

 Version Française

Juin 2006

**DOSSIER 27**

Un recueil d'Articles

عَوَائِدُ زَيْنِ اَشْرَسَامِ قَوَائِدُ

Women living under muslim laws  
النساء في ظل قوائيد المسلمين  
Femmes sous lois musulmanes

**Dossiers du WLUML :**

Les Dossiers explorent et effectuent la synthèse d'une grande variété d'impressions, d'interprétations et de stratégies des femmes sur les questions portant sur le féminisme, le nationalisme, l'internationalisme et la religion.

**Les Dossiers** sont une publication occasionnelle du réseau international de solidarité Femmes sous Lois Musulmanes. Conçus comme outils de développement de réseaux, ils visent à fournir des informations sur la vie, les luttes et les stratégies des femmes dans les communautés musulmanes et les pays musulmans à travers le monde.

Les groupes de femmes pourront reproduire nos publications à titre gratuit, à condition de mentionner la provenance de l'article de manière explicite. Concernant les articles déjà publiés dans d'autres revues, une autorisation devra être obtenue directement auprès des revues concernées.

Sauf mention expresse, les informations contenues dans les Dossiers ne représentent pas nécessairement les points de vue et positions des compilatrices(teurs) ou du réseau Femmes sous Lois Musulmanes. Les Dossiers ont pour but de rendre accessibles les courants d'idées les plus variés au sein des mouvements et initiatives promouvant une plus grande autonomie pour les femmes. Les Dossiers cherchent à informer et à partager les différentes analyses et expériences.

Femmes sous Lois Musulmanes dispose d'un site Internet très populaire en anglais, français et arabe ; les rubriques Actualités et points de vue, Alertes et Publications sont régulièrement mises à jour. Pour plus d'information, veuillez consulter notre site : [www.wluml.org/french](http://www.wluml.org/french)

Les bureaux de coordination régionale sont situés au Nigeria (pour l'Afrique et le Moyen-Orient) et au Pakistan (pour l'Asie), et sont responsables de la coordination des activités du réseau dans leurs régions respectives.

### **Bureau de coordination pour l'Afrique et le Moyen-Orient**

BAOBAB pour les droits humains des femmes

PO Box 73630, Victoria Island, Lagos, Nigeria

E-mail : [baobab@baobabwomen.org](mailto:baobab@baobabwomen.org)

Site Internet : [www.baobabwomen.org](http://www.baobabwomen.org)

### **Bureau de coordination pour l'Asie**

Shirkat Gah Women's Resource Centre

PO Box 5192, Lahore, Pakistan

E-mail : [sgah@sgah.org.pk](mailto:sgah@sgah.org.pk)

Le bureau de coordination internationale (ICO, International Coordination Office) a pour responsabilité principale de faciliter la coordination entre les « networkers ».

### **Bureau de coordination Internationale**

PO Box 28445, London, N19 5NZ, UK

E-mail : [wluml@wluml.org](mailto:wluml@wluml.org)

Site Internet : [www.wluml.org](http://www.wluml.org)

Femmes sous Lois Musulmanes tient à remercier les fondations et entreprises suivantes pour leur soutien : Ford Foundation, HIVOS, NORAD, Droits et Démocratie, Sigrid Rausing et Swiss Development Cooperation.

### **Dossier 27**

Édition : Philippa Loates

Coordination de la traduction française : Veronica Kelly de Kelly-Vanden Berghe & Associates, Cork, Irlande

Publication : Femmes sous Lois Musulmanes

Conception et mise en page : [Design@ArissDesign.com](mailto:Design@ArissDesign.com)

Impression : The Russell Press, Nottingham, Royaume-Uni

Page

v **Qu'est-ce que Femmes Sous Lois Musulmanes?**

ix **Introduction**

*de Cassandra Balchin*

1 **Réflexion sur l'introduction des lois islamiques relatives à l'individu dans le domaine public**

Cas de figure observés en Tanzanie

*de Salma Maoulidi*

11 **Les tribunaux de la Charia aux Philippines : femmes, hommes et droit personnel musulman**

*de Isabelita Solamo-Antonio*

25 **Réformer le droit personnel musulman en Inde : la solution de Fyzee**

*de Yoginder Sikand*

31 **Campagne pour l'égalité des sexes dans le droit de la famille :**

adoption de la très controversée loi sur le droit de la famille de 2003 à Fidji

*de P. Imrana Jalal*

41 **Le droit musulman de la famille en Israël :**

le rôle de l'État et la citoyenneté des femmes palestiniennes

*de Hoda Rouhana*

55 **Faut-il des lois différentes pour des personnes différentes vivant dans une même province ?**

*de Pamela Cross*

67 **La loi islamique et les minorités musulmanes**

*de Muhammad Khalid Masud*

73 **Le traitement réservé au droit musulman de la famille dans les États libéraux occidentaux**

*de Pascale Fournier*

عنوانيہ زیر اشر مسلم قوانین

Women living under muslim laws  
النساء في ظل قوانين المسلمين  
Femmes sous lois musulmanes

**Dossiers du WLUML :**

Les Dossiers explorent et effectuent la synthèse d'une grande variété d'impressions, d'interprétations et de stratégies des femmes sur les questions portant sur le féminisme, le nationalisme, l'internationalisme et la religion.



# Qu'est-ce que Femmes Sous Lois Musulmanes ?

Femmes Sous Lois Musulmanes est un réseau international de solidarité qui fournit des informations, de l'aide et un espace collectif aux femmes dont la vie est modelée, conditionnée ou gouvernée par les lois et les coutumes présentées comme étant islamiques.

Depuis plus de deux décennies, Femmes Sous Lois Musulmanes établit des liens entre des individu(e)s et des organisations. Ce réseau couvre désormais plus de 70 pays allant de l'Afrique du Sud à l'Ouzbékistan, en passant par le Sénégal, l'Indonésie, le Brésil et la France. Ainsi, ce réseau rassemble :

- les femmes vivant dans des pays ou des États où l'Islam est la religion d'État et des États laïcs à majorité musulmane ainsi que des femmes appartenant à des communautés musulmanes gouvernées par des minorités religieuses ;
- les femmes vivant dans des États laïcs où certains groupes politiques revendiquent des lois religieuses ;
- des femmes vivant dans des communautés musulmanes de migrants en Europe, aux Amériques et dans le monde entier ;
- des femmes non musulmanes qui peuvent se voir appliquer les lois musulmanes soit de manière directe, soit par le biais de leurs enfants ;
- des femmes nées dans des communautés ou des familles musulmanes, qui sont automatiquement considérées comme étant musulmanes, mais qui peuvent, elles-mêmes, ne pas se définir comme telles, soit parce qu'elles sont non-croyantes, soit parce qu'elles choisissent de ne pas s'identifier en termes religieux, préférant accorder la priorité à d'autres aspects de leur identité tels que l'idéologie politique, la profession, l'orientation sexuelle ou autre.

Notre nom remet en cause le mythe d'un « monde musulman » monolithique et homogène. Ce mythe créé de toutes pièces ne reflète aucunement le fait que a) les lois prétendant être musulmanes varient d'un contexte à l'autre et b) les lois qui régissent nos vies ont des origines diverses : religieuses, coutumières, coloniales ou laïques. Nous sommes gouvernés simultanément par de nombreuses lois de diverses natures : des lois reconnues par l'État (codifiées et non codifiées) et des lois informelles comme les pratiques coutumières qui varient en fonction du contexte culturel, social et politique.

## Comment le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes a-t-il démarré ?

Femmes Sous Lois Musulmanes s'est créé en 1984 en réponse à trois événements qui ont eu lieu dans des pays musulmans et des communautés musulmanes où l'on refusait aux femmes certains droits au nom de lois dites « musulmanes » nécessitant une action urgente. Neuf femmes originaires d'Algérie, du Maroc, du Soudan, d'Iran, de l'île Maurice, de Tanzanie, du Bangladesh et du Pakistan se sont réunies pour former le Comité d'Action des Femmes Sous Lois Musulmanes, destiné à soutenir la lutte des femmes dans les régions concernées. Ce comité est à l'origine du réseau actuel qui a été créé en 1986. Ce réseau est régi par les plans d'action qui sont passés en revue périodiquement. Pour en savoir plus, prière de consulter le site Internet de Femmes Sous Lois Musulmanes à l'adresse suivante : [www.wluml.org](http://www.wluml.org)

## Quels sont les objectifs et centres d'intérêt de Femmes Sous Lois Musulmanes ?

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes vise à renforcer les luttes individuelles et collectives des femmes pour l'égalité

et leurs droits, surtout dans les contextes musulmans. Les objectifs de Femmes Sous Lois Musulmanes sont :

- de briser l'isolation dans laquelle les femmes livrent leur combat, en créant et en renforçant les liens entre les femmes dans des pays musulmans et des communautés musulmanes et avec les groupes féministes et progressistes à travers le monde ;
- de partager les informations et les analyses visant à démystifier les diverses sources de contrôle qui dominent la vie des femmes et favorisant les stratégies et les expériences de remise en cause de tous les moyens de contrôle.

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes concentre actuellement son action sur trois thèmes : le fondamentalisme, la militarisation et l'impact de ces deux phénomènes sur la vie et la sexualité des femmes. Le thème de la violence contre les femmes recoupe tous les projets et toutes les activités du réseau Femmes Sous lois Musulmanes.

### **Comment le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes est-il organisé?**

La structure ouverte du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes a été conçue pour maximiser la participation de groupes et d'individus divers et autonomes ainsi que les prises de décision collectives. Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes ne nécessite aucune inscription formelle et les « networkers » forment un groupe fluide d'individus et d'organisations entretenant des échanges réguliers et interactifs avec le réseau.

Le PIC (Programme Implementation Council) comprend 20 - 30 femmes et hommes impliqués dans les aspects de la mise en

réseau transrégionale au sein du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes à long terme. Ces individus sont principalement responsables du développement et de la mise en oeuvre des plans d'action.

Le bureau de coordination internationale (ICO - International Coordination Office) assume la responsabilité majeure de faciliter la coordination entre les « networkers ». Les bureaux de coordination régionale sont situés au Pakistan (pour l'Asie), au Nigeria (pour l'Afrique et le Moyen-Orient) et sont responsables de la coordination des activités du réseau dans leurs régions respectives. Même s'ils sont juridiquement et financièrement autonomes, ces bureaux sont les composants clés du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes. En se fondant sur leurs liens avec les « networkers » et leurs connaissances des activités et des circonstances des « networkers », l'ICO et les bureaux régionaux s'assurent que les personnes concernées se rencontrent, établissent des stratégies, planifient et agissent afin de se soutenir mutuellement et par là même renforcent leur efficacité locale, régionale et mondiale.

### **Quels sont les principes du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes?**

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes est axé sur les lois, les coutumes et les réalités concrètes de la vie des femmes, qui comprennent les pratiques et les lois, souvent diverses, considérées comme « musulmanes » (en fonction des diverses interprétations des textes religieux et/ou de l'utilisation politique de la religion) et les effets que celles-ci ont sur les femmes plutôt que sur la religion de l'Islam en soi.

Le réseau construit des ponts entre les identités : au sein de nos contextes et sur le

plan international. Nous nous préoccupons surtout du sort des femmes marginalisées, notamment les femmes non musulmanes dans les États à majorité musulmane, surtout là où les espaces réservés aux minorités religieuses sont en déclin accéléré. Nous nous préoccupons également des femmes des minorités musulmanes victimes de la discrimination, de l'oppression ou du racisme et les femmes dont l'affirmation de la sexualité, y compris l'orientation sexuelle, est soit criminalisée, soit non acceptable sur le plan social.

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes reconnaît que les luttes des femmes sont interconnectées et complémentaires et par conséquent milite pour la solidarité internationale.

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes soutient activement la pluralité et l'autonomie, il reconnaît et accorde une grande valeur à la diversité des opinions. Les individus et les groupes reliés par ce réseau déterminent leurs propres priorités et stratégies en fonction de leur contexte.

La dimension personnelle a toujours joué un rôle important dans les travaux du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes qui valorise la solidarité et le soutien actif que les participantes de réseau s'accordent mutuellement par le biais de liens personnels.

## Quelles sont les activités de Femmes Sous Lois Musulmanes ?

### Solidarité & alertes

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes réagit à, circule et lance des alertes internationales pour l'action et les campagnes requises par les groupes et les organisations

amies des réseaux. Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes fournit également un soutien concret aux femmes sur le plan individuel sous forme d'information sur leurs droits, d'assistance relative aux demandes d'asile, de liens avec les institutions de soutien correspondant, d'aide psychologique, etc.

### Établissement du réseau et services d'information

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes met les femmes directement en contact les unes avec les autres pour faciliter l'échange non hiérarchique d'informations, d'expertise, de stratégies et d'expériences. L'établissement de ce réseau implique la documentation des opinions, la circulation proactive d'informations aux « networkers » et aux organisations alliées du réseau, l'élaboration de nouvelles analyses et le soutien de la participation des « networkers » du réseau à des échanges et des événements internationaux. Si le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes accorde la priorité aux besoins des « networkers », il répond sélectivement aux demandes d'information provenant notamment des universités, des médias, des agences internationales et des institutions gouvernementales.

### Renforcement des capacités

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes renforce les capacités des groupes du réseau par le biais de stages auprès des bureaux de coordination, d'échanges, de formations et d'ateliers de travail.

### Publications et médias

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes recueille, analyse et circule des informations concernant les diverses expériences et stratégies dans les contextes musulmans en recourant à une palette variée de supports.

Cette organisation traduit, dans la mesure du possible, des informations vers et à partir du français, de l'arabe et de l'anglais. Les groupes du réseau traduisent également ces informations dans plusieurs autres langues.

Le programme actif de publications comprend :

- Un Dossier à thème, une revue périodique qui fournit des informations sur la vie, les luttes et les stratégies des femmes dans les communautés musulmanes et les pays musulmans dans le monde ;
- Un bulletin trimestriel sur les femmes, les lois et la société publié par Shirkat Gah, le Bureau Régional Asie de Femmes Sous Lois Musulmanes ;
- Des documents occasionnels, des études spécifiques et des documents qui, pour des raisons de longueur ou de style, ne peuvent pas être inclus dans la série des dossiers et ;
- D'autres publications sur des questions spécifiques d'intérêt particulier comme le droit de la famille, les mouvements de femmes, les initiatives, stratégies, etc.
- Pour obtenir davantage de renseignements et pour télécharger les publications du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes, veuillez consulter le site : [www.wluml.org/french/publications.shtml](http://www.wluml.org/french/publications.shtml)

Le réseau Femmes Sous Lois Musulmanes opère également un site Internet en anglais, en français et en arabe. Ce site est actualisé régulièrement et affiche des nouvelles et des opinions, des appels à l'action et des publications : [www.wluml.org/french](http://www.wluml.org/french)

### Projets collectifs

Les projets collectifs ont inclus des initiatives thématiques issues des besoins partagés, des intérêts et de l'analyse des « networkers

» du réseau. Les groupes et les individus du réseau sont libres de participer ou non en fonction de leurs besoins et de leur capacité et les projets collectifs ont impliqué de trois à plus de vingt groupes du réseau, leur durée allant de quelques mois à dix ans. Les projets sont principalement coordonnés et mis en oeuvre par les groupes ou les « networkers » du réseau dans leur pays ou communauté respective ; les bureaux de coordination assurent des services de facilitation, le cas échéant.

Les projets collectifs ont inclus des séances de formation, des ateliers de travail, des recherches pour des campagnes de sensibilisation, des réunions et des échanges axés sur des thèmes particuliers.

Les projets préalables comprennent :

- Un programme d'échange (1988)
- Des réunions d'interprétation qur'anique (1990) et pour les participantes du réseau d'Afrique occidentale (2002) et pour celles d'Afrique occidentale francophone (2004)
- Le programme Femmes et Droit dans le Monde musulman (1991-2001)
- Le féminisme dans les instituts de leadership du monde musulman (1998 et 1999)
- Appartenance à un sexe et déplacement dans les contextes musulmans (1999-2002)
- Initiative pour le renfort des lois familiales afghanes - INSAF (2002 - à ce jour)



Depuis quelques années, la codification du droit musulman de la personne (DMP) dans les milieux minoritaires préoccupe de plus en plus les militantes du réseau Femmes Sous Lois Musulmanes, du Bénin jusqu'aux Philippines et de l'Afrique du Sud jusqu'au Canada.

Cette préoccupation se manifeste sous diverses formes. Dans certains contextes, comme au Sri Lanka, les femmes des minorités exigent une réforme positive de la législation en vigueur appliquée exclusivement aux Musulmans et, aux Philippines, tout un Code alternatif a été préparé ; en Israël, les groupes de femmes arabes revendiquent principalement, quant à elles, l'accès au tribunal étatique du droit de la famille (plutôt que la réforme des tribunaux de la *Charia*). Dans d'autres contextes, comme au Canada, les femmes des collectivités musulmanes sont parvenues à résister à l'introduction de ces types de systèmes de crainte de leur impact sur leurs droits. Dans d'autres cas encore, comme en Inde où le DMP des minorités n'a pas encore été codifié, les femmes ont adopté diverses stratégies, y compris la revendication d'un code civil uniforme ainsi que des efforts de plaidoyer pour assurer une meilleure protection des droits humains des femmes au sein des lois personnelles non codifiées qui s'appliquent par défaut à toutes celles qui se marient sous le régime des lois musulmanes.

Cette préoccupation des militantes se profile dans un climat où nos identités multiples et complexes sont de plus en plus réduites à une identité religieuse unique. Les forces patriarcales de droite au sein de la communauté religieuse, habituellement de connivence avec l'État par le biais de politiques de multiculturalisme ou de garanties constitutionnelles de « liberté du

culte » qui réduisent au silence les voix marginalisées, progressistes et sécularistes, ne manquent pas de définir cette identité. Il n'est pas non plus rare que l'État ou la société au sens large attribue une telle identité en raison de la filiation ou de l'ethnicité des personnes, présomption entraînant une prise de décisions en leur nom basée sur de telles suppositions.

S'il s'agit là d'une tendance globale, qui ne se cantonne pas aux milieux musulmans, le dessein de Femmes Sous Lois Musulmanes est de se concentrer sur les minorités musulmanes. Toutefois, la manière dont l'État traite les autres minorités, que celles-ci soient juives, hindoues ou chrétiennes, est aussi pertinente pour les femmes militantes engagées sur les questions relatives au DMP. Parfois, le traitement ou la reconnaissance préférentiels accordés historiquement aux autres minorités sont exploités par l'extrême droite musulmane pour revendiquer des lois familiales spécifiques et les stratégies déployées par les progressistes au sein d'autres communautés religieuses, pour assurer des politiques d'État positives ou faire changer les attitudes de la communauté, peuvent parfois servir d'inspiration.

La manipulation politique par l'extrême droite des questions de lois et d'identité personnelles est manifeste, avec l'accent portant principalement sur les lois familiales, même si le droit de la personne couvre un éventail de questions beaucoup plus diverses. Combien de fois entend-on parler de revendications pour le paiement obligatoire d'un *Zakat* pour les Musulmans ? Comment se fait-il que l'on n'insiste pas tant sur les services bancaires ou les hypothèques sans intérêt (sans *riba*) ? C'est en contrôlant les femmes et en créant un phénomène de peur autour de leur autonomie

que les forces dominantes au sein d'une communauté peuvent avoir la mainmise sur la communauté toute entière et, en réalité, aller jusqu'à influencer la société dans son ensemble.

Bon nombre de réflexions théoriques et de raisonnements académiques en faveur de lois familiales musulmanes spécifiques pour les minorités (même si elles sont presque toujours fondées sur des interprétations réactionnaires) proviennent actuellement des communautés musulmanes migrantes d'Europe et d'Amérique du Nord, milieux dans lesquels les partis politiques musulmans de droite d'Asie et du Moyen-Orient établis depuis longtemps ont récemment connu une influence considérable et sont en mesure d'accéder à des moyens en quantités considérables, voire plus importants que ceux dont jouissent les communautés minoritaires musulmanes dans le Sud de la planète.

En outre, les politiques étatiques de multiculturalisme dans certains contextes, l'influence répandue du relativisme culturel et l'alliance impie entre certains gauchistes et fondamentalistes n'ont fait que renforcer la prééminence de ces voix réactionnaires.

En Europe et en Amérique du Nord, le contenu politique de ce raisonnement a su rester clair du fait que les partisans sont rarement en mesure de spécifier le contenu précis de cette législation sur la famille. Une telle action démystifierait l'homogénéité des lois musulmanes et révélerait le caractère humain des interprétations qui dominent nos vies, mais aussi l'approche fondamentalement misogyne qui se cache derrière ces revendications, car le contenu précis de lois personnelles musulmanes spécifiques inclurait, selon leurs interprétations, la

reconnaissance de la polygynie et le *talaq* unilatéral instantané par les hommes.

En s'engageant dans de longs débats théoriques visant à déterminer si les Musulmans issus de milieux migrants ou minoritaires peuvent être désignés comme faisant partie du *Darul Harb* (*terre de combat*, expression employée au sein des traditions conservatrices pour désigner les zones hostiles qui ne sont pas sous la domination musulmane), et en forgeant des expressions telles que *fiqh al-aqliyat* (jurisprudence spécifique pour les minorités musulmanes), les partisans d'une législation spécifique pour les Musulmans obscurcissent en réalité la question principale, à savoir celle de définir des structures et des dispositions juridiques qui assureraient au mieux la justice sociale, en garantissant spécifiquement la réalisation des droits des femmes au sein de la famille. Les solutions pourraient varier selon les contextes car le recours à une solution unique pourrait limiter l'éventail de possibilités offertes à certaines femmes, et ne pas s'appliquer à l'ensemble d'entre elles. Mais les questions doivent rester les mêmes.

Les articles de ce dossier couvrent, comme d'habitude, des sujets et des styles très différents. Certains sont historiques et descriptifs, d'autres se penchent de plus près sur l'impact des systèmes en place qui touchent les minorités musulmanes, ainsi que sur les tentatives de réforme. Dans l'ensemble, les femmes estiment clairement que les systèmes en place ne soutiennent pas leurs droits en tant qu'humains.

La diversité des stratégies adoptées par les femmes est évidente. Si, aux Philippines, les femmes proposent un code musulman alternatif de la famille, à Fidji, on s'est efforcé d'introduire un code uniforme applicable à

toutes les femmes. De même, les contextes sont divers, qu'il s'agisse de minorités établies depuis longtemps en Afrique de l'Est et en Inde ou de celles qui sont arrivées plus récemment en Europe et en Amérique du Nord.

Malgré cette diversité, les contributions ont un fil conducteur commun : la manipulation politique de l'identité et de l'autonomie des femmes par les forces politiques de droite et les difficultés immenses que les femmes doivent surmonter pour lutter contre la discrimination. Dans chacun de ces contextes, la situation politique générale dans laquelle les minorités sont ignorées et opprimées complique les revendications pour l'égalité des sexes.

Le succès de la lutte des Canadiennes contre l'introduction de lois musulmanes dans les affaires ayant trait à la famille (dont nous avons appris la nouvelle après la rédaction de l'article canadien de ce dossier) a eu un très fort impact. L'extrême droite britannique et indienne s'appuyaient sur l'exemple canadien pour soutenir leurs propres revendications en matière de législation spécifique pour les Musulmans, pour l'une, et d'établissement de tribunaux officiels de la *Charia*, pour l'autre. On n'entend plus désormais parler de ces revendications. De plus, l'expérience canadienne a révélé la valeur considérable des alliances intercommunautaires et de la solidarité internationale.

**Cassandra Balchin**



## Résumé

**Cet article propose trois cas de figure concrets mettant en lumière les dilemmes auxquels sont confrontées les femmes suite à l'invocation et à l'application de lois musulmanes dans divers contextes relevant à la fois de l'espace public et privé. Une analyse des débats touchant aux réformes des lois personnelles sur le territoire tanzanien sera augmentée de trois études de cas illustrant les contradictions liées à l'application de systèmes à double législation.**

De manière générale, l'analyse de la question féminine relève tout autant du domaine privé que du domaine public, au sein duquel quiconque, individu ou groupe, s'inscrit en tant qu'« autrui ». Il s'agit donc là d'une question d'intérêt général sujette à l'opinion publique et dans le cadre de laquelle les relations humaines sont prescrites par une forme d'autorité publique, principalement l'État. Ceci sous-entend une notion de similitude ou d'uniformité en matière de traitement ou d'application des lois entre les groupes et les individus d'une entité collective. Le domaine privé, quant à lui, est, comme son nom l'indique, soumis à une influence privée et dénuée de toute interférence publique. Porté sur l'unicité, il permet à l'individu de se distinguer de la collectivité.

Ces deux domaines sont invariablement contestés, tout particulièrement dans les contextes de pluralisme et d'intégration. Des tensions ont récemment pu être observées au sein des structures globales et nationales dans lesquelles certains groupes clamant leur individualité sur des bases religieuses, linguistiques ou ethniques.<sup>1</sup> cherchaient à limiter l'accès universel. Tel est le fait de certains groupes islamistes affichant une incroyable capacité à revendiquer l'un ou l'autre de ces domaines selon l'opportunité politique du moment. Les nations ainsi que les communautés musulmanes font régulièrement exception à un certain nombre d'instruments de défense des droits humains au nom d'un relativisme culturel. Ils refusent toutefois de reconnaître ces mêmes droits aux non musulmans vivant à l'intérieur de leurs frontières ou aux musulmans vivant dans des contextes non musulmans.<sup>2</sup>

On peut observer à l'heure actuelle une tendance de plus en plus prononcée à

la revendication d'une identité islamique, symboliquement représentée par l'adoption d'« écoles islamiques », de « vêtements islamiques » ou de « nourriture islamique ». Le développement de cette dite « identité islamique » ne fait qu'amplifier la contestation de l'espace privé/public. Il s'agit là d'une revendication pour la défense de l'individualisme, mais également pour la protection de l'espace permettant d'exprimer ce même individualisme, sans aucune interférence de l'État, ni contrôle public. Il cherche avant tout à privatiser le débat sur l'existence. Certains ont beau justifier une attitude aussi intransigeante comme une réponse au sentiment de vulnérabilité que ressentent les musulmans dans le contexte de mondialisation actuel et, plus récemment, face à la guerre contre le terrorisme, il n'en est pas moins une ruse politique destinée à préserver l'individuel et le privé sous le joug d'une interférence extérieure.

En effet, plusieurs moments historiques ont vu la communauté islamique revendiquer d'une façon ou d'une autre l'espace public et privé. Dans le passé, les Musulmans choisirent d'attacher moins d'importance à la sphère privée, avec le développement d'une *umma*, un sentiment communautaire orienté sur la collectivité. La domination coloniale a n'a fait que renforcer le patriotisme et l'identité nationale auprès de ces communautés locales. Pour préserver leur identité, les communautés islamiques colonisées revendiquèrent le droit sur l'espace privé, principalement dans le domaine des relations familiales. Est-il nécessaire de souligner que l'espace privé constitue peut-être la principale expression de l'individualisme en matière de relations humaines au sein d'une communauté globale et pluraliste.

L'application de normes disparates vient se

placer au cœur des problèmes d'inégalité sociale et juridique auxquels sont confrontées les femmes. Lorsqu'il s'agit de légitimer les revendications d'un groupe quant à la défense d'une sphère privée, ces demandes sont généralement considérées comme unanimes et que leurs tenants et aboutissants seront identiques pour l'ensemble du groupe. Le relativisme culturel constitue un argument tout à fait fondé, mais ses défenseurs ne doivent pas perdre de vue les implications que peut avoir sur les différents groupes et classes sociales revendiquant le droit à un traitement distinct l'application à l'aveugle, et souvent universelle, des lois. L'équilibre entre les sphères publique et privée figure au cœur des préoccupations des femmes. Bien plus que d'affecter leur statut civil, il représente les bases sur laquelle repose leur (in)capacité à revendiquer le moindre droit, divin comme universel.

Cet article présente des cas de figure concrets illustrant certains des dilemmes auxquels sont confrontées les femmes dans les contextes pluralistes dans lesquels les principes de la *Charia* leur sont appliqués. Après avoir mis en perspective le débat sur les réformes sur les lois individuelles sur le territoire Tanzanien continental, il exposera trois études de cas soulignant les contradictions découlant de l'application de systèmes juridiques doubles, ainsi que les différentes mesures d'application de la justice. Les femmes et les militants des droits humains revendiquent l'égalité des sexes ; cet article, quant à lui, s'appuie sur la notion de citoyenneté pour démontrer l'incidence des violations institutionnelles dont font l'objet les droits citoyens des femmes. Il illustre notamment la façon dont le changement d'identité des femmes affecte leur statut civique d'épouses (et donc de membre d'un foyer souverain), de membres

de leur communauté culturelle ou religieuse, ou de citoyennes d'une nation souveraine.

## Réflexion sur la *Charia* et les réformes

### Pourquoi se pencher sur la question de la *Charia* ?

L'application de la *Charia* a soulevé de nombreux défis en matière de droits humains dans de nombreux pays du monde musulman ainsi que dans les communautés musulmanes où elle est appliquée ou invoquée. À l'heure où de nombreux hommes et femmes revendiquent la *Charia* comme leur principale référence en dehors de leur conviction religieuse, il devient de plus en plus évident que le choix d'adoption de la *Charia* revêt un caractère de plus en plus politique. En témoignent les cas d'adultères touchant les femmes pauvres du nord du Nigéria, le refus de laisser des femmes afghanes accéder à l'éducation et au monde du travail, l'interdiction du port du voile en France et en Turquie, le harcèlement dont font l'objet les mouvements féminins, les militantes et les femmes écrivains dans différentes régions du monde musulman et l'utilisation de l'Islam par certains groupes et gouvernements en vue de revendiquer la légitimité de leurs actions et de gonfler leur influence politique.

La politisation de la *Charia* confond la raison humaine et la notion de justice. Les musulmans, qu'ils soient conservateurs, extrémistes ou progressistes, tentent de justifier la « solidité » de la *Charia*, mais sa viabilité, en pratique, tout particulièrement en ce qui concerne les problèmes liés aux femmes, soulève de grandes inquiétudes. À tel point que la *Charia* et son application se trouvent largement contestée par différents groupes de confession musulmane ou autre, islamistes ou modérés, religieux ou laïcs, pas tant pour ses retombées potentielles

que pour ce qu'elle évoque. Alors que l'opinion publique musulmane est confrontée à l'idée d'un état islamique ou l'adoption de lois islamiques, rares sont ceux qui se soucient de son aspect pratique ou des conséquences qu'un tel système pourrait avoir sur les femmes. En fait, le discours dominant n'a pas évalué l'ampleur à laquelle les régimes existants ont suscité un idéal de justice « islamique » à la fois en termes de droits et de devoirs auprès des groupes marginalisés.

Dans cet article, j'illustrerai les principes de la *Charia* et sa retranscription sur la réalité en me basant sur les cas observés en Tanzanie en vue d'établir une problématique relative aux droits individuels fondamentaux et de soulever les questions morales liées aux conséquences de son application pour les femmes. La Tanzanie est dotée d'un double système juridique où lois religieuses et droit coutumier viennent compléter le droit législatif. Contrairement à Zanzibar qui est doté au sein de son système administratif et juridique d'un système institutionnel chargé d'appliquer la loi islamique,<sup>3</sup> la Tanzanie continentale, qui fait l'objet de ce document, reconnaît l'application de la loi islamique aux affaires privées et sa régie par les tribunaux traditionnels, s'attirant ainsi les critiques des mouvements féminins et des islamistes. La Loi du droit matrimonial (LDM),<sup>4</sup> qui régit les questions matrimoniales, reconnaît trois types d'unions : civile, religieuse et coutumière. La LDM ne contient aucune provision relative à la dissolution du mariage en cas de décès et, dans un tel cas, la Loi sur la succession est applicable.<sup>5</sup> Nombreux sont ceux à avoir décrié une telle loi en raison de ses clauses discriminatoires. Dans beaucoup de cas, en effet, les femmes n'héritent de rien et les filles ont systématiquement droit à une part inférieure à leurs frères.

Les motivations derrière les propositions de réformes sont très variées, mais leurs instigateurs sont tous convaincus que la réforme du système législatif garantira davantage de droits aux femmes. Les mouvements militants pour les droits des femmes souhaitent voir l'établissement d'un système juridique uniforme alors que les islamistes souhaitent l'introduction de tribunaux islamiques. Le débat sur les réformes des lois personnelles prit un véritable envol suite à la *Conférence de Vienne sur les droits de l'homme* en 1993, mais s'est vite embourbé en raison du manque de mesures prises par l'état. Une telle attitude s'explique par un souci politique de conserver les voix musulmanes, ainsi que par une réticence à aborder les questions difficiles émanant du processus de réforme.

La subordination des femmes dans leur rôle même de citoyennes repose sur la régulation étatique. En manquant résolument de reconnaître l'indépendance des femmes en tant que citoyennes autonomes, la loi a ainsi de graves conséquences sur celles-ci. Elle condamne en effet les femmes à une vie de dépendance et d'inégalité, contribuant ainsi à la hausse de la pauvreté parmi elles et aux violences perpétrées contre ces dernières dans de nombreux domaines. L'État permet aux institutions agissant sous son égide de dicter librement la vie des femmes, mais n'offre aux femmes aucune garantie ni protection. L'application d'une législation à deux mesures s'inscrit au cœur de l'inégalité socio-juridique à laquelle sont confrontées les femmes, législation qui vient enfreindre les dispositions de la Constitution tanzanienne sur l'égalité des sexes, ainsi que la fondation éthique et morale de l'Islam qui prêche la justice et l'égalité.

Toutefois, comme je l'expliquerai plus tard,

ces notions sont principalement contestées lorsqu'elles touchent aux droits des femmes dans leur vie privée. De nombreuses violations sont réalisées en toute impunité en grande partie parce que les débats sur les réformes n'ont pas encore dépassé le relativisme culturel pour se concentrer sur les considérations morales et éthiques pouvant justifier des réformes au nom de l'intérêt public. Une telle action permettra à l'État d'honorer ses obligations envers les femmes, non seulement dans le cadre des instruments nationaux et internationaux, mais, et il s'agit là d'une dimension bien plus importante, en tant que citoyennes méritant le respect et une protection contre la violation de leurs droits.

### Multi-citoyenneté

Un tel système juridique double peut poser le problème de la multi-citoyenneté chez certaines femmes, situation présentant certains dilemmes, comme nous le verrons dans le cas d'une femme d'origine asiatique que j'appellerai *Mama A*.<sup>6</sup> Cette veuve et son mari s'étaient mariés tard et se trouvaient sans enfant. Le seul parent vivant de son mari était un de ses frères avec lequel il partageait une maison familiale. Les deux hommes avaient des relations très tendues et, à plusieurs reprises, ce jeune frère avait tenté de ruiner le mari de *Mama A*, lequel tenait un petit magasin de quartier spécialisé dans les herbes et remèdes traditionnels. Du temps où son mari était en vie, *Mama A* restait au foyer et laissait son mari s'occuper de ses affaires, comme il est souvent le cas chez les femmes musulmanes d'origine asiatique.

*Mama A* et son mari résidaient à l'arrière de leur boutique, en plein centre de la ville de Moshi. Le frère occupait l'annexe de la maison, où il avait implanté un magasin



servant également de restaurant. À la mort de son mari, *Mama A* se retrouve couverte de dettes : la boutique connaissait un véritable déficit. C'est alors que le jeune frère décide de profiter de la vulnérabilité de *Mama A* pour essayer de l'expulser de la propriété qu'elle avait hérité de son mari en faisant jouer certains éléments de la police et de l'établissement religieux.

Bien qu'encore sous le régime de l'iddat, le frère commence à harceler *Mama A*. Il veut le magasin afin de pouvoir agrandir son commerce et pourvoir aux besoins de sa famille de plus en plus nombreuse. Aussi tente-t-il de l'expulser, par trahison puis par menaces pures et simples. Mais *Mama A* et son mari entretenaient d'excellentes relations avec la communauté africaine locale, laquelle se rend vite compte des supercheries du beau-frère. Furieuse face à l'humiliation publique qu'il lui inflige - il va jusqu'à soudoyer des policiers qui arrêteront et emprisonneront *Mama A*. - la communauté se tourne alors vers une organisation locale de lutte pour les droits de la femme, laquelle invoque le système judiciaire pour s'assurer que *Mama A* préserve ses droits.

*Mama A* appartient à la secte des Shi'a Ithnasheri, une communauté très fermée régie par une structure propre et des systèmes particuliers leur permettant de résoudre les litiges entre ses membres. *Mama A* aurait préféré que le problème soit résolu au sein de la communauté, mais leur manque d'intérêt face à sa situation l'a extrêmement découragée. Le clerc chargé de la médiation penche largement en faveur de son beau-frère<sup>7</sup> et fait tout pour la persuader de se plier aux désirs de celui-ci dans l'intérêt de la famille. En effet, son beau-frère, un homme d'affaires relativement aisé, contribue régulièrement aux œuvres de la mosquée,

aussi les chefs religieux ne veulent-ils pas l'offenser. *Mama A*, quant à elle, est pauvre et n'a aucune relation à Moshi. Elle peut donc être facilement sacrifiée. Plutôt que de faire sa force, selon la logique religieuse, sa vulnérabilité est devenue sa faiblesse. Le silence et l'hostilité auxquels elle est confrontée au sein de sa propre communauté la poussent à aller chercher de l'aide ailleurs.

Et pourtant, *Mama A* est tout à fait consciente de son dilemme. Il est fort probable qu'à son âge, elle n'ait ni la possibilité ni l'envie de se remarier. Aussi, n'aura-t-elle pas d'homme pour s'occuper d'elle. Mais elle vieillit et n'a aucune famille à Moshi ; aussi veut-elle des garanties pour son avenir. Originnaire des îles, *Mama A* est venue s'installer à Moshi pour rejoindre son mari ; depuis sa famille a quitté Zanzibar pour Dar es Salaam en raison de la fragilité de la situation politique sur l'île. *Mama A* se retrouve donc dans une impasse : elle ne peut retourner sur sa terre natale, ni emménager avec ses frères dans leurs nouvelles maisons, car ils ont désormais leur propre famille. Son seul recours est de rester à Moshi et de reprendre la boutique pour subvenir à ses besoins. Or son beau-frère tente de l'expulser sous prétexte de rénover la maison aux normes municipales. Il prévoit de la loger dans une chambre dans un logis des bas quartiers mais elle craint qu'il n'honore pas sa promesse

Une organisation d'assistance juridique s'est saisie du dossier et les tribunaux ont tranché en faveur de *Mama A*. Depuis, les affaires ont repris et lui ont permis de rembourser la plupart des dettes laissées par son mari. Toutefois, son *madhab* refuse le verdict sous prétexte qu'il a été prononcé par un organe laïc et donc non islamique. *Mama A* se trouve donc face à un autre dilemme : même si elle bénéficie du soutien de la communauté

africaine, non musulmane pour la plupart, elle ne peut pas se permettre de se retrouver au ban de sa propre communauté. En effet, la communauté asiatique est organisée sous forme de sectes, chacune dotée d'un réseau social local parfois relié à d'autres réseaux nationaux, voire internationaux. Et elle dépend de ce réseau pour célébrer ses rites religieux et sociaux, rites prenant de plus en plus d'importance à ses yeux avec l'âge. Elle sait également que cet acte de défi pourrait non seulement lui être défavorable à Moshi, mais pourrait également affecter sa famille, bien au-delà de Moshi, risque qu'elle n'est pas prête à prendre.

### Un enrichissement injuste

Le cas *Marijala v Marijala* illustre véritablement les complexités et les inconvénients liés à l'application des lois islamiques aux réalités quotidiennes des communautés locales. Il s'agit là d'un exemple flagrant de la façon dont les membres d'une famille profitent des lois islamiques pour s'enrichir injustement, tout en privant les héritiers légitimes de leurs droits de succession. Il illustre également la façon dont le système juridique se fait complice d'une expropriation systématique des femmes, musulmanes ou non, des propriétés familiales ou matrimoniales.

Ce cas concerne Marijala, un musulman, désormais décédé, qui ne vivait pas selon les règles islamiques. Il était employé en tant qu'ingénieur par une entreprise semi-publique. De par son travail, il vécut dans différentes régions du pays, où il entretenait des relations amoureuses et sexuelles, avant de finir souvent par cohabiter avec la femme qu'il aimait. Il connut ainsi de nombreuses femmes, en épousa certaines et présenta plusieurs d'entre elles à sa famille. D'un point de vue juridique, tous ses enfants étaient issus d'unions illégitimes. À sa mort, sa

famille souhaita diviser ses biens selon la loi islamique, loi qui permettrait à la mère, aux frères et sœurs de Marijala d'hériter de la part du lion, sans rien laisser de sa fortune à ses enfants et aux femmes avec lesquelles il vivait et avec lesquelles il avait fait l'acquisition de ses biens.

Deux partenaires de Marijala contestèrent cette décision en se basant sur le fait qu'elles étaient mariées à Marijala ou qu'elles avaient cohabité avec lui pendant plus de deux ans, auquel cas les dispositions de la LDM relatives à la présomption maritale seraient applicables. L'une de ces femmes était chrétienne, l'autre musulmane, mais aucune des deux n'avait de statut légal leur permettant de revendiquer une part de l'héritage puisque les tribunaux basés sur la *Charia* déterminèrent qu'une femme chrétienne ne pouvait hériter d'un homme musulman, même s'il s'agissait de son mari. L'argument de la femme musulmane fut également réfuté puisqu'ils s'étaient mariés sous des lois coutumières plutôt que des lois musulmanes,<sup>8</sup> malgré le fait que la LDM reconnaisse de telles unions.

Le tribunal se sentit contraint d'accepter l'argument de la famille et décida que les biens du défunt seraient répartis entre ses frères et sœurs. Le frère aîné fut chargé de leur administration. Bien que les enfants de Marijala n'aient rien reçu en héritage, ce même frère aîné prit quatre d'entre eux « sous sa coupe », neveux et nièces qui avaient été présentés à la famille. Des revendications soumises par deux autres femmes furent rejetées sur le principe que le défunt ne les avait pas présentées au reste de la famille. La présentation d'une femme à la famille constitue une pratique coutumière que la famille n'invoqua devant les tribunaux que lorsqu'elle plaïdait en leur faveur, mais rejeta

parallèlement le versement d'une dot, autre pratique coutumière communément appliquée et revendiquée par les femmes. Et pourtant, ce fût cette même pratique coutumière qui les força à s'occuper des enfants reconnus comme ayant été engendrés par le défunt.

Cette tragédie dévoilée par les tribunaux a une portée significative. Dans de telles situations, le tribunal a généralement recours à deux tests qui lui permettent de déterminer la façon dont les biens seront divisés. L'un d'entre eux consiste en l'observation du mode de vie ; or celui du défunt était loin de suivre les pratiques islamiques, mais ceci ne fut pas pris en compte dans l'examen. Seules les relations des femmes avec le défunt furent observées et donnèrent lieu à un verdict prévisible. La vie du défunt, de même que les motivations de sa famille à hériter et à gérer ses biens, firent à peine l'objet d'une enquête. En prononçant un verdict en faveur des parents du défunt, les tribunaux renversent un foyer stable et économiquement viable en les privant de ses moyens d'existence.

La réduction de la pauvreté constitue une priorité au sein du Programme de développement tanzanien et du Programme de réduction de la pauvreté. Les femmes, qui représentent une vaste majorité de la population vivant en dessous du seuil de pauvreté, sont particulièrement visées. Et pourtant, les structures juridiques appauvrissent davantage les femmes en permettant à d'autres individus de bénéficier de leurs biens matrimoniaux sous seul prétexte de liens familiaux et de religion. Un tel agissement vient s'inscrire dans une optique diamétralement opposée à la LDM, laquelle ne prend pas en compte notamment la légalisation d'une union. De plus, et avec l'approbation de la loi, il ignore le choix

effectué par un couple sur une question privée, intrusion ayant des conséquences d'intérêt public.

### **Absence de représentativité et de pouvoir de décision**

Les cas étudiés jusqu'à présent ont mis en lumière l'absence d'un pouvoir de décision accordé aux femmes, d'un point de vue pratique et juridique. La notion égalitaire énoncée par la constitution et la LDM se voit donc contrecarrée.<sup>9</sup> Ce manque est d'autant plus flagrant au sein des organisations religieuses, comme en témoigne le cas d'une victime du VIH/Sida que j'appellerai *K*, un exemple qui met en doute le fait que les organismes religieux accordent aux femmes un traitement plus favorable.

*K* était mariée à *H* depuis près de 20 ans. Lorsqu'ils se sont rencontrés, elle avait un bon travail et gagnait un bon salaire. Bien vite, il réussit à la convaincre de quitter son emploi et de rester à la maison, après lui avoir promis de bien s'occuper d'elle et de lui ouvrir un commerce. Mais dès le début, leur union ne fut pas des plus heureuses. *H* s'avéra particulièrement abusif, en actes comme en paroles, et infidèle. Quant à ses promesses de vie confortable, il ne les tint pas non plus et ne ramenait pas d'argent régulièrement à la maison. En conséquence de toutes ses aventures, il contracta le virus du VIH et le transmet à *K*. Une fois conscient de son état, il entreprit de se soigner, sans manquer de s'évertuer à salir la réputation de *K*, annonçant à qui voulait le savoir qu'elle portait la maladie.

Convaincu qu'elle ne lui servait plus à rien, il consulta l'établissement religieux afin d'obtenir un divorce, ou *talâq*. Ce dernier procéda à une discussion, entre hommes, du problème et légittima le *talâq* sans

même entendre la version de *K*. Elle ne fut convoquée que pour entendre que son divorce avait été prononcé. Pour faciliter le départ de la femme, le tribunal islamique accorde à celle-ci près de 400 USD pour payer son voyage de retour dans sa famille et pour l'aider à s'installer. Ni la durée du mariage ni les contributions de *K* à la fortune familiale, tel que le stipule la LDM, ne furent pris en considération. En légitimant le *talâq*, les institutions religieuses avaient en fait outrepassé leurs pouvoirs. Selon la LDM, le tribunal constitue la seule autorité juridique capable de prononcer un divorce ou toute injonction relative au divorce. L'institution religieuse a pour mission de réconcilier les parties et de déterminer si le mariage est encore réparable.

Plus problématique dans ce cas est la violation évidente des règlements et des principes du *fiqh* en matière de résolution et de dissolution des problèmes matrimoniaux. Dans le cas de *K*, aucune tentative de réconciliation n'a été déployée. À aucun moment, *K* ou un membre de sa famille n'a été convoqué en vue de résoudre le problème ou pour prendre part aux négociations. Aucune considération ne fut faite de la contribution de *K* à son mariage, sous la seule présomption que son mari devait prendre soin d'elle puisqu'elle était femme au foyer. Aucune mention ne fut faite du fait qu'elle était professionnellement qualifiée et qu'elle avait été forcée par son mari à quitter son emploi, sous-entendant qu'il prendrait soin d'elle. Et problème le plus sérieux pour finir, aucune considération ne fut faite des abus et des souffrances physiques et morales endurées par *K* au cours de son mariage, violences infligées par un mari qui savait qu'il lui transmettait un virus mortel.

Au contraire, elle se trouve doublement punie : son mari s'appuie sur l'établissement

religieux pour justifier son autorité et le droit des hommes à prononcer un divorce unilatéral. *K* n'ayant aucun accès aux institutions religieuses, elle se heurte à des murs dans toutes ses tentatives de défense. C'est alors qu'elle décide de faire appel à un service d'assistance juridique afin d'amener son cas devant les tribunaux. Une fois de plus, et contrairement à la loi, le tribunal de première instance décrète qu'un divorce a été prononcé conformément aux rites islamiques, que la période d'*iddat* s'est écoulée et qu'ainsi *K* n'a plus aucun droit d'épouse. Faut-il mentionner que, en raison de leur manque d'expertise relative aux questions et aux lois islamiques, les tribunaux s'appuient sur l'opinion d'entités islamiques en vue de prononcer un jugement. L'avocat de *K* fait appel devant un tribunal de plus grande instance dans l'espoir de renverser un verdict en effraction du code.

Dans l'entrefaite, le mari de *K* s'est remarié et continue à mener en toute impunité son train de vie destructeur. Le système juridico-religieux célébrant les unions vient s'établir en complice des injustices perpétrées contre *K* et très certainement d'autres. Même si c'est elle la victime, la vie de *K* reste en suspens en attente du verdict en appel. Et même si l'équipe chargée de la défense de *K* est très optimiste quant aux résultats que leur permettra d'obtenir ce nouveau procès, les termes de la loi déniaient aux femmes tout pouvoir de décision reste inchangé. La culture politico-juridique perpétuant les inégalités et les injustices envers les femmes reste bien établie, venant ainsi contredire la notion de justice islamique et les garanties prévues par la constitution. De même, les droits citoyens de *K*, lui garantissant une protection sur le même pied d'égalité que les autres citoyens, sont systématiquement bafoués sans qu'il n'existe de raison juridique

valable justifiant la révocation de ses droits de citoyenne.

## Conclusion

Les trois cas présentés illustrent à quel point, dans le système juridique actuel, la vie des femmes dépend véritablement des caprices des hommes qui les entourent. Sans compter que leur avenir reste en suspens en raison des agissements, ou plutôt du manque d'agissement, des hommes et de l'État. En résultent des situations absolument injustes du point de vue des droits humains et en totale contradiction avec la notion islamique de l'application de la justice.

Dans chacun des cas présentés, la loi islamique a été invoquée dans l'objectif d'entraver les droits de femmes ou de les empêcher de les exercer, loi restreinte à la sphère privée mais s'étendant par là même de façon fondamentale aux sphères sociale, économique et politique. Il est clair que l'effet de tels agissements va bien au-delà de leur identité en tant que femmes musulmanes, mais en tant qu'individus et citoyennes ayant droit à une protection juridique et constitutionnelle. D'après la *Charia*, l'homme a une obligation envers les femmes en matière de protection et de prise en charge, devant donc subvenir à leurs besoins. S'il était rationnel au moment de la révélation des versets, peu d'hommes affichent un véritable intérêt à appliquer cet édit et échouent lamentablement en ce qui est de remplir leur devoir, comme nous le montrent les trois exemples précédents. En outre, il est clair que les relations sociales, particulièrement en ce qui concerne la mobilité et les pratiques, ont tellement changé qu'elles justifient de nouvelles interprétations et de nouvelles applications plus proches et plus en réponse aux réalités actuelles. La défense de la sphère privée en tant

qu'espace inviolable revient donc à rejeter de tels développements.

Le développement, l'égalité et la justice constituent une vision universelle des droits fondamentaux auxquels les hommes et les femmes devraient avoir droit sur la base de leur citoyenneté mondiale. Les constitutions nationales incarnent l'équivalent local des droits de citoyenneté universels prévus pour tous les habitants d'un pays donné. La revendication d'un traitement particulier devient donc aussi antidémocratique qu'injuste puisqu'elle servirait à un individu particulier plutôt que de défendre l'intérêt général, contredisant ainsi à la fois le dessein des lois laïques et religieuses. À long terme, elles empêchent l'évolution des principes démocratiques en matière de négociation des relations matrimoniales.

Ces cas de figure illustrent clairement qu'en l'absence de normes et de structure législative égalitaires, les femmes musulmanes de Tanzanie ou de contextes similaires seront incapables de revendiquer et de jouir de leurs droits de citoyennes d'une nation souveraine. Même en présence de lois progressistes et égalitaires, aucune égalité des sexes au sein d'un couple ne pourra être observée en l'absence de mécanismes institutionnels à cet effet.

## Remerciements

Cet article a été réimprimé avec la permission de son auteur.

## Notes

<sup>1</sup> Je fais ici référence à la capacité des gouvernements à introduire une clause de réserve quant à l'application d'instruments internationaux et de clauses de qualification à la législation nationale.

<sup>2</sup> Les pays dans lesquels la *Charia* est en place sous une forme ou l'autre sont réticents à reconnaître les autres cultes et les besoins de leurs adhérents sur le principe qu'ils se trouvent en terre islamique, alors que les musulmans

vivant en minorité et en sociétés laïques sont les premiers à revendiquer leur droit à conserver en toute impunité leurs lois et leurs pratiques islamiques.

<sup>3</sup> Principalement le tribunal de Kadhi et la fiducie de Wakf.

<sup>4</sup> Loi n° 5 passée en 1971

<sup>5</sup> L'Indian Succession Act 1865

<sup>6</sup> En Kiswahili, « Mama » est une appellation respectueuse, équivalente au « Ma'am » américain ou à « Madame » en français.

<sup>7</sup> Nous observons dans les sphères religieuses une domination et une déférence à l'égard des figures commerciales, principalement en raison de leur pouvoir financier et de leur parrainage.

<sup>8</sup> Elle ne disposait d'aucune preuve écrite du mariage ; Marijala s'était limité aux rites coutumiers requis auprès de son père.

<sup>9</sup> L'article 13(5) de la Constitution condamne toute discrimination sexuelle.

## Résumé

**En 1998, le PILIPINA Legal Resources Center et le National Network for Muslim Women's Rights ont réalisé une enquête sur l'ampleur de l'application du Code du droit personnel musulman (CMPL) aux Philippines, ainsi que sur les mentalités, les aspirations et le comportement des femmes musulmanes vis-à-vis de ce code.**

**Le présent document expose les résultats de cette enquête et les projets qui y ont donné suite, puis propose des modifications progressistes au CMPL, qui reflètent les avancées récentes du mouvement des femmes aux Philippines.**

## Situation socio-politique actuelle

Le mouvement indépendantiste né en 1967 dans certaines régions musulmanes de Mindanao a conduit à l'autonomie des musulmans dans quatre provinces de Mindanao, suite à la promulgation de la Loi organique de 1989 et au référendum tenu en vertu de la Constitution de 1987. En 1996, un accord de paix est signé entre le gouvernement de la République des Philippines (GRP) et le Front de libération nationale Moro (MNLF). Cet accord prévoit, entre autres, un processus d'autonomie dans les régions identifiées dans l'Accord de Tripoli.

Aux termes de la nouvelle loi organique (Loi de la République n° 9054), l'assemblée législative de la région autonome du Mindanao musulman (ARMM), « avec l'accord de la Cour suprême et en conformité avec la Constitution, peut formuler un système juridique de la Charia, notamment dans le champ pénal, qui sera applicable dans la région et uniquement aux musulmans ou aux personnes de confession islamique ».

Environ cinq millions de musulmans résident à Mindanao, ce qui représente près de 30 % de la population totale de la région. Ces dernières années, le Mindanao musulman est inscrit au plan de développement. Malgré les efforts du gouvernement et une arrivée massive de ressources dans ces provinces, les bienfaits du développement ne se sont pas fait sentir et les femmes et les hommes musulmans continuent de souffrir d'une certaine exclusion sociale. Toutes les provinces musulmanes comptent encore parmi les provinces les plus pauvres de Mindanao. Selon toute attente, cette situation est encore plus difficile pour les femmes musulmanes. Le taux de mortalité maternelle reste plus élevé dans l'ARMM que dans

les autres régions de Mindanao, ce qui est imputable à plusieurs facteurs : le manque d'accès aux services de santé, notamment aux soins prénatals, la malnutrition et le manque de ressources. Le niveau de participation aux affaires communautaires est faible parmi les femmes dont les tâches restent confinées à des rôles traditionnels. Les hommes occupent les postes de contrôle et de décision tandis que les femmes se trouvent reléguées à l'arrière-plan. La visibilité des femmes dans des fonctions d'orientation des politiques et de prise de décision n'est que très faible. La présence des femmes musulmanes dans l'administration et les affaires politiques locales reste très limitée et leur statut est considérablement inférieur à celui des femmes d'autres communautés. Toute discussion sur le sujet des droits reproductifs est perçue comme une tentative de « minoriser » davantage encore les musulmans. Cependant, les ONG sont très actives et, à Mindanao, il est désormais reconnu que le travail de développement social doit toucher les femmes et les hommes musulmans.

Le niveau d'alphabétisation dans l'ARMM est des plus faibles alors que les Philippines comptent parmi les femmes les plus instruites du monde, avec des taux d'alphabétisation pouvant atteindre 94,3 %. Selon les données de l'Office statistique national, le taux d'alphabétisation fonctionnelle des femmes dans le Mindanao musulman est de 59 % alors que le taux d'alphabétisation de base est de 71 %. Pendant au moins 10 à 12 ans (1970-1980), la majorité des femmes musulmanes ne sont pas allées à l'école du fait du conflit armé qui sévissait à Mindanao. Puis, à nouveau, la guerre les a empêchées de s'inscrire pour l'année scolaire 2000-2001. De fait, les écoles servaient de centres d'évacuation.

La guerre a récemment éclaté entre les Forces armées des Philippines et le Front de libération islamique Moro (MILF) dans le Mindanao central et, dès le 16 février 2003, on dénombrait au total près de cent mille (90 620) évacués et personnes déplacées dans la province de Cotabato Nord et d'autres parties de l'ARMM, un chiffre en constante augmentation. Selon le ministère du Bien-être social et du Développement, plus de 70 % de ces réfugiés sont des femmes et des enfants. Des familles entières ont quitté leur ferme ou leur habitation réduite en cendres et il est improbable que ces personnes déplacées retournent sur leur lieu de résidence et de subsistance. Si elles y retournaient, elles n'y trouveraient ni abri ni sécurité. Les groupes insurgés fondent leur légitimité idéologique sur l'Islam, mais les communautés musulmanes pacifiques pourraient tout autant s'appuyer sur l'Islam pour soutenir la paix et la démocratie.

Malgré l'accord de paix GRP-MNLF et les pourparlers de paix intermittents entre le GRP et le MILF, le mouvement sécessionniste musulman continue et une paix durable à Mindanao relève encore du rêve.

Toutes les lois doivent se conformer à la Constitution de 1987 qui établit la laïcité de l'État et contient une disposition relative à l'égalité des sexes. En 1977, pour tenter d'apaiser les séparatistes musulmans, un Code du droit personnel musulman (CMPL) est promulgué sous le régime de Marcos. Ce code s'applique à tous les musulmans. Mais, du fait de son antériorité à la Constitution de 1987, il y a lieu de se demander si les femmes musulmanes bénéficient elles aussi des droits gagnés par les mouvements des femmes aux Philippines et dans le monde.

En 1988, le PILIPINA Legal Resources Center



(PLRC, centre de ressources juridiques) réalise une enquête sur l'ampleur de l'application du CMPL aux Philippines, ainsi que sur les mentalités, les aspirations et le comportement des femmes musulmanes vis-à-vis de ce code. Il en ressort, entre autres, que la majorité des femmes musulmanes sont ignorantes de leurs droits juridiques. Il est facile de remédier à ce problème de manque de connaissances juridiques. Le problème le plus grave, comme le révèle l'enquête, réside dans le caractère largement culturel du manque d'autonomie des femmes, dont la justification repose sur les droits coutumiers et les traditions religieuses. Cette vision du monde pèse sur la capacité de la personne à participer à tous les niveaux de la vie sociale (depuis la prise de décision au sein du foyer et de la famille jusqu'aux fonctions publiques, en passant par l'enseignement et l'emploi).

### **Cheminement de la proposition de réforme du Code du droit personnel musulman**

Depuis 1999, le PLRC s'efforce, en collaboration avec le National Network for Muslim Women's Rights (réseau national pour les droits des femmes musulmanes), de proposer des modifications à apporter au CMPL actuel.<sup>1</sup> La refonte proposée du CMPL est le fruit d'une réflexion approfondie et d'un travail de plusieurs années. Le processus implique de mobiliser et coordonner une masse critique de partisans dévoués à l'adoption des modifications proposées au code en vue de l'élaboration d'une nouvelle loi.

Le processus démarre en 1988, lorsque le PLRC effectue une étude sur les aspirations des femmes musulmanes de Mindanao. Les étapes suivantes consistent pendant de nombreuses années en un travail d'alphabétisation juridique afin de vulgariser

le code et de débattre des dispositions dans le cadre de l'égalité des sexes. En 1998, notre parti politique Abanse! Pinay<sup>2</sup> obtient un siège au Congrès et sa représentante devient présidente du Comité sur les femmes à la Chambre des représentants. Le PLRC voit en cet événement une opportunité politique et méthodologique d'amener une réforme juridique. En 1999, le PLRC commence à animer le processus de révision de certaines dispositions du CMPL et de proposition de modifications.

Le réseau se trouve actuellement confronté au même problème que nos consœurs d'autres régions du monde musulman, engagées en faveur des réformes : le CMPL est qualifié d'« islamique », ce qui le place de fait hors de portée de la justice. Un processus de réforme juridique au sein de la communauté musulmane ne pouvait manquer de soulever une controverse sur l'identité ethnique, soit des problèmes de non reconnaissance de l'identité ethnique et d'ethnocentrisme culturel. Mais, en tant que militantes et femmes vivant sous les lois musulmanes, nous avons conscience qu'il est impossible de défendre les droits politiques et civils si l'on répugne à aborder nombre des questions primordiales pour les femmes, et ce manifestement par peur d'outrager la liberté religieuse et l'identité ethnique. Nous ne disons pas que la liberté religieuse, l'identité ou même le droit de suivre les traditions culturelles sont des faux-fuyants. Pour le National network of Muslim Women Advocates (réseau national de militantes musulmanes), ces questions comptent parmi les plus pressantes et les plus difficiles. Mais, la difficulté de telles questions ne justifie en rien l'abandon des aspirations des femmes philippines ; c'est au contraire précisément la raison pour laquelle une réforme juridique est si cruciale. En effet, en tant que féministes

prônant des changements juridiques et structurels, nous sommes profondément conscientes que c'est à nous d'écouter les femmes qui vivent, travaillent et luttent à la base, pour déterminer si, comment et quand il convient de poursuivre le changement juridique, et non l'inverse.

Ces efforts du réseau national pour les droits des femmes musulmanes visant à ébaucher une réforme du code se basent sur la législation progressiste d'autres pays musulmans. Au début du processus, le réseau a invité une représentante du réseau Femmes sous Lois Musulmanes (WLUML) à présenter des législations progressistes en vigueur dans d'autres juridictions musulmanes.

Les différentes consultations sur les réformes proposées ont examiné en détail l'association des concepts d'« islamique » et de « musulman ». Ayesha Imam explique cette association en quelques lignes dans un dossier publié par Femmes sous Lois Musulmanes ;<sup>3</sup>

« L'Islam est la religion ou foi (la voie d'Allah) tandis que les musulmans sont ceux qui croient en l'Islam et essaient de le mettre en pratique. L'Islam est une question de théologie. Cependant, ce que les musulmans (des êtres humains faillibles) font de l'Islam est une arène ouverte à l'étude sociologique. En d'autres termes, la façon dont les êtres humains comprennent et appliquent l'Islam dans leur réalité contemporaine et leur vie quotidienne constitue tout au moins un sujet à débat, non seulement de nos jours mais aussi tout au long de l'histoire des communautés musulmanes. Il y a des constantes : le texte du *Coran* n'est pas remis en cause. Mais, l'interprétation des implications du message du *Coran* dans la vie quotidienne des

musulmans a toujours posé question. »

Un processus d'élaboration des lois, qui s'est déroulé jusqu'au début du XXe siècle, a dissocié le *Coran* de la codification de la loi islamique ou *Charia*.<sup>4</sup> Au cours de cette période, les normes *Coraniques* ont subi de considérables changements, reflétant le contexte patriarcal de l'époque qui s'est perpétué jusqu'à nos jours. Un amalgame s'est ainsi produit entre la loi islamique, qui est l'interprétation et l'application des sources originelles par les premiers musulmans, et l'Islam lui-même.

Le texte religieux du *Coran*, considéré par tous les musulmans comme la parole divine, est l'une des principales sources de la loi islamique et contient environ 80 versets à caractère juridique. La plupart de ceux-ci relèvent du droit personnel et concernent la famille et la succession.<sup>5</sup> Les pays et juristes musulmans adoptent le terme de « droit personnel musulman » pour désigner le droit de la famille se rapportant, entre autres, au mariage, au divorce, à la succession, à la polygynie et à la garde et tutelle des enfants.<sup>6</sup> Aux Philippines, les lois sur le statut personnel et les relations familiales des femmes musulmanes sont codifiées dans le CMPL.

Tandis qu'une stratégie inhérente a permis de réinterpréter, sur la base de la jurisprudence existante (*fiqh*), des questions relatives notamment au mariage, à la polygamie, au mariage d'enfants, à la contraception et à l'avortement, nous avons souligné dans notre projet de réforme juridique le fait que le *fiqh* actuel est une construction sociale. La stratégie proposée s'inscrit à la fois dans la perspective des droits humains et dans le contexte d'une culture en constante évolution, une culture progressiste et éclairée par le

discours féministe sur la loi musulmane et les droits reproductifs qui émerge dans les milieux féministes du monde entier. Tout débat étant difficile dans le cadre du paradigme actuel du *fiqh*, une solution féministe consiste pour les femmes à construire leur propre *fiqh*, à partir du moment où il est reconnu que les contributions des anciens érudits sont le produit d'un discours d'hommes adressé à d'autres hommes et que les femmes étaient auparavant exclues de cette production de connaissances. Depuis des temps immémoriaux, les femmes ne se sentent pas en mesure de bâtir une nouvelle école du *fiqh*/d'élaborer un *fiqh* dynamique. Jusqu'ici, très peu de femmes en ont acquis l'aptitude. Une stratégie consiste donc à prêter une oreille attentive aux idées féministes de différentes sources et de différents pays. D'où l'importance d'établir des liens avec les féministes progressistes d'autres juridictions musulmanes.

En outre, on ne saurait perdre de vue que, dans les régions musulmanes des Philippines, un difficile exercice d'équilibre consiste à élaborer des stratégies permettant de protéger les droits humains des membres des diverses communautés minoritaires tout en évitant le recours à l'oppression religieuse pour imposer des projets/plans d'action fondamentalistes bafouant l'autonomie physique et sexuelle des femmes.

Les musulmanes philippines ont les mêmes problèmes de statut dans les sphères de la vie privée et de la vie publique que leurