cas, le tuteur peut tout simplement décider en lieu et place de la femme, en l'obligeant à se marier sans avoir au préalable recueilli son consentement<sup>1593</sup>. Ibn Taymiyaa opère ainsi une analogie en considérant que la femme ne peut consentir à des relations sexuelles avec son mari, puisqu'elle n'a pas consenti à s'engager maritalement avec lui. Par conséquent, cela revient à considérer qu'il ne serait pas nécessaire à un mariage que la femme soit liée par l'affection et la compassion à son époux : « Dieu a établi entre les époux l'affection et la compassion, ce qui ne peut pas se réaliser quand l'épouse déteste son époux et ne le porte pas en son cœur. Quelle affection et quelle compassion alors ? »<sup>1594</sup>.

Ainsi, le consentement permet d'atteindre un des objectifs du mariage, à savoir la compassion et l'affection entre les époux<sup>1595</sup>. L'expression du consentement de la future mariée diffère selon qu'elle soit vierge ou non. Dans le premier cas, elle n'a point besoin d'exprimer un consentement exprès, mais son silence est suffisant pour l'exprimer<sup>1596</sup>. En revanche, si la femme, même vierge, ne veut pas consentir au mariage, elle doit exprimer son refus à haute voix. Ce principe est justifié en droit musulman par le respect de la pudeur de la fille vierge<sup>1597</sup>, généralement jeune, qu'on ne veut contraindre à s'exprimer oralement. En ce sens, la femme s'apparente à un incapable majeur, à qui on dénie toute capacité ou volonté de s'exprimer, lui interdisant de prendre des actes de disposition engageant sa personne même sur un plan matrimonial. Le droit musulman, pour dénier toute capacité de la jeune femme vierge, explique que celle-ci de par sa délicatesse, sa pudeur, n'est pas capable d'exprimer ses intentions, sa volonté quant à son engagement matrimonial.

Il est permis d'assimiler en première lecture ce principe aux maximes du droit français selon lesquelles « qui ne dit mot consent » ou encore « silence vaut acceptation »<sup>1598</sup>. Mais la comparaison s'arrête là puisque ces hypothèses s'appliquent dans des cas particuliers (droit commercial avec la question du renouvellement du bail commercial, question de l'acceptation de l'offre, etc.)<sup>1599</sup> et ne sont pas applicables au mariage où il est nécessaire de s'exprimer publiquement et à haute voix.

Dans un hadith du prophète Mohammed rapporté par Abou Hourayra figure : « La femme veuve ou divorcée n'est donnée en mariage que sur son ordre et la vierge n'est donnée en mariage

---

<sup>1593</sup> IBN QUDAMA. *Almughni* [en arabe]. Vol. IX. Riyad : Dar 'alam al kutub, 1997. XV vols., p. 355.

<sup>1594</sup> *Ibidem*.

<sup>1595</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 59.

<sup>1596</sup> AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris : Éditions Al Qalam, 2008. V vols., Hadîth n°5136, p. 60 ; DIAKHO, M. *Le mariage forcé en islam : Des origines coutumières et ancestrales*. Beyrouth : Éditions Albouraq, 2006, p. 42.

<sup>1597</sup> SALAMA, M-M. *op. cit.*, p. 40.

<sup>1598</sup> Application de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, principe du « silence vaut accord ».

<sup>1599</sup> V. l'article L231-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

*qu'après son consentement. - Ô Envoyé de Dieu ! Mais comment peut-elle exprimer son avis ? lui demanda-t-on. - Par son silence* »<sup>1600</sup>. Or le silence n'est pas toujours synonyme d'acquiescement, mais peut également résulter de la crainte de s'exposer à des violences en cas de refus.

Pour les femmes veuves et divorcées - en principe non vierges -<sup>1601</sup>, les savants musulmans n'ont pas imposé le respect du principe du silence, car ils ont estimé que les femmes sont dans ce cas, en raison de leur expérience conjugale, à même d'exprimer leur accord pour contracter mariage sans gêne<sup>1602</sup>.

Le consentement au mariage est ainsi une condition de fond de la validité de l'acte de mariage en islam<sup>1603</sup>.

Les interprétations citées ci-dessus fondent la réglementation du mariage en droit saoudien. Il convient de noter que le consentement du tuteur est obligatoire en droit saoudien dans tous les cas<sup>1604</sup>.

Au Qatar, la nécessité du consentement est rappelée dans le Code du statut personnel dont l'article 11 prévoit qu'un des fondements du mariage est la demande et son acceptation, autrement dit le consentement réciproque des époux. Ce consentement n'a pas besoin d'être exprimé à voix haute par les deux parties ; la signature de l'épouse suffit pour l'exprimer. Une telle manière d'opérer n'est pas suffisante en droit tunisien puisque le consentement doit être exprimé à voix haute.

Le législateur tunisien va encore plus loin en définissant le consentement comme condition de fond qui forme le mariage<sup>1605</sup> : « *le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux* »<sup>1606</sup>. Toutefois, le consentement des époux n'impose pas leur présence physique à la célébration du mariage. L'article 9 du CSPT accorde aux époux la possibilité d'exprimer leur consentement par mandat. Toutefois, l'article 10 précise que la procuration doit être établie par

---

<sup>1600</sup> AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahih al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols., Hadîth n°5137, p. 61. Concernant toujours le consentement de la fille vierge, il a été rapporté qu'Aïcha, épouse du prophète Mohammed, s'adressait ainsi au Prophète « *Ô Envoyé de Dieu ! Mais, en général, la vierge, par pudeur, ne peut s'exprimer. - Son consentement est exprimé à travers son silence, répondit-il* ». In AL-BOUKHÂRÎ, A. *op. cit.*, Hadîth n°5136, p. 60.

<sup>1601</sup> Le principe selon lequel une femme veuve ou divorcée n'est plus vierge ne peut s'appliquer dans tous les cas car il peut arriver qu'elles restent vierges, soit en raison de conflit avec leur mari, soit en raison de l'impuissance de ce dernier.

<sup>1602</sup> SALAMA, M-M. *op. cit.*, p. 41.

<sup>1603</sup> Cité par HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 25.

<sup>1604</sup> La situation de la future épouse, qu'elle soit encore bikr (vierge) ou thayieb (non vierge), est définie dans le contrat de mariage.

<sup>1605</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°6924 du 14 avril 1970.

<sup>1606</sup> Article 3 al.1 du Code du statut personnel.

acte authentique et comporter la désignation des deux futurs époux. De par ces réformes, la tutelle matrimoniale est devenue une pratique obsolète inadaptée à la société tunisienne actuelle<sup>1607</sup>.

À l'instar du droit tunisien, la faculté pour les époux de faire connaître leur consentement par mandat existe également au Qatar et en Arabie Saoudite. À cet effet, il est permis de se référer à l'article 19 du Code de la famille qatarien qui apporte un éclairage suffisant, en prévoyant que « *pour conclure un contrat de mariage, une procuration privée, approuvée par l'autorité compétente, peut être utilisée* ». Cependant, il faut noter que, si le mariage par mandat vise principalement à résoudre certains obstacles liés à la situation des époux telle que la distance géographique, il semble dans la pratique que ce type de mariage augmente le risque de mariages forcés.

Au contraire, l'article 146-1 du Code civil français rappelle que les deux époux doivent être présents au moment de la célébration de leur mariage, même lorsqu'il a lieu à l'étranger, sous peine de nullité de ce dernier : « *Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* ».

**Le contrôle de la sincérité des consentements.** Parmi les quatre pays objets de notre étude, une procédure de contrôle du consentement au mariage n'existe qu'en droit français. Les droits positifs des trois pays arabes ne prévoient pas de dispositions relatives à cette question. Cette lacune juridique démontre la légèreté avec laquelle la question du consentement au mariage est réglementée. En effet, dans les pays du golfe dont le Qatar et l'Arabie Saoudite, la femme peut dans certains cas non seulement ne pas être présente à l'acte de mariage et se faire représenter par son tuteur, mais encore il arrive qu'elle ne puisse pas ne pas consentir à ce mariage. Ce qui pose la question encore une fois de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en particulier de l'égalité entre les époux au moment de contracter mariage. En Tunisie, le mariage forcé d'une victime avec son violeur a été abrogé récemment<sup>1608</sup>.

En France, la situation est nettement différente. Non seulement la législation impose la condition du consentement réciproque des deux époux, mais encore les pouvoirs publics s'assurent de la sincérité de ce consentement. Ainsi, il ne suffit pas que les candidats au mariage échangent leurs consentements devant l'Officier d'état civil : encore faut-il que ces consentements soient sincères, et signifient une véritable volonté de fonder une famille ainsi

---

<sup>1607</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 49.

<sup>1608</sup> Le lundi 24 juillet 2017, l'Assemblée des représentants du peuple a adopté en séance plénière l'amendement de l'article 227 bis du Code pénal.

qu'une intention matrimoniale impliquant la communauté de vie. Ainsi, afin de « *sauvegarder l'ordre public familial et social, de protéger l'institution matrimoniale des détournements parfois liés au phénomène migratoire* »<sup>1609</sup>, le gouvernement français a renforcé la procédure d'alerte concernant la conclusion des mariages simulés. À cet effet, la circulaire du Ministère de la Justice du 2 mai 2005 définit le mariage simulé comme étant « [...] *tout mariage qui ne repose pas sur une volonté libre et éclairée de vouloir se prendre pour mari et femme, qu'il ait été conclu exclusivement à des fins migratoires ou pour obtenir un avantage professionnel, social, fiscal ou successoral* »<sup>1610</sup>.

Ainsi, même si les époux se rendent à la cérémonie de mariage et échangent leurs consentements devant l'Officier d'état civil, mais dans un but étranger au mariage, le consentement même expressément formulé fait défaut, et leur mariage est nul faute d'une véritable intention matrimoniale<sup>1611</sup>. Le mariage est considéré comme vicié si les deux époux, ou l'un d'entre eux seulement, sont tous les deux complices de l'échange de ce faux consentement. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a été formel. Il a jugé que « *la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale* »<sup>1612</sup>.

Le consentement au mariage est considéré comme vicié en cas de contrainte sur l'un ou les deux époux, ainsi qu'en cas d'erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles. Ainsi, le mariage contracté sans le consentement libre des époux peut également être attaqué par le ministère public. Dans ce contexte, la Cour de cassation considère comme nul, selon une jurisprudence constante, le mariage conclu faute de consentement.

---

<sup>1609</sup> Circulaire n° CIV/09/05 du 2 mai 2005 relative à la lutte contre les mariages simulés ou arrangés.

<sup>1610</sup> *Ibidem*.

<sup>1611</sup> *Ibidem*.

<sup>1612</sup> Cc, déc.n°2012-261 QPC du 22 juin 2012, *op. cit.*, §7.

## Paragraphe II - La capacité matrimoniale, condition à la liberté de contracter mariage

Le mariage étant l'un des engagements les plus importants qu'une personne puisse prendre au cours de sa vie, il se doit respecter un certain nombre de critères pour être valable juridiquement. Trois ordres d'obligations sont ainsi cités : les obligations psychologiques, physiologiques et sociales<sup>1613</sup>. Les considérations sociales traduisent les exigences et valeurs à respecter au sein d'une société donnée. Elles sont susceptibles d'évoluer dans le temps (comme c'est le cas de la suppression en France pour la femme divorcée du délai de viduité de 300 jours avant un remariage<sup>1614</sup>), ou de se maintenir au fil des années (comme c'est le cas dans les pays arabes de la pratique du délai de viduité de trois mois pour la femme divorcée ou encore de la polygamie)<sup>1615</sup>.

Les obligations psychologiques sont essentiellement liées à la liberté matrimoniale pour garantir l'expression d'un consentement libre et éclairé sans contrainte et sans abus<sup>1616</sup>. Les obligations physiologiques liées à des critères naturels ont été graduellement supprimées par le législateur français<sup>1617</sup> pour ne garder que la condition du respect d'un âge minimum pour pouvoir librement contracter mariage, à savoir dix-huit ans révolus<sup>1618</sup> : la majorité matrimoniale ou capacité matrimoniale.

Contracter mariage exige que la personne ait la pleine capacité juridique. Cette dernière suppose que la personne ait atteint la majorité matrimoniale qui lui permet d'assumer pleinement ses devoirs conjugaux (A). Cependant, cette condition n'exclut pas la conclusion du mariage par des mineurs. Des conditions particulières sont alors prévues afin de reconnaître le consentement des mineurs tout en protégeant leurs droits (B).

---

<sup>1613</sup> SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, S., et al. *op. cit.*, p. 31.

<sup>1614</sup> Ancien art. 228, al. 1, C. civ. supprimé par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2001 relative au divorce.

<sup>1615</sup> SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, S., et al. *op. et loc. cit.*

<sup>1616</sup> BERNARD-XÉMARD, C. *Cours de droit des personnes et de la famille*. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2018, p. 261.

<sup>1617</sup> S'agissant du délai de viduité (abrogé par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, art. 23, ancien art. 228 et 261 C, civ.) et du certificat prénuptial (abrogé par la loi n 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, art. 8). S'agissant de la différence de sexe supprimée par la loi du 17 mai 2013.

<sup>1618</sup> L'article 414 du Code civil dispose que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».



## A- Les critères de fixation de la majorité matrimoniale

La majorité matrimoniale doit être distinguée de la majorité civile. Ayant une portée plus limitée, la majorité matrimoniale recouvre le droit d'une personne de se marier sans autorisation de ses parents ou de tuteurs tandis que la majorité civile ou la majorité légale représente l'âge auquel une personne est considérée comme civilement capable et responsable juridiquement de ses actes.

**Les débats autour de la fixation de la majorité matrimoniale en France.** En droit français, fixée à 18 ans<sup>1619</sup>, la majorité matrimoniale est aujourd'hui alignée sur la majorité civile<sup>1620</sup>.

La fixation de l'âge de la majorité en France n'a cessé de changer à travers le temps en raison des évolutions juridiques et sociales, entraînant des modifications dans la manière d'appréhender la capacité attachée aux différents âges et dans la politique familiale<sup>1621</sup>.

Henri III a promulgué en 1579 l'Ordonnance de Blois qui contient de nombreuses dispositions importantes touchant le droit public français, en particulier le mariage, et qui fixe entre autres l'âge de la majorité matrimoniale à vingt-cinq ans pour les filles et pour les garçons<sup>1622</sup>. La loi sur l'état civil du 20 septembre 1792<sup>1623</sup> a abaissé de nouveau ce seuil en le fixant à vingt-un ans quel que soit le sexe. En 1804, la première mouture du Code civil avait élevé le seuil de la majorité matrimoniale à vingt-cinq ans pour les garçons, en maintenant celui de vingt-un ans pour les filles<sup>1624</sup>.

Sur ce point, Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil de 1804, justifiait la différence d'âge lors du mariage par le fait que « *la nature se développe plus facilement dans un sexe que dans l'autre* », avant d'ajouter qu'« *une fille qui languirait péniblement dans une trop longue attente perdrait une partie des attraits qui peuvent favoriser son établissement et, souvent même, se trouverait exposée à des dangers qui pourraient compromettre sa vertu, car la fille ne voit dans le mariage que la conquête de sa liberté* »<sup>1625</sup>. Cette approche de Portalis fondée sur la

---

<sup>1619</sup> V. art. 414 du Code civil.

<sup>1620</sup> CABRILLAC, R. (dir.). *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2020*. 11<sup>e</sup>. Paris : LexisNexis, 2019, v<sup>o</sup> *majorité* ; CORNU, G. *Vocabulaire juridique...*, *op. cit.*, v<sup>o</sup> *majorité* - n<sup>o</sup>3.

<sup>1621</sup> DESCHAVANNE, É. et TAVOILLOT, P.-H. *Philosophie des âges de la vie* [édition numérique]. Paris : Éditions Grasset & Fasquelle, 2007.

<sup>1622</sup> V. l'art. 42. de l'Ordonnance de Blois 1579. Il convient de noter que le mariage clandestin est assimilé à un rapt et puni de mort.

<sup>1623</sup> V. Loi sur l'état civil du 20 sept. 1792, titre IV, section I, art. 2.

<sup>1624</sup> C'est-à-dire que le consentement familial fut exigé jusqu'à cet âge pour la validité du mariage. En cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit (l'ancien article 148 du Code civil).

<sup>1625</sup> TERRÉ, F., FENOUILLET, D. et GOLDIE-GENICON, CH. *Droit civil : La famille* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2018 ; CHEVALIER-MARESCQ. *Nouvelle législation du mariage, commentaire de la loi du 21*

différence de la maturité physique entre les deux sexes s'assimile à celle du *fiqh* musulman qui considère les femmes comme des êtres inférieurs aux hommes devant subir un contrôle ou une tutelle lors de la prise de décision, notamment dans le cadre matrimonial.

Un siècle plus tard, la loi du 21 juin 1907 fixant la majorité matrimoniale à vingt-un ans sans distinction de sexe<sup>1626</sup> a instauré la liberté de conclure mariage et de choisir son conjoint, jusqu'alors entravée par l'obligation de l'autorisation des parents jusqu'à l'âge de trente ans<sup>1627</sup>. Cependant, ce n'est qu'en 1933<sup>1628</sup> que cette pratique a été définitivement abandonnée.

L'âge matrimonial a été de nouveau unifié à dix-huit ans par la loi du 4 avril 2006<sup>1629</sup> qui a modifié entre autres les dispositions de l'article 144 du Code civil fixant l'âge de la majorité matrimoniale. Cette unification de l'âge matrimonial était certainement justifiée en vue de supprimer les inégalités persistant entre les deux sexes.

**La majorité matrimoniale en islam, liée au développement physiologique individuel.** La notion de majorité n'a pas la même portée en islam et en droit positif. En islam, la majorité, ou capacité d'assumer ses actes, est liée à la notion de puberté. Ce critère valant au cas par cas, en se fondant sur la maturité biologique de chacun, ne permet pas de fixer un âge uniforme.

Dans le Coran, la question de la majorité matrimoniale est abordée dans le verset coranique relatif aux orphelins : « *Éprouvez la capacité des orphelins jusqu'à ce qu'ils atteignent l'aptitude au mariage (balaghu). Si vous ressentez en eux une bonne conduite (ruchd), remettez-leur leurs biens* »<sup>1630</sup>. Dans ce verset - cité par la jurisprudence musulmane comme étant le verset relatif à la majorité matrimoniale en général - il apparaît clairement que l'âge de la puberté (*bulugh*, dont l'adjectif dérivé au pluriel *balaghu* est traduit ici par « *aptitude au mariage* ») n'est pas à lui seul suffisant pour consentir aux mariages. Encore faut-il, en effet, qu'ils aient la maturité (*ruchd*), soit un développement mental suffisant pour pouvoir assumer les obligations qui découlent du mariage et gérer leurs biens.

En effet, en islam, les expressions « *majorité* » et « *minorité* » telles que définies dans les droits positifs contemporains par la fixation d'un âge valant pour tous, abstraction faite de l'évolution physiologique et corporelle des individus, sont désignées en droit musulman respectivement

---

juin 1907 et de la circulaire du garde des Sceaux du 12 juillet 1907, avec textes législatifs anciens et nouveaux. Paris : Bibliothèque nationale de France - BNF Gallica, 1908, p. 4.

<sup>1626</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>1627</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) » *Pouvoirs* (2013) : 37-53, p. 46.

<sup>1628</sup> V. la loi du 2 février 1933.

<sup>1629</sup> Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* n°81 du 5 avril 2006, p. 5097.

<sup>1630</sup> Le Coran (4 : 6).

par les termes techniques de *bulugh*<sup>1631</sup> et de *saghir*. Ces termes se réfèrent plutôt à un certain niveau « *d'accomplissement mental et physique de l'enfant* » et ne sont tributaires d'aucune disposition légale ou réglementaire<sup>1632</sup>. C'est là une première différence fondamentale de conception entre droit positif et charia<sup>1633</sup>. En droit musulman on peut considérer selon certains critères géographiques et culturels qu'un enfant de douze ans est majeur<sup>1634</sup>. Un enfant *baligh* est un enfant considéré comme « *islamiquement majeur* »<sup>1635</sup>, et par conséquent, responsable de ses faits et actes.

Certains juristes musulmans<sup>1636</sup> valident le mariage des filles en bas âge. Ils se fondent sur l'exemple du prophète Mohammed qui selon eux se serait marié à l'âge de cinquante ans avec Aïcha âgée alors de neuf ans<sup>1637</sup>. Ils se fondent également sur une interprétation du verset coranique<sup>1638</sup> relatif aux situations de divorce et qui s'adresse donc aux adultes. Ce verset fixe une période d'attente aux femmes avant que celles-ci puissent contracter un second mariage après leur divorce. Dans la version originale arabe, le verset évoque les femmes qui désespèrent de leurs menstruations, en raison de la ménopause ou d'une grossesse. En aucun cas il n'évoque ni n'autorise le mariage des très jeunes filles impubères « *qui n'ont pas encore leurs menstruations* » comme le sous-entend la traduction française de ce verset.

Du fait de l'interprétation erronée de ce verset, le mariage des filles impubères a été considéré comme valide en islam, et dans le monde arabe des filles en bas âge sont toujours mariées à des hommes âgés parfois dans l'incapacité de remplir leurs devoirs conjugaux. De nombreux législateurs arabes ont tenté de mettre fin à ces abus en fixant d'une part un âge pour la majorité matrimoniale et d'autre part un âge minimal en dessous duquel le mariage ne peut être conclu.

---

<sup>1631</sup> Le *bulugh* (puberté) est l'âge de transition de l'enfance à l'âge adulte à partir duquel les organes de reproduction commencent à devenir fonctionnels. À partir de cet âge, la personne a une capacité d'obligation complète, mais une capacité d'exercice encore réduite (elle est tenue d'accomplir entre autres ses obligations religieuses mais ne peut effectuer de transactions immobilières ou financières sans l'autorisation du tuteur. Cette restriction se justifie par le fait que la personne n'a pas encore atteint l'âge de « *rushd* » ou l'âge de discernement et de bonne conduite. ALDEEB ABU-SAHLEH, S. *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*. Paris : Éditions Eyrolles, 2006, p. 265.

<sup>1632</sup> DIAKHO, M. *op. cit.*, p. 43.

<sup>1633</sup> *Ibidem*.

<sup>1634</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>1635</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>1636</sup> Adnan Baharith, professeur d'éducation islamique à l'Université d'Umm Al-Qura à la Mecque, a souligné que ceux qui limitaient le mariage à un certain âge nuisaient aux femmes.

<sup>1637</sup> Il convient de noter que Madame Suhaila Zine El Abidine, écrivaine et membre de l'Union internationale des érudits musulmans, a montré la faiblesse des récits selon lesquels le prophète Mohammed avait épousé Aïcha à l'âge de neuf ans. In Al-madina. (février 2013). *Zawaj alqasirat wasin zawaj alsayida Aïcha (Le mariage des mineurs et l'âge du mariage de Aïcha)* [en arabe], accessible sur le site : <https://www.al-madina.com/article/210573/>.

<sup>1638</sup> « *Si vous avez des doutes à propos (de la période d'attente) de vos femmes qui n'espèrent plus avoir de règles, leur délai est de trois mois. De même pour celles qui n'ont pas encore de règles. Et quant à celles qui sont enceintes, leur période d'attente se terminera à leur accouchement* ». Le Coran (65 : 4).

**Les dispositions du droit positif dans les deux pays du golfe.** Dans les pays du golfe, dont le Qatar et l'Arabie Saoudite, la majorité matrimoniale est intimement liée aux dispositions de la charia et est de ce fait différente de la capacité contractuelle définie en droit positif.

Les législateurs en Arabie Saoudite et au Qatar ont tenté de réformer le droit positif dans le but de protéger les mineurs contre toute forme d'abus, dont les mariages forcés. En effet, en Arabie Saoudite, il n'existe pas de Code de la famille qui fixe la majorité matrimoniale, ni d'ailleurs d'âge minimum légal pour le mariage. Cette lacune a été comblée par la loi de protection de l'enfant du 26 novembre 2014<sup>1639</sup>. La lecture des dispositions des articles de la loi de protection de l'enfant démontre la volonté du législateur saoudien d'assurer une protection légale des droits des enfants. L'article 1-1 de cette loi se contente de préciser que le terme « *enfant* » désigne toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Cependant, cette loi n'évoque pas expressément le terme *mariage* ni la question des mariages forcés.

Les articles 6 et 9 prévoient respectivement qu'« *un enfant a le droit d'être protégé contre toute forme de maltraitance ou de négligence* », et qu'un « *enfant ne peut être ni exploité sexuellement, ni exposé à aucune forme d'exploitation sexuelle, ni faire l'objet d'un trafic à des fins d'activités criminelles ou de mendicité* ». Au regard des dispositions légales susmentionnées, les mineurs sont ainsi, *a priori*, protégés contre toute forme d'exploitation sexuelle. Par extension, le législateur pourrait donc s'emparer de ces dispositions pour réprimer la pratique des mariages forcés, et empêcher une telle dérive concernant les mineurs, mais aucune interdiction de principe du mariage des enfants n'est explicitement exprimée.

Le texte de la décision exécutoire de cette loi a par la suite comblé en partie cette lacune, en prévoyant à l'article 16/3 qu'« *il est obligatoire avant la conclusion de tout acte de mariage, de s'assurer que le mariage des personnes de moins de dix-huit ans ne causerait pas préjudice à celles-ci et préserverait leurs intérêts, qu'il s'agisse de fille ou de garçon* ». De cet article peut être déduite la fixation d'une majorité matrimoniale à 18 ans pour les filles comme pour les garçons.

Dans la pratique, cette loi reste lettre morte surtout dans les villages en raison de la force de survie des pratiques bédouines et tribales.

Au Qatar, l'âge de la majorité matrimoniale n'était pas fixé avant la promulgation du Code de la famille qatarien. À l'instar de l'Arabie Saoudite, l'âge du mariage était fondé sur les dispositions de la charia. L'adoption du Code de la famille qatarien a constitué une avancée

---

<sup>1639</sup> Loi sur la protection de l'enfant, Décret royal n °M /14, 26 novembre 2014.

importante dans la mesure où le législateur ne s'est pas contenté de rappeler que « *la capacité de mariage exige une capacité rationnelle et la puberté* »<sup>1640</sup>, mais a, contrairement au droit saoudien, fixé l'âge de la majorité matrimoniale à travers l'article 17 à seize ans pour les filles et dix-huit ans pour les garçons. Une telle différence de prise en compte de l'âge entre l'homme et la femme manifeste pleinement l'inégalité existante entre les deux sexes.

**L'égalité en terme de majorité matrimoniale en droit tunisien.** En Tunisie, avant la promulgation du CSPT, la capacité de la femme pour contracter mariage n'était pas harmonisée sur le plan national, et était tributaire du rite auquel elle appartenait. La promulgation du Code du statut personnel a eu un impact considérable sur l'évolution de la société tunisienne<sup>1641</sup>. En effet, les femmes ont acquis de nombreux droits desquels elles étaient privées auparavant, dont la capacité. Ainsi, les femmes étaient considérées comme incapables jusqu'à leur mariage, malgré la consécration de la capacité à l'article 3 du Code des obligations et des contrats en 1906 qui stipule que « *toute personne est capable d'obliger et de s'obliger si elle n'en est déclarée incapable par la loi* »<sup>1642</sup>. À ce titre, l'article 7 du Code des obligations et des contrats disposait que toute personne de sexe masculin âgé de dix-huit ans révolus était considérée comme majeure (*rachid*). Cet article a été modifié dix jours avant la promulgation du CSPT<sup>1643</sup>. Ainsi, les femmes tunisiennes ont acquis la pleine capacité d'exercice dont elles avaient indûment été privées<sup>1644</sup>.

Aujourd'hui, la capacité matrimoniale s'acquiert chez la femme et l'homme à dix-huit ans révolus selon l'article 5 alinéa 2 du CSPT. Cette rédaction contemporaine résultant de l'amendement de cet article par la loi n° 2007-32 du 14 mai 2007 est différente de la première version influencée par le droit musulman et qui fixait la majorité matrimoniale à la puberté physique, fixée à quinze ans révolus pour la jeune femme et à dix-huit ans révolus pour le jeune homme.

---

<sup>1640</sup> Article 14 du Code de la famille.

<sup>1641</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 26.

<sup>1642</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>1643</sup> En vertu du décret du 3 août 1956.

<sup>1644</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 31.

## B- La question de la prise en compte du consentement des mineurs

Durant la période préislamique, la femme même pubère (*baligha*) était considérée comme un objet, la plupart de ses droits fondamentaux étant bafoués. Voulant rompre définitivement avec les pratiques oppressantes dont les femmes étaient victimes, l'islam lui a reconnu la pleine capacité juridique et accordé le statut de sujet de droit ayant la pleine disposition de ses droits et de ses biens<sup>1645</sup>. Elle s'est vu reconnaître le droit à l'héritage et l'indépendance financière abstraction faite de la capacité financière de son époux.

Concernant le droit au mariage toutefois, des dispositions spéciales sont mises en œuvre eu égard à la majorité matrimoniale et à la capacité juridique de contracter. La femme est un sujet de droit qui jouit de la capacité juridique<sup>1646</sup> au même titre que l'homme. Cette capacité est fixée à la majorité, plus précisément à la puberté<sup>1647</sup>.

Comme nous l'avons souligné précédemment, la notion de capacité en islam est liée à celle de puberté (*bulugh*) et de discernement (*ruchd*). De ce fait, un enfant impubère est considéré comme incapable juridiquement<sup>1648</sup>. Cette incapacité a un fondement psychologique dans la mesure où l'enfant est pensé comme dénué de discernement. Dans la même catégorie peuvent être inclus les majeurs incapables, faibles d'esprit ou dénués de discernement<sup>1649</sup>.

Cependant, cette incapacité d'exercice n'est pas absolue : elle se limite seulement aux actes qui peuvent être nuisibles à cette catégorie vulnérable de personnes. Certains actes, comme le fait de contracter mariage, ne leur sont pas totalement interdits - car il ne s'agit pas d'un acte nuisible - mais sont soumis à l'autorisation préalable du juge<sup>1650</sup>. Cette autorisation est prévue dans le but de protéger ces personnes considérées comme vulnérables.

**La nécessité du consentement des parents en France et en Tunisie.** En Tunisie, le mariage en dessous de l'âge légal est soumis obligatoirement à une autorisation spéciale du juge : « *chacun des deux futurs époux n'ayant pas atteint dix-huit ans révolus, ne peut contracter mariage. Au-dessous de cet âge, le mariage ne peut être contracté qu'en vertu d'une autorisation spéciale du juge qui ne l'accordera que pour des motifs graves et dans l'intérêt*

---

<sup>1645</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 63.

<sup>1646</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>1647</sup> DIAKHO, M. *op. cit.*, p. 43 ; ZWAHLEN, M. *op. cit.*, p. 44.

<sup>1648</sup> CHEHATA, CH. *Études de droit musulman*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1971, p. 109.

<sup>1649</sup> Nous ne traiterons pas ici de la protection des personnes majeures incapables qui ne concerne pas la problématique de l'égalité entre époux.

<sup>1650</sup> CHEHATA, CH. *op. et loc. cit.*



*bien compris des deux futurs époux* »<sup>1651</sup>. Le motif grave évoqué par cet article est généralement la grossesse de la jeune fille.

Le CSPT a renforcé la protection des mineurs en ajoutant à la nécessité du consentement du père celle du consentement de la mère<sup>1652</sup>, dans la version réformée de l'article 6<sup>1653</sup>.

L'exigence est la même en droit français, ainsi que le prévoit l'article 148 du Code civil : « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ». Conformément à l'article 149 du Code civil, le consentement de l'un des parents suffit si l'autre est décédé ou dans l'incapacité d'exprimer sa volonté. Si les deux parents sont décédés, le consentement des aïeuls et aïeules remplace l'autorisation parentale<sup>1654</sup>.

Ainsi, comme le législateur tunisien, le législateur français a voulu garantir la possibilité aux mineurs de consentir pour des motifs graves, en requérant toutefois le consentement des parents<sup>1655</sup> ainsi que l'autorisation du procureur de la République qui a le pouvoir souverain d'apprécier la gravité des motifs<sup>1656</sup>. Avant la loi du 23 décembre 1970, seul le Président de la République avait le pouvoir d'autoriser le mariage de mineurs.

**Une procédure peu voire pas encadrée en Arabie Saoudite et au Qatar.** Le droit saoudien, ne disposant pas de Code de la famille, applique le principe d'autorisation du tuteur en se fondant sur les coutumes et les dispositions de la charia, excluant ainsi la condition de l'autorisation du juge dans le cadre du mariage d'un mineur. En Arabie Saoudite et au Qatar, il est effectivement permis de se marier sous le seuil de la majorité matrimoniale, avec autorisation du juge au Qatar, tandis qu'une telle prérogative est ignorée en Arabie Saoudite où aucune procédure n'est prévue pour contrôler ces mariages. La décision exécutoire de la loi saoudienne de protection de l'enfant prévoit certes à l'article 16/3 qu'« *il est obligatoire avant la conclusion de tout acte de mariage, de s'assurer que le mariage des personnes de moins de dix-huit ans ne causerait pas préjudice à celles-ci et préserverait leurs intérêts, qu'il s'agisse*

---

<sup>1651</sup> Article 5 du CSPT.

<sup>1652</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°7039 du 2 février 2006.

<sup>1653</sup> Modifié par la loi n°93-74 du 12 juillet 1993.

<sup>1654</sup> Article 150 du Code civil. L'autorisation des parents quant au mariage de leurs enfants remonte à l'époque qui précède la Révolution de 1789. Ainsi, l'autorisation des parents était nécessaire jusqu'à leur majorité fixée à l'époque à 30 ans pour les garçons et 25 ans pour les filles. En cas de non-respect de cette condition, la sanction pouvait aller jusqu'à la peine de mort, mais en réalité les parents se contentaient de déshériter leur enfant marié sans leur consentement ou tout simplement faire annuler ce mariage en vertu d'une procédure nommée « *rapt de séduction* ». Les révolutionnaires ont tenté d'atténuer cette puissance parentale en abaissant le seuil de la majorité matrimoniale à 21 ans V. SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J. *op. cit.*, p. 199.

<sup>1655</sup> Article 148 du Code civil.

<sup>1656</sup> Article 145 du Code civil.



*de fille ou de garçon* ». Les notions de *préjudice* et d'*intérêt*, si elles indiquent une préoccupation du législateur quant au mariage des mineurs, ne permettent toutefois pas de garantir la protection des mineurs contre les mariages forcés. Nous entendons ici l'expression *mariage forcé* au sens large, pouvant référer à des situations où la volonté des parents de voir le mariage se réaliser prévaut sur la volonté des mineurs concernés. Puisqu'il s'agit de mineurs, il peut en effet être considéré qu'il y a alors contrainte par le fait de l'ascendant moral, même en l'absence de refus explicite de la part du mineur.

Ce vide juridique n'est pas sans incidence quant à la protection des jeunes femmes mineures puisqu'il n'existe aucune référence à un âge minimal légal pour le mariage en Arabie Saoudite. En réalité, le seul consentement du père justifie qu'un mineur puisse contracter un mariage, et ce en dehors du périmètre d'intervention du juge. Cette réalité heurte évidemment les conventions internationales qui protègent les jeunes femmes mineures en exigeant une manifestation de leur volonté pour se marier. Cette exigence est ignorée en Arabie Saoudite qui n'impose aucune condition pour qu'une mineure s'engage dans une relation matrimoniale, sans prendre en compte le consentement ou le refus de la jeune femme. Par ailleurs, on peut questionner la valeur du consentement, même exprimé, de très jeunes mineures, et ce quant à des décisions cruciales pour la suite de leur vie : cela a-t-il un sens de demander à un enfant de signer un contrat ? Est-il vraiment raisonnable de se prévaloir du consentement de la future épouse dans ces cas ?

Le droit qatarien quant à lui envisage la question du mariage des jeunes femmes mineures avec des dispositions méritant de s'y attarder. En effet, l'article 17 du Code de la famille du Qatar prévoit que : « *Tous les mariages des garçons et de filles âgés de moins de dix-huit et seize ans respectivement ne sont autorisés qu'après approbation du tuteur, vérification du consentement des deux parties au contrat et autorisation d'un juge compétent* ». Avant d'accorder l'autorisation du mariage, le juge vérifie si le mineur en question est doué de discernement et agit dans son intérêt. Si le juge constate que le mineur agit à l'encontre de son propre intérêt, il ne valide pas le mariage<sup>1657</sup>. Si aucune loi n'évoque l'interdiction des mariages forcés, il est possible de s'appuyer sur les articles 11 et 12 du Code de la famille portant sur les éléments constitutifs et la validité du mariage pour affirmer la nécessité du consentement. Cependant, la législation relative au mariage des mineurs demeure incomplète dans la mesure où elle ne prévoit pas de sanctions en cas de mariage en dessous de l'âge légal et sans respect

---

<sup>1657</sup> V. deuxième rapport périodique de l'État du Qatar concernant l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

de la condition d'autorisation préalable du juge. À cet égard, l'article 21 du CSPT relatif à la nullité du mariage ne sanctionne pas le cas de la violation de la majorité matrimoniale par la nullité<sup>1658</sup>, ce qui peut laisser entendre la validité du mariage d'un mineur même sans autorisation judiciaire.

Pour autant, il existe un article qui montre bien la vision partielle du droit qatarien lorsqu'il envisage l'égalité entre femmes et hommes. L'article 68 du Code de la famille qatarien stipule que « *le mari doit permettre à sa femme de terminer sa scolarité obligatoire et faciliter la poursuite de ses études universitaires au sein de l'État, à condition que cela ne soit pas en contradiction avec ses obligations familiales* ». Derrière cet article, il faut comprendre que le mari a tout simplement l'obligation d'amener son épouse à l'école afin de finir son instruction élémentaire jusqu'à dix-huit ans, ce qui revient à considérer que cette disposition traite en réalité de la question du mariage d'enfants.

Sur ce point, il convient par ailleurs de noter que le ministère de la Planification et des statistiques du développement au Qatar, dans son rapport annuel de statistiques de l'état civil sur le mariage et le divorce pour l'année 2018, a précisé que le dénominateur utilisé pour le calcul du taux des mariages est la population âgée de plus de quinze ans, âge qui se situe en dessous de la majorité matrimoniale fixée à seize ans par l'article 17 du Code de la famille<sup>1659</sup>.

Ainsi, si les quatre pays réservent la possibilité aux personnes mineures de contracter mariage, en France et en Tunisie, il s'agit de garantir la protection de leurs droits en encadrant ces procédures, considérées comme exceptionnelles, par l'intervention d'un juge ou procureur. Dans les deux pays du golfe étudiés, le mariage des personnes mineures est possible sans recours à une procédure spécifique ; cela va de pair avec la pratique plus répandue du mariage de mineures dans ces pays.

---

<sup>1658</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 61.

<sup>1659</sup> Cf. *Vital Statistics Annual Bulletin Marriage and Divorce 2018*, p. XVII, accessible sur le site : <https://www.psa.gov.qa/en/statistics1/pages/topicslisting.aspx?parent=population&child=marriagesdivorces> .

## Conclusion

L'islam a garanti les droits des individus au mariage et au choix du conjoint. Or, c'est tout le contraire qui s'exerce en pratique dans les pays du golfe Arabe, particulièrement l'Arabie Saoudite qui se fonde sur une interprétation classique des textes religieux soit pour imposer le mariage, et partant imposer un conjoint, soit pour refuser abusivement le mariage et aller à l'encontre de la volonté des femmes<sup>1660</sup>. Le droit tunisien quant à lui consacre l'égal droit au mariage en se fondant sur la liberté de religion<sup>1661</sup> et le principe supérieur d'égalité entre époux pour supprimer les restrictions au choix du conjoint pour les femmes. En droit français également, la liberté matrimoniale est fortement affirmée et consacrée.

Il se pose de manière récurrente la question de l'égalité de l'épouse au regard des inégalités quant à l'âge et à l'expression du consentement. L'asymétrie entre femmes et hommes sur ces deux points dans la loi qatarienne est révélatrice d'une place spécifique pour la femme dans le mariage. L'obtention d'un consentement tacite n'est pas suffisante pour assurer la protection de l'épouse, et montre plus largement les limites rencontrées par les femmes pour manifester leurs intentions et leurs volontés dans le cadre du mariage.

Il va de soi qu'il est nécessaire d'assurer une protection effective des jeunes filles pour faire face aux mariages forcés ou arrangés, tant pour respecter leur protection individuelle et leur dignité que pour lutter de manière générale contre toute pratique discriminatoire.

---

<sup>1660</sup> V. le principe de *kafa'a* (égalité matrimoniale ou compatibilité sociale et religieuse).

<sup>1661</sup> *Ibidem*.

## Section II - Les inégales restrictions à la liberté matrimoniale

La *wilaya* (tutelle), le témoignage et la désignation des époux sont considérés par une partie de la doctrine musulmane comme des piliers du contrat du mariage, pour d'autres ils sont considérés comme des conditions de validité du mariage<sup>1662</sup>. En raison de la prééminence du rôle du tuteur de l'épouse (*wali*) dans l'acceptation ou le refus du mariage, la condition du consentement des époux, et particulièrement de l'épouse, n'est pas toujours respectée. Ce n'est pas le cas de la Tunisie qui a imposé le consentement des deux époux comme une des conditions de validité du mariage.

Ainsi, dans les sociétés patriarcales, notamment arabes, subsiste encore un système de domination masculine qui s'applique à tous les domaines et s'étend même au mariage. Le mariage selon ce système est une affaire de famille<sup>1663</sup> où la décision est réservée à l'homme, et à lui seul. La femme n'y a pas son mot à dire. C'est son tuteur, en général son père, qui décide du sort du mariage : accepter ou refuser le prétendant au mariage sur des critères fondés notamment sur la compatibilité sociale. Dans ce contexte s'ouvre la question plus générale de la place de l'épouse au sein du mariage, notamment en terme d'égale dignité entre les deux époux.

C'est ainsi que l'égalité entre époux au moment de contracter mariage subit encore des restrictions dans certains pays arabes, particulièrement au Qatar et en Arabie Saoudite. Ces inégalités touchent les deux pans de la liberté matrimoniale mis en évidence dans la première section : la liberté de consentir, du fait du maintien de la contrainte matrimoniale par la tutelle du *wali* (Paragraphe I) et la liberté de choisir son conjoint, du fait de restrictions coutumières ayant force de loi telles que le respect de la compatibilité sociale et le montant exorbitant de la dot (Paragraphe II).

### Paragraphe I - Le maintien de la contrainte matrimoniale

Dans chaque pays arabe étudié ici, la valeur juridique de la liberté matrimoniale diffère. Respectée en Tunisie, elle est affaiblie au Qatar et surtout en Arabie Saoudite par le poids des

---

<sup>1662</sup> ALMUTLAQ, A. *op. cit.*, p. 44.

<sup>1663</sup> DEROUSSIN, D. *op. cit.*, pp. 67-68.

coutumes qui placent la fille sous tutelle et l'empêchent d'exprimer explicitement son consentement ou son refus lors de son mariage.

Ainsi, dans la pratique, les femmes saoudiennes et qatariennes n'ont pas la liberté d'exprimer leur consentement, ou plutôt, l'égale liberté de l'exprimer (A). Leur droit de se marier ou non n'est pas exercé conformément aux prescriptions de l'islam, mais conformément aux coutumes et traditions de leur pays. Ce droit est particulièrement limité dans les pays conservateurs tels que l'Arabie Saoudite qui ne dispose pas de code de la famille et accorde la prééminence au tuteur sans respecter le consentement ou refus de la femme (B).

### **A- Le conflit entre le principe de libre consentement et la tutelle du *wali***

Parmi les nombreuses coutumes ancrées dans les sociétés musulmanes, celle du tuteur (*wali*) occupe une place de choix. Le respect de cette coutume caractérise encore aujourd'hui le mariage chez les musulmans, et limite la place du consentement libre et éclairé de la future épouse.

Différents types de tutelles sont distingués par le droit musulman, avec certaines divergences entre doctrines.

**La tutelle sur la personne.** En islam, la tutelle (*wilaya*) comprend la tutelle sur la personne et la tutelle sur le patrimoine ou les biens<sup>1664</sup>. La *wilaya* peut être définie comme « *pouvoir de direction, d'éducation des enfants mineurs, de gestion de leur patrimoine, de représentation légale et [...] de consentir à leur mariage* »<sup>1665</sup>. Ainsi, ce système attribue au *wali* le droit de diriger tout ce qui concerne la personne placée sous sa tutelle.

Trois motifs justifient l'application de la tutelle sur la personne : la minorité, la démence et la féminité. Les trois formes de tutelle peuvent avoir une durée limitée. Ainsi, la tutelle en raison de la minorité cesse à la puberté, celle fondée sur la démence cesse dès que la personne retrouve ses facultés mentales. Quant à la tutelle en raison de la féminité, qui nous intéresse le plus dans le cadre de cette étude, elle s'exerce jusqu'au mariage de la fille, même si cette dernière a entre-temps atteint l'âge de la majorité. Cette tutelle ne cesse pas définitivement du fait du mariage,

---

<sup>1664</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 107.

<sup>1665</sup> CHERIF AMMARI, A. « La condition juridique des femmes dans le Code de la famille en Tunisie. » *Après-demain* (2007) : 24-32, p. 29.

mais peut être exercée de nouveau par le tuteur en cas de divorce, et ce, jusqu'à ce que la femme atteigne l'âge de la vieillesse<sup>1666</sup>.

La tutelle sur la personne peut inclure la tutelle matrimoniale qui est scindée par les *fuqaha'* en deux catégories : la tutelle de contrainte (*wilayat al-ijbar*) en vertu de laquelle le *wali* a le droit de contraindre la personne placée sous tutelle au mariage et la tutelle de choix (*wilayat al-ikhtiar*) ou d'association (*wilayat ach-chirka*) en vertu de laquelle le *wali* ne dispose pas de droit de contrainte<sup>1667</sup>. Cette forme de tutelle est ainsi nommée, parce qu'elle exige le consentement de la femme et de son gardien. Les deux peuvent se mettre d'accord sur le choix du mari<sup>1668</sup>. Pour les juristes musulmans, la femme n'a pas le droit d'établir individuellement son contrat de mariage. Afin que le mariage soit valablement conclu, le consentement aussi bien du *wali* que de la mariée doit être recueilli<sup>1669</sup>. Pour les professeurs qui définissent le rite malékite, la fille majeure dispose d'une liberté totale de choix de son futur conjoint. De ce fait, même lorsque le père ou le tuteur propose un prétendant, il doit laisser libre choix à sa fille d'accepter ou de refuser<sup>1670</sup>.

En revanche, le rite malékite impose l'intervention du *wali* en ce qui concerne la conclusion du mariage. Cette imposition s'explique par le fait que les malékites considèrent les femmes comme des êtres frappés d'incapacité qui ne peuvent conclure en personne leurs contrats. Comme les chaféites et les hanbalites, les malékites leur interdisent ce droit, et justifient cette position en se fondant sur un hadith du prophète Mohammed : « *La femme ne marie pas la femme, la femme ne se marie pas elle-même, seule l'adultère se marie d'elle-même* »<sup>1671</sup>.

En revanche, les hanafites ont accordé à la femme pubère et saine d'esprit le droit de contracter mariage elle-même, mais à condition de respecter les conditions de la compatibilité (*kafa'a*)<sup>1672</sup>. En cas de non-respect, le *wali* peut s'opposer *a posteriori* à ce mariage.

En Arabie Saoudite comme au Qatar, la femme ne peut contracter mariage pour elle-même. Elle doit être représentée par son parent mâle le plus proche, qui exerce la tutelle matrimoniale : c'est le *wali*. Selon la majorité des juristes musulmans, le *wali* est généralement un homme de la famille (père, grand-père, fils, frère, oncle) et doit être musulman, libre, saint d'esprit et

---

<sup>1666</sup> SEIKALY, M., ROODSAZ, R. et VAN EGTEN, C. *La situation des femmes dans les États du golfe*. Bruxelles : Union européenne - La Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres (FEMM), 2014, p. 193 ; ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1667</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>1668</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>1669</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1670</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 27.

<sup>1671</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. et loc. cit.*

<sup>1672</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, pp. 126 et 129.

pubère. Si nécessaire, le tuteur peut être désigné dans la famille éloignée du père. À défaut, c'est le juge qui devient tuteur<sup>1673</sup>. En cas d'empêchement injuste de la part du *wali*, la tutelle devient générale : le juge devant lequel l'affaire est portée obtient le droit de marier la fille. Le juge examine les cas d'espèce. Si après examen, il constate que le *wali* était fondé dans ses motifs de refus, il lui donne raison ; s'il s'avère au contraire que le *wali* s'est fondé sur des raisons injustes, le juge mariera lui-même la femme<sup>1674</sup>.

Le Qatar définit la présence du *wali* comme une des conditions de validité du contrat de mariage au même titre que la capacité des époux, le consentement et le témoignage<sup>1675</sup>. De cette condition peut être déduit que le consentement est exprimé de façon indirecte à travers le *wali*, au lieu d'être l'expression directe de la volonté de l'épouse.

En Arabie Saoudite, l'accord du *wali* est une condition de validité du mariage. Si une femme se marie sans le consentement de son *wali*, est-ce que son mariage est valable ? C'est la question dite « *de la mésalliance* », qui constitue un point de divergence entre les savants musulmans qui s'appuient sur différents hadiths pour y répondre. D'après l'imam Ibn Hanbal, il faut non seulement que le *wali* soit d'accord pour conclure le mariage, mais encore qu'il procède lui-même à l'accomplissement de ce mariage ou mandate quelqu'un pour le faire à sa place<sup>1676</sup>. Ils se fondent sur le hadith selon lequel « *point de mariage sans tuteur légal (wali), et de toute femme se mariant sans la permission de son wali, le mariage sera, de ce fait, nul* »<sup>1677</sup>.

**Les critères invoqués pour la mise sous tutelle.** L'application de l'une ou l'autre de ces formes de tutelle dépend de l'état de la femme placée sous tutelle. Pour certains *fuqaha'*, les conditions pour placer une femme sous tutelle de contrainte sont la minorité, l'aliénation mentale et surtout la virginité (*bakara*). Ce dernier critère peut toutefois être élargi dans des cas définis, notamment pour une fille pubère et saine d'esprit qui a perdu sa virginité accidentellement, une fille pubère déflorée au comportement jugé pervers ou encore la femme dont le premier mariage n'a pas été consommé<sup>1678</sup>.

En ce qui concerne une femme d'âge mûr n'ayant pas été mariée, il y a un désaccord entre les *fuqaha'* sur la forme de tutelle sous laquelle il faut la placer. Certains avancent qu'elle doit être

---

<sup>1673</sup> TYAN, É. *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*. Leiden : E. J. Brill, 1960, p. 373.

<sup>1674</sup> IBN QUDAMA. *op. cit.*, pp. 355-362.

<sup>1675</sup> Article 12 du Code de la famille qatarien.

<sup>1676</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 34.

<sup>1677</sup> ALASQALANI, A. *Fath albari charah sahih albukhari* [en arabe]. Vol. IX. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2004, p. 164.

<sup>1678</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 109.



placée sous la tutelle d'association, et par conséquent donner son consentement, d'autres avancent qu'elle doit être placée sous la tutelle de contrainte étant donné qu'elle est assimilée à une vierge (*bikr*)<sup>1679</sup>.

Il convient de noter que toutes les doctrines, à l'exception de l'école hanafite, considèrent la virginité comme une condition pour la tutelle de contrainte. Les hanafites considèrent, quant à eux, l'atteinte de l'âge de la puberté comme une raison qui exige nécessairement la fin de la tutelle<sup>1680</sup>. Étant donné que la virginité est le critère principal de placement sous tutelle de contrainte chez la majorité des *fuqaha*, les femmes non vierges, soit par mariage, copulation, adultère ou viol sont placées sous tutelle d'association<sup>1681</sup>.

Ibn Rushd considère que la femme divorcée ou veuve peut se marier seule. Il s'appuie sur le hadith « *la femme qui avait connu un autre mari auparavant a plus le droit sur elle-même que son wali* »<sup>1682</sup>.

**La rupture avec la pratique de la tutelle matrimoniale en Tunisie.** La promulgation du CSPT a aboli toute forme de contrainte. En effet, la femme tunisienne avant la promulgation du Code du statut personnel était privée de son droit de consentir ou de refuser de contracter mariage en raison du rôle que jouait le tuteur dans cette situation. Afin de remédier à cette situation, le législateur a inséré de nombreuses dispositions dans le CSPT afin de protéger les droits des épouses. Ainsi, il a insisté sur l'importance de l'échange du consentement des mariés avant de contracter mariage, a interdit le mariage forcé, a accordé à la femme majeure le droit de se marier elle-même, a unifié l'âge minimum pour contracter mariage et interdit le mariage des impubères, et a abrogé la tutelle de l'époux sur le patrimoine de sa femme<sup>1683</sup>.

**La tutelle matrimoniale : les femmes considérées comme incapables majeures.** Ainsi, les femmes, ne pouvant exprimer directement leur consentement au mariage<sup>1684</sup>, sont traitées du fait de cette substitution forcée comme des mineures<sup>1685</sup> ou des incapables alors qu'elles ont déjà atteint l'âge de la majorité matrimoniale. Selon un auteur, les femmes ne bénéficient pas

---

<sup>1679</sup> *Ibidem*.

<sup>1680</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>1681</sup> *Ibidem*.

<sup>1682</sup> ALASQALANI, A. *op. cit.*, p. 166.

<sup>1683</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>1684</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 49.

<sup>1685</sup> *Ibid.*, p. 48.

d'un statut de « *protection* » par leur tuteur, mais sont clairement frappées d'incapacité, et assimilées ainsi à des personnes dénuées de facultés mentales<sup>1686</sup>.

Cette situation peut être rapprochée des mesures de protection envisagées pour les personnes incapables majeures en droit français. En effet, bien qu'elles aient atteint l'âge de la majorité fixée à dix-huit ans<sup>1687</sup>, les personnes incapables, du fait de la vulnérabilité liée à leur état de santé, ne peuvent exercer de façon indépendante les droits dont elles ont la jouissance<sup>1688</sup>.

Sur ce point, l'article 415 du Code civil modifié par l'article 7 de la loi du 5 mars 2007<sup>1689</sup> prévoit que la protection est établie et garantie « *dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci* »<sup>1690</sup>. Les personnes incapables majeures ne peuvent conclure mariage elles-mêmes, mais doivent recueillir certaines autorisations pour le faire : celle du curateur et, à défaut, du juge pour les personnes en curatelle<sup>1691</sup>, et celle du juge des tutelles ou du conseil de famille<sup>1692</sup>.

De nombreux auteurs ont tenté de justifier l'abus de pouvoir fréquent dans le cadre de cette tutelle matrimoniale en invoquant la protection des femmes. Ainsi, un auteur considère que le fait d'imposer le consentement du *wali* ne signifie pas que la femme en islam est frappée d'incapacité, mais qu'il s'agit simplement de la protéger contre des hommes de mauvaise foi<sup>1693</sup>.

Un auteur a tenté de justifier la tutelle matrimoniale par la préservation de la dignité de la femme : « *Remarquons que l'interdiction faite à la femme de se marier de son propre chef ne signifie point une non-reconnaissance de sa personnalité ou de sa capacité à gérer ses propres affaires, mais, au contraire une affirmation de sa dignité et un intérêt porté à son avenir* »<sup>1694</sup>.

---

<sup>1686</sup> TYAN, É. *op. et loc. cit.*

<sup>1687</sup> L'article 414 du Code civil stipule que « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ».

<sup>1688</sup> Placés sous protection, ces majeurs ont vu la législation évoluer en les considérant comme des personnes non pas privées de capacité juridique, mais dont la capacité est réduite, ce qui leur réserve dans la mesure du possible une certaine autonomie.

<sup>1689</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* n°56 du 7 mars 2007, p. 4325.

<sup>1690</sup> Dans cette optique, l'article 458 du Code civil modifié par l'article 7 de la loi du 5 mars 2007 précitée reconnaît aux incapables le droit d'accomplir certains actes personnels en exprimant leur consentement, sans assistance ou représentation. Parmi ces actes figure la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant (V. article 458 alinéa 2 du Code civil).

<sup>1691</sup> V. article 460 alinéa 1 du Code civil.

<sup>1692</sup> « *S'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et le recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* », V. article 460 alinéa 2 du Code civil.

<sup>1693</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 36.

<sup>1694</sup> ASCHA, GH. *Du statut inférieur...*, *op. cit.*, p. 187.

Dans cette optique, la femme n'était pas en mesure de choisir elle-même son époux, tandis que son tuteur était mieux placé pour le faire : « *le wali est celui qui tient le plus à choisir un époux convenable pour la femme se trouvant sous sa tutelle, elle qui, d'ordinaire, ne connaît pas bien les vertus des hommes et que l'émotivité pousse, souvent, à suivre un homme qui serait susceptible de porter atteinte à sa dignité et de nuire à la réputation de sa famille* »<sup>1695</sup>.

Cette position n'a pas recueilli l'unanimité des *fuqaha* dont certains<sup>1696</sup> sont d'avis d'appliquer la tutelle de contrainte uniquement aux déments, mais jamais aux impubères en raison du préjudice qui peut leur être porté par cette liaison forcée après la puberté<sup>1697</sup>. Cette position n'a pas été accueillie favorablement par les écoles juridiques, et a été ignorée. Elle a émergé de nouveau au début du XX<sup>e</sup> siècle avec l'arrivée des réformateurs islamiques en Égypte qui ont réclamé la modification des dispositions de la jurisprudence islamique relatives au statut personnel, en particulier au mariage, à la polygamie et à la répudiation<sup>1698</sup>.

---

<sup>1695</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1696</sup> Il s'agit en particulier de trois juristes irakiens : Ibn Shabrama, Othman al-Batti et Abu Bakr al-Asam. Cf. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1697</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1698</sup> *Ibidem*.

## B- L'ingérence abusive du *wali*, contraire au principe d'égalité

Ainsi, le système de tutelle en droit musulman institué pour assurer la protection des incapables a survécu jusqu'à nos jours pour s'appliquer aux filles et femmes au moment du mariage. La restriction du droit au mariage pour les femmes par l'ingérence abusive du *wali* témoigne de la force avec laquelle les coutumes locales se sont non seulement juxtaposées aux principes de l'islam, mais apparaissent comme étant le reflet de celui-ci.

L'inégale restriction du choix de l'époux peut s'exercer de deux manières : en imposant le mariage avec un homme que la femme refuse (mariage forcé), ou en refusant le mariage avec un homme qu'elle veut (*al-adhl*)<sup>1699</sup>. Cette restriction concerne les impubères des deux sexes, mais s'applique principalement aux filles<sup>1700</sup>, quel que soit leur âge. De nombreux pays arabes (dont le Qatar et particulièrement l'Arabie Saoudite) accordent au *wali* le droit de décider du sort du mariage, et ignorent la condition du consentement de la future mariée.

De nombreux auteurs musulmans refusent la modernisation des dispositions de la jurisprudence musulmane telle qu'elle est pensée dans les lois du droit positif, et se fondent encore sur les arguments des *fuqaha*' classiques pour justifier l'application de la tutelle matrimoniale même sur la femme majeure<sup>1701</sup>.

Ainsi, certains auteurs ont refusé d'admettre la légitimité des lois qui ont réglementé l'âge minimum du mariage, interdisant le mariage des mineurs. C'est le cas de Monsieur Al-Horsi<sup>1702</sup> qui a considéré que « *la wilaya est un droit donné par Dieu qui seul peut le lui retirer. Les walis peuvent donc toujours marier les impubères* »<sup>1703</sup>. À ce titre, Mohammed Abou Zuhra avait également souligné en 1970 la nécessité que « *quelqu'un participe avec [la femme] à la préservation de sa personne, de sa réputation et de son honneur. Son associé dans la tutelle sur sa personne doit être un membre de sa famille, qui est directement concerné par tout ce qui l'élève ou la rabaisse* »<sup>1704</sup>.

En réalité, le *wali* dispose de toutes les prérogatives, toutes les compétences pour décider à la place de la femme dans le cadre du mariage. Le tuteur est ainsi considéré comme le plus apte pour que la femme soit respectée et respectable au travers des valeurs et des vertus classiques

---

<sup>1699</sup> Le terme « *al-adhl* » signifie empêcher. Cf. IBN AL-ARABI, M. *Ahkam al Qur'an (Les Prescriptions du Coran)* [en arabe]. Vol. I. Beyrouth: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2012. IV vols., p. 317.

<sup>1700</sup> *Ibidem*.

<sup>1701</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>1702</sup> Professeur de théologie comparée à la faculté de Charia et de droit à l'université d'al-Azhar au Caire.

<sup>1703</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>1704</sup> *Ibidem*.

qu'elle se doit d'avoir. Cette vision est à critiquer dans la mesure où l'interprétation retenant que la *wilaya* provient d'un droit divin apparaît comme une vision excessive du rôle du *wali*. De la sorte, la femme se trouve actuellement bien démunie face à des prérogatives si exorbitantes, la réduisant à l'état de personne incapable n'ayant pas le discernement suffisant pour décider de son statut matrimonial. Si l'esprit du texte est du côté d'une volonté de protection, cela ne peut être compatible avec le fait de ne pas prendre en compte le consentement, et partant l'autonomie de la personne censée être protégée.

L'ingérence abusive du *wali* s'applique toujours, pourtant le Coran n'a jamais appelé à l'usage de la force ou la contrainte en ce qui concerne le mariage. L'abus de pouvoir que le tuteur exerce dans de nombreux cas ne résulte nullement des textes du Coran<sup>1705</sup>. Il convient de souligner à ce propos que le droit de contrainte matrimoniale n'a en réalité aucun fondement coranique, mais tire ses soubassements de pratiques qui avaient cours dans la péninsule arabe avant l'islam<sup>1706</sup>. Pour l'instauration de la contrainte matrimoniale, les *fuqaha* se sont appuyés sur un *hadith* attribué au prophète Mohammed qui recommande le mariage<sup>1707</sup>. Certes la présence du tuteur lors du mariage est obligatoire selon les interprétations classiques du Coran, mais elle ne doit pas conduire à conclure un mariage contre le gré de la mariée. Le *wali* est simplement tenu de remplir son rôle de tuteur de la future mariée sans abus. Ainsi, il lui est interdit de contraindre la mariée à prendre pour époux quelqu'un qu'elle ne veut pas ou encore d'abuser de son droit d'opposition pour empêcher le mariage de sa fille à un homme convenable<sup>1708</sup>.

Même le prophète qui a insisté sur la nécessité de la présence du *wali* pour la validité du contrat de mariage a appelé dans de nombreux hadiths à recueillir le consentement de la future mariée. Jamais il n'a encouragé les mariages forcés. Dans un hadith, le prophète Mohammed a annulé un mariage forcé : « *Ayant été répudiée, Khansâ' Bint Khidâm al-Ansâriya fut donnée en mariage contre son gré par son père. Comme elle n'avait pas accepté ce mariage, elle alla s'en plaindre auprès du Envoyé de Dieu qui l'annula sur-le-champ* »<sup>1709</sup>.

Dans d'autres pays musulmans, l'évolution des sociétés et des mœurs a fait reculer peu à peu

---

<sup>1705</sup> SALAMA, M-M. *op. et loc. cit.*

<sup>1706</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 39.

<sup>1707</sup> « *Mariez vos enfants des deux sexes quand ils sont jeunes* ».

<sup>1708</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 33.

<sup>1709</sup> AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols, Hadîth n°5138, p. 61.

le poids de la tutelle exercée par le *wali* pendant le mariage. Le Conseil européen de la *Fatwa* et des Recherches a ainsi adopté une position plus moderne sur la question. Il approuve la position du législateur qui fonde le mariage sur l'échange du consentement mutuel des deux époux, et partant, n'admet aucune forme de contrainte sur la femme à laquelle il a accordé un droit absolu d'acceptation ou de refus de la demande de mariage.

