



N° 86/08 - 24 octobre 1986

**LA SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME
MUSULMANE ET L'EFFORT
D'INTERPRETATION PERSONNELLE (IJTIHAD)**

Ahmed KHAMLICH

*Ahmed Khamlich est, professeur à la Faculté de Droit de Rabat. Son intervention a été effectuée en langue arabe, dans le cadre des Présences Marocaines à Grenoble, Avril 1985. Texte traduit par Abdallah EL MALIKI (U.T.M.), tiré de **Horizons maghrébins - Le droit à la mémoire** - n° 7/8 - Eté-Automne 1986 - Revue des Etudiants-Chercheurs Maghrébins de l'Université de Toulouse-Le Mirail.*

Nous ne pourrions dans le cadre de cette intervention exposer les divers aspects de la situation juridique de la femme dans la loi musulmane et l'influence de l'effort d'interprétation personnelle (IJTIHAD) sur cette situation.

Nous nous limiterons donc à présenter une idée générale sur la manière dont la loi musulmane a dû affronter le problème de la femme, nous citerons ensuite des exemples des droits de la femme et nous évoquerons enfin l'exégèse et la jurisprudence relatives à l'exercice de ces droits.

**I. LA MANIERE DONT LA LOI MUSULMANE
A DU AFFRONTER LE PROBLEME DE LA FEMME**

Il est certain que le problème de la femme a été l'un des premiers problèmes que la loi musulmane a dû affronter à ses débuts. Cela ne veut pas dire que le problème était spécifique à la péninsule arabe; car, ailleurs, la situation de la femme n'était guère meilleure. La raison en est historique et participe de la conception dominante des civilisations de l'époque quant à l'organisation des rapports homme-femme, laquelle conception s'est perpétuée bien des siècles après.

Si nous considérons globalement la manière dont le Coran a dû affronter le problème de la femme nous pourrions en dégager ce qui suit :

A - A la première phase de la révélation quand le prophète était à La Mecque et avant l'émergence de la société musulmane à Médine, le Coran s'avère consacrer l'égalité de l'homme et de la femme en tant que destinataires du message, leur égalité est aussi consacrée devant l'obligation et la rétribution :

"Dis-leur : O hommes ! je suis l'Apôtre de Dieu envoyé vers vous tous" (Sourate VII, Verset 156) (1).

"Nous t'avons envoyé ce livre pour faire passer les hommes des ténèbres à la lumière" (Sourate XIV, Verset 1).

"Quiconque fait une bonne action, et aura été croyant en même temps, qu'il soit homme ou femme, Nous lui accorderons une vie heureuse" (Sourate XVI, Verset 100).

Le message a dirigé ensuite son attention vers la femme en tant que fille et en tant que mère :

1. En tant que fille.

a) Le Coran a condamné la mauvaise habitude d'accueillir la naissance de la fille (contrairement à celle du garçon), dans l'affliction et la honte, et il a désapprouvé les pères qui agissaient ainsi :

"Si l'on annonce à quelqu'un d'entre eux la naissance d'une fille, son front se rembrunit et il s'afflige profondément. Il se cache aux siens à cause de la désastreuse nouvelle. Doit-il contenir sa disgrâce ou l'ensevelir dans la poussière ? Que leurs jugements sont déraisonnables" (Sourate XVI, Versets 60 et 61).

b) Il leur a interdit de tuer leurs filles, acte qu'ils considéraient comme légitime par crainte de la pauvreté, qu'elles ne leur attirent plus tard l'opprobre par un comportement déviant ou qu'elles soient capturées par l'ennemi.

"Ils sont perdus ceux qui tuent leurs enfants, par folie par ignorance" (Sourate VI, Verset 141).

"Ne tuez pas vos enfants par crainte de pauvreté; nous leur donnerons leur nourriture, ainsi qu'à vous. Les meurtres que vous commettez sont un péché atroce" (Sourate XVII, Verset 33).

Dans ces deux versets, le terme "enfants" désigne les filles puisqu'il n'a pas été établi historiquement que les arabes tuaient leur progéniture mâle.

c) Il leur a annoncé que dans l'au-delà Dieu ne leur pardonnerait pas de tuer leurs filles innocentes, n'ayant pas commis de péché.

"Lorsqu'on demandera à la fille enterrée vivante pour quel Crime on l'a fait mourir" (Sourate LXXXI, Versets 8 et 9).

2. En tant que mère.

Le Coran a prescrit la bienfaisance à l'égard des parents qu'ils soient d'âge mûr ou vieux.

"Dieu a décidé de n'adorer que lui, de tenir une belle conduite envers vos père et mère, soit que l'un d'eux ait atteint la vieillesse ou qu'ils y soient parvenus tous les deux et qu'ils restent avec vous. Garde-toi de leur marquer du mépris, de leur faire des reproches. Parle-leur avec respect. Sois humble envers eux et plein de tendresse, et adresse cette prière : Seigneur, aie pitié d'eux, ils m'ont élevé dans mon enfance" (Sourate XVII, Versets 24 et 25).

"Nous avons recommandé à l'homme ses père et mère (sa mère le porte dans son sein et endure peine sur peine, il n'est sevré qu'au bout de deux ans). Sois reconnaissant envers moi et envers tes parents. Tu retourneras en ma présence" (Sourate XXXI, Verset 13).

"Nous avons recommandé à l'homme la bienfaisance envers ses père et mère. Sa mère le porte avec peine et l'enfante avec peine. Le temps qu'elle le porte et le temps jusqu'au sevrage dure trente mois" (Sourate XLVI, Verset 14).

C'est bien la mère qui bénéficie, au premier plan, de la recommandation de bienfaisance et de reconnaissance envers les parents; cela a été d'ailleurs confirmé par des traditions du prophète. Car sa faible position au sein de la famille attirait davantage l'attention que celle du père dont le statut de chef de famille lui permettait d'imposer aux autres de l'aider et de le respecter. Il s'agirait alors, comme l'indique le second verset, de la justification juridique et éthique de la bienfaisance et de la reconnaissance envers la mère : c'est elle qui a conçu l'enfant et elle en a supporté toutes les peines "sa mère le porte dans son sein et endure peine sur peine".

B - A la seconde phase de la révélation à Médine.

Si le Coran "mecquois" a porté son attention à la femme uniquement en tant que fille et mère, le Coran "médinois" va lui porter son attention en tant qu'épouse et membre de la famille et de la société.

1. En tant qu'épouse et membre de la famille.

Il existe à ce sujet des dizaines de versets qui ont pour objet la situation de la femme à divers stades de sa vie : du stade pré-marital à la relation de mariage et jusqu'à la rupture du lien de mariage par le décès ou le divorce. Ces versets insistent davantage sur ses rapports avec l'époux et sur les effets du mariage à tel point que l'on peut dire que le Coran s'est beaucoup étendu sur ce sujet qu'il ne l'a fait pour d'autres traitant des relations individuelles et sociales.

Dans le second paragraphe de cette intervention, nous exposerons des exemples des droits de la femme consacrés par la loi musulmane.

Nous nous limiterons pour l'instant à indiquer certaines prescriptions que l'on considère comme des règles générales ou fondamentales régissant les autres règles partielles qui organisent la situation de la femme en tant qu'épouse et membre de la famille.

a) Il n'est pas permis aux siens de l'empêcher d'épouser l'homme de son choix.

"Ne les empêchez pas de renouer les liens de mariage avec leurs maris, si les deux époux conviennent de ce qu'ils croient juste" (Sourate II, Verset 232).

"Le terme expiré, vous ne serez point responsables de la manière dont elles disposeront honnêtement d'elles-mêmes" (Sourate II, Verset 234).

b) Il est interdit au mari de disposer des biens de son épouse sans son consentement; que ce soit pendant le mariage : "Il ne vous est pas permis de garder ce que vous leur avez donné" (Sourate II, Verset 229); ou à la décision de sa rupture : "Si vous voulez répudier une femme à qui vous avez donné une dot de la valeur d'un talent (2) pour en prendre une autre, laissez-gui la dot entière. Voudriez-vous la lui arracher par une injustice et une iniquité évidentes ?" (Sourate IV, Verset 24).

c) Il n'est pas permis au mari de porter préjudice à sa femme ou de la maltraiter durant leur vie conjugale : "Ne leur faites aucune violence pour les loger à l'étroit" (Sourate LXX, Verset 6), "Gardez-vous votre femme ? Traitez la honnêtement; la renvoyez-vous ? Renvoyez-la avec générosité" (Sourate II, Verset 229); ni de la contraindre à demeurer son épouse; lui portant ainsi préjudice et atteinte à ses droits et à sa liberté : "Ne la retenez point par force pour exercer quelque injustice envers elle; celui qui agirait ainsi, agirait contre lui-même" (Sourate II, Verset 231).

d) La femme a autant de droits qu'elle en a de devoirs sauf pour ce qui est du statut de chef de famille qui est dévolu au mari :

"Les femmes à l'égard de leurs maris, et ceux-ci à l'égard de leurs femmes, doivent se conduire honnêtement. Les maris sont supérieurs à leurs femmes" (Sourate II, Verset 228).

Au principe de cette égalité de l'homme et de la femme dans les droits et les devoirs il y a le fait que l'existence de chacun est considérée comme nécessaire à l'existence et à la vie de l'autre : "Elles sont votre vêtement et vous êtes le leur" (Sourate II, Verset 183).

e) Le droit à l'héritage est reconnu à la femme; la coutume qui ne reconnaissait ce droit qu'à l'homme est abolie :

"Les hommes doivent avoir une portion des biens laissés par leurs pères et mères et leurs proches; les femmes doivent aussi avoir une portion de ce que laissent leurs pères et mères et leurs proches. Que l'héritage soit considérable ou de peu de valeur, une portion déterminée leur est dûe" (Sourate IV, Verset 8).

f) Le terme "**ma'rûf**" apparaît dans la quasi-totalité des versets relatifs à la situation de la femme en tant qu'épouse et membre de la famille (plus d'une vingtaine d'occurrences). Ce terme

signifie que pour définir les droits et les devoirs annoncés dans ces versets le critère doit être ce qui est communément reconnu et admis. Ce qui n'est point réprouvé par la conscience collective qui est conséquente et lucide.

Il faut alors en conclure que la traduction pratique de ces prescriptions devrait suivre l'évolution des conditions de vie et de l'organisation sociale mais toujours dans le cadre des principes fondamentaux de la loi musulmane.

2. En tant que membre de la société.

Nous avons déjà fait allusion à certains versets mecquois qui ont affirmé l'égalité de l'homme et de la femme en tant que destinataires du message; ils ont aussi affirmé leur égalité dans la rétribution selon la nature de leurs actes: "Celui qui aura fait le bien du poids d'un atome le verra, et celui qui aura commis le mal du poids d'un atome le verra aussi" (Sourate XCIX, Versets 7 et 8).

A Médine des dizaines de versets sont venus confirmer ceux de La Mecque. En plus de ceux-ci, d'autres sont venus consacrer l'égalité devant la sanction pénale qui relève de l'autorité publique :

- "Vous couperez les mains des voleurs, homme ou femme, en punition de leur crime. C'est la peine que Dieu a établie contre eux" (Sourate XXIV, Verset 2).

Si nous considérons l'ensemble des prescriptions coraniques qui traitent de l'organisation des relations entre individus et de l'organisation des droits civils en général, nous n'y trouverons aucune distinction entre l'homme et la femme à l'exception de deux cas : l'héritage et le témoignage aux contrats de créance.

Nous reviendrons plus bas à la question du témoignage, quant au problème de l'héritage, il nous suffira de dire ici, qu'il est lié au système du mariage et de la famille élargie d'une part et au fait que c'est l'homme qui doit assumer, seul, la charge matérielle de la famille.

En dehors de ces deux exceptions, il n'existe guère de ségrégation sexuelle, ni dans le Coran ni dans la tradition attestée, dans les domaines de l'habilité civile et des droits sociaux tels le droit à l'instruction, le droit au travail et le droit à l'exercice des fonctions publiques. Point de ségrégation, non plus, dans le domaine des droits politiques tels le droit de vote, le droit à la députation et le droit à l'expression de l'opinion.

Jusque là, nous avons fait une rapide allusion à la manière dont le Coran a traité de la situation de la femme. Cette manière était bien adaptée aux circonstances dans lesquelles s'est faite la révélation : à La Mecque l'apostolat s'est fait dans un milieu hostile et polythéiste alors qu'à Médine se sont constitués la société et l'Etat musulmans; ce qui a nécessité l'organisation civile des relations individuelles et la délimitation des droits des obligations des individus dans la nouvelle société.

II. EXEMPLES DES DROITS DE LA FEMME

Si nous voulons faire l'exposé de tous les droits politiques, civils et sociaux de la femme, la discussion sera longue et compliquée.

Nous nous limiterons, donc, à deux exemples :

- A. l'habilité civile dans ses deux aspects; les dispositions juridiques et l'exercice des droits civils,
- B. la rupture du lien de mariage.

A. L'HABILITE CIVILE

Il sera donc question ici de l'habilité civile dans ses deux aspects : les dispositions juridiques et les contrats d'une part et l'exercice des droits individuels par voie non-contractuelle d'autre part.

1. Les dispositions juridiques.

Il n'existe aucun texte, ni dans le Coran ni dans la Tradition attestée qui soumette explicitement l'habilité civile de la femme dans le domaine des dispositions juridiques à des

prescriptions différentes de celles relatives à l'habilité de l'homme; que ce soit pour ce qui relève du moment de son acquisition ou pour ce qui concerne sa durée dans le temps.

a) En ce qui concerne le moment de l'acquisition de l'habilité civile, nous pouvons dire que le texte le plus important à cet égard est le verset 5 de la Sourate IV qui dit: "Epreuvez les orphelins jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de se marier. Si vous découvrez en eux un jugement sain remettez-leur les biens, qui leur appartiennent" (3).

Ce verset précise deux choses :

Epreuvez le jeune et l'initier à ses futures responsabilités et à l'administration de ses biens avant qu'il ait atteint l'âge de se marier, c'est-à-dire avant d'être en âge de procréer.

Ne remettre au jeune l'administration de ses biens et ne lui reconnaitre son autonomie que lorsqu'il aura atteint l'âge de se marier et qu'on aura découvert en lui un jugement sain.

La prescription qui est explicite dans ce verset est la suivante : avant la puberté le jeune n'acquiert pas encore l'habilité civile, celle-ci ne lui sera acquise que lorsqu'il aura atteint la puberté et qu'on aura découvert en lui un jugement sain.

Mais la question qui se pose alors est celle de savoir si la disposition qui consiste à leur découvrir un jugement sain doit-elle intervenir avant ou après la puberté ? Car l'expression "Si vous découvrez en eux un jugement sain, remettez-leur les biens qui leur appartiennent" suppose au moins deux lectures :

Elle peut signifier que si avant la puberté, vous leur découvrez les signes du jugement sain et les prémices du discernement pendant que vous les éprouviez; remettez-leur les biens qui leur appartiennent aussitôt qu'ils ont atteint l'âge de se marier.

Mais elle peut aussi signifier ceci : Ne leur remettez pas leurs biens aussitôt qu'ils ont atteint l'âge de se marier mais vous ne le ferez que lorsqu'ils auront acquis de l'expérience et que vous soyez certains de leur jugement sain.

Il s'agit là d'un sujet de débat en jurisprudence pour définir juridiquement le statut d'adulte : faut-il considérer la puberté comme condition suffisante à la reconnaissance juridique du statut d'adulte ou bien faut-il que l'état d'adulte soit effectivement constaté après la puberté pour être juridiquement reconnu ?

Quoiqu'il en soit le terme utilisé dans le verset en question est celui d'"orphelins" (**yatàmà**) qui désigne les deux sexes et nul n'affirme le contraire.

b) Aucune distinction entre les sexes n'est consacrée expressément par le Coran ou par la Tradition au niveau des dispositions juridiques qui sont reconnues aux personnes à leur acquisition de l'habilité ou du statut d'adulte. Que ces dispositions relèvent du domaine des contrats ou de celui des personnes à disposer d'elles-mêmes, aucune limitation n'est imposée à leur objet qu'il s'agisse du droit à disposer de ses biens ou de tout autre droit individuel.

Mais il est, sans doute, une question qui se pose à propos du consentement de la femme lors de la conclusion du contrat de mariage : comment peut-elle, en même temps, bénéficier de l'habilité juridique et être exclue personnellement de la conclusion de son contrat de mariage ?

La tutelle qui s'impose à la femme pour la conclusion du contrat de mariage comporte deux aspects :

Le tuteur participe avec la future épouse au choix du mari; mais il a aussi le droit de lui refuser le candidat qu'elle peut proposer.

Une fois qu'ils ont convenu ensemble du choix du mari et des conditions du contrat; l'exécution des dispositions relatives à la conclusion du contrat incombe au tuteur et au mari; la femme n'étant pas autorisée à conclure, de manière directe, son contrat de mariage.

Quoiqu'il en soit des différentes opinions de la jurisprudence au sujet de la tutelle à la conclusion du contrat de mariage, il est certain qu'il n'existe aucun texte explicite dans la loi musulmane qui impose cette tutelle dans le contenu que nous venons de lui connaître.

Il ne s'agit pas ici d'une simple allégation de notre part, cela a déjà été affirmé par Ibn Rochd (4), l'un des pionniers de la pensée musulmane. Ibn Rochd affirme après avoir fait allusion aux divergences qui existent au sujet de la condition de tutelle :

"La raison de la divergence est qu'il n'existe guère de verset coranique ou de Tradition manifeste qui confirment la condition de tutelle au mariage. Tous les versets et Traditions que l'on évoque habituellement pour affirmer la condition de tutelle chez les uns ou pour l'infirmer chez les autres, sont plutôt supposés" (5).

Il s'avère de ce qui précède que la condition de tutelle n'est qu'un usage consacré par une tradition sociale très ancienne; il n'existe guère de prescription apparente à son sujet dans la loi musulmane et encore moins un texte explicite comme l'affirme Ibn Rochd.

2. L'exercice des droits individuels par voie non-contractuelle.

Il existe dans ce domaine un nombre illimité de droits reconnus à l'individu en tant que membre de la société; tels le droit à l'instruction, le droit au travail et à l'exercice des fonctions publiques ainsi que le droit à l'expression de l'opinion et à la participation aux organisations politiques et aux instances représentatives.

En dehors du cas particulier du témoignage, que nous évoquons plus bas, il n'existe dans les textes aucune distinction entre homme et femme pour l'exercice de ces droits.

Toutes les limitations introduites par la jurisprudence à ce sujet relèvent d'une démarche comparative ou d'extrapolation à partir des compétences relatives au statut de chef de famille qui sont reconnues au mari; ou à partir de certaines dispositions qui ont pour objet d'éviter à la femme de se mêler de la vie publique. Ceux qui, par exemple, interdisent à la femme d'exercer la fonction de juge, considérée dans le droit musulman comme la plus importante fonction après celle de chef de l'Etat, ne s'appuient sur aucun texte. Ils justifient leur attitude par référence aux conditions relatives à l'exercice de la fonction de chef de l'Etat (6). Il en est de même des attitudes qui ne reconnaissent pas à la femme l'habileté au témoignage dans différentes situations; il s'agit là encore d'un fait de l'effort d'interprétation personnelle qui ne s'appuie sur aucun texte.

Voilà pour tout ce qui concerne, de façon générale, les droits civils. Mais nous voudrions à présent dire un mot à propos de l'existence d'une distinction entre l'homme et la femme concernant la validité juridique de leur témoignage; distinction à laquelle nous avons fait allusion plus haut.

Le nombre de témoins est cité dans cinq versets coraniques : Deux de ces versets, concernant la constatation de l'adultère :

Si vos femmes commettent l'action infâme (l'adultère), appelez quatre témoins" (Sourate IV, Verset 19).

Ceux qui accuseront d'adultère une femme vertueuse, sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre vingt coups de fouet" (Sourate XXIV, Verset 4).

Le troisième verset est relatif à la conclusion de l'acte de divorce ou à son annulation après que le terme soit accompli :

"Lorsque le terme est accompli, vous pouvez les retenir avec humanité ou les renvoyer suivant la loi. Appelez des témoins équitables, choisis parmi vous" (Sourate LXV, Verset 2).

Le quatrième verset concerne le témoignage au testament pendant le voyage :

"O croyants ! voici les conditions du témoignage au moment où la mort visite quelqu'un d'entre vous et qu'il se dispose à faire un testament réunissez deux hommes droits choisis parmi vous, ou parmi les étrangers si vous vous trouvez sur quelque point de la terre et que le malheur de la mort vous surprenne" (Sourate V, Verset 105).

Le cinquième verset est relatif au témoignage à la rédaction de l'acte de reconnaissance des dettes :

"O vous qui croyez, lorsque vous contractez une dette solvable à une époque fixée, mettez-le par écrit... Appelez deux témoins choisis par vous; si vous ne trouvez pas deux hommes, appelez-en un seul et deux femmes parmi les personnes habiles à témoigner" (Sourate II, Verset 282).

- Les deux premiers versets relèvent du témoignage devant la justice et aussi du contexte particulier relatif à la constatation de l'adultère dont l'établissement de la preuve obéit à des règles spécifiques et qui sont les mêmes que dans le Droit positif contemporain.
- Les trois autres versets qui ne concernent pas directement le témoignage devant la justice, relèvent, quant à eux, de la consignation d'un droit et constituent chacun un acte juridique. Existe-t-il alors des différences de nature entre ces trois actes ?

Nous ne serons pas en désaccord avec les opinions de la jurisprudence, si nous disons que le problème ne se situe pas au niveau de la distinction entre les droits relatifs aux biens et ceux qui ne le sont pas comme le prétend l'opinion dominante en jurisprudence; mais ce qui est en cause ce sont les exigences et les nécessités des circonstances inhérentes à chaque cas particulier.

En ce qui concerne le témoignage au testament pendant le voyage et à la signature de l'acte de divorce ou à son annulation. Le terme utilisé est celui de **ithnâni thawû 'adl et minkum ethawi 'adl minkum** qui, selon l'usage linguistique du duel, s'adresse aux hommes et aux femmes. Le texte ne vise pas ici, expressément les uns sans les autres puisque les deux sexes peuvent être présents lors de la signature du testament et à celle de l'acte du divorce ou à son annulation.

La consignation du testament à l'approche de la mort pendant le voyage se faisait souvent en dehors du territoire médinois, celui de la société musulmane; le verset a conseillé de prendre deux témoins non musulmans qui peuvent être présents aux côtés du testateur mourrant.

Cela signifie que, d'une part, les circonstances du témoignage sont respectées et que, d'autre part, les deux témoins peuvent être indistinctement deux hommes ou bien deux femmes, puisqu'il est peu probable que la femme musulmane puisse jouir, dans la société musulmane de l'époque, de moins de considération que l'homme polythéiste qui nie le message de l'Islam.

Quant au témoignage à l'acte de reconnaissance des dettes, la recommandation de prendre deux témoins hommes ou bien un homme et deux femmes se justifie par le contexte spécifique des conditions et des circonstances du témoignage : la transaction suppose, en effet, la présence des deux contractants et de celui qui en rédige l'acte. La femme étant traditionnellement étrangère au marché de l'échange des biens et sa bonne moralité ne lui permet guère de se mêler, dans la vie publique aux rassemblements des hommes; c'est pour cette raison que le témoignage d'une seule femme est considéré comme suffisant, car, même, le témoignage de deux femmes serait peu fiable et donnerait lieu au doute puisqu'il serait incompréhensible que le créancier prenne pour témoins des femmes plutôt que des hommes qui sont les plus disponibles dans ces lieux.

Cela apparaît bien dans le verset qui dit "appelez un homme et deux femmes", le verset ne propose guère quatre femmes au lieu de deux hommes puisqu'un témoignage accompli uniquement par des femmes lors d'une transaction entre hommes et dans un milieu réservé à ceux-ci, présenterait dans ces circonstances, un caractère douteux et inhabituel.

C'est pour cette raison que dans les domaines réservés aux femmes, le témoignage de deux femmes est aussi reconnu que celui de deux hommes comme c'est le cas pour l'école malikite (7), Abû Hanifa (8) reconnaît même le témoignage d'une seule femme puisqu'à l'origine, le témoignage d'une seule personne est considéré comme suffisant si le juge est satisfait de l'authenticité du témoignage et de l'absence de motif pouvant le récuser (9). Ce fut là une brève allusion au motif de la divergence quant au nombre de témoins annoncés dans les versets coraniques. Il faut en retenir que ce qui est visé dans les trois versets relatifs aux actes juridiques, ce sont la consignation et la conservation de ces actes et point le fait que le nombre de témoins soit une condition de leur validation devant la justice.

Pour Ibn Hazm (10) "Dieu nous a recommandé de prendre des témoins lorsque nous contractons une vente, il nous a recommandé aussi, lorsque nous contractons une dette solvable à une époque fixée que nous mettrons par écrit, d'appeler deux témoins hommes ou bien un homme et deux

femmes des personnes habilitées à témoigner, comme il nous a recommandé d'appeler deux témoins équitables parmi nous pour le divorce ou pour son annulation. Il n'existe aucune indication dans ces textes que nous pouvons invoquer s'il nous arrivait à être en désaccord à ce sujet ou dans nos querelles quant au nombre de témoins puisqu'il se peut que les deux témoins ou l'un d'eux viennent à décéder, à oublier ou à changer d'avis" (11).

Ibn Qayyim (12) affirme après avoir cité le verset coranique qui évoque le cas du témoignage contre les parents "il s'agit là d'assumer (le témoignage) et de l'acte qui permet à celui qui possède des biens de faire prévaloir son droit, ceci ne relève pas du domaine du jugement ou de la décision du juge, car il s'agit là de deux choses différentes" (13).

Il a ajouté après avoir fait allusion aux deux versets faisant état du témoignage au divorce et à son annulation; et au testament pendant le voyage : "Dieu, soit loué, a fait mention des témoins pour réserver des droits, il n'a pas indiqué aux juges que les témoins soient une condition pour rendre un jugement... Il n'est nulle négation dans le Coran quant au jugement sur la foi d'un seul témoin ou d'un serment... ou de tout ce qui permet de découvrir la vérité, de la faire apparaître et de la démontrer" (14).

Il a ensuite cité de son maître Ibn Taymiyya (15) ce qui suit :

"Si deux femmes sont appelées à remplacer un homme pour assumer le témoignage c'est pour éviter que l'une d'elles ne vienne à oublier contrairement à la déposition (du témoignage), à propos de laquelle il n'existe aucune mention ni dans le Coran ni dans la Tradition qui exige le témoignage de deux femmes pour juger. Il ne découle pas de l'obligation de deux femmes pour assumer le témoignage que l'on ne doive juger qu'à cette condition" (16).

Ibn Qayyim a longuement insisté sur la question de la distinction entre, d'une part, le fait d'assumer le témoignage au moment de la conclusion de l'acte et, d'autre part, sa déposition devant le juge. Il a aussi insisté sur le fait que la validité de la preuve devant la justice ne dépend guère du témoignage de deux hommes ou même de plusieurs; et il a cité de nombreux exemples de cas où le prophète a jugé sur la foi d'un seul témoin, homme ou femme, puisque "le but en est que le juge doive, pour rendre sa décision, s'appuyer sur la preuve qui donne force à la vérité si la preuve du contraire ne s'y oppose pas. Il est requis de celui qui prononce un jugement, concernant deux parties, de s'informer de la réalité des faits et de trancher, ensuite, en fonction de ce qui convient".

B. LA RUPTURE DU LIEN DE MARIAGE

La question de la rupture du lien de mariage, dans la loi musulmane est souvent mal comprise. On prétend qu'il s'agit d'un domaine qui obéit aux caprices individuels en l'absence de toute réglementation, preuve d'une méconnaissance évidente des droits de la femme.

Des dizaines de pages seraient nécessaires pour développer suffisamment cette question, chose que nous ne pourrions nous permettre dans le cadre de cette intervention.

Nous allons donc, nous limiter à indiquer des idées générales susceptibles d'aider à une compréhension meilleure et plus proche de la vérité dans ce domaine.

1) Il est certain que, dans le domaine du divorce, la loi musulmane a tendance à privilégier le droit et la liberté individuels plutôt que le droit collectif qui consiste à confisquer au profit de la société le droit de divorce ainsi que la définition de ses circonstances.

C'est cette tendance (qui privilégie le droit et la liberté individuels) qui commence à prévaloir dans la majorité des législations comparées, comme c'est le cas dans la plupart des Droits des Etats de l'Amérique du Nord, du droit français (amendement du 11/7/75), du droit allemand de 1946 (articles 44 et 48) et le droit soviétique en vigueur depuis le 1/1/1974 (article 14).

Tous ces droits considèrent comme circonstances du divorce l'existence d'une discorde dans la relation conjugale ou dans la vie commune des époux et leur décision commune de divorcer.

La tendance de la loi musulmane, dans ce domaine, telle que nous l'avons indiquée plus haut, concerne autant l'homme que la femme : pour l'école malikite, par exemple, chaque fois qu'une discorde aigüe a lieu entre deux époux, l'autorité publique (la justice) a le devoir d'envoyer aux époux

deux personnes choisies, si possible, chacune dans l'une des familles des époux sinon deux personnes étrangères aux familles des époux, pour s'enquérir des raisons de la discorde et de tenter de les réconcilier. S'ils constatent l'impossibilité de la continuité paisible de la vie conjugale, la décision de prononcer le divorce survient, alors, même si la preuve du tort n'a pu être établie contre aucune des deux parties. Et même dans le cas où le tort est prouvé contre l'épouse le divorce sera prononcé, avec obligation à la femme de donner une compensation convenue, malgré l'opposition éventuelle du mari à la décision du divorce.

Il est vrai que l'homme paraît jouir de plus de liberté pour recourir au divorce, mais les obligations auxquelles il sera soumis, en conséquence, sont plus lourdes que celles que doit supporter la femme désireuse de divorcer. L'important est qu'il ne soit pas fait obligation à la femme d'une relation de mariage dont elle se détourne et désire s'en débarrasser.

2) La construction de la relation de mariage sur la base du "**ma'rouf**", auquel nous avons fait allusion précédemment, et sur le principe de l'égalité "les femmes à l'égard de leurs maris, et ceux-ci à l'égard de leurs femmes, doivent se conduire honnêtement" est de nature à soumettre les procédures et les effets du divorce à une réglementation souple pouvant s'adapter à l'évolution de la vie sociale, pour éviter que les conditions du divorce ne deviennent incompatibles avec l'idéal de justice et de reconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine, affirmés dans des dizaines de versets coraniques.

3) Si, au niveau du divorce, la part de la liberté individuelle paraît plus affirmée, comme nous l'avons dit, cette liberté ne s'exerce pas au détriment de la part du social en ce qui concerne les droits de l'autre partie et ceux de leurs enfants. Le divorce impose, en effet, pour celui qui le désire des obligations matérielles et morales assez importantes pour empêcher tout arbitraire : nous nous limitons, ici, à indiquer deux obligations fondamentales faites à l'homme considéré comme la partie qui jouit davantage de liberté dans ce domaine :

a) L'obligation morale consiste à empêcher le père de vivre auprès de ses enfants et de continuer à habiter sous le même toit qu'eux; ce droit est reconnu uniquement à la mère. Il s'agit là du même motif qui accentue à la fois les inconvénients du divorce pour le père et atténue ceux-ci pour la mère, qui a la possibilité de continuer à habiter le même logement alors que le père doit aller se loger ailleurs.

b) L'obligation matérielle comporte deux aspects :

Le premier aspect est relatif à la charge matérielle de la mère et de ses enfants que doit assumer le père, en plus d'une somme réservée à la femme pour la garde des enfants.

Le second aspect concerne la **mut'a** (18) imposée par le Coran au profit de la femme divorcée et que la justice a la charge d'estimer : cela peut même représenter des émoluments que le mari devra à son ex-épouse à vie; jusqu'à ce qu'elle y renonce d'elle-même ou qu'elle vienne à décéder. Il en est ainsi dans le droit tunisien (article 31, amendement du 18/12/1981).

4) La loi musulmane est seule à disposer d'un code et de procédures particulières relatives à la rupture du lien de mariage. Si ces procédures venaient à être appliquées, elles empêcheraient le divorce dans plusieurs cas, tels le divorce qui survient à la suite d'une discorde ou d'une offense ou encore à la suite d'un excès de colère.

Voici ce qui est particulièrement important dans le code du divorce :

a) Le mari n'est pas habilité à mettre fin, de façon directe au lien de mariage. Le divorce qu'il déclare devant des témoins ne met pas un terme à cette relation qui continue à exister, juridiquement et de fait, par rapport à toutes les prescriptions; à la seule exception de la prescription qui interdit aux époux de se fréquenter.

La **'idda** commence alors à prendre effet : elle correspond à un terme de trois mois ou trois menstrues, ou bien elle dure jusqu'à l'accouchement en cas de grossesse.

Pendant cette durée le mari a le droit de revenir sur sa décision de divorce et la vie conjugale peut, alors, reprendre et continuer sans avoir à conclure de nouveau l'acte de mariage ou toute autre procédure sauf que ce renouement doit être enregistré et consigné.

Si ce terme (**'idda**) vient à expirer et que le mari maintient, encore, sa décision de divorce, le lien de mariage est alors rompu juridiquement.

b) Ce divorce représente en réalité un avertissement. Il n'appartient pas au mari de le déclarer à n'importe quel moment; le législateur lui a fixé un délai très étroit qui se situe en dehors de la période des menstrues et aussi que le dernier rapport sexuel entre les époux doit remonter à la période d'avant les dernières menstrues.

Une autre condition s'ajoute encore à celles-ci, elle consiste en ce que la déclaration du divorce ne se fasse pas dans un moment de colère.

La finalité de toutes ces procédures et limitations ainsi que d'autres, encore, que nous n'avons pas évoquées, est d'éviter l'éclatement de la vie conjugale pour des raisons futiles ou à cause d'incidents passagers. Telle est aussi la finalité de toutes les législations comparées qui reconnaissent à la justice la compétence de prononcer le divorce.

5) Le divorce, en tant qu'acte autorisé au mari, est soumis au principe général qui s'applique dans l'exercice de tout droit. Dès lors, il appartient à la société d'organiser, par la voie de la législation, son exercice par des prescriptions objectives et formelles qui évitent l'arbitraire dans l'exercice de ce droit.

Telles sont quelques idées générales au sujet de la rupture du lien du mariage. Nous nous sommes limités à aborder les seules idées susceptibles d'être juridiquement réglementées dans ce domaine. Nous n'avons guère abordé l'aspect particulier de l'attitude morale du mari face au pouvoir moral de la religion : l'Islam interdit en effet, au mari, ainsi qu'à l'épouse, de mettre fin à une relation de mariage sans raison légitime.

III. L'EXEGESE ET LA JURISPRUDENCE RELATIVES A L'EXERCICE DES DROITS DE LA FEMME

L'examen de l'exégèse et de la jurisprudence relatives à l'exercice des droits de la femme doit se faire en dehors des schèmes intellectuels et culturels, et des réalités sociales qui sont aujourd'hui les nôtres. Cette tâche exige de nous, la prise en considération et des contextes dans lesquels vivaient ceux qui faisaient l'exégèse des textes et les idées et les conceptions qui étaient alors au fondement de l'organisation familiale et sociale.

Il nous faut aussi ajouter que l'exégèse n'est pas une opération intellectuelle autonome, toute exégèse se réalise dans le respect des principes et des fondements de l'organisation familiale et sociale énoncés par la loi musulmane.

Il n'existe, par exemple, aucun texte dans la loi musulmane qui énonce expressément des restrictions aux droits de la femme dans les domaines politiques du travail ou de l'exercice des fonctions publiques, y compris la fonction suprême de chef de l'Etat ou de toute autre fonction.

L'exercice de ces droits ne peut aucunement se faire en dehors des principes fondamentaux de l'organisation familiale et sociale et tout particulièrement en ce qui concerne les domaines suivants : ses obligations à l'égard du foyer conjugal, le statut de chef de famille reconnu à l'homme et tout ce que la loi musulmane a énoncé à propos des interdictions faites à la femme de découvrir certaines parties de son corps dans la vie publique.

Nous allons, à présent, aborder de façon résumée la position de l'effort d'interprétation personnelle par rapport à l'exercice de ces droits, et ceci dans les domaines suivants :

- la situation de la femme dans le foyer conjugal,
- l'habilité civile,
- les droits sociaux,
- les droits politiques.

A - LA SITUATION DE LA FEMME DANS LE FOYER CONJUGAL

Nous distinguerons dans ce domaine les trois aspects suivants : la gestion du foyer, l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants et enfin la rupture du lien de mariage.

1. La gestion du foyer.

La jurisprudence reconnaît à l'homme, de façon générale, le droit de gérer le foyer, sur la base du critère des compétences que lui confère son statut de chef de famille.

Il appartient à l'homme de choisir le logement de sa famille, de dépenser ses ressources ou d'en épargner une partie, il lui appartient aussi de décider de la manière d'investir cette épargne. Cependant, si son épouse possède des biens personnels, ceux-ci sont exclus de cette compétence.

Il n'est reconnu juridiquement à la femme, dans ce domaine, que le droit de saisir la justice dans le cas où le comportement de son mari lui porte préjudice.

La position de la jurisprudence, dans ce domaine, se réfère, l'avons-nous dit, au critère des compétences relatives au statut de chef de famille. Est-il besoin de rappeler que toute compétence de chef - et de toute institution - se définit à partir des opinions communes des intéressés et en fonction du but qui justifie l'existence de l'institution.

2. L'autorité parentale.

L'exercice de l'autorité parentale est reconnu uniquement au père. La mère ne sera nullement habilitée à exercer cette autorité même si le père venait à décéder, dans ce cas, son exercice revient à la parenté mâle du côté du père, le grand-père, les frères et les oncles. Ceci relève de la nature du système de la famille patriarcale qui considère que les enfants assurent uniquement la descendance paternelle.

Dans ce domaine, l'effort d'interprétation personnelle a innové au niveau de certaines législations de pays arabes, comme dans le cas du droit tunisien qui reconnaît à la mère l'exercice de l'autorité parentale "si le père est décédé ou s'il a été déchu de ses droits civils" (article 154).

3. La rupture du lien de mariage.

Ce que l'on reproche principalement à l'effort d'interprétation personnelle dans ce domaine, c'est le fait, nous semble-t-il de méconnaître au divorce le principe de l'autonomie de la volonté, principe qui lui est inhérent en tant qu'acte qui engage deux personnes entre elles.

L'effort d'interprétation personnelle aurait ainsi rompu l'équilibre entre les droits et les obligations de chacune des deux parties en cause.

Malgré l'existence de textes attestés dans la loi musulmane, l'opinion dominante en jurisprudence est celle qui considère que le mari peut rompre immédiatement le lien de mariage et à tout moment de son choix. Une grande partie de l'opinion en jurisprudence tend à considérer aussi, que même la **muta**, dont le Coran a fait obligation dans trois versets (19), ne constitue pas une obligation. Même lorsqu'elle fait l'objet d'un jugement, cette mesure se trouve dépouillée de son contenu de compensation.

Quoiqu'il en soit, ce sujet exigerait de longues discussions, chose que nous ne pourrions nous permettre dans le cadre de cette intervention.

B - L'HABILITE CIVILE

La jurisprudence n'exclue, en aucune manière, la femme en tant que telle de l'habilité civile, elle ne remet pas en cause non plus l'intégrité de son habilité.

Malgré cela, l'opinion dominante en jurisprudence (20) remet en cause l'habilité civile de la femme dans certains cas, et dont nous citerons tout particulièrement : le moment de l'acquisition de l'habilité, la conclusion du contrat de mariage et le droit de l'épouse à disposer de ses biens.

1. L'acquisition de l'habilité.

Une partie de la jurisprudence établit une distinction entre l'homme et la femme quant au moment de l'acquisition de leur habilité civile. Elle considère, en effet, que le jeune homme acquiert l'habilité civile dès qu'il a atteint la puberté ou peu après, le temps que son tuteur légal s'assure de sa

faculté de discernement et son aptitude à administrer, seul, ses affaires. Alors que, pour cette partie de la jurisprudence, la jeune fille n'acquiert son habilité civile que lorsqu'elle se marie et qu'une période minimale d'une année se soit écoulée.

Cette opinion ne se fonde sur aucun texte, ses tenants évoquent, pour l'appuyer, l'inexpérience de la femme dans les domaines de la vie publique qui ne lui permet pas d'être au courant de la nature des problèmes de la vie publique et d'accomplir les démarches juridiques qui en découlent. Alors que si la jeune fille se marie et qu'elle demeure quelque temps chez son mari, elle en arrive à acquérir le savoir-faire qui lui manque et l'expérience requise pour l'acquisition du statut juridique d'adulte. C'est pour cette raison aussi que les tenants de cette opinion introduisent une distinction entre la femme vivant en milieu rural et la femme citadine, la première étant considérée comme ayant plus d'expérience de la vie publique que la seconde. Ils préconisent alors, que le statut d'adulte soit reconnu pour la femme vivant en milieu rural à un âge plus jeune que pour la femme citadine, considérée comme ayant moins de contact avec les problèmes de la vie civile (21).

2. La conclusion du contrat de mariage.

Il nous suffira, ici, de renvoyer au texte d'Ibn Rochd que nous avons précédemment cité et qui affirme l'inexistence d'un texte explicite au sujet de l'obligation de tutelle à la conclusion du contrat de mariage. L'opinion qui affirme cette tutelle s'explique uniquement par la nature de la vie sociale de l'époque qui avait hérité d'une très vieille tradition l'usage qui reconnaît à la famille de la future épouse le pouvoir de disposer de la décision de mariage à la place de la femme concernée. Cet usage désapprouvait tout particulièrement la présence de la femme au rassemblement des hommes auquel donnait habituellement lieu la cérémonie du mariage. L'usage qui s'est donc instauré est celui qui permettait à un parent-homme de transmettre à l'audience, au nom de la femme, son consentement.

3. Le droit de la femme à disposer de ses biens.

() (22)

L'opinion dominante de la jurisprudence est que la femme, célibataire ou mariée, a toute la liberté de disposer de ses biens et que le mari n'a aucun droit d'intervenir dans ce domaine.

C - LES DROITS SOCIAUX

Nous avons fait, précédemment, allusion au droit à l'instruction et au travail ainsi qu'au droit à l'exercice des fonctions publiques. D'autre part, nous avons fait allusion à la validité du témoignage de la femme. Nous allons, à présent, aborder séparément et brièvement chacun de ces aspects.

1. Le droit à l'instruction.

En principe, nul ne nie à la femme son droit à l'instruction. Toutes les limitations introduites par la jurisprudence dans ce domaine ont trait à la portée de la liberté de la femme en dehors du foyer parental ou conjugal, à sa participation à la vie publique et à son droit au travail.

Il s'agit là, des aspects influents, qui empêchent la femme d'aller le plus loin dans le domaine de l'instruction. Surtout que ces aspects sont laissés à la libre appréciation du frère, de la famille ou du mari.

2. Le droit au travail.

Par droit au travail, nous entendons la liberté pour la femme de choisir et d'exercer le métier ou la profession qui lui convient; ainsi que la rémunération de ses services que lui reconnaît le contrat de travail.

Tout cela lui est reconnu, de façon générale, par l'effort d'interprétation personnelle en jurisprudence (**al ijthad al fiqhi**), mais le problème de la présence de la femme dans la vie publique intervient alors pour lui imposer des restrictions dans ce domaine.

Pour Malik, par exemple, le mari n'a pas le droit d'empêcher son épouse d'exercer le métier de commerce, mais il lui appartient de l'empêcher de sortir du foyer (23).

Toutes les limitations jurisprudentielles concernant le droit de la femme au travail, sont donc, fondamentalement liées à ce problème cardinal du rapport de la femme à la vie publique et à la portée de l'intervention de l'homme dans ce rapport.

3. L'exercice des fonctions publiques

En principe, la jurisprudence reconnaît à la femme, comme à l'homme, le droit d'exercer des fonctions publiques, religieuses ou civiles, à l'exception de celles qui sont incompatibles avec sa spécificité de femme ou celles qui l'amèneraient à se mêler aux rassemblements particulièrement réservés aux hommes.

Mais la plus importante polémique que la jurisprudence a connue à ce sujet est celle qui concerne le droit de la femme à occuper les deux fonctions fondamentales dans la société musulmane : La fonction de chef de l'Etat et celle de juge.

a) La fonction de chef de l'Etat

L'appui fondamental de la jurisprudence pour interdire à la femme l'exercice de la fonction de chef de l'Etat est la Tradition du prophète à propos de l'intronisation de la fille de Khoesrus chez les persans : "Un peuple dont le chef est une femme, ne réussira jamais".

Il est clair que cette Tradition ne constitue pas une prescription de la loi musulmane qui interdise à la femme l'exercice de la fonction de chef de l'Etat.

C'est pour cette raison que l'on trouve un nombre important de jurisconsultes qui considèrent que l'argument de cette interdiction est le "consensus" (al ijma') et non pas l'existence d'un texte explicite dans le Coran ou dans la Tradition.

b) La fonction de juge

Il existe trois attitudes principales en jurisprudence concernant l'exercice de la fonction de juge par la femme.

La première attitude lui interdit tout simplement cette compétence; à partir du critère de l'exercice de la fonction de chef de l'Etat, considérant que la fonction de juge est située par son importance juste après celle de chef de l'Etat.

La seconde attitude considère que la femme peut être juge de tout ce qui concerne uniquement le domaine des biens. Cette attitude s'appuie sur le fait que son témoignage n'est valable que dans le domaine des biens, sa compétence de juger devant connaître la même restriction.

La troisième attitude soutient que la femme, comme l'homme a le droit d'exercer, pleinement et sans restriction aucune, la fonction de juge puisqu'il n'existe aucun texte qui l'exclue de ce droit ou qui ne le reconnaisse uniquement à l'homme.

En comparant ces trois attitudes entre elles, le faible fondement des deux premières attitudes apparaît évident. Celles-ci ne s'appuient sur aucun texte. Elles se limitent à invoquer des critères qui sont eux-mêmes des critères de l'effort d'interprétation personnelle.

Interdire à la femme l'exercice de la fonction de chef de l'Etat chez certains jurisconsultes n'a été qu'un fait de l'effort d'interprétation personnelle et qui a été, ensuite, considéré comme un texte de loi et utilisé comme critère dans le domaine de l'exercice de la fonction de juge.

4. La validité du témoignage de la femme.

Il existe une opinion courante en jurisprudence qui soutient que le témoignage de la femme est valable pour moitié de celui de l'homme en ce qui concerne les biens, en dehors de ce domaine son témoignage n'a nulle validité.

En plus des faibles fondements de ce principe en lui-même (24), celui-ci ne s'appuie sur aucune preuve solide par rapport aux sources des prescriptions dans la loi musulmane.

Nous avons déjà cité les trois versets où il est question du nombre de témoins concernant des actes juridiques.

Le premier verset a cité "un homme et deux femmes", le second **dawi ladi minkum** et le troisième **ithnayni mina-l-muslimin aw ghayr al-muslimin**. Nous avons montré que ces différences, concernant le nombre de témoins cités, sont inhérentes aux circonstances de l'acte faisant l'objet du témoignage et que les expressions **dhawi 'adl** et **ithnayn** désignent le masculin et le féminin.

Quoiqu'il en soit, un homme et deux femmes sont cités pour témoigner à la conclusion d'un contrat de dette solvable à une époque fixée, c'est-à-dire à témoigner d'un acte juridique.

L'opinion que nous sommes en train de discuter restreint l'usage linguistique de certaines expressions, qui en réalité concernent les deux sexes, pour en exclure la femme. Cette opinion ne s'appuie sur aucune preuve.

D'un autre côté, le texte en question concerne le témoignage relatif à une disposition juridique alors que cette opinion soutient que le témoignage de la femme n'est pas valable dans toutes les dispositions; qu'il est uniquement valable dans le domaine des biens qu'il s'agisse d'une disposition juridique ou d'un fait matériel. Cela prouve la faiblesse du critère adopté.

Plus encore, les versets coraniques, faisant état du nombre de témoins, ne concernent guère le témoignage que le juge doit recueillir lorsqu'il est saisi d'un litige.

En résumé, l'opinion qui consiste à interdire à la femme de témoigner devant la justice dans certaines situations et de considérer son témoignage de l'ordre de la moitié de celui de l'homme est une opinion qui ne s'appuie sur aucun texte explicite. Il s'agit là d'une opinion qui relève, purement, de l'effort d'interprétation personnelle qui confond la consignation d'un droit avec l'administration de sa preuve devant la justice. Une telle tendance limite la liberté du juge et le dessaisit de son pouvoir d'apprécier la valeur et les moyens de la preuve dont il est en présence.

D - LES DROITS POLITIQUES

Les droits politiques que nous connaissons aujourd'hui, tels le droit de voter, d'être candidat et d'exprimer son opinion, ainsi que le droit de constituer et d'adhérer aux partis et aux associations, ces droits ne faisaient point l'objet, naguère, de polémique en jurisprudence compte tenu de la nature des systèmes sociaux et politiques qui étaient alors en place.

Quoiqu'il en soit, ni le Coran ni la Tradition n'interdisent à la femme l'exercice de ces droits.

Ceux-ci lui sont plutôt reconnus dans la Sourate IX, verset 72 : "Les croyants, hommes et femmes, sont amis les uns des autres, ils se recommandent mutuellement le bien et s'interdisent mutuellement le mal".

Le fait, que les croyants, hommes et femmes, s'occupent les uns des autres, qu'ils se recommandent mutuellement le bien et qu'ils s'interdisent mutuellement le mal, comprend sans nul doute, l'exercice des droits politiques que nous venons de citer.

S'il existe aujourd'hui des auteurs qui débattent de la question de l'entrée de la femme au parlement, leur débat porte principalement sur les conséquences de cet acte qui suppose que la femme devrait se mêler aux rassemblements des hommes et qu'elle risque de délaisser ses obligations envers son foyer. En cela ils ne s'appuient guère sur des textes qui lui nient ce droit.

CONCLUSION

Dans le cadre de cette intervention, nous avons pu faire un bref exposé des aspects concernant les droits de la femme, nous avons indiqué aussi les textes coraniques qui les réglementent et nous avons évoqué, enfin, leur exégèse en jurisprudence.

Nous devons, à l'occasion de cette rencontre à propos de la femme marocaine, consacrer notre conclusion à sa situation actuelle où sont en interaction d'un côté la part de l'héritage de l'Islam et des traditions et d'un autre côté les idées et les réalités nouvelles résultant du contact du Maroc avec la Civilisation occidentale depuis le début de ce siècle.

Que ce soit au niveau du discours ou du comportement et de la pratique, la situation de la femme marocaine est sous-tendue par ces facteurs :

Des principes et des règles juridiques, ceux qui sont particulièrement énoncés dans la constitution et le code de la fonction publique, consacrent l'égalité totale des deux sexes au niveau des droits fondamentaux, tels l'instruction, le travail, l'habilité civile et l'exercice des fonctions publiques et des droits politiques.

Des textes du statut personnel, dérivés de l'effort d'interprétation personnelle en jurisprudence, que l'on peut, considérer en opposition avec les premiers au niveau des droits et de l'égalité consacrés par ceux-ci.

Un discours émanant de groupes sociaux qui va d'un appel à l'attachement à tout l'héritage culturel y compris l'exégèse anachronique des textes et l'attachement à des traditions qui n'ont aucun rapport avec la religion; au laïcisme et le rejet du passé en passant par les tendances moyennes qui préconisent l'adoption d'un esprit lucide par rapport à la religion et à la société, qu'il s'agisse de la lecture des textes religieux ou de l'emprunt à la civilisation occidentale.

Des traditions qui se sont ancrées, à travers les siècles, dans le comportement social et qui se nourrissent de l'ignorance qui les empêche de disparaître.

Des idées et des modèles résultant principalement du contact du Maroc avec la culture et le mode de vie en Occident.

Ce sont ces facteurs, non-agencés entre eux où plutôt souvent en opposition, qui sont en interaction dans ce qui représente la situation de la femme marocaine en tant que discours et comportement.

Ces facteurs rendent son statut instable de sorte qu'il devient difficile de proposer une formulation commune de la situation de la femme, en général, au Maroc.

Cette réalité semble fondamentalement liée au fait que ce qui est nouveau dans les rapports entre les membres de la famille marocaine - y compris la femme - n'est pas le résultat d'une auto-évolution des conceptions et des discours culturels dans lesquels s'est développée la société marocaine à travers les siècles.

C'est-à-dire que ce qui est nouveau, ne s'est guère fait à partir d'une relecture des textes et d'une exégèse qui soit en accord avec le principe de l'évolution de la vie. Mais ce qui est nouveau est venu de "l'extérieur" à l'évolution de la société, ce qui a provoqué une espèce de dissociation de la personnalité.

Cependant le problème de la femme prend, actuellement sa place dans le discours culturel et fait l'objet d'analyse et de discussions - y compris certaines tentatives de relecture des textes qui ont engendré à travers plusieurs générations les visions et les conceptions des relations familiales dans la société marocaine.

Ahmed KHAMLIHI*

- Texte traduit par Abdallah EL MALIKI (U.T.M.) -

NOTES

1. La traduction du Coran que nous avons utilisée est celle de Kasimirski, Le Coran, Garnier-Flammarion, Paris 1970.
2. En arabe : qintar, cent dinars ou pièces d'or.
3. N.D.T. : Nous utilisons ici la traduction de Denise Masson.
4. Averroès (m. 1198 J.C.).
5. Ibn Rochd, *Bidâyat al-mujtahid wa nihâyat al-muqtasid*, vol. II, p. 9.
6. Si certains droits positifs contemporains ont réussi à abolir la tutelle au mariage dans son sens traditionnel,

ils n'ont guère réussi à se débarrasser de ses survivances. Tel est le cas du droit civil français qui reconnaît encore aux parents de l'épouse le droit d'opposition, articles 173 et 174 du code civil français.

7. L'école malikite, l'une des écoles sunnites.
8. Abû Hanîfa, **Al nu'man Bnu thabit**, théologien et législateur religieux, éponyme de l'école hanifite.
9. **Al-Kâsâni**, vol. VI, p. 277.
10. Ibn Hazm, 'Ali B. Muhammad B. Sa'id, poète, juriste, historien, philosophe et théologien andalou (m. 1064 J.C.).
11. Ibn Hazm, Al-Muhallâ, volume IX, p. 401.
12. Ibn Qayyim al-Jawziyya, théologien et jurisconsulte hanbalite (m. 1350 J.C.).
13. Ibn Qayyim, I'Lam al muwaqqi'in, Vol. I, p. 91.
14. Ibid. p. 92.
15. Ibn Taymiyya Taqî al-din Ahmad, (1263-1328), Théologien et jurisconsulte appartenant au hanbalisme.
16. Ibn Taymiyya Taqî al-din Ahmad, p. 105.
18. Cadeau consistant en hardes ou en argent qui se donne à la femme que l'on répudie.
19. Les versets 237 et 242 de la sourate II et le verset 46 de la sourate XXXIII.
20. 'Ce reproche est fait tout particulièrement à l'école malikite dont les principes sont appliqués au Maroc. Il existe une autre tendance en jurisprudence qui ne reconnaît aucune distinction entre l'homme et la femme quant au moment de l'acquisition de l'habilité. Cette même tendance considère aussi que le consentement de la femme pour la conclusion de l'acte de mariage est une condition pour la validité de l'acte. Elle considère par ailleurs qu'il n'existe aucune distinction entre la femme célibataire et la femme mariée quant au droit de chacune d'elle à disposer de ses biens, de les gérer et de les investir sans le contrôle de quiconque.
21. Al Wancharissi, Al mi'yar, vol. 9, p. 524.
22. N.D.T. Certains mots manquent en début de ce passage où il est question de l'attitude particulière de l'école malikite par rapport à ce sujet.
23. Muduanatu al imam malik, tome XIII, p. 72.
24. La validité du témoignage est une question morale dont l'appréciation appartient au juge. Elle n'est point un fait matériel qui se mesure par des équations mathématiques. S'il en était ainsi, le juge pourrait alors déclarer dans sa décision que le témoignage de tel vaut 20 % et celui de tel autre 30 % et ainsi jusqu'à ce que le total atteigne 100 %. Le juge rendrait alors son jugement sur la foi ou non du témoignage. Voilà ce que l'on n'a jamais affirmé et à aucun moment.
Le fait de faire équivaloir le témoignage de deux femmes à celui d'un seul homme appartient en réalité à une tendance qui a pu dominer la jurisprudence à un moment de son déclin. Cette tendance limite la liberté du juge et le dépossède de sa légitime autorité d'apprécier la déposition des témoins, et plus généralement d'apprécier les moyens qui lui permettent de vérifier la preuve.
Des jurisconsultes célèbres se sont attachés à critiquer cette position illogique qui domine en jurisprudence. A l'avant-garde de ceux-ci, Ibn Qayyim, que nous avons précédemment cité, a composé un livre consacré à ce sujet atturuq al Haukmya fi al siyasa al shar'îya où il affirme la liberté du juge d'apprécier les éléments de la preuve qu'il considère pour prononcer son jugement, au point qu'il puisse rejeter la déclaration du plaignant et rendre son jugement à l'encontre de la partie adverse à partir des seuls indices qui se dégagent des faits exposés.