Il s'appuie sur ce point sur de nombreux hadiths du prophète Mohammed qui a accordé à la mariée le droit de choix de l'époux comme celui précité présentant le cas d'une fille venue se plaindre d'un mariage forcé par son père, ou encore sur un autre hadith selon lequel le prophète Mohammed a dit : « *On ne peut marier une jeune fille (qui n'a jamais été mariée) sans sa permission, ni une femme qui l'a déjà été, sans son consentement explicite* ». Dans un autre hadith, celui-ci déclare également : « *Quant à la jeune fille (qui n'a jamais été mariée), son père lui demande permission* »<sup>1710</sup>. Dans ce contexte, le Conseil européen a considéré comme valide le mariage de la femme pubère et saine d'esprit sans tuteur avec un homme dont la religiosité et le comportement sont irréprochables.

À ce titre, le Conseil a émis trois recommandations : l'une à l'égard des femmes, l'autre à l'égard des pères de famille, la troisième à l'égard des centres islamiques. À l'égard des femmes tout d'abord, il recommande qu'elles ne passent pas outre l'accord de leurs tuteurs. À ces derniers, il recommande qu'ils facilitent le mariage de leurs filles, et de recueillir leur consentement avant de conclure mariage et n'exercer aucun abus ou contrainte. Enfin, aux centres islamiques il recommande de tenir compte de sa position, c'est-à-dire de recueillir le consentement de la femme et ne pas exercer d'abus, car le centre islamique peut remplir la fonction de tuteur au cas où la femme n'en trouve pas, particulièrement dans un pays où il n'y a pas de juridiction musulmane.

En Tunisie, avant la promulgation du CSPT, la femme même majeure ne pouvait se marier elle-même, la présence du *wali* étant une condition de validité du mariage<sup>1711</sup>, comme c'est le cas aujourd'hui en Arabie Saoudite et au Qatar. Le tuteur avait un pouvoir exorbitant et pouvait marier sa fille mineure ou majeure sans son consentement. Afin de remédier à cette situation, le législateur tunisien a insisté dans le Code du statut personnel sur l'importance du caractère consensuel de l'acte de mariage<sup>1712</sup>.

Aujourd'hui, le rôle du *wali* dans la conclusion du mariage en Tunisie a beaucoup reculé au gré

---

<sup>1710</sup> ALASQALANI, A. *op. cit.*, p. 164.

<sup>1711</sup> BIN MAHMOUD, F.-Z. *op. cit.*, p. 30.

<sup>1712</sup> V. article 3 du CSPT.

des transformations apportées par le Code du statut personnel. En d'autres termes, parmi les lois des pays arabes objets de notre comparaison, seule la loi tunisienne accorde à la femme majeure et saine d'esprit le droit total de choisir son époux<sup>1713</sup>.

L'islam a effectivement proscrit aux tuteurs de faire entrave à la femme dans le choix de son conjoint. Si ce choix revient de fait au tuteur, puisque la femme ne peut jouir de sa capacité matrimoniale, celui-ci ne peut s'opposer à un mariage lorsque le prétendant est convenable et par conséquent aucune objection fondée ne peut être formulée.

Lorsqu'un tuteur s'oppose de manière abusive à un mariage avec un homme *kuf'* (compatible), les femmes saoudiennes et qatariennes<sup>1714</sup> disposent de la possibilité de s'adresser au juge pour lui demander de changer de tuteur<sup>1715</sup>. Cette perspective de recours est *a priori* favorable puisque l'avis du juge sur la situation pourra être plus objectif que la seule vision du tuteur. Mais la femme va être confrontée à la difficulté de devoir démontrer au juge qu'elle est victime d'une ingérence abusive du *wali*, en arguant du fait que le futur mari revêt toutes les qualités d'un homme *kuf'*.

À cette difficulté s'ajoute en réalité une contrainte temporelle puisque le juge saoudien va rendre sa décision dans un délai compris généralement entre trois et six mois. Cette durée expose ainsi la femme à des dangers importants tels que des violences, puisqu'elle doit vivre chez son tuteur en attendant la décision du juge, que ce dernier accueille ou non sa demande. De plus, cette autorisation ne vaut que pour l'époux initialement prévu ; dans le cas où le mariage n'est finalement plus à l'ordre du jour et où la femme voudrait trouver un autre prétendant, il lui faudrait formuler une nouvelle demande impliquant de nouveau les mêmes délais.

Au regard des explications précédentes, le consentement du *wali* est essentiel pour la validité du mariage. Or, il est permis d'avancer qu'un tel consentement doit appartenir plutôt à la femme et son futur époux. Le *wali* ne pourrait avoir qu'un simple avis non contraignant puisque ce dernier ne signe pas le contrat de mariage.

Le rôle du législateur est d'instaurer une sécurité dans la famille : il est donc nécessaire d'abolir le système inégalitaire du *wali*. Une telle initiative permettrait plus généralement de rééquilibrer la profonde différence de statut que subissent actuellement les femmes saoudiennes et qatariennes.

---

<sup>1713</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>1714</sup> V. les articles 29 et 30 du Code de la famille qatarien.

<sup>1715</sup> V. la décision n°35339290 de la cour d'appel de la Mecque du 3 juin 2014 (04/08/1435).



## **Paragraphe II - La persistance juridique de coutumes entravant l'égalité de choix**

Hormis l'ingérence abusive du *wali*, de nombreuses restrictions perdurent qui empêchent femmes et hommes de choisir librement leur conjoint ou conjointe. Ces restrictions sont de deux sortes : le respect de la compatibilité sociale et l'obligation de versement de la dot par le futur époux.

Si dans l'éventail de la compatibilité sociale de nombreux critères peuvent être inclus comme l'appartenance à la même religion, au même rang social, le même niveau culturel, professionnel ou encore le même niveau de fortune (A) pour la dot ce n'est pas uniquement son existence même qui constitue une restriction, mais également son montant imposé par le tuteur. En effet, dans les sociétés arabes, et particulièrement celles du golfe, on accorde une importance particulière aux aspects financiers concernant le prétendant, dont notamment le montant de la dot qu'il est prêt à verser, ou plutôt que le tuteur de la future mariée lui demande, ce qui peut être une restriction dans le libre choix de l'époux (B).

### **A- La *kafa'a* : une exigence unilatérale de compatibilité sociale et religieuse**

En France, la question de la compatibilité sociale existe, mais ne prend pas les mêmes proportions que dans les sociétés arabes, particulièrement des pays du golfe. En effet, si en France il ne s'agit que d'une pratique de reproduction sociale à laquelle les individus peuvent toujours déroger, en revanche au Qatar et en Arabie Saoudite cette pratique a force de loi en tant qu'elle est considérée presque comme une nécessité d'ordre public.

**Une pratique coutumière toujours en vigueur en France.** La question du rang social occupe encore une place importante chez de nombreuses familles qui considéraient - et considèrent toujours - le mariage non pas comme un projet limité entre les deux futurs mariés, mais une affaire de famille où on accueille favorablement les unions du même rang social dans le but de préserver les intérêts financiers des deux familles. En dehors du critère financier, les familles bourgeoises ont un style de vie et des règles sociales qu'elles respectent scrupuleusement, et partant correspondront davantage à des familles au mode de vie similaire, aux mêmes habitudes ou encore aux mêmes centres d'intérêt.

Plus généralement, la question du rang social demeure un critère déterminant dans le choix de l'époux. On applique ainsi le principe selon lequel « *qui se ressemble s'assemble* » qualifié par

les sociologues français d'« *homogamie* », ou le mariage entre individus du même statut social<sup>1716</sup>, du même groupe religieux ou de la même ethnie<sup>1717</sup>. Même s'il a diminué à travers les années, le phénomène de l'homogamie est ancré dans les mœurs. Selon une étude du Centre d'observation de la société en 2011, 78,2 % des ouvriers vivaient avec une ouvrière ou avec une employée contre seulement 2,8% d'ouvriers qui vivaient avec une cadre supérieure. C'est montrer à quel point le rang social détermine le choix de l'époux<sup>1718</sup>.

**La notion de *kafa'a* en droit musulman.** Cette préférence pour l'homogamie observée en France n'est pas comparable à l'extrême importance de la compatibilité sociale (*takafu*) dans les sociétés arabes et particulièrement les pays du golfe, où elle fait partie des conditions pour le mariage. Elle est affirmée comme une mesure de protection de la femme, pour ne pas qu'elle déchoie socialement. Elle n'est pas mentionnée comme étant une des conditions de validité du mariage en islam, mais est pourtant considérée comme telle dans le rite hanbalite appliqué en Arabie Saoudite et au Qatar.

En Arabie Saoudite, si la femme épouse un homme incompatible avec elle sur le plan social, le mariage reste toutefois valable, mais la famille de la mariée peut s'y opposer et en demander l'annulation. Il convient de souligner qu'au cours de la seule année 2013 par exemple, les tribunaux saoudiens ont été témoins de seize demandes d'annulation de mariage en raison d'incompatibilité sociale<sup>1719</sup>. Ces demandes sont fréquentes dans les villes telles que Riyad où le tribalisme prévaut, et sont généralement déposées par les hommes dans la famille de la mariée. Dans ce cas, l'opinion de la femme n'est pas prise en compte : celle-ci est traitée comme un enfant qui ne connaît pas ses intérêts. À ce jour, les tribunaux saoudiens continuent de se prononcer sur l'annulation de mariages et de forcer des époux à se séparer<sup>1720</sup>.

Le droit musulman insiste sur la nécessité, pour une vie conjugale harmonieuse, d'une compatibilité entre les époux afin de s'assurer qu'il y aura une complicité et une entente entre eux. La compatibilité sous-entend une équivalence sur le plan religieux, social, financier ou encore professionnel entre les deux futurs époux, ou plus précisément entre leurs familles.

---

<sup>1716</sup> V. Larousse, v° *homogamie*.

<sup>1717</sup> Centre d'observation de la société. (août 2014). v° *Homogamie sociale*, accessible sur le site : <http://www.observationsociete.fr/definitions/homogamie-sociale.html>.

<sup>1718</sup> Observatoire des inégalités. (août 2017). *Couples : qui se ressemble s'assemble*, accessible sur le site : <https://www.inegalites.fr/Couples-qui-se-ressemble-s-assemble>.

<sup>1719</sup> ALDUBAISS, F. (août 2013). *16 talab faskh nikah liadam takafu alnasab khilal achrat 'achhur (Au cours de dix mois, 16 demandes d'annulation de mariage pour cause d'incompatible sociale)* [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alsharq.net.sa/2013/09/17/945861>.

<sup>1720</sup> Le dernier jugement a été rendu en mars 2018, accessible sur le site : <https://www.okaz.com.sa/article/1620158>

Le *takafu* part du postulat de l'existence d'une égalité entre homme et femme ; or il n'en est rien. Ce concept n'est que la traduction d'une inégalité de fait renforcée entre les deux sexes, car l'homme dispose d'une plus grande liberté de choix. En effet, il peut décider d'épouser une femme d'un rang social sensiblement équivalent ou inférieur, ou encore se marier avec une non-musulmane. La femme quant à elle a la faculté d'épouser un homme d'un niveau socialement équivalent, mais le choix ne lui est pas offert de se marier à un homme d'un rang inférieur ou un non musulman. Derrière l'idée de parvenir à l'entente harmonieuse des époux, le *takafu* est en réalité le reflet d'une conception inégalitaire.

Les critères du choix de l'époux, tels que les définit l'islam, sont simples : il suffit que le prétendant soit pieux, de bonne moralité, en bonne santé et capable de subvenir financièrement aux besoins de sa famille<sup>1721</sup>, et bien entendu, que sa demande en mariage soit acceptée par la future épouse.

La question des critères du choix d'une épouse a été traitée dans de nombreux hadiths du prophète Mohammed dont le plus célèbre est : « *Si quelqu'un, qui vous satisfait par sa foi et sa morale, demande votre fille en mariage, accordez-la-lui, car si vous ne le faites pas, cela peut devenir une source de tentation et de grande débauche sur terre* »<sup>1722</sup>.

Ainsi, l'appartenance à la même religion est un critère important de choix de l'époux, mais dont la restriction ne s'applique que pour les femmes musulmanes. Selon la majorité des juristes musulmans (les *fuqaha'*), les hommes musulmans sont autorisés par les prescriptions coraniques à épouser une femme du Livre (*kitabiyah*, c'est-à-dire une femme chrétienne ou juive). Cette autorisation n'est pas conférée aux femmes musulmanes qui n'ont pas le droit de se marier avec un homme du Livre (ou *kitabiyah*), mais uniquement avec des hommes musulmans<sup>1723</sup> conformément au Coran<sup>1724</sup>.

Selon les *fuqaha'*, la limitation du mariage des femmes musulmanes avec des hommes musulmans se trouve au verset (60:10) qui a été donné en 628 lors de l'accord d'Al-Hudaybiyah<sup>1725</sup>, suite auquel la notion de mécréant (*kafir*) a été généralisée par certains religieux pour inclure aussi bien les non-musulmans que les hommes du Livre, d'où l'interdiction pour les femmes musulmanes de se marier avec eux<sup>1726</sup>. En cas de transgression de cette interdiction,

---

<sup>1721</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 38.

<sup>1722</sup> IBN KATHIR. *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe]. Vol. IV. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 1998. IX vols., p. 87.

<sup>1723</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1724</sup> Le Coran (60 :10).

<sup>1725</sup> L'accord d'al-Hudaybiyah, a été signé en 627 entre Mohammed et les Qurayshites, qui devaient permettre au prophète et à ses fidèles de se rendre en pèlerinage à La Mecque.

<sup>1726</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 77.

le mariage est considéré comme non valide, et a été assimilé par les *fuqahâ'* à un adultère qui exige l'application de la peine de flagellation ou de lapidation<sup>1727</sup>.

La limitation de mariage des hommes musulmans avec les femmes du Livre uniquement a été perçue par certains penseurs musulmans contemporains tel Rachid Rida comme une restriction de liberté. Celui-ci a appelé à plus d'égalité entre les différentes religions du monde, en élargissant notamment la notion de gens du Livre (*ahl al-Kitab*) de sorte qu'elle s'applique aux personnes appartenant aux religions autres que le judaïsme et le christianisme. Il a appelé à intégrer les hindouistes et les bouddhistes parmi les gens du Livre, et donc à tolérer le mariage avec eux. Cette revendication n'a pas trouvé grand succès<sup>1728</sup>.

Au-delà de cette restriction de liberté concernant femmes et hommes, on déplorera l'inégalité au détriment des femmes dans l'interdiction d'épouser un non-musulman.

**Les traces du système de *kafa'a* dans le droit positif.** De manière générale, le Code de la famille qatarien mentionne la *kafa'a* comme une des conditions de nécessité du mariage, « *en s'attachant particulièrement à la piété et au bon comportement* »<sup>1729</sup> du prétendant au mariage. De ce fait, en cas de mensonge de l'époux sur sa compatibilité, le mariage peut être annulé à la demande de l'épouse ou de son tuteur<sup>1730</sup> si cette demande a lieu avant que l'épouse ne tombe enceinte et dans un délai d'un an après la conclusion du mariage<sup>1731</sup>.

De manière plus précise, le Code de la famille qatarien comporte des dispositions dérivées du principe de *kafa'a*, interdisant des mariages entre personnes jugées non compatibles. Il indique par exemple dans son article 25 alinéas 6 et 7 que la femme ne jouit pas de la liberté de mariage avec un non-musulman et qu'il est interdit à l'homme de se marier avec une non-croyante.

C'est aussi le cas en Arabie Saoudite, où la croyance religieuse est une des clauses prohibitives restreignant la liberté de se marier.

Le système juridique tunisien quant à lui évolue progressivement. Le 8 septembre 2017, une résolution de 1973, qui interdisait aux femmes musulmanes d'épouser un non-musulman, a ainsi été abrogée par le Premier ministre<sup>1732</sup>. Cette résolution a été jugée contradictoire avec les articles 21 et 46 de la Constitution en ce qu'elle entravait le principe d'égalité entre les citoyens et les citoyennes et constituait une violation des conventions internationales ratifiées par la

---

<sup>1727</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>1728</sup> *Ibid.*, pp. 69-70.

<sup>1729</sup> Article 31 du Code de la famille.

<sup>1730</sup> Article 34 du Code de la famille.

<sup>1731</sup> Article 35 du Code de la famille.

<sup>1732</sup> Le 8 septembre 2017, le gouvernement tunisien a abrogé la circulaire n°216 du 5 novembre 1973 concernant la non-autorisation d'un mariage d'une Tunisienne avec un non-musulman.

Tunisie qui ont un rang supérieur à celui des lois nationales conformément à l'article 20 de la Constitution. Cette abrogation démontre une fois de plus de la volonté du législateur tunisien de poursuivre la modernisation du Code du statut personnel tunisien entamée sous Bourguiba, en consacrant une égalité de droits entre les femmes et les hommes.

Une autre disposition dérivée de la *kafa'a* dans le droit positif qatarien est la restriction dans le droit au mariage d'une femme avec un étranger. En effet, dans le système qatarien, une femme mariée avec un homme d'une autre nationalité ne peut prétendre au bénéfice d'une pension de solidarité sociale. Par la suite, elle ne peut retrouver ce droit qu'à la condition d'un divorce, du décès de son époux ou de l'abandon de domicile par ce dernier. Cette règle se trouve instituée à l'article 7 de la loi n°38 de 1995 sur la sécurité sociale<sup>1733</sup>. Ce dispositif ne fait que transparaître la sévérité à l'égard de la femme qui prend l'initiative de se marier avec un étranger. Une telle mesure n'est pas prévue pour les hommes qui ont toute liberté de se marier avec une Qatarienne comme avec une étrangère.

Dans les pays du golfe objets de notre étude, hormis le critère de la religion qui demeure important, la moralité et la piété sont devenues des critères désuets auxquels les tuteurs ne prêtent pas grande attention. Ces critères ont reculé au profit de celui de la compatibilité des origines sociales<sup>1734</sup> surtout sur le plan financier. Dans les sociétés tribales comme le Qatar et l'Arabie Saoudite, certaines traditions insistent sur la question de l'appartenance à la même tribu. Également, la profession du mari ainsi que sa fortune sont les critères les plus importants sur lesquels se fonde la majorité des *walis* pour décider du sort du mariage de la fille placée sous leur tutelle. La lignée (*nasab*) du côté du père reste cruciale aujourd'hui, notamment en Arabie Saoudite et au Qatar.

Ainsi, la compatibilité implique - selon la coutume et non selon l'islam- que l'époux soit hissé au minimum au même rang social et financier que l'épouse, sinon à un rang supérieur de sorte que ni cette dernière ni ses tuteurs ne fassent l'objet de critiques ou de propos désobligeants en raison de cette union. De ce fait, le critère de la compatibilité sociale, telle qu'elle est comprise de nos jours dans ces pays, est une atteinte considérable à l'égale liberté de choix dans la mesure où son respect élimine un grand nombre de partenaires envisageables pour les femmes, au détriment de leur égale liberté de choix.

---

<sup>1733</sup> Le terme de sécurité sociale revêt une signification différente que celle retenue en France, il s'agit d'une aide gouvernementale instaurant des mesures sociales permettant d'apporter un soutien financier aux familles disposant de revenus modestes.

<sup>1734</sup> FAHMI, H. *Divorcer en Égypte : Étude de l'application des lois du statut personnel* [édition numérique]. Égypte/Soudan : CEDEJ, 1987.

Le poids du critère de la compatibilité sociale s'exerce différemment selon la forme de tutelle exercée sur la future mariée. Ainsi, selon la majorité des rites musulmans (malékite, chafite et hanbalite), la femme vierge, soumise à la tutelle de contrainte quel que soit son âge, ne peut ni refuser le mariage ni s'opposer au mari qu'on lui présente au motif qu'il ne lui est pas *kuf'* (compatible). Par contre, la femme soumise à la simple tutelle d'association, même si elle n'a pas le droit de se marier d'elle-même, peut user du droit de refuser son prétendant au motif qu'il ne lui est pas équivalent. Cependant, ce droit est particulièrement limité, et ne peut s'appliquer que si le motif qu'elle avance est conforme aux points précités qui constituent la *kafa'a*. Ainsi, elle ne peut refuser le mariage avec un homme qui présente un grand écart d'âge, car ce critère ne constitue pas un manque de compatibilité selon le principe de *kafa'a*<sup>1735</sup>.

Les hanafites adoptent une position plus souple dans la mesure où ils accordent à la femme pubère et saine d'esprit le droit de conclure elle-même son mariage. Toutefois, ce droit est limité par les critères de la *kafa'a*. Ainsi, son tuteur peut s'opposer à la conclusion du mariage ou son annulation en cas d'incompatibilité sociale et patrimoniale : c'est le cas notamment de l'infériorité de la condition sociale du mari par rapport à son épouse, et l'infériorité du montant de la dot par rapport à la dot de parité<sup>1736</sup>. Les *fuqaha'* de ce rite accordent à la fille impubère lors du mariage le droit d'option, selon lequel elle peut refuser de contracter mariage avec un prétendant qui ne lui convient pas, en respectant les critères de la *kafa'a*, uniquement si elle a été contrainte au mariage par un tuteur autre que son père ou son grand-père<sup>1737</sup>.

En Tunisie, et suite à la modernisation du droit positif et l'abrogation de la tutelle de contrainte du *wali*, la femme n'avait plus besoin de faire usage de son droit à la *kafa'a*. La suppression de la *kafa'a* s'est ainsi faite dans le même temps que la suppression de la tutelle, dans la mesure où la première était une prérogative du tuteur. Il est à noter que la *kafa'a* va de pair avec une certaine représentation de la société, organisée et hiérarchisée selon plusieurs classes ou strates. Le CSPT, consacré pour tous les Tunisiens dans un idéal d'égalité, ne reprend pas cette notion de compatibilité sociale, puisque tous sont égaux et donc également dignes de se marier les uns avec les autres.

---

<sup>1735</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1736</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 129.

<sup>1737</sup> *Ibid.*, p. 119.

## B- Le montant de la dot, un obstacle récurrent pour le libre choix du conjoint

La dot est une coutume qui date de l'époque de l'Arabie préislamique<sup>1738</sup>. Il s'agissait alors du prix versé à la famille de la femme afin d'obtenir cette dernière<sup>1739</sup>. Après l'avènement de l'islam, le Coran a aboli les coutumes et traditions préislamiques ; les mœurs ont évolué avec les tentatives du prophète Mohammed pour améliorer la condition féminine, en modifiant notamment le destinataire de la dot. Cette somme est désormais remise aux mariées et non plus à leurs pères.

Citée dans le Coran<sup>1740</sup>, la dot (*mahr* ou *sadaq*) est la somme d'argent d'une portée symbolique<sup>1741</sup> que l'époux doit verser à son épouse conformément aux prescriptions coraniques<sup>1742</sup> et dont le montant est fixé dans le contrat de mariage. Malgré sa prescription dans le Coran, la dot n'a pas été exigée expressément comme condition de validité du mariage<sup>1743</sup>. Cette question de la valeur juridique de la dot ne fait pas l'unanimité auprès des juristes musulmans. Si la dot est pensée comme condition de validité *a priori* (*ruk'n*), elle peut être considérée comme un élément d'une transaction marchande ; si en revanche elle est conçue comme un effet du mariage (*hukm*), elle découlera alors de l'obligation d'entretien du mari vis-à-vis de son épouse.

Seule l'école malékite considère la dot comme une condition de validité du mariage<sup>1744</sup>, et interdit toute clause dans l'acte qui dispense le mari de son versement. Les autres écoles, même si elles considèrent la dot comme un effet du mariage et non pas une condition de validité,

---

<sup>1738</sup> FAWZI, I. *Ahkam al-usra filjahilia walislam (Les dispositions relatives à la famille pendant la période préislamique et islamique)* [en arabe]. Beyrouth : Dar alkalima, 1983, p. 43.

<sup>1739</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 52.

<sup>1740</sup> « donnez aux épouses leur sadaq ». Cf. Coran (4 : 4) ; « Si vous voulez substituer une épouse à une autre, et que vous ayez donné à l'une un qintâr, n'en reprenez rien ». Cf. Coran (4 : 20) ; Il y est dit : « vous sont permises les femmes vertueuses d'entre les croyantes et les femmes vertueuses d'entre les gens qui ont reçu le livre avant vous, si vous leur donnez leur adjr (*mahr*), avec contrat de mariage, non en débauchés ni en preneurs d'amants ». Cf. Coran (5 : 5) ; « Puis, de même que vous jouissez d'elles, donnez-leur leur adjr comme une chose due. Il n'y a aucun péché contre vous à ce que vous concluez un accord quelconque entre vous après la fixation du adjr ». Cf. Coran (4 : 24). Dans ces versets, on parle de *adjr* qui se traduit initialement par « récompense ». Il est important de souligner que ces versets se traduisent aujourd'hui dans le système juridique saoudien par exemple par un montant plus élevé pour une femme vierge (*bikr*).

<sup>1741</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 44.

<sup>1742</sup> De même, si la répudiation se produit avant la consommation du mariage, le mari est tenu de verser la moitié de la dot fixée (Coran 2 : 237).

<sup>1743</sup> RUDE-ANTOINE, E. *Le mariage maghrébin en France*. Paris : Éditions Karthala, 1990, p. 38 ; V. Egalement ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya... *op. cit.*, p. 136 ; L'avis de Cheikh Ibn Baz accessible sur : <https://binbaz.org.sa/fatwas/14950/حکم-المهر> ; MONJID, M. *op. cit.*, p. 51.

<sup>1744</sup> AL-BAGHAWI, A. *At-Tahdhib fi fiqh alimam ach-Chafi'i* [en arabe]. Vol. V. Beyrouth : Dar al-kotob al-ilmiyah, 1997. VIII vols., p. 447.



insistent pourtant sur le versement d'une dot d'équivalence en cas de silence du contrat de mariage<sup>1745</sup>.

De ce fait, l'Arabie Saoudite et la Tunisie, malgré la différence d'école à laquelle elles appartiennent, considèrent la dot comme une condition de validité du mariage<sup>1746</sup>. Ainsi, la dot et sa valeur doivent être mentionnées de façon expresse dans le contrat de mariage<sup>1747</sup>. La mention de la dot dans l'article 3 du CSPT parmi les conditions du mariage démontre l'influence toujours présente du droit musulman au sein du droit de la famille tunisien<sup>1748</sup>.

Quant au droit qatarien, la dot a été mentionnée dans le Code de la famille en tant qu'effet du mariage (*hukm*)<sup>1749</sup>. Le Code souligne à l'article 40 que la dot (*mahr*) est une dette dont le mari devra s'acquitter ; tant qu'il ne le fait pas, son épouse a le droit de refuser la cohabitation et les rapports sexuels.

**La dot comprise comme compensation financière.** La notion de dot est traitée dans la jurisprudence islamique classique et contemporaine<sup>1750</sup> sous l'appellation *mahr* (« compensation »). Le choix de ce mot plutôt que le terme coranique *sadaq* rapproche de la conception préislamique de la dot, c'est-à-dire la compensation financière lors de l'acquisition d'un bien. Ce n'est pas tout à fait ce qui est prévu dans le Coran qui parle de *sadaq*<sup>1751</sup> c'est-à-dire d'« offrande gracieuse » : « donnez aux épouses leur sadaq, de bonne grâce. Si de bon gré elles vous en abandonnent quelque chose, disposez-en alors à votre aise et de bon cœur »<sup>1752</sup>. Ainsi, le terme *sadaq* se rapproche d'une part du terme *sadaqa* qui signifie un don et une offrande gracieuse et d'autre part du terme *sidq* qui est le symbole de la sincérité et de la véracité<sup>1753</sup>.

---

<sup>1745</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 168.

<sup>1746</sup> V. MAYA BOUYAHIA, S. *La proximité en droit international privé de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2015, p. 27 ; L'article 3 du CSPT stipule que « le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux. La présence de deux témoins honorables et la fixation d'une dot au profit de la femme sont, en outre, requises pour la validité du mariage » ; l'article 13 du même Code prévoit que « le mari ne peut, s'il n'a pas acquitté la dot, contraindre la femme à la consommation du mariage. Après la consommation du mariage, la femme, créancière de sa dot, ne peut qu'en réclamer le paiement. Le défaut de paiement par le mari ne constitue pas un cas de divorce ».

<sup>1747</sup> V. article 32- 5° de la réglementation de l'état civil.

<sup>1748</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME. *Majalat alahwal alchakhsia (Code du statut personnel annoté)* [en arabe]. Tunis : Ministère de la Justice et des Droits de l'Homme, 2010, pp. 59 et 117.

<sup>1749</sup> V. Les articles 37-41 du Code de la famille qatarien. Il convient de noter que la dot n'est pas mentionnée à l'article 12 du Code de la famille parmi les conditions de validité du contrat de mariage.

<sup>1750</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 53.

<sup>1751</sup> *Ibidem*.

<sup>1752</sup> Coran (4 : 4).

<sup>1753</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 52.

Ainsi, dans l'esprit du Coran et dans la pensée de la Sunna, la dot représente un symbole de la volonté de l'homme de s'unir sincèrement avec sa femme. À ce titre et dans la continuité de l'acceptation initiale de la dot, le prophète Mohammed avait autorisé des mariages avec un simple échange de bague de fer ou une lecture de versets coraniques<sup>1754</sup>, symboles de l'union. L'idée sous-jacente de la dot était celle d'une preuve d'amour<sup>1755</sup>.

Par la suite, les auteurs musulmans ont eu des visions divergentes sur le sens à retenir pour la dot. Il convient d'avancer les conceptions retenues pour étayer cette pluralité de conceptions.

Ainsi, les auteurs musulmans classiques l'ont considérée comme une compensation financière du droit de consommation du mariage<sup>1756</sup>, ainsi que semble le retenir le Code de la famille qatarien à l'article 40 précité. Certains l'ont considérée comme étant la « *compensation matrimoniale* »<sup>1757</sup> qui fait de la mariée l'objet du mariage et non l'un des contractants<sup>1758</sup>. Dans cette optique, la femme, en recevant la dot, signe tout bonnement la négation de ses droits comme de ses désirs. Une telle conception de la dot implique que la femme soit envisagée comme un simple objet dont la valeur marchande dépend de critères purement physiques, et notamment de sa virginité ou son absence de virginité. On peut mettre ce point en lien avec le fait que l'idée de viol conjugal est tout simplement ignorée dans les pays arabes.

Nonobstant la vision classique des auteurs musulmans, les penseurs musulmans contemporains n'ont pas approuvé cette vision réductrice de la femme, en considérant que la dot est un présent, un don nuptial<sup>1759</sup> offert par le mari à son épouse, qui le dépense comme bon lui semble<sup>1760</sup>, pour lui témoigner de sa volonté de s'engager avec elle dans une relation conjugale perpétuelle dans le but de créer une famille<sup>1761</sup>. Selon eux, la dot n'est en aucun cas le prix du corps de la

---

<sup>1754</sup> Ceci en vertu de la parole du prophète Mohammed : « *je te la donne en mariage, son sadâq sera [les] sourates que tu mémorises* » In AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols, Hadîth n°5135, p. 60.

<sup>1755</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 53.

<sup>1756</sup> L'avis de Cheikh Ibn Baz accessible sur : <https://binbaz.org.sa/fatwas/4538/المعتبر-في-صداق-المرأة>.

<sup>1757</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 51.

<sup>1758</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>1759</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 31.

<sup>1760</sup> La dot est la propriété de l'épouse. De ce fait, le mari doit fournir la dot à son épouse, soit préalablement à la conclusion du contrat de mariage pour contribuer aux préparatifs de la cérémonie du mariage, ou l'ameublement de la maison (comme cela est courant dans de nombreux pays), soit il donne intégralement ou partiellement au moment de contracter mariage. Dans ce dernier cas, le reliquat du montant de la dot demeure une dette à la charge du mari qui doit la fournir ultérieurement selon ce qu'il a convenu avec son épouse. Cf. ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya... *op. cit.*, p. 136.

<sup>1761</sup> Le montant de la dot est en principe préalablement convenu entre les époux et rappelé au moment de contracter mariage. Si aucun accord préalable n'a été conclu, la femme aura droit à la moyenne de ce qu'auraient reçues les filles de sa famille In JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 50.

femme<sup>1762</sup>, étant donné que l'objet du mariage n'est pas un bien ou une prestation de service, mais un engagement moral<sup>1763</sup>. C'est dans le cadre de ce processus intellectuel que les juristes musulmans ont considéré que la dot est un moyen d'honorer la femme<sup>1764</sup> et une preuve de l'intention sincère du mari<sup>1765</sup> de fonder une famille stable selon les prescriptions divines.

Il est à déplorer que ce soit finalement la signification du *mahr* comme contrepartie financière<sup>1766</sup> qui perdure dans les esprits étant donné que c'est ce terme qui apparaît dans le Code de la famille qatarien<sup>1767</sup> ainsi que dans le Code du statut personnel tunisien<sup>1768</sup>. Seule l'Arabie Saoudite parle de *sadaq* dans les actes de mariage et non pas de *mahr*. Mais cette différence de terminologie ne veut en aucun cas dire qu'en pratique il s'agit d'une offrande, puisque dans la réalité elle est perçue en tant que « *contrepartie financière* ». En effet, s'il s'agissait réellement d'un cadeau à titre gracieux, on pourrait s'étonner d'en voir le montant défini avec grande précision dans le contrat de mariage, et du fait que l'épouse doit restituer la dot si elle demande le *khul'* (divorce à la demande de l'épouse). Ainsi, même si l'Arabie Saoudite reste proche de la terminologie coranique, l'interprétation retenue par le système juridique pour la fonction de la dot a également dérivé vers l'idée de compensation financière au mariage.

**Le montant de la dot comme obstacle au libre choix de l'époux.** Hormis la controverse<sup>1769</sup> quant à sa nature juridique, c'est le montant même de la dot qui doit retenir l'attention, en tant qu'il constitue une entrave au libre choix de l'époux. Le Coran en prévoyant la dot, n'a pas fixé de montant et a laissé son appréciation aux familles et surtout à la capacité financière du futur époux. Dans différents hadiths, le prophète Mohammed a appelé à la modération et au juste milieu.

---

<sup>1762</sup> Contrairement à certains auteurs qui ont qualifié à tort le mariage musulman à un mariage par achat en raison de l'obligation du mari de verser une dot à sa future femme. Cf. ZWAHLEN, M. *op. cit.*, p. 43.

<sup>1763</sup> Heureusement, les auteurs musulmans contemporains n'ont pas suivi leurs prédécesseurs dans leur assimilation du mariage à une vente ou à un louage de services à cause de l'obligation du versement de la dot qui pèse sur le mari. La dot, comme précisé précédemment, est une offrande à la mariée, et n'est nullement considérée comme un prix d'achat de la femme. L'épouse n'est pas une esclave, et son mari n'en est pas le propriétaire.

<sup>1764</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1765</sup> ADDAOUDI, A. « Achourout achakliya... » *op. cit.*, p. 135.

<sup>1766</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 53.

<sup>1767</sup> Cf. le 8<sup>e</sup> chapitre du Code de la famille concernant « *Les dispositions relatives à la dot (mahr)* ».

<sup>1768</sup> La stipulation de la dot (article 3, alinéa 2) comme étant un des éléments de la validité du mariage démontre que la tentative de la modernisation du statut des femmes par le Coran a échoué avec le retour d'une contrepartie au mariage. MONJID, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1769</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 54 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. et BONOMI, A. *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*. Zürich : Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 90.

Selon les écoles hanafite et malékite, le montant de la dot est tributaire du rang social des futurs mariés, particulièrement de la future mariée<sup>1770</sup>, conformément aux usages de sa famille paternelle, son âge, sa virginité, sa beauté ou encore son intégrité physique et morale<sup>1771</sup>. Le critère de la virginité est crucial pour la détermination du montant de la dot. Cette attention portée à la virginité provient notamment des sources religieuses, la liant aux valeurs telles que l'honneur (*al-hurma* ou *ach-charaf*), la réputation (*al'ardh*), la pudeur (*alhichma*) ou encore la honte (*alar*<sup>1772</sup>). Transgresser cette règle revient à commettre une transgression sociale, culturelle et religieuse qui conduit à une désolidarisation du groupe d'appartenance, familial et sociétal<sup>1773</sup>. Ainsi, l'hymen devient « *à la fois fragile et tout-puissant* » et « *"décide" de [l]a vie future [de la jeune femme] ainsi que de l'équilibre et de la position sociale de la famille* »<sup>1774</sup>.

Un point que nous souhaitons particulièrement souligner ici est que le respect du versement de la dot selon les prescriptions du Coran et de la Sunna<sup>1775</sup> se heurte, particulièrement dans les pays du golfe Arabe, à une envolée du montant réclamé par les parents des filles. Sur ce point, les auteurs musulmans de toute époque n'ont cessé de protester contre cette pratique qui fait obstacle au mariage de nombreux jeunes qui veulent fonder une famille, et appellent les parents à la modération dans leurs revendications. La dot a ainsi dépassé sa nature religieuse pour revêtir un caractère social, et est passée du rang secondaire des éléments du mariage au rang suprême qui détermine la décision du *wali* et la « *valeur* » de l'épouse.

L'envolée des montants de la dot fixés par les familles des fiancées s'explique en réalité par le fait que c'est la dimension de compensation financière (*mahr*) qui a été ancrée dans les mœurs et non pas celle d'offrande gracieuse (*sadaq*) entraînant des conséquences néfastes au sein de la société. Elle a conduit d'une part au retard du mariage des hommes dans les pays du golfe<sup>1776</sup>, et également des femmes étant donné qu'elles sont assimilées par leurs parents comme une « *marchandise* » accordée au plus offrant. Le montant moyen de la dot en Arabie Saoudite est d'environ 50 000 rials saoudiens (11 700 euros), au Qatar 500 000 rials qatariens (120 000 euros). Elle a eu pour conséquence également la multiplication de mariages avec des filles

---

<sup>1770</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 51.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1772</sup> Le radical du mot « *a'ar* » couvre plusieurs champs sémantiques assez voisins : *a'war* : borgne, difforme, défectueux ; *awra* : organes génitaux ou partie du corps que l'on doit couvrir.

<sup>1773</sup> BEN SMAÏL, N. *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>1774</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>1775</sup> De nombreux hadiths montrent que le prophète encourageait le mariage, et autorisait l'engagement marital sur la base d'une dot constituée par une simple bague de fer, ou la récitation de versets du Coran. Cf. IBN QAYIM AL-JAOUZIYA, M. *Zad Al-Ma'ad* [en français]. Vol. II. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2015, p. 421.

<sup>1776</sup> DE BEL-AIR, F. *op. cit.*, §15.

étrangères dont les familles ne demandent pas un montant exorbitant. Dans certains cas, la hausse des montants de la dot a même pu conduire à la séparation avant même la consommation du mariage<sup>1777</sup>.

**Dans les pays occidentaux**, en particulier la France et les pays anglo-saxons, la dot était une des deux formes de la prestation matrimoniale. La première forme était un « *douaire* », c'est-à-dire que le mari ou sa famille devaient apporter lors du mariage des biens à la mariée et sa famille. Les Anglo-Saxons appelaient cette pratique *bridewealth* ou *brideprice*, traduits respectivement comme « *patrimoine de la mariée* » ou « *prix de la mariée* ». Dans le deuxième cas, c'était la femme qui devait apporter un patrimoine<sup>1778</sup>, comme il était pratiqué en France, contrairement aux trois pays arabes précités. Ainsi, au XIX<sup>e</sup> siècle, la dot était une tradition bien ancrée dans la société et dans les mœurs, malgré les apports de la Révolution française en terme d'égalité. Ainsi, et lors de la promulgation du Code civil en 1804, le législateur l'a prévue dans le chapitre III de la deuxième partie intitulé « *Le régime dotal* » dans lequel il a prévu à l'article 1540 du Code civil que la dot est le bien que la femme apporte au mari « *pour supporter les charges du mariage* ». Supportée principalement par le père de la mariée, la dot avait, en plus de sa nature matrimoniale, une vocation successorale dans la mesure où il s'agissait d'un héritage que la femme percevait de sa propre famille lors de son mariage<sup>1779</sup>.

Cependant, la tradition de la dot commence à décliner à partir de 1850<sup>1780</sup>, et sa place dans les mœurs recule en raison de la prise de conscience de l'inégalité qu'elle instaurait au profit des filles par rapport à leurs frères dans l'héritage familial. Il s'agissait, comme l'a souligné une auteure, d'« *une machine à déshériter les femmes* », dans la mesure où les filles dotées, qui touchaient une somme forfaitaire à leur départ du domicile familial, étaient exclues de l'héritage.

Ce déclin n'a pas entraîné la disparition de la dot au début du XX<sup>e</sup> siècle, moment auquel celle-ci a même connu une flambée des montants<sup>1781</sup>. En effet, non seulement les montants de la dot étaient élevés (dans certains cas la mariée devait apporter un capital de 24 000 F), mais elle était de plus obligatoire, ce qui entraînait dans de nombreux cas une restriction au mariage<sup>1782</sup>,

---

<sup>1777</sup> *Ibid.*, §14.

<sup>1778</sup> LAROCHE-GISSEROT, F. « Pratiques de la dot en France au XIX<sup>e</sup> siècle. » *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* (1988) : 1433-1452, p. 1433.

<sup>1779</sup> *Ibid.*, p. 1434.

<sup>1780</sup> *Ibidem.*

<sup>1781</sup> *Ibid.*, p. 1445.

<sup>1782</sup> *Ibid.*, p. 1446.

et par conséquent le célibat forcé aussi bien pour les hommes que pour les femmes<sup>1783</sup>.

La dot ne va connaître un vrai déclin qu'à partir des années 1930, suite à la Première Guerre mondiale en raison notamment de la faillite de nombreuses familles et de l'instabilité monétaire<sup>1784</sup>. Elle a par la suite été remplacée par une aide de la part des parents, parfois sous forme de donation.

**La dot comme atteinte à l'égalité.** L'idée sous-jacente derrière la dot est qu'elle permet de donner une valeur marchande à la femme selon des critères subjectifs afin d'en faire l'objet d'une transaction. De la sorte, la dot permet sommairement d'acheter une femme, et ainsi de disposer d'elle et de son corps. Il conviendra de confronter la dot au principe de non-patrimonialité et de non-commercialisation du corps humain. Il s'agit d'un principe qui assure « *la liberté du consentement de la personne aux actes impliquant son corps, pour lui éviter de donner un consentement sous la pression du besoin d'argent* »<sup>1785</sup>.

L'inégalité liée à la dot entraîne des conséquences sur le statut qui échoit à l'épouse, notamment en terme d'égalité. En effet, le système de la dot constitue une atteinte à la dignité de la femme en tant qu'elle constitue une compensation financière à l'« achat » ou en échange des services sexuels. La dot institue également une hiérarchisation de valeur entre les femmes au regard des caractéristiques retenues.

Si l'épouse n'est qu'un objet passif qu'on peut acheter en échange d'une contrepartie financière et dédié à la satisfaction des plaisirs de son mari, ceci ne revient-il pas à attribuer une importance extrêmement faible à la liberté de choix et de consentement de l'épouse ? Au fond, l'inégalité majeure en termes de dignité induite par la pratique de la dot concerne la faculté pour l'épouse de s'autodéterminer comme un être libre, autonome et pouvant accéder à un statut lui octroyant des prérogatives liées au respect de sa dignité. Ainsi, cette inégalité est consacrée par la dot au moment de contracter mariage, mais assied une inégalité ayant des répercussions sur toute la durée du mariage. Finalement, même dans l'idée où la dot est considérée comme cadeau, se posent inéluctablement de nombreuses interrogations : la répartition des rôles en ce qui concerne les finances, la place de la femme par rapport au travail, les obstacles au choix de l'époux, etc. La dot permet de conférer à l'homme des prérogatives, une réelle autorité voire une domination sur son épouse. Pour établir l'égalité des épouses, il est donc nécessaire que le législateur s'oriente vers l'interdiction de la pratique de la dot.

---

<sup>1783</sup> *Ibid.*, p. 1442.

<sup>1784</sup> *Ibid.*, p. 1448.

<sup>1785</sup> MIRKOVIC, A. *L'essentiel de la bioéthique*. Paris : Gualino, 2013, p. 43.

## Conclusion

À quelques différences près, le mariage célébré dans les pays musulmans et le mariage célébré en mairie en France requièrent les mêmes conditions de validité (capacité, consentement des époux, publication du mariage et présence de témoins). La nécessité de la présence du *wali* et la dot restent des conditions particulières de validité de l'acte de mariage en islam.

Il convient de souligner que le principe de la liberté matrimoniale est un principe bien respecté en France et en Tunisie, beaucoup moins au Qatar, et pratiquement inexistant en Arabie Saoudite en raison de la forte ingérence du *wali* dans la conclusion du mariage empêchant la future épouse d'exprimer librement son consentement. Ainsi, hormis les récentes réformes législatives hissant l'âge du mariage ou interdisant le mariage précoce en Arabie Saoudite, et l'obligation du consentement prévue dans le Code de la famille qatarien, le droit au mariage dans ces deux pays demeure soumis à de nombreuses restrictions sociales (par le privilège du mariage endogame) ou de discriminations raciales (par le refus de mariage avec des personnes d'autres tribus ou avec des étrangers).

De manière générale, il est nécessaire de repenser le système existant pour que les dispositions du droit musulman classique, si elles doivent être maintenues, puissent coïncider avec une égale dignité des femmes qui ne serait pas seulement théorique.



## TITRE II - L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX APRÈS LA CONCLUSION DU MARIAGE

L'égalité entre époux après la conclusion du mariage est à la fois récente et relative. Relative, car elle n'est pas appliquée dans tous les pays (y compris parmi ceux qui font l'objet de notre comparaison) ; récente, car l'histoire nous enseigne que la règle a plutôt été la soumission de l'épouse à son mari, aussi bien dans les pays arabes que les pays occidentaux.

Certaines interprétations des textes monothéistes, et notamment coraniques, font remonter cette inégalité à la source de l'humanité en arguant que la femme a été créée à partir de l'homme, et doit donc lui être soumise et tendre vers lui pour se réaliser spirituellement<sup>1786</sup>. Ainsi, la femme et l'homme, créés par le même Dieu, auraient la même âme, pratiquement le même corps, mais seraient tout de même considérés comme inégaux. Cette idée a été nourrie et adoptée principalement dans les textes religieux et a été transmise ensuite en droit.

Même si les différentes législations anciennes n'ont pas expressément souligné cette inégalité, elles contenaient de nombreuses dispositions qui favorisaient les hommes par rapport aux femmes<sup>1787</sup>. La majorité des pays arabes fondait sa législation nationale sur les principes religieux, et l'interprétation qui leur a été donnée. C'est encore le cas en Arabie Saoudite et au Qatar.

En droit romain, la famille était soumise à un régime de souveraineté exercée exclusivement par le mari, qui était considéré comme le chef, « *le maître absolu* » de la maison<sup>1788</sup>. Dans la famille romaine, la femme était considérée comme une personne incapable juridiquement, soumise à la puissance paternelle avant le mariage, et à la puissance maritale après son mariage. Cette soumission de la femme à son mari se traduisait principalement par l'exercice de la puissance maritale sur la personne de l'épouse et sur ses biens. La puissance maritale était le principal pouvoir dont jouissait le mari dès la conclusion du mariage ; celui-ci l'exerçait d'abord sur son épouse, et par la suite sur ses enfants, sous la forme de la puissance paternelle<sup>1789</sup>.

---

<sup>1786</sup> JAMIL CHERIFI, M. *op. cit.*, p. 17.

<sup>1787</sup> DELOZE, X. *Principes théoriques de la puissance maritale chez les romains et dans le droit civil français : thèse pour le doctorat*. Poitiers : Typographie de Henri Oudin, 1867, p. 3.

<sup>1788</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>1789</sup> DELOZE, X. *op. cit.*, 1867, p. 2.

Étant donné que le droit privé romain fait partie des premiers systèmes juridiques de l'histoire<sup>1790</sup>, il a fortement influencé les droits des pays européens, dont la France<sup>1791</sup>. L'ancien droit français a été largement imprégné des dispositions du droit romain qui s'appliquait dans le sud de la France tandis que le droit coutumier, oral, s'appliquait dans le nord<sup>1792</sup>. C'est ainsi que la puissance maritale s'est ensuite répandue en Europe, héritière de la « *patria potestas* », notion romaine qui impliquait un pouvoir despotique du père chef de famille<sup>1793</sup>.

Un tel despotisme dans la relation entre les époux ne pouvait durer éternellement. Après des siècles d'application, ce modèle n'a connu un déclin qu'à partir du XX<sup>e</sup> siècle en France, avec l'adoption de lois tendant à instaurer une égalité entre les époux<sup>1794</sup>.

En Tunisie, des efforts ont été faits dans ce sens, mais restent encore insuffisants pour effacer des siècles d'application du modèle patriarcal. Ces efforts demeurent tout de même louables en comparaison avec la stagnation de la situation dans les deux pays du golfe Arabe étudiés ici, dans lesquels la notion de chef de famille s'exerce avec la même puissance qu'antan.

Afin de retracer l'évolution de ces inégalités entre époux dans les législations des pays objets de notre étude, nous mettrons la lumière tout d'abord sur leur relation après la conclusion du mariage, pendant la durée de leur vie commune (Chapitre I), et au moment de la dissolution du mariage (Chapitre II).

---

<sup>1790</sup> On considère que la première édification du droit privé depuis la création de la cité romaine remonte à la loi des douze tables autour de 450 av. n. è. La loi des douze tables est la première codification par écrit du droit romain. Rédigée en latin, elle était l'œuvre de dix membres et a été affichée sur douze tables au Forum. Cf. DOUCET-BON, L. *Le mariage dans les civilisations anciennes*. Paris : Éditions Albin Michel, 1975, p. 173 ; MARTIN, J.-P., CHAUVOT, A. et CÉBEILLAC-GERVASONI, M. *Histoire romaine* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2016.

<sup>1791</sup> HALPÉRIN, J.-L. « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. » *Informations sociales* (2006) : 44-55, p. 46.

<sup>1792</sup> SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J. *op. cit.*, p. 67.

<sup>1793</sup> KENIGSWARTER, L.-J. « De l'élément germanique dans le Code Napoléon. » *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* (1842) : 161-181, p. 170.

<sup>1794</sup> Jusqu'en 1970, le droit de la famille, en France, est resté commandé par la notion de « *chef de famille* ».

## **Chapitre I - L'égalité des époux pendant la durée de la vie commune**

L'égalité entre époux pendant la durée de vie commune a été bafouée pendant des siècles à cause de l'exercice de la puissance maritale par le mari, considéré comme le chef de la famille aussi bien en France que dans les pays arabes. La personnalité de l'épouse était absorbée par celle de son mari<sup>1795</sup> qui avait le monopole incontesté dans la gestion du foyer conjugal<sup>1796</sup>.

Classiquement, la notion de chef de famille implique la concentration des pouvoirs et décisions entre les mains d'une personne : le mari. C'est lui qui tient les rênes du foyer, prend de façon unilatérale toutes les décisions concernant la famille, comme le lieu de la résidence familiale ou le budget du foyer. Le chef de famille concentre à la fois la puissance maritale et la puissance paternelle.

Les quatre pays étudiés ici placent ou ont placé le mari au centre du foyer en lui conférant le rôle de chef de famille, bien que cette notion soit intrinsèquement incompatible avec le principe d'égalité entre époux (Section I). Ce rôle va en effet de pair avec l'exercice d'une autorité maritale qui n'est pas sans conséquence sur l'autonomie personnelle de l'épouse ainsi que sur les rapports des époux entre eux et envers leurs enfants (Section II).

### **Section I - La consécration du mari comme « *chef de famille* »**

L'exercice de la puissance maritale se fonde tout d'abord sur la conception de la femme comme une personne incapable, inégale à l'homme par la force comme par l'intelligence, et partant ne pouvant être considérée comme sa partenaire dans la gestion du foyer, mais comme une personne qui lui est soumise.

Cette injonction à la soumission s'est renforcée également par l'idée selon laquelle la famille est une petite société, qui a besoin d'un seul et unique chef pour être bien dirigée<sup>1797</sup>. En effet, même si la femme en islam a acquis la pleine capacité juridique, cela ne l'a pas empêchée de

---

<sup>1795</sup> HALPÉRIN, J.-L. *op. cit.*, p. 48.

<sup>1796</sup> MEEROVITCH, F. *La capacité civile de la femme mariée sous tous les régimes matrimoniaux*. Toulouse : Imprimerie F. Boisseau, 1936, p. 46.

<sup>1797</sup> SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J. *op. cit.*, p. 554, n°898.

subir de plein fouet l'interprétation classique du verset de Coran relatif à la *qiwama* qui l'a réduite au statut de personne incapable nécessitant une protection, voire un redressement.

La puissance maritale exercée par le chef de la famille, fondée sur les textes religieux et sur les coutumes locales, s'exerçait de manière comparable en France et dans les pays arabes. L'exercice de la puissance maritale s'est appuyé sur des textes religieux et juridiques pour justifier l'inégalité au sein du couple qu'elle engendre (Paragraphe I). Pourtant, cette conception de la famille ne peut être compatible avec le principe d'égalité entre époux, c'est pourquoi cette répartition des rôles est remise en question (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - Les fondements juridiques de la notion**

Parmi les lectures qui ont suscité des répercussions importantes au sein des sociétés musulmanes jusqu'à nos jours, figure celle qui a été faite de la notion de *qiwama*. Cette lecture controversée a instauré un amalgame entre le devoir de l'homme au sein de sa famille, et la tutelle qu'il est en droit d'exercer en raison de ce devoir<sup>1798</sup>. Cette autorité maritale a conduit à la consécration de l'homme en tant que chef de famille, et partant, à une inégalité dans la relation au sein du couple.

Cette inégalité est justifiée, dans les textes religieux et juridiques, par le fait que le mari a l'entière responsabilité de la prise en charge financière de son foyer et de la protection de son épouse (A). Cette « *protection* » peut cependant être considérée comme un prétexte au maintien de l'épouse dans un statut de personne juridiquement incapable, ainsi que cela a longtemps été pratiqué en France et comme c'est encore le cas en Arabie Saoudite et au Qatar et, dans une moindre mesure, en Tunisie (B).

---

<sup>1798</sup> MIR-HOSSEINI, Z. et al. *La justice à travers l'égalité : Rapport sur le Projet de Loi concernant la Famille Musulmane de la Coalition d'Oslo*. Oslo : La Coalition d'Oslo sur la Liberté de Religion ou de Conviction - Centre Norvégien pour les Droits Humains, Université d'Oslo, 2013, p. 13.

## A- Une conception traditionnelle de la famille consacrée par le droit positif

**La notion de chef de famille en droit français.** En France, la religion chrétienne, religion d'État jusqu'en 1801<sup>1799</sup>, avait accordé une grande sacralité au mariage et à la famille. Comme en islam, les théologiens français ont défini les devoirs des époux<sup>1800</sup> à partir des textes religieux. Si certains devoirs leur sont communs (devoir d'assistance, de fidélité), l'épouse était tenue en surplus au devoir de respect et d'obéissance vis-à-vis de son mari<sup>1801</sup>. Ainsi, on pouvait lire dans le Nouveau Testament : « Femmes, soyez soumises à vos maris, comme au Seigneur »<sup>1802</sup>, « car le mari est le chef de la femme, comme Christ est le chef de l'Église, qui est son corps, et dont il est le sauveur »<sup>1803</sup>. L'idée du chef, un seul et unique homme qui prendrait les commandes, s'est consacrée déjà très tôt, de façon générale, mais aussi de façon particulière au sein de la famille. L'exercice de la puissance sur le plan civil et familial n'était donc pas différent de celui sur le plan politique<sup>1804</sup>.

De cette idée est née la thèse de Saint-Paul selon laquelle l'homme est le chef de famille, et que la femme, soumise, lui doit obéissance. À ce titre il disait : « Je désire que vous sachiez que Jésus-Christ est le chef et la tête de tout homme, que l'homme est le chef de la femme »<sup>1805</sup>. Ce n'est donc pas surprenant que grand nombre d'écrivains, de philosophes et de religieux ont soutenu la thèse de l'infériorité de la femme<sup>1806</sup>.

Au Moyen Âge, sous l'influence du droit romain, germanique et canonique, les femmes, et notamment les femmes mariées, étaient « écrasées » sous le poids des dispositions coutumières ou légales qui consacraient leur soumission vis-à-vis des hommes. Parmi les coutumes qui illustrent, cette soumission figurait la coutume de la communauté des biens après le mariage. Considérée comme l'un des attributs les plus importants de la puissance maritale, la communauté véritable entre époux est une coutume d'origine germanique qui remonte au XIII<sup>e</sup> siècle, plus précisément à l'Ordonnance de Philippe-Auguste<sup>1807</sup> édictée en 1219. Les coutumes de 1510 et 1580 en délimitaient les contours : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts

---

<sup>1799</sup> La signature du Concordat marque en effet la première séparation entre église et état, séparation qui sera consommée en 1905.

<sup>1800</sup> BÈGE-SEURIN, D. *Le droit de correction marital*, accessible sur le site : <http://www.academie-montesquieu.fr/seance-du-10-mars-2014-le-droit-de-correction-marital-par-denise-bege-seurin/>.

<sup>1801</sup> *Ibidem*.

<sup>1802</sup> Éphésiens 5 ; 5.22.

<sup>1803</sup> Éphésiens 5 ; 5.23.

<sup>1804</sup> DELOZE, X. *op. cit.*, p. 9.

<sup>1805</sup> DUVERGER, A. « De la condition politique et civile des femmes. » *Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine, législation* (1870) : 497-540, p. 520.

<sup>1806</sup> DELOZE, X. *op. cit.*, p. 3.

<sup>1807</sup> LAFERRIÈRE, M. F. *Histoire du droit français : précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome*. Paris : Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 1858, p. 363.

*immeubles faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de la femme* »<sup>1808</sup>. Ainsi, le mari disposait du droit de gérer de façon unilatérale les biens de la famille tombés dans la communauté à la conclusion du mariage<sup>1809</sup>. C'est ainsi que durant des siècles, le mari en France était considéré comme le chef de la famille, le « *seigneur et maître* »<sup>1810</sup> et le « *gardien de la dignité commune* »<sup>1811</sup> qui décidait « *souverainement de la nature des occupations de la femme, de l'emploi de son temps, sans que la justice puisse intervenir* »<sup>1812</sup>.

À l'instar de la pratique qui s'est développée en France dans les périodes précitées, il existe une similarité entre la notion de chef de la famille en droit français et celle de *qiwama* en droit musulman.

**La notion de *qiwama*, au cœur de la conception musulmane de la famille.** La situation de la femme dans les pays arabes et sa capacité juridique à jouir de droits a été en grande partie forgée par le *fiqh* prémoderne qui s'est livré à une lecture orientée des versets coraniques. Ainsi, la conception classique de la famille fondée sur la notion de chef de famille telle que théorisée par de nombreux juristes musulmans a fait obstacle à l'instauration d'une égalité au sein de la famille, et ce du fait du lien qui a toujours été établi entre l'obligation d'entretien de l'époux et le devoir d'obéissance (*ta'a*) de l'épouse<sup>1813</sup>.

La notion de *qiwama* telle que citée dans le Coran est analysée par Madame Mir-Hosseini<sup>1814</sup> comme le fondement du système patriarcal dans le *fiqh* classique. Appliquée à toutes les relations femmes-hommes, y compris entre les époux, elle est un obstacle à l'instauration d'une égalité au sein de la famille<sup>1815</sup>.

La soumission de l'épouse vis-à-vis de son mari appelée *qiwama* est classiquement fondée sur le verset coranique suivant : « *Les hommes sont qawwamouna (responsables, protecteurs et pourvoyeurs) des femmes, en raison des faveurs que Dieu accorde à ceux-là sur celles-ci, et*

---

<sup>1808</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>1809</sup> HALPÉRIN, J.-L. *op. cit.*, n°12.

<sup>1810</sup> AFTALION, A. *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée : leur importance pratique pour la protection de l'épouse dans les classes laborieuses*. Paris : A. Pedone, 1898, p. 33.

<sup>1811</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>1812</sup> *Ibidem.*

<sup>1813</sup> MIR-HOSSEINI, Z. et al. *op. et loc. cit.*

<sup>1814</sup> Ziba MIR-HOSSEINI, anthropologue juridique iranienne.

<sup>1815</sup> *Ibidem.*

*aussi à cause des dépenses (pour les supporter) qu'ils font de leurs biens* »<sup>1816</sup>. Ce verset coranique a été interprété comme conférant aux hommes un rôle de protection et de contrôle des femmes et partant, justifiant la soumission de ces dernières aux premiers. Les anciens *fuqaha'* se sont accordés sur le fait que l'origine de cette soumission remontait au début de l'humanité.

Le rôle de protecteur et de maître de la famille impose à l'époux des charges et des devoirs relativement à son pouvoir. Ce dernier se doit en effet d'assurer en totalité l'entretien du ménage, ce qui comprend un ensemble d'obligations, dont celle de fournir tout aliment nécessaire, d'apporter à son épouse l'assistance d'un ou de plusieurs domestiques, et également de faire le nécessaire pour assurer un bon traitement à son épouse, ainsi que le précise le verset 4:19 du Coran : « *comportez-vous convenablement envers elles* ». Cette disposition démontre le rôle important qu'occupe le mari puisque s'il commet des manquements à ce devoir, l'épouse dispose de la faculté de demander le divorce<sup>1817</sup>.

Pour les anciens *fuqaha'*, il était évident que les femmes devaient être soumises aux hommes en raison de la force physique et mentale de ces derniers, et en vertu également du hadith attribué au prophète Mohammed : « *Les femmes sont défaillantes de raison et de religion* »<sup>1818</sup>. Ces textes ont été et demeurent lourds de conséquences, notamment au niveau juridique et politique, car ils déterminent l'infériorité sociale et juridique des femmes par rapport aux hommes<sup>1819</sup>.

Les théologiens se sont divisés quant à l'interprétation du verset 4:34 cité ci-dessus, mentionnant la notion de *qiwama*. Si les interprétations traditionnelles sont directement liées au substrat culturel, certains commentateurs modernes proposent en revanche une interprétation se rapprochant davantage de l'esprit du texte coranique lui-même. Les traductions du verset en français et en anglais reflètent cette interprétation, en poussant le pouvoir des hommes au-delà de la simple autorité, pour atteindre le « *redressement* » des femmes : « *Les hommes sont les*

---

<sup>1816</sup> Coran (4 : 34).

<sup>1817</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 63.

<sup>1818</sup> « *Quant à la défaillance de raison, répondit-il, c'est que le témoignage de deux femmes vaut celui d'un seul homme. Ceci est la défaillance de raison. Par ailleurs, la femme reste des jours sans prier et n'observe pas le jeûne lors du ramadan; Ceci est la défaillance de religion* », Cf. AL-NAWAWÎ, Y. *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 1. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols., Chapitre 34, Hadith n°79, p. 529 ; AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahih al-Boukhârî*. Vol. I. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols, Bab 6, Hadith n° 304, p. 269.

<sup>1819</sup> CHEBEL, M. *op. cit.*, p. 83.



*redresseurs des femmes*<sup>1820</sup> parce que Dieu, en raison de leurs qualités, leur a donné la prééminence sur elles, et parce qu'ils dépensent de leurs biens sur elles ».

Pour de nombreux auteurs, ce verset qui s'adresse à l'ensemble de l'humanité accorde donc une préférence de tous les hommes sur toutes les femmes. Ces interprètes se fondent également sur l'interprétation stricte d'un autre verset : « *le mâle n'est pas comme la femelle* »<sup>1821</sup>. À partir de ce verset, une prééminence est accordée aux mâles au détriment des femelles<sup>1822</sup>. Ainsi, cette interprétation stricte de la notion de *qiwama*, dominante jusqu'à nos jours dans de nombreux pays arabes, conduit à instaurer une suprématie des hommes sur les femmes. Cette vision classique et restrictive de la notion de *qiwama* n'est pas partagée par nombre d'auteurs contemporains, qui livrent une lecture et une traduction différentes de cette notion.

La notion de chef de famille a également été l'argument sur lequel se sont fondés les auteurs contemporains pour soutenir la thèse de la *qiwama* et partant, la soumission des épouses à leurs maris. En effet, il convient selon eux de soumettre la direction du foyer conjugal non pas aux deux époux de façon conjointe et équitable, mais uniquement à l'homme, et ce dans le but d'éviter l'anarchie<sup>1823</sup>.

**La consécration de la notion de chef de famille par les droits positifs.** Le poids des textes religieux et des coutumes a été tellement fort que de nombreuses notions, dont celle de chef de famille et de puissance maritale, ont été consacrées par la suite dans les textes juridiques, qui leur attribuent une force légale en plus de leur caractère religieux et coutumier.

C'est ainsi que le Code civil de 1804 en France a donné une couverture juridique à l'inégalité existant depuis des siècles entre les époux en instituant juridiquement la puissance maritale et la puissance paternelle. Lors de sa première rédaction, il ne s'agissait pas du Code que l'on connaît aujourd'hui et qui consacre les libertés individuelles et l'égalité juridique. Au contraire, à l'époque, le Code civil concevait la construction de la famille sur le sacrifice de la liberté et de l'égalité de l'épouse. En assimilant la femme mariée aux fous et aux mineurs<sup>1824</sup>, le Code civil de l'époque a consacré juridiquement l'infériorité de l'épouse en instituant son incapacité juridique et sa mise en tutelle par rapport à son mari. C'est ainsi que le mari exerçait la puissance maritale dans son intégralité, en contrepartie de la protection de son épouse. Il dirigeait le foyer

---

<sup>1820</sup> Comprendre : ont autorité sur les femmes.

<sup>1821</sup> Coran (3:36). Ce verset est lié à ce qu'a dit la femme d'Imran (mère de Marie) qui se lamentait lorsqu'elle avait enfanté.

<sup>1822</sup> EL-YAFI, A. *La condition privée de la femme dans le droit musulman*. Paris : Paul Geuthner, 2013, p. 63.

<sup>1823</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1824</sup> V. l'ancien article 1124 du Code civil.

conjugal, gérât délibérément les biens communs, pouvait les vendre, éventuellement les hypothéquer pour s'endetter sans aucune restriction. Il est important de souligner que de surcroît, en cas de non-observation de ses obligations, dont celle de l'entretien de son épouse, aucune sanction n'était prévue à son encontre<sup>1825</sup>.

En parallèle, la femme mariée devait obéissance à son mari, et devait obtenir son autorisation pour tous les actes de la vie civile, pour toute démarche administrative, contractuelle ou même notariale. En résumé, le mari en sa qualité de chef de famille pouvait interdire à sa femme d'ouvrir un compte bancaire, de signer un contrat, d'ester en justice, ou encore d'exercer une profession séparée. Il avait même le droit de lui interdire de faire une demande de carte d'identité ou de passeport<sup>1826</sup>.

La force de la notion de chef de famille et l'exercice de sa puissance maritale durant des siècles nous interpellent sur la justification même de son existence. D'après les textes religieux, l'interprétation qui leur a été donnée, ainsi que les coutumes, il a pu être constaté que l'exercice de la puissance maritale se fondait sur une double justification. Intrinsèquement lié à la charge financière supportée par le mari, il se justifiait également par son devoir de protection de l'épouse, considérée comme une personne incapable.

Le législateur tunisien en 1956 a fait le choix de s'inspirer largement des dispositions du droit musulman, en se fondant sur la suprématie accordée à l'homme dans le cadre d'une conception classique de la famille<sup>1827</sup>. Dans l'analyse du CSPT, les dispositions reprises confèrent au mari des pouvoirs importants puisque ce dernier est considéré comme l'unique chef de famille auquel la femme se doit d'apporter toute son obéissance<sup>1828</sup>.

Ceci étant, le CSPT a pris le parti de s'inspirer de la *qiwama* en droit musulman en faisant sienne la promotion de rapports bienveillants entre époux. Il souhaite développer et garantir le rôle conféré à l'épouse en lui accordant une certaine protection. Cette avancée se traduit notamment dans l'ancienne forme de l'article 23 du CSPT prévoyant que : « *Le mari doit traiter sa femme avec bienveillance et vivre en bons rapports avec elle. Il doit éviter de lui porter*

---

<sup>1825</sup> AFTALION, A. *op. cit.*, p. 30.

<sup>1826</sup> ROCHEFORT, F. « Laïcisation des mœurs et équilibres de genre. Le débat sur la capacité civile de la femme mariée (1918-1938). » *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* (2005) : 129-141, p. 130.

<sup>1827</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 120.

<sup>1828</sup> L'ancien article 23 stipule ainsi que « [...] *la femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et dans cette mesure lui doit obéissance* ».

*préjudice* »<sup>1829</sup>. Nous développerons ci-dessous la réforme dont cet article a ultérieurement fait l'objet<sup>1830</sup>.

C'est dans la continuité de la notion de *qiwama* telle que théorisée par le droit musulman classique que s'inscrit le droit de la famille qatarien. Il n'y est certes pas fait mention explicite de la notion de « *chef de famille* » ; pour autant, il apparaît que différents articles du Code de la famille opèrent des références indirectes à cette notion en évoquant des principes étroitement liés. C'est le cas tout d'abord du devoir d'obéissance de la femme à son mari<sup>1831</sup>, mais aussi de la pension alimentaire (*nafaqa*)<sup>1832</sup> et du domicile permettant d'assurer une vie conjugale paisible<sup>1833</sup>, qui restent des obligations exclusivement à la charge du mari.

En Arabie Saoudite enfin, le mari est considéré selon l'article 91 de la loi sur l'état civil<sup>1834</sup> comme chef de famille. Il exerce son pouvoir sur son épouse, ses enfants mineurs et ses filles non mariées. La femme peut, selon ledit article, exercer cette autorité en cas de décès de son mari.

---

<sup>1829</sup> Il a été ultérieurement modifié par la loi n°93-74 du 12 juillet 1993.

<sup>1830</sup> Cf. Paragraphe II.

<sup>1831</sup> Article 58 du Code de la famille.

<sup>1832</sup> Articles 57-2° et 61 alinéa 1 du Code de la famille.

<sup>1833</sup> Article 64 du Code de la famille.

<sup>1834</sup> Cette loi est destinée à organiser l'état civil des citoyens au niveau administratif (l'enregistrement du contrat de mariage, l'acte de naissance, l'acte de décès...). Cf. Décret royal n°M/7 du 20/4/1407 (22 décembre 1986), décision n°1 du Conseil des ministres du 11/1/1407 (15 septembre 1986).

## B- La protection comme prétexte à l'incapacité juridique de l'épouse

Si en France les femmes mariées étaient mises sous tutelle de manière similaire à la situation actuelle dans les pays arabes, les raisons invoquées pour en justifier n'étaient pas les mêmes.

Dans les pays arabes, l'expression coranique « *qawamuna ala* » du verset 4:34 précité a été l'objet de plusieurs traductions inspirées des interprétations classiques et qui renvoient toutes à l'idée de supériorité et d'autorité des hommes sur les femmes. Pour cette partie de la doctrine, la « *qiwama* » se justifie par deux éléments : l'un est biologique, l'autre est financier<sup>1835</sup>. La première attribue aux hommes une préférence innée, liée au caractère biologique, en raison de la supposée perfection de leur anatomie physique, de leur discernement et de leur sagesse. Cette perfection se manifesterait également au niveau de la pratique religieuse<sup>1836</sup>.

Dans le même ordre d'idées, Ibn Kathir<sup>1837</sup> s'accorde à affirmer également la suprématie des hommes sur les femmes en se fondant sur le verset coranique qui prévoit que « *les hommes ont une prééminence sur elles* »<sup>1838</sup>. Selon lui, l'homme a une prépondérance en raison de ses facultés biologiques, qui lui accordent le pouvoir d'exercer une autorité sur les femmes : « *les hommes ont autorité sur les femmes, eu égard à la supériorité des uns sur les autres* »<sup>1839</sup>. Pour lui, cette suprématie n'est pas uniquement le fait de la vie terrestre, mais également de l'au-delà<sup>1840</sup>.

Le verset continue en ajoutant que cette prééminence est également justifiée « *en raison des dépenses qu'ils font de leurs biens* »<sup>1841</sup>, articulant ainsi l'obligation de dépense financière à la charge de l'homme et le pouvoir que cela lui confère vis-à-vis de son épouse, conduisant à une dépendance de cette dernière<sup>1842</sup>. Ainsi, certaines interprétations du verset coranique relatif à la *qiwama* évoquent le fait que « *les hommes assument les femmes* » en faisant référence à la charge financière supportée par les premiers.

---

<sup>1835</sup> ALJABRI, M. et al. *Huquq al'iinsan fi alfiqr alarabii : dirasat fi alnusur (Droits de l'Homme dans la pensée arabe : analyses textuelles)* [en arabe]. Beyrouth : Markaz dirasat alwihdah alarabiah, 2010, pp. 259-260.

<sup>1836</sup> « *la femme reste des jours sans prier et n'observe pas le jeûne lors du ramadan; Ceci est la défaillance de religion* », Cf. AL-NAWAWÎ, Y. *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 6. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols., Chapitre 34, Hadith n°79, p. 529 ; AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahih al-Boukhârî*. Vol. I. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols, Bab 6, Hadith n° 304, p. 269 ; ASSONAI, A. *op. cit.*, p. 133.

<sup>1837</sup> Ibn Kathir, juriste chafi'ite et historien, élève du théologien Ibn Taymiyya, haute figure de la doctrine du salaf. Le Tafsir d'Ibn Kathir est le tafsir le plus souvent repris par les mouvements salafistes pour interpréter le Coran.

<sup>1838</sup> Coran (2:228).

<sup>1839</sup> Coran (4:34).

<sup>1840</sup> IBN KATHIR. *Tafsir Ibn Kathir (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. I. Riyad: Daroussalam, 2012. X vols., p. 635.

<sup>1841</sup> Coran (4:34).

<sup>1842</sup> ALJABRI, M. et al. *op. cit.*, p. 260.

Cette relation déséquilibrée est ainsi marquée par la supériorité des hommes. En contrepartie de l'observation par leur mari de cette charge pécuniaire (*nafaqa*), les femmes ont un devoir d'obéissance<sup>1843</sup> à l'égard de leurs époux<sup>1844</sup>. Cette prise en charge financière commence dès le moment où le mari verse la dot à sa femme et s'engage à l'entretenir financièrement par la suite. Les *fuqaha'* formulent explicitement le fait que l'autorité se fonde sur l'entretien financier, et s'appuient sur cette idée pour interdire le travail des femmes<sup>1845</sup>. En effet, si la femme venait à travailler, elle ne serait plus obligée de se plier à cette autorité étant donné qu'elle pourrait assumer elle-même ses dépenses<sup>1846</sup>, ce qui leur paraît mettre en danger un certain équilibre familial.

Cette prééminence financière masculine présente dans le cadre limité du ménage, conduit de ce fait à exercer un pouvoir de redressement sur les femmes<sup>1847</sup>. Ce devoir pécuniaire se manifeste comme « *un sacrifice* »<sup>1848</sup> de la part des maris, dans la mesure où ils sont les seuls à devoir supporter la charge du ménage. Par conséquent, toute égalité entre les femmes et les hommes est écartée, car cela conduirait à troubler l'équilibre du foyer conjugal.

Selon Madame Assonaidi<sup>1849</sup>, une seule de ces deux conditions (biologique ou financière) suffit à justifier l'existence de la tutelle masculine. À cet effet, même en l'absence de la charge financière subie par le mari, ce dernier reste quand même le tuteur qui exerce un pouvoir « *d'autorité et de redressement* » sur son épouse en raison de sa supériorité naturelle. Toujours selon cette auteure, le fait que l'épouse assume la charge financière du ménage ne lui accorde nullement la possibilité de prendre les rênes de la tutelle, car cela serait contradictoire avec la nature<sup>1850</sup>. Elle pousse ce raisonnement à l'extrême en justifiant cela non pas par une injustice

---

<sup>1843</sup> Cet état de subordination est fondé sur la suite du verset (4:34) susmentionné : « *les femmes vertueuses sont obéissantes à leurs maris (qânitatun), elles protègent ce qui doit être protégé, (pendant l'absence de leurs époux), avec la protection de Dieu* ». Il est important de souligner que la version française de ce verset repose principalement sur une interprétation erronée d'Ibn Kathir. Le terme *qânitatun* (féminin pluriel) fait référence dans ce verset à des femmes qui consacrent tous leurs efforts au service de Dieu et non à leurs maris. En outre, le terme *époux* n'est pas mentionné explicitement ni implicitement dans la version arabe du verset. Il s'agit notamment d'*ijtihad* de la part d'Ibn Kathir qui a été traduit en langue française, Cf. DIB, N. *D'un islam textuel vers un islam contextuel : la traduction du Coran et la construction de l'image de la femme* [édition numérique]. Ottawa : Presses de l'Université d'Otaawa, 2009, p. 106 ; IBN KATHIR. *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. II. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols., p. 480.

<sup>1844</sup> DIB, N. *op. cit.*, p. 106 ; IBN KATHIR. *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. I. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols., p. 635.

<sup>1845</sup> À noter que lorsque les femmes payent, cela ne leur donne pas pour autant le droit de décider pour le foyer (c'est alors reconnu comme un don). Cf. CHAHINE, M. *Smahat alislam fi huqouq alinsan (La tolérance de l'islam au regard des droits de l'homme)* [en arabe]. Le Caire : Dar hamithra, 2018, p. 106.

<sup>1846</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*. Paris : L'Harmattan, 2010, p. 94.

<sup>1847</sup> EL-YAFI, A. *op. cit.*, p. 68.

<sup>1848</sup> *Ibidem*.

<sup>1849</sup> Amal ASSONAI, chercheuse dans le domaine de la culture islamique.

<sup>1850</sup> ASSONAI, A. *op. cit.*, p. 134.

subie par la femme, mais une marque de profond respect et d'estime pour la femme<sup>1851</sup>. D'autres penseurs vont même jusqu'à dire que ce système qui consacre la soumission de l'épouse à son mari est un système qui favorise la femme dans la mesure où celle-ci est entièrement prise en charge par son époux qui assume ses besoins<sup>1852</sup>.

Ainsi, l'obligation d'entretien ou la *nafaqa* est divisée par les juristes en divers types, dont nous ne traiterons ici que les aspects généraux. La *nafaqa* englobe la nourriture, l'habillement et le logement<sup>1853</sup>. Pour être apte à l'obtenir, les *fuqaha* ont posé la condition de la satisfaction sexuelle du mari : l'épouse doit être apte à exercer son devoir conjugal. Elle ne peut lui refuser ce droit que dans certains cas bien précis<sup>1854</sup>. Dans le cas du mariage avec une fille impubère, le mari est dispensé de payer la *nafaqa* tant que la fille vit chez ses parents. L'épouse perd le droit à la *nafaqa* dans des cas particuliers énumérés par les *fuqaha*. Il s'agit notamment du cas où l'épouse se refuse à son mari sans excuse valable ; si elle sort du domicile conjugal sans l'autorisation de son mari ou sans raison valable<sup>1855</sup>.

La position adoptée par les *fuqaha* classiques concernant les conditions de la déchéance du droit de l'épouse à la *nafaqa* est largement présente dans les lois contemporaines de certains pays musulmans, à quelques aménagements près, tel que le droit de l'épouse de sortir du domicile conjugal notamment pour se rendre à son travail<sup>1856</sup>. Dans des cas particuliers, par exemple en cas de maladie de l'épouse, les quatre écoles sunnites se sont accordées à considérer que le mari n'est pas obligé d'entretenir financièrement son épouse pendant sa maladie, mais que ces soins incombent à la personne qui était chargée d'entretenir la femme si celle-ci n'est pas mariée. Ils limitaient le devoir pécuniaire de l'époux uniquement aux situations dans lesquelles son épouse est en bonne santé<sup>1857</sup>. Cette position démontre clairement le mépris que ces juristes avaient à l'égard des femmes. Faut-il y comprendre que le mari est dispensé d'entretenir et soigner son épouse, lorsque celle-ci n'est plus en état de remplir convenablement ses devoirs conjugaux ? La plupart des auteurs contemporains préfèrent esquiver ce point délicat dans leurs ouvrages quand ils abordent la question de la *nafaqa*. Une minorité d'entre

---

<sup>1851</sup> *Ibidem*.

<sup>1852</sup> ASCHA, GH. *Du statut inférieur de la femme en islam*. Paris: L'Harmattan, 1987, p. 71.

<sup>1853</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 238.

<sup>1854</sup> Il s'agit en effet du cas où le mari ne lui a pas remis la totalité de la dot exigible lors de la conclusion du mariage, si la coépouse réside toujours dans le même domicile conjugal, si ce dernier est insalubre et ne répond pas aux exigences d'hygiène nécessaires, ou si l'épouse y vit en danger. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie..., op. cit.*, p. 43.

<sup>1855</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 236.

<sup>1856</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>1857</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie..., op. cit.*, p. 42.

eux a osé tout de même de critiquer la position des *fuqaha* classiques à ce sujet au motif qu'elle est incompatible avec le devoir de l'époux d'avoir de bons rapports avec son épouse<sup>1858</sup>.

Conformément à l'article 57 du Code de la famille<sup>1859</sup> qatarien sur les droits des épouses, le mari se doit en principe de subvenir aux besoins de ses femmes même lorsque celles-ci sont riches. En revanche, le droit à l'entretien n'est pas absolu. Ce même code répertorie les conditions pouvant priver l'épouse de ce droit.

Le premier point est cité à l'article 61 alinéa 1 du Code de la famille qatarien : « *l'époux doit assumer la pension alimentaire (nafaqa) de l'épouse à la conclusion du contrat en question, à moins que l'épouse ne s'abandonne<sup>1860</sup> pas à lui* ». Si l'on s'appuie sur l'interprétation retenue, la femme se trouve ainsi dépourvue de toute manifestation de volonté puisqu'elle se retrouve contrainte à être laissée au seul désir de son mari. Ce dernier peut ainsi légitimement exiger qu'elle se livre totalement à lui en ce qui concerne les relations intimes. Il est à noter que cet article opère de manière explicite l'articulation entre le devoir d'entretien du mari et les services sexuels de la femme, montrant en filigrane que l'un vient en contrepartie de l'autre. Là encore, il est légitime de s'interroger quant à l'égalité de dignité, dans la mesure où il est attendu de l'épouse qu'elle abdique son autonomie pour entrer dans un rapport quasi marchand.

D'autres cas de désobéissance (*nohouz*) pouvant supprimer le droit à la pension alimentaire sont prévus à l'article 69 dudit Code : si l'épouse refuse d'emménager ou de demeurer au domicile conjugal, ou bien si elle en refuse l'accès à son époux, ou encore si elle voyage ou travaille à l'extérieur de la maison sans la permission de son époux.

En droit tunisien, l'épouse est également obligée de cohabiter avec son mari. Ce devoir est si étroitement corrélé que toute désobéissance ou tout refus injustifié entraîne la suspension de la *nafaqa*<sup>1861</sup>.

Ainsi apparaît une grande disparité dans la dignité conférée au mari et à son épouse du fait du devoir d'obéissance. Il convient de souligner que la privation de la pension alimentaire constitue une sanction extrêmement sévère au vu de l'immense difficulté pour les femmes de s'assurer seules des moyens d'existence.

---

<sup>1858</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 233.

<sup>1859</sup> Les articles 61 à 73 régissent toutes les dispositions relatives à la pension alimentaire.

<sup>1860</sup> Le terme utilisé en arabe, que nous avons choisi de traduire ici par *abandonner*, signifie littéralement « *se rendre* », tel un criminel se rendant aux autorités. L'emploi de ce terme dans la version arabe de l'article est extrêmement fort.

<sup>1861</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°29036 du 15 janvier 2004.



En Arabie Saoudite, le devoir d'obéissance est pensé et appliqué de la même manière qu'au Qatar. Il faut signaler toutefois une ordonnance royale<sup>1862</sup> édictée en 2017 permettant aux femmes de se passer de l'autorisation de leur tuteur dans tous leurs rapports avec les administrations et entreprises : demande de passeports ou de permis de conduire, recherche d'emploi ou signature de contrats, *etc.* Cette ordonnance constitue certes une avancée pour l'autonomie des femmes saoudiennes, mais une avancée paradoxale, puisque la notion de devoir d'obéissance n'a pour autant pas disparu du droit saoudien. Selon le principe judiciaire n°534, « *La femme est considérée comme nachiz en cas de désobéissance (inqiad<sup>1863</sup>) à son mari, ce qui entraîne la déchéance de ses droits. Elle ne retrouvera la pleine jouissance de ses droits qu'après son retour à son mari* »<sup>1864</sup>. En effet, le mari a toujours le droit de poursuivre sa femme en justice au motif de son insoumission (*nochouz*). Peut ainsi être envisagée une situation dans laquelle l'épouse se rendrait librement à un entretien d'embauche, en vertu de l'ordonnance royale précitée, puis serait poursuivie en justice pour désobéissance (*nochouz*). Il peut en être déduit qu'il s'agit certainement là de simplifier l'embauche et les procédures administratives, davantage que de réformer le droit privé et le statut des femmes.

L'autre justification de l'exercice de l'autorité maritale est la protection de l'épouse. Selon Madame Eleïd<sup>1865</sup>, la notion de *qiwama* inclut à la fois les notions de protection, de politique et d'organisation<sup>1866</sup>. Le terme *qayim* est dérivé de la *qiwama*. Il signifie littéralement « *gouvernant* », et désigne également un garant ou un gardien<sup>1867</sup>. Cette idée est au cœur de la tradition du *mahram*<sup>1868</sup> et du *wali*, ce tuteur sans l'autorisation duquel les femmes saoudiennes, même majeures, ne peuvent circuler ni voyager librement<sup>1869</sup>. C'est une coutume qui est encore largement pratiquée en Arabie Saoudite, de façon préoccupante étant donné qu'elle restreint gravement l'exercice par les femmes de leurs droits fondamentaux tels que garantis par les droits de l'Homme et la Convention CEDEF.

---

<sup>1862</sup> N°33322 du 18 avril 2017.

<sup>1863</sup> Ce terme arabe signifie littéralement « *soumission* ».

<sup>1864</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Almabadi walqararat alssadira min alhayya alqadayiya aleulya (Principes et décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil permanent et général du Conseil supérieur de la magistrature et de la Cour suprême de 1391 à 1437)* [en arabe]. Riyad : Markaz albuhoth - wizarat aladl, 2017, n° 534, p. 179.

<sup>1865</sup> Nawal ELEÏD, professeur d'études islamiques à l'Université de la Princesse Noura bint Abdulrahman.

<sup>1866</sup> ELEÏD, N. *Huquq almar'a : fi daw' alsunna alnabawia (Droits des femmes : à la lumière de la sunna prophétique)* [en arabe]. Riyad : Dar alhadara lilnachr waltawzie, 2012, p. 901.

<sup>1867</sup> *Ibidem*.

<sup>1868</sup> Le *mahram* est soit un parent de la femme dont le degré de parenté est si proche qu'ils ne peuvent pas se marier légalement, soit son époux.

<sup>1869</sup> UNESCO. *La Civilisation arabo-musulmane au miroir de l'universel : perspectives philosophiques*. Paris : UNESCO, 2010, p. 357.

Également, la première mouture de l'article 213 du Code civil français en 1804 prévoyait que « *le mari doit protection à la femme, la femme doit obéissance à son mari* ». La prééminence de l'époux découle du pouvoir de protection que le droit français reconnaissait en lui<sup>1870</sup>. Nous retrouvons ici, comme dans les interprétations traditionnelles du verset détaillées ci-dessus, l'idée d'une protection du mari vis-à-vis de son épouse, en lien avec sa supposée prééminence sur celle-ci. En outre, un de rédacteurs du Code civil français, Portalis, écrivait qu'on doit à son épouse « *protection perpétuelle en échange d'un sacrifice irrévocable* »<sup>1871</sup>. Le rapprochement entre l'expression utilisée par le juriste Portalis et la notion de *nafaqa* fait apparaître une logique similaire quant à la prétendue nécessité de protection de la femme. En effet, celle-ci se traduit ici aussi par une diminution considérable de son autonomie, et permet ainsi de justifier *a posteriori* que la vulnérabilité qui la caractérise impose la nécessité de sa protection par le droit. Comme dans les pays du golfe, la conséquence de cette idée de protection nécessaire a été de valoir à la femme une incapacité juridique.

Le système juridique français a longtemps entériné l'idée d'une supériorité naturelle et financière de l'homme sur la femme, justifiant sa prééminence au sein de la famille.

La puissance maritale se manifestait principalement par l'incapacité juridique dans laquelle se trouvait l'épouse. Cette incapacité était intimement liée à son statut de femme mariée, étant donné qu'avant le mariage et après la dissolution de celui-ci, la femme retrouvait sa capacité juridique<sup>1872</sup>. À l'inverse, les femmes ayant un statut de célibataire, divorcée ou veuve bénéficient de l'entière capacité. Dans les pays du golfe, la situation des femmes n'est pas la même, car celles-ci sont sous tutelle tant avant que pendant leur mariage. Dans ce dernier cas, la notion de chef de famille va de pair avec l'idée d'une infériorité essentielle des femmes, d'où l'idée que le mari devrait nécessairement contrôler et diriger sa famille et son épouse.

À l'inverse, en droit français sous le Code civil de 1804, l'incapacité de la femme se justifie de par son mariage, et non en raison d'une incapacité *stricto sensu*. En effet, la femme peut librement entreprendre ses affaires tant qu'elle ne se trouve pas dans le cadre du mariage. C'est donc seulement l'idée d'un chef unique régissant la famille qui vient justifier l'incapacité : le devoir d'obéissance se manifeste tout simplement comme « *une suite nécessaire de la société*

---

<sup>1870</sup> BOILEUX, J.-M. *Commentaire sur le Code civil : contenant l'explication de chaque article séparément*. Paris : Joubert, libraire de la Cour de cassation, 1838, p. 162.

<sup>1871</sup> LE BRAS-CHOPARD, A. et MOSSUZ-LAVAU, J. *Les femmes et la politique*. Paris : L'Harmattan, 1997, p. 26.

<sup>1872</sup> SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J. *op. et loc. cit.*

*conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre* »<sup>1873</sup>. Il est à noter que par cette formulation, Portalis élude la question de la prééminence du mari sur son épouse, puisqu'il ne se prononce que sur la nécessité d'une relation de subordination sans commenter le fait que celle-ci ait toujours lieu dans le même sens.

Il apparaît clairement ici que les enjeux en matière d'égalité entre femmes et hommes suscitent des interrogations particulières dans le cadre de la famille, et ceci notamment en raison de la différence de statut octroyé à la femme selon qu'elle est mariée ou non mariée. La femme était envisagée par le Code civil à l'origine comme une personne, un individu devant se plier à la volonté de l'homme dans la famille, ce qui traduisait l'existence d'une hiérarchie spécifique accordant à l'homme une place centrale tant dans la société que dans la famille.

À ce titre, Napoléon écrivait : « *la femme est donnée à l'homme pour qu'elle lui fasse des enfants. Elle est donc sa propriété comme l'arbre fruitier est celle du jardinier* »<sup>1874</sup>. C'est dans ces conditions qu'en 1804 que l'épouse était envisagée tout simplement comme un outil de reproduction devant permettre à l'homme d'engendrer une descendance. À l'inverse, aucune attention n'était accordée aux modalités de l'autonomie personnelle des femmes, et une telle interrogation ne faisait l'objet d'aucune considération par les doctrinaires de l'époque tant cette réalité était unanimement partagée par la société. Il n'est donc pas surprenant que le Code civil ait consacré légalement l'infériorité de l'épouse vis-à-vis de son mari et sa soumission à ce dernier.

---

<sup>1873</sup> PORTALIS, J.-É.-M. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*. Paris : Joubert, 1844, p. 204.

<sup>1874</sup> BORRILLO, D. *La famille par contrat : La construction politique de l'alliance et de la parenté* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.

## Paragraphe II - Une asymétrie incompatible avec le principe d'égalité

L'exercice de l'autorité maritale paraît peu compatible avec la lecture profonde des textes sacrés de l'islam dont peut être dégagé un message qui « *prône équitablement justice et égalité pour les femmes et les hommes* »<sup>1875</sup>. Dans cette optique, de nombreux auteurs critiquent le détournement par les savants classiques de la notion de « *qiwama* », et partant, la dénaturation du verset coranique lui-même.

La notion de justice occupe une place centrale en islam, mais a été conceptualisée de deux manières différentes. La première émane du *fiqh* classique qui admet, comme nous l'avons précédemment démontré, une discrimination positive des femmes conçues comme une catégorie de personnes vulnérables qu'il convient de protéger et d'entretenir. La deuxième provient de certains partisans du *fiqh* moderne qui introduisent l'idée de la nécessité d'égalité dans les relations entre hommes et femmes<sup>1876</sup>. En effet, la lecture classique qui refuse à la femme son droit à l'égalité - parmi tant d'autres qui affirment pourtant le contraire - s'écarte de l'esprit des textes coraniques et de leur finalité. Elle s'exerce ainsi en pratique, alors qu'en langue arabe, le terme *qawam* est issu de *qiwama*, qui signifie « *justice* »<sup>1877</sup>. La personne susceptible d'exercer la *qiwama* se doit donc d'être juste avec autrui.

En islam, la notion de la *qiwama* et la tutelle maritale exercée sur l'épouse sont tirées du verset coranique par les savants classiques qui se sont livrés à une lecture « *favorable* » à l'hégémonie masculine. Cette interprétation classique relative à l'autorité maritale est incompatible avec le principe de l'égalité de droits en islam (A). Dans les pays occidentaux quant à eux, la réalité économique, juridique et sociale a énormément évolué à travers le temps. Au gré des avancées législatives, les femmes ont acquis le droit de devenir à leur tour « *chef de famille* », du fait du statut juridique qui leur accorde des droits entiers, égaux aux hommes. La Tunisie a également engagé de profondes réformes atténuant l'asymétrie dans la répartition des rôles entre les deux époux. Dans les deux pays du golfe étudiés, en revanche, il n'y a pas eu de changements notables dans la définition juridique des rapports entre époux (B).

---

<sup>1875</sup> MIR-HOSSEINI, Z. et al. *op. cit.*, p. 7.

<sup>1876</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>1877</sup> ELEÏD, N. *op. cit.*, p. 901.

## A- La critique de la *qiwama* théorisée comme discrimination positive

La puissance maritale telle qu'elle est exercée en islam provient de l'interprétation qui a été faite des textes religieux. Parmi les auteurs ayant critiqué l'interprétation classique du verset relatif à la *qiwama* figure Madame Lamrabet<sup>1878</sup> qui affirme que de nombreuses coutumes transmettant de fausses valeurs ont été attribuées à tort à l'islam, transposées sous forme de préceptes religieux. Parmi ces dispositions, celle de la *qiwama* et son corollaire, le principe d'obéissance (*ta'a*), pure production juridique qui impose une soumission absolue de l'épouse à l'égard de son mari, et justifie un certain nombre de comportements dégradants à son égard, pouvant aller jusqu'à la violence physique<sup>1879</sup>. La tyrannie maritale justifie la mise sous tutelle de la femme et rend légitime la restriction de ses droits. Selon l'auteure, la diffusion de cette idéologie dégradante s'éloigne largement de l'éthique coranique qui prône le respect, l'entente, la miséricorde et la compassion entre les époux<sup>1880</sup>, et a été l'une des causes du déclin de la civilisation musulmane<sup>1881</sup>.

Madame Lamrabet y voit une « *inversion des valeurs de l'islam à travers le temps* »<sup>1882</sup>, une vraie « *tragédie* » puisque de nombreux versets coraniques ont été vidés de leur contenu, détournés de leur sens, et utilisés par une partie de juristes musulmans (*fuqaha'*) comme le fondement du droit musulman<sup>1883</sup>, qui a suppléé aux valeurs éthiques coraniques dès le IX<sup>e</sup> siècle. C'est sur cette base qu'ont été érigés les principes du droit de la famille en islam, en codifiant des lois profondément discriminatoires. À cet égard, la majorité des écoles juridiques musulmanes véhiculent des concepts issus d'interprétations classiques, mais qui n'existent nullement dans le texte coranique<sup>1884</sup>.

Madame Lamrabet souligne que le Coran a été très explicite au sujet de la *qiwama*, et que la lecture qui en a été faite par le courant classique est seulement le fruit du contexte socioculturel fortement patriarcal de l'époque<sup>1885</sup>. Pour elle, cette notion telle qu'elle figure dans le Coran a été interprétée à tort comme une supériorité alors qu'il s'agit en fait d'une responsabilité morale

---

<sup>1878</sup> Asma LAMRABET, médecin biologiste, essayiste et engagée dans la relecture réformatrice de l'islam.

<sup>1879</sup> LAMRABET, A. *Une relecture du concept coranique de qiwamah, ou autorité de l'époux*, accessible sur le site : <http://www.asma-lamrabet.com/articles/une-relecture-feminine-du-concept-coranique-de-qiwamah-ou-autorite-de-l-epoux/>.

<sup>1880</sup> « *Et parmi Ses signes Il a créé de vous, pour vous, des épouses pour que vous viviez en tranquillité avec elles et Il a mis entre vous de l'affection et de la bonté. Il y a en cela des preuves pour des gens qui réfléchissent* », Coran (30:21).

<sup>1881</sup> LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, op. cit., p. 84.

<sup>1882</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>1883</sup> *Ibidem.*

<sup>1884</sup> *Ibidem.*

<sup>1885</sup> LAMRABET, A. *Une relecture ...*, op. et loc. cit.

et matérielle, voire d'« *une obligation* » à la charge de l'époux au sein du ménage afin de subvenir aux besoins de ce dernier<sup>1886</sup>. Il convient de souligner que cette interprétation, plus fidèle au texte original, maintient cependant l'idée que la responsabilité financière incombe à l'époux, ce qui ne va pas sans les conséquences néfastes pour l'autonomie des femmes que nous avons pointées précédemment.

En droit musulman de manière générale, la *qiwama* est envisagée, pensée et justifiée comme une discrimination positive<sup>1887</sup>, censée permettre à la femme de bénéficier de droits lui étant favorables. Pour autant, des doutes subsistent quant à la légitimité voire la pertinence d'une telle interprétation : soutenir la notion même de *qiwama* ne revient-il pas à ériger un obstacle à l'égalité entre les époux ?

Nous avons en effet souligné le paradoxe de la protection des femmes, les infériorisant pour justifier *a posteriori* de la nécessité de les prendre en charge. De plus, il est crucial de rappeler que la discrimination positive permet de mettre en œuvre des mesures exceptionnelles dans un cadre de temps restreint afin de permettre de faire face, pallier voire redresser une inégalité ; en aucun cas cette notion ne s'assimile à des mesures permanentes.

La *qiwama* ne fait qu'instaurer une répartition scindée, précise et permanente des rôles, faisant fi de motifs biologiques, pour consacrer en réalité un rapport inégalitaire entre femmes et hommes.

De ce fait, le législateur tunisien a souhaité réduire l'empreinte de l'héritage patriarcal au sein de la famille, en modifiant et modernisant les dispositions du Code du statut personnel par la loi du 12 juillet 1993. À cet égard, il a supprimé le devoir d'obéissance de l'épouse à son mari en sa qualité de chef de famille qui était prévu par l'article 23 du Code, et l'a remplacé par le devoir réciproque des deux conjoints et de se traiter avec bienveillance. Il s'agit d'une prise de conscience de la part du législateur tunisien de l'évolution des mœurs et des changements socio-

---

<sup>1886</sup> Sur le plan terminologique, *qawamuna* en langue arabe est un adjectif verbal du verbe *qama* qui signifie « *se tenir debout, se redresser, se lever* ». Suivi de la préposition *bi* ou *ala*, le verbe *qama* renvoie à l'accomplissement d'une tâche. À titre d'exemple, *qama biwajibihi* renvoie à l'idée d'« *accomplir son devoir* » et *qama ala ahlihi* à celle de « *pourvoir à l'entretien de sa famille* ». Dans ce sens, souligne l'auteure, le verbe *qama* suivi de la préposition *ala* ne renvoie nullement à une idée d'autorité ou de supériorité comme l'avance l'interprétation majoritaire classique qui a grandement influencé les traductions étrangères du Coran. Ainsi, le verbe *qama ala*, et partant, l'adverbe *qawamuna ala* devait, à la lumière de cette précision terminologique, être interprété comme une charge, un devoir ou une responsabilité assumée par les hommes dans le cadre de leur vie familiale. Cf. DIB, N. *op. cit.*, p. 91.

<sup>1887</sup> LAMRABET, A. *Le Coran et les Femmes une Lecture de Libération*. Lyon : Tawhid, 2007, p. 196.

économiques au sein de la société tunisienne. Toutefois, malgré cette avancée dans le statut de l'épouse, le CSPT maintient encore aujourd'hui le mari au statut de chef de famille.

Selon les commentateurs<sup>1888</sup> du Code du statut personnel dans l'édition originale du ministère de la Justice et des Droits de l'Homme en Tunisie<sup>1889</sup>, le fait de désigner le mari en tant que chef de famille est justifié par des raisons historiques, sociales et économiques, qui ne sont pas destinées à porter atteinte au principe de l'égalité des droits et des devoirs entre les époux<sup>1890</sup>. Selon l'interprétation de ces commentateurs, la notion de chef de famille exposée à l'article 23 n'exclut pas que le couple puisse s'accorder pour désigner exceptionnellement l'épouse en tant que chef de famille, lorsque l'intérêt de la famille le justifie. Pour étayer cette analyse, ils s'appuient notamment sur les dispositions de l'article 5 alinéa 2 du Code de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et de l'impôt sur les sociétés : « [...] Toutefois, l'épouse est considérée comme chef de famille : 1- lorsqu'elle justifie que le mari ne dispose d'aucune source de revenu durant l'année précédant celle de l'imposition ; 2- lorsque remariée, elle a la garde d'enfants issus d'un précédent mariage ». Il convient cependant de souligner que selon cet article de loi, ce n'est qu'en matière fiscale que les prérogatives du chef de famille peuvent être transférées à l'épouse ; ce n'est que l'interprétation propre aux commentateurs qui leur fait étendre aux autres champs la possibilité pour une femme de devenir chef de famille à la place de son mari. Les éléments évoqués ci-dessus reviennent ainsi à considérer que le chef de la famille est un rôle presque exclusivement attribué à l'homme, à l'instar de ce qui existe en Arabie Saoudite et au Qatar.

Si en Arabie Saoudite le mari reste dans la plupart des cas un chef de famille indétrônable, une circulaire saoudienne a rendu possible pour la première fois en 2017<sup>1891</sup> l'attribution de ce titre à l'épouse saoudienne dans les cas où celle-ci est mariée avec un mari non saoudien, ou un mari saoudien prisonnier ou absent ou incapable, afin de pouvoir faire bénéficier l'épouse du « *compte citoyen* »<sup>1892</sup> (ou *hisab almouatin*) en cas de besoin financier<sup>1893</sup>. Cette disposition est intéressante dans la mesure où c'est véritablement la première fois en Arabie Saoudite qu'une

---

<sup>1888</sup> Fatima Alzahra Ben Mahmoud (juge), Hussein Bin Salima (conseiller de la Cour de cassation) et Samia Dawla (juge).

<sup>1889</sup> Centre d'études juridiques et judiciaires.

<sup>1890</sup> MINISTERE DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME. *Majalat alahwal alchakhsia...*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>1891</sup> L'inscription a été ouverte via « le site web du citoyen » le 1<sup>er</sup> février 2017.

<sup>1892</sup> C'est un programme du gouvernement saoudien qui vise à apporter un soutien financier aux familles à revenus faibles et moyens en Arabie Saoudite.

<sup>1893</sup> Alarabiya. (décembre 2017). Quand l'épouse a-t-elle le droit de s'inscrire au compte citoyen en tant que chef de famille ?, accessible sur le site : <https://www.alarabiya.net/ar/aswaq/economy/2017/12/27/متى-يحق-للزوجة-التسجيل-في-برنامج-المواطن-كربة-أسرة؟.html> .



femme a la possibilité d'être considérée comme chef de famille. Si le statut des femmes reste dans le cas général inférieur à celui des hommes, ceci ne prévaut plus dans les cas où le mari est lui-même incapable. À cet égard peut être relevée la distinction opérée entre les époux saoudiens et étrangers. Au Qatar en revanche, dans le cas du mariage d'une qatarienne avec un étranger, l'épouse n'acquiert pas les prérogatives de chef de famille et perd son droit aux aides sociales<sup>1894</sup>.

Il est permis ici d'espérer que cette mesure portée par le gouvernement saoudien constitue un précédent susceptible d'entraîner une reconnaissance de la capacité des femmes à prendre en charge la vie familiale, et donc de permettre à terme l'instauration de droits et obligations égaux dans le cadre du mariage.

Afin de repenser la notion éminemment problématique de *qiwama* tout en s'inscrivant dans la tradition du droit musulman, Madame Lamrabet propose une nouvelle interprétation issue de la comparaison avec d'autres versets coraniques prônant la coresponsabilité du couple au sein de la famille, ainsi que la justice et l'égalité entre tous les fidèles musulmans, abstraction faite de leur sexe<sup>1895</sup>.

Pour elle, ce verset relève d'une importance particulière dans la mesure où il a été le fondement religieux pour asseoir la « *supériorité absolue* » des hommes sur les femmes. L'auteure s'oppose nettement à cette interprétation, qui selon elle s'accorde avec la vision de la charge financière de l'époque. Elle matérialisait à cet effet l'autorité patriarcale islamique exercée par les hommes comme un « *privilège* » et non pas une charge, qui accordait à ces derniers tous les pouvoirs pour diriger leur épouse et la maintenir sous son emprise<sup>1896</sup>.

Elle propose alors une lecture différente : « *Les hommes prennent en charge (Qawwamouna) les femmes<sup>1897</sup> en raison des faveurs que Dieu accorde à ceux-ci sur ceux-là, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens* »<sup>1898</sup>. Cette « *prédominance* »<sup>1899</sup> se traduit donc par la charge qui pèse sur les hommes en contrepartie des faveurs que Dieu leur a accordées. De même, Ibn Abbas et Al Tabari considèrent que cette hiérarchisation est en réalité un devoir qui

---

<sup>1894</sup> V. l'article 7 de la loi n°38 de 1995 sur la sécurité sociale.

<sup>1895</sup> Des hadiths précisent encore davantage : « *Les hommes, tous les hommes, sont la famille de Dieu et parmi eux, le plus aimé de Dieu est celui qui rend le plus de services à sa famille* » ; « *J'ai demandé à Aïcha ce que le Prophète faisait quand il se trouvait chez lui, dit al-Aswad; elle dit : "Il rendait service à sa famille, mais quand la prière était annoncée, il s'empressait de s'y rendre"* » Cf. AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. I. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols., Hadith n°676, p. 491. V. aussi les Hadith n°5363 et 6039.

<sup>1896</sup> Sur ce sujet, V. l'essai de relecture du verset 4:34 dans l'article : LAMRABET, A. *Une relecture ..., op. et loc. cit.*

<sup>1897</sup> Autre traduction : « *Les hommes pourvoient aux besoins des femmes ...* ».

<sup>1898</sup> Coran (4 : 34).

<sup>1899</sup> Coran (2 : 228).

pèse sur les hommes en vertu duquel ils sont incités à les traiter avec amabilité, assurer une bonne cohabitation, et subvenir aux charges ménagères de façon convenable<sup>1900</sup>.

Quant à l'obéissance totale de la femme à son mari, pierre angulaire qui fonde le mariage dans la conception classique du couple, et qui ouvre à l'épouse obéissante les portes du Paradis, il convient de rappeler que ce devoir n'est mentionné nulle part dans le Coran<sup>1901</sup>. Elle a souligné que la vision classique « *ne reflète pas l'idéal éthique du message spirituel concernant l'union conjugale où les valeurs de concertation, de compassion mutuelle, d'équité et de justice y constituent des principes inéluctables* »<sup>1902</sup>. Monsieur Addaoudi<sup>1903</sup> a, quant à lui, souligné qu'il s'agissait en réalité d'une déformation forcée des textes religieux afin de consacrer des coutumes sociales et de leur donner une légitimité religieuse<sup>1904</sup>.

Des auteurs reprochent à ces savants de voir en cette notion une supériorité des hommes sur les femmes, au point de leur accorder un pouvoir de redressement sur ces dernières, comme si elles étaient des personnes « *courbées* ». En effet, le courant classique, à travers cette interprétation erronée de la notion de *qiwama*, a instauré une sorte de curatelle morale des hommes sur les femmes, soi-disant dans l'intérêt du ménage<sup>1905</sup>. Ces auteurs ont ainsi fait appel à une interprétation extensive, en dépassant la formulation textuelle du verset afin de respecter « *Maqasid ach-charia* »<sup>1906</sup> ou les finalités de la charia.

Il est difficile de comprendre comment les versets coraniques ont pu être interprétés de la sorte puis traduits dans des langues étrangères, ce qui répand largement cette version erronée de cette notion. Le concept de *qiwama* a donné une couverture religieuse fallacieuse pour instaurer d'une part une légitimité à l'inégalité entre les époux, accordant à ces derniers le droit à la polygamie, à la répudiation unilatérale, et à une part de l'héritage supérieure à celle des femmes dans certains cas<sup>1907</sup>. Il en va de même concernant le devoir de « *correction physique* » conféré à l'époux sur la base de l'interprétation classique d'un verset coranique, alors que dans de

---

<sup>1900</sup> TABARI, M. *Tafsîr At-Tabari : Jami' al-bayan 'an ta'wîl ay al-Coran (Exégèse d'At-Tabari)* [en arabe]. Vol. II. Beyrouth : Muasasat Alrisala, 1994, p. 33.

<sup>1901</sup> AMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>1902</sup> AMRABET, A. *Les femmes et l'islam : une vision réformatrice*. Paris : La Fondation pour l'innovation politique, 2015, p. 27.

<sup>1903</sup> Ammar ADDAOUDI, professeur et avocat tunisien.

<sup>1904</sup> ADDAOUDI, A. *Alalaqat bayna azzawjain...*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1905</sup> EL-YAFI, A. *op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>1906</sup> Au sens littéral, « *Maqasid ach-charia* » signifie « *la finalité de la charia* », qui correspond dans le domaine de « *Usul al fiqh* » (sciences des fondements de la loi islamique) à l'interprétation textuelle des versets du Coran et de la Sunna conformément aux objectifs de la charia. Autrement dit, on dépasse le sens strict des mots, et on s'intéresse plutôt à atteindre l'une des finalités de la religion, telle que déterminées par les savants de l'époque, et qui sont au nombre de cinq : la préservation de la religion, de la vie, de la raison, des biens matériels et de sa descendance. À ces finalités, d'autres ont été ajoutées par d'autres savants, à savoir la préservation de la dignité et de la liberté. Cf. <https://www.lescahiersdelislam.fr>.

<sup>1907</sup> MIR-HOSSEINI, Z. et al. *op. cit.*, p. 14.

nombreux versets Dieu a insisté sur la relation cordiale et bienveillante entre les époux. De ce fait, de nombreux hadiths désapprouvent cette pratique : « *Le meilleur d'entre vous est celui qui se comporte le mieux envers sa petite famille, et je suis le meilleur d'entre vous envers ma petite famille* »<sup>1908</sup>.

---

<sup>1908</sup> At-Tirmidzi n°3895.

## B- L'émergence de la notion de coresponsabilité

**Suite de la critique de la *qiwama* : une responsabilité partagée ?** En se focalisant sur l'interprétation et la traduction du Coran, il apparaît que chaque mot a une signification bien précise. Il faut alors s'atteler à bien comprendre le sens et la portée des mots pour parvenir à en dégager une traduction concrète et juste. Il peut ainsi en découler des divergences quant à l'interprétation retenue. La notion de *qiwama* ne signifie pas la supériorité de l'homme sur la femme, mais peut être comprise comme une responsabilité de secourir et soutenir celui ou celle du couple qui en aurait besoin.

Concernant la charge financière, Monsieur Chahrour<sup>1909</sup> considère ainsi qu'au sens strict du terme, la personne qui assume cette charge, abstraction faite de ses attributs physiques ou psychologiques, peut être considérée comme « *qawwam* ». L'auteur conclut que la *qiwama* est un principe général allant au-delà du cadre limité de la famille pour englober toute relation de « *subordination financière* » dans le cadre professionnel ou économique privé ou public<sup>1910</sup>. S'inspirant des recherches menées par Mohammed Abdou<sup>1911</sup>, Madame Lamrabet remet ainsi en question le principe d'obéissance qui est selon elle une pure production juridique ayant tristement contribué à dénigrer et rabaisser les femmes<sup>1912</sup>. Selon cette auteure, la *qiwama* contraste avec d'autres versets coraniques qui appuient sur « *la coresponsabilité, le partage au sein de la famille et la notion de justice entre tous les fidèles, quel que soit leur sexe* »<sup>1913</sup>. Monsieur Chahrour s'accorde avec Madame Lamrabet et ajoute que le verset ne prévoit pas une préférence absolue des hommes sur les femmes. En effet, selon cet auteur, dans la mention « *Dieu a élevé ceux-là sur celles-ci* », la traduction en français comme en anglais au moyen d'un pronom masculin puis féminin est erronée<sup>1914</sup>. Il en déduit que le verset parle de faveurs accordées à certains êtres humains sur d'autres, et non à l'ensemble des hommes sur l'ensemble des femmes.

---

<sup>1909</sup> Muhammad CHAHROUR, professeur de génie civil, islamologue et un des principaux exégètes contemporains du Coran.

<sup>1910</sup> À ce titre, l'auteur livre l'exemple du propriétaire d'une usine, qui détient juste un brevet, en position de recruter un directeur pour assurer la direction de son commerce, qui détient un diplôme en études supérieures. De ce fait, il détient « *un pouvoir financier* » sur ce directeur, même si ce dernier est plus diplômé que lui. Cf. CHAHROUR, M. « *Almujtamae wal'usra wa huquq al'insan fi altanzil alhakim* (Société, famille et droits de l'homme dans le Coran) [en arabe]. » ALJABRI, M. et al. *op. et loc. cit.*

<sup>1911</sup> Un réformiste, un juriste et un mufti égyptien (1849-1905).

<sup>1912</sup> LAMLILI, N. (mai 2014). *Islam : et Dieu libéra la femme*, accessible sur le site : <https://www.jeuneafrique.com/133379/societe/islam-et-dieu-lib-ra-la-femme/> .

<sup>1913</sup> *Ibidem*.

<sup>1914</sup> En effet, dans le texte arabe, les deux pronoms sont au masculin pluriel. Cf. CHAHROUR, M. *op. et loc. cit.*

Ainsi, dans la première comme dans la deuxième catégorie, femmes et hommes sont inclus, indistinctement. Ce qui veut dire que l'esprit du verset n'instaure pas une préférence ou une supériorité de tous les hommes sur toutes les femmes, mais seulement d'une partie sur l'autre, selon des critères déterminés, à savoir la sagesse, la compétence, la bonne direction des affaires, le niveau de discernement, de conscience et de culture, et la responsabilité<sup>1915</sup>. Aussi bien les hommes que les femmes peuvent être dotés de ces faveurs<sup>1916</sup>.

**Du chef de famille à la direction conjointe de la famille.** En France, sous la Deuxième et Troisième République, les politiciens commençaient à s'intéresser aux revendications des classes ouvrières, notamment aux droits des épouses appartenant à cette classe<sup>1917</sup>. Ainsi, le système juridique a suivi les évolutions sociétales et politiques, et les principes gouvernant la direction de la famille insérés dans le Code civil ont largement évolué depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, amenant progressivement l'égalité au sein du couple.

Des mesures révolutionnaires atténuant le régime matrimonial oppressant vis-à-vis des épouses commencent à voir le jour vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, consacrant dès 1881 le droit pour l'épouse d'ouvrir et utiliser seule un compte en banque<sup>1918</sup> et de prendre des mesures de prévoyance pour sa retraite<sup>1919</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, des mesures ont été prises afin d'instaurer un équilibre dans les relations des époux entre eux et à l'égard de leurs enfants<sup>1920</sup>. L'évolution du statut des femmes au sein de la famille a été lente et progressive, par le biais de nombreuses lois et réformes renforçant leurs droits et diminuant les « *prérogatives maritales, tant au plan personnel que patrimonial* »<sup>1921</sup>.

Dans cette optique, la stratégie des « *petits pas* » a été adoptée qui consiste à réformer le Code civil article par article. Cette stratégie a relativement atténué la puissance maritale en accordant aux femmes des droits dont elles étaient auparavant privées : le droit d'être tutrice, le droit

---

<sup>1915</sup> CHAHROUR, M. *op. et loc. cit.*

<sup>1916</sup> *Ibidem.*

<sup>1917</sup> AFTALION, A. *op. cit.*, p. 42.

<sup>1918</sup> La loi du 9 avril 1881 a consacré pour la première fois le droit de l'épouse à l'égard de la caisse d'épargne. En vertu de cette loi, la femme mariée pouvait désormais ouvrir et utiliser seule son livret d'épargne sans l'autorisation de son mari.

<sup>1919</sup> Après un projet de loi de 1849 sur la caisse des retraites, qui ne verra finalement pas le jour, une loi de 1881 avait autorisé la femme mariée à prendre des mesures de prévoyance sans autorisation préalable de son mari à condition de ne pas dépasser un certain plafond. L'article 13 alinéa 4 de la loi du 20 juillet 1886 relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse avait accordé à la femme mariée le droit d'effectuer des versements à la caisse des retraites, sans restriction, et sans limitation de plafond : « *Les femmes mariées quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari* ». Cette loi a retiré au mari le droit de s'opposer aux versements d'économies à la caisse de retraite par sa femme, ni d'en réclamer la restitution.

<sup>1920</sup> HALPÉRIN, J.-L. *op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>1921</sup> LARRIBAU-TERNEYRE, V. «Art. 212 à 215 - Fasc. 10 : MARIAGE.» *JurisClasseur-Civil Code* (2016).

d'adhérer à un syndicat<sup>1922</sup> et surtout le droit de disposer de son salaire en vertu de la loi du 13 juillet 1907<sup>1923</sup>. Cette loi avait pour objectif d'atténuer les effets de l'inégalité issue du régime matrimonial patriarcal qui privait l'épouse du fruit même de son travail<sup>1924</sup>. De longues négociations ont précédé l'adoption de la loi de 1938<sup>1925</sup> portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et supprimant l'obligation ancestrale d'obéissance des épouses à l'égard de leurs maris. À ce titre, l'article 215 de cette loi stipule que « *la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté* ».

La « réattribution » de la capacité juridique à la femme mariée a également entraîné l'abolition de la puissance maritale. Cependant, cette loi n'a pas pour autant instauré une égalité entre les époux, étant donné qu'elle n'a pas supprimé la notion de l'époux comme chef de famille. Ce dernier a conservé ses attributions d'antan concernant la fixation du domicile conjugal, la gestion des biens du foyer ou encore la prise de décisions concernant les enfants<sup>1926</sup>. À ce titre, on peut lire dans l'article 213 que « *le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir* ». L'alinéa 2 du même article accorde à l'épouse le droit de saisir le tribunal lorsqu'elle estime que le choix de la résidence du ménage a été abusif. De même, l'article 216 de la même loi donne au mari le pouvoir de s'opposer à l'exercice d'une profession séparée par son épouse. Ici encore, ce pouvoir est encadré en cas d'opposition injuste étant donné que l'alinéa 2 de l'article 216 autorise la femme à passer outre cette opposition en vertu d'une décision judiciaire.

La qualité de chef de famille ne cesse d'exister que dans les cas « *1° d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps ; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine* »<sup>1927</sup>.

La loi du 16 décembre 1942<sup>1928</sup> maintient le mari dans sa position de chef de famille, en précisant qu'il doit exercer son pouvoir dans « *l'intérêt commun du ménage et des enfants* »,

---

<sup>1922</sup> Depuis la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels.

<sup>1923</sup> Loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage, *JO* du 16 juillet 1907, p. 4957. Cette loi a introduit une mesure importante. Si la femme mariée à cette époque devait certes toujours demander l'autorisation à son mari pour exercer une profession en raison de l'obligation d'obéissance, la loi lui a consacré une autonomie financière et patrimoniale en lui permettant de disposer de son salaire et d'administrer ses biens de façon libre et autonome.

<sup>1924</sup> ROCHEFORT, F. « À propos de la libre-disposition du salaire de la femme mariée, les ambiguïtés d'une loi (1907) [Édition numérique]. » *Clio. Histoire, femmes et sociétés* (1998, mis en ligne le 03 juin 2005) : 1-10.

<sup>1925</sup> Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JO* n°0042 du 19 février 1938, p. 2058.

<sup>1926</sup> ROCHEFORT, F. *op. cit.*, p. 129.

<sup>1927</sup> L'ancien article 213 alinéa 3 du Code civil (Loi du 18 février 1938).

<sup>1928</sup> Loi du 16 décembre 1942 relative à la protection de la maternité de la première enfance, *JO* du 22 décembre 1942, p. 4170.

tout en ajoutant que la femme participe à « *assurer avec le mari la direction morale et matérielle de la famille* ».

Après la guerre, le droit de la famille a été modifié en profondeur en installant progressivement l'égalité de droits entre époux. Sur ce point, la loi du 13 juillet 1965<sup>1929</sup> portant réforme des régimes matrimoniaux a levé la tutelle maritale exercée sur les épouses, leur permettant de gérer elles-mêmes leurs biens personnels. Cette loi dite « *révolutionnaire* » a transformé l'institution du mariage en y imposant une indépendance d'ordre public et bouleversé les droits des femmes mariées en favorisant l'égalité entre époux. Elle est restée néanmoins incomplète du fait qu'elle n'a pas effacé complètement l'empreinte patriarcale de la famille traditionnelle et particulièrement la notion de chef de famille. C'est chose faite avec la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale<sup>1930</sup> qui a supprimé au père et mari la qualité de chef de famille et institué la direction conjointe de la famille par les deux époux, consacrant de façon effective l'égalité au sein du foyer conjugal.

Cette loi n'a pas uniquement instauré une égalité entre les époux en tant que conjoints, mais également en tant que parents, en supprimant la notion de puissance paternelle (*patria potestas*) héritée du droit romain pour la remplacer par celle d'« *autorité parentale* »<sup>1931</sup>. Cette avancée a été parachevée par la loi du 23 décembre 1985<sup>1932</sup> qui a aboli les dernières séquelles d'infériorité subie par l'épouse. Cette loi a ainsi consacré l'égalité en droit des régimes matrimoniaux afin d'éviter que l'un des époux (généralement le mari) n'empiète sur les droits de son conjoint, et notamment dans la restriction à l'accès au monde professionnel que subissaient jadis les épouses<sup>1933</sup>. La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille a consolidé l'égalité entre parents (mariés ou non) en les autorisant, l'un ou l'autre indistinctement, à attribuer leur nom patronymique à leurs enfants<sup>1934</sup>.

À la suite de tous ces changements légaux, le mariage n'est plus une institution où l'homme est prédominant mais une association entre deux personnes placées sur un pied d'égalité. Aujourd'hui, le Chapitre VI du Titre V du Code civil s'intitule « *Des devoirs et des droits*

---

<sup>1929</sup> Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JO* du 14 juillet 1965, p. 6044.

<sup>1930</sup> Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

<sup>1931</sup> L'article 371-1 du Code civil prévoit que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant [...]* ». V. MONOD, J.-C. *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? : Politiques du charisme* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 2012 ; LEBRUN, P.-B. *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant en action sociale et médico-sociale*. Paris : Dunod, 2011, p. 245.

<sup>1932</sup> Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JO* du 26 décembre 1985, p. 15111.

<sup>1933</sup> LARRIBAU-TERNEYRE, V. *op. et loc. cit.*

<sup>1934</sup> LEBRUN, P.-B. *op. et loc. cit.*



*respectifs des époux* ». Les époux ont un devoir mutuel de respect, fidélité, secours et assistance<sup>1935</sup> ; ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille, pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir<sup>1936</sup> ; ils doivent contribuer aux charges du mariage à la proportion de leurs facultés respectives<sup>1937</sup>, et s'obligent à une communauté de vie<sup>1938</sup>.

**En Tunisie**, l'article 23 du CSPT a marqué une avancée considérable dans le partage des charges familiales entre les époux par rapport à l'ancienne version du même article. Ainsi, même si l'obligation d'entretien à la charge du mari a été maintenue malgré la réforme, une nouvelle idée a été introduite à savoir la coopération dans la conduite des affaires de la famille<sup>1939</sup>.

La contribution réciproque aux charges de la famille<sup>1940</sup> signifie que la femme mariée contribue pécuniairement aux charges de la famille, qu'elle est active économiquement, et qu'elle n'est plus confinée au seul exercice des tâches ménagères. Cette participation bilatérale aux frais du ménage sous-entend que le mari n'a plus la suprématie qu'il avait auparavant du fait de son entretien exclusif du foyer.

---

<sup>1935</sup> Article 212 du Code civil.

<sup>1936</sup> Article 213 du Code civil. Il est modifié par la loi n°70-459 du 4 juin 1970.

<sup>1937</sup> Article 214 du Code civil.

<sup>1938</sup> Article 215 du Code civil.

<sup>1939</sup> V. Article 23 alinéa 3 du CSPT. Il convient de remarquer que le nouvel article 23 a remplacé le terme *ménage* par celui de *famille*.

<sup>1940</sup> Article 23 alinéa 5 du CSPT.

## Conclusion

Il existe deux visions opposées, voire concurrentes, du mariage et de la famille : doit-il y avoir un chef unique, ou bien les époux doivent-ils se témoigner une assistance mutuelle en toutes circonstances ?

La France a pris le parti de faire évoluer cette conception classique de la famille régie par le chef de famille palliant l'incapacité de son épouse, pour la faire muer progressivement vers une vision centrée sur la réelle coresponsabilité des époux. Aujourd'hui, les femmes bénéficient ainsi de prérogatives et d'obligations similaires à celles de leurs époux.

La Tunisie a opté pour une voie mixte en recourant à l'articulation entre les deux conceptions, avec la volonté d'associer au mieux des principes parfois opposés tant dans leur finalité que dans leur application. Depuis la réforme de 1993, la Tunisie semble avancer à grand pas vers l'application du principe d'égalité entre époux. Cette audace législative qui s'éloigne des principes de la charia et se rapproche des principes du droit international privé semble influencer la jurisprudence nationale qui devient de plus en plus favorable à l'application des principes d'égalité et de non-discrimination.

La situation est sensiblement différente dans le cadre des deux pays du golfe étudiés ici, où la notion de chef de famille est envisagée comme une discrimination positive favorisant les femmes, dans le cadre d'une reconnaissance unanime de la *qiwama*, non-remise en question. Retenir un tel concept n'est autre que heurter directement le principe d'égalité entre époux du fait d'une réelle opposition dans leur essence même.

## **Section II - L'exercice de la puissance maritale, source de rapports inégalitaires entre époux**

Contrairement aux pays du golfe Arabe, les notions de chef de famille et de puissance maritale ont été abolies en France et affaiblies en Tunisie en raison de leur incompatibilité avec les principes des droits de l'Homme, en particulier le principe d'égalité entre époux. Les femmes arabes, et particulièrement celles qui vivent dans les pays du golfe, n'ont pas eu quant à elles l'opportunité de voir abolie la notion de chef de famille dans la mesure où cette notion est profondément ancrée dans ces sociétés, foncièrement tribales.

La principale source d'inégalité dans les rapports des époux entre eux comme envers leurs enfants est ainsi contenue dans les dispositions légales plaçant le mari en position de maître tout puissant au sein de sa famille et de son couple (Paragraphe I), ce qui a des répercussions importantes sur la possibilité pour l'épouse de jouir de ses droits (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - La suprématie du mari dans les rapports conjugaux**

L'exercice de la puissance maritale conduit inéluctablement à une relation déséquilibrée entre les époux et à l'inégalité de droits et de devoirs entre eux. Le mari en tant que chef de famille peut à loisir décider les dispositions à prendre dans l'intérêt de la famille, et ce sans avoir à demander l'avis de son épouse. Le lien conjugal signifie alors le début d'une phase de soumission pour l'épouse, dans la mesure où l'ensemble des décisions seront prises par le mari<sup>1941</sup>. C'est ainsi que la notion de *nochouz* (désobéissance ou insoumission)<sup>1942</sup> est consacrée par le droit musulman, et soulève la question des moyens de rétorsion utilisés (A). De plus, la supériorité du mari est renforcée avec le droit à la polygamie, qui confère au mari d'importantes prérogatives et renforce l'idée d'une asymétrie naturelle dans les obligations des époux l'un vis-à-vis de l'autre (B).

---

<sup>1941</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 63.

<sup>1942</sup> IBN KATHIR. *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. II. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols, p. 481.

## A- L'obligation de soumission de l'épouse à la volonté de son mari

En raison de la soumission quasi totale de l'épouse vis-à-vis de son mari, un auteur a comparé la situation de la femme mariée à une esclave qui doit obéir à son maître : « *Le mariage est une sorte d'esclavage. La femme devient donc l'esclave de son mari, elle a à lui obéir sans restriction pour tout ce qu'il réclame d'elle, si cela ne constitue pas une désobéissance vis-à-vis de Dieu* »<sup>1943</sup>. Cette assimilation de la femme à l'esclave n'est pas partagée par de nombreux auteurs contemporains qui la contestent<sup>1944</sup> et considèrent que le devoir d'obéissance auquel l'épouse est tenue n'est pas absolu et connaît des limites<sup>1945</sup>. La désobéissance d'une épouse ne doit pas être « *immotivée et injuste* »<sup>1946</sup> ; elle n'est justifiée que lorsque son mari l'incite à désobéir aux commandements divins. C'était le cas également en France médiévale où la femme pouvait désobéir à son mari dans le cas où il lui demandait d'accomplir des actes contraires à la religion ou aux bonnes mœurs<sup>1947</sup>.

En cas de « *désobéissance injustifiée* », la femme mariée est considérée en islam comme « *nachiz* ». Dans le Coran, un verset a été interprété comme accordant aux hommes le droit de « *corriger physiquement* » leurs épouses en cas de désobéissance : « *Celles dont vous craignez l'indocilité, admonestez-les ! Reléguez-les dans les lieux où elles couchent ! frappez-les ! Si elles vous obéissent, ne cherchez plus contre elles de voie de contrainte !* »<sup>1948</sup>. Ce verset a suscité de nombreux débats et désaccords entre les *fuqaha*<sup>1949</sup> en raison des interprétations diverses et variées sur la nature de la punition et son intensité<sup>1950</sup>. Si pour les malékites et hanafites le mari doit respecter la gradation contenue dans le verset coranique, à savoir la réprimande (*maw'iza*), l'abandon du lit (*hajr*) puis le châtiment corporel (*darb*), les chafiites et les hanbalites quant à eux ont jugé que le mari n'était pas tenu de la respecter et pouvaient envisager la punition corporelle en première intention<sup>1951</sup>.

---

<sup>1943</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1944</sup> *Ibidem*.

<sup>1945</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 76.

<sup>1946</sup> GAÏD, T. *La Femme ! Quelle place dans la religion musulmane ?* Paris : IQRA, 2015, p. 74.

<sup>1947</sup> BEGE-SEURIN, D. *op. et loc. cit.*

<sup>1948</sup> Coran (4:34).

<sup>1949</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>1950</sup> La plupart des *fuqaha* s'est accordée sur le fait que la punition corporelle doit être modérée (*ghayr mubrih*), qu'elle soit répartie sur plusieurs endroits du corps tout en épargnant le visage et le ventre. De même, la punition modérée implique également qu'elle n'aboutisse pas à fracturer un os, faire couler le sang ou encore entraîner la mort. Quant au moyen de « *correction* » physique, les avis ont divergé entre un cure-dents, la main, un bâton ou même un fouet. Cf. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1951</sup> *Ibid.*, pp. 57-58.

Selon Gaïd<sup>1952</sup>, la notion de *nochouz* telle qu'elle figure dans le verset coranique ne signifie pas une simple désobéissance de la femme vis-à-vis de son mari. Elle signifie selon lui la volonté de l'épouse de « *se placer à un niveau supérieur à celui de son mari* » et de « *s'imposer par sa fierté et son orgueil* »<sup>1953</sup>. Il considère qu'une telle épouse serait difficilement supportable, et empêcherait l'établissement d'une relation saine et équilibrée au sein du foyer. Selon Gaïd, certaines interprétations de ce verset ont attribué à l'islam la fausse idée selon laquelle le mari a le droit de maltraiter sa femme. Or, l'islam ne confère pas ce droit au mari, et ne soumet pas la femme à sa volonté, à ses passions et caprices. La femme est en droit de s'exprimer, et de refuser une demande qui lui a été formulée par son époux, dans la mesure où son refus est justifié<sup>1954</sup>.

Pour autant, l'obéissance à son mari est un devoir religieux qui conditionnerait - entre autres - l'entrée au paradis à l'épouse qui l'accomplit. Les juristes se sont fondés en cela sur de nombreux hadiths attribués au prophète : « *La femme qui accomplit ses cinq prières, jeûne son mois, préserve son sexe, obéit à son époux, va au paradis* » ; « *La femme qui décède et dont l'époux est satisfait d'elle va au paradis* »<sup>1955</sup>. Le devoir d'obéissance auquel est soumise l'épouse, tel que conçu et appliqué par les théologiens musulmans, est tellement étendu qu'il couvre tous les domaines de la vie. Cette obligation revêt des implications se subdivisant en deux devoirs : le devoir de cohabitation et celui de satisfaire son mari sur le plan sexuel<sup>1956</sup>.

En France, le devoir d'obéissance au Moyen Âge était également un devoir quasi absolu. Selon un ancien coutumier normand (1199-1220), « *la femme doit obéissance à son mari dans beaucoup de choses, dans la plupart des choses, et presque pour chaque chose* »<sup>1957</sup>. En cas de désobéissance, le mari avait le droit de « *corriger* » les défauts de sa femme en lui infligeant un châtement corporel. Ce droit, qui servait également à « *punir* » l'épouse en cas de désobéissance, figurait dans le droit médiéval entre le XII<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle et s'appliquait dans toutes les régions de France<sup>1958</sup>. De nombreuses traces écrites témoignent de l'existence de ce droit marital qui pouvait aller jusqu'à l'homicide en cas de flagrant délit d'adultère<sup>1959</sup>. Le droit

---

<sup>1952</sup> Tahar GAÏD, ancien ambassadeur et grand spécialiste de l'islam.

<sup>1953</sup> GAÏD, T. *op. cit.*, p. 73.

<sup>1954</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>1955</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1956</sup> GTARI, R. *op. et loc. cit.*

<sup>1957</sup> MIRABAIL, S. (dir.). *La famille mutante*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Éditions, 2016, p. 14.

<sup>1958</sup> BEGE-SEURIN, D. *op. et loc. cit.*

<sup>1959</sup> *Ibidem.*

de correction corporelle accordé au mari renforçait son autorité sur son épouse, sa supériorité et par conséquent l'infériorité de cette dernière.

La forme du châtiment corporel et son étendue étaient laissées au bon loisir du mari. Les coutumes encouragées par les mœurs de l'époque n'étaient point clémentes à l'égard des femmes. En Normandie, une des anciennes coutumes de France appelée « *Summa de Legibus Normanniae* » apparue au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>1960</sup> autorisait le mari à infliger autant de coups qu'il souhaitait à son épouse<sup>1961</sup>. La limite de son droit de « *correction* » était de ne provoquer ni traces apparentes ni épanchement de sang ; dans le cas contraire, l'épouse se trouvait en droit de protester contre cet abus<sup>1962</sup>. Certaines coutumes autorisaient des actes extrêmement cruels, voire des tortures à l'égard des épouses que nous ne détaillerons pas ici en raison de leur extrême violence, comme c'est le cas des coutumes du nord ; la coutume de Bordeaux de 1359 ; la coutume de Bergerac de 1387, ou encore celle de la vallée de Barèges en 1404<sup>1963</sup>.

Ainsi, au nom du sacro-saint devoir d'obéissance, la femme mariée était tenue à l'obligation de cohabitation même si elle subissait des violences de la part de son mari. À ce titre, la coutume de Beauvaisis contraignait l'épouse à supporter les mauvais traitements de son mari et à cohabiter avec lui. Cette coutume autorisait l'épouse à abandonner le domicile conjugal uniquement dans le cas où son mari la privait de nourriture et de vêtements, ou lorsqu'il entretenait ouvertement une relation avec une autre femme au sein du même foyer<sup>1964</sup>.

Deux facteurs augmentaient l'injustice subie par les épouses au Moyen Âge, à savoir d'une part l'indissolubilité des mariages, et d'autre part le refus des juridictions ecclésiastiques d'accorder le divorce aux épouses victimes de violences conjugales. Elles leur accordaient uniquement un droit de rupture du lien conjugal en cas de danger de mort<sup>1965</sup>. Même dans ce cas, l'époux conservait la gestion des biens du ménage malgré la résidence séparée. Heureusement, ce droit de correction corporelle a été aboli au XVI<sup>e</sup> siècle par la célèbre Ordonnance de Blois de 1579 qui régissait le droit matrimonial.

Cette Ordonnance, si elle maintient la puissance maritale<sup>1966</sup>, a toutefois supprimé le droit du mari de « *corriger* » sa femme en cas de désobéissance. Désormais, il avait le choix de saisir le tribunal royal via une procédure publique et contradictoire ou d'emprunter la voie d'une

---

<sup>1960</sup> MANEUVRIER, CH. (dir.) et JEAN-MARIE, L. (dir.). *Distinction et supériorité sociale : Moyen Âge et époque moderne*. Caen : Publications du CRAHM, 2010, p. 25.

<sup>1961</sup> Cité par BEGE-SEURIN, D. *op. et loc. cit.*

<sup>1962</sup> *Ibidem.*

<sup>1963</sup> Toutes ces coutumes sont citées par BEGE-SEURIN, D. *op. et loc. cit.*

<sup>1964</sup> BEGE-SEURIN, D. *op. et loc. cit.*

<sup>1965</sup> *Ibidem.*

<sup>1966</sup> *Ibidem.*

procédure administrative et secrète, par la demande d'une « *lettre de cachet* » au roi. Si l'époux choisissait cette dernière voie, l'épouse subissait l'injustice d'être privée de sa liberté en étant enfermée dans un établissement clos aussi longtemps qu'elle maintenait son comportement fautif. De nombreuses épouses demandaient elles-mêmes leur enfermement afin de fuir les mauvais traitements de leurs maris.

Aujourd'hui en France, le droit de correction physique est aboli depuis bien longtemps, mais demeure vivant dans les mœurs sous la forme des violences conjugales. Même si ce terme indique des violences exercées par un conjoint sur l'autre, il s'applique généralement à des faits commis par l'époux sur sa femme. Multiformes, ces violences peuvent être physiques, psychologiques, sexuelles ou encore économiques dans le cas où l'époux prive son épouse des revenus liés au foyer conjugal. Au XXI<sup>e</sup> siècle, les chiffres de la violence conjugale sont alarmants. On considère qu'une femme meurt tous les deux jours en France à cause de la violence conjugale<sup>1967</sup>.

Dans les pays musulmans en revanche, le droit de « *correction physique* » est toujours soutenu par la doctrine islamique fermement convaincue de sa légitimité religieuse<sup>1968</sup>. Cette couverture religieuse embarrasse les penseurs contemporains qui contestent ce droit en alléguant que la pensée islamique devrait ici évoluer pour s'adapter au contexte contemporain<sup>1969</sup>.

---

<sup>1967</sup> Franceinfo. (février 2019). *Une femme est tuée tous les deux jours en France par son conjoint ou son ex, selon un nouveau recensement*, accessible sur le site : <https://www.francetvinfo.fr/societe/violences-faites-aux-femmes/une-femme-est-tuee-tous-les-deux-jours-en-france-par-son-conjoint-ou-son-ex-selon-un-nouveau-recensement-3186037.html#xtor=CS2-765-%5Btwitter%5D-> .

<sup>1968</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>1969</sup> *Ibid.*, p. 63.



## **B- La polygamie : une manifestation de l'inégalité entre époux quant à leurs droits et devoirs**

La polygamie est l'un des effets les plus critiqués de l'autorité maritale<sup>1970</sup>. Pratiquée déjà avant l'islam, et aussi bien chez les Arabes que dans d'autres peuples<sup>1971</sup>, elle a été permise en islam dans des cas spécifiques<sup>1972</sup>, mais n'a jamais été autorisée dans les pays dont le droit dérive du droit canonique.

En droit français, dans la continuité de l'interdiction chrétienne de la polygamie, cette pratique est formellement interdite, quelle que soit la nationalité des personnes concernées par l'article 147 du Code civil : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». La méconnaissance de cette disposition légale pourrait entraîner la nullité absolue du second mariage, nullité dite « *d'ordre public* ». Ainsi, l'article 433-20 du Code pénal sanctionne l'époux coupable de bigamie d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 45000 euros.

Depuis la loi du 24 août 1993<sup>1973</sup>, les règles qui permettaient l'état de polygamie en France et le regroupement familial de type polygamique ont été abolies. Ainsi, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à plusieurs conjoints d'un ressortissant étranger polygame résidant sur le territoire français.

Le droit musulman quant à lui autorise la pratique de la polygamie, tout en conditionnant ce régime à des règles particulières et notamment à deux conditions qu'il revient d'envisager. La première condition est d'être équitable et juste vis-à-vis de toutes les coépouses. Concernant l'équité, la justification se trouve au verset suivant : « *Vous ne pourrez jamais être équitables entre vos femmes même si vous en êtes soucieux. Ne vous penchez pas tout à fait vers l'une d'elles, au point de laisser l'autre comme en suspens* »<sup>1974</sup>. D'après ce verset, si le mari pense qu'il ne peut être équitable entre ses épouses, alors il doit se contenter d'une seule. En cas de polygamie, les *fuqaha* ont ainsi insisté sur le droit de chacune des épouses à l'équité dans le

---

<sup>1970</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 100.

<sup>1971</sup> La monogamie strictement parlant n'a jamais existé, même dans les sociétés occidentales qui se déclarent officiellement monogamiques mais tolèrent tacitement le concubinage et les relations extra-conjugales. Cf. DE BENOIST, A. *Famille et société : origines, histoire, actualité*. Paris : Le Labyrinthe, 1996, p. 34.

<sup>1972</sup> « *Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins,... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule* ». V. Coran (4:3).

<sup>1973</sup> Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *JO* n°200 du 29 août 1993 p. 12196.

<sup>1974</sup> Coran (4:129).

partage des nuits<sup>1975</sup>. En pratique, les hommes ne respectaient pas cette condition et avaient recours à la polygamie seulement pour satisfaire leurs désirs charnels tout en bénéficiant de la couverture d'une union légale<sup>1976</sup>.

Concernant la seconde condition, la polygamie doit être limitée à quatre épouses à la fois. Ce droit a été accordé à l'homme en vertu du verset coranique « *Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela, afin de ne pas faire d'injustice (ou afin de ne pas aggraver votre charge de famille)* »<sup>1977</sup>. Cette condition est stipulée dans l'article 25 alinéa 2 du Code de la famille qatarien : « *il est temporairement*<sup>1978</sup> *interdit d'épouser plus de quatre femmes, même si l'une d'elles est dans la période d'Idda*<sup>1979</sup> ». Il convient de rappeler que la femme peut manifester dans le contrat de mariage qu'elle refuse que son mari prenne une autre épouse qu'elle, auquel cas elle pourra demander le divorce.

Ce droit resté incontesté pendant des siècles a commencé à susciter des débats parmi les auteurs contemporains qui en soulignent la nature profondément inégalitaire pour les relations entre époux. Selon Monsieur Aldeeb<sup>1980</sup>, la polygamie constitue une injustice envers les femmes, mais ne doit pas être abolie en toutes circonstances. En raison de son caractère religieux, elle n'a pas pu être abolie dans la majorité des pays musulmans. Selon lui, elle pourrait être autorisée en fonction des circonstances politiques et économiques de chaque pays, parfois susceptibles d'entraîner des déséquilibres sur le plan démographique. À ce titre, elle pourrait être préconisée en période de guerre à cause de la perte d'un grand nombre d'hommes<sup>1981</sup>.

De manière plus générale, l'une des raisons avancées pour justifier la polygamie est que le nombre de femmes excède celui des hommes. La polygamie permettrait ainsi de protéger toutes les femmes en leur garantissant la possibilité de se marier. Selon un auteur, cette pratique

---

<sup>1975</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>1976</sup> Il n'est pas étonnant que même dans ce cas les hommes ont l'appui de certains théologiens musulmans tels que Mohammad Ghazali qui a justifié la polygamie pour les hommes qui ont un besoin sexuel violent qu'une seule femme ne peut satisfaire. Cf. AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 104.

<sup>1977</sup> Coran (4:3).

<sup>1978</sup> La disposition sus évoquée constitue une simple interdiction temporaire puisque l'homme dispose toujours de la possibilité de divorcer de l'une de ses quatre épouses pour à son gré en choisir une nouvelle, il ne s'agit donc pas d'une interdiction permanente telle par exemple l'interdiction de se marier avec un parent.

<sup>1979</sup> Dans le langage juridique, « *période de retraite* » que la femme divorcée doit observer avant de se remarier. Cf. SOURDEL, D. et SOURDEL-THOMINE, J. *Vocabulaire de l'islam*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015, p. 50.

<sup>1980</sup> Sami ALDEEB, juriste suisse et responsable du droit arabe et musulman à l'Institut suisse de droit comparé de 1980 à 2009.

<sup>1981</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 209.

favorise ainsi l'égalité entre les femmes, puisqu'aucune n'est laissée de côté<sup>1982</sup>. À défaut, les femmes restées célibataires risqueraient de sortir du droit chemin en prenant une voie les menant à la perversion voire à la débauche et, inéluctablement, à la décadence morale<sup>1983</sup>. L'autre raison invoquée pour expliquer la nécessité de marier toutes les femmes est d'ordre humanitaire. Il s'agirait de mettre à l'abri du besoin les femmes célibataires, répudiées ou veuves. L'essence initiale du texte religieux se trouve en réalité contredite par la pratique, détournée de ses ambitions premières puisque les hommes ne se marient que très rarement avec des femmes répudiées ou veuves en tant que second mariage. De manière plus générale, s'il s'agit là d'une inquiétude philanthropique à l'égard des femmes seules, la question peut être soulevée de savoir si la seule solution envisageable consiste à les confier à un homme.

Au-delà des justifications avancées, la nécessité de contrôle social des femmes est le véritable principe permettant de justifier que la polygamie soit un droit exclusivement attaché à l'homme. La femme est considérée comme étant en danger lorsqu'elle est seule, mais surtout représente une menace pour l'ordre établi si elle ne se marie pas.

De manière plus globale, l'homme est considéré plus apte<sup>1984</sup> à procréer à tout moment de sa vie, et serait donc « *destiné* » à la polygamie en raison de sa nature biologique. Ces arguments ne permettent pourtant pas de prendre en considération les situations individuelles, telles que la stérilité, les maladies chroniques ou contagieuses qui pourraient venir remettre en question cette aptitude.

Pour justifier la polygamie, le théologien musulman Ghazali avance encore que les hommes ont besoin de satisfaire des besoins sexuels primaires, considérés comme des pulsions qu'ils doivent nécessairement assouvir, tout en précisant qu'une seule femme ne permettra pas de soulager cet instinct sexuel. C'est pour cela que l'homme devrait se tourner vers plusieurs femmes. Cette approche n'est pas exempte de critiques puisque si une importance moindre est accordée à ces « *besoins sexuels* », la polygamie perdra d'autant plus de sa justification<sup>1985</sup>. Il faut également souligner l'idée que, d'une part, les besoins sexuels à prendre en compte ne seraient que du côté de l'époux, et que d'autre part l'homme est présenté comme un être fatalement dépassé par sa pulsionnalité, qu'il n'aurait pas d'autre choix que de satisfaire.

---

<sup>1982</sup> DE BENOIST, A. *op. cit.*, p. 34.

<sup>1983</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 102.

<sup>1984</sup> À l'inverse, la femme n'a pas le droit, en islam, d'avoir des relations sexuelles pendant ses menstrues, la durée d'un accouchement voire en cas de grossesse et de l'allaitement. Cf. AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 104.

<sup>1985</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 104.

En réalité, il s'agit bien ici de permettre à l'homme de multiplier les épouses au gré de ses envies, quelles que soient les explications, toujours faibles et problématiques, qui sont avancées.

Dans les pays occidentaux, le mariage monogamique constitue en principe la norme institutionnelle en vigueur, en tout cas comme la règle applicable dans la majorité des situations. Ceci étant, cette règle légale a été éclipsée par l'apparition et le développement de nouvelles formes de conjugalité telle la liberté pré-nuptiale, le concubinage ou encore les liaisons extramatrimoniales. Selon le journaliste américain Robert Wright, au vu de la facilité du divorce et du remariage se dégage dans les faits l'existence d'une « *monogamie à répétition* » par la pratique du divorce, en plus d'une polygamie de fait permettant aux hommes d'avoir des maîtresses sans l'obligation d'assurer leur protection qu'imposent les sociétés polygamiques<sup>1986</sup>. D'après Wright, le passage du mariage polygamique à l'union monogame n'est pas une grande victoire pour l'égalité entre femmes et hommes, et suscite au contraire des disparités de statut et de traitement entre les femmes, tandis que le système polygame permettrait au moins, dans un contexte patriarcal, une redistribution plus équitable des biens des hommes parmi les femmes.

Il est intéressant de souligner que si la capacité des hommes à avoir plusieurs épouses n'est pas remise en question, en revanche l'idée d'une femme polygame semble absurde aux *fuqaha*, puisqu'ils leur semble impossible qu'une seule épouse satisfasse plusieurs maris à la fois. Cette asymétrie met en évidence l'inégalité dans les droits et devoirs des époux, puisque l'épouse doit se consacrer entièrement et pleinement à son époux, tandis que la réciproque n'est pas attendue. De manière générale, le mariage polygamique ne peut assurer une vision égalitaire et harmonieuse des rapports entre époux : « *Les hommes et les femmes sont considérés comme ayant des élans instinctuels semblables ; cependant, les hommes ont droit à quatre partenaires légitimes pour satisfaire leurs élans alors que les femmes doivent se contenter au mieux d'un seul homme ; et parfois, d'un quart à peine* »<sup>1987</sup>.

Par ailleurs, la polygamie met l'accent sur l'idée que l'homme est, à la différence de la femme, un être sexué avant tout, ayant des besoins, des désirs qu'il doit exprimer dans le cadre de la conjugalité. Ainsi et dans la continuité de cette conception, elle permet à l'homme « *d'humilier la femme en tant qu'être sexuel puisqu'elle est l'expression même de l'incapacité de cette*

---

<sup>1986</sup> DE BENOIST, A. *op. cit.*, p. 34.

<sup>1987</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 181.

*femme à le satisfaire* »<sup>1988</sup>. Ceci étant, la polygamie n'est pas sans présenter des risques inhérents quant à la paisibilité conjugale dans la mesure où cette institution revient à faire peser sur la famille une incertitude sur l'avenir de la femme ainsi qu'une menace à la stabilité du foyer<sup>1989</sup>.

Telle qu'elle est pratiquée dans les pays du golfe, la polygamie est selon Monsieur Aldeeb loin d'être juste envers les femmes. Si les abus, tels que l'abandon d'une des épouses et de ses enfants ou bien l'arrêt de versement de la pension alimentaire, sont déjà condamnés par la loi saoudienne comme qatarienne, cet auteur suggère que la pratique de la polygamie soit encadrée par le législateur<sup>1990</sup> afin d'éviter que ces situations ne se produisent. En effet, selon lui, il est difficile d'interdire la polygamie dans les pays appliquant la charia<sup>1991</sup>, mais cette pratique disparaîtra progressivement lorsqu'elle sera soumise à des conditions juridiques et sociales strictes ainsi qu'au contrôle systématique du juge.

La pratique de la polygamie ne fait pas l'objet d'un contrôle en Arabie Saoudite et au Qatar. D'autres pays arabes tels que le Maroc tendent pourtant à limiter ce droit par le recours à l'intervention du juge : ainsi que le stipule l'article 42 du Code de la famille (*la Moudawana*)<sup>1992</sup>, il y est nécessaire d'obtenir l'autorisation du juge pour contracter un second mariage. Plus particulièrement, le rôle du magistrat marocain sera de vérifier les capacités financières de l'homme pour subvenir à l'entretien de ses épouses, ou encore vérifier l'existence de justifications à la conclusion d'un nouveau mariage, par exemple la stérilité ou une maladie incurable de son épouse actuelle.

Même dans ces conditions, des opposants déplorent l'insuffisance de ces mesures et demandent tout simplement l'interdiction de la polygamie. Actuellement, cette institution se heurte à plusieurs évolutions sociales qui remettent en cause l'existence de la polygamie, à savoir « *l'éclatement de la famille patriarcale, la pratique du salariat, l'évolution des mentalités grâce*

---

<sup>1988</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 181.

<sup>1989</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>1990</sup> L'article 40 du Code de la famille marocain stipule que « *la polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse* ». Ainsi, le mari doit systématiquement informer le juge en cas de second mariage, afin que celui-ci vérifie notamment que le mari dispose de ressources suffisantes (article 41 du Code de la famille marocain).

<sup>1991</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, pp. 209-210.

<sup>1992</sup> « *Si le mari est autorisé à prendre une autre épouse, le mariage avec celle-ci ne peut être conclu qu'après qu'elle ait été informée par le juge que le prétendant est déjà marié et qu'elle ait exprimé son consentement. L'avis et le consentement sont consignés dans un procès-verbal officiel* ».

à l'effort d'instruction et la perception moderne des relations conjugales »<sup>1993</sup>, ses modalités d'application voire même son utilité sociale ne se justifiaient plus nécessairement dans la seule perspective religieuse. Ce principe, autrefois unanimement accepté, se trouve aujourd'hui régulièrement pointé du doigt de manière négative dans les sociétés musulmanes<sup>1994</sup>.

C'est ainsi que la Tunisie s'est affranchie des règles traditionnelles pour prôner et instituer l'interdiction de la polygamie<sup>1995</sup>. Il s'agit à ce jour du seul pays arabe ayant choisi une telle voie.

Depuis 1956, le législateur tunisien a fait de la polygamie<sup>1996</sup> un délit pénal sanctionné par une peine d'emprisonnement et une amende<sup>1997</sup>. Cette avancée majeure rompt totalement avec les pratiques de l'Arabie Saoudite et du Qatar, ce qui n'a pas été sans provoquer heurts et mécontentements auprès des auteurs classiques qui y voient une tentative de « *bricolage* » (*talfiq*) à partir du texte coranique ayant pour unique but de s'affranchir des préceptes religieux<sup>1998</sup>.

Pour ce faire, la Tunisie a opté pour une approche renouvelée de l'interprétation du verset 4:3 qui prévoit : « *Épousez donc celles des femmes qui vous seront plaisantes, par deux, par trois, par quatre, mais si vous craignez de ne pas être équitables, prenez-en une seule* », et du verset 4:129 : « *Vous ne pourrez jamais traiter équitablement toutes vos épouses si vous êtes polygames, dussiez-vous en avoir le plus vif désir* ». Par l'étude de ces versets, le législateur tunisien a pu trouver de réelles justifications pour interdire la polygamie dans la mesure où la condition de l'équité est manifestement et irrémédiablement impossible à satisfaire<sup>1999</sup>, et ce dans le cadre du respect des règles de l'islam.

Le législateur a tout simplement fait ici œuvre de réinterprétation des textes au regard de l'évolution des mœurs<sup>2000</sup>, ainsi que l'exprime l'auteur Charfi : « *on ne doit pas imposer à une société un droit contraire à ses convictions religieuses, mais on peut réformer le droit si on trouve dans la religion suffisamment de ressorts pour qu'elle soit comprise autrement* »<sup>2001</sup>.

---

<sup>1993</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, p. 182.

<sup>1994</sup> *Ibidem*.

<sup>1995</sup> V. article 18 du CSPT.

<sup>1996</sup> La polygamie est le mariage d'un homme avec plusieurs femmes ou l'inverse, qui existe généralement dans le cadre des sociétés données. La notion de bigamie en revanche ne recouvre pas la même réalité puisqu'il s'agit d'un acte illégal commis par une personne ayant déjà contracté un lien conjugal, mais qui prend l'initiative de contracter un second mariage avec une autre personne sans avoir pris les mesures nécessaires pour dissoudre le premier.

<sup>1997</sup> V. article 18 du CSPT.

<sup>1998</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. *op. cit.*, p. 341.

<sup>1999</sup> *Ibidem*.

<sup>2000</sup> Il s'agit de la « *clause kairouanaise* » qui provient de la ville de Kairouan en Tunisie où la polygamie était inconnue. Cette clause permet à la femme d'exiger de son époux qu'il n'épouse pas une autre femme. Cf. GTARI, R. *op. cit.*, p. 61.

<sup>2001</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. *op. et loc. cit.*

Cette avancée n'aurait pas été possible sans l'intervention décisive du président tunisien de l'époque, Habib Bourguiba, qui a souhaité améliorer la condition des femmes, en leur réattribuant la dignité à laquelle elles ont droit. Par la même, il s'est affranchi d'une vision considérée comme intangible en s'inspirant de la pratique de l'*ijtihad*<sup>2002</sup>, qui a permis de reconsidérer l'approche de la charia en mettant en exergue ses qualités de malléabilité et d'adaptabilité<sup>2003</sup>, tout en faisant souffler un vent libéral sur une institution datant de plus de quatorze siècles<sup>2004</sup>.

---

<sup>2002</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 95.

<sup>2003</sup> *Ibidem*.

<sup>2004</sup> « Nous nous sommes, explique-t-il, conformés à l'esprit du Livre saint [...] qui s'oriente vers la monogamie. Notre décision en la matière ne contredit aucun texte religieux et se trouve en harmonie avec notre souci de justice et d'égalité entre les sexes ». Et il ajoute dans le même commentaire, dans un esprit de provocation : « Les défenseurs de la polygamie devraient admettre dans un esprit d'équité que la femme soit polyandre en cas de stérilité de son époux » Cf. TOBICH, F. *op. cit.*, p. 104.



## Paragraphe II - Les incidences sur les droits de l'épouse

Bien qu'officiallement abolie, l'ombre de la notion de chef de famille plane toujours dans la relation entre les époux dans certains aspects de la vie conjugale. Malgré les évolutions du système juridique français dans les dernières décennies, il n'existe pas encore une réelle égalité entre les époux. Ces inégalités ne sont plus d'ordre juridique, mais peuvent être perçues comme les résidus de l'organisation familiale telle qu'elle était consacrée par le système juridique avant l'abolition de la notion de chef de famille. Ainsi, les tâches ménagères semblent toujours implicitement considérées comme ressortant du devoir de l'épouse, et ce, même lorsque celle-ci exerce une activité professionnelle et contribue au paiement des charges du foyer au même titre que son mari.

Dans les deux pays du golfe objets de cette étude, la notion de chef de famille existe toujours et s'exerce avec la force d'antan malgré les évolutions juridiques opérées sur le plan international en vue d'instaurer une égalité entre femmes et hommes de façon générale et entre les époux en particulier.

Quant à la Tunisie, si le devoir d'obéissance de l'épouse vis-à-vis de son mari a finalement été supprimé, la notion de chef de famille perdure, mais de manière affaiblie.

Dans ces trois pays, nous verrons dans quelle mesure l'exercice de l'autorité maritale vient limiter l'épouse dans la jouissance de son autonomie personnelle (A) ainsi que dans sa capacité à prendre des décisions concernant la vie de ses enfants et à leur transmettre nom et nationalité (B).

### A- Les répercussions de l'autorité maritale sur l'autonomie personnelle de l'épouse

Malgré les grands progrès pour l'égalité entre époux apportés par la réforme du droit de la famille tunisien en 1993, celui-ci demeure inspiré de l'interprétation classique du Coran qui a placé la femme dans une situation d'infériorité par rapport à son époux<sup>2005</sup>. Le Code du statut personnel maintient le modèle classique de la famille dans lequel le mari est considéré comme chef de famille : « *Le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire* »<sup>2006</sup>. À la lumière de cet article, on déduit que c'est le mari qui dirige

---

<sup>2005</sup> CHERIF AMMARI, A. *op. cit.*, p. 27.

<sup>2006</sup> Article 23 alinéa 4 du CSPT (modifié par la loi n°93-74 du 12 juillet 1993).

le foyer conjugal<sup>2007</sup> et qui représente l'autorité. Certes, sans le devoir d'obéissance, c'est un chef bien amoindri qui subsiste ici. Cependant, le fait de conserver le mari comme chef de famille en dépit de l'apport de la loi du 12 juillet 1993<sup>2008</sup> perpétue malheureusement dans certaines familles le modèle patriarcal dans lequel le mari use et abuse de son autorité dans la vie conjugale. Le sentiment d'inégalité maintenu par la réforme de 1993 s'illustre également dans les obligations de chacun des deux époux, en raison du renvoi de l'article 23 alinéa 2 du CSPT aux « usages et à la coutume ». Nul n'ignore que cette mention fait référence à l'obligation d'entretien pécuniaire à la charge du mari en contrepartie des devoirs conjugaux à la charge de l'épouse, principalement les tâches domestiques. *Quid* de l'obéissance qui fait partie des obligations de l'épouse selon les coutumes ? Il est regrettable que le législateur tunisien n'ait pas saisi l'occasion de l'importante réforme de 1993 pour balayer toutes les inégalités entre époux, et ait malheureusement fait perdurer l'ambiguïté dans la définition des devoirs de l'un et l'autre conjoint<sup>2009</sup>. Il peut être craint cette ambiguïté légale qui résulte de l'article 23 du CSPT ne conduise nécessairement à des désaccords entre les époux, accroissant le rôle du juge dans le cadre familial, qui deviendra selon une auteure « *le partenaire obligé de l'égalité parfaite entre les époux* »<sup>2010</sup>.

**La force juridique du devoir d'obéissance dans les pays du golfe.** Dans les textes de droit musulman traitant de la soumission de l'épouse à son mari, un lien fort est fait entre la question de l'obéissance et celle des rapports sexuels conjugaux. Dans les textes classiques, la femme est présentée presque comme « *un objet sexuel* »<sup>2011</sup> dont l'époux peut jouir quand il veut, sous couvert de religion ; elle ne peut s'abstenir de ce « *devoir conjugal* » qu'au nom de certains motifs reconnus comme valables (menstruations, accouchement ou jeûne de ramadan). Afin d'être disponible selon le bon vouloir de son mari, la femme ne doit pas accomplir de jeûne surrogatoire<sup>2012</sup> sans son autorisation ; certains théologiens ont même considéré que ce jeûne ne serait pas accepté par Dieu en l'absence du consentement du mari<sup>2013</sup>.

---

<sup>2007</sup> BOURAOUI, S. « Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques. » *Revue tunisienne de droit* (1993) : 119-140, p. 128.

<sup>2008</sup> Loi n° 93-74 du 12 juillet 1993.

<sup>2009</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°41298 du 4 février 2010 ; Cassation civile de Tunisie, arrêt n°66546 du 9 janvier 2012.

<sup>2010</sup> BOURAOUI, S. *op. et loc. cit.*

<sup>2011</sup> Ils se basent entre autres sur un hadith attribué au prophète selon lequel « *si le mari invite sa femme au lit et qu'elle s'y refuse, les anges la maudissent la nuit durant jusqu'au matin* ». Cf. alboukhari, hadith n°5193.

<sup>2012</sup> Le terme *surrogatoire* réfère aux jeûnes facultatifs.

<sup>2013</sup> « *Que la femme n'observe point le sawm surrogatoire sans le consentement de son époux quand il est à demeure* ». Cf. alboukhari, hadith n°5192.

Cheikh Ibn Baz a considéré que la satisfaction du désir charnel du mari par son épouse représentait le socle de son devoir d'obéissance<sup>2014</sup>. Ainsi, en cas de persistance du refus de l'épouse malgré l'absence d'empêchement légitime, le mari devra la traiter différemment en fonction de la nature de cette obstination. Lorsqu'elle a quitté le domicile conjugal pour vivre chez sa famille ou ses proches, « *il convient de lui demander de réintégrer le domicile conjugal, et si elle refuse de s'exécuter, on l'y obligera par la justice* »<sup>2015</sup>. Si elle demeure encore dans le domicile conjugal, alors « *son orgueil est une sorte d'indocilité (nochouz) qui mérite la correction* »<sup>2016</sup>.

Dans la même optique, on considère que l'épouse qui refuse de satisfaire le besoin sexuel de son mari attire sur elle la malédiction de Dieu et des anges, car désobéir à son mari reviendrait à désobéir à Dieu<sup>2017</sup>. Selon les écoles juridiques, excepté dans l'école hanafite, elle pourra être privée de la *nafaqa* (entretien alimentaire) tout le temps qu'elle se refuse à son mari<sup>2018</sup>. À la lumière de ce qui précède, on constate que le poids conféré par la doctrine musulmane au devoir d'obéissance, en particulier sur le plan sexuel, l'empêche de reconnaître la notion de viol conjugal.

**L'inégalité dans le choix du domicile conjugal.** Le devoir de satisfaction des besoins sexuels du mari découle du devoir de cohabitation<sup>2019</sup>. Ce dernier, plus étendu, consiste à imposer à l'épouse de résider dans le domicile choisi par le mari et d'y remplir ses devoirs conjugaux. Théoriquement, le choix du domicile conjugal doit à la fois correspondre aux moyens financiers du mari et au rang social de l'épouse. Le devoir de cohabitation est intimement lié aux restrictions dans le droit de sortir la maison, pour lequel l'épouse doit obtenir l'autorisation maritale<sup>2020</sup>.

---

<sup>2014</sup> Accessible sur le site officiel de Cheikh Ibn Baz : <https://binbaz.org.sa/fatwas/15197/-المرأة-فراش-زوجه-الا-العذر>.

<sup>2015</sup> Dans certains cas, le mari contraint judiciairement son épouse récalcitrante à rejoindre le domicile conjugal, selon le principe intitulé *bayt al-ta'a* (« maison d'obéissance »). Le juge qui rendait ce jugement pouvait s'intéresser aux raisons qui auraient poussé la femme à désobéir et quitter le domicile conjugal. En pratique, on exécutait les jugements relatifs à l'obéissance, par force, à l'aide de la police, quand la femme persistait dans son refus. Cf. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, op. cit., p. 55.

<sup>2016</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, op. cit., p. 53.

<sup>2017</sup> Certains *fuqaha'* ont accordé ce droit à l'épouse également en considérant que l'époux qui s'abstient d'accomplir son devoir conjugal désobéit à Dieu. Cette position n'a pas été partagée par les *fuqaha'* de l'école chafite qui considèrent que le devoir conjugal est un droit de l'époux seul, et qu'un droit ne peut pas être un devoir. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, op. cit., p. 48.

<sup>2018</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, op. cit., p. 54.

<sup>2019</sup> AGAHI-ALAOUI, B. op. cit., p. 89.

<sup>2020</sup> *Ibid.*, p. 91.

Dans le *fiqh* classique, la femme n'a pas le droit de quitter le domicile familial sauf lorsque celui-ci ne remplit pas les conditions assurant sa dignité et sa sécurité<sup>2021</sup>. Ainsi, les *fuqaha'* hanafites et malékites n'accordent ce droit à la femme qu'en cas de nécessité. Les *fuqaha'* chafiiites et hanbalites quant à eux conditionnent dans tous les cas les sorties des épouses à l'autorisation de leur mari<sup>2022</sup>. Pour cette raison les femmes, principalement en Arabie Saoudite, mentionnent de manière explicite dans le contrat de mariage qu'elles conservent le droit de rendre visite à leur famille ou d'aller au travail. De même, l'article 57 du Code de la famille qatarien stipule que parmi les droits de l'épouse figure celui de rendre visite à ses parents.

Une autre question qui suscite la discorde entre les *fuqaha'* est de savoir si les travaux ménagers sont l'apanage de l'épouse uniquement, ou bien des deux époux. Pour certains, les travaux ménagers reviennent à l'épouse, dans la mesure où l'homme assume la charge financière du foyer<sup>2023</sup>.

En Arabie Saoudite, l'article 30 de la loi sur l'état civil stipule que « *la résidence de la femme mariée est la résidence de son mari* ». L'exercice de l'autorité maritale dans tous les aspects de la vie conjugale et l'application scrupuleuse des dispositions relatives à l'imposition de la présence du *Mahram* ont conduit dans certains cas à des conséquences désastreuses et restreignent de toute façon largement l'exercice des droits des femmes ainsi que leur autonomie personnelle et financière<sup>2024</sup>.

La femme mariée au Qatar subit toujours la puissance maritale. Même si l'article 56 du Code de la famille qui énumère les droits réciproques des époux cite notamment la bonne cohabitation, le respect réciproque et la miséricorde, l'article 58 du même Code relatif aux devoirs de l'épouse à l'égard de son mari prévoit toujours le devoir d'obéissance ainsi que la « *direction des affaires du foyer* », autrement dit les tâches ménagères. De même, c'est le mari qui fixe le domicile conjugal<sup>2025</sup> ; l'épouse est tenue de le suivre<sup>2026</sup> sauf si elle a stipulé le contraire dans l'acte de mariage ou en cas de changement abusif de domicile conjugal<sup>2027</sup>. La femme mariée qui n'obéit pas à son mari, qui se refuse à lui ou qui travaille sans son autorisation est toujours considérée comme « *nachiz* », et partant, privée de sa pension alimentaire<sup>2028</sup>.

---

<sup>2021</sup> *Ibid.*, pp. 90-91.

<sup>2022</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>2023</sup> *Ibidem*.

<sup>2024</sup> Human Rights Watch. (juillet 2016). *Boxed In : Women and Saudi Arabia's Male Guardianship System* [en anglais], accessible sur le site : <https://www.hrw.org/report/2016/07/16/boxed/women-and-saudi-arabias-male-guardianship-system#page> .

<sup>2025</sup> Articles 64, 65, 66 et 67 du Code de la famille qatarien.

<sup>2026</sup> Article 65 du Code de la famille qatarien.

<sup>2027</sup> Article 65 du Code de la famille qatarien.

<sup>2028</sup> Article 69 du Code de la famille qatarien.

La jurisprudence tunisienne considère, quant à elle, la violation du devoir de cohabitation comme étant un préjudice justifiant la demande de divorce<sup>2029</sup> et la privation du droit à la *nafaqa*<sup>2030</sup>. Ainsi, l'épouse est obligée de suivre son mari dans son domicile qu'il fixe seul, en fonction de ses propres choix<sup>2031</sup>.

**La restriction de l'autonomie financière de l'épouse.** C'est l'autre volet qui manifeste l'ampleur de l'exercice de la puissance maritale. La dépendance financière de l'épouse vis-à-vis de son mari renforce le déséquilibre au sein du couple. En France, cette infériorité était d'autant plus pesante que le Code civil de 1804 n'accordait pas à l'épouse les moyens de contraindre son mari à remplir son devoir alimentaire. Encore pire, si l'épouse était dans la nécessité matérielle de travailler<sup>2032</sup>, son mari pouvait aisément lui refuser son autorisation.

Pour faire face aux éventuels abus de son époux, l'épouse pouvait saisir la justice, mais le coût important de la procédure l'en dissuadait<sup>2033</sup>. Même dans le cas où le mari autorisait son épouse à travailler, cette dernière n'avait pas la liberté de dépenser son salaire à sa guise, et encore moins d'épargner. L'abus d'exercice de la puissance maritale était tel que le mari pouvait, s'il autorisait son épouse à exercer une activité professionnelle, exiger de son employeur qu'il lui remette en personne le salaire de celle-ci<sup>2034</sup>.

La seule option lui permettant de jouir d'une certaine indépendance financière était de se marier avec contrat établi devant notaire, en choisissant le régime matrimonial de la séparation des biens qui lui permettait, dans certaines limites, de gérer son patrimoine financier et le fruit de son travail<sup>2035</sup>. En l'absence de contrat de mariage, l'apport de l'épouse, aussi modeste soit-il, sa dot, son salaire, tombaient en communauté<sup>2036</sup>, et partant, dans les mains du mari. Dans ce cas, l'épouse ne pouvait renoncer à la communauté de biens et pouvait se voir obligée de rembourser les dettes contractées par son mari durant leur vie commune<sup>2037</sup>.

À ce titre Glasson affirme qu'« *en réalité, cette législation du Code civil protège très efficacement la femme lorsque le mariage possède une certaine fortune, mais elle n'est pas faite pour la femme de l'ouvrier* »<sup>2038</sup>. Les femmes pauvres se voyaient refuser ce droit<sup>2039</sup> en raison

---

<sup>2029</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°1950 du 11 juillet 2000.

<sup>2030</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°29036 du 15 janvier 2004.

<sup>2031</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°42048 du 6 juin 1994.

<sup>2032</sup> AFTALION, A. *op. cit.*, p. 15.

<sup>2033</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>2034</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>2035</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>2036</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>2037</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>2038</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>2039</sup> *Ibid.*, p. 26.

notamment du coût élevé de la procédure judiciaire. Le droit de séparation de biens était finalement inaccessible aux femmes mariées pauvres qui subissaient à la fois l'injustice de traitement en raison de leur statut de femme mariée, et de leur appartenance à leur classe sociale. Ainsi, tandis que l'épouse subissait de plein fouet la puissance maritale de son mari et toute l'injustice qui pouvait en découler, le mari quant à lui n'était pas sanctionné s'il manquait à son obligation d'entretien, et encore moins à celle de protection de son épouse. Si cette inégalité flagrante entre les époux n'est aujourd'hui plus prescrite par le Code civil, quelques résidus de l'ancienne conception de la famille demeurent dans le système juridique français. En effet, sur le plan pécuniaire, la notion de chef de famille reste présente dans le domaine fiscal de façon implicite.

Ainsi la femme mariée, contrairement aux autres femmes (célibataires, veuves, divorcées ou pacsées), n'est pas considérée comme un contribuable à part entière. L'impôt sur le revenu calculé retient comme référence le foyer et l'imposition de ce dernier est assignée au mari. En effet, l'article 6-1 du CGI (Code Général des Impôts) dispose que « *les personnes mariées sont soumises à une imposition commune pour les revenus perçus par chacune d'elles et ceux de leurs enfants et des personnes à charge mentionnés au premier alinéa ; cette imposition est établie au nom de l'époux, précédée de la mention " Monsieur ou Madame " »*. Certes, la notion de « *chef de famille* » a été supprimée de cet article par le décret n°83-897 du 6 octobre 1983, mais l'établissement de la déclaration au nom de l'époux demeure, ce qui « *reflète le caractère patriarcal de l'impôt sur le revenu* »<sup>2040</sup>.

Si l'époux, qui reçoit la déclaration d'impôt, a accès aux informations fiscales concernant son épouse, l'inverse n'est pas vrai. Lorsque le mari refuse de fournir ses informations fiscales, notamment en cas de conflit, son épouse ne peut y avoir accès.

Cette situation s'est accentuée avec la dématérialisation des documents administratifs. Non seulement la déclaration des revenus en ligne est effectuée par le mari qui reçoit seul la déclaration d'imposition préremplie, mais de surcroît la déclaration d'impôt lui est envoyée exclusivement par voie numérique dans sa boîte personnelle. Cette démarche mettant la femme mariée à l'écart est déconcertante alors que de nombreuses réformes légales se sont succédé en France pour renforcer son autonomie et consacrer ses droits au sein du couple. Ceci nous interpelle dans la mesure où la dématérialisation des documents facilite leur circulation et leur

---

<sup>2040</sup> WEIDENFELD, K. (octobre 2010). *Réforme fiscale : et le quotient conjugal ? Ce que ne dit pas la réforme du gouvernement*, accessible sur le site : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/05/reforme-fiscale-et-le-quotient-conjugal\\_1419041\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/05/reforme-fiscale-et-le-quotient-conjugal_1419041_3232.html) .

transmission, ce qui nous amène à poser la question suivante : pourquoi ne pas envoyer les déclarations d'impôts aux deux époux sur leurs boîtes personnelles ?

Contrairement au droit français qui a instauré le régime de communauté des biens, le mariage en islam ne crée en règle générale aucun effet juridique sur les biens des époux de leur vivant. Chacun des époux conserve la pleine capacité juridique quant à la gestion et la disposition de son patrimoine personnel. Le seul effet que produit le mariage sur les biens des époux respectifs s'effectue après le décès de l'un d'entre eux par l'héritage des biens du conjoint décédé<sup>2041</sup>.

Le droit musulman accorde ainsi en principe aux femmes une autonomie financière vis-à-vis de leurs biens propres. Cette prérogative implique pour les femmes le droit de disposer de leurs ressources comme elles l'entendent dans la gestion de leurs intérêts pécuniaires<sup>2042</sup>. Lorsque l'époux souhaite s'immiscer en élevant une demande portant sur les biens de son épouse, cette dernière dispose de la faculté de demander le divorce. Le droit tunisien reste fidèle aux dispositions de la charia<sup>2043</sup>. L'article 24 du Code du statut personnel précise que « *le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de la femme* ». En revanche, le droit tunisien accorde au couple la possibilité d'opter pour le régime de la communauté des biens « *au moment de la conclusion du contrat de mariage ou à une date ultérieure* »<sup>2044</sup>.

Au Qatar, l'article 57 du Code de la famille relatif aux droits de la femme par rapport à ceux de son époux dispose dans son alinéa 4 que le mari n'a pas le droit d'« *intervention dans sa propriété privée* ». Cependant l'épouse, une fois le mariage conclu, est dans les faits considérée comme une personne soumise à la bonne volonté de son mari, lequel exerce son autorité sur ses gestes et biens. Ainsi ce principe d'autonomie se heurte en pratique à la notion d'obéissance de l'épouse.

L'Arabie Saoudite n'a prévu aucune loi pour faire face à cette situation : il n'y a pas de dispositions légales assurant aux épouses la protection effective de leur autonomie financière. Cette problématique se pose avec d'autant plus de vigueur lorsque l'épouse travaille. En effet, le mari peut alors, s'il le souhaite, se servir sur les fonds appartenant à son épouse en invoquant l'obéissance qu'elle lui doit – sous peine de demander le divorce unilatéral sans recourir à l'avis d'un juge.

---

<sup>2041</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, p. 15.

<sup>2042</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 63.

<sup>2043</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>2044</sup> V. article 1<sup>er</sup> de la loi n°98-94 du 9 novembre 1998, relative au régime de la communauté des biens entre époux.



Si le principe d'autonomie financière de l'épouse est celui qui est appliqué habituellement, le droit musulman permet également aux époux saoudiens et qatariens de choisir et d'inscrire le régime de la communauté des biens dans une clause du contrat de mariage, c'est-à-dire que les biens acquis pendant la vie commune des deux époux sont considérés comme des biens communs.

## B- La persistance de l'inégalité des époux à l'égard des enfants

En France, certaines lois ont instauré une égalité entre parents comme celle du 4 juin 1970 précitée qui a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale conjointe<sup>2045</sup>, même en cas de séparation des parents, franchissant un pas important dans ce domaine.

Cependant, l'inégalité entre les parents durant le mariage existe toujours, particulièrement dans les pays arabes où le père dispose sur ses enfants d'une autorité considérable par rapport à leur mère.

**L'asymétrie dans le droit d'exercice de l'autorité parentale.** Dans les pays du golfe, où le mari occupe la place de chef de famille, la puissance paternelle s'applique toujours. Le concept d'autorité parentale partagée est loin d'exister dans ces pays étant donné que le père exerce de plein droit une tutelle sur ses enfants mineurs dite « *tutelle de protection* »<sup>2046</sup>. Exercée sur la personne de ses enfants ainsi que sur leur patrimoine, la tutelle est un droit ou plutôt un « *privilège* » accordé exclusivement au père<sup>2047</sup>. Ainsi, le père intervient à des stades importants de la vie des enfants, notamment dans le cadre de la pension alimentaire. Sa mission éducative concerne à la fois la scolarisation, la formation et l'éducation religieuse. Par ailleurs, le père doit manifester son consentement au mariage de ses enfants, ce jusqu'à la puberté pour le garçon et sans limite d'âge pour la fille<sup>2048</sup>. La mère quant à elle est cantonnée à son rôle de pourvoyeuse de nourriture et des soins essentiels à ses enfants. Son consentement n'est pas demandé pour le mariage de ses enfants, même lorsque ceux-ci sont en dessous de la majorité matrimoniale ; celui du père suffit. En réalité, ce qui compte réellement est le fait que la mère témoigne de l'obéissance envers son époux dans le cadre du mariage. L'exercice exclusif de la tutelle par le père au détriment de la mère renforce l'inégalité entre eux.

Dans les pays du Maghreb, notamment en Tunisie, les législations ont évolué et accordé le droit de tutelle également à la mère, mais seulement en cas de décès ou d'incapacité du père. La loi du 18 février 1981 a modifié les articles du Code du statut personnel relatifs à la tutelle en accordant ce droit à la mère<sup>2049</sup>. De même, l'article 23 alinéa 3 CSPT a établi une égalité de

---

<sup>2045</sup> V. la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* n°7 du 9 janvier 1993, p. 495 ; Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 mars 2002, p. 4161.

<sup>2046</sup> MONJID, M. *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*. Paris : L'Harmattan, 2013, p. 153.

<sup>2047</sup> *Ibidem*.

<sup>2048</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 65.

<sup>2049</sup> Articles 154 et 155 du CSPT modifiés par la loi n°81-7 du 18 février 1981.

droits entre les parents, notamment en ce qui concerne l'éducation des enfants et la gestion de leurs affaires. Il s'agit ici d'une avancée importante dans le cadre du partage des responsabilités des époux en tant que parents qui illustre le respect par la Tunisie de la CEDEF<sup>2050</sup>.

L'article 6 du CSPT<sup>2051</sup> a également introduit une innovation majeure en matière d'égalité entre les parents en ce qui concerne la prise de décisions quant au mariage de leurs enfants mineurs. En effet, cet article requiert le consentement de la mère en plus de celui du tuteur du mineur<sup>2052</sup>. Cependant, cette modification semble mal introduite et s'articule mal avec les dispositions de l'article 8 non réformé qui dispose que : « *consent au mariage du mineur le plus proche parent agnat. Il doit être saint d'esprit, de sexe masculin, majeur* »<sup>2053</sup> ; « *le père ou son mandataire consent au mariage de son enfant mineur* »<sup>2054</sup> ou encore « *s'il n'y a point de tuteur, le consentement est donné par le juge* »<sup>2055</sup>. Dans cet article, aucune référence n'est faite au consentement de la mère, ce qui semble affaiblir l'innovation introduite par l'article 6<sup>2056</sup>.

Les dispositions de l'article 8 du CSPT, en particulier la référence faite *au parent agnat* affaiblissent le statut de tutrice légale de la mère de ses enfants mineurs après le décès du père introduit par la loi du 18 février 1981. De ce fait, même si la mère devient officiellement tutrice légale de ses enfants mineurs, elle ne peut, en vertu de l'article 8 du CSPT, consentir à leur mariage<sup>2057</sup>.

**La transmission du nom de famille.** Si en France l'autorité parentale est, d'un point de vue juridique, répartie également entre le père et la mère, la possibilité de transmettre son nom de famille est longtemps restée exclusivement patrilinéaire. Ce n'est qu'avec la loi du 4 mars 2002<sup>2058</sup> modifiée par la loi du 18 juin 2003<sup>2059</sup> que le législateur français a ouvert aux parents la possibilité de choisir le nom de famille qu'ils désirent transmettre à leur enfant. Si ce n'est pas le nom du père qui est choisi, il faut alors remettre une déclaration écrite conjointe à

---

<sup>2050</sup> V. article 5-b.

<sup>2051</sup> Modifié par la loi n°93-74 du 12 juillet 1993.

<sup>2052</sup> « *Le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère. En cas de refus du tuteur ou de la mère et de persistance du mineur, le juge est saisi* ».

<sup>2053</sup> Article 8 alinéa 1.

<sup>2054</sup> Article 8 alinéa 2.

<sup>2055</sup> Article 8 alinéa 3.

<sup>2056</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 156.

<sup>2057</sup> La Tunisie adoptant à 85% le rite malékite contre 15% le rite hanafite, n'a pas adopté une règle issue de l'école hanafite selon laquelle la mère peut exercer le droit de contrainte matrimoniale (*jabr*) en l'absence d'agnat.

<sup>2058</sup> Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JO* du 5 mars 2002, p. 4159.

<sup>2059</sup> Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO* n°140 du 19 juin 2003, p. 10240.

l'Officier d'état civil. Ces lois ont donné lieu à une réforme du droit afin d'instaurer une égalité entre les parents dans laquelle l'idée de liberté prédomine<sup>2060</sup>.

La question de la transmission du nom aux enfants a été soulevée à nouveau lors de l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe<sup>2061</sup>. Le réexamen et la modification de ces anciennes dispositions fondées sur la transmission patronymique ont permis de raffermir le principe d'égalité entre époux. D'un côté, chacun des deux époux peut, à titre d'usage, porter les deux noms simultanément soit « *par substitution* » soit « *par adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit* », ce qui est conforme au nouvel article 225-1 du Code civil. D'autre part, l'article 311-21<sup>2062</sup> accordait certes l'égalité aux deux parents pour la transmission d'un de leurs noms ou des deux accolés, cependant, en cas de désaccord s'imposait le nom du père. Ce n'est plus le cas suite à l'adoption de la loi du 17 mai 2013, qui prévoit qu'en cas de désaccord entre les parents quant au choix du nom de l'enfant, leurs deux noms sont retenus « *dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique* ». Ainsi, la loi du 17 mai 2013 signe la fin de la prééminence du nom du père, même en cas de désaccord.

Toutefois, le Code civil dispose qu'à défaut d'une intervention des parents (aucun choix commun ni manifestation de désaccord), lorsque la filiation de l'enfant « *est établie simultanément* » à l'égard de ses parents, la priorité sera donnée au nom du père. Ainsi, même si les parents peuvent également choisir de transmettre leur nom, la norme coutumière passée perdure.

En droit saoudien, qatarien et tunisien, l'enfant porte d'office le nom de son père légal. Dans ces pays, les femmes ne peuvent pas transmettre leur nom de famille à leurs enfants. Cette interdiction trouve sa base légale dans la charia. En effet, un hadith prévoit que « *tout homme qui s'attribue sciemment un père autre que le sien fait acte d'impiété* »<sup>2063</sup>. Ce hadith fait suite à un verset coranique qui stipule précisément : « *Appelez-les (vos fils adoptifs<sup>2064</sup>) du (nom) de*

---

<sup>2060</sup> CICLE-DELFOSSÉ, M.-L. « La dévolution du nom de famille. » *Encyclopédie du JurisClasseur : Code Civil* (2013): Art. 311-21 à 311-23 - Fasc. Unique.

<sup>2061</sup> V. Article 311-21 du Code civil.

<sup>2062</sup> Cet article a été créé par la loi n°2003-516 du 18 juin 2003 - art. 2 JO 19 juin 2003 en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 modifiée par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 11.

<sup>2063</sup> AL-NAWAWÎ, Y. *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 6. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols., p. 504.

<sup>2064</sup> Dans certains pays arabes tels que l'Arabie Saoudite et au Qatar, à l'exception de la Tunisie, il n'est pas question d'adoption mais de *kafala*. En effet, les lois dans la plupart des pays musulmans interdisent l'adoption au sens français du terme.

*leurs pères : cela est plus juste auprès de Dieu* »<sup>2065</sup>. En revanche, ce verset interdit formellement l'adoption plénière ; il est donc prohibé d'attribuer son nom de famille à un enfant qui n'est pas le sien. Selon les *fuqaha'*, ce verset peut également être appliqué à la femme qui doit garder son nom de famille, à savoir le nom patronymique ; il lui est interdit de changer ce nom en se mariant.

En Tunisie, malgré les remarquables avancées apportées, la réforme de 1993 n'a pas aboli toutes les inégalités entre parents. Subsiste encore le privilège de la filiation agnatique, c'est-à-dire une filiation par les mâles, et partant, la transmission du nom patronymique par les hommes uniquement. En revanche, selon la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue<sup>2066</sup>, la mère doit attribuer son nom patronymique à son enfant mineur et dont la filiation est inconnue<sup>2067</sup>.

**La transmission de la nationalité aux enfants.** L'attribution de la nationalité relève de la souveraineté de chaque État<sup>2068</sup>. La nationalité française peut être attribuée soit par la naissance en France de parents nés en France (*double droit du sol*)<sup>2069</sup> soit par filiation (*droit du sang*)<sup>2070</sup>. Depuis plus d'un siècle et demi, le Code civil français de 1804 était fondé sur le principe de la supériorité du père sur la mère. Il a fallu attendre la loi du 9 janvier 1973 pour que le principe d'égalité entre époux soit consacré<sup>2071</sup>.

La nationalité tunisienne peut être transmise à ses enfants de deux manières : soit en raison de la naissance sur le sol tunisien (*droit du sol*), soit, dans le cas d'une naissance à l'étranger, du fait de parents tunisiens (*droit du sang*). Dans ce dernier cas, le droit tunisien maintenait jusqu'à récemment la faiblesse du droit de sang maternel face au droit du sang paternel. L'ancienne version de l'article 6 prévoyait en effet qu'il suffisait que le père soit tunisien pour que la nationalité soit transmise à son enfant. En revanche, si seule la mère était tunisienne, il fallait démontrer que le père était inconnu ou de nationalité inconnue, ou encore que l'enfant soit né

---

<sup>2065</sup> Coran (33 : 5).

<sup>2066</sup> V. Loi n° 98-75.

<sup>2067</sup> V. le 1<sup>er</sup> article de ladite loi.

<sup>2068</sup> V. sur cette question la Convention de la Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Malgré la non-ratification des pays étudiés, la Convention a valeur de coutume internationale.

<sup>2069</sup> L'article 19-3 du Code civil dispose qu'« est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né ».

<sup>2070</sup> L'article 18 du Code civil dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

<sup>2071</sup> Depuis la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le Code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, *JO* du 10 janvier 1973, p. 467.

sur le sol tunisien, pour que celui-ci reçoive la nationalité tunisienne<sup>2072</sup>. Le Code de la nationalité tunisienne a évolué depuis l'amendement apporté en 2010<sup>2073</sup>. Le nouvel article 6 du Code établit dorénavant une égalité totale entre époux en matière d'attribution de la nationalité par droit du sang.

En revanche, cet amendement n'a pas touché l'article 7 du Code de la nationalité tunisienne concernant le droit du sol. Cet article prévoit qu'est considéré comme tunisien l'enfant né en Tunisie et dont le père et le grand-père y sont nés. Une interrogation subsiste sur pourquoi l'article 7 n'a pas prévu « *dont le père et la mère y sont nés* ». Pourquoi est-il ici fait référence au grand-père plutôt qu'à la mère ? Cet effacement du rôle de la mère démontre clairement, comme nous l'avons souligné précédemment, l'importance de la filiation paternelle au détriment de la filiation maternelle. Ce décalage ne fait que perpétuer l'inégalité entre les époux.

Dans les pays de golfe objets de notre étude, la nationalité, fondée sur le droit du sang, se transmet par filiation paternelle. Ainsi, les femmes saoudiennes et qatariennes mariées à des étrangers ne peuvent pas transmettre leur nationalité à leurs enfants, ceci dans le but d'éviter que certains citoyens ne possèdent une double nationalité, ce qui est considéré comme contraire à l'intérêt public. Le droit a seulement accordé cette possibilité aux hommes, dont la nationalité est automatiquement transmise à leurs enfants sans formalité à accomplir. Les enfants se trouvent ainsi toujours rattachés de plein droit au père en bénéficiant de ses attributs (nationalité, nom, droits associés). Ce principe ne fait que renforcer la puissance paternelle au détriment de la mère.

Cependant, des mesures ont été prises, dans les deux pays du golfe étudiés ici, pour garantir aux enfants de femmes saoudiennes et qatariennes mariées à des étrangers le même traitement que celui accordé aux enfants saoudiens et qatariens en matière d'éducation, de santé, d'emploi, *etc.* Un projet de loi approuvé par le Conseil des ministres qatarien en 2017 prévoit ainsi d'octroyer une carte de séjour permanente à ces enfants ne disposant pas de la nationalité qatarienne. La loi qatarienne privilégie également les enfants de mère qatarienne pour les procédures de naturalisation, ainsi que le prévoit l'article 2 de la loi relative à la nationalité. À cet égard, plusieurs mesures ont été prises par un groupe de travail au Qatar pour examiner les dispositions de cette loi afin d'envisager les perspectives d'égalisation des droits des enfants de mère qatarienne, que celle-ci soit mariée à un qatarien ou non. En Arabie Saoudite également,

---

<sup>2072</sup> MALLEK, S. « Manh jinsiat alum litifliha (La transmission de la nationalité de la mère à son enfant) [en arabe]. » *Majalat dirasat qanounia* (2012) : 9-23, p. 13.

<sup>2073</sup> V. la loi n°55 de 2010.

l'acquisition de la nationalité saoudienne est facilitée pour les enfants de mère saoudienne : le Code de la nationalité stipule en effet que ceux-ci peuvent choisir la nationalité saoudienne lors de leur majorité, à plusieurs conditions, notamment qu'ils aient résidé continuellement dans le pays jusqu'à leur majorité.



## Conclusion

Même si la puissance maritale était commune aux pays arabes et aux pays européens dont la France, la législation de ces pays évolue différemment dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Des réformes ont été entreprises dans le but de rompre avec l'ancien droit. Cela s'est concrétisé avec la laïcisation du mariage et l'institution du divorce en 1792<sup>2074</sup>. La femme européenne jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, privée de certains droits, exercés par « *procuration* » par le chef de la famille<sup>2075</sup>, a vu son statut lentement évoluer depuis la Révolution française au gré des réformes législatives qui ont consacré leur indépendance et leur autonomie aussi bien au sein de la famille que dans la société. Ceci a conduit au déclin de la notion de chef de famille dans les pays européens avec l'émergence des principes internationaux et européens des droits de l'Homme qui prônent l'égalité de droits.

Ce n'est pas le cas pour les pays arabes. La notion de chef de famille s'appliquait et s'applique toujours en tirant sa légitimité de la religion. Les *fuqaha*, en maintenant une interprétation du verset coranique qui justifie la tutelle et l'autorité masculines, perpétuent encore aujourd'hui cette position pourtant inégalitaire pour les femmes.

La Tunisie, tentant de concilier tradition et modernité, recherche dans cette question un compromis, en conservant la notion de chef de famille tout en renforçant l'idée d'assistance mutuelle entre les époux, afin d'introduire progressivement une nouvelle vision des rapports conjugaux.

---

<sup>2074</sup> V. la loi du 20 septembre 1792.

<sup>2075</sup> La société française dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle était une société à dominance collective, dans la mesure où certains actes, tel que l'acte de voter, n'étaient pas accomplis de façon individuelle mais de façon collective par les chefs de familles. L'absence de vote pour les femmes dans l'Europe occidentale de l'époque traduit clairement la puissance de la domination masculine exercée par le chef de la famille et l'infériorité de la position de la femme non seulement au sein de la famille, mais au sein de la société. Cf. LUIS, J.-PH. «La famille comme objet historique en histoire moderne et contemporaine.» AURAIJ-JONCHIERE, P. *Balzac et consorts : Scénographies familiales des conflits historiques dans le roman du XIX<sup>e</sup> siècle*. Leiden : BRILL RODOPI, 2015. 17-34, p. 28.

## Chapitre II - L'égalité entre époux et la dissolution du mariage

L'institution du divorce n'est pas nouvelle<sup>2076</sup>. Selon Voltaire, le divorce est « *de la même date à peu près que le mariage* » ; il continue par une boutade : « *je crois pourtant que le mariage est de quelques semaines plus ancien* »<sup>2077</sup>.

Le mariage peut être interrompu soit par le décès d'un des époux, soit du vivant des mariés par le recours au divorce. Cette institution a été et demeure controversée, parfois prohibée ou au contraire amplement autorisée, notamment au profit du mari en Arabie Saoudite et au Qatar.

Selon les principes du droit musulman, le mariage est considéré comme un simple contrat. Il existe ainsi trois voies de rupture de l'union conjugale : la répudiation unilatérale par la volonté du mari (*talaq*), la dissolution convenue avec compensation (*khul'*) et le divorce pour faute. Les systèmes juridiques saoudien et qatarien tirent ces trois types de divorce de leur lecture de la charia et des sources classiques du *fiqh*. La répudiation unilatérale est de loin le divorce le plus fréquent : elle représente 85,9%<sup>2078</sup> des divorces au Qatar et 86% en Arabie Saoudite<sup>2079</sup>.

En revanche, le droit tunisien de la famille s'inscrit dans un processus innovant en la matière. Il a innové par rapport au droit musulman classique tout en consacrant l'égalité de liberté de divorcer entre époux. Il convient de noter que les dispositions du CSPT ne contredisent pas le *fiqh* islamique<sup>2080</sup>. L'article 31 du Code du statut personnel énumère trois types de divorce : le divorce par consentement mutuel des époux ; le divorce à la demande de l'un des époux en raison d'un préjudice qu'il a subi ; ou encore le « *divorce caprice* » à la demande de l'un des époux et sans notion de préjudice. Ce dernier type est le plus fréquent<sup>2081</sup>. En Tunisie, l'égalité entre les époux en matière de dissolution du mariage n'est pas une nouveauté de la réforme de 1993, mais a été introduite depuis 1956. À la différence du droit français, le divorce amiable en Tunisie est toujours soumis au contrôle du juge et prononcé par lui.

---

<sup>2076</sup> Le Code des lois de Hammourabi régleme avec soin la répudiation unilatérale de l'épouse par son mari (§138) ou du mari par son épouse (§142). Cf. SCHEIL, V. *La loi de Hammourabi*. Paris : Ernest Leroux, 1904, pp. 26- 27.

<sup>2077</sup> BERNARD, C. *Penser la famille au XIX<sup>e</sup> siècle (1789-1870)*. Saint-Étienne : Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, p. 358.

<sup>2078</sup> Le ministère de la planification et des statistiques du développement, septembre 2018, le mariage et le divorce dans l'État du Qatar 2017, p. 21, accessible sur le site : <https://www.mdps.gov.qa/en/statistics1/pages/topicslisting.aspx?parent=population&child=marriagesdivorces> .

<sup>2079</sup> Le ministère de la Justice, le rapport statistique sur le mariage et le divorce, 2015, p. 10, accessible sur le site : <https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/Pages/Versions.aspx> .

<sup>2080</sup> MINISTERE DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME. *Majalat alahwal alchakhsia...*, op. cit., p. 217.

<sup>2081</sup> CENTRE DE RECHERCHES, D'ETUDES, DE DOCUMENTATION ET D'INFORMATION SUR LA FEMME (CREDIF), op. cit., p. 30.

En droit français, l'article 229 du Code civil qui énumère les cas de divorces précise que le divorce peut être prononcé en cas de consentement mutuel ; en cas d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; en cas d'altération définitive du lien conjugal ou enfin en cas de faute. Selon l'Institut national de la statistique et des études économiques, plus de la moitié des divorces, en France, sont des divorces par consentement mutuel<sup>2082</sup>.

Dans le divorce par consentement mutuel, les époux s'accordent sur leur volonté de rompre l'union. Ce type de divorce met par conséquent particulièrement en lumière les rapports entre les époux et l'institution encadrant le divorce, et permet donc de poser la question des enjeux de l'encadrement juridique pour l'égalité entre époux (Section I).

Le divorce à initiative unilatérale soulève d'autres interrogations : en effet, dans ce cas, la liberté de divorcer est mise en tension avec la liberté et les droits du deuxième contractant. Nous montrerons les inégalités entre époux dans les pays du golfe dans l'initiation d'une procédure de divorce unilatéral et nous interrogerons sur les moyens pour protéger les droits des épouses dans ce type de divorce (Section II).

## **Section I - L'encadrement institutionnel du droit individuel au divorce**

En droit musulman, la liberté de divorcer est considérée comme fondamentale. Cette conception est reprise dans le droit musulman, et est bien ancrée dans les systèmes juridiques des pays arabes objets de cette étude. En France, cette liberté de divorcer est consacrée bien plus tardivement en 1792.

Le divorce par consentement mutuel suppose que les deux époux font part librement de leur volonté éclairée de rompre le mariage. Ce type de divorce qui réalise la liberté de divorcer en mettant sur le même plan les deux époux respecte le principe d'égalité dans la loi. De ce fait, il est également intéressant de s'y arrêter pour interroger les perspectives d'égalité réelle, c'est-à-dire la protection effective contre les inégalités qui peuvent se maintenir malgré une loi égalitaire (Paragraphe I).

Il convient de se pencher sur le rôle que le législateur se doit de tenir quant à la protection des droits. Une différence importante d'approche et de traitement du divorce se mesure en fonction

---

<sup>2082</sup> Les Tableaux de l'économie française, édition 2018, *Mariages - Pacs - Divorces*, p. 28, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488#consulter> .

soit de son institutionnalisation soit de sa contractualisation. À ce titre, il est éclairant de comparer l'encadrement judiciaire dans les pays objets de notre étude, et de mettre en exergue l'existence d'éléments davantage contractuels et leurs implications sur la vie privée et familiale. Il s'agit d'analyser les enjeux pour l'égalité entre les époux selon que le divorce est envisagé comme institution ou comme contrat (Paragraphe II).

### **Paragraphe I - L'égalité des époux de divorcer**

Le divorce par consentement mutuel suppose la bonne entente entre les époux sur le principe même de la séparation, les modalités de rupture du mariage et ses diverses conséquences<sup>2083</sup>, dont l'attribution du logement familial, la garde des enfants, la pension alimentaire, la répartition des impôts, *etc.*

Parmi les pays objets de notre étude comparative, le divorce par consentement mutuel est pratiqué uniquement en France et en Tunisie. Il n'est pas autorisé dans les pays du golfe<sup>2084</sup> en raison de l'hégémonie de la puissance maritale et de la légalité de la répudiation unilatérale qui demeure majoritaire.

De la liberté de divorcer, que les quatre pays étudiés ici affirment, soit en tant que liberté contractuelle, soit en tant que droit fondamental (A) découle la faculté d'initier le divorce par consentement mutuel, faculté accordée aux époux en France et en Tunisie, mais inexistante en Arabie Saoudite et au Qatar, malgré sa compatibilité avec les textes religieux (B).

#### **A- La liberté de divorcer, un droit fondamental ?**

Dans une perspective de définition, il est intéressant de reprendre la distinction opérée par Monsieur Farge, qui oppose *droit de divorcer* et *droit au divorce*<sup>2085</sup>.

Le *droit de divorcer* doit être compris comme la possibilité légale de divorcer, même sous conditions strictes. L'autorité étatique prévoit alors des règles procédurales autorisant la dissolution du lien conjugal. Ce droit de divorcer est reconnu dans de nombreuses législations,

---

<sup>2083</sup> Les effets du divorce, s'appliquant après la dissolution du mariage, ne concernent pas l'égalité entre époux et ne seront donc pas traités dans le présent travail.

<sup>2084</sup> Si le *khul'* est parfois défini, par exemple dans le Code de la famille qatarien, comme un divorce par consentement mutuel, il ne sera pas traité ici ; en effet, nous montrerons en deuxième section qu'il s'agit en réalité d'un divorce par compensation financière.

<sup>2085</sup> FARGE, M. « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? » *RDLF* (2012) : 1-8.

et notamment dans les quatre pays étudiés ; peu de législations prohibent le divorce<sup>2086</sup>. Dans cette perspective, le législateur reconnaît l'effectivité du divorce, et doit prévoir et assurer les règles de fond comme les règles de procédures qui garantissent à chacun des époux le droit de divorcer dans les mêmes conditions légales.

Le *droit au divorce* quant à lui consiste pour l'un des deux époux à mettre fin de manière unilatérale à l'union conjugale, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute et indépendamment de la volonté de l'autre partie. Les tenants de ce droit invoquent le principe de liberté individuelle, considérant que celle-ci est contraire à tout engagement indissoluble, et s'appuient également sur le droit au respect de la vie privée et familiale, prévu notamment dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>2087</sup>.

Le droit de divorcer et le droit au divorce restent des droits distincts dans une première approche, mais cette considération n'est pas entièrement vraie dans la mesure où ils sont aussi indissociablement liés : l'État doit reconnaître de manière préalable le droit de divorcer afin que le droit au divorce puisse être effectif.

Du fait de la dimension religieuse du mariage, sa dissolution est une question épineuse. L'Ancien Testament reconnaît la répudiation unilatérale par le mari<sup>2088</sup>, mais les prophètes de l'Ancien Testament condamnent l'époux qui répudie sa femme sans raison valable<sup>2089</sup>. Se fondant sur les paroles de Jésus : « *Que l'homme ne sépare donc pas ce que Dieu a joint* »<sup>2090</sup>, la doctrine catholique considère, à partir du XI<sup>e</sup> siècle<sup>2091</sup>, que le lien du mariage est indissoluble.

À l'image de la religion chrétienne, l'islam considère également le mariage comme un lien sacré (*mithaq ghalidh*)<sup>2092</sup> béni par Dieu et fondé sur l'affection et la miséricorde (*al mawada wa al rahma*)<sup>2093</sup> entre les époux. Cependant, le mariage n'est pas considéré comme un lien indissoluble, mais « *irrévocable* »<sup>2094</sup>, c'est-à-dire pour lequel la séparation n'est autorisée que lorsque la vie conjugale devient impossible. Sa dissolution est donc licite, mais sa licéité est détestée (*makrouh*) conformément au hadith suivant : « *dans tout ce qui est licite, rien, au regard de Dieu n'est plus détestable que le divorce* »<sup>2095</sup>. La conception musulmane du mariage

---

<sup>2086</sup> *Ibidem*.

<sup>2087</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *Droit de la famille*. Paris : L.G.D.J, 2018, p. 273.

<sup>2088</sup> V. par exemple le Deutéronome (24.1).

<sup>2089</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 269.

<sup>2090</sup> Matthieu (19.6) ; V. également Luc (16.18) et Marc (10.9).

<sup>2091</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 270.

<sup>2092</sup> Coran (4 : 21).

<sup>2093</sup> Coran (30 : 21).

<sup>2094</sup> MAHIEDDIN, N. « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien. » *Revue internationale de droit comparé* (2006) : 73-100, p. 78.

<sup>2095</sup> Hadith rapporté par Abou Daoud.

diffère ainsi radicalement de l'approche chrétienne : ces religions considèrent respectivement cette union dans une vision contractualiste et dans une vision institutionnaliste.

Le divorce en islam trouve ses fondements dans deux versets coraniques : « *Si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Dieu rétablira l'entente entre eux* »<sup>2096</sup> ; « *Si les deux [époux] se séparent, Dieu pourvoira largement aux besoins de chacun d'eux* »<sup>2097</sup>. Les textes religieux précités témoignent de la manière dont les relations entre époux sont conçues en islam : elles sont fondées sur la nécessité de la concorde et l'existence d'une véritable entente mutuelle. Ainsi, le divorce n'est jamais un choix, il doit être considéré comme le dernier recours envisageable face à l'impossibilité de trouver les moyens et voies de réconciliation entre le couple. Dans cette perspective, le Coran a introduit des soupapes de sécurité pour dissuader au mieux les époux de parvenir à une telle issue, et pour lutter contre toute décision prise sans réflexion sérieuse et préalable<sup>2098</sup>. Les couples ne doivent pas choisir le chemin du divorce, ainsi que l'expriment notamment ces deux versets : « *Entretenez de bons rapports avec vos femmes, et si vous ressentez une quelconque antipathie envers elles, sachez que vous pouvez ressentir de l'antipathie pour quelque chose qui peut se transformer par la volonté de Dieu, en une source de bonheur infini* »<sup>2099</sup> ; « *Au cas où une femme constate de la part de son époux une hostilité quelconque, il n'y a aucun inconvénient à ce que les deux époux essayent de se réconcilier...* »<sup>2100</sup>.

Il convient de préciser que le terme employé dans le Coran est celui de *talaq*<sup>2101</sup>, qui signifie « *divorce, rupture* » et ne porte pas toutes les connotations négatives associées à la notion de répudiation, ainsi que le précise l'auteure Madame Lamrabet<sup>2102</sup>. Au regard de la réalité observée, on constate effectivement une différence entre la notion coranique et les législations des pays musulmans, dont l'Arabie Saoudite et le Qatar.

Dans les pays du golfe, le divorce est une prérogative, une liberté et même un droit reconnu essentiellement à l'homme, presque sans restriction, excepté les quelques dispositions formelles, prévues par les jurisconsultes, à respecter dans l'exercice des rites. Il existe de ce fait

---

<sup>2096</sup> Coran (4 : 35).

<sup>2097</sup> Coran (4 : 130).

<sup>2098</sup> LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, op. cit., pp. 94-95.

<sup>2099</sup> Coran (4 : 19).

<sup>2100</sup> Coran (4 : 128).

<sup>2101</sup> « *Vous ne faites point de péché en divorçant d'avec des épouses que vous n'avez pas touchées, et à qui vous n'avez pas fixé leur mahr* ». Cf. Coran (2 : 236).

<sup>2102</sup> LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, op. cit., p. 94.

un véritable droit au divorce dans ces pays dans la mesure où cette liberté n'est pas limitée par la nécessité d'un motif justifiant la rupture de l'union. Cette liberté est largement instituée au profit de l'époux ; l'épouse ne peut demander le divorce qu'en saisissant le juge dans des cas bien précis.

En droit tunisien, le droit au divorce est consacré comme un principe fondamental relevant de l'ordre public<sup>2103</sup>. Le législateur a fait le choix d'interdire la répudiation en tant que pratique contraire à l'égalité entre époux et donc aux principes du droit tunisien. Une telle prohibition n'implique pas pour autant une prise de distance avec les dispositions classiques du droit musulman en matière de droit au divorce<sup>2104</sup>.

Sous l'ancien régime en France, le mariage était considéré comme un lien indissoluble puisqu'il est sacré selon la doctrine catholique<sup>2105</sup>. En application de ce principe, les époux ont l'obligation de vivre ensemble et ne disposent de la faculté de défaire ce lien que par le biais de la nullité du mariage ou la séparation de corps<sup>2106</sup>. Le principe d'indissolubilité a fait l'objet de divergences d'interprétations au gré des régimes politiques français du XVIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la question de l'autorisation du divorce a donné lieu à de vifs débats entre d'éminents philosophes des Lumières tels que Rousseau et Voltaire. Voltaire considérait que « *l'indissolubilité du mariage est contraire à la nature et au bon sens* » ; Rousseau quant à lui opposait que « *le divorce est contraire à la nature et à la Raison, car il revient à autoriser une forme d'abandon des enfants* »<sup>2107</sup>.

Sous l'impulsion des Lumières, le divorce a finalement été admis par la loi du 20 septembre 1792 qui prévoit trois divorces différents : l'un pour causes déterminées, l'autre par consentement mutuel, et le troisième par la volonté d'un seul des époux, pour cause d'incompatibilité d'humeur. La liberté de se séparer<sup>2108</sup> a été l'un des apports importants de la Révolution française qui a mis fin au principe religieux d'indissolubilité du mariage : « *en rupture avec l'ancien droit français et avec le droit canonique, le mariage en tant qu'il n'est*

---

<sup>2103</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 168.

<sup>2104</sup> *Ibidem*.

<sup>2105</sup> LABBÉE, X. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* Villeneuve-d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 89.

<sup>2106</sup> La séparation de corps était admise car elle peut se convertir après un certain temps en une réconciliation et une reprise de vie conjugale sans qu'il n'y ait besoin d'un remariage. BRULEY, Y. « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité. » *Napoleonica. La Revue* (2012) : 111-126.

<sup>2107</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 115.

<sup>2108</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. « Le droit de la famille en quête de sens. » *Revue Projet* (2011) : 33-40, p. 37.



*qu'un contrat civil peut être rompu par la volonté des conjoints* »<sup>2109</sup>. En revanche, selon Portalis, un des rédacteurs du Code civil, le droit de divorcer est une liberté encadrée et non absolue, dans le sens où il n'est qu'un « *mal nécessaire* »<sup>2110</sup>. C'est, pour la première fois en droit français, la consécration du droit de divorcer.

À la suite de la liberté matrimoniale qui comprend à la fois la liberté de se marier et celle de ne pas se marier, la liberté de se séparer est considérée également comme un élément essentiel de la liberté individuelle qui implique que l'un des époux ne reste pas lié par le mariage contre son gré. Cette liberté n'est autre qu'une application du principe de prohibition des contrats perpétuels qui a été reconnu par la Cour de cassation dès le XIX<sup>e</sup> siècle au nom de la sauvegarde de la liberté individuelle<sup>2111</sup>. Repris ensuite dans de nombreux arrêts, le principe de prohibition des engagements perpétuels a été consacré le 9 novembre 1999 par une décision du Conseil constitutionnel<sup>2112</sup>. Récemment, l'Ordonnance du 10 février 2016 a modifié le Code civil en introduisant l'article 1210 qui prévoit que « *les engagements perpétuels sont prohibés* ». Ainsi, les époux ne peuvent soumettre leur acte ou contrat de mariage à un régime d'indissolubilité.

Le débat autour du divorce s'est poursuivi lors de la rédaction du Code civil. Ses rédacteurs ont tenu à affirmer une vision laïque du mariage dans le but de consolider les apports de la Révolution française<sup>2113</sup> et de rompre avec l'héritage juridique et religieux du Moyen Âge. Pour justifier la légalisation du divorce, Portalis s'est fondé sur la liberté des cultes. Selon lui, si certains cultes autorisent le divorce, la loi française doit également le tolérer afin d'ouvrir à ces personnes la possibilité de divorcer, de permettre à tous les cultes de s'exercer librement. Les personnes dont les cultes considèrent le mariage comme un lien indissoluble et interdisent le divorce ont toute la liberté de s'y conformer. Ainsi, le divorce a été maintenu dans le Code civil au nom de la liberté de conscience<sup>2114</sup>. Cet argument a été cité en 1900 par Jules Basdevant dans sa thèse<sup>2115</sup>, qui considère quant à lui que le législateur n'est pas tenu de se conformer aux idées religieuses qui peuvent troubler le bon ordre de la société.

---

<sup>2109</sup> DURAND, J.-P. « Code civil et droit canonique. » *Pouvoirs* (2003) : 59-79, p. 72.

<sup>2110</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>2111</sup> Cass. Civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380 *In* Le Rapport annuel 2014, *le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 203.

<sup>2112</sup> Les juges ont estimé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* » V. la décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, considérant n°61.

<sup>2113</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 25.

<sup>2114</sup> La faculté du divorce, selon le conseiller d'État Portalis (1801), est étroitement liée à la « *liberté de conscience* », Cf. PORTALIS, J.-É.-M. *op. cit.*, p. 30.

<sup>2115</sup> BRULEY, Y. *op. cit.*, p. 116.

Le Code civil de 1804 a tempéré l'exercice du divorce, en le limitant à celui par consentement mutuel ou par faute, supprimant ainsi celui par volonté unilatérale. Ainsi, si le Code civil consacre le droit de divorcer, il ne l'étend pas, dans un premier temps, jusqu'au droit au divorce. Le divorce va de nouveau disparaître sous la Seconde Restauration<sup>2116</sup> en vertu de la loi dite Bonald du 8 mai 1816. C'est seulement sous la III<sup>e</sup> république que la loi Naquet du 27 juillet 1884 réintroduit le droit de divorcer, mais uniquement sous la forme du divorce pour faute. Par la suite, le divorce est de nouveau limité à des cas très spécifiques<sup>2117</sup> sous le régime de Vichy. Le divorce par consentement mutuel ne réapparaîtra qu'en 1975.

Le droit au divorce quant à lui a été affirmé par une décision du Conseil constitutionnel en date du 29 juillet 2016, précision faite que ce droit est reconnu, mais ne jouit pas pour autant d'une valeur absolue. Pour ce faire, le législateur a fondé son raisonnement sur une disposition bien connue et intégrée dans le cadre du bloc de constitutionnalité, à savoir le dixième alinéa<sup>2118</sup> du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 prise notamment en ses articles 2 et 4 concernant la liberté du mariage et le droit de mener une vie familiale normale<sup>2119</sup>. Le Conseil constitutionnel admet ainsi qu'il existe une « *liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage* » en tant que « *composantes de la liberté personnelle* »<sup>2120</sup>. Cette décision est intéressante puisque même si le droit au divorce n'est pas consacré en tant que tel dans le Code civil, il en découle que ce droit est tout de même reconnu et dispose d'une certaine assise dans les principes constitutionnels.

La question de la consécration du droit au divorce mérite l'attention du législateur européen dans la mesure où elle se pose avec une certaine vigueur. S'agit-il ou non d'une liberté fondamentale ? Admettre le droit au divorce serait permis dans une première approche en se fondant sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui concerne le même droit, en considérant que « *l'impossibilité de divorcer est un obstacle à la liberté de se (re)marier* »<sup>2121</sup>. Peuvent également être invoqués l'article 8 de la Convention européenne des droits de

---

<sup>2116</sup> La Seconde Restauration est le nom attribué au régime politique de la France de juin 1815 à juillet 1830.

<sup>2117</sup> La loi du 2 avril 1941 interdit le divorce lors des trois premières années du mariage.

<sup>2118</sup> « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

<sup>2119</sup> « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » ; « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

<sup>2120</sup> Cons. const., 29 juillet 2016, n° 2016-557 QPC, cons. 5.

<sup>2121</sup> FARGE, M. *op. et loc. cit.*

l'Homme sur le droit au respect de la vie privée et familiale et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne portant également sur le respect de la vie privée et familiale, en argumentant que l'État ne peut s'opposer au divorce en tant qu'il est « *l'affaire des époux* »<sup>2122</sup>.

Le problème s'est posé en droit européen, par exemple dans le cas de l'Irlande où le divorce était interdit. La Cour européenne a argué dans l'arrêt *Johnston et al. contre Irlande* du 18 décembre 1986 que l'article 12 sur la liberté du mariage ne permettait pas de fonder un droit de divorcer, ces deux droits n'étant pas suffisamment proches pour permettre une telle œuvre créatrice. Au regard de l'évolution de la législation européenne ces dernières années, il aurait été permis de supposer que la Cour reconnaîtrait le droit au divorce. Cette reconnaissance n'a pas eu lieu comme permet de le vérifier l'arrêt *Babiarz c. Pologne* du 10 janvier 2017<sup>2123</sup> qui manifeste l'hostilité de la Cour à consacrer l'existence d'un droit au divorce.

Pour certains juristes, il s'agit là d'un « *mariage institution* » qui n'a rien en commun avec le « *mariage contrat* »<sup>2124</sup>. Il existe ainsi une différence majeure entre la pratique observée en France et dans les pays arabes, puisque dans ces derniers les dispositions textuelles placent les époux comme vecteur angulaire, c'est-à-dire au centre de la décision de rupture de l'union.

Une telle différence de régime se mesure par le fait que si le mariage doit être considéré comme un contrat, ce dernier régit le mariage selon ses principales règles, à savoir qu'il est permis de le résilier tout d'abord de manière unilatérale, mais aussi d'un commun accord, et enfin en cas de manquement d'une des deux parties.

---

<sup>2122</sup> *Ibidem.*

<sup>2123</sup> N° 1955/10.

<sup>2124</sup> LABBÉE, X. *op. et loc. cit.*

## **B- Le divorce par consentement mutuel comme égale participation à la décision de rupture**

Le mariage suppose d'obtenir le consentement des deux époux pour être valablement formé, et *a contrario* ces derniers peuvent décider d'y mettre fin : le *mutuus consensus* se résout alors en un *mutuus dissensus*<sup>2125</sup>. Le divorce *bona gratia*, c'est-à-dire par la volonté mutuelle des époux, était pratiqué à Rome<sup>2126</sup>. Il s'agit d'un divorce permis par de nombreuses législations<sup>2127</sup>.

Recourir au divorce consensuel consacre la liberté de divorcer et autorise les conjoints à décider de la rupture du lien matrimonial en préservant leur intimité et garantissant leur dignité. Ce type de divorce est prévu par les textes coraniques. Il apparaît comme le moyen privilégié pour les époux d'acter la fin de leur union et de recourir à une voie amiable par un accord et des concessions réciproques<sup>2128</sup>.

En France, depuis 1816 et jusqu'à la loi du 11 juillet 1975, le divorce par consentement mutuel n'était pas admis, car cette possibilité de dissoudre le mariage laissée à la seule volonté des époux ressortait d'une approche par trop contractuelle. Après la loi de 1975, le divorce par consentement mutuel est devenu le modèle de dissolution le plus prisé par les couples à l'échelle nationale dans la mesure où il permet un dénouement pacifique du lien conjugal<sup>2129</sup>.

Cette loi conçue par le doyen Carbonnier reposait sur l'existence de principes-cadres que les réformes ultérieures et successives ont repris et développés<sup>2130</sup>. Les principes directeurs du droit français contemporain du divorce se fondent sur les principes suivants : libéralisation, délégalisation et contractualisation. À ce titre, le législateur poursuit comme finalité de faciliter le recours au divorce (libéralisation), en réduisant voire en s'affranchissant des dispositions légales (délégalisation) et en s'inscrivant dans une logique de contractualisation<sup>2131</sup>.

Cette conception du divorce comme une décision contractuelle devant demeurer facile à mettre en œuvre a toujours été affirmée par les dispositions du droit musulman. C'est ainsi qu'elle est appliquée dans les pays du golfe. Il n'existe pas de lois imposant une réelle contrainte sur les

---

<sup>2125</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 272.

<sup>2126</sup> LAFERRIÈRE, M.-F. *op. cit.*, p. 461.

<sup>2127</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 272.

<sup>2128</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 101.

<sup>2129</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 79.

<sup>2130</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 280.

<sup>2131</sup> *Ibidem*.

époux qui décident d'eux-mêmes de leurs relations familiales en fonction de leurs sentiments individuels, leur morale individuelle, leur histoire et l'influence de leur famille.

Dans cette situation, il revient aux membres de la communauté de prendre les dispositions utiles pour régler les conflits conjugaux, en se référant à des règles religieuses et morales. Cela est consacré par les textes coraniques en ces termes : « *Si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Dieu rétablira l'entente entre eux* »<sup>2132</sup>. Ce verset attribue donc aux époux et à leur entourage une importante responsabilité pour trouver les remèdes adéquats aux conflits conjugaux. Ce système présente certes de nombreux inconvénients, notamment dans les deux pays du golfe, régis par un système tribal, où il apparaît qu'il ne suffit pas à protéger les droits des épouses.

**La réforme du divorce par consentement mutuel en droit français.** Ce n'est que récemment que le législateur français a envisagé la contractualisation comme principe directeur en matière de législation familiale, contrairement au droit musulman dans lequel le mariage ainsi que le divorce sont fondamentalement pensés dans une perspective contractuelle.

Les époux doivent marquer leur accord sur le principe du divorce et sur ses conséquences afin que cet acte soit « *fait* » : l'article 229-3, alinéa 1 du Code civil prévoit littéralement que « *Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas* ». Pour être considéré comme valide, le consentement des époux doit être certain, libre, éclairé et manifesté de manière expresse<sup>2133</sup>. La convention doit en outre reposer sur l'entière capacité de contracter des époux<sup>2134</sup>, ce qui signifie que ce cas de divorce n'est pas laissé au bénéfice de l'un des époux faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. Ces règles s'inscrivent dans la logique de la libre volonté individuelle des époux, sachant que ce principe est applicable concernant les autres formes de divorce par accord : divorce par consentement mutuel judiciaire et divorce accepté.

Enfin, la convention pour être valable doit reposer sur l'existence d'un contenu licite et certain, notion qui a remplacé les notions désormais désuètes d'objet et de cause. À ce titre, il est intéressant de se focaliser sur les éclairages apportés par la circulaire<sup>2135</sup> du 26 janvier 2017 qui précise ce qu'il convient d'entendre par la notion d'ordre public familial au regard des

---

<sup>2132</sup> Coran (4:35).

<sup>2133</sup> Article 229-3, 3° du Code civil.

<sup>2134</sup> Articles 1145, 229-2 et 249-4 du Code civil.

<sup>2135</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale.

dispositions de l'article 1162 du Code civil<sup>2136</sup>. Cette notion renvoie aux concepts d'autorité parentale, d'obligation alimentaire voire de prestation compensatoire<sup>2137</sup>. Contrairement au divorce par consentement mutuel judiciaire, le divorce conventionnel ne nécessite plus l'intervention du JAF, mais il requiert impérativement l'intervention de deux avocats et d'un notaire<sup>2138</sup>. Le divorce par consentement mutuel sans juge est devenu un divorce contractuel dans lequel une convention est contresignée par l'avocat de chacun d'entre eux, qui sera ensuite déposée au rang des minutes d'un notaire qui lui donne une force exécutoire.

En France, du fait de la dynamique de délégalisation, le législateur a assoupli le cadre juridique pour laisser davantage de place à la volonté des époux, ce qui a également nécessité de renforcer le pouvoir du magistrat pour juger les situations problématiques<sup>2139</sup>. Ce renforcement du rôle du magistrat peut être comparé à ce que l'on observe dans les deux pays du golfe pour d'autres types de divorce - puisque le divorce par consentement mutuel n'y existe pas. Dans ces deux pays, comme dans les nouvelles dispositions françaises, la règle juridique reste très souple pour garantir la liberté de divorcer, et le magistrat dispose par conséquent d'un important pouvoir décisionnel lorsque cela s'avère nécessaire.

**La procédure de divorce par consentement mutuel en droit tunisien.** Comme en France, ce type de divorce est prisé par les époux, car il s'agit d'une procédure plus rapide. Toutefois, la procédure tunisienne se distingue de celle prévue par le droit français. En effet, si en France le divorce par consentement mutuel consiste en l'établissement d'une convention officialisant la rupture du mariage, en Tunisie en revanche il est toujours formalisé par une décision du juge<sup>2140</sup>. En ce qui concerne la procédure, les époux doivent présenter devant le magistrat l'entente conjointement trouvée relativement au divorce ainsi qu'à ses conséquences. Le droit tunisien prévoit une conciliation amiable en présence du juge pour que les époux aient l'occasion de revenir sur leur décision de divorcer. Le juge doit acter l'accord des deux époux en prononçant

---

<sup>2136</sup> « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ».

<sup>2137</sup> CLAUX, P.-J., et al. *Droit et pratique du divorce*. Paris : Dalloz, 2017, p. 91.

<sup>2138</sup> Article 229-1 du Code civil.

<sup>2139</sup> En ce sens, le législateur de 1975 a conféré au juge le droit de refuser d'acter le divorce pour rupture de la vie commune si les éléments recueillis sont susceptibles d'avoir des implications d'une exceptionnelle dureté sur la situation des époux (art. 238 et 240 anc.), ou encore le droit de déroger au principe forfaitaire de la prestation compensatoire si celui-ci peut exposer l'un des conjoints à des conséquences graves (art. 273 anc.). Dans la continuité, la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 laisse au juge la faculté d'apprécier l'effectivité des principes suivantes : ainsi peut-il continuer à refuser, si l'équité le commande, d'octroyer à l'un des deux époux le bénéfice d'une prestation compensatoire aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé (art. 270, al.3).

<sup>2140</sup> L'article 30 du CSPT stipule que « *le divorce ne peut avoir lieu que par-devant le Tribunal* » ; V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°55108 du 1 avril 1997.

le divorce<sup>2141</sup> ; il n'est pas permis à l'un des époux de revenir sur la parole donnée dans le cadre de la conciliation lors de l'audience de jugement sans avoir recueilli au préalable l'acceptation de l'autre conjoint<sup>2142</sup>.

Puisque le consentement des époux est requis pour admettre la fin de l'union, le magistrat opère une vérification pour s'assurer qu'il n'y ait pas, en parallèle de la procédure, de tentative d'extorquer la compensation traditionnellement réclamée aux épouses (*khul'*), ou encore qu'il n'existe aucun type de contrainte ou de vice susceptible d'être utilisé par l'un des époux pour parvenir à ses fins<sup>2143</sup>. Ce contrôle permet que soit assurée et sauvegardée la liberté commune de décider la rupture du lien matrimonial<sup>2144</sup>.

Il est intéressant de souligner que si le droit français tend à se rapprocher davantage du divorce tel qu'il est pensé dans les textes fondamentaux de droit musulman - c'est-à-dire qu'une place centrale est laissée à la liberté des époux -, la Tunisie en revanche a fait le choix de poursuivre la voie inverse, à savoir que le droit familial a évolué vers un encadrement judiciaire plus important. Ceci s'explique par la différence des enjeux selon le pays. Face aux inégalités que subissaient les femmes, la Tunisie a fait le choix d'opter pour le renforcement de l'intervention du juge dans l'optique de permettre un véritable et durable changement des mœurs. Il apparaît en effet clairement, dans les deux pays du golfe, que cette liberté laissée aux époux a des conséquences délétères pour les droits des épouses.

**L'absence de divorce par consentement mutuel dans les pays du golfe.** L'analyse du Coran et des prescriptions en matière de liberté contractuelle permettent de déduire l'égal droit de divorcer entre les époux, que ce soit l'époux ou l'épouse qui se trouve à l'initiative de la rupture. Cependant, dans les deux pays du golfe étudiés ici et contrairement à ce que prévoient les textes religieux, le divorce par consentement mutuel n'est pas pratiqué.

Le divorce tel qu'il est pratiqué dans les pays du golfe correspond bien à l'exacte application de la notion de répudiation prise dans sa signification littérale, comme l'auteure Madame Lamrabet le précise, de « *révocation sine die de l'épouse par un mari qui détient, à lui seul, le pouvoir absolu de rompre les liens du mariage* »<sup>2145</sup>. Ce sens n'est pourtant pas présent dans le terme coranique *talaq*, en rien incompatible avec un divorce pouvant être initié aussi par l'épouse, voire par les deux époux conjointement. Ici encore, les législations des deux pays du

---

<sup>2141</sup> Article 31, 1° du CSPT.

<sup>2142</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°6299 du 9 février 1982.

<sup>2143</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°32561 du 21 mai 2009.

<sup>2144</sup> MONJID, M. *op. cit.*, p. 102.

<sup>2145</sup> LAMRABET, A. *Femmes et hommes dans le Coran...*, *op. cit.*, 94.



golfe s'en remettent davantage aux normes coutumières (*'urf*) qu'aux prescriptions coraniques, ce qui se vérifie dans les législations islamiques des pays susvisés<sup>2146</sup>.

Les *fuqaha'*, en interprétant les textes coraniques pour définir un cadre juridique au divorce, n'ont pas prévu de procédure de divorce par consentement mutuel. Ceci peut surprendre au vu des versets coraniques précités qui mettent au centre l'accord des époux pour rompre l'union ; il est à noter que le législateur tunisien s'est lui-même appuyé sur les textes coraniques pour légaliser ce type de divorce. L'absence de divorce consensuel dans le *fiqh* semble être la conséquence logique de l'asymétrie prévue dans les rapports entre époux par le système de la *qiwama* et son corollaire, le devoir d'obéissance. Comment en effet concevoir que la décision de rupture pourrait être conjointe si toute l'autorité matrimoniale est détenue par le mari tandis que l'épouse n'a pas voix au chapitre ? Au contraire, ce type de divorce nécessite au préalable de concevoir les rapports entre époux comme fondés sur la coopération et l'entraide.

---

<sup>2146</sup> *Ibidem.*

## **Paragraphe II - La question du rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel**

En France, le divorce par consentement mutuel avant 2016 présentait la particularité d'avoir une nature mixte : judiciaire dans la mesure où l'homologation du JAF était requise, mais conventionnel de par son principe et ses conséquences. La réforme de 2016 a limité drastiquement l'intervention du juge dans les divorces par consentement mutuel, favorisant la voie conventionnelle.

En Tunisie à l'inverse de la France, tous les types de divorce et en premier lieu le divorce par consentement mutuel sont des procédures régies par le magistrat qui dispose de l'entière maîtrise pour le prononcer. C'est ainsi que le débat a pris un chemin pouvant sembler paradoxal à première vue, dans la mesure où la judiciarisation du divorce a été présentée et perçue « *comme un triomphe de la liberté matrimoniale et de l'égalité entre époux* »<sup>2147</sup>.

Dans ces conditions en Tunisie, le divorce prend systématiquement une voie judiciaire, où le juge intervient comme instrument de contrôle pour encadrer la procédure, garantir le respect des modalités et recueillir l'ensemble des éléments ou explications utiles, ceci notamment dans un souci de préservation des droits respectifs des époux et par corrélation ceux des enfants (A). En France, le droit du divorce évolue selon une tendance inverse, qui se manifeste dans la nouvelle procédure de divorce consensuel prévue pour contourner et limiter les difficultés et lourdeurs administratives liées au fonctionnement de l'institution judiciaire. Ce choix de remettre la volonté des époux au centre de la décision de rupture de l'union conjugale amène à s'interroger sur ses conséquences pour l'égalité entre époux (B).

### **A- L'institutionnalisation du divorce garantissant l'égalité entre époux**

Si traditionnellement en droit musulman, le divorce n'est pas pensé comme requérant l'intervention d'un juge, la procédure de divorce par la voie judiciaire n'est pourtant pas incompatible avec les dispositions de l'islam. Cette position est en effet parfaitement étayée par les législateurs contemporains des pays du golfe étudiés, puisque l'épouse y dispose de la faculté de demander le divorce devant le juge sans que cela ne s'oppose aux préceptes religieux<sup>2148</sup>.

---

<sup>2147</sup> BOUZEKRI, M. *op. cit.*, p. 298.

<sup>2148</sup> *Ibid.*, p. 299.

Bourguiba, dans l'idée d'instaurer le divorce judiciaire, rappelle expressément que la rupture du mariage doit rester exceptionnelle, en s'appuyant sur la citation du hadith du prophète Mohammed : « *dans tout ce qui est licite, rien, au regard de Dieu n'est plus détestable que le divorce* »<sup>2149</sup>. En citant ces paroles, l'ancien président souhaitait montrer que l'interdiction de la répudiation unilatérale pratiquée jusque-là s'inscrivait en parfaite conformité avec l'islam, et que le divorce judiciaire devait être employé à bon escient par le croyant dans l'optique et la perspective de rester fidèle à sa religion<sup>2150</sup>. Il insiste sur le sentiment négatif associé à la rupture de l'union conjugale en général, et pointe du doigt la répudiation unilatérale en la qualifiant d'« *innommable* » et « *inhumaine* »<sup>2151</sup>.

L'instauration du divorce judiciaire n'est ainsi pas un objectif en soi pour Bourguiba. Le but poursuivi est de permettre une évolution des mentalités de son pays pour encourager la durabilité et l'effectivité des liens du couple afin de tendre vers la stabilité de la sphère familiale. La promotion de ces valeurs concerne l'ensemble de la collectivité puisque « *la société a besoin de familles stables* »<sup>2152</sup>.

En effet, la procédure reste relativement contraignante et peu incitative pour les époux. Dans le cadre de sa mission de conciliation dans les procédures de divorce, le juge de la famille en Tunisie doit tâcher de dissuader les époux de divorcer, surtout en présence d'enfants mineurs<sup>2153</sup>. Dans les divorces contentieux, le juge procède à trois audiences de conciliation, avec un intervalle de trente jours entre chacune d'entre elles<sup>2154</sup>. Ces délais ont été imposés afin de prolonger le temps de réflexion et ralentir la procédure de divorce. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, la procédure peut être abrégée, à la condition que cela ne lèse pas les intérêts des enfants.

Les dispositions de l'article 31 du CSPT modifié par la loi du 18 février 1981 relatif à la réparation du préjudice matériel et moral à l'égard des deux époux indistinctement ne s'appliquent pas en cas de divorce par consentement mutuel. L'alinéa 2 du même article qui accorde une réparation financière à l'épouse sous forme de rente mensuelle s'applique dans les cas de divorce en raison d'un préjudice subi ou dans le cas du divorce caprice.

---

<sup>2149</sup> CAMAU, M. et GEISSER, V. *op. cit.*, p. 73.

<sup>2150</sup> *Ibidem.*

<sup>2151</sup> « [...] *Édifier une société fondée sur la justice et sur le bien...* », V. Discours du 10 juillet 1965. Cf. CAMAU, M. et GEISSER, V. *op. cit.*, p. 74.

<sup>2152</sup> Discours du 24 juin 1966. Cf. CAMAU, M. et GEISSER, V. *op. cit.*, p. 74.

<sup>2153</sup> Article 32 alinéa 4 du CSPT.

<sup>2154</sup> Article 32 alinéa 4 du CSPT.

L'enjeu de l'institutionnalisation du divorce se manifeste davantage à travers le rôle incarné par le magistrat, garant de l'État dans les rapports entre époux, qui défend et promeut une vision égalitaire de la famille et du couple. Bourguiba insiste sur le caractère institutionnel du divorce qui a justifié l'intervention et le contrôle étatique dans le cadre des relations conjugales en ces termes : « *Le contrat de mariage et sa rupture, qui intéressent au premier chef la collectivité nationale tout entière, ne doivent pas être laissés au bon vouloir des seuls époux ou dépendre du caprice de l'un d'eux* »<sup>2155</sup>. Être partisan de cette conception signifie se faire le défenseur des droits des femmes susceptibles de subir des discriminations dans les rapports conjugaux, et militer pour un changement notable de perspective dans le cadre familial, ce dernier ne pouvant plus se limiter aux prescriptions conservatrices et traditionnelles.

L'« *exportation* » du divorce à l'amiable rendu par une juridiction tunisienne ne pose pas de problème en droit positif français, mais c'est l'inverse. C'est en effet la reconnaissance du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire français dans l'ordre juridique tunisien qui a suscité des incertitudes. Cette question s'est posée avec acuité en raison de l'importante circulation de personnes entre les deux pays, d'où le nombre élevé de mariages de tunisiens sur le sol français et *vice versa*. En effet, de nombreux ressortissants tunisiens se marient en Tunisie et s'installent ensuite en France. Dans le cas où leur divorce est prononcé en France, ils bénéficient de la récente réforme de la justice, et divorcent sans juge, en présence de deux avocats et d'un notaire. Cependant, pour que leur divorce prononcé en France soit reconnu en Tunisie, il leur faut obligatoirement le faire transcrire sur les registres d'état civil tunisiens du lieu où le mariage a été inscrit<sup>2156</sup>.

La question de la circulation internationale des divorces extrajudiciaires est régie par la circulaire du 26 janvier 2017 qui prévoit que la reconnaissance et l'exécution des « *décisions françaises rendues en matière de divorce et d'autorité parentale sont reconnues et exécutées dans un autre État selon les conventions particulières en la matière liant la France et l'État requis ou le droit national applicable* »<sup>2157</sup>. En la matière, la reconnaissance de divorces prononcés en France ou en Tunisie est régie par la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale précitée.

---

<sup>2155</sup> Discours du 10 août 1956. Cf. CAMAU, M. et GEISSER, V. *op. cit.*, p. 74.

<sup>2156</sup> Article 42 de la loi tunisienne n°1957-3 du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil ; V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°48586 du 17 janvier 1998.

<sup>2157</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale, Cf. BOMJ n°2017-06 du 30 juin 2017 – JUSC1638274C – p. 25.

Après la réforme introduite en droit français par la loi du 18 novembre 2016, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire n'est plus rendu par les autorités judiciaires, se trouvant ainsi en dehors du champ d'application de la Convention du 28 juin 1972.

Face au refus justifié des services d'état civil tunisiens de transcrire les divorces extrajudiciaires français, le ministère de la Justice a demandé l'avis du Centre d'études juridiques et judiciaires qui s'est montré hostile à accueillir ce nouveau divorce par une décision rendue le 25 mai 2017. La Commission de réforme du Code tunisien de droit international privé, interrogée également, s'est montrée plutôt favorable à sa reconnaissance par les autorités tunisiennes. Elle a suggéré aux citoyens qui se heurtent au refus de transcription du divorce français dans les registres d'état civil de saisir les tribunaux.

Le recours à la justice tunisienne a donné lieu à un jugement qui s'est prononcé pour la première fois sur la question importante de la transcription et la reconnaissance du divorce extrajudiciaire du droit français dans le droit tunisien<sup>2158</sup>.

L'insistance du législateur tunisien sur le rôle crucial du juge dans l'encadrement du divorce afin de garantir les droits des épouses et de promouvoir un changement social fort ouvre des perspectives intéressantes pour d'éventuelles réformes du droit du divorce en Arabie Saoudite et au Qatar.

Pour qu'il puisse y avoir divorce par consentement mutuel, l'épouse doit par définition être considérée comme capable de divorcer sans *wali* ou représentant. Or, comme nous l'avons montré, une telle faculté n'est pas reconnue en Arabie Saoudite et au Qatar notamment. Ces pratiques engendrent des conséquences dans le cadre des rapports matrimoniaux : les inégalités dans la liberté de divorcer vont de pair avec les inégalités au sein du mariage, puisque la capacité reste toujours la pierre angulaire du mariage. Ainsi, atteindre l'égalité en matière de divorce implique dans ces pays de concevoir et d'appréhender d'une nouvelle manière la participation des épouses aux décisions concernant le couple.

En l'occurrence, le législateur tunisien a fait ce choix en décidant d'œuvrer dans le sens d'un changement dans les rapports entre époux dans la question du divorce. Pour ancrer ces règles dans la sphère juridique, il est nécessaire de recourir à l'encadrement par le juge. Il convient de préciser le rôle que le juge se doit de tenir dans le cadre de son périmètre d'intervention, à savoir que ce dernier doit se cantonner à intervenir comme un tiers extérieur à la décision des époux sans s'immiscer dans leurs rapports<sup>2159</sup>. L'intervention du juge permet de ne pas laisser au seul

---

<sup>2158</sup> Le jugement n° 86358, rendu par le tribunal de première instance de Tunis le 14 novembre 2017.

<sup>2159</sup> Ainsi que cela peut être critiqué dans la procédure du *khul'*, analysée en deuxième section.

mari l'entière autorité dans le divorce, ce qui amoindrit voire supprime *de facto* la valeur d'un divorce par consentement mutuel.

Ainsi, en Tunisie, le mariage est considéré comme un cadre de l'état civil et le divorce comme une institution judiciaire. Le débat sur la judiciarisation ou la déjudiciarisation du divorce prend un sens tout à fait différent en France, où les récentes réformes du divorce par consentement mutuel tendent à remettre au centre la volonté des époux.

## B- La contractualisation des procédures de divorce

Le divorce par consentement mutuel en droit français prend ses racines dans les principes de respect de la vie privée, des volontés individuelles, et de la liberté de chacun des époux<sup>2160</sup>. La justification de l'intervention du juge peut être questionnée dans la mesure où les deux époux s'accordent. Par ailleurs, il est probable que les époux respecteront davantage un accord librement conclu qu'une décision judiciaire imposée.

Jusqu'à la réforme introduite par la loi du 18 novembre 2016 dite « *de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* »<sup>2161</sup>, le juge intervenait dans toutes les procédures de divorce, amiables comme contentieuses, pour garantir les droits des époux et ceux de leurs enfants. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, date d'entrée en vigueur de cette loi, le juge des affaires familiales n'intervient plus dans le divorce par consentement mutuel. C'est la première fois depuis l'admission du principe de dissolution du mariage au XVIII<sup>e</sup> siècle que le juge se retire d'une procédure de divorce. La réduction du rôle du juge avait été initiée par la loi du 26 mai 2004<sup>2162</sup> qui a remplacé, dans le divorce par consentement mutuel, la double comparution devant le juge par une comparution unique<sup>2163</sup>. Cette redéfinition du rôle du juge s'explique par la volonté de remettre au centre la volonté des parties en leur permettant de garder l'entière faculté de décider du maintien ou non du lien conjugal.

La loi du 18 novembre 2016 intègre le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire dès le Chapitre 1<sup>er</sup> du Titre VI du Code civil, intitulé « *Des cas de divorce* », en lui réservant une place de choix puisque ce type de divorce conventionnel est placé directement au sommet de l'ensemble des formes de divorce applicables. Le législateur a ainsi souhaité donner une certaine aura à ce divorce pour inciter à privilégier la voie extrajudiciaire plutôt que la voie judiciaire, laissant toute liberté de choix aux époux qui disposent alors comme ils l'entendent quant à la rupture du mariage et aux effets du divorce. C'est ainsi que le divorce conventionnel est prévu à l'article 229 alinéa 1<sup>er</sup>, sachant qu'il existe des passerelles au regard de l'article 247 alinéa 1<sup>er</sup> offrant la faculté aux époux de se rapprocher à tout moment pour divorcer par consentement mutuel. Ce nouveau divorce sort du champ judiciaire pour s'engager dans la

---

<sup>2160</sup> MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H. *op. cit.*, p. 281.

<sup>2161</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JO n°0269 du 19 novembre 2016.

<sup>2162</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JO n°122 du 27 mai 2004, p. 9319.

<sup>2163</sup> En effet, avant cette réforme, deux comparutions devant le juge étaient obligatoires. Lors de la première comparution, les époux étaient reçus individuellement puis ensemble, représentés par leurs avocats. À l'issue de cette audience, le juge aux affaires familiales (JAF) homologuait la convention temporaire du divorce qui fixe les mesures provisoires devant s'appliquer durant la procédure de divorce.



sphère conventionnelle<sup>2164</sup>. Il faut bien garder à l'esprit que l'essence même du divorce par consentement mutuel reste strictement identique dans la mesure où il s'agit d'un divorce considéré comme un accord commun entre époux, manifestant leur entente tant sur la rupture du mariage que sur l'ensemble des effets associés à ce divorce.

Le divorce extrajudiciaire est une convention soumise au respect des conditions de validité de droit commun des contrats prévues aux articles 1101 et suivants du Code civil<sup>2165</sup>. Il s'agit bien là d'une nouvelle orientation pour penser l'institution matrimoniale : la société intervenant pour assurer la formation du mariage ne dispose plus des mêmes prérogatives dans le cadre de la dissolution de la même union, ce qui peut sembler paradoxal.

Le recours au divorce extrajudiciaire par consentement mutuel permet de modifier l'état civil de l'époux ou l'épouse dans une forme de désinstitutionnalisation du divorce. Ce point invite à se demander plus largement dans quelle mesure la famille représente toujours un enjeu d'ordre public en droit français.

Il faut toutefois noter que les nouveaux textes réfèrent au contrat de divorce sous l'appellation de « *convention* »<sup>2166</sup>, « *acte sous signature privée contresigné par avocats* »<sup>2167</sup> ou encore « *consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire* »<sup>2168</sup>. Selon l'article 373-2-13 du Code civil, les formules précitées peuvent même fusionner en « *convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire* ». Ces circonvolutions dans la formulation marquent le refus du législateur d'employer le terme de « *contrat* » pour le divorce non judiciaire, contrairement à ce qui pourrait être attendu suite à la nouvelle définition du contrat<sup>2169</sup> depuis la réforme de 2016. Ainsi, le législateur préfère retenir une terminologie imprécise, qui revient à opérer une confusion entre la nature et la forme de l'acte en retenant le terme de « *convention* »<sup>2170</sup>. La confusion est d'autant plus forte que la « *convention de divorce* » est elle-même régie par l'article 1105 du Code civil<sup>2171</sup> qui concerne le droit commun des contrats. Selon Monsieur Casey, le législateur

---

<sup>2164</sup> CLAUDX, P.-J., et al. *op. cit.*, p. 87.

<sup>2165</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>2166</sup> V. par exemple : Article 229-1, alinéa 1<sup>er</sup>, alinéa 2 et alinéa 3 du Code civil ; Article 229-3, alinéa 2.

<sup>2167</sup> Article 229-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>2168</sup> Article 262-1, alinéa 2 du Code civil.

<sup>2169</sup> La nouvelle version de l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

<sup>2170</sup> Ce terme a été retiré de la définition du contrat au sein de l'ancien article 1101 du Code civil qui prévoyait que « *le contrat est une convention* ».

<sup>2171</sup> L'article 1105 du Code civil stipule que : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre./ Les règles particulières à certains contrats*

préfère le terme de convention dans la mesure où il souhaite « *donner à ce "machin" un statut différent d'un contrat de droit commun, et particulièrement garder ouverte la possibilité de le contrôler a posteriori, ce que l'on ne pourrait faire d'un contrat ordinaire* »<sup>2172</sup>.

Ainsi, en France, la déjudiciarisation n'est pas complète dans la mesure où les parties ne disposent que d'une liberté « *conditionnelle et surveillée* »<sup>2173</sup>. La décision de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ne relève pas de l'entière liberté contractuelle des parties dans la mesure où les pouvoirs publics se laissent la possibilité de remettre en cause la convention initialement conclue, d'autant qu'aucune disposition ne prévoit expressément que « *le juge ne peut défaire ce que la volonté des parties aura fait* ». Comme l'auteur le souligne, le magistrat peut tout à fait s'octroyer la faculté de contrôler la conformité de cette convention de divorce conclue par les parties. Il est important de souligner que la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire serait *sui generis* et ne peut pas être un simple contrat de droit commun<sup>2174</sup>, en raison de « *son caractère familial* »<sup>2175</sup> et parce que de ce fait elle concerne également des droits juridiquement indisponibles tels que l'autorité parentale.

À cette pierre angulaire qu'est l'autonomie de la volonté, le législateur souhaite marquer des limites dans deux situations : d'une part si un enfant mineur demande à être auditionné par le juge, d'autre part si l'un des époux est un majeur protégé, placé sous tutelle ou curatelle<sup>2176</sup>. Hormis ces deux exceptions se justifiant au regard de la protection due aux personnes ne disposant pas d'une autonomie suffisante, la majorité des cas de séparation par consentement mutuel ne passeront plus devant le juge<sup>2177</sup>, mais seront décidés en présence de deux avocats et

---

*sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux./ Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

<sup>2172</sup> CASEY, J. « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur. » *AJ Famille* (2017) : 14-26, p. 17.

<sup>2173</sup> *Ibidem*.

<sup>2174</sup> *Ibidem*.

<sup>2175</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale, Cf. BOMJ n°2017-06 du 30 juin 2017 – JUSC1638274C –, fiche n° 2, p. 9.

<sup>2176</sup> Le divorce par consentement mutuel judiciaire régi par les articles 230 et 232 du Code civil se fait dans les cas prévus par l'article 229-2 : lorsque le mineur informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge demande son audition par ce dernier ; et dans le cas où l'un des époux est placé sous l'un des régimes de protection. Dans l'un de ces deux cas, les deux époux demandent conjointement le divorce en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant tous les conséquences du divorce (Article 230 du Code civil). Par la suite, le juge homologue cette convention et prononce le divorce s'il constate que le consentement mutuel des époux est bien réel, libre et éclairé, et que la convention protège suffisamment les intérêts des enfants et les deux époux (Article 232 du Code civil).

<sup>2177</sup> Le passage obligatoire devant le juge restera réservé uniquement aux autres formes de divorce contentieux (divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, par altération définitive du lien conjugal et pour faute).

avec la validation d'un notaire. La loi du 18 novembre 2016 répond également à l'objectif non dissimulé d'associer les professions judiciaires que sont les avocats et les notaires dans le cadre de ce type de divorce<sup>2178</sup>.

Le rôle qu'exerçait le juge leur a été conféré<sup>2179</sup> pour simplifier la procédure. Afin de divorcer amiablement, les conjoints sont tenus de rédiger avec leurs avocats respectifs une convention qui est ensuite enregistrée par un notaire. La désignation de deux avocats est une autre modification introduite par la réforme pour que chaque époux ait un conseil personnalisé et indépendant, pour préserver leurs intérêts propres et ceux des enfants. Chaque avocat adresse à son client un projet de convention par lettre recommandée avec avis de réception. La convention doit respecter les formalités énoncées dans l'article 229-3 du Code civil<sup>2180</sup>. Ainsi, malgré le retrait du juge dans l'établissement de la convention, le fait que chaque conjoint élabore avec son avocat la convention en conformité avec les nombreux critères prévus par le Code civil permet tout de même de garantir l'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage.

Suite à la réception de la convention, chacun des époux doit observer un délai de réflexion de 15 jours. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que la convention est signée puis déposée auprès d'un notaire qui exerce un contrôle « *des exigences formelles* » de la convention en vérifiant qu'elle comporte toutes les mentions exigées par la loi. Là encore, le rôle du notaire est de contrôler que le divorce s'inscrit en conformité des dispositions légales, et donc ne vient pas heurter le principe d'égalité entre époux. Le contrôle achevé, la convention est ensuite déposée auprès des minutes du notaire. Ce dépôt lui confère une « *date certaine et force exécutoire* » ; autrement dit, le divorce devient effectif et entraîne les mêmes effets qu'un divorce judiciaire par consentement mutuel.

Ainsi, il revient aux époux de prendre les dispositions utiles pour régler toutes les questions liées à leur séparation. Ces derniers doivent être en mesure de trouver un accord respectueux de l'intérêt de chacun sans que le juge n'intervienne. Ce n'est là que le prolongement de la pratique

---

<sup>2178</sup> CLAUX, P.-J., et al. *op. cit.*, p. 87.

<sup>2179</sup> L'article 229-1 du Code civil détaille clairement la nouvelle procédure : « *Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374* ». La convention est ensuite « *déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4* ». Enfin, ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

<sup>2180</sup> Elle doit notamment comporter expressément, à peine de nullité, l'identité de chacun des époux, et de chacun de leurs enfants, la date et lieu du mariage ; le nom et l'adresse de chacun des avocats, l'accord des parties sur la rupture du mariage et sur ses effets ; les modalités de règlement des effets du divorce particulièrement le versement d'une prestation compensatoire ainsi que l'état liquidatif du régime matrimonial en forme authentique devant notaire. De même, la convention doit porter également la mention que le mineur a été informé par ses parents à son droit d'être entendu par le juge et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

ancienne, puisque les magistrats ne consacraient en réalité dans le cadre du divorce par consentement mutuel qu'un temps très limité, de sorte que le contrôle exercé par le juge était davantage symbolique qu'effectif. En outre, les époux doivent désormais se montrer particulièrement attentifs à ne pas procéder à des choix susceptibles d'avoir des incidences négatives sur leur propre situation voire sur leurs enfants. C'est ainsi que le rôle de contrôle autrefois dévolu au juge est laissé désormais aux avocats qui se doivent de faire preuve de suffisamment d'écoute, de pédagogie et de persuasion. Ceci signifie que la défense individuelle de droits individuels vient remplacer la protection du juge garantie par l'État. Les avocats peuvent-ils effectivement tenir ce rôle et, le cas échéant, est-ce bien leur rôle que d'assumer une telle mission ? D'autre part, le recours à cette nouvelle procédure a été un succès<sup>2181</sup>, mais n'a pas été sans coût pour les époux. L'obligation de désigner un avocat pour chaque époux, et non plus un avocat commun, instaurée par la réforme implique en effet une dépense supplémentaire.

La situation actuelle en matière familiale n'est pas sans susciter des interrogations. À titre d'illustration, la question peut être posée de savoir si le juge se doit d'acter la décision trouvée par la volonté commune des individus, ou au contraire de prendre les dispositions permettant d'empêcher que l'un des deux époux prenne une décision néfaste à son propre égard. Autrement dit, le magistrat avait le choix entre conférer à la volonté des époux la valeur de seule décision constitutive du divorce, et faire prévaloir les principes d'ordre public ou de dignité sur la volonté individuelle des époux. Le choix retenu d'alléger la procédure de divorce par consentement mutuel est-il le plus pertinent pour garantir l'égalité entre époux ?

---

<sup>2181</sup> Ministère de la Justice. (février 2018). *Divorce par consentement mutuel sans juge, Quel bilan, 1 an après la réforme ?*, accessible sur le site : <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-31342.html> .

## Conclusion

Recourir au divorce sans l'intermédiaire du juge rompt de manière révolutionnaire avec la philosophie antérieure à 2016. La déjudiciarisation modifie profondément la nature du divorce, et par corrélation la nature du mariage. Appréhender le divorce sous l'angle judiciaire permettait d'assurer un équilibre social tant entre les époux qu'avec les enfants<sup>2182</sup>, en laissant au juge la faculté de ne pas acter un divorce dans l'hypothèse où la convention lui semblerait contrevenir aux intérêts soit de l'un des époux, soit d'un enfant du couple<sup>2183</sup>.

Le caractère extrajudiciaire du divorce à l'amiable en France ne pose vraisemblablement pas de difficultés en droit français ; il n'en est pas de même quand il est amené à « *circuler* » en dehors des frontières de l'Hexagone. La circulation internationale des décisions de la justice française est bien encadrée en droit européen et international, et la reconnaissance de ces décisions diffère selon qu'il s'agisse de pays situés dans l'Union européenne ou à l'extérieur de l'Union.

La situation tunisienne et la situation française présentent une importante différence en terme d'enjeux puisque la Tunisie a fait le choix s'appuyer sur l'institutionnalisation du divorce dans la perspective de modifier durablement les rapports entre époux, et de les dissuader de recourir au divorce. Le législateur français en revanche a souhaité donner une plus grande liberté aux individus en développant des rapports matrimoniaux davantage régis comme convention, mais en s'appuyant toutefois sur une codification précise des droits de chacun et de la procédure à respecter afin de garantir l'égalité entre époux.

---

<sup>2182</sup> SAINT-PERN, L. « Le divorce sans juge en droit comparé. » *Droit de la Famille* (2018) : 11- 14, p. 11.

<sup>2183</sup> *Ibidem*.

## Section II - La liberté de divorcer, en tension avec les droits des épouses

Le droit au divorce est consacré depuis plus de mille quatre cents ans par le droit musulman. La répudiation est un exemple manifeste de ce droit puisqu'elle permet au mari de se séparer de sa femme unilatéralement, sur sa seule volonté.

Dans les pays du golfe Arabe qui appliquent toujours le droit musulman classique, la dissolution du lien conjugal ne se fait pas nécessairement par voie judiciaire. Le droit de dissolution unilatérale du mariage appartient classiquement au mari. Le mari dispose du droit exorbitant de mettre fin au lien conjugal par la répudiation unilatérale (*talaq*), sans avoir à motiver sa décision ni à s'assurer du consentement préalable de son épouse<sup>2184</sup>.

Ainsi demeure une inégalité majeure entre les époux concernant la possibilité d'initier une procédure de divorce. Cette situation inégalitaire est critiquée par le droit international des droits de l'Homme qui a instauré depuis des décennies le principe d'égalité entre époux, tant pendant la durée de leur vie commune que lors de la dissolution de leur union<sup>2185</sup>.

La possibilité de rompre l'union de manière unilatérale découle de la conception contractuelle du mariage qui prédomine en droit musulman ; elle est également envisagée à certaines conditions en droit français. Dans un cadre juridique qui autorise la résiliation unilatérale, il convient de s'assurer que les deux parties disposent d'un accès égal à la faculté de divorcer (Paragraphe I) et que la dissolution unilatérale ne revient pas à léser l'autre partie dans ses droits (Paragraphe II).

### Paragraphe I - L'inégalité dans le droit au divorce unilatéral

Dans les sociétés arabes préislamiques, la dissolution du lien matrimonial n'avait qu'une seule forme : la répudiation unilatérale par le mari<sup>2186</sup>. Les femmes, considérées comme des personnes incapables placées sous tutelle, n'avaient pas le « *privilège* » de consentir à leur mariage et encore moins à sa dissolution<sup>2187</sup>. Ceci se retrouve dans de nombreuses sociétés antiques, par exemple en droit romain<sup>2188</sup>.

---

<sup>2184</sup> AGAHI-ALAOUI, B. *op. cit.*, 383.

<sup>2185</sup> Par exemple, V. Article 23-4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Article 16, 1<sup>o</sup>c de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>2186</sup> MAHIEDDIN, N. « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien. » *Revue internationale de droit comparé* (2006) : 73-100, p. 75.

<sup>2187</sup> *Ibidem*.

<sup>2188</sup> Le droit romain classique autorise le *divortium* (divorce par consentement mutuel) ainsi que le *repudium* qui désigne la rupture unilatérale du lien conjugal.

L'avènement de l'islam a rendu caduques de nombreuses coutumes arabes préislamiques<sup>2189</sup> en accordant aux femmes des droits dont elles étaient auparavant privées. Un nouveau droit de la famille a vu le jour, élaboré par les jurisconsultes musulmans à la lumière des dispositions du Coran et de la Sunna. Ainsi, le Coran a accordé au musulman le droit de répudier son épouse, mais a posé de nouvelles règles afin de limiter certains abus<sup>2190</sup>. Une nouvelle conception du divorce a vu le jour sous l'égide des jurisconsultes musulmans, mais ces derniers n'ont pas pu écarter totalement certaines coutumes et inégalités héritées du passé<sup>2191</sup>.

La répudiation unilatérale (*talaq*) demeure l'un des exemples centraux de disposition bafouant l'égalité de liberté de rompre le mariage (A) du fait de l'absence de possibilité équivalente laissée à l'épouse pour initier une procédure de divorce (B).

### A- La répudiation : un privilège marital

Selon le droit musulman classique, le *talaq* peut désigner trois modes différents de dissolution volontaire du lien conjugal, dont la répudiation unilatérale prononcée par le mari<sup>2192</sup> et laissée à la discrétion<sup>2193</sup> de ce dernier ou son mandataire, afin de mettre librement fin au mariage sans l'accord ni le consentement de sa conjointe. Il s'agit d'un privilège qui lui permet de dénouer le lien conjugal de façon arbitraire, étant donné qu'il n'est tenu ni de motiver sa décision ni de passer devant le juge<sup>2194</sup>. La répudiation unilatérale sans motif bat en brèche la notion d'accord de volontés et d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage<sup>2195</sup>. L'inégalité entre époux sur ce point se justifie selon certains par le souci de « *sauvegarder la stabilité de la*

---

<sup>2189</sup> Selon certaines coutumes préislamiques, les maris répudiaient et reprenaient leurs épouses autant de fois qu'ils voulaient. Ces répudiations/reprises pouvaient atteindre une centaine de fois. Cf. MAHIEDDIN, N. *op. cit.*, p. 75.

<sup>2190</sup> Le Coran a limité le nombre de divorces à trois pour un même mariage. « *Le divorce est permis seulement par deux fois : alors, c'est soit la reprise conformément à la bienséance, ou la libération avec bienfaisance* » (2:229) ; « *S'il divorce d'avec elle (la troisième fois), alors elle ne lui sera plus licite tant qu'elle n'en aura pas épousé un autre* » (2:230).

<sup>2191</sup> MAHIEDDIN, N. *op. cit.*, p. 78.

<sup>2192</sup> Selon le droit musulman, le mari ne peut prononcer le divorce que s'il remplit quatre conditions : la majorité, la santé d'esprit, le libre arbitre et l'intention formelle. Cf. ALQUDA, M. *Alwadih fi charah ahkam alousra : azzawaj wattalaq (Claire explications des dispositions de la famille : mariage et divorce)* [en arabe]. Riyad : Maktabat Arruchd, 2015, p. 162.

<sup>2193</sup> Il convient de noter que ce pouvoir discrétionnaire accordé au mari est un pouvoir limité dans le temps (par exemple la répudiation prononcée pendant la menstruation est nulle), et sa formule doit être répétée trois fois. Cf. ABOU ZUHRA, M. *Alahwal Alchakhssia (Statut personnel)* [en arabe]. Le Caire : Dar Alfikr Alarabi, 1957, pp. 286-287.

<sup>2194</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 282.

<sup>2195</sup> SALAMA, M-M. *op. cit.*, p. 39.



*famille* »<sup>2196</sup> dans la mesure où le droit de répudiation unilatérale ne pourrait être accordé à l'épouse du fait de sa prétendue émotivité<sup>2197</sup>.

Les maris détiennent le monopole de la faculté de contracter mariage et de le dissoudre unilatéralement. L'acte de répudiation unilatérale à l'initiative du mari est particulièrement répandu dans les pays du golfe, dont l'Arabie Saoudite et le Qatar. Il suffit pour l'accomplir d'exprimer sa volonté par une formule du type « *tu es répudiée* » (*anti taliq*), pouvant être exprimée à l'oral, à l'écrit, ou encore par gestes dans le cas où le recours à l'oral et l'écrit serait impossible<sup>2198</sup>.

De nombreuses règles ont été posées par la religion musulmane afin de préserver les familles ; cependant, leur bonne observation ne dépend que de la conscience et de la piété de chaque homme. À titre d'exemple, le droit musulman a exigé que la dissolution pour qu'elle soit valable se fasse pendant la période de « *pureté* » de l'épouse, c'est-à-dire en dehors de sa période de menstruation<sup>2199</sup>. Cette mesure est prévue pour respecter cette période qui constituerait un moment de fragilité chez les femmes.

Une autre disposition visant à limiter le nombre de divorces est la possibilité de révocation temporaire. Le droit musulman distingue répudiation révocable (*radji*) et irrévocable (*bain*). La révocabilité de la répudiation signifie que le mari dispose du droit de « *reprendre* »<sup>2200</sup> son épouse, durant une période de viduité<sup>2201</sup> (*idda*) de trois menstruations complètes à compter du jour du divorce ou de trois mois pour la femme qui a atteint l'âge de la ménopause conformément au Coran<sup>2202</sup>, et ce, sans même nécessité d'en informer l'épouse<sup>2203</sup>. La dissolution est ainsi assimilée à une simple séparation de corps, période pendant laquelle le mari s'octroie un temps de réflexion. L'effet principal de la répudiation est la dissolution du lien conjugal, mais celle-ci n'est pas immédiate. L'épouse doit rester dans le domicile conjugal durant la durée de viduité ; elle reste à la charge financière de son mari et hérite de lui en cas de décès de ce dernier<sup>2204</sup>. Ce n'est qu'après l'expiration de cette durée et en cas de non-rétraction du mari que la répudiation prend effet, et que le mariage est dissous. L'époux dispose de la faculté de décider de reprendre ou non la vie conjugale jusqu'à la fin de cette période. La

---

<sup>2196</sup> GTARI, R. *op. et loc. cit.* ; ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 283.

<sup>2197</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 284.

<sup>2198</sup> GTARI, R. *op. et loc. cit.*

<sup>2199</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 286.

<sup>2200</sup> QUERRY, A. *Droit musulman : Recueil de lois concernant les musulmans chyites*. Paris : L'imprimerie nationale, 1772, p. 13.

<sup>2201</sup> Si la femme concernée est enceinte, l'attente prend fin avec l'accouchement.

<sup>2202</sup> « *Et les femmes divorcées doivent observer un délai d'attente de trois menstrues* », Coran (2:228).

<sup>2203</sup> ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 315.

<sup>2204</sup> MAHIEDDIN, N. *op. cit.*, p. 80.

reprise ne dépend dans ce cas d'aucune formalité juridique ou administrative, mais d'une simple formule prononcée par le mari<sup>2205</sup>, à l'image de la répudiation elle-même. Cette prérogative offerte au mari démontre que de sa décision sur une simple parole va dépendre la poursuite ou non de la vie conjugale.

Lorsqu'à l'issue de cette période, l'époux n'est pas revenu sur sa décision de rupture, la répudiation devient irrévocable. Si cette répudiation irrévocable correspond à la première ou la seconde fois que l'époux engage une procédure de répudiation, celle-ci est qualifiée de *mineure* (*talaq baïn baïnouna soughra*). Ceci implique que l'époux conserve le droit de se remarier avec sa femme répudiée par un nouveau contrat et une nouvelle dot<sup>2206</sup>.

Si au contraire l'époux avait antérieurement engagé par deux fois une procédure de répudiation, sur laquelle il était revenu par deux fois, et prononce ensuite une troisième répudiation sans revenir sur sa décision dans le délai prévu, alors la répudiation est non seulement irrévocable, mais aussi qualifiée de *majeure* (*talaq baïn baïnouna koubra*). La conséquence de la répudiation majeure est exposée dans le verset suivant : « *s'il divorce avec elle (la troisième fois) alors elle ne lui sera plus licite tant qu'elle n'aura pas épousé un autre. Et si ce (dernier) la répudie alors les deux ne commettent aucun péché en reprenant la vie commune* »<sup>2207</sup>. Ainsi, la troisième prononciation de la répudiation constitue une dissolution irrévocable, un empêchement temporaire de remariage entre les ex-conjoints qui ne peut être levé qu'après le mariage de la femme avec un tiers, et de sa séparation avec lui en raison d'un décès ou d'un divorce. La condition du mariage de l'ancienne épouse avec une tierce personne posée par le Coran est une « *sanction* » pour l'époux afin qu'il ne prenne pas le divorce à la légère et réfléchisse sur les conséquences de la répétition des répudiations. C'est là la seule limitation à la prérogative du mari de rompre le mariage par une simple formule orale.

Des versets coraniques<sup>2208</sup> prévoient que l'époux donne une compensation du préjudice subi (*mata'*) ou (*muta'*), dont le montant diffère selon que le mariage a été consommé ou non<sup>2209</sup>. Il est à noter que ce terme de *mata'* (*affaires, bagages*) mentionné dans le Coran a subi une altération par le *fiqh*, qui lui substitue le terme *muta'* (plaisir, jouissance) dérivé de la même racine, interprétant par là qu'il s'agirait d'un « *don de consolation* » à la femme répudiée. À

---

<sup>2205</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 66.

<sup>2206</sup> *Ibidem*.

<sup>2207</sup> Coran (2:230).

<sup>2208</sup> « *Faites-leur toutefois - l'homme aisé selon sa capacité, l'indigent selon sa capacité - un don convenable (mata') dont elles puissent jouir* », Coran (2:236) ; « *C'est un devoir pour les hommes pieux de consentir un don convenable aux femmes répudiées* », Coran (2:241).

<sup>2209</sup> La femme répudiée a le droit à la moitié de la dot en cas de répudiation avant la consommation du mariage. Cf. IBN KATHIR. *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. I. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols., p. 668.

titre d'exemple, l'article 115 du Code de la famille qatarien précise qu'« [u]ne femme divorcée a droit à une indemnité de jouissance (*muta'*) si le divorce est fait par le mari sans aucune faute de sa part ». Le paiement de cette compensation est également appliqué en droit saoudien.

Ainsi, le droit musulman a instauré un encadrement juridique permettant de limiter le recours à la répudiation et de compenser financièrement le préjudice fait à l'épouse, mais ces quelques dispositions ne suffisent pas à combler la profonde dichotomie entre les droits du mari et ceux de l'épouse dans le divorce. Il s'agit d'une application pure et simple de la jurisprudence musulmane (*fiqh*), qui en Arabie Saoudite ne repose sur aucun code de la famille. Au Qatar, la répudiation est prévue juridiquement dans le Code de la famille, mais il faut souligner qu'il s'agit de l'exacte reprise de ce que le *fiqh* prévoit<sup>2210</sup>.

Peut aussi être interrogée la portée à donner à la prononciation d'une telle parole par le mari au regard des situations de la vie commune : ce dernier peut prononcer sa volonté de répudier sa femme en cas de conflits, de disputes passagères et momentanées n'impliquant pas nécessairement une remise en question profonde du lien conjugal. Certains auteurs précisent que le mari a même le droit de prononcer le divorce dans la seule perspective de rendre sa femme plus « disciplinée »<sup>2211</sup>.

Subsiste également la question du mode de preuve, puisque celle-ci est orale et non écrite. Si la conclusion comme la rupture du contrat du mariage ont longtemps été effectuées oralement, l'encadrement juridique au moment de la conclusion du mariage a évolué jusqu'à requérir un contrat écrit, mais ce n'est pas le cas de la rupture du lien conjugal, encore effectuée par une simple formule verbale. De même, une autre différence notable entre conclusion et rupture du contrat est que la première nécessite la présence de témoins, tandis que la seconde la recommande, conformément aux dispositions du Coran<sup>2212</sup>, mais ne l'exige pas.

---

<sup>2210</sup> L'article 111 du Code de la famille qatarien prévoit que « le divorce peut être révocable et irrévocable. 1° Un divorce révocable ne met pas fin au contrat de mariage avant l'expiration de la période d'attente d'Idda. 2° Un divorce irrévocable met fin au contrat de mariage dès qu'il survient. En termes d'effet il est devisé en deux catégories : A- *Talaq baïn baïnouna sougha* ou séparation mineure : la femme divorcée ne peut pas se remarier avec son ex-mari, sauf par un nouveau contrat et une nouvelle dot. B- *Talaq baïn baïnouna koubra* ou séparation majeure : la femme divorcée ne peut se remarier avec son ex-mari qu'après l'expiration de sa période d'Idda par un deuxième mariage convenable effectivement consommé conformément à la charia ».

<sup>2211</sup> ALQUDA, M. *op. cit.*, p. 159.

<sup>2212</sup> « O Prophète ! Quand vous répudiez les femmes, répudiez-les conformément à leur période d'attente prescrite ; et comptez la période ; et craignez Dieu votre Seigneur. Ne les faites pas sortir de leurs maisons, et qu'elles n'en sortent pas, à moins qu'elles n'aient commis une turpitude prouvée. [...] Puis quand elles atteignent le terme prescrit, retenez-les de façon convenable, ou séparez-vous d'elles de façon convenable ; et prenez deux hommes intègres parmi vous comme témoins. Et acquittez-vous du témoignage envers Dieu », Coran (65:1-2).

Dans ces conditions, l'exercice de la répudiation en droit musulman témoigne d'une prérogative orientée largement en faveur de l'homme qui a toute maîtrise sur le lien conjugal, et ce sans prendre en considération tant les intérêts que la volonté de son épouse. La répudiation montre l'existence d'une pratique inadaptée aux sociétés actuelles et le profond ancrage dans des dispositions archaïques ne permettant pas de prendre suffisamment en considération les droits des épouses.

**En Tunisie.** La Tunisie a souhaité rompre avec les principes traditionnels, notamment la place centrale du mari au sein de la famille, du fait de ses incidences négatives sur l'égalité entre époux. Ainsi, le législateur tunisien a affirmé la volonté de restaurer les droits des épouses. C'est en ce sens, comme nous l'avons montré ci-dessus, que le tribunal dispose d'une entière autorité pour prononcer le divorce. Ainsi que le relève Madame Ilham Marzouk, « *[l] 'abolition de la polygamie et de la répudiation, l'institution du consentement mutuel au mariage et du divorce judiciaire visaient fondamentalement à rompre avec la famille patriarcale, qui était non seulement le lieu de l'oppression des femmes mais surtout le lieu de solidarités primaires* »<sup>2213</sup>. Tout en maintenant une affirmation forte du droit au divorce, le législateur tunisien a ainsi eu à cœur d'instaurer l'égalité entre époux en matière de divorce.

De plus, dès 1981, le CSPT a prévu des règles permettant aux femmes de réduire les risques auxquels elles sont exposées dans le cas de divorces abusifs<sup>2214</sup>. Dans le cas où le mari divorce de manière abusive, l'article 31 du CSPT prévoit que « *[le] préjudice matériel soit indemnisé via le versement d'une rente payable de manière mensuelle et à terme échu dès que le délai de viduité est expiré, correspondant au niveau de vie dont disposait l'épouse pendant la vie conjugale* ».

**En France.** Lorsqu'il émane d'une volonté unilatérale, le droit à la séparation obéit à certaines règles pour ne pas enfreindre le principe d'égalité entre époux ni porter atteinte aux droits de l'autre conjoint. Sur ce point, la liberté de se séparer s'assimile aujourd'hui à la liberté de rompre un contrat formé initialement par un accord de volontés.

En droit français, le droit à la rupture unilatérale du mariage peut être rapproché du divorce pour altération définitive du lien matrimonial introduit en 2004, puisque le juge s'y borne à constater l'existence d'une séparation réelle des époux depuis au moins deux ans, sans

---

<sup>2213</sup> TOBICH, F. *op. cit.*, p. 106.

<sup>2214</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°17759 du 31 janvier 2008 ; V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°21551 du 3 avril 2008.

s'intéresser au motif, afin d'acter de ce type de divorce. Il n'existait jusque-là en droit français aucune possibilité de rupture unilatérale sans notion de préjudice, hormis le divorce pour incompatibilité d'humeur introduit pendant la Révolution et supprimé lors de la rédaction du Code civil. Ce droit au divorce est qualifié de « *répudiation à l'occidentale* » en raison de sa proximité évidente avec le droit musulman, puisqu'il permet à l'un des deux époux d'y recourir pour « *se débarrasser de l'autre, peu importe que ce dernier soit innocent et hostile au divorce, peu importe aussi la cruauté de la rupture à son égard* »<sup>2215</sup>. Un délai de séparation doit être respecté pour entériner la rupture unilatérale.

La faculté de rompre les liens du mariage reflète l'éthique de la liberté défendue par le législateur depuis la Révolution française qui s'oppose à la vision restrictive de l'Église catholique de l'indissolubilité du mariage. Toutefois, en comparaison avec la perspective adoptée dans les droits des pays arabes objets de cette étude, le législateur français maintient une volonté de limiter les possibilités de rupture unilatérale du mariage, dans l'idée de protéger l'institution matrimoniale et les droits des époux : l'une des parties ne peut pas se retirer comme bon lui semble, au risque de porter atteinte aux droits et intérêts de l'autre partie contractante.

---

<sup>2215</sup> FARGE, M. *op. et loc. cit.*

## B- L'absence d'une procédure de divorce équivalente à l'initiative de l'épouse

Avant la légalisation du divorce en France, le principe d'indissolubilité du mariage participait à renforcer le système patriarcal sur lequel la société était fondée<sup>2216</sup>. La consécration du divorce a été une véritable avancée pour les droits des épouses dans la mesure où cette nouvelle liberté leur a permis de s'extraire d'une union parfois compliquée, voire difficilement supportable<sup>2217</sup>. Il est à noter que les femmes musulmanes disposent du droit de divorcer depuis près de mille quatre cents ans, alors que ce droit n'a été introduit que très récemment en France.

Le droit positif actuel des pays arabes objets de notre étude consacre effectivement le droit pour les femmes de divorcer, qui constitue une innovation introduite par le Coran. Selon cette disposition coranique, si les deux époux craignent de ne pouvoir se conformer aux ordres de Dieu, autrement dit continuer leur vie de couple sereinement et observer leurs devoirs conjugaux (y compris le devoir de fidélité notamment en cas d'abstinence sexuelle prolongée), l'épouse peut alors prendre l'initiative de mettre fin à cette union, à l'égal de son mari.

Cette mesure a été salubre et bénéfique pour les premières femmes musulmanes qui avaient majoritairement été mariées sous la contrainte du fait des coutumes préislamiques de l'époque. Elles ont pu bénéficier des réformes apportées par les commandements coraniques et se libérer de ces unions forcées<sup>2218</sup>. Ceci n'a pourtant pas suffi à consacrer l'égalité entre époux dans le droit au divorce unilatéral.

Au Qatar comme en Arabie Saoudite, le divorce par répudiation unilatérale du mari est toujours en vigueur. Le juge intervient toutefois dans les cas litigieux de divorce initiés par l'époux. Son intervention est en revanche systématique<sup>2219</sup> lorsque le divorce est à la demande de l'épouse : c'est la procédure du *khul'*, appelé également *talaq 'ala mal* (« divorce contre paiement »). En effet, et afin de tempérer le droit de répudiation du mari, le droit musulman a accordé à l'épouse le droit de « se répudier elle-même » en entamant une demande de divorce par compensation,

---

<sup>2216</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. « Les "droits des femmes" face aux réformes récentes du droit de la famille. » *L'Année sociologique* (2003) : 175-195, p. 179.

<sup>2217</sup> *Ibidem*.

<sup>2218</sup> Le premier cas de *khul'* en islam est celui qu'a demandé Habiba Bint Sahl vis-à-vis de son mari Thabit Ibn Qays en allant voir le prophète de l'islam en lui précisant qu'elle ne reprochait à son mari ni son comportement ni sa conduite religieuse, et qu'elle répugnait « à verser dans l'impiété sous l'islam », à quoi a répondu le prophète Mohammed : « Consens-tu de lui restituer son verger ? » ; elle consentit. Alors le prophète s'adressa à Thabet en lui disant : « Accepte le verger et répudie-la une fois ». Cf. AL-BOUKHÂRÎ, A. *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris: Éditions Al Qalam, 2008. V vols., Hadith n°5273, pp. 151-152. ; MAHIEDDIN, N. *op. cit.*, p. 84.

<sup>2219</sup> En théorie, le *fiqh* prévoit que le divorce unilatéral à l'initiative de l'épouse puisse avoir lieu sans intervention du juge, mais en pratique en Arabie Saoudite et au Qatar le passage devant le tribunal est toujours requis dans ce type de divorce.

le *khul'*. Ce dernier est considéré, par la majorité des juristes musulmans, comme une répudiation irrévocable et mineure<sup>2220</sup>.

L'éminent juriste et juge Ibn Rouchd (Averroès) faisait partie des théologiens qui considéraient le *khul'* comme un droit parallèle, une compensation accordée à l'épouse en contrepartie de la répudiation unilatérale exercée par les époux : « *tout comme la répudiation peut être décidée unilatéralement par le mari, la femme a le droit d'exercer unilatéralement le divorce par compensation. Le juge doit prononcer le divorce, après une tentative de conciliation, même si elle n'avance aucune raison pour justifier sa demande* »<sup>2221</sup>. Ainsi, le *khul'* peut être entamé par la femme même en cas d'absence de préjudice, il suffit qu'elle ressente de l'antipathie envers son époux<sup>2222</sup>.

Littéralement, le mot *khul'* en arabe est un mot dérivé du verbe *khala'a* qui signifie « ôter » ou « enlever »<sup>2223</sup>. Juridiquement, le *khul'* s'assimile au divorce par consentement mutuel dans la mesure où la séparation s'effectue avec l'accord des deux époux<sup>2224</sup>, mais avec la différence majeure que l'épouse doit soit donner une compensation<sup>2225</sup> financière soit renoncer à ses droits financiers<sup>2226</sup>, d'où une importante inégalité de rapports entre les époux au moment de la dissolution.

La compensation financière que la femme est tenue de verser dans le cadre de cette procédure est rapprochée de la *muta* que le mari doit lui verser dans le cas où c'est lui qui la répudie. Ici encore on retrouve l'idée de la compensation financière qui doit être versée à l'époux qui « *subit* » la séparation conjugale. Pour autant, le versement de la *muta*, fixée par le juge en fonction de la fortune de l'époux, est différent de la restitution de la dot. En effet, cette dernière n'a pas la même nature juridique que la *muta* et son montant ne dépend pas des ressources financières de l'épouse. Exiger de l'épouse qu'elle monnaye son divorce et ce quels que soient ses moyens financiers est profondément inégalitaire. Cette disposition n'a rien de comparable

---

<sup>2220</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 159.

<sup>2221</sup> MAHIEDDIN, N. *op. cit.*, p. 98.

<sup>2222</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>2223</sup> Le verbe *khala'a* peut être employé pour désigner l'action « *d'ôter un vêtement* ». En effet, le Coran a décrit cette image et ce degré de solidité entre les époux dans le verset suivant : « *Elles sont pour vous un vêtement et vous l'êtes pour elle* », Coran (2:187). Cf. TABARY, M. *L'exégèse du saint Coran*. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2009, p. 75.

<sup>2224</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. et loc. cit.*

<sup>2225</sup> La nature et le montant de la compensation financière ont suscité de nombreux débats entre les théologiens musulmans du fait de leur indétermination par le Coran. Malgré leur désaccord sur son montant exact, et son montant maximum, certains ont affirmé qu'il ne devait pas dépasser la valeur de la dot. Cf. ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>2226</sup> Parmi ces droits, on peut citer le droit au versement d'une pension alimentaire et à la restitution d'une partie de la dot après la dissolution du mariage.



avec l'obligation de verser une prestation visant à compenser la baisse de niveau de vie suite au mariage et à rétribuer à sa juste valeur le travail domestique et éducatif effectué à titre gratuit pendant la vie conjugale.

Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier le *khul'* de « *forme monnayée de la répudiation* »<sup>2227</sup>. De ce fait, et dans la mesure où le mari doit consentir à la dissolution du mariage, la question peut être posée de savoir si le *khul'* constitue un véritable droit de divorcer unilatéralement pour les femmes. En effet, cette procédure consiste davantage en un « *rachat de liberté* » demandé par l'épouse. Le Coran emploie à ce propos le terme d'*iftadat*<sup>2228</sup> (rachat), qui évoque ni plus ni moins que le paiement d'une rançon pour obtenir la libération d'un esclave<sup>2229</sup>.

De plus, cette procédure peut se heurter au refus du mari qui demeure, même dans cette forme de séparation, maître de la situation<sup>2230</sup>. De ce fait, le mari peut exercer un chantage vis-à-vis de son épouse, par exemple en lui demandant de renoncer à sa dot ou à d'autres biens financiers<sup>2231</sup>. Si ce chantage est évidemment interdit par le Coran<sup>2232</sup>, il constitue toutefois un obstacle réel pour les divorces à l'initiative de l'épouse, faisant du *khul'* une pratique bien plus contraignante que la répudiation.

Le droit qatarien reconnaît le *khul'* et le décrit comme un « *divorce par consentement mutuel* »<sup>2233</sup>. Il serait peut-être plus pertinent de le définir plutôt comme une dissolution « *par compensation financière* », car le consentement mutuel ici n'est pas gratuit, mais prend une dimension pécuniaire. Selon l'article 119 du Code de la famille qatarien, « *pour que le khul' soit valide, la femme doit avoir la capacité d'offrir et de donner, et le mari, de divorcer* ». De ce fait, si l'épouse est mineure, elle ne peut recourir au procédé du *khul'*. Ainsi, dans le cas d'une épouse mineure, l'inégalité dans la possibilité d'initier le divorce est encore plus frappante du fait de la limitation de la capacité juridique. Si le tuteur d'une mineure peut la représenter juridiquement pour lui faire contracter mariage, il ne peut en revanche pas intervenir pour que celle-ci puisse par son biais initier une demande de divorce unilatéral (*khul'*). Ceci

---

<sup>2227</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. « La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman. » *Publications de l'Institut suisse de droit comparé : Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*. Zürich : Schulthess (1998) : 9-54, p. 25.

<sup>2228</sup> « *Alors ils ne commettent aucun péché si la femme se rachète (iftadat) avec quelque bien* », Coran (2:229).

<sup>2229</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. « La Suisse face à l'inégalité... *op. et loc. cit.*

<sup>2230</sup> GTARI, R. *op. et loc. cit.*

<sup>2231</sup> *Ibidem.*

<sup>2232</sup> « *Ne les retenez pas pour leur faire du tort : vous transgresseriez alors et quiconque agit ainsi se fait du tort à lui-même* », Coran (2:231).

<sup>2233</sup> V. Article 101 du Code de la famille qatarien.

soulève à nouveau, au-delà de l'égalité dans le divorce, la question de la dignité dans les mariages des mineures.

En Arabie Saoudite, l'absence de code de la famille n'empêche pas l'application du *khul'* qui tire sa légitimation du Coran et de la tradition prophétique. En effet, même si l'épouse entame la procédure, c'est toujours le mari qui prononce le *khul'* pour qu'il soit valide, à l'image de la répudiation unilatérale, et l'épouse l'accepte<sup>2234</sup>.

Bien que le *khul'* soit autorisé par les textes coraniques et les interprétations qui en ont été retenues, les *fuqaha'* avancent que les femmes qui engagent cette procédure de façon purement capricieuse sans justifier de grief ou de préjudice seront privées du parfum du paradis, en renvoyant aux hadiths suivants : « *Chaque fois qu'une femme demande, sans vrais griefs, que son mari la répudie, elle ne respirera pas les parfums du paradis* » et « *Celles qui recherchent le khul' sont celles qui n'ont, de la vraie foi, que les apparences* »<sup>2235</sup>. Au regard de ce qui précède, il existe effectivement des préceptes qui visent à dissuader les femmes de recourir à une telle demande, en invoquant la menace de la punition divine. Ceci se vérifie dans les faits puisque le taux de *khul'* est faible, inférieur à 12%<sup>2236</sup> au Qatar et 3%<sup>2237</sup> en Arabie Saoudite. Les mêmes menaces ne s'appliquent pas au mari, qui détient seul le pouvoir de décision et l'exerce comme il l'entend, même sa décision est susceptible de s'avérer injuste envers son épouse. De ce fait, les deux conjoints ne bénéficient pas du même degré de protection, sans justification valable.

Les droits positifs français et tunisien ne reconnaissent pas le *khul'*. En France, le principe d'égalité entre époux a été consacré depuis plusieurs décennies, et également au moment de la dissolution du mariage. Quant à la Tunisie, l'intervention du juge y est toujours nécessaire pour dissoudre les liens du mariage. Ni le mari ni l'épouse ne peuvent mettre fin à leur union conjugale de façon abusive et arbitraire<sup>2238</sup>. L'épouse qui veut se retirer du mariage dépose une demande de divorce au tribunal, et n'aura pas à verser une compensation à son époux comme

---

<sup>2234</sup> V. l'article 118 du Code de la famille qatarien qui précise également que « *le khul' est la dissolution d'un contrat de mariage par consentement mutuel du mari et de la femme, il suffit au mari de prononcer le mot "khul'" ou son sens, avec une compensation que l'épouse verse au mari* » ; AL-HANBALI, M. *Kachaf Al-Qina' 'an Al-Iqna'* [en arabe]. Vol. XII. Riyad : Ministère de la justice en Arabie Saoudite, 2000. XV vols., p. 147.

<sup>2235</sup> ASCHA, GH. *Mariage, polygamie...*, op. cit., p. 159.

<sup>2236</sup> Le ministère de la planification et des statistiques du développement, septembre 2018, le mariage et le divorce dans l'État du Qatar 2017, p. 21, accessible sur le site : <https://www.mdps.gov.qa/en/statistics1/pages/topicslisting.aspx?parent=population&child=marriagesdivorces> .

<sup>2237</sup> Le ministère de la Justice, le rapport statistique sur le mariage et le divorce, 2015, p. 10, accessible sur le site : <https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/Pages/Versions.aspx> .

<sup>2238</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°32561 du 21 mai 2009.

c'est le cas pour le *khul'*. En accordant à l'épouse ce droit à égalité avec le mari, le législateur a tenu à atténuer le droit abusif de répudiation qui était détenu exclusivement par l'époux.

## Paragraphe II - L'encadrement judiciaire du divorce unilatéral

Le divorce unilatéral marque une tension entre la liberté des deux contractants : la frontière est mince entre la liberté d'un des époux de quitter l'autre, ou bien le droit pour ce dernier d'exiger de l'autre qu'il honore effectivement l'engagement pris.

Cette question prend d'autant plus d'importance lorsqu'existent des différences importantes de statut et d'autonomie de volonté entre les deux époux, notamment dans les pays du golfe où le mari et son épouse ne bénéficient pas des mêmes droits. En Tunisie, le droit au divorce fait l'objet d'un encadrement et d'un contrôle judiciaire importants pour vérifier qu'il ne soit utilisé ni de manière inégalitaire ni de manière arbitraire.

Ainsi, il convient de se pencher sur la question de l'égalité à initier une procédure de divorce, à savoir si l'épouse dispose ou non de la même faculté à demander le divorce (A), et les perspectives qu'ouvrent l'étude comparative pour assurer l'égalité lors de la dissolution du mariage (B).

### A- Le divorce à l'initiative de l'épouse dans les deux pays du golfe : une liberté très encadrée

En Arabie Saoudite et au Qatar, il existe différentes possibilités pour qu'une femme initie une procédure de divorce unilatéral.

Tout comme en France<sup>2239</sup> et en Tunisie<sup>2240</sup>, chacun des époux peut demander le divorce pour faute. Ainsi, les épouses saoudiennes et qatariennes<sup>2241</sup> disposent de la faculté de solliciter le divorce si des manquements aux devoirs conjugaux sont commis par le conjoint ; cette même prérogative est octroyée aux époux. Dans ce cas précis, époux et épouse sont en situation d'égalité ; mais il faut souligner que les premiers peuvent également solliciter le divorce sans

---

<sup>2239</sup> Ce divorce est prévu par les articles 242 à 246 du Code civil.

<sup>2240</sup> En droit tunisien, l'article 31 accorde « une réparation du préjudice matériel et moral subi par l'un ou l'autre des époux et résultant du divorce ».

<sup>2241</sup> Ainsi, l'épouse peut demander le divorce avant même la consommation du mariage pour défaut de versement de la dot (art. 128) ; en cas de vices ou maladies de l'époux dont l'identification précise a été renvoyée aux personnes compétentes (art. 123 à 127) ; ou encore en cas de préjudice rendant impossible la vie en commun (art. 129 à 136). Dans ce dernier cas, le juge procède d'abord à une tentative de conciliation entre les époux pour régler les différends qui les opposent. En cas d'échec de la conciliation, et d'établissement du préjudice, le juge prononce le divorce. Les faits constituant le préjudice peuvent être variés : le défaut d'entretien ou l'indigence (art. 137 à 142), ainsi que l'absence, la disparition ou la détention du conjoint (art. 143 à 145), etc.

soulever aucun motif. La faculté de demander le divorce suite à une faute du conjoint est différente d'un véritable droit au divorce, qui n'est pas reconnu aux épouses saoudiennes et qatariennes.

**Les clauses contractuelles garantissant à l'épouse la possibilité de divorcer.** En parallèle de cette procédure, le droit positif contemporain saoudien et qatarien a accordé à l'épouse la possibilité d'insérer une condition dans l'acte de mariage, en vertu de laquelle elle pourrait se répudier elle-même. À titre d'exemple, l'épouse peut prévoir dans le contrat de mariage qu'elle mettrait fin à l'union en cas de remariage de son mari, ou encore au cas où il refuserait de la laisser travailler ou étudier. Les conditions peuvent être multiples, et varier d'une femme à une autre selon ses priorités et ses choix. Cette mesure permet aux femmes de maîtriser dans une certaine mesure leur situation matrimoniale, et de ne pas rester à la merci totale de leurs maris - qui ne perdent pas pour autant leur pouvoir de répudiation.

Ainsi, en Arabie Saoudite et au Qatar, l'épouse peut se répudier elle-même, à la condition *sine qua none* qu'une clause le prévoit expressément dans le contrat de mariage<sup>2242</sup>. Cette prérogative peut apparaître curieuse dans la mesure où c'est la femme elle-même qui prend ici l'initiative de se répudier. Selon les dispositions du *fiqh*, reprises par le Code de la famille qatarien, l'épouse se fait alors la « *mandataire* » de son mari, puisque la clause prévue dans le contrat de mariage vaut comme « *procuration spéciale* »<sup>2243</sup> pour accomplir la répudiation. Cette formulation d'une épouse qui « *se répudie elle-même* » questionne ainsi la dignité pouvant échoir à l'épouse dans le cadre d'une telle conceptualisation du mariage : alors même qu'elle est autonome dans sa volonté, elle est encore considérée comme l'objet passif de la répudiation<sup>2244</sup>.

En Tunisie également, avant la promulgation du CSPT, la future épouse pouvait exiger dans le contrat, avec l'accord de son mari, le droit de divorcer elle-même au cas où il prendrait une seconde femme. Cette modalité de divorce se nomme « *le contrat de Kairouan* », en référence

---

<sup>2242</sup> Ce mandat ne prive pas le mari de son droit de répudiation qui devient un droit réciproque. Cette pratique est extrêmement rare dans les pays du golfe malgré sa légalité juridique au Qatar (en vertu de l'article 109) et coutumière en Arabie Saoudite du fait qu'elle entrave le pouvoir de répudiation exorbitant du mari. Cf. ALSYED RACHID, T. et ABDULSATTAR, M. *Alwajiz fi charah qanoun al'usrat alqatari raqm 22 lisanat 2006 (Résumé de la loi n° 22 de 2006 sur le droit de la famille qatarien)* [en arabe]. Giza : LAMAR, 2018, p. 182.

<sup>2243</sup> L'article 109 du Code de la famille admet la répudiation par mandat : « *Le divorce peut être prononcé par le mari personnellement ou par son mandataire ayant une procuration spéciale à cet effet, ou par la femme si le mari lui a donné ce pouvoir* ».

<sup>2244</sup> En droit musulman classique, l'épouse est considérée comme l'objet de la répudiation quand elle est placée sous l'autorité de son mari. Cf. ABOU ZUHRA, M. *op. cit.*, p. 300.

à la ville éponyme, et puise sa source dans les contrats de mariage conclus à Bagdad<sup>2245</sup>. Il s'agit là d'une clause insérée dans le contrat de mariage par la femme et devant être acceptée par son époux. De manière générale, en dehors du cas particulier du « *contrat de Kairouan* », l'épouse peut se protéger juridiquement en insérant autant de clauses qu'elle le souhaite, pourvu que celles-ci soient acceptées par son mari. Ces clauses deviennent, en cas de mésentente, des causes de divorce. Le juge des affaires familiales ne pourra pas refuser le divorce en cas de non-respect d'une clause du contrat de mariage et procèdera à la dissolution du mariage.

Ainsi, le droit positif tunisien a accordé à la femme de solides moyens pour se protéger juridiquement, pendant le mariage et après la dissolution de ce dernier, contre les pratiques héritées du droit coutumier, et ce par l'exigence de la rédaction d'un écrit notarié, consignat non seulement les droits et obligations des époux, mais également toutes les clauses que l'épouse souhaite insérer<sup>2246</sup>.

L'instauration de clauses contractuelles est certes susceptible de réduire les inégalités qui découlent du texte de loi concernant le divorce, mais n'est pas sans susciter des interrogations voire des incertitudes, à savoir s'il s'agit de la manière la plus effective et judicieuse afin d'assurer les droits des femmes. En effet, une telle solution ne peut être acceptable ni suffisante puisque l'égalité entre les époux se doit d'être assurée par l'institution étatique. L'égal accès au divorce ne peut demeurer un élément optionnel, même dans une optique purement contractuelle du mariage et du divorce.

Dans les deux pays du golfe, il est à relever que lorsque le droit des femmes de divorcer n'est pas prévu par référence à des clauses contractuelles établies dans le contrat de mariage, l'épouse prenant l'initiative de divorcer se trouve dans la grande majorité des cas confrontée au contrôle judiciaire.

Ces pratiques soulèvent plusieurs interrogations, notamment celle de la fonction de ce contrôle exercé par le magistrat sur les seules épouses. Ce contrôle judiciaire pourrait s'avérer protecteur des droits s'il était conçu de manière égalitaire, s'appliquant aussi bien aux époux qu'aux épouses souhaitant demander le divorce. Ainsi, il pourrait être pris appui sur ces pratiques pour s'en inspirer dans une optique égalitaire et aboutir à un véritable encadrement du divorce dans les pays du golfe.

---

<sup>2245</sup> HAFSIA, N. *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>2246</sup> L'article 11 alinéa 1 du CSPT stipule que « *peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non-réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, le mariage peut-être dissous par divorce* ».

**Le *khul'* : un divorce initié par l'épouse sous contrôle judiciaire.** Selon le droit musulman classique, le *khul'* ne requiert pas l'intervention du juge, ni même la présence de deux témoins<sup>2247</sup>. En revanche, le mari dispose, selon le *fiqh*, d'une totale emprise sur la situation puisque son accord est requis pour obtenir la dissolution du mariage.

De prime abord, le *khul'* peut s'assimiler à un divorce amiable fondé sur le commun accord des époux. C'est certes l'épouse qui initie la demande, mais en fin de compte, il faut l'accord des deux époux aussi bien sur le principe de la séparation que sur le montant de la compensation financière. Les cas dans lesquels le mari refuse la dissolution existent en pratique, particulièrement dans les pays du golfe où celui-ci exerce une domination totale sur son épouse. En règle générale cependant, l'intervention du juge permet d'atténuer cette arbitrarité : le magistrat prononce lui-même le divorce lorsque les éléments fournis par l'épouse justifient le bien-fondé de sa demande, et fixe le montant de la compensation. Ainsi, dans cette procédure, la décision finale de rompre le mariage n'appartient pas à l'épouse, mais au juge, qui peut, à la lumière des motifs avancés par l'épouse, soit accorder le divorce soit le refuser.

En droit qatarien comme en droit saoudien, le *khul'* passe généralement par la voie judiciaire. Un pouvoir discrétionnaire est accordé au juge afin de prononcer le divorce lorsque l'épouse renonce à tous ses droits financiers et que son mari refuse de prononcer le *khul'*<sup>2248</sup>.

La jurisprudence saoudienne prononce le *khul'* même en cas de désaccord du mari. Le motif du *khul'* peut être aussi bien le défaut de la consommation du mariage<sup>2249</sup>, la difficulté de poursuite de la vie conjugale ou le défaut d'entretien financier<sup>2250</sup>.

Au Qatar également, le divorce peut être prononcé à titre exceptionnel par le juge en cas de refus du mari. Dans ce cas, le tribunal ne prononce pas le divorce immédiatement, mais tente de concilier les époux dans un délai ne dépassant pas six mois, en désignant deux arbitres. En cas d'échec de la conciliation, et si l'épouse persiste dans sa demande, en renonçant à ses droits financiers, et en remboursant la dot, le juge ordonne dans ce cas leur séparation conformément à la charia<sup>2251</sup>. Dans ce cas de figure, le juge se substitue au mari pour prononcer le divorce. Il apparaît ainsi clairement qu'en cas d'opposition de l'époux à accepter le *khul'*, l'épouse doit payer un prix très important pour recouvrer sa liberté.

---

<sup>2247</sup> FORTIER, C. « Le droit au divorce des femmes (*khul'*) en islam : pratiques différentielles en Mauritanie et en Égypte. » *Droit et cultures* (2010) : 59-83.

<sup>2248</sup> Article 122 du Code de la famille qatarien.

<sup>2249</sup> Cour d'appel de la Mecque, décision n° 35293310 du 27 avril 2014 (27/06/1435).

<sup>2250</sup> Cour d'appel d'Aseer, décision n° 35110045 du 12 novembre 2013 (09/01/1435).

<sup>2251</sup> Article 122 du Code de la famille qatarien.



Cette procédure instaure un certain équilibre dans la relation entre les époux dans la mesure où la femme peut également décider de mettre fin au mariage. Pour autant, l'égalité en matière de divorce est bien loin, puisque la répudiation est une institution non judiciaire laissée à l'arbitraire du mari loin des prescriptions coraniques, tandis que le *khul'* est devenu une procédure judiciaire par laquelle l'épouse obtient sa liberté en contrepartie d'une compensation financière, et ce uniquement si le juge accepte les motifs qu'elle avance.

### **Une nouvelle possibilité de divorce unilatéral sous contrôle judiciaire en Arabie Saoudite.**

Au début de l'année 2018, la Cour suprême de l'Arabie Saoudite a publié un principe judiciaire<sup>2252</sup> pour le moins innovant selon lequel l'épouse a le droit de demander l'annulation du mariage en cas d'antipathie envers son époux qui rendrait impossible la poursuite de la vie commune. Ce sentiment peut soit émaner d'un mauvais comportement du mari, soit être sans raison apparente ; dans ce dernier cas, le juge annule le mariage, mais demande à l'épouse le versement d'une contrepartie financière. La Cour suprême considère que ce sentiment d'antipathie est une cause valable sur le plan religieux (*sabab chariy*) ainsi que le stipule le verset coranique qui légalise le *khul'*. L'annulation du mariage est prononcée par le juge statuant au sein du tribunal de statut personnel compétent<sup>2253</sup>.

Cet arrêt de principe constitue un progrès considérable pour la consécration des droits des épouses au sein du royaume, et permettra un dénouement rapide des procédures judiciaires relatives aux conflits conjugaux. Cependant, une avocate saoudienne estime à juste titre que cette procédure d'annulation décidée en une seule audience doit être encadrée afin d'éviter l'augmentation des cas de divorce dont le taux est déjà élevé<sup>2254</sup>. Elle invoque à cet effet l'émotivité des femmes qui serait propice à des décisions impulsives ; la rapidité de la procédure en l'absence de procédure de conciliation, et donc de délai de réflexion pour les époux, risquerait de lui faire regretter ultérieurement le divorce. C'est traditionnellement ce type d'argument qui est employé pour justifier le contrôle judiciaire du divorce à l'initiative des femmes, en essentialisant la différence de sexes pour en faire découler une distinction dans la validité des décisions et choix de l'individu pour lui-même.

---

<sup>2252</sup> V. La décision de la Cour suprême n° 27/3/3 du 29 octobre 2013 (24/12/1434). Cf. Ministère de la Justice. *Almabadi walqararat...*, op. cit., n° 541, p. 181.

<sup>2253</sup> Sabq. (février 2018). *Le Ministère de la Justice reconnaît le droit de l'épouse de demander l'annulation du mariage en cas d'antipathie au lieu de demander le khul'* [en arabe], accessible sur le site : <https://sabq.org/gLFhWk> .

<sup>2254</sup> *Ibidem*.

## **B- L'intervention du juge, un enjeu crucial pour garantir l'égalité réelle**

**Les conséquences de l'absence d'encadrement de la répudiation dans les deux pays du golfe.** Comme nous l'avons précisé, ni l'intervention ni le contrôle du juge ne sont nécessaires pour répudier son épouse. Le mari jouit d'une grande liberté dans la mesure où il n'est pas tenu de prouver une quelconque faute de sa femme ni de motiver sa décision, à la différence des divorces initiés par l'épouse.

L'arbitraire du mari peut se manifester par l'expulsion de sa femme hors du domicile conjugal immédiatement après prononciation de la répudiation, ou encore par sa rétractation pendant la durée de viduité, même contre la volonté de son épouse.

Pire encore, l'époux peut prononcer oralement la répudiation à l'insu de sa femme ou en son absence. Le recours au divorce en l'absence de l'épouse est une pratique très répandue en Arabie Saoudite et au Qatar. Depuis l'avènement des nouvelles technologies, la forme du prononcé du divorce a changé. De nombreux divorces sont ainsi prononcés par téléphone<sup>2255</sup>, par SMS<sup>2256</sup> ou par message vocal<sup>2257</sup>. Pour couronner le tout, c'est à l'épouse qu'il échoit généralement de prouver la répudiation en se présentant devant le tribunal. Or du fait de son caractère oral, cette forme de répudiation est souvent difficile à prouver ; l'épouse se trouve alors dans une situation ambiguë, répudiée d'un point de vue religieux, mais toujours considérée comme mariée du point de vue juridique et social, jusqu'à preuve du contraire.

Cette pratique existe également au Qatar de manière plus encadrée. L'article 113 du Code de la famille stipule que « *le divorce peut être prononcé par le mari qui le prononce officiellement devant le juge. Avant d'ordonner cette décision, le juge tentera de réconcilier les parties. Un divorce survenant en dehors de la salle d'audience doit être prouvé par preuve ou admission et avoir été communiqué à l'épouse* ».

Ainsi, si le couple a décidé de faire intervenir le juge, une certaine latitude est laissée au magistrat pour trouver une solution à l'amiable afin de les dissuader de recourir au divorce. Pour autant, il n'y a rien d'obligatoire puisque le mari a la faculté de se présenter auprès du juge, mais n'y est pas contraint. Se faire entendre auprès du juge permet à l'épouse de décrire les circonstances de la répudiation ; le magistrat devra acter le divorce si les preuves soumises lui semblent suffisamment sérieuses. Cette situation est délicate pour l'épouse qui doit prouver

---

<sup>2255</sup> Cour d'appel de la Mecque, décision n° 35364948 du 23 juin 2014 (25/08/1435).

<sup>2256</sup> Cour d'appel d'Al-Jouf, décision n°35304637 du 5 mai 2014 (06/07/1435) ; Cour d'appel de la Mecque, décision n° 35280708 du 16 avril 2014 (16/06/1435).

<sup>2257</sup> Cour d'appel de Hail, décision n°35290250 du 23 avril 2014 (23/06/1435).

que son mari a prononcé le divorce et qu'il maintient fermement son intention de rompre le mariage. C'est également au juge qu'elle doit s'adresser pour obtenir l'acte attestant du divorce.

D'après cet article, le divorce au Qatar peut être effectué de deux manières : soit officiellement devant le juge, soit dans le cadre privé, en dehors du tribunal. De ce fait, il peut se faire en présence de l'épouse comme en son absence. Il est étonnant que le droit qatarien tolère le divorce en l'absence de l'épouse, imposant seulement au mari de l'en informer par la suite<sup>2258</sup>. De quels délais le mari dispose-t-il pour le lui communiquer ? L'article reste muet, renforçant l'arbitraire du mari dans ce domaine qui peut continuer à mener une vie conjugale avec sa femme tout en l'ayant répudiée.

Par ailleurs, la question de la preuve du divorce peut devenir épineuse si le mari renie la répudiation effectuée oralement. L'article 113 se contente de préciser que la preuve peut être rapportée par aveu, ce qui est loin d'être aisé en raison du contexte privé et fermé dans lequel se déroule cette répudiation.

L'épouse se trouve ainsi confrontée à de réelles difficultés liées au caractère informel de la procédure de répudiation. Elle se trouve manifestement dans le cadre d'une situation où la disposition juridique complexifie sa situation ; par corrélation, son statut s'en trouve encore affaibli. Dans les pays du golfe objets de notre étude, en plus d'un contrôle judiciaire de la procédure de divorce, l'instauration de dispositions juridiques plus précises est nécessaire, et notamment la création d'un document écrit permettant à l'épouse d'attester de son nouveau statut.

En Arabie Saoudite, la répudiation unilatérale est très courante pour ne pas dire majoritaire. Elle s'exerce au détriment des droits des épouses répudiées. C'est la raison pour laquelle le Conseil consultatif (*Majlis Al-Choura*) a envisagé en 2008 l'interdiction de la répudiation unilatérale en l'absence de l'épouse, ce qui n'a finalement pas été suivi d'effets<sup>2259</sup>. Cette proposition a été suivie par quelques actions de la part des personnalités religieuses dans le but de préserver les droits des femmes divorcées et d'assurer leur protection sociale et psychologique<sup>2260</sup>.

---

<sup>2258</sup> ALSYED RACHID, T. et ABDULSATTAR, M. *op. cit.*, p. 185.

<sup>2259</sup> DE BEL-AIR, F. « Mariage et famille dans le golfe Arabe : vers un bouleversement politique ? » *Espace populations sociétés* (2012) : 79-96, §26.

<sup>2260</sup> *Ibidem*.

En janvier 2019, le ministère saoudien de la Justice a annoncé que les tribunaux commenceraient à mettre en œuvre un système de notification par SMS afin d'avertir les femmes dont le mari a obtenu le divorce<sup>2261</sup>. Cette décision a suscité une vague de critiques sur les sites de réseaux sociaux, dans la mesure où cette nouvelle disposition met en évidence l'injustice de la répudiation comme prérogative du mari sans consultation de son épouse.

**Le divorce-caprice : un divorce unilatéral encadré par le juge.** À cause de son caractère inégalitaire et arbitraire, cette forme de répudiation est interdite en Tunisie depuis la promulgation du Code du statut personnel, qui a rendu le divorce obligatoirement judiciaire<sup>2262</sup>. Le divorce sur demande de l'un des époux est toléré, mais doit respecter une procédure judiciaire intitulée « *divorce-caprice* », qui consiste en la dissolution unilatérale de l'union sans présentation de motif ou de raison<sup>2263</sup>.

Nonobstant son caractère unilatéral, ce type de divorce ne peut être décidé que par le juge qui tente dans un premier temps de concilier les parties, et ne prononce le divorce qu'en cas d'échec de ses tentatives, et après avoir déterminé le montant de l'indemnité destinée à l'époux subissant la séparation contre son gré<sup>2264</sup>. Ceci a été considéré par certains comme la procédure de divorce « *qui illustre le mieux l'égalité entre l'homme et la femme* »<sup>2265</sup> dans la mesure où aussi bien l'un que l'autre peuvent faire la demande d'un « *divorce-caprice* » devant le tribunal. Le législateur tunisien s'est appuyé en partie sur la procédure classique de la répudiation, mais a renforcé les droits du conjoint répudié en rendant obligatoire la procédure judiciaire.

Ainsi, le divorce n'est plus prononcé de façon discrétionnaire par l'époux, mais doit passer par une procédure de justice. Comme l'a souligné un auteur : « *Le passage nécessaire devant le juge va entraîner une transformation de la mentalité des époux et de leurs relations réciproques. Le mari n'est plus souverain pour mettre fin au lien conjugal par sa propre volonté et la femme n'est plus menacée par la répudiation* »<sup>2266</sup>. L'intervention du juge en tant que garant de l'institution permet de faire entrer dans les mœurs une nouvelle conceptualisation du mariage.

---

<sup>2261</sup> Le Point. (janvier 2019). *Les Saoudiennes apprendront leur divorce par SMS*, accessible sur le site : [https://www.lepoint.fr/monde/arabie-saoudite-les-femmes-desormais-averties-de-leur-divorce-par-sms-06-01-2019-2283681\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/arabie-saoudite-les-femmes-desormais-averties-de-leur-divorce-par-sms-06-01-2019-2283681_24.php).

<sup>2262</sup> Article 30 du Code du statut personnel tunisien.

<sup>2263</sup> V. Cassation civile de Tunisie, arrêt n°49277 du 14 mai 1996 ; Cassation civile de Tunisie, arrêt n°6074 du 15 janvier 2006 ; Cassation civile de Tunisie, arrêt n°36247 du 1 octobre 2009.

<sup>2264</sup> GTARI, R. *op. cit.*, p. 176.

<sup>2265</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>2266</sup> *Ibidem*.

L'intervention du juge comme protecteur de l'institution familiale constitue le pilier destiné à assurer un changement durable et pérenne des mœurs. L'utilité de passer par une procédure judiciaire pour garantir l'égalité entre époux au moment du divorce est également soulignée au niveau régional par l'article 7 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes.

C'est en cela que la judiciarisation du divorce en Arabie Saoudite et au Qatar semblerait une piste pertinente dans l'optique de garantir l'égalité dans le divorce.

La garantie d'une égalité de droits entre époux en matière de dissolution n'a pas empêché la recrudescence du nombre de divorces en Tunisie, qui augmente d'année en année. Conformément aux statistiques en Tunisie, c'est le divorce-caprice qui a occupé le premier rang des divorces en raison de la simplicité de la procédure. Cette procédure est initiée par les époux comme par les épouses : 54% des divorces-caprice sont demandés par les hommes, et 46% par les femmes<sup>2267</sup>.

Le divorce-caprice peut être rapproché, en droit français, des dispositions régissant la rupture du PACS, fondées sur la liberté de rompre unilatéralement, à l'initiative de l'un ou l'autre des deux partenaires, et ce sans motif. À la différence du droit tunisien, il n'y a aucune intervention du juge pour vérifier, contrôler et prononcer la dissolution du PACS. Ainsi, le PACS se présente comme une véritable alternative au mariage en tant que forme d'union plus contractuelle. En droit français du mariage en revanche, le divorce unilatéral est possible, mais davantage limité et encadré.

---

<sup>2267</sup> CENTRE DE RECHERCHES, D'ETUDES, DE DOCUMENTATION ET D'INFORMATION SUR LA FEMME (CREDIF), *op. et loc. cit.*

## **Conclusion**

La liberté de divorcer et le droit au divorce sont reconnus par les systèmes juridiques de l'ensemble des pays étudiés. La manière dont ce droit est consacré par chacun de ces pays traduit l'état du droit donné et plus particulièrement les mœurs existantes.

Pour tendre vers l'égalité entre époux dans le cadre du divorce et accorder les mêmes prérogatives aux deux époux, le législateur se doit d'apporter une réponse pragmatique et compréhensive intégrant l'intérêt et la protection des épouses.

Dans les pays du golfe, l'instauration d'un contrôle judiciaire systématique et obligatoire pour l'ensemble des cas de divorce aurait des vertus positives pour amener des avancées réelles et durables dans l'optique de promouvoir l'égalité entre époux ainsi que d'endiguer les répudiations maritales arbitraires. En effet, le juge disposerait de la possibilité d'intervenir au cas par cas et ainsi de protéger au mieux les intérêts des époux, et principalement de l'épouse, en s'inspirant du modèle tunisien en la matière.

# CONCLUSION

Pour étudier la discrimination des épouses, une approche globale est à privilégier puisqu'elle permet de prendre en considération tant les enjeux sociétaux que ceux plus spécifiquement liés à la cellule familiale. Plus particulièrement, il convient de s'attarder sur la place des femmes dans la famille et dans le couple dans la mesure où celles-ci sont susceptibles de faire l'objet de discriminations particulières dans les liens privés.

La différence physique et physiologique entre femmes et hommes s'exprime de manière forte dans le cadre du mariage, faisant de la famille un lieu crucial pour la reproduction des stéréotypes de genre, nécessitant de ce fait l'intervention du législateur afin d'assurer l'égalité réelle.

Si les individus se distinguent les uns des autres par de nombreux aspects (âge, sexe, race, force, santé, *etc.*), la vocation de la loi civile est de protéger les individus et non de créer des discriminations. Celle-ci se fonde sur un faisceau d'indices pour différencier les personnes en fonction de leur nature afin d'y associer les effets juridiques tenant compte de leurs particularités, et ce uniquement lorsque celles-ci sont pertinentes. Autrement dit, le législateur doit prendre en considération de manière globale l'ensemble des fragilités des individus, dans l'optique d'y apporter la solution la plus adéquate possible en leur accordant des droits visant à les protéger ou à compenser les éventuelles inégalités.

L'égalité souhaitée, recherchée et décidée par le législateur n'est ni figée dans le temps, ni objective ni indiscutable. En effet, elle s'inscrit toujours dans un système de valeurs fondamentales, comprenant aussi notamment la justice, la dignité, la liberté, et que le législateur pourra hiérarchiser différemment selon la société et l'époque dans lesquelles il se trouve.

La perception de l'égalité est propre à chaque législateur, de sorte qu'il est permis de considérer qu'existent autant d'égalités que de législateurs : les institutions législatives et politiques jouent un rôle crucial dans la perception sociale de l'égalité.

Le principe d'égalité est par conséquent un principe à géométrie variable qui diffère selon sa place, selon son sexe, et surtout en fonction du droit interne de son pays aux principes religieux. En Arabie Saoudite et au Qatar, les femmes subissent les effets de l'application injuste des principes de la charia. Il est difficile de comprendre comment ces discriminations persistent



alors que l'islam a tenu à asseoir une égalité de droits et d'obligations entre les êtres humains de façon indistincte.

La recherche de l'égalité entre époux s'articule nécessairement avec celle de dignité et de liberté. Pierre Leroux souligne les enjeux spécifiques à la discrimination des épouses, en affirmant que les femmes ont « *droit à l'égalité, à deux titres distincts, comme personnes humaines et comme épouses* ». Il fonde le droit à l'égalité dans le mariage sur l'idée que « *l'amour même, c'est l'égalité* », considérant que l'autonomie est une condition *sine qua none* à l'amour : la force d'une union se mesure à l'aune de la liberté et de l'autonomie des deux personnes qui s'y engagent, et sans lesquelles il ne peut y avoir que contrainte. La notion de dignité se retrouve plus largement dans le droit à l'égalité en tant que femmes, ainsi que l'écrit Pierre Leroux : « *Comme personnes humaines, votre cause est celle de tous, elle est la même que celle du peuple* »<sup>2268</sup>, montrant que l'égalité est un principe d'ordre public pour garantir la dignité des personnes. Porter atteinte à l'égalité, même d'une catégorie spécifiquement définie, en l'occurrence les épouses, signifie également porter atteinte à la dignité humaine.

Ainsi, se pencher sur l'égalité entre époux revient à évoquer plusieurs problématiques, dont la faculté pour les femmes mariées d'être reconnues tant dans la sphère privée que dans la sphère sociale avec une égale dignité. L'égalité en matière de dignité implique que toute forme de hiérarchie et de discrimination doit être considérée comme inacceptable. Pour bénéficier de l'entière égalité, l'épouse doit être considérée comme une actrice à part entière dans le lien conjugal, et non comme un simple objet passif du mariage. En effet, protéger la dignité de la femme en sa qualité d'être humain signifie la reconnaître comme un être rationnel et autonome. Cette notion d'autonomie montre le lien intrinsèque entre égalité et liberté : l'égalité va de pair avec le pouvoir de soi sur soi.

Certes, les législations de nombreux pays se sont efforcées de consacrer le principe d'égalité entre époux, mais sa mise en œuvre dépend de chaque pays, et plus précisément des valeurs qu'il tend à protéger, de l'influence de la religion, du poids de la coutume ou encore de l'application du droit international et régional. En effet, si le pays tend à établir un rapport d'égalité entre ses citoyens, et notamment en ce qui concerne les époux, il fera en sorte que son droit interne contienne des dispositions allant dans ce sens, indépendamment des dispositions culturelles et religieuses.

---

<sup>2268</sup> LEROUX, P. *De l'égalité*. Paris : Boussac, 1848, p. 46.

C'est le cas de la France qui s'est engagée depuis plus d'un siècle dans la mise en œuvre du principe d'égalité, et poursuit toujours cet objectif sous l'égide du droit international d'abord et du droit européen ensuite. Le droit interne français a réussi à inscrire l'égalité entre époux dans la loi. Il s'est détaché petit à petit de la notion de supériorité masculine qui s'exerçait au sein du foyer conjugal, supprimant le devoir d'obéissance de la femme mariée et son incapacité juridique qui la privait de ses droits.

L'égalité réelle n'est toutefois pas encore atteinte en France, même si beaucoup a été fait en ce sens. Le travail et la réflexion continuent pour permettre aux femmes mariées plus d'autonomie, notamment dans la conciliation de leur vie professionnelle avec leur vie familiale. Cette marche en avant doit être poursuivie par le législateur afin que les femmes puissent disposer et bénéficier effectivement des mêmes droits que leur mari dans la vie familiale. Dans cette optique, le droit a introduit des lois permettant d'introduire des correctifs pour instaurer plus d'égalité réelle et lutter ainsi contre les inégalités existantes. Le chemin pour atteindre l'égalité est long et sinueux puisque « *l'égalité n'est pas un mirage, [mais] un chantier permanent* »<sup>2269</sup>.

C'est dans une large mesure le cas de la Tunisie dont la volonté politique a été en faveur du changement et de la consécration des droits des femmes et des épouses. Nous avons vu que l'idée d'égalité de droits est au centre de la vie politique et sociale depuis l'ère Bourguiba : le droit de la famille tunisien s'est modernisé en s'appuyant sur une lecture novatrice des textes musulmans. Ces innovations juridiques lui ont valu de nombreuses critiques de la part des conservateurs au sein du pays. Ces critiques n'ont pas eu raison de la volonté du législateur tunisien qui a poursuivi ses réformes en accordant davantage de droits aux femmes. À l'heure actuelle, la Tunisie constitue un pays pionnier parmi les pays musulmans puisqu'elle a su allier tradition et modernité dans le cadre du droit de la famille<sup>2270</sup>.

L'Arabie Saoudite et le Qatar, quant à eux, utilisent l'argument religieux pour justifier l'absence de réformes juridiques, en considérant que le législateur ne dispose d'aucune réponse concrète et adaptée aux inégalités. Une telle approche revient à tolérer des inégalités dans la loi, voire des dispositions heurtant directement les droits de l'Homme. L'exemple de la Tunisie illustre bien le fait que les textes religieux islamiques ne constituent pas une entrave à l'instauration

---

<sup>2269</sup> CHEDLY, L. « Les relations pécuniaires entre époux. Cinquante ans après l'entrée en vigueur du Code du statut personnel tunisien. » *Revue internationale de droit comparé* (2007) : 551-593, p. 593.

<sup>2270</sup> *Ibidem*.

d'un droit égalitaire : c'est la volonté du législateur qui déterminera la manière dont ces textes seront lus et transcrits en droit positif.

Le Qatar demeure un pays tribal où les coutumes locales sont enracinées dans la législation du pays. La charia islamique s'applique avec force, restreignant les droits des femmes, et notamment des épouses qui demeurent soumises à l'autorisation de leurs maris dans l'accomplissement de nombreux actes juridiques. À l'heure actuelle, rien ne prédit qu'un changement majeur ne vienne remettre en cause cette inégalité entre les époux<sup>2271</sup>.

Comme le Qatar, l'Arabie Saoudite est très attachée à l'application de la charia. Le dispositif juridique ne conduit pas à une égalité entre les sexes de façon générale ni entre époux de façon particulière. Seule est reconnue l'égalité spirituelle fondée sur la religion, soit une égalité théorique et non juridique. Les femmes mariées sont considérées comme des éternelles mineures, soumises à la tutelle des hommes, d'abord de leur père puis de leur mari. La *qiwama* est la notion-cadre du droit de la famille, le socle même du système patriarcal puisqu'il confère aux hommes le droit d'être considérés et reconnus comme les chefs absolus des femmes. Pour asseoir son autorité, ce chef unique bénéficie de prérogatives pouvant être qualifiées d'exorbitantes, lui octroyant une réelle et incontestable autorité. Dans ce contexte, les droits des femmes ne disposent pas de la même protection et sont bafoués. Ainsi, dans ces sociétés musulmanes très conservatrices, garantir les droits des femmes est extrêmement difficile du fait de préjugés encore nourris de « *la profonde ignorance des musulmans de leur histoire et de leur religion et d'autre part de la précarité socioculturelle* »<sup>2272</sup>.

Si ces dernières années ont été le théâtre de nombreux changements en matière de droits des femmes<sup>2273</sup>, amorçant une nouvelle ère pour l'égalité de droits, l'égalité entre époux semble encore un horizon extrêmement lointain. Sans la suppression pure et simple du système de tutelle masculine, les femmes ne pourront jamais prétendre à une égalité de droits avec les hommes, et resteront toujours considérées comme des êtres inférieurs et incapables juridiquement.

Consacrer l'égalité entre époux revient ainsi à affirmer une certaine conception du mariage qui ne serait pas caractérisée par une relation de subordination, mais par un accord de volontés

---

<sup>2271</sup> CHEBEL, M. *op. cit.*, p. 83.

<sup>2272</sup> LAMRABET, A. *Femmes et politique en islam : entre les textes et la réalité contemporaine*, accessible sur le site : <http://www.asma-lamrabet.com/articles/femmes-et-politique-en-islam-entre-les-textes-et-la-realite-contemporaine/>.

<sup>2273</sup> Telle que la permission de la conduite de voiture pour les femmes (septembre 2017) et la nomination de la Princesse Reema bint Bandar Al Saoud au poste d'ambassadrice d'Arabie Saoudite à Washington (février 2019). Elle est la première Saoudienne à occuper ce poste.

émanant de deux personnes libres et autonomes en vue de vivre ensemble et de fonder une famille. C'est en ce sens que les représentations culturelles de la fonction du mariage et de la famille seront déterminantes pour la place allouée à chaque conjoint.

En France, les différentes lois régissant le droit de la famille ne parlent plus de mari et de femme, mais d'époux : « *chaque époux* », « *l'un des époux* » : la différenciation des sexes a été dépassée pour introduire le mariage homosexuel<sup>2274</sup>. Au contraire, les pays musulmans consacrent toujours la séparation des sexes et la répartition des rôles au sein du couple comme source de satisfaction conjugale. Ce principe se fonde sur le Coran : « [...] *puis [Dieu] en a fait alors les deux éléments de couple : le mâle et la femelle* »<sup>2275</sup>.

La répartition des rôles au sein du couple se trouve souvent justifiée par l'existence de différences naturelles, physiques et physiologiques entre les deux sexes, qui conduiraient à la prédominance naturelle de l'époux sur sa femme. Or cette conception, prévalente dans les pays du golfe, revient nécessairement à engendrer d'importantes inégalités : le mari dispose de pouvoirs importants et est assimilé à un véritable pourvoyeur des besoins du ménage, ce qui sert de prétexte à l'obligation des femmes de renoncer à leur entière autonomie au profit de leur époux.

De surcroît, l'argument de la diversité des représentations culturelles est mis en exergue pour justifier le maintien des inégalités entre époux. Certes, l'égalité des genres et entre époux s'inscrit dans le cadre du principe d'égalité pensé de manière globale, incluant notamment l'égal droit à son identité culturelle. Cependant il va de soi que ce droit à l'identité culturelle ne peut être assis sur la perpétuation de discriminations à l'égard des femmes : préserver la diversité ne peut impliquer que le principe d'égalité entre époux soit battu en brèche.

Cette étude comparative permet de conclure que l'égalité entre époux est réalisée uniquement en France, et dans une grande mesure en Tunisie. Ce principe a été progressivement consacré en France en raison notamment du respect de ses engagements internationaux et européens. Le droit européen harmonisé a en effet joué un rôle indéniable dans l'assise des droits fondamentaux des droits de l'Homme dans les pays de l'Union européenne.

Le fait que l'Arabie Saoudite et le Qatar soient les moins respectueux du principe d'égalité entre époux peut être mis en lien, entre autres, avec l'absence d'harmonisation du droit de la famille au niveau régional. Il n'existe pas dans les pays arabes de réelle volonté politique d'unifier les

---

<sup>2274</sup> ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES. *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 72.

<sup>2275</sup> Coran (75:39).

législations nationales sous l'égide d'un droit commun. Les différentes tentatives d'harmonisation, telles que celles initiées par la Ligue arabe et par le Conseil de coopération du golfe, n'ont pas été suivies de beaucoup d'effets.

L'absence de réforme juridique du droit de la famille au sein de ces pays provient essentiellement de la crainte de perdre leur spécificité culturelle et identitaire qui tire sa légitimité de la religion. Les pays du golfe font montre d'une résistance certaine à l'importation de principes du droit international, ce qui serait pour eux l'expression d'un véritable impérialisme occidental imposant son droit, sa culture et sa pensée notamment en matière familiale.

La comparaison entre ces quatre systèmes juridiques a permis d'ouvrir la question du rôle du législateur dans les domaines tels que celui de la famille et du couple, fortement influencés par les mœurs en vigueur dans une société donnée et à un moment précis. Doit-il se contenter d'accompagner l'évolution sociale, ou bien est-il de sa responsabilité de se faire le précurseur de ces changements ?

En France et en Tunisie, de nombreuses évolutions juridiques sont venues modifier, transformer et faire évoluer de manière durable les mœurs existantes. Autrement dit, le législateur est susceptible d'influencer les mœurs, en mettant l'accent sur l'instauration de mesures pour rechercher l'égalité.

En effet, l'État se doit de respecter, protéger, et mettre en œuvre les moyens nécessaires afin que les individus bénéficient de l'égalité des droits et des libertés de l'Homme et du Citoyen au regard des dispositions nationales ou internationales. Ceci étant, l'intervention étatique ne peut devenir une immixtion abusive dans la vie privée. En France par exemple, l'État dispose qu'en vertu du respect de la vie privée les choix individuels prévalent dans le cadre de la sphère familiale, tout en assurant que dans ce cadre l'égalité et les droits de l'Homme en général soient respectés, en vertu de l'ordre public.

En Tunisie, il s'agit d'une véritable politique familiale cohérente qui a pour but d'instaurer un équilibre entre, d'une part, l'autonomie individuelle, et d'autre part un cadre garantissant par l'intervention juridique et judiciaire la protection des droits des individus, en particulier en ce qui concerne l'égalité entre époux.

Cependant, le législateur ne peut réaliser des réformes sans prendre en compte la possibilité d'acceptation sociale de ces nouvelles lois. C'est ce que souligne Montesquieu lorsqu'il affirme : « *Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer violemment par les lois : cela paraîtroit trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres*

*mœurs et d'autres manières* »<sup>2276</sup>. Il prend le soin de compléter son propos en précisant que les lois existantes peuvent faire l'objet de réforme par des lois nouvelles, ainsi que les anciennes mœurs ou manières sont susceptibles d'être remplacées par de nouvelles mœurs ou manières ; la véritable question est de savoir la manière d'opérer retenue par le législateur pour concilier ces exigences. En effet, si le changement de la loi est inévitable et nécessaire, il doit être fait au bon rythme, avec suffisamment de souplesse pour être accepté par la société. Une telle approche décrit bien l'évolution progressive des mentalités concernant les droits des femmes en France, qui s'est faite par palier et de manière mesurée, constante et durable.

En Arabie Saoudite et au Qatar, la refonte du statut personnel est un défi majeur, car elle doit prendre en considération la vision juridique traditionnelle pétrie de valeurs religieuses, qui constitue l'ordre familial. En effet, pour une part importante des sociétés du golfe, la continuité du mode de vie traditionnel fondé sur les textes religieux est considérée comme un enjeu substantiel pour l'ordre public, et apparaît prévalent sur la garantie des droits des femmes.

De plus, dans les pays du golfe, l'autorité étatique a fait le choix d'intervenir le moins possible dans les questions liées à la vie familiale, considérant que les époux et leurs familles doivent décider eux-mêmes dans ces matières qui les concernent directement. Il s'agit là d'une application des règles de droit classiques, reflet des principes issus des textes religieux prescrivant un retrait de l'État en cette matière. Les législateurs saoudiens et qatariens pourraient cependant veiller à ce que l'autonomie des époux ne soit pas un prétexte pour justifier un abandon de sa responsabilité de protéger les individus les plus fragilisés.

Ainsi, la réforme du statut personnel doit prendre en compte ces impératifs en essayant de trouver une voie médiane. La refonte du droit du statut personnel doit nécessairement relever ce défi d'égalité, en permettant à la religion de s'inscrire dans la modernité, comme cela a été le cas en Tunisie.

Il importe effectivement de protéger la diversité culturelle dans chacun des pays, sans négliger l'importance d'assurer un socle commun au niveau des valeurs concernant le droit de la famille et le droit des femmes mariées, et ce pour empêcher que l'identité culturelle ne devienne un prétexte pour ne pas appliquer les droits de l'Homme.

La réforme du droit de la famille dans les pays arabes, et plus particulièrement l'assise d'une réelle égalité au sein du couple, est un défi pour ces pays s'ils veulent avoir une force régionale au même titre que les pays européens. Instaurer un droit régional garantissant les droits des

---

<sup>2276</sup> V. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XIX, Chapitre XIV.

femmes mariées pourrait permettre de préserver les richesses culturelles et les traditions des pays arabes sans porter atteinte aux droits fondamentaux.

Bourguiba a avancé les arguments suffisants pour montrer qu'une réforme essentielle du droit de la famille pouvait s'inscrire dans la continuité du droit musulman. Ici, le rôle du législateur a été capital pour l'évolution des mœurs et du statut des femmes.

Actuellement, deux visions bien distinctes de la famille tunisienne sont discernables dans les textes juridiques, ainsi que le pointe un auteur<sup>2277</sup> : d'une part, l'image traditionnelle d'une famille patriarcale caractérisée par la hiérarchie et l'inégalité entre les époux, et d'autre part la volonté d'une famille se voulant participative et égalitaire. Ces deux perspectives coexistent, suscitant parfois des incohérences et des difficultés juridiques, puisqu'il peut être fait appel alternativement à l'une ou l'autre pour asseoir une certaine conception de la famille. Il reste à souhaiter que cette période de transition aboutisse à une évolution favorable dans le sens de la modernité pour les autres pays arabes<sup>2278</sup>.

Ces évolutions peuvent déjà être pressenties en Arabie Saoudite et au Qatar. Dès 2016, l'Arabie Saoudite a fait le choix de s'engager dans la voie de réformes importantes dans le cadre d'un projet nommé « *Vision 2030* ». En cela, le prince héritier Mohammed Ben Salman s'inscrit d'une part dans la continuité du projet du roi Abdallah, favorable à l'instauration d'un État davantage sociolibéral, et d'autre part dans la dynamique initiée par des États proches comme le Qatar. Le plan « *Vision 2030* » se propose de relever le défi d'apporter une véritable réponse aux nombreuses difficultés auxquelles les femmes saoudiennes sont actuellement confrontées. Cette réforme vise notamment à diminuer de manière considérable le poids des pouvoirs religieux sur la société, tout en assurant et améliorant la qualité des services à destination de la population, en faisant évoluer la politique du pays vers une économie centrée sur les services et les savoirs. Mohammed Ben Salman a ainsi promis, dans son discours au forum économique du 24 octobre 2017, une Arabie Saoudite « *modérée* » et « *tolérante* ». Ce faisant, il en profite pour défendre son projet de rupture d'avec les anciennes mœurs : « *Nous n'allons pas passer 30 ans de plus de notre vie à nous accommoder d'idées extrémistes et nous allons les détruire maintenant* »<sup>2279</sup>. En ce qui concerne les droits des femmes, la première amélioration notable a été l'acquisition du droit de conduire les véhicules motorisés en juin 2018.

---

<sup>2277</sup> CHEDLY, L. *op. cit.*, pp. 553-554.

<sup>2278</sup> *Ibid.*, p. 593.

<sup>2279</sup> LePoint. (octobre 2017). *Le prince héritier saoudien bouscule l'ordre établi*, accessible sur le site : [https://www.lepoint.fr/monde/le-prince-heritier-saoudien-bouscule-l-ordre-etabli-25-10-2017-2167392\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/le-prince-heritier-saoudien-bouscule-l-ordre-etabli-25-10-2017-2167392_24.php) .



Dans une vision optimiste et réaliste, on peut affirmer qu'« aucune innovation n'est impossible à mettre en route puisque l'on trouve dans tous les milieux des éléments favorables a priori. Aucune innovation n'est facile à agréer par l'ensemble d'un milieu parce que partout on rencontre des opposants et des attentistes »<sup>2280</sup>.

---

<sup>2280</sup> DEMEERSEMAN, A. *La famille tunisienne et les temps nouveaux : essai de psychologie sociale*. Tunis : Maison tunisienne de l'édition, 1967, p. 433.

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux

- ABOU CHOUQQA, A.** *Encyclopédie de la Femme en islam*. Vol. I. Paris : AL QALAM, 2007. II vols.
- ABOU ZUHRA, M.** *Alahwal Alchakhssia (Statut personnel)* [en arabe]. Le Caire : Dar Alfikr Alarabi, 1957.
- ACHIN, C. (dir.) et BERENI, L. (dir.).** *Dictionnaire genre & science politique : Concepts, objets, problèmes*. Paris : Les Presses de Sciences Po, 2013.
- ACOLLAS, E.** *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants : Contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*. Paris : Germer-Baillière, 1874.
- AL-BAGHAWI, A.** *At-Tahdhib fi fiqh alimam ach-Chafi'i* [en arabe]. Vol. V. Beyrouth : Dar al-kotob al-ilmiyah, 1997. VIII vols.
- AL-BOUKHARI, A.** *Sahih al-boukhari recueil d'al-boukhari des hadiths authentiques du Prophète*. Vol. V. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2010.
- AL-BOUKHÂRÎ, A.** *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. I. Paris : Éditions Al Qalam, 2008. V vols.
- , *Sahîh al-Boukhârî*. Vol. IV. Paris : Éditions Al Qalam, 2008. V vols.
- AL-HANBALI, M.** *Kachâf al Qinâ' an aliqnâ'* [en arabe]. Vol. XI. Riyad : Ministère de la Justice du Royaume d'Arabie Saoudite, 2008. XVI vols.
- , *Kachaf Al-Qina' 'an Al-iqna'* [en arabe]. Vol. XII. Riyad : Ministère de la Justice en Arabie Saoudite, 2000. XV vols.
- AL-JAZIRI, A.** *Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'a (Loi islamique selon les quatre écoles)* [en arabe]. Vol. IV. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2003. V vols.
- AL-NAWAWÎ, Y.** *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 1. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols.
- , *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 4. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols.
- , *Le sahih de Muslim : Recueil des Hadiths authentiques du Prophète avec commentaire d'AL-NAWAWÎ* [en arabe et en français]. Trad. H. YAHIAOUI. Vol. 6. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2011. 10 vols.
- ALASKARI, A.** *Alfuruq allughawia (Les différences dans la langue)* [en arabe]. Beyrouth : Muassasat Arrisalah, 2002.
- ALASQALANI, A.** *Fath albari charah sahih albukhari* [en arabe]. Vol. IX. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2004.
- ALJAWHARI, A.** *Assihah* [en arabe]. Le Caire : Dar alhadith, 2009.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. (dir.), et al.** *Dictionnaire des droits de l'homme*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2008.
- AS-SIJISTANI, S.** *Sunan Abî Dâwoud* [en arabe]. Vol. I. Damas : Maison du message mondial, 2009. VII vols.
- AUBERT, J.-L. et SAVAUX, É.** *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2018.
- AUROUX, S. et WEIL, Y.** *Nouveau vocabulaire des études philosophiques*. Paris : HACHETTE, 1984.
- BATTEUR, A.** *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*. Paris : LGDJ, 2017.

- BERNARD-XÉMARD, C.** *Cours de droit des personnes et de la famille*. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2018.
- CABRILLAC, R. (dir.)**. *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2020*. 11<sup>e</sup>. Paris : LexisNexis, 2019.
- , *Liberté et droits fondamentaux*. 24<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2018.
- CARBONNIER, J.** *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*. 2<sup>e</sup> édition. Vol. I. Paris : Press Universitaire de France - PUF, 2017.
- , *Essais sur les lois*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Répertoire du notariat defrénois, 1995.
- CARCASSONNE, G. et GUILLAUME, M.** *La Constitution* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 2017.
- CARREAU, D. et MARRELLA, F.** *Droit international*. 12<sup>e</sup> édition. Paris : Éditions A.Pedone, 2018.
- CHABAS, F. et LAROCHE-GISSEROT, F.** *Leçons de droit civil : Les personnes - La personnalité - Les incapacités*. 8<sup>e</sup> édition. Paris : Montchrestien - L.G.D.J, 1997.
- CHEBEL, M.** *Dictionnaire des symboles musulmans : Rites, mystique et civilisation* [édition numérique]. Paris : Éditions Albin Michel, 2001.
- CHEHATA, CH.** *Études de droit musulman*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1971.
- CORNU, G.** *Droit civil. La famille*. 9<sup>e</sup> édition. Paris : Montchrestien, 2006.
- , *Vocabulaire juridique*. 12<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.
- DEBOVE, F., SALOMON, R. et JANVILLE, TH.** *Droit de la famille*. Paris : Vuibert, 2012.
- DEROUSSIN, D.** *Histoire du droit privé*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Ellipses Édition, 2018.
- DIDEROT, D. (dir.) et D'ALEMBERT, J.** *L'Encyclopédie, ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*. Paris : Le Breton, Durand, Briasson et Michel-Antoine David, 1756.
- DORTIER, J.-F.** *Dictionnaire des sciences humaines*. Auxerre : Éditions Sciences Humaines, 2004.
- FENOUILLET, D.** *Droit de la famille* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2019.
- FOREAUX, F.** *Dictionnaire de culture générale*. Paris : Pearson Éducation, 2010.
- GUINCHARD, S. (dir.) et DEBARD, TH. (dir.)**. *Lexique des termes juridiques*. 26<sup>e</sup>. Paris : Dalloz, 2018.
- HALPÉRIN, J.-L.** *Histoire du droit privé français depuis 1804* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.
- HENNEBEL, L. et TIGROUDJA, H.** *Traité de Droit international des droits de l'homme*. Paris : Éditions PEDONE, 2018.
- IBN AL-ARABI, M.** *Ahkam al Qur'an (Les Prescriptions du Coran)* [en arabe]. Vol. I. Beyrouth: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2012. IV vols.
- IBN KATHIR.** *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. I. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols.
- , *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe et en français]. Vol. II. Riyad : Daroussalam, 2012. X vols.
- , *Tafsîr Ibn Kathîr (Exégèse abrégée)* [en arabe]. Vol. IV. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 1998. IX vols.
- IBN QUDAMA.** *Almughni* [en arabe]. Vol. IX. Riyad : Dar 'alam al kutub, 1997. XV vols.
- MAALOUF, L.** *Almunjid alkabir fil-lugha (Le grands dictionnaires de langue arabe almunjid)* [en arabe]. Beyrouth : Dar elmachreq, 2015.
- MALAURIE, PH. et FULCHIRON, H.** *Droit de la famille*. Paris : L.G.D.J, 2018.
- , *La famille*. Paris : L.G.D.J, 2011.
- MURAT, P. (dir.)**. *Droit de la famille*. 7<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2016.

- OMAR, A.** *Mojam allugha alarabia almuasira (Lexique de la Langue arabe contemporaine)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : ‘Alam Alkutub, 2008. XX vols.
- OURLIAC, P. et GAZZANIGA, J.-L.** *Histoire du droit privé français : De l’An mil au Code civil*. Paris : Albin Michel, 1985.
- PARQUET, M.** *Droit de la famille*. 4<sup>e</sup> édition. Rosny-sous-Bois : Bréal, 2014.
- RAMBAUD, TH.** *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2017.
- RENUCCI, J.-F.** *Droit européen des droits de l’homme : Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*. 8<sup>e</sup> édition. Paris : L.G.D.J, 2019.
- REUTER, P.** *Introduction au droit des traités*. 3<sup>e</sup> Édition revue et augmentée. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1995.
- *Introduction au droit des traités*. Genève : Graduate Institute Publications, 1985.
- RIPERT, G. et PLANIOL, M.** *Traité élémentaire de droit civil : Principes généraux, les personnes, la famille, les incapables, les biens*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1920.
- SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, S., et al.** *Droit de la famille : Droits français, européen, international et comparé* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2018.
- SAVIDAN, P.** *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.
- SIRINELLI, J.-S. et GAUVARD, C.** *Dictionnaire de l’historien* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- SOURDEL, D. et SOURDEL-THOMINE, J.** *Vocabulaire de l’islam*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- SZRAMKIEWICZ, R. et BOUINEAU, J.** *Histoire des institutions (1750-1914) : droit et société en France de la fin de l’Ancien Régime à la Première Guerre mondiale*. Paris : Éditions Litec, 1998.
- TABARI, M.** *Tafsîr At-Tabari : Jami’ al-bayan ‘an ta’wîl ay al-Coran (Exégèse d’At-Tabari)* [en arabe]. Vol. II. Beyrouth : Muasasat Alrisala, 1994.
- TAHOUN, R.** *Mawsuat huquq al-Insan fi al-islam (Encyclopédie des droits de l’homme en islam)* [en arabe]. Vol. II. Damas, Beyrouth, Koweït : Dar Annawadir, 2013. VI vols.
- *Mawsuat huquq al-Insan fi al-islam (Encyclopédie des droits de l’homme en islam)* [en arabe]. Vol. III. Damas, Beyrouth, Koweït : Dar Annawadir, 2013. VI vols.
- *Mawsuat huquq al-Insan fi al-islam (Encyclopédie des droits de l’homme en islam)* [en arabe]. Vol. V. Damas, Beyrouth, Koweït : Dar Annawadir, 2013. VI vols.
- TERRÉ, F., FENOUILLET, D. et GOLDIE-GENICON, CH.** *Droit civil : La famille* [édition numérique]. Paris : Dalloz, 2018.
- TURPIN, D.** *Droit constitutionnel*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2007.

## Ouvrages spéciaux et thèses

- ABBÈS, M.** *Bourguiba et Nouria : Souvenirs et mémoires*. Paris : Éditions L’Harmattan, 2014.
- ABEL, O.** *Le mariage a-t-il encore un avenir ?* Paris : Bayard, 2005.
- ABOU ELFADL, KH.** *Speaking in God’s Name* [en anglais]. Oxford : Oneworld, 2001.
- ABOU ZUHRA, M.** *Mohadarat fi aqd alzawaj wa a’tharuhou (Des conférences sur le contrat de mariage et ses effets)* [en arabe]. Le Caire : Dar Alfikr Alarabi, 1971.
- ACADEMIE D’ÉDUCATION ET D’ÉTUDES SOCIALES.** *La famille, un atout pour la société* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2013.

- ADDAOUDI, A.** *Alalaqat bayna azzawjain (Les relations entre époux)* [en arabe]. Tunis : Markaz annachr aljamî, 2007.
- ADDOUSSARI, M.** *Attamayuz al'adil bayn alrajul walmara' fi alislam (La juste différenciation entre l'homme et la femme en islam)* [en arabe]. Dammam : Dar ibn aljawzi, 2010.
- AFTALION, A.** *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée : leur importance pratique pour la protection de l'épouse dans les classes laborieuses.* Paris : A. Pedone, 1898.
- AGAHI-ALAOUI, B.** *L'autorité maritale en droit iranien et marocain.* Paris : L'Harmattan, 2010.
- AGI, M. (dir.).** *Islam et droits de l'Homme.* Paris : Des Idées & des Hommes, 2007.
- AL HUKAIL, S.** *Les droits de l'Homme en islam et la réfutation des préjugés soulevés contre l'islam* [édition numérique]. Riyad : Dar Ashbilia, 1999.
- AL-'ALIBI, F.** *Ruyat ibn ruchd alsiyasia (La vision politique d'Averroès)* [en arabe]. 2<sup>e</sup> édition. Beyrouth : Markaz dirasat alwihda alarabiya, 2011.
- AL-MALIKI AL-SADILI, A.** *Al-muqaddima al-izziyya lil-jama'a al-azhariyya : Introduction aux questions de jurisprudence selon le rite malékite.* Beyrouth : Dar al-kotob al-ilmiyah, 2007.
- AL-UTHAYMÎN, M.** *Le mariage en islam : Règles et implications.* Riyad : Éditions ANAS, 2006.
- ALALWANI, R.** *Athar alurf fi fahm alnusous : qadaya almara' anamudajan (L'effet de la coutume dans la compréhension des textes : les questions des femmes comme un modèle)* [en arabe]. Damas : Dar alfikr, 2013.
- ALBANNA, J.** *Nazariat al'adl fi alfikr al'eurubi walfikr alislami (La théorie de la justice dans la pensée européenne et islamique)* [en arabe]. Le Caire : Maison de la pensée islamique, 2011.
- ALBARRAWI, H.** *Almadkhal lidirasat alqanoun alqatari (L'introduction de l'étude du droit qatarien)* [en arabe]. Le Caire : Maison de la renaissance arabe, 2013.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. et BONOMI, A.** *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux.* Zürich : Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.** *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes.* Paris : Éditions Eyrolles, 2006.
- . *Religion et droit dans les pays arabes.* Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.
- ALEID, N.** *Huquq almar'a' fi daw' alsunna alnabawia (Les droits des femmes à la lumière de la Sunna)* [en arabe]. Riyad : Maison de la civilisation pour publication et distribution, 2012.
- ALFAWZAN, M.** *Altanzim alqadaiy aljadid fi almamlaka alarabia alsaudia (La nouvelle organisation judiciaire du Royaume d'Arabie Saoudite)* [en arabe]. Riyad : Maktabat alqanoun wa aliqtisad, 2010.
- ALHADDAD, T.** *Imr'atuna fi alchria walmujtama' (Notre femme dans la charia et la société)* [en arabe]. 5<sup>e</sup>. Tunis : Maison de connaissances pour l'impression et la publication, 2014.
- ALHAYDARI, I.** *Alnizam al-abawi wa'ichkaliat al-jins eind alarab (Le système patriarcal et le problème du sexe chez les Arabes)* [en arabe - édition numérique]. Beyrouth : Dar Alsaqi, 2011.
- ALJABRI, M. et al.** *Huquq al'iinsan fi alfikr alearabii : dirasat fi alnusous (Droits de l'Homme dans la pensée arabe : analyses textuelles)* [en arabe]. Beyrouth : Markaz dirasat alwihdah alarabiah, 2010.
- ALJANDALI, H.** *Qanun alahwal alchakhsia altuwnisie wa alaqatuh bialcharia alislamia (Le Code du statut personnel tunisien et sa relation avec la charia)* [en arabe]. Tunis : Latrach Édition, 2011.
- ALKHAYAT, M.** *Almara' almuslima waqadaya alasar (La femme musulmane et les questions de l'époque)* [en arabe]. Damas : Dar alfikr, 2013.



- ALMUTLAQ, A.** *Zawaj almisyar (Le mariage du voyageur)* [en arabe]. Riyad : Ibn Laboun, 2002.
- ALQJHORI, M.** *Alkhalfia alislamia lmajalat al-ahwal alchakhsia (Le fond islamique du Code du statut personnel)* [en arabe]. Tunis : Elmaali Édition, 2012.
- ALQUDA, M.** *Alwadih fi charah ahkam alousra : azzawaj wattalaq (Claire explications des dispositions de la famille : mariage et divorce)* [en arabe]. Riyad : Maktabat Arruchd, 2015.
- ALSYED RACHID, T. et ABDULSATTAR, M.** *Alwajiz fi charah qanoun al'usrat alqatari raqm 22 lisanat 2006 (Résumé de la loi n° 22 de 2006 sur le droit de la famille qatarien)* [en arabe]. Giza : LAMAR, 2018.
- AMELLAL, K.** *Discriminez-moi : Enquête sur nos inégalités.* Paris : Flammarion, 2005.
- AMNESTY INTERNATIONAL.** *Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes : Un instrument essentiel pour renforcer la protection et la promotion des droits des femmes en Afrique.* Londres : Amnesty International, 2004.
- . *Middle East and North Africa Region Re-drafting the Arab Charter on Human Rights: Building for a better future* [en anglais]. MDE 01/002/2004. London : Amnesty International, 2004.
- AMRI, L. et RAMTOHUL, R.** *Genre et citoyenneté à l'ère de la mondialisation.* Dakar : Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique - CODESRIA, 2014.
- ARISTOTE.** *Éthique à Nicomaque.* Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 1997.
- ASCHA, GH.** *Du statut inférieur de la femme en islam.* Paris : L'Harmattan, 1987.
- . *Mariage, polygamie et répudiation en islam : Justifications des auteurs arabo-musulmans contemporains.* Paris : L'Harmattan, 1997.
- ASSONAI, A.** *Qadaya almusawat bayn almar'a w alrajul : dirasa naqdia (Les questions d'égalité entre les femmes et les hommes: une étude critique)* [en arabe]. Riyad : Markaz bahithat lidirasat almar'a, 2015.
- AUFFRET, S.** *Une histoire du féminisme : De l'Antiquité grecque à nos jours.* Paris : Éditions de l'Observatoire, 2018.
- AURAI-JONCHÈRE, P.** *Balzac et consorts : Scénographies familiales des conflits historiques dans le roman du XIX<sup>e</sup> siècle.* Leiden : BRILL RODOPI, 2015.
- AUROUET-HIMEUR, A.** *L'égalité professionnelle homme-femme : étude de droit français et algérien.* Tours : Université François Rabelais, 2013.
- BADERIN, M.** *International Human Rights and islamic Law* [en anglais]. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- BADUEL, P.-R. (dir.).** *Chantiers et défis de la recherche sur le Maghreb contemporain.* Paris : Éditions Karthala et IRMC, 2009.
- BALIBAR, É.** *La proposition de l'égaliberté : Essais politiques 1989-2009* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- BALTA, P.** *L'islam : idées reçues sur l'islam* [édition numérique]. 3<sup>e</sup> édition. Paris : Le Cavalier Bleu Éditions, 2014.
- BARBIER, J.-C.** *Femmes du Cameroun : mères pacifiques, femmes rebelles.* Paris : Karthala, 1985.
- BARREYRE, J.-Y. et BOUQUET, B.** *Nouveau dictionnaire critique d'action sociale.* Paris : Bayard, 2006.
- BAUBÉROT, J.** *Histoire de la laïcité en France* [édition numérique]. Paris : Presses Universitaires en France - PUF, 2017.
- BAUBÉROT, J., MILOT, M. et PORTIER, PH.** *Laïcité, laïcités : Reconfigurations et nouveaux défis.* Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2015.
- BAUD, J.-P.** *L'affaire de la main volée.* Paris : Éditions du Seuil, 1993.

- BAUDINO, C.** *Le sexe des mots : un chemin pour l'égalité* [édition numérique]. Paris : Belin, 2018.
- BAUER, B., MANDROU, R. et MARX, K.** *La question juive par Karl Marx suivi de la question juive par Bruno Bauer* [édition numérique]. Paris : Union générale d'Éditions, 1968.
- BEAUX, D.** *Se marier : christianisme, islam, judaïsme*. Paris : Éditions Bréal, 2006.
- BÉGORRE-BRET, C.** *Éthique à Nicomaque : Livres VIII et IX, Aristote*. Paris: Ellipses, 2001.
- BEN ACHOUR, R. et ZANGHÌ, C.** *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme : dialogue italo-arabe*. Torino : Giappichelli, 2005.
- BEN ACHOUR, S. et CHEDLY L.** *Actualités du droit international privé de la famille en Tunisie et à l'étranger*. Tunis : Latrach Éditions, 2015.
- BEN ACHOUR, S.** *Violences à l'égard des femmes : les lois du genre* [édition numérique]. Tunis : Le réseau Euro-Méditerranéen des Droits de l'Homme, 2016.
- BEN ACHOUR, T.** *Maqasid al-charia al-islamiyya (Les buts de la loi islamique)* [en arabe]. Doha : Ministère des dotations (awqaf) et des affaires islamiques, 2004.
- BEN ACHOUR, Y.** *La deuxième Fatiha. L'islam et la pensée des droits de l'homme* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- BEN HALIMA, S.** *Dirasat fi alahwal alchakhsia (Des études relatives au statut personnel)* [en arabe]. Manouba : Markaz alnachr aljamie, 2012.
- *Majmuat ta'aliq alaa qararat fi madat alahwal alchakhsia (Recueil de commentaires sur les décisions relatives au statut personnel)* [en arabe]. Manouba : Markaz alnachr aljamie, 2012.
- BEN JÉMIA, M. et CHEKIR H.** *La levée des réserves à la convention «cedaw» mais non au maintien de la déclaration générale* [édition numérique]. Tunis : Association Tunisienne des Femmes Démocrates - ATFD et Fonds des Nations Unies pour la population - FNUAP, 2011.
- BEN SMAÏL, N.** *Vierges ? La nouvelle sexualité des tunisiennes*. Tunis : Cérés Éditions, 2012.
- BENTOUNES, KH.** *Thérapie de l'âme* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 2011.
- BERGEL, J.-L.** *Théorie générale du droit*. Paris : Dalloz, 2012.
- BERLIN, I.** *Éloge de la liberté*. Paris : Calmann-Lévy, 1988.
- BERNARD-MAUGIRON, N. et BRAS, J.-PH.** *La charia*. Paris : Dalloz, 2015.
- BERNARD, C.** *Penser la famille au XIX<sup>e</sup> siècle (1789-1870)*. Saint-Étienne : Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007.
- BERTHOUD, J.-M.** *L'École et la famille contre l'utopie : Les annales d'un combat*. Lausanne : Éditions L'Âge d'Homme, 1997.
- BESSON, S., ZIEGLER A. et BIEDERMANN A.** *Égalité et non-discrimination en droit international et européen*. Zürich : Schulthess, 2014.
- BETHERY DE LA BROSSE, A.** *Entre amour et droit : Le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles)*. Paris : L.G.D.J, 2011.
- BLEUCHOT, H.** *Droit musulman*. Aix-Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- BOARINI, S.** *Introduction à la casuistique : casuistique et bioéthique* [édition numérique]. Paris : L'Harmattan, 2007.
- BODIER, M., et al.** *Couples et familles : entre permanences et ruptures*. Paris : INSEE références, 2015.
- BOILEUX, J.-M.** *Commentaire sur le Code civil : contenant l'explication de chaque article séparément*. Paris : Joubert, libraire de la Cour de cassation, 1838.
- BONINO, S.-TH., et al.** *À la recherche d'une éthique universelle*. Paris : François-Xavier de Guibert, 2012.
- BONNET-EYMARD, B.** *Le Coran : Elohim*. Vol. III. Saint-Parres-lès-Vaudes : La Contre-Réforme catholique, 1997.
- BORRILLO, D (dir.).** *Homosexualité et discriminations en droit privé*. Paris : La documentation française, 2007.



- . *La famille par contrat : La construction politique de l'alliance et de la parenté* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.
- . *Le droit des sexualités* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2016.
- . *Le droit des sexualités*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2009.
- BOTIVEAU, B.** *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*. Paris : Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Karthala, 1993.
- BOUHDIBA, A.** *La sexualité en islam* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- . *Les différents aspects de la culture islamique, l'individu et la société en islam*. Vol. II. Paris : UNESCO, 1994.
- BOURDIEU, P.** *La Domination masculine* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 1998.
- . *La Noblesse d'État : Grandes écoles et esprit de corps* [édition numérique]. Paris : Les Éditions de Minuit, 2016.
- BOUZEKRI, M.** *Mariage et liberté : Étude comparative entre le droit français, tunisien et musulman*. Paris : L'Harmattan, 2017.
- BOZON, M.** *Sociologie de la sexualité : Domaines et approches* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2009.
- BREINES, I. (dir.), CONNELL, R. (dir.) et EIDE, I. (dir.)**. *Rôles masculins, masculinités et violence : perspectives d'une culture de paix*. Paris : UNESCO, 2004.
- BREMS, E.** *Human Rights : Universality and Diversity* [en anglais]. La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- BRICOUT, H.** *Le mariage entre consentement et bénédiction : le sacrement et son ministre* [édition numérique]. Paris : Les Éditions du Cerf, 2015.
- BRILLAT, M.** *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*. Paris : Fondation Varenne, 2015.
- BUHRER, J.-C. et LEVENSON, C.** *L'ONU contre les droits de l'homme ?* Paris : Mille et une nuits, 2003.
- BURCHILL, R. et CONTE, A.** *Defining Civil and Political Rights : the Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* [en anglais]. Cornwall : ASHGATE, 2009.
- CABALLERO, F.** *Droit du sexe*. Paris : LGDJ-Lextenso, 2010.
- CALVÈS, G.** *La discrimination positive*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2010.
- CAMAU, M. et GEISSER, V.** *Habib Bourguiba, la trace et l'héritage*. Paris : Éditions Karthala, 2004.
- CAMAU, M.** *Tunisie au présent : Une modernité au-dessus de tout soupçon ?* [édition numérique]. Paris : Éditions du CNRS, 1987.
- CAMIL, R.** *Ahkam alusra fi ach-charia (Les dispositions familiales selon la charia)* [en arabe]. Riyad : Maktabat ar-Ruchd, 2014.
- CAPDEVILA, N.** *Tocqueville ou Marx : Démocratie, capitalisme, révolution* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- CARBONNIER, J. et al.** *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*. Paris : Dalloz, 1965.
- CENTRE D'ETUDES LAËNNEC.** *Sexualité humaine : histoire, ethnologie, sociologie, psychanalyse, philosophie*. Paris : Lethielleux, 1966.
- CENTRE DE RECHERCHES, D'ETUDES, DE DOCUMENTATION ET D'INFORMATION SUR LA FEMME (CREDIF).** *Almara' warrajul fi tunis muachirat w'arqam (La femme et l'homme en Tunisie, indicateurs et chiffres)* [en arabe]. Tunis : CREDIF, 2016.
- CHAHINE, M.** *Smahat alislam fi huqouq alinsan (La tolérance de l'islam au regard des droits de l'homme)* [en arabe]. Le Caire : Dar hamithra, 2018.

- CHAPPONNAIS, M.** *Placer l'enfant en institution : MECS, foyers éducatifs et villages d'enfants*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : DUNOD, 2008.
- CHARFI, M.** *Islam et liberté : Le malentendu historique*. Paris : Albin Michel, 1999.
- CHARLESWORTH, H.** *Sexe, genre et droit international*. Paris : Éditions A. PEDONE, 2013.
- CHARNAY, J.-P.** *Esprit du droit musulman*. Paris : Dalloz, 2008.
- CHAUVET, L.-M.** *Le sacrement de mariage entre hier et demain*. Paris : Éditions de l'Atelier, 2003.
- CHERIF, M.** *L'islam : tolérant ou intolérant ?* Paris : Odile Jacob, 2006.
- CHEVALIER-MARESCQ.** *Nouvelle législation du mariage, commentaire de la loi du 21 juin 1907 et de la circulaire du garde des Sceaux du 12 juillet 1907, avec textes législatifs anciens et nouveaux*. Paris : Bibliothèque nationale de France - BNF Gallica, 1908.
- CLAUX, P.-J., et al.** *Droit et pratique du divorce*. Paris : Dalloz, 2017.
- COBAST, É.** *Les 100 mots de la culture générale*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2010.
- COHEN-JONATHAN, G.** *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris : Économica, 1989.
- COMMAILLE, J. et MARTIN, C.** *Les enjeux politiques de la famille*. Paris : Bayard, 1998.
- COMMISSION EUROPÉENNE.** *100 mots pour l'égalité : Glossaire de termes sur l'égalité entre les femmes et les hommes*. Luxembourg : Communautés européennes, 1998.
- CONDORCET, N.** *Cinq mémoires sur l'instruction publique* [édition numérique]. Paris : Garnier-Flammarion, 1994.
- CONSEIL DE L'EUROPE.** *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et rapport explicatif*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2012.
- *Droits de l'homme en droit international : textes de base*. 3<sup>e</sup> édition. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2007.
- *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes : Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des «bonnes pratiques»* [édition numérique]. Strasbourg : Direction générale des droits de l'homme, 2004.
- *Tous concernés : L'effectivité de la protection des Droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1998.
- *Treaty Making - Expression of consent by States to be bound by a treaty / Conclusion des traités - Expression par les États du consentement à être liés par un traité*. The Hague : Kluwer Law International, 2001.
- CONSEIL PONTIFICAL POUR LA FAMILLE.** *Lexique des termes ambigus et controversés : Sur la vie, la famille et les questions éthiques*. Paris : Pierre Téqui, 2005.
- COTULA, L.** *Droit et genre. Les droits des femmes dans le secteur de l'agriculture* [édition numérique]. Rome : Bureau juridique de la FAO, 2007.
- COUM, D (dir.)**. *Que veut dire être parent aujourd'hui ?* [édition numérique]. Toulouse : Érès, 2014.
- COUTANCEAU, R. (dir.) et LEMITRE, S. (dir.)**. *Violences ordinaires ou hors normes : Aux racines de la destructivité humaine*. Malakoff : Dunod, 2017.
- COUTRON, L. et PICHERAL, C.** *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 2012.
- COUTU, M.** *Max Weber et les rationalités du droit*. Paris : L.G.D.J, 1995.
- DA LAGE, O.** *Géopolitique de l'Arabie Saoudite*. Paris : Éditions Complexe, 2006.
- DA SILVA, G.** *De l'égalité à l'équité*. Paris : L'Harmattan, 1995.
- DARGHOUTH MEDIMEGH, A.** *Droits et vécu de la femme en Tunisie*. Paris : L'Hermès Edilis, 1992.
- DE BENOIST, A.** *Famille et société : origines, histoire, actualité*. Paris : Le Labyrinthe, 1996.

- DE LA ROCHE, L.** *Examen du décret de l'Assemblée constituante, du 27 août 1791, où l'on traite la question du célibat ecclésiastique, de l'indissolubilité du mariage, et pour les concilier avec ce décret ([Reprod.]) / par M. Ch. D. L. R., anc. E. D. R.* Paris : Chez Le Clere, 1792.
- DE SAINT-EXUPÉRY, A.** *Pilote de guerre* [édition numérique]. Paris: Éditions Gallimard, 2010.
- DE SCHUTTER, O. et VAN DROOGHENBROECK, S.** *Droit international des droits de l'homme : devant le juge national.* Bruxelles : LARCIER, 1999.
- DECAUX, E. (dir.), PETTITI, L.-E. (dir.) et IMBERT, P.-H. (dir.).** *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article.* 2<sup>e</sup> édition. Paris : Economica, 1999.
- DECOCQ, A.** *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne.* Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence - LGDJ, 1960.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.** *Droits des femmes : dictionnaire juridique.* Paris : Dalloz, 1985.
- , *L'égalité des sexes.* Paris : Dalloz, 1998.
- DELMAS-MARTY, M. (dir.).** *Critique de l'intégration normative : L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits.* Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2004.
- DELMAS, G., MAFFESOLI, S.-M. et ROBBE, S.** *Le traitement juridique du sexe.* Paris : L'Harmattan, 2010.
- DELOZE, X.** *Principes théoriques de la puissance maritale chez les romains et dans le droit civil français : thèse pour le doctorat.* Poitiers : Typographie de Henri Oudin, 1867.
- DEMEERSEMAN, A.** *La famille tunisienne et les temps nouveaux : essai de psychologie sociale.* Tunis : Maison tunisienne de l'édition, 1967.
- DENNERSTEIN, L. (dir.).** *Droits des femmes et bioéthique.* Paris : Éditions UNESCO, 2002.
- DERATHÉ, R.** *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps.* Paris : VRIN, 1995.
- DÉROFF, M.-L.** *Homme-Femme : la part de la sexualité : une sociologie du genre et de l'hétérosexualité.* Rennes : Presses Universitaires de Rennes - PUR, 2007.
- DESCHAVANNE, É. et TAVOILLOT, P.-H.** *Philosophie des âges de la vie* [édition numérique]. Paris : Éditions Grasset & Fasquelle, 2007.
- DIAKHO, M.** *Le mariage forcé en islam : Des origines coutumières et ancestrales.* Beyrouth : Éditions Albouraq, 2006.
- DIB, N.** *D'un islam textuel vers un islam contextuel : la traduction du Coran et la construction de l'image de la femme* [édition numérique]. Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 2009.
- DOOMEN, J.** *Freedom and Equality in a Liberal Democratic State* [en anglais]. Bruxelles : Bruylant, 2014.
- DOUCET-BON, L.** *Le mariage dans les civilisations anciennes.* Paris : Éditions Albin Michel, 1975.
- DOUMBÉ-BILLÉ, S.** *La régionalisation du droit international.* Bruxelles : Bruylant, 2012.
- DRIESKENS, B. (dir.).** *Les métamorphoses du mariage au Moyen-Orient* [édition numérique]. Beyrouth : Presses de l'Ifpo, 2008.
- DUBRAY, L.-M.** *Le Grand livre des idées reçues : Pour démêler le vrai du faux* [édition numérique]. Paris : Le cavalier bleu, 2009.
- DUPUY, R.-J.** *L'Avenir du droit international dans un monde multiculturel : Colloque, La Haye, 17-19 novembre 1983.* La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- DUTERTRE, G.** *Extraits clés de jurisprudence : Cour européenne des Droits de l'Homme.* Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2003.
- EL TIBI, Z.** *L'islam et la femme : Rappel pour en finir avec les exagérations et les clichés* [édition numérique]. Paris : Desclée de Brouwer, 2013.

- EL-FASSI, A.** *Maqasid al-charia al-islamiyya wa makarimuha (Les objectifs de la loi islamique et sa nature bienfaisante)* [en arabe]. Beyrouth : Dar algharb al-islamiye, 1993.
- EL-YAFI, A.** *La condition privée de la femme dans le droit musulman*. Paris : Paul Geuthner, 2013.
- ELEÏD, N.** *Huquq almar'a : fi daw' alsunna alnabawia (Droits des femmes : à la lumière de la sunna prophétique)* [en arabe]. Riyad : Dar alhadara lilnachr waltawzie, 2012.
- ELESAWI, A.** *Falsfat al-islam fi bina' alusra alqawia (La philosophie de l'islam dans la construction de la famille forte)* [en arabe]. Alexandrie : Almaktab alarabi alhadith, 2007.
- EMON, A., ELLIS, M. et GLAHN, B.** *islamic Law and International Human Rights Law* [en anglais]. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- ESSEBSI, B. et CHABOT, A.** *Tunisie : la démocratie en terre d'islam* [édition numérique]. Paris : Éditions Plon, 2016.
- ESTIER, C.** *François Hollande : Journal d'une victoire* [édition numérique]. Paris : Le Cherche-Midi, 2012.
- ETEKAYEMET, V.** *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples : étude comparative*. Paris : L'Harmattan, 2000.
- FAHMI, H.** *Divorcer en Égypte : Étude de l'application des lois du statut personnel* [édition numérique]. Égypte/Soudan : CEDEJ, 1987.
- FAHMY, M.** *La Condition de la femme dans l'islam*. Paris : Éditions Allia, 2002.
- FAURÉ, CH. (dir.).** *Encyclopédie politique et historique des femmes : Europe, Amérique du Nord*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1997.
- FAVREAU, B. (dir.).** *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*. Bruxelles : Émile Bruylant, 2010.
- . *La loi peut-elle dire l'histoire? : Droit, Justice et Histoire*. Bruxelles : Bruylant, 2012.
- FAWZI, I.** *Ahkam alusra filjahilia walislam (Les dispositions relatives à la famille pendant la période préislamique et islamique)* [en arabe]. Beyrouth : Dar alkalima, 1983.
- FELLOUS, G.** *Les droits de l'homme : une universalité menacée*. Paris : La Documentation française, 2010.
- FENET, A et al.** *Droits de l'homme, droits des peuples*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1982.
- FERRIÈRE, D.** *La famille, La mondialisation : Questions contemporaines* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2014.
- FEUILLET-LIGER, B. (dir.).** *Les proches et la fin de vie médicalisée* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2013.
- FIERENS, J.** *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*. Namur : Presses universitaires de Namur, 2014.
- FILIÉ, F.** *aljandar ghazou thaqafi (Le genre : une invasion culturelle)* [en arabe]. Le Caire : Aalam Alkitab, 2008.
- FOEHRLE, F.** *L'islam pour les profs : Recherches pédagogiques*. Paris : Karthala, 1992.
- FOISNEAU, L. et THOUARD, D.** *De la violence à la politique : Kant et Hobbes*. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 2005.
- FOURNIER, P.** *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident : les transplantations juridiques et le regard du droit*. Paris : Presses de Sciences Po, 2013.
- FRAISSE, G.** *La Controverse des sexes*. Paris : Presses universitaires de France, 2001.
- FRANCEQUIN, G. (dir.).** *Tu me fais peur quand tu cries ! Sortir des violences conjugales* [édition numérique]. Toulouse : Érès, 2014.
- FRÉGOSI, F. (dir.).** *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et Monde arabe*. Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2004.
- FREUD, S.** *Le Malaise dans la civilisation* [édition numérique]. Paris : Éditions Points, 2010.



**FROMENT, J.-CH. (dir.) et MATHIEU, M. (dir.).** *Droit et politique : La circulation internationale des modèles en question* [édition numérique]. Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2014.

**FULCHIRON, H. (dir.) et BIDAUD-GARON, CH. (dir.).** *Vers un statut européen de la famille*. Paris : Dalloz, 2014.

**GABORIAU, S. et PAULIAT, H.** *Justice, Éthique et Dignité*. Limoges : Pulim, 2006.

**GAÏD, T.** *La Femme ! Quelle place dans la religion musulmane ?* Paris : IQRA, 2015.

—, *Le mariage et le statut social de la femme en islam*. Paris : IQRA, 2015.

**GANGHOFER, R.** *Le droit de la famille en Europe*. Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1992.

**GARAUD, E. et NADAUD, S.** *Codifier le droit civil européen*. Bruxelles : Larcier, 2008.

**GARNOT, B.** *Société, cultures et genres de vie dans la France moderne : XVIe-XVIIIe siècle* [édition numérique]. Paris : HACHETTE, 1991.

**GARRIGUE, J.** *Les devoirs conjugaux : Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*. Paris : Éditions Panthéon-Assas : LGDJ, 2012.

**GAUDIN, PH. (dir.).** *L'injustice : Ce qu'en disent les religions*. Ivry-sur-Seine : Éditions de l'Atelier, 2004.

**GAUDU, F.** *Les 100 mots du droit: « Que sais-je ? »* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France, 2010.

**GAZANO, A.** *L'essentiel des régimes politiques étrangers* [édition numérique]. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2016.

**GEADAH, Y. et al.** *Les crimes d'honneur : de l'indignation à l'action* [édition numérique]. Québec : Conseil du statut de la femme, 2013.

**GEOFFROY, E.** *L'islam sera spirituel ou ne sera plus*. Paris : Éditions du Seuil, 2016.

**GERBET, P.** *La construction de l'Europe* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2007.

**GÉVART, P., et al.** *Les droits de l'homme*. Paris : L'Étudiant, 2005.

**GILLIE, C. et CHABOUDEZ, G.** *Actualités de la psychanalyse* [édition numérique]. Toulouse : Érès, 2016.

**GODINEAU, D.** *Les femmes dans la France moderne : XVIe-XVIIIe siècle* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2015.

**GOYARD-FABRE, S.** *Les embarras philosophiques du droit naturel*. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 2002.

**GROTIUS, H.** *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris : Presses universitaires de France, 2012.

—, *Le droit de la guerre et de la paix*. Vol. I. Paris : Guillaumin et Cie, 1867. III vols.

**GTARI, R.** *L'égalité des femmes en Tunisie : histoire et incertitudes d'une révolution légale*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015.

**GUIDÈRE, M.** *Sexe et charia*. Monaco : Éditions du Rocher, 2014.

**GUILLARME, B.** *Rawls et l'égalité démocratique* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1999.

**HADDAD, T.** *Notre femme, la législation islamique et la société*. Alger : Éditions ANEP, 2005.

**HAFSIA, N.** *Le contrat de mariage en Tunisie jusqu'en 1956*. Carthage : Cartaginoiserie, 2010.

**HALIMI, G.** *Plaidoyer pour l'égalité*. Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1995.

**HAMMOUCHE, A., NEYRAND, G. et MEKBOUL, S.** *Les mariages forcés : Conflits culturels et réponses sociales* [édition numérique]. Paris : Éditions La Découverte, 2008.

**HENNETTE-VAUCHEZ, S. (dir.), PICHARD, M. (dir.) et ROMAN, D. (dir.).** *La loi et le genre : Études critiques de droit français*. Paris : CNRS, 2014.

**HILT, P.** *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du droit français*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

**HIRATA, H., et al.** *Dictionnaire critique du féminisme*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2004.

- HIRSCH, E.** *islam et droits de l'Homme : Recueil de textes* [édition numérique]. Paris : Librairie des Libertés, 1984.
- HOTTOIS, G.** *Dignité et diversité des hommes*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 2009.
- HOUSSEAU, I.** *Aljnder : al'aba'd al'ijtima'ia walthaqafia (Le genre : les dimensions sociales et culturelles)* [en arabe]. Amman : Dar Elchourouq, 2009.
- HUBERT-VALLEROUX, M.-É.** *De l'enseignement, ce qu'il a été, ce qu'il est, ce qu'il devrait être*. Paris : Librairie de Guillaumin et Cie, 1859.
- IBN OUTHAYMINE, M.** *Charh Al-Aqidah Al-Waasitiyyah l'Ibn Taymiyyah (Explication de la profession de foi d'Ibn Taymiyyah)* [en arabe]. 6<sup>e</sup> éd. Dammam : Dar Ibn Al-Jawzi, 2000.
- IBN QAYIM AL-JAOUZIYA, M.** *Zad Al-Ma'ad* [en français]. Vol. II. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2015.
- IBN TAIMIYYAH, A.** *Madjmou' al-Fatwa* [en arabe]. Vol. XXXIV. Médine : Mujma' almalik Fahd litiba'at almushaf alcharif, 2004. XXXVII vols.
- IBN UTHAYMÎN, M.** *Alkanz althamin fi tafsir Ibn Uthaymin (Le trésor précieux dans l'interprétation d'Ibn Uthaymîn)* [en arabe]. Vol. 10. Beyrouth : Dar al-Kotob al-ilmiah (DKI), 2010.
- IMARA, M.** *Bayn alalamia al'islamia wa alawlama algharbia (Entre l'universalité islamique et la mondialisation occidentale)* [en arabe]. Le Caire : Maktabat al'Imam Albukhari lilnashr walttawzie, 2009.
- *Makhatir alawlama ala alhuwia althaqafia (Les risques de la mondialisation sur l'identité culturelle)* [en arabe]. Le Caire : Dar nahdat misr liltiba'a wa alnachr wa alttawzie, 1999.
- JAHEL, S.** *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- JAMIL CHERIFI, M.** *Le mariage en islam : Statut légal et dissolution*. Paris : Bachari, 2012.
- JANKÉLÉVITCH, V.** *Philosophie morale* [édition numérique]. Paris : Flammarion, 2018.
- JAQUES, F. (dir.) et GOYARD, S. (dir.).** *Le droit, le juste, l'équitable*. Paris: Salvator, 2014.
- JAYYUSI, S. et al.** *Huquq al-insan fi alfikr alarbi : dirasat fi alnusus (Droits de l'Homme dans la pensée arabe : analyses textuelles)* [en arabe]. Beyrouth : Markaz dirasat alwihda al-arabia, 2010.
- KADI, A.** *Mon Sejour en Arabie*. Paris : Éditions Édilivre, 2015.
- KAMALI, M.** *Freedom, Equality and Justice in islam* [en anglais]. Cambridge : islamic Texts Society, 2002.
- KAMBOUCHNER, D.** *Notions de philosophie*. Vol. III. Paris : Gallimard, 1995.
- KAMTO, M.** *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : Commentaire article par article*. Bruxelles : Bruylant, 2011.
- KANAOUI, A.** *Azzawaj wa mochkilatoh fi masr waldouwal alarabia (Le mariage et ses problèmes en Égypte et les pays arabes)* [en arabe]. Le Caire: Kitab aljomhouria, 2010.
- KANT, E.** *Fondements de la métaphysique des moeurs*. Trad. DELBOS, V. Paris : VRIN, 2004.
- KASSAS, S.** *Droits de l'Homme et islam*. Paris : L'Harmattan, 2011.
- KESLASSY, É.** *De la discrimination positive*. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Éditions Bréal, 2016.
- KESLASSY, É. et VÉRON, M.** *Tous égaux ! Sauf... Les discriminations : un état des lieux*. Paris : Éditions Le Cavalier Bleu, 2006.
- KHALIL, R.** *Nazariat almusawat fi alcharia al-islamia (La théorie de l'égalité dans la charia)* [en arabe]. Vol. I. Le Caire : Dar Al-Farouq, 2007. II vols.
- KHILLO, I.** *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam : le cas des pays arabes*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

- KIS, J.** *L'égalité digne. Essai sur les fondements des droits de l'homme*. Paris : Éditions du Seuil, 1989.
- KNIBIEHLER, Y.** *Histoire des mères et de la maternité en Occident : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 3<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2012.
- KOUMDADJI, A.** *La sécularisation de la répudiation : ou l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français* [édition numérique]. Paris : Éditions du Cerf Patrimoines, 2016.
- KRENC, F. et PUÉCHAVY, M. (dir.)**. *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Émile Bruylant, 2008.
- KRYNEN, J.** *Le théâtre juridique : Une histoire de la construction du droit*. Paris : Éditions Gallimard, 2018.
- LABBÉE, X.** *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* Villeneuve-d'Ascq : Presses Universitaires du Septentrion, 1996.
- LACROIX, X.** *Le mariage*. Paris : Les Éditions de l'Atelier, 1999.
- LAFERRIÈRE, M. F.** *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*. Paris : Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1846.
- *Histoire du droit français : précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome*. Paris : Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 1858.
- LALANDE, A.** *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris : Presses universitaires de France, 1926.
- LAMBERT, TH. et al.** *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?* Paris : ECONOMICA, 1999.
- LAMRABET, A.** *Femmes et hommes dans le Coran : Quelle égalité ?* Paris : Albouaraq, 2012.
- *Le Coran et les Femmes une Lecture de Libération*. Lyon : Tawhid, 2007.
- *Les femmes et l'islam : une vision réformatrice*. Paris : La Fondation pour l'innovation politique, 2015.
- *Musulmane tout simplement*. Lyon : Tawhid, 2011.
- *Women in the Qur'an : An Emancipatory Reading* [en anglais]. Leicestershire : Kube Publishing Ltd, 2016.
- LE BRAS-CHOPARD, A. et MOSSUZ-LAVAU, J.** *Les femmes et la politique*. Paris : L'Harmattan, 1997.
- LE TERTRE, C.** *La religion et le droit civil du mariage*. Paris : Defrénois, 2004.
- LEBRUN, F.** *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*. 4<sup>e</sup> édition. Paris : Armand Colin, 1998.
- LEBRUN, P.-B.** *Guide pratique du droit de la famille et de l'enfant en action sociale et médico-sociale*. Paris : Dunod, 2011.
- LECA, A.** *Introduction historique au droit français de la famille*. Paris : LexisNexis, 2017.
- LECUCQ, O. et LEMOULAND, J.-J.** *La liberté fondamentale du mariage : Colloque du 6 juin 2008 Université de Pau et des Pays de l'Adour*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille - PUAM, 2009.
- LECUYER, Y.** *Convention et Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 2015-2016*. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2015.
- LEIBNIZ, G.-W. et SÈVE, R.** *Le droit de la raison*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1994.
- LEMOULAND, J.-J.** *Le mariage*. Paris : Dalloz, 1998.
- LEROUX, P.** *De l'égalité*. Paris : Boussac, 1848.
- LOCHAK, D.** *Les droits de l'homme*. Paris : La Découverte, 2010.
- LOCKE, J. et FARAGO, F.** *Traité du gouvernement civil : Avec le texte intégral des chapitres IX à XV*. Rosny : Bréal, 2002.
- LONG, M.** *La France, l'Église, quinze siècles déjà*. Genève : Librairie Droz, 1997.



- LOPEZ, G.** *Prendre en charge les victimes d'agressions et d'accidents : Accueillir, orienter, traiter.* Paris : DUNOD, 2014.
- MACÉ, É.** *L'après-patriarcat* [édition numérique]. Paris : Seuil, 2015.
- MAILLARD, N.** *La vulnérabilité : Une nouvelle catégorie morale ?* Genève : LABOR ET FIDES, 2011.
- MALAURIE, PH.** *Droit des personnes : La protection des mineurs et des majeurs.* Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2018.
- MANENT, P.** *La cité de l'homme.* Paris : Librairie Arthème Fayard, 1994.
- *La loi naturelle et les droits de l'homme.* Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2018.
- MANEUVRIER, CH. (dir.) et JEAN-MARIE, L. (dir.).** *Distinction et supériorité sociale : Moyen Âge et époque moderne.* Caen : Publications du CRAHM, 2010.
- MARAIS, A.** *Droit des personnes.* 2<sup>e</sup> édition. Paris : Dalloz, 2014.
- MARIE, C. et CATHELINÉAU-ROULAUD, A.** *Droit de la famille.* Levallois-Perret : Bréal, 2016.
- MARQUES-PEREIRA, B.** *La citoyenneté politique des femmes* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2003.
- MARTIN, J.-P., CHAUVOT, A. et CÉBEILLAC-GERVASONI, M.** *Histoire romaine* [édition numérique]. Paris : Armand Colin, 2016.
- MARTINI, É. (dir.), et al.** *La Femme.* Ivry-sur-Seine : Les éditions de l'Atelier, 2002.
- MARUANI, M.** *Femmes, genre et sociétés* [édition numérique]. Paris : La Découverte, 2005.
- MARX, K.** *Écrits philosophiques* [édition numérique]. Paris : Flammarion, 2011.
- MARZANO, M.** *La philosophie du corps : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 3<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2013.
- MATHIEU, N.-C.** *L'anatomie politique : catégorisations et idéologies du sexe.* Donnemarie-Dontilly : Éditions iXe, 2013.
- MATRINGE, J. et COHEN-JONATHAN, G. (dir.).** *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Étude du contenu normatif de la Charte et de son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme.* Bruxelles : Bruylant, 1996.
- MAYA BOUYAHIA, S.** *La proximité en droit international privé de la famille.* Paris : L'Harmattan, 2015.
- MAZIÈRE, P.** *Le principe d'égalité en droit privé.* Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- MBACKÉ, KH.** *À l'école du Coran : Lecture sélective et commentée des sourates du noble Coran.* Dakar : L'Harmattan, 2017.
- MBAYE, K.** *Les droits de l'Homme en Afrique.* 2<sup>e</sup> édition. Paris : Éditions A. Pedone, 2002.
- MECHRI, F.** *Le sentiment d'affection & le droit de la famille.* Tunis : Éditions Latrach, 2015.
- MEEROVITCH, F.** *La capacité civile de la femme mariée sous tous les régimes matrimoniaux.* Toulouse : Imprimerie F. Boisseau, 1936.
- MELKA, P.** *Victor Hugo - un Combat pour les Opprimés - Étude de Son Évolution Politique.* Paris : La Compagnie Littéraire, 2008.
- MERCADER, P., HOUEL, A. et SOBOTA, H.** *Psychosociologie du crime passionnel* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- MERCAT-BRUNS, M. (dir.).** *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées.* Paris : Dalloz, 2006.
- MEULDERS-KLEIN, M.-TH.** *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994.* Paris : L.G.D.J, 1996.
- MICHAUD, Y. (dir.).** *Égalités et inégalités.* Paris : Odile Jacob, 2003.
- MILOT, J.-R.** *Égalité hommes et femmes dans le Coran.* Montréal : Médiaspaul, 2009.

- MINCES, J.** *Le Coran et les femmes*. Paris : HACHETTE Littératures, 1996.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE - ÉTAT DU QATAR.** *Qanoun alusra (Code de la famille)* [en arabe]. Doha : Ministère de la Justice, 2011.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME.** *Majalat alahwal alchakhsia (Code du statut personnel annoté)* [en arabe]. Tunis : Ministère de la Justice et des Droits de l'Homme, 2010.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE.** *Almabadi walqararat alssadira min alhayya alqadayiya aleulya (Principes et décisions du Conseil supérieur de la magistrature et du Conseil permanent et général du Conseil supérieur de la magistrature et de la Cour suprême de 1391 à 1437)* [en arabe]. Riyad : Markaz albuhoth - wizarat aladl, 2017.
- MIR-HOSSEINI, Z. (dir.) et al.** *Gender and Equality in Muslim Family Law : Justice and Ethics in the Islamic Legal Tradition* [en anglais]. London : I.B.TAURIS, 2013.
- MIR-HOSSEINI, Z. et al.** *La justice à travers l'égalité : Rapport sur le Projet de Loi concernant la Famille Musulmane de la Coalition d'Oslo*. Oslo : La Coalition d'Oslo sur la Liberté de Religion ou de Conviction - Centre Norvégien pour les Droits Humains, Université d'Oslo, 2013.
- MIRABAIL, S. (dir.).** *La famille mutante*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ - Lextenso Éditions, 2016.
- MOLIÈRE.** *Œuvres complètes de Molière, nouvelle édition, imprimée sur celles de 1679 et 1682, avec des notes explicatives sur les mots qui ont vieilli*. Paris : F. de P. Mellado, 1868.
- MONGE, C.** *Dieu Hôte : Recherche Historique et Théologique Sur Les Rituels de L'Hospitalité*. Bucarest : Zeta Books, 2008.
- MONJID, M.** *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*. Paris : L'Harmattan, 2013.
- MONOD, J.-C.** *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? : Politiques du charisme* [édition numérique]. Paris : Éditions du Seuil, 2012.
- MONTREYNAUD, F. et MATIGNON, J.** *Dictionnaire de citations du monde*. Paris : Le Robert, 2015.
- MORIN, J.-Y. (dir.).** *Les droits fondamentaux : universalité et diversité ; droit au développement ; démocratie et état de droit ; commerces illicites ; actes des 1<sup>ères</sup> journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'AUFELF-UREF tenues à Tunis du 9 au 12 octobre 1996*. Bruxelles : Bruylant, 1997.
- MOUAQIT, M.** *L'idéal égalitaire féminin à l'oeuvre au Maroc : Féminisme, islam(isme), sécularisme* [édition numérique]. Paris : L'Harmattan, 2009.
- MOUFTI, M. et ALWAKIL, S.** *Al-nazaria al-siyasia al-islamia fi huquq al-insan al-charia (Théorie politique islamique des droits de l'Homme légitimes)* [en arabe]. Doha : Kitab al-Oumma, 1990.
- MUBERANZIZA, A.** *L'égal accès du citoyen aux affaires publiques de son pays*. Namur : Presses Universitaires de Namur, 2005.
- NASEEF, F.** *Huquq almara' wawajibatuha fi daw' alkitab walsunna (Droits et devoirs de la femme en islam à la lumière du Coran et de la Sunna)* [en arabe]. La Mecque : Université Umm al-Qura, 1983.
- NAY, O.** *Histoire des idées politiques : La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*. Malakoff : Armand Colin, 2016.
- NEIRINCK, C.** *Les états généraux du mariage : L'évolution de la conjugalité*. Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille - PUAM, 2008.
- NOLLEZ-GOLDBACH, R.** *Quel homme pour les droits ? : Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger* [édition numérique]. Paris : CNRS ÉDITIONS, 2015.
- NOREAU, P. et KASIRER, N.** *Sources et instruments de justice en droit privé*. Montréal : Les Éditions Thémis, 2002.

- OCKRENT, CH. (dir.).** *Le livre noir de la condition des femmes*. Paris : XO éditions, 2006.
- OMTZIGT, P. et al.** *Compatibilité de la charia avec la Convention européenne des droits de l'homme : des États parties à la Convention peuvent-ils être signataires de la « Déclaration du Caire » ?* Strasbourg : Assemblée parlementaire - Conseil de l'Europe, 2016.
- ORJINTA, I.** *Le féminisme et le patriarcat, le rôle médiateur de la religion* [édition numérique]. München : GRIN Verlag, 2011.
- OUBROU, T. et BABÈS, L.** *Loi d'Allah, loi des hommes* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 2002.
- OUGUERGOUZ, F.** *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*. Genève : Graduate Institute Publications, 1993.
- PALLARD, H. et TZITZIS, S.** *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*. Paris : L'Harmattan, 1997.
- PARENTEAU, D. et PARENTEAU, I.** *Les idéologies politiques : Le clivage gauche-droite* [édition numérique]. Québec : Presses de l'Université du Québec, 2008.
- PARIZEAU, M.-H. et KASH, S.** *Pluralisme, modernité et monde arabe : politique, droits de l'homme et bioéthique*. Sainte-Foy : Les presses de l'Université Laval, 2001.
- PELLISSIER, G.** *Le principe d'égalité en droit public*. Paris : L.G.D.J, 1996.
- PETIT, H. et FERRAND, J.** *Enjeux et perspectives des droits de l'homme : L'odyssée des Droits de l'homme - Tome III*. Paris : Harmattan, 2003.
- PICHARD, M. (dir.), HENNETTE-VAUCHEZ, S. (dir.) et ROMAN, D. (dir.).** *Genre et droit : ressources pédagogiques*. Paris : Dalloz, 2016.
- PISIER, É. et BRIMO, S.** *Le droit des femmes*. Paris : Dalloz, 2007.
- POLICAR, A.** *Ronald Dworkin ou la valeur de l'égalité : ou la valeur de l'égalité*. Paris : CNRS, 2015.
- POMPANON, J.-C.** *Le sacrement de mariage* [édition numérique]. Paris : Éditions François-Xavier de Guibert, 2015.
- PONTON, L.** *Philosophie et droits de l'Homme de Kant à Lévinas*. Paris : Librairie philosophique J. Vrin, 1990.
- POPE, A.** *Maximes Et Reflexions Morales, Traduites de L'Anglois ; Avec Une Traduction Nouvelle, En Vers, de L'Essai Sur L'Homme, de M. Pope*. A Londres, de l'imprimerie de G. Smith, dans le Princes-street Spittle-Fields. MDCCXXXIX, 1739.
- PORTALIS, J.-É.-M.** *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*. Paris : Joubert, 1844.
- POUSSON-PETIT, J. (dir.).** *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*. Paris : L'Harmattan, 2009.
- PRAT, A. et LOUBATIÈRE, C.** *L'ordre maçonnique le Droit Humain : « Que sais-je ? »* [édition numérique]. 2<sup>e</sup> édition. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2013.
- PRÉMONT, D., STENERSEN, CH. et OSEREDCZUK, I.** *Droits intangibles et états d'exception*. Bruxelles : E. Bruylant, 1996.
- PUBLICATIONS DE L'INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE.** *Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*. Zürich : Schulthess, 1998.
- QARAMI, A.** *Alikhtilaf fi althaqafa alarabia alislamia (La différence dans la culture arabo-musulmane)* [en arabe]. Beyrouth : Dar almadar alislami, 2007.
- QUBAIA, A. et MITRI, D.** *Gender Dictionary* [en arabe et en anglais]. Beyrouth : Lebanon Support, 2016.
- QUERRY, A.** *Droit musulman : Recueil de lois concernant les musulmans chyites*. Paris : L'imprimerie nationale, 1772.

- QUINN, G. (dir.) et DEGENER, TH. (dir.).** *Droits de l'homme et invalidité : L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité.* New York et Genève : Nations Unies, 2002.
- RAMADAN, T.** *De l'islam et des musulmans.* Paris : Presses du Châtelet, 2014.
- , *Islam, la réforme radicale : Éthique et libération.* Paris : Presses du Châtelet, 2008.
- , *Le génie de l'islam* [édition numérique]. Paris : Presses du Châtelet, 2016.
- RAMPNOUX, R.** *La famille. La mondialisation.* Paris : Éditions Ellipses, 2014.
- RATEB, A., AMER, S. et SULTAN, H.** *Alqanoun ad-Dawli alam (Droit international public)* [en arabe]. Caire : Dar Al-nahda Al-arabi, 1978.
- RAWLS, J.** *Théorie de la justice.* Paris : Points, 2009.
- REID, SH.** *Contre la violence à l'égard des femmes : une perspective européenne.* Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2003.
- RENUCCI, J.-F.** *Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme : Les droits garantis et le mécanisme de protection.* Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2005.
- REYNIÉ, D.** *Valeurs partagées* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2012.
- RIOT-SARCEY, M.** *La Démocratie à l'épreuve des femmes : Trois figures critiques du pouvoir, 1830-1848* [édition numérique]. Paris : Albin Michel, 1994.
- RIVET, D. (dir.) et MESTIRI, M. (dir.).** *Identitaire et Universel dans l'islam Contemporain.* Paris : IIIT, 2007.
- ROCHEFORT, F. (dir.).** *Le pouvoir du genre : laïcités et religions, 1905-2005.* Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2007.
- ROLLET, J.** *Religion et politique : Le Christianisme, l'islam, la démocratie.* Paris : Éditions Grasset et Fasquelle, 2001.
- ROLLINDE, M.** *Le Mouvement marocain des droits de l'Homme : Entre consensus national et engagement citoyen.* Paris : Karthala, 2002.
- ROMAN, D.(dir.).** *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes.* Paris : Éditions PEDONE, 2014.
- ROUCHE, M. (dir.).** *Mariage et sexualité au Moyen Âge : Accord ou crise ?.* Paris : Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000.
- ROUSSEAU, J.-J.** *Du contrat social ou principes du droit politique.* Strasbourg : Elibron Classics, 2006.
- , *Œuvres complètes de J.J. Rousseau, avec des notes historiques.* Vol. III. Paris : A. DESREZ, 1836.
- , *Œuvres de J. J. Rousseau, citoyen de Genève.* Paris : A. Belin, 1817.
- ROUX, L.** *Les liens et le vide.* Saint-Étienne : CIEREC, 1994.
- ROVENTA-FRUMUSANI, D.** *Concepts fondamentaux pour les études de genre.* Paris : Éditions des archives contemporaines, 2009.
- ROY, O.** *L'islam mondialisé.* Paris : Éditions du Seuil, 2002.
- RUDE-ANTOINE, E.** *Le mariage maghrébin en France.* Paris : Éditions Karthala, 1990.
- , *Mariage libre, mariage forcé ?* [édition numérique]. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2015.
- RUFFIEUX, G.** *Les sanctions des obligations familiales.* Paris : Dalloz, 2014.
- RUNTE, A. et WERTH, E.** *Feminisierung der Kultur? - Féminisation de la civilisation? : Krisen der Männlichkeit und weibliche Avantgarden - Crises de la masculinité et avant-gardes féminines.* Würzburg : Königshausen & Neumann, 2007.
- SAAD-ZOY, S. (dir.).** *Femmes, droit de la famille et système judiciaire en Algérie, au Maroc et en Tunisie.* Rabat : UNESCO, 2010.
- SAINT AUGUSTIN.** *Œuvres complètes de Saint Augustin.* Tome douzième. Bar-Le-Duc : L. Guérin et C<sup>ie</sup>, éditeurs, 1868.



**SAINT-PAU, J.-CH. (dir.).** *Droits de la personnalité*. Paris : LexisNexis, 2013.

**SALAMA, M.-M.** *Le mariage en droit musulman*. Montpellier : Imprimerie Firmin et montane, 1923.

**SANDEL, M.** *Justice : Bien juger pour bien agir* [édition numérique]. Paris : Éditions Albin Michel, 2016.

**SARDE, M.** *De l'Alcôve à l'Arène : nouveau regard sur les Françaises*. Paris : Robert Laffont, 2007.

**SAURON, J.-L. et CHARTIER, A.** *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme* [édition numérique]. Issy-les-Moulineaux : Gualino, 2014.

**SCHEIL, V.** *La loi de Hammourabi*. Paris : Ernest Leroux, 1904.

**SCHNAPPER, D.** *De la démocratie en France : République, nation, laïcité* [édition numérique]. Paris : Odile Jacob, 2017.

**SCOTT, J.** *De l'utilité du genre* [édition numérique]. Trad. Claude Servan-Schreiber. Paris : Fayard, 2012.

**SECRETAN, C. et FRIJHOFF, W.** *Dictionnaire des Pays-Bas au Siècle d'or* [édition numérique]. Amsterdam : CNRS Éditions, 2018.

**SEIKALY, M., ROODSAZ, R. et VAN EGTEEN, C.** *La situation des femmes dans les États du golfe*. Bruxelles : Union européenne - La Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres (FEMM), 2014.

**SÉLIM, J.** *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*. Paris : Panthéon-Assas Paris II, 2012.

**SERMET, L.** *Une anthropologie juridique des droits de l'homme*. Paris : Archives contemporaines, 2009.

**SÈVE, R. (dir.).** *L'égalité*. Paris : Dalloz, 2008.

**SFEZ, L.** *Leçons sur l'égalité*. Paris : Les Presses de Sciences Po, 1984.

**SOLDANI, F.** *La Voix des femmes : Olympe de Gouges, Hubertine Auclert, Marguerite Durand, Madeleine Pelletier - La citoyenneté politique des femmes en France, textes fondateurs*. Perros-Guirec : Le Bateau Ivre, 2016.

**SOURIOUX, J.-L.** *L'équité ou les équités*. Paris : Société de législation comparée, 2004.

**SOW SIDIBÉ, A., et al.** *Genre, inégalités et religion* [édition numérique]. Paris : Archives contemporaines, 2007.

**SPIELMANN, D. (dir.), TSIRLI, M. (dir.) et VOYATZIS, P. (dir.).** *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant / The European Convention on Human Rights, a living instrument : Mélanges en l'honneur de / Essays in Honour of Christos L. Rozakis*. Bruxelles : Bruylant, 2011.

**STOYANOVITCH, K.** *La pensée marxiste et le droit*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1974.

**SUDRE, F. (dir.).** *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles : Émile Bruylant, 2002.

**SUR, S. et DECAUX, E.** *L'évolution du droit international*. Paris : Édition A. Pedone, 1998.

**TABARY, M.** *L'exégèse du saint Coran*. Beyrouth : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2009.

**TABOADA LEONETTI, I. (dir.).** *Les femmes et l'islam : entre modernité et intégrisme*. Paris : L'Harmattan, 2004.

**TAHON, M.-B.** *Sociologie des rapports de sexe* [édition numérique]. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2004.

**TAMZINI, W.** *Tunisie*. Bruxelles : De Boeck, 2013.

**THÉRY, I. (dir.).** *Mariage de même sexe et filiation*. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2013.

**THWAITES, J. (dir.).** *La mondialisation : origines, développements et effets*. Laval : Les Presses de l'Université Laval, 2004.

- TIBERGHIEU, G.** *Introduction à la philosophie et préparation à la métaphysique*. Bruxelles : Bruxelles et Liège, 1868.
- TOBICH, F.** *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*. Aix-Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.
- TOCQUEVILLE, A.** *De la démocratie en Amérique*. Paris : Michel Lévy Frères, 1868.
- TOCQUEVILLE, A. et FRIOUX, D.** *De la démocratie en Amérique*. Rosny : Bréal, 2002.
- TODD, E.** *La troisième planète : Structures familiales et systèmes idéologiques*. Paris : Éditions du Seuil, 1983.
- TOMICHE, F.** *L'Arabie séoudite*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1979.
- TOUAIBIA, Y.** *Arabie Saoudite*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2018.
- TRANIÉ, G. et CALAUZENES, J.** *La famille - La mondialisation*. Paris : Vuibert, 2014.
- TUR, J.-J.** *Les Émirats du golfe Arabe*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 1976.
- TYAN, É.** *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*. Leiden : E. J. Brill, 1960.
- UNESCO.** *Histoire de l'humanité*. Paris : Éditions UNESCO, 2008.
- . *La Civilisation arabo-musulmane au miroir de l'universel : perspectives philosophiques*. Paris : UNESCO, 2010.
- UNITED NATIONS.** *The United Nations and the Advancement of Women 1945-1996* [en anglais]. New York : United Nations, 1996.
- VAN DROOGHENBROECK, S (dir.)**. *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national* [édition numérique]. Bruxelles : Groupe Larcier, 2014.
- VANDERLINDEN, J.** *Les pluralismes juridiques* [édition numérique]. Bruxelles : Éditions Bruylant, 2013.
- VASAK, K.** *La Convention européenne des Droits de l'Homme*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), 1964.
- VELU, J. et ERGEC, R.** *Convention européenne des droits de l'homme* [édition numérique]. 2<sup>e</sup> édition. Bruxelles : Bruylant, 2014.
- VERDIER, R (dir.)**. *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*. Paris : Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.
- VIDAL-NAQUET, A. (dir.) et STÉFANINI, M. (dir.)**. *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit ?* Bruxelles : Bruylant, 2014.
- VINSONNEAU, G.** *Mondialisation et identité culturelle*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2012.
- VOLPILHAC-AUGER, C. et DELIA, L.** *(Re)lire L'Esprit des lois*. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2014.
- VOLTAIRE.** *Œuvres complètes de Voltaire : Dictionnaire philosophique*. Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1860.
- WEBER, D.** *Léviathan de Hobbes avec le texte intégral des chapitres 16 et 17*. Rosny : Bréal, 2003.
- WEBER, M.** *Économie et société : les catégories de la sociologie* [édition numérique]. Vol. Tome I. Paris : Pion, 1971.
- WELZER-LANG, D. (dir.)**. *Les nouvelles hétérosexualités*. Toulouse : Éditions Érès, 2018.
- . *Nouvelles approches des hommes et du masculin* [édition numérique]. Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2000.
- WITTE, J. et GREEN, M.** *Religion and Human Rights : An Introduction* [en anglais]. Oxford : Oxford University Press, 2011.
- WUHL, S.** *Discrimination positive et justice sociale*. Paris : Presses universitaires de France - PUF, 2007.
- YASSARI, N.** *Changing God's Law : The dynamics of Middle Eastern family law* [en anglais et en français]. New York : Routledge, 2016.

- YUSUF, A. (dir.) et OUGUERGOUZ, F. (dir.).** *L'Union africaine : Cadre juridique et institutionnel : Manuel sur l'Organisation panafricaine.* Paris : A. Pedone, 2013.
- ZARCA, A.** *L'égalité dans la fonction publique* [édition numérique]. Bruxelles : Bruylant, 2014.
- ZENATI, M.** *Qu'est-ce que la SHARI'A ?* Le Havre : Havre de Savoir, 2014.
- ZWAAK, L., HARRIS, D. et GOMIEN, D.** *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique.* Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1997.
- ZWAHLEN, M.** *Le Divorce en Turquie : Contribution à l'étude de la réception du Code civil suisse.* Genève : Librairie Droz, 1981.

## Articles de périodiques

- ADDAOUDI, A.** « Achourout achakliya li akd azawaj (Les conditions formelles du contrat de mariage) [en arabe]. » *Almajala alqanouniyya attounoussiya (Revue tunisienne de droit)* (2005) : 101-151.
- AL JARII, A.** « Taqin alahkam alcharia bayn almaniein walmujiizin (La codification des dispositions de la charia, entre les opposants et les défenseurs ) [en arabe]. » *Markaz albuhoth altarbawia* (2006) : 55-81.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.** « La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman. » *Publications de l'Institut suisse de droit comparé : Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé.* Zürich : Schulthess (1998) : 9-54.
- ALMAJDOUB, O. et ALMAYOUFI, Z.** « Damanat huquq almar'a alarabia fi almithaq alarabi lihuquq alinsan (Garanties des droits de la femme arabe dans la Charte arabe des droits de l'homme) [en arabe]. » *Majallat kulliat alfunun wal'ielam* (2015) : 198-219.
- ARCHER, F.** « Le mariage est-il un contrat ou une institution ? [édition numérique]. » *CNFPT* (2012).
- AUGUSTIN, J.-M.** « L'égalité à l'équerre du droit. » *Revue française des Affaires sociales* (1998) : 9-24.
- BALANDIER, G.** « Le sexuel et le social. Lecture anthropologique. » *Cahiers internationaux de sociologie* (1984) : 5-19.
- BARBERIS, J.** « Réflexions sur la coutume internationale. » *Annuaire français de droit international* (1990) : 9-46.
- BAROIN, A.** « Le couple en droit au haut Moyen Âge : autour de l'affectio maritalis et des relations patrimoniales. » *Médiévales* (2013) : 93-107, URL : <http://journals.openedition.org/medievaux/7109> .
- BÉAL, CH.** « Grotius et le ius circa sacra. » *Dix-septième siècle* (2008) : 709-724, p. 717.
- BELLAKHDAR, S.** « La prescription de la sexualité en islam. » *Topique* (2008) : 105-116.
- BEN ACHOUR-DEOUICHE, S.** « États non sécularisés, laïcité et droits des femmes. » *Revue tunisienne de droit* (1993) : 297-311.
- BEN ACHOUR, R.** « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014. » *Revue française de droit constitutionnel* (2014) : 783-801.
- . « Tunisie. » *Annuaire international de justice constitutionnelle* (2009) : 355-368.
- BEN ACHOUR, S.** « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence. » *L'année du Maghreb* (2005-2006) : 55-70.
- BEN ACHOUR, Y.** « islam et mondialisation. » *Prologues : Revue maghrébine du livre* 38 (2009) : 5-17.
- . « Les droits de l'homme et leurs contraires. » *Aspects, Hors série* (2008) : 113-124.



- BERNARD, A.** « Des droits indivisibles. » *Le courrier de l'UNESCO "Droits de l'homme : une longue marche"* (1994) : 15-17.
- BIN MAHMOUD, F.-Z.** « Tatawur qanoun alusra min khilal majalat alahwal alchakhsia (L'évolution du droit de la famille à travers le Code du statut personnel) [en arabe]. » *Revue de la jurisprudence et de la législation* (2006) : 23-44.
- BLOQUET, S.** « Le mariage, un "contrat perpétuel par sa destination" (Portalis). » *Napoleonica. La Revue* (2012) : 74-110.
- BORGETTO, M.** « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit. » *Informations sociales* (2008) : 8-17.
- BOUAOUN, M.** « Le mariage mout'a et le droit international. » *Revue internationale de droit comparé* (2015) : 521-540.
- BOUCHET, P.** « Implications juridiques de l'égalité de dignité. » *Revue Quart Monde* (1996), URL : <https://www.revue-quartmonde.org:443/1002> .
- BOUET-DEVRIÈRE, S.** « La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit positif international ? » *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2000) : 453-477.
- BOURAOUI, S.** « Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques. » *Revue tunisienne de droit* (1993) : 119-140.
- BOURDIEU, P.** « La domination masculine. » *Actes de la recherche en sciences sociales* (1990) : 2-31.
- BOYER, CH.** « À propos de "la proposition de l'égaliberté" d'Étienne Balibar. » *Le Philosophoire* (2012) : 123-132.
- BROCHARD, D., BLOND-HANTEN, C. et ROBERT, F.** « Les effets de l'invitation européenne à agir sur la conciliation emploi-famille : une analyse comparée de la négociation collective en France et au Luxembourg. » *La Revue de l'Ires* (2015) : 99-143.
- BRULEY, Y.** « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité. » *Napoleonica. La Revue* (2012) : 111-126.
- BRUNETTI-PONS, C.** « Après la loi du 17 mai 2013 "ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe", quelles perspectives pour le droit de la famille ? » *Recherches familiales* (2014) : 111-130.
- BURRI, S.** « La conciliation de la vie professionnelle, privée et familiale. L'approche juridique de l'Union européenne. » *Revue de l'OFCE* (2010) : 213-236.
- CANIVEZ, P.** « Le droit naturel chez Éric Weil [édition numérique]. » *ARCHES* (2002).
- CASEY, J.** « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur. » *AJ Famille* (2017) : 14-26.
- CHARRUAU, J.** « L'introduction de la notion de genre en droit français. » *RFDA* (2015) : 127.
- CHEDLY, L.** « Les relations pécuniaires entre époux. Cinquante ans après l'entrée en vigueur du Code du statut personnel tunisien. » *Revue internationale de droit comparé* (2007) : 551-593.
- CHÉKIR, H.** « Le combat pour les droits des femmes dans le monde arabe. » *Fondation Maison des sciences de l'homme* (2014) : 1-31.
- CHERIF AMMARI, A.** « La condition juridique des femmes dans le Code de la famille en Tunisie. » *Après-demain* (2007) : 24-32.
- CICILE-DELFOSE, M.-L.** « La dévolution du nom de famille. » *Encyclopédie du JurisClasseur : Code Civil* (2013) : Art. 311-21 à 311-23 - Fasc. Unique.
- CITOT, V.** « L'idée d'humanité, par-delà l'universalisme métaphysique et le relativisme nihiliste. » *Le Philosophoire* 31 (2009) : 89-112.

- COKER-APPIAH, D.** « Lien entre la CEDEF et le protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme en Afrique : Une analyse comparative. » *WiLDAF* (2005) : 1-9, URL : [www.wildaf-ao.org](http://www.wildaf-ao.org).
- COTTINO, A. et FISCHER, M.-G.** « Pourquoi l'inégalité devant la loi ? » *Déviance et société* (1996) : 199-214.
- CROIX, L.** « Le patriarcat, la filiation charnelle et les pères. » *Cahiers de psychologie clinique* (2011) : 103-122.
- CROUZATIER, J.-M.** « "Droits de l'homme" ou "droit humain" : une différence sémantique ? » *Aspects, Hors série* (2008) : 11-16.
- DAÏMALLAH, H.** « Le consentement au mariage dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. » *Revue française de droit constitutionnel* (2013) : 311-334.
- DAUBERCIES, P.** « Égalité et droits de l'homme. » *Revue théologique de Louvain* (1981) : 187-211.
- DE BEL-AIR, F.** « Mariage et famille dans le golfe Arabe : vers un bouleversement politique ? » *Espace populations sociétés* (2012) : 79-96.
- DE MONTGOLFIER, J.-F.** « Du PACS au mariage et retour. » *Commentaire* (2008) : 777-786.
- DE PAUW, M.** « Women's rights : from bad to worse ? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention [en anglais]. » *Utrecht Journal of International and European Law (previously Merkourios)* (2013) : 51-65.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.** « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...). » *Pouvoirs* (2013) : 37-53.
- « Le droit de la famille en quête de sens. » *Revue Projet* (2011) : 33-40.
- « Les "droits des femmes" face aux réformes récentes du droit de la famille. » *L'Année sociologique* (2003) : 175-195.
- « Champ d'application du principe. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2012) : point 150-21.
- « Un intérêt pratique limité. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2015) : point 150-23.
- « Utilisation combinée de l'article 5 du Protocole no 7 et des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. » *Le Lamy droit des personnes et de la famille* (2015) : point 150-22, §1.
- DELEAU, O.** « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités. » *Annuaire français de droit international* (1969) : 7-23.
- DELPHY, CH.** « Le patriarcat, le féminisme et leurs intellectuelles. » *Nouvelles Questions Féministes* (1981) : 58-74.
- DHOMMEAUX, J.** « De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum. » *Annuaire français de droit international* (1989) : 399-423.
- DUBOUT, É.** « Principe d'égalité et droit de la non-discrimination. » *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 500 (2009).
- DUMONT, G.-F.** « La place de la femme dans l'identité européenne révélée par la démographie. » *Entretiens autour de l'identité européenne, Centre International de Formation Européenne* (2013) : 63-76.
- DURAND, J.-P.** « Code civil et droit canonique. » *Pouvoirs* (2003) : 59-79.
- DUVERGER, A.** « De la condition politique et civile des femmes. » *Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine, législation* (1870) : 497-540.
- DWORKIN, R.** « What is Equality? Part 1: Equality of Welfar. » *Philosophy & Public Affairs* (1981) : 185-246.

- FABRE-MAGNAN, M.** « La dignité en Droit : un axiome. » *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (2007) : 1-30.
- FARGE, M.** « La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane. » *La Semaine Juridique Édition Générale* (2001) : 293.
- . « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? » *RDLF* (2012) : 1- 8.
- FAYOL-NOIRETERRE, J.-M.** « L'intime conviction, fondement de l'acte de juger. » *Informations sociales* (2005) : 46-47.
- Fondimare, E.** « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination [édition numérique]. » *La Revue des droits de l'homme* (2014).
- FORTIER, C.** « Le droit au divorce des femmes (khul') en islam : pratiques différentielles en Mauritanie et en Égypte. » *Droit et cultures* (2010) : 59-83.
- . « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique. » *Droit et cultures* (2010) : 15-40.
- FORTUNET, F.** « La Révolution, la déférence et l'égalité. » *Communications* (2000) : 105-113.
- GALEY, M.** « Promoting Nondiscrimination against Women : The UN Commission on the Status of Women [en anglais]. » *International Studies Quarterly* (1979) : 273-302.
- GAREAU, M.** « Le care entre dépendance et domination : l'intérêt de la théorie néorépublicaine pour penser une "caring society". » *Les ateliers de l'éthique* (2009) : 25- 42.
- GÖZLER, K.** « La question de la supériorité des normes de droit international sur la constitution. » *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara)* (1996) : 195-211.
- GREWE, C.** « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme [édition numérique]. » *Revue générale du droit* (2014).
- . « Les droits intangibles. » *Annuaire international de justice constitutionnelle* (2010) : 437-452.
- GROPPI, A. et FINE A.** « Femmes, dot et patrimoine [édition numérique]. » *Clio. Histoire, femmes et sociétés* (1998) : 1-8.
- HALPÉRIN, J.-L.** « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. » *Informations sociales* (2006) : 44-55.
- HERMONT-BELOT, R.** « La révolution du mariage civil [édition numérique]. » *L'Histoire* (2016) : 56-61.
- HOSTERT, J.** « Droit international et droit interne dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. » *Annuaire français de droit international* (1969) : 92-121.
- HOUZIAUX, A.** « L'idéal de chasteté dans les débuts du christianisme, pourquoi ? » *Topique* (2008) : 17-45.
- JACKSON, S.A.** « islam and Affirmative Action [en anglais]. » *Journal of Law and Religion* (1999-2000) : 405-431.
- JACQUOT, S.** « L'Union européenne, la conciliation vie professionnelle / vie privée et la modernisation de la protection sociale. » *E-prints - Centre d'études européennes de Sciences Po* (2010) : 2-13.
- JEUGUE DOUNGUE, M.** « Discriminations à l'égard des femmes et développement durable à la lumière du Protocole de Maputo relatif aux droits de la femme en Afrique. » *AU ECHO* (2016) : 63-78.
- JOSEPH, S.** « Gender and Relationality among Arab Families in Lebanon. » *Feminist Studies* (1993) : 465-486.
- JUNTER, A. et RESSOT, C.** « La discrimination sexiste : les regards du droit [édition numérique]. » *Revue de l'OFCE* (2010) : 65-94.

**KØENIGSWARTER, L.-J.** « De l'élément germanique dans le Code Napoléon. » *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* (1842) : 161-181.

**KOLM, S.-CH.** « Libres, égaux et fraternels : la logique profonde de la morale républicaine. » *Revue française de science politique* (1985) : 639-653.

**KOUMDADJI, A.** « islam et parenté. » *Revue internationale de droit comparé (RIDC)* (2017) : 307-326.

**KREMER-MARIETTI, A.** « L'humanisme entre positivisme et nihilisme. » *L'Art du Comprendre* (2006) : 112-128.

**L'UNION EUROPÉENNE.** « Explications relatives à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [édition numérique]. » *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) C 303* (2007) : 17-35.

**LAFAYE, C.** « La domination sociale dans le contexte contemporain. » *Recherches sociologiques et anthropologiques* (2014) : 127-145.

**LAFFAILLE, F.** « Traditions culturelles religieuses versus dignité de la personne ? À propos de quelques décisions du juge italien. » *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux : L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après* (2009) : 161-164.

**LALUMIÈRE, C.** « La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme. » *Revue québécoise de droit international* (2000) : 167-186.

**LAROCHE-GISSEROT, F.** « Pratiques de la dot en France au XIX<sup>e</sup> siècle. » *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* (1988) : 1433-1452.

**LARRIBAU-TERNEYRE, V.** « Art. 212 à 215 - Fasc. 10 : MARIAGE. » *JurisClasseur-Civil Code* (2016).

**LE MÉE, R.** « La réglementation des registres paroissiaux en France. » *Annales de démographie historique* (1975) : 433-477.

**LEBRETON, G.** « Critique de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. » *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux : L'universalisme des droits en question(s). La Déclaration universelle des droits de l'Homme, 60 ans après* (2009) : 17-22.

**LEFEBVRE-TEILLARD, A.** « La famille, pilier du Code civil. » *Histoire de la justice* (2009) : 311-319.

**LEVADE, A.** « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français. » *Pouvoirs* (2004) : 55-71.

**LIEBER, M.** « Laure Bereni, Sébastien Chauvin, Alexandre Jaunait et Anne Revillard : Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre. » *Nouvelles Questions Féministes* (2009) : 135-138.

**LOCOH, TH. et MERON, M.** « Le "genre" interdit ? [édition numérique]. » *Travail, genre et sociétés* (2006) : 119-122.

**LOENEN, T. et BOLAIN, N.** « L'égalité des sexes ? Un droit fondamental à repenser. » *Les Cahiers du GRIF* (1994) : 45-68.

**MAHIEDDIN, N.** « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien. » *Revue internationale de droit comparé* (2006) : 73-100.

**MALLEK, S.** « Manh jinsiat alum litifliha (La transmission de la nationalité de la mère à son enfant) [en arabe]. » *Majalat dirasat qanounia* (2012) : 9-23.

**MANIN, PH.** « La Convention de Vienne sur les accords entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. » *Annuaire français de droit international* (1986) : 454-473.

**MARIC, M.** « Que faire du principe rawlsien d'égalité de liberté ? [édition numérique]. » *Mouvements* (2004) : 101-104.



- MAUGER-VIELPEAU, L.** « Quel mariage pour "Tous" ? » *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux (CRDF)* (2013) : 31-38.
- MAUGER, G.** « Sur la domination. » *Savoir/Agir* (2012) : 11-16.
- MEHDI, R.** « L'Union européenne et le fait religieux : Éléments du débat constitutionnel [édition numérique]. » *Revue française de droit constitutionnel* (2003) : 227-248.
- MEKBOUL, S.** « Le mariage forcé : réponses du droit et enjeux juridiques. Législation française et européenne. » *Migrations Société* (2008) : 83-98.
- MIRKOVIC, A.** « Le mariage, un service public à redécouvrir. » *Revue Lamy droit civil* (2012) : 55-58.
- MIRKOVIC, A.** *L'essentiel de la bioéthique*. Paris : Gualino, 2013.
- MOIZARD, N.** « Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. En droit social communautaire. » *Informations sociales* (2006) : 130-139.
- MONTIGNY, A.** « Désordre dans la famille : le divorce au Qatar [édition numérique]. » *Arabian Humanities* (2018).
- MORGAN, M. et FACIO, A.** « Equity or equality for women? : Understanding CEDAW's equality principles [en anglais]. » *IWRAW Asia Pacific Occasional Papers Series* (2009): 1-37.
- OBERT, J.** « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone [édition numérique]. » *Cahiers du Conseil constitutionnel* (1997).
- OLLAGNIER, E.** « La question du genre en formation des adultes. » *Savoirs* (2010) : 9-52.
- PAPI, S.** « Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences. » *Droit et société* (2014) : 689-708.
- POLTIER, H.** « Est-il raisonnable d'être démocrate ? » *Revue européenne des sciences sociales* (1993) : 111-132.
- PORTA, J.** « Égalité, discrimination, égalité de traitement. » *Revue de droit du travail* (2011) : 354.
- PRIOUX, F. et RÉGNIER-LOILIER, A.** « La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux ? » *Population et Sociétés* (2008) : 1-4.
- PROULX, D.** « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles. » *Revue du Barreau du Québec* (2003) : 487-542.
- RÉGNIER-LOILIER, A., et PRIOUX, F.** « La pratique religieuse influence-t-elle les comportements familiaux ? [édition numérique]. » *Population & Sociétés* (2008) : 1-4.
- RENAULD, B.** « Les discriminations positives : Plus ou moins d'égalité ? » *La revue trimestrielle des droits de l'homme (Rev. trim. dr. h.)* (1997) : 425-460.
- ROCHFORT, F.** « À propos de la libre-disposition du salaire de la femme mariée, les ambiguïtés d'une loi (1907) [Édition numérique]. » *Clio. Histoire, femmes et sociétés* (1998, mis en ligne le 03 juin 2005) : 1-10.
- . « Laïcisation des mœurs et équilibres de genre. Le débat sur la capacité civile de la femme mariée (1918-1938). » *Vingtième Siècle. Revue d'histoire* (2005) : 129-141.
- SAINT-PERN, L.** « Le divorce sans juge en droit comparé. » *Droit de la Famille* (2018) : 11- 14.
- SALAMÉ, GH.** « L'islam en Arabie Saoudite. » *Pouvoirs* (1983) : 125-130.
- SARLET, M. et DARDENNE, B.** « Le sexisme bienveillant comme processus de maintien des inégalités sociales entre les genres. » *L'Année psychologique* (2012) : 435-463.
- SCOTT, J.** « Le genre : une catégorie d'analyse toujours utile ? » *Diogène* (2009) : 5-14.
- SECRETAN, PH.** « Réflexions sur l'égalité. » *Autres Temps* (1992) : 46-61.
- SELLAMI, M.** « Sexualité préconjugale, souillure et reconstruction de soi. Les adolescentes au prisme d'une politique du corps féminin en Tunisie. » *L'Année du Maghreb* (2017) : 101-117.
- SFEIR, A.** « La Tunisienne, une citoyenne comme un autre. » *Les Cahiers de l'Orient* (2010) : 47-54.

- SIMLER, PH. et HILT, P.** « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage. » *La Semaine juridique - Édition générale (JCP G)* (2006) : 161.
- SMITH, SH.** « Engels and the Origin of Women's Oppression [édition numérique]. » *International Socialist Review* (1997) : 37-46.
- TARDIVEL, E.** « Pour un libéralisme critique. Égale dignité et droit de résistance dans la pensée de János Kis [édition numérique]. » *Sens public* (2005) : 2-17.
- TAVERNIER, P.** « L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme. » *La revue trimestrielle des droits de l'homme (Rev. trim. dr. h.)* (1997) : 379-393.
- TOURMEN, C.** « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion. » *Santé Publique* (2007) : 15-20.
- TOURNIER, M.** « Égalité ou équité, question d'hier, problème d'aujourd'hui. » *Mots* (1995) : 102-109.
- TZITZIS, S.** « La dignité dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme à la lumière de l'égalité et de la liberté. » *ASPECTS* (2008) : 17-30.
- VAN DER POST, S.** « Mesures positives en droit du travail : les approches différentes de la CEDAW et de la législation de l'UE en matière d'égalité des genres. » *Revue du droit européen de l'égalité des genres* (2011) : 24-32.
- VOGEL-POLSKY, É.** « Genre et droit : les enjeux de la parité. » *Cahiers du GEDISST (Groupe d'étude sur la division sociale et sexuelle du travail)* (1996) : 11-31.
- VOORHOEVE, M.** « Production judiciaire des normes et vigilance de la société civile : Le cas de la sexualité en Tunisie. » *L'Année du Maghreb* (2017) : 341-358, URL : <http://journals.openedition.org/anneemaghreb/3114> .
- WELCHMAN, L.** « Bahrain, Qatar, UAE : First time Family Law Codifications in Three Gulf States. » *International Survey of Family Law* (2010) : 163-178.
- WILLIAMS, W.** « The Equality Crisis : Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism [en anglais]. » *Women's Rights Law Reporter* (1992) : 151-174.

## Sites web consultés

- AL-DAKHIL, KH.** (décembre 2010). *Alnizam alasasi hua dustur almamlaka (Le Système fondamental de gouvernance est la Constitution du royaume)* [en arabe], consulté le 17 juin 2019 sur : <http://www.alhayat.com/article/151090/النظام-الأساسي-هو-دستور-المملكة> .
- Al-madina.** (février 2013). *Zawaj alqasirat wasin zawaj alsayida Aïcha (Le mariage des mineurs et l'âge du mariage de Aïcha)* [en arabe], accessible sur le site : <https://www.al-madina.com/article/210573/> .
- AL-MIDANI, M.** (mars 2005). *Les Déclarations islamiques des droits de l'homme*, accessible sur le site : [https://www.acihl.org/articles.htm?article\\_id=5](https://www.acihl.org/articles.htm?article_id=5) .
- Alarabiya.** (décembre 2017). Quand l'épouse a-t-elle le droit de s'inscrire au compte citoyen en tant que chef de famille ?, accessible sur le site : <https://www.alarabiya.net/ar/aswaq/economy/2017/12/27/متى-يحق-للزوجة-التسجيل-في-برنامج-المواطن-كربة-أسرة؟> .
- Alaraby.** (août 2018). *"Les droits de l'homme au Qatar" appellent à une législation complète contre les violences domestiques*, consulté le 15 décembre 2018 sur : <https://www.alaraby.co.uk/society/2018/8/12/حقوق-الإنسان-القطرية-تدعو-لوضع-تشريع-ضد-العنف-الأسري> .
- ALDUBAÏSS, F.** (août 2013). *16 talab faskh nikah liadam takafu alnasab khilal achrat 'achhur (Au cours de dix mois, 16 demandes d'annulation de mariage pour cause*

*d'incompatible sociale*) [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alsharq.net.sa/2013/09/17/945861> .

**ALKHATIB, A.** (juillet 2010). *Qanun alusra fi Qatar yujiz alzawaj fi sin al 16 (Le droit de la famille au Qatar autorise le mariage à l'âge de 16 ans)* [en arabe], accessible sur le site : <https://www.albayan.ae/one-world/2010-07-17-1.265849> .

**ALMUTAIRI, M.** (novembre 2017). *Majlis alusra alsaoudi yatajih lirafe mulahazatih alaa mudawanat alahwal alchakhsiat alkhalijia litadiliha (Le Conseil saoudien des affaires familiales entend faire des commentaires sur le code du statut personnel du golfe afin de le modifier)* [en arabe], accessible sur le site : [http://www.aleqt.com/2017/11/18/article\\_1285546.html](http://www.aleqt.com/2017/11/18/article_1285546.html) .

**ALRIYADH.** (octobre 2009). *Nissa' nadimat ala zawaj almisyar (Des femmes regrettent le "mariage misyar")* [en arabe], accessible sur le site : <http://www.alriyadh.com/469685> .

**Assemblée parlementaire.** (mars 2003). *Les crimes dits d'honneur*, Doc. 9720, accessible sur : <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10068&lang=fr> .

**BESMOND DE SENNEVILLE, L.** (janvier 2013). *Quelle importance l'Église accorde-t-elle au mariage civil ?*, accessible sur le site : <http://croire.la-croix.com/Definitions/Sacrements/Mariage/Mariage-civil> .

**BESSARD, A.** (mars 2011). *D'où vient le concept d'égalité réelle ?*, accessible sur le site : <http://www.offt.eu/245> .

**BNF Gallica.** Article 324 du Code pénal de 1810, p. 230 accessible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57600826/f241.image> .

**BRAUDO, S.** *Dictionnaire du droit privé*, v° *Abus*, accessible sur : <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/abus.php> .

**Centre d'observation de la société.** (août 2014). v° *Homogamie sociale*, accessible sur le site : <http://www.observationsociete.fr/definitions/homogamie-sociale.html> .

**Centre régional d'information des Nations Unies pour l'Europe occidentale (UNRIC).** (février 2019). *Chaque fille mutilée en est une de trop*, consulté le 26 mai 2019 sur : <https://www.unric.org/fr/actualite/5325-chaque-fille-mutilee-en-est-une-de-trop> .

**Conseil de l'Europe.** (2004). Le rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité sur *l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*, accessible sur le site : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680596136> .

—. *Programme Sud*, accessible sur le site : <https://pjp-eu.coe.int/fr/web/south-programme3/accueil> .

**DE SENNEVILLE, L.** (janvier 2013). *Le mariage chrétien*, consulté le 2 juillet 2018 sur : [https://www.la-croix.com/Religion/Spiritualite/Le-mariage-chretien-NP\\_-2013-01-11-897985](https://www.la-croix.com/Religion/Spiritualite/Le-mariage-chretien-NP_-2013-01-11-897985) .

**EI-MAGHREBI, S.** (avril 2005). *Mondialisation et universalité*, accessible sur le site lematin : <http://lematin.ma/journal/2005/Mondialisation-et-universalite/52477.html> .

**Franceinfo.** (avril 2019). *Infirmiers : un métier encore très féminin*, accessible sur le site : [https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/infirmiers-un-metier-encore-tres-feminin\\_3271391.html](https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/infirmiers-un-metier-encore-tres-feminin_3271391.html) .

—. (février 2019). *Une femme est tuée tous les deux jours en France par son conjoint ou son ex, selon un nouveau recensement*, accessible sur le site : [https://www.francetvinfo.fr/societe/violences-faites-aux-femmes/une-femme-est-tuee-tous-les-deux-jours-en-france-par-son-conjoint-ou-son-ex-selon-un-nouveau-recensement\\_3186037.html#xtor=CS2-765-%5Btwitter%5D-](https://www.francetvinfo.fr/societe/violences-faites-aux-femmes/une-femme-est-tuee-tous-les-deux-jours-en-france-par-son-conjoint-ou-son-ex-selon-un-nouveau-recensement_3186037.html#xtor=CS2-765-%5Btwitter%5D-) .



**Gouvernement.** (janvier 2018). *La lutte contre les violences faites aux femmes, Grande cause nationale 2018*, accessible sur le site : <https://www.gouvernement.fr/partage/9928-la-lutte-contre-les-violences-faites-aux-femmes-grande-cause-nationale-2018> .

**Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes.** *Repères statistiques*, accessible sur le site : <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/enjeux-europeens-et-internationaux/reperes-statistiques-31/#top> .

**HIRSZOWICZ, M.** (novembre 2010). *Le Marxisme devant les droits de l'homme*, consulté le 28 mars 2016 sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001573/157395fb.pdf> .

**Human Rights Watch.** (juillet 2016). *Boxed In : Women and Saudi Arabia's Male Guardianship System* [en anglais], accessible sur le site : <https://www.hrw.org/report/2016/07/16/boxed/women-and-saudi-arabias-male-guardianship-system#page> .

**INSEE.** (décembre 2015). *Couples et familles*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2017502?sommaire=2017528> .

—. (février 2013). *Le couple dans tous ses états, non cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs...*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436> .

—. (mars 2018). *L'accès des femmes aux postes à responsabilités : Plus de femmes cadres mais peu de dirigeantes*, consulté le 25 mai 2019 sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3363525> .

**L'étudiant.** *Le débat égalité-équité*, consulté le 7 mai 2016 sur : <https://www.letudiant.fr/boite-a-docs/document/le-debat-egalite-equite-2688.html> .

**LAMLILI, N.** (mai 2014). *Islam : et Dieu libéra la femme*, accessible sur le site : <https://www.jeuneafrique.com/133379/societe/islam-et-dieu-lib-ra-la-femme/> .

**LAMRABET, A.** *Femmes et politique en islam : entre les textes et la réalité contemporaine*, accessible sur le site : <http://www.asma-lamrabet.com/articles/femmes-et-politique-en-islam-entre-les-textes-et-la-realite-contemporaine/> .

—. *Une relecture du concept coranique de qiwamah, ou autorité de l'époux*, accessible sur le site : <http://www.asma-lamrabet.com/articles/une-relecture-feminine-du-concept-coranique-de-qiwamah-ou-autorite-de-l-epoux/> .

**Le courrier.** (mars 2016). *La page du patriarcat est-elle vraiment tournée ?* consulté le 23 juin 2016 sur : <http://www.lecourrier.ch/137160/la-page-du-patriarcat-est-elle-vraiment-tournee> .

**Le Département de l'information de l'ONU.** (avril 2000). *Les quatre conférences mondiales sur les femmes 1975-1995 : Perspective historique*, accessible sur le site : <http://www.un.org/french/womenwatch/followup/Beijing5/session/fond.html> .

**Le Journal du Dimanche.** (juin 2017). *Hollande s'offre un bain de jouvence*, accessible sur le site : <https://www.lejdd.fr/Election-presidentielle-2012/Hollande-prend-un-bain-de-foule-a-Strasbourg-425999-3117392> .

**Le Lab Europe 1.** (janvier 2013). *Mariage homo : le discours de Christiane Taubira*, accessible sur le site : <https://lelab.europe1.fr/mariage-homo-le-discours-de-christiane-taubira-7070> .

**Le Point.** (janvier 2019). *Les Saoudiennes apprendront leur divorce par SMS*, accessible sur le site : [https://www.lepoint.fr/monde/arabie-saoudite-les-femmes-desormais-averties-de-leur-divorce-par-sms-06-01-2019-2283681\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/arabie-saoudite-les-femmes-desormais-averties-de-leur-divorce-par-sms-06-01-2019-2283681_24.php) .

—. (octobre 2017). *Le prince héritier saoudien bouscule l'ordre établi*, accessible sur le site : [https://www.lepoint.fr/monde/le-prince-heritier-saoudien-bouscule-l-ordre-etabli-25-10-2017-2167392\\_24.php](https://www.lepoint.fr/monde/le-prince-heritier-saoudien-bouscule-l-ordre-etabli-25-10-2017-2167392_24.php) .

**Les Cahiers de l'islam.** <https://www.lescahiersdelislam.fr> .

**MENANT, S.** (novembre 2010). *Voltaire-Rousseau : deux conceptions modernes de l'égalité*, consulté le 20 octobre 2015 sur : <https://www.canalacademie.com/ida6328-Voltaire-Rousseau-deux-conceptions-modernes-de-l-egalite.html> .

**Middle East Media Research Institute (MEMRI).** (septembre 2009). *Une journaliste saoudienne fustige un nouveau crime d'honneur, « régression du Royaume vers l'époque préislamique »*, consulté le 28 juillet 2016 sur : <http://memri.fr/2009/09/07/une-journaliste-saoudienne-fustige-un-nouveau-crime-dhonneur-regression-du-royaume-vers-lepoque-pre-islamique/> .

**Ministère de l'économie et des finances français.** (octobre 2017). *Situation économique et financière de l'Arabie Saoudite*, accessible sur le site : [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/17774\\_situation-economique-et-financiere-de-larabie-saoudite](https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/17774_situation-economique-et-financiere-de-larabie-saoudite) .

**Ministère de la Justice.** (février 2018). *Divorce par consentement mutuel sans juge, Quel bilan, 1 an après la réforme ?*, accessible sur le site : <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-31342.html> .

**Ministry of Development Planning and Statistics.** *Vital Statistics Annual Bulletin Marriage and Divorce 2018*, p. XVII, accessible sur le site : <https://www.psa.gov.qa/en/statistics1/pages/topicslisting.aspx?parent=population&child=marriagesdivorces> .

**Nations Unies.** *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, accessible sur le site : [https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1\\_fr.xml](https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml) .

**Observatoire des inégalités.** (août 2017). *Couples : qui se ressemble s'assemble*, accessible sur le site : <https://www.inegalites.fr/Couples-qui-se-ressemble-s-assemble> .

**PERRIN, J.-P.** (mars 1999). *8 mars, Journée internationale des femmes. Au Qatar, citoyennes sous le voile. Aujourd'hui, pour la première fois, un scrutin est ouvert aux qatariennes*, accessible sur le site : [https://www.liberation.fr/planete/1999/03/08/8-mars-journee-internationale-des-femmes-au-qatar-citoyennes-sous-le-voile-aujourd-hui-pour-la-premi\\_266941](https://www.liberation.fr/planete/1999/03/08/8-mars-journee-internationale-des-femmes-au-qatar-citoyennes-sous-le-voile-aujourd-hui-pour-la-premi_266941) .

**PICHON, E.** (octobre 2013). *La Condition féminine en Arabie Saoudite*, consulté le 27 novembre 2016 sur : <https://epthinktank.eu/2013/10/26/la-condition-feminine-en-arabie-saoudite/> .

**RAMADAN, T.** (juin 2014). *Féminin, masculin (4)*, consulté le 20 juillet 2016 sur : <http://tariqramadan.com/feminin-masculin-4/> .

**Sabq.** (février 2018). *Le Ministère de la Justice reconnaît le droit de l'épouse de demander l'annulation du mariage en cas d'antipathie au lieu de demander le khul'* [en arabe], accessible sur le site : <https://sabq.org/gLFhWk> .

**Secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations.** *Étude nationale relative aux morts violentes au sein du couple pour l'année 2017*, accessible sur le site : <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/etude-nationale-relative-aux-morts-violentes-au-sein-du-couple-pour-lannee-2017/> .

**Sénat.** *Annexe au procès-verbal de la séance du 10 mars 1999 sur la proposition de loi relative au pacte civil de solidarité*, accessible sur le site : [https://www.senat.fr/rap/198-258/198-258\\_mono.html](https://www.senat.fr/rap/198-258/198-258_mono.html) .

**Tableau de l'économie française.** (mars 2016). *Mariages – Pacs - Divorces*, accessible sur le site : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1906665?sommaire=1906743> .

**TAVOILLOT, P.-H.** (septembre 2012). *De l'origine de l'égalité parmi les hommes*, consulté le 17 février 2016 sur : <http://www.philomag.com/les-idees/de-lorigine-de-legalite-parmi-les-hommes-3372> .

**UN Women.** *Le Glossaire du Centre de Formation d'ONU*, accessible sur le site : <https://trainingcentre.unwomen.org/mod/glossary/view.php?id=151&mode=search&hook=genre&sortkey=&sortorder=asc&fullsearch=1&page=-1> .

**Union Nationale des Associations Familiales - UNAF.** (juin 2017). *Contribution UNAF aux travaux du HCFEA - Famille sur le rapport du thème transversal "disposer de temps et de droits pour s'occuper de ses enfants, de sa famille et de ses proches"*, p. 3, accessible sur le site : [http://www.unaf.fr/IMG/pdf/contribution\\_unaf\\_aux\\_travaux\\_hcfea\\_famille\\_-\\_temps\\_et\\_droits\\_-\\_hcfea.pdf](http://www.unaf.fr/IMG/pdf/contribution_unaf_aux_travaux_hcfea_famille_-_temps_et_droits_-_hcfea.pdf).

**Vie-publique.** (août 2018). *Les acteurs de la politique familiale*, accessible sur le site : <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/famille/acteurs/>.

**WEIDENFELD, K.** (octobre 2010). *Réforme fiscale : et le quotient conjugal ? Ce que ne dit pas la réforme du gouvernement*, accessible sur le site : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/05/reforme-fiscale-et-le-quotient-conjugal\\_1419041\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/10/05/reforme-fiscale-et-le-quotient-conjugal_1419041_3232.html).

**Munira AL AMER**

# **L'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX**

## **Étude comparative : Droits français, qatarien, saoudien et tunisien**

### **Résumé**

Cette étude comparative se propose d'analyser comment est appréhendée l'égalité entre époux en Arabie Saoudite, en France, au Qatar et en Tunisie, au moment de contracter le mariage, pendant le mariage et lors de sa dissolution.

Malgré un accord d'ensemble se manifestant par l'affirmation d'une égalité symétrique entre époux sur le plan théorique, l'application de ce principe est limitée - dans une mesure différente selon les pays - par des dispositions discriminatoires à l'égard des épouses, restreignant leur droit à l'égale liberté et l'égale dignité.

Mots-clés : *Arabie Saoudite, France, Qatar, Tunisie, droit comparé, mariage, époux, divorce, égalité, équité, non-discrimination, égalité réelle, discrimination positive, dignité, liberté, autonomie, genre, qiwama, consentement, polygamie, répudiation, charia.*

### **Abstract**

This comparative study proposes to analyze how equality between spouses in Saudi Arabia, France, Qatar, and Tunisia is apprehended at the time of marriage, during marriage and at the time of dissolution.

Despite an overall agreement that presents in the affirmation of symmetrical equality between spouses on the theoretical level, the application of this principle is limited - to a different extent in different countries - by discriminatory provisions against wives, restricting their right to equal freedom and equal dignity.

Keywords: *Saudi Arabia, France, Qatar, Tunisia, comparative law, marriage, spouses, divorce, equality, equity, non-discrimination, real equality, affirmative action, dignity, freedom, autonomy, gender, qiwama, consent, polygamy, repudiation, sharia.*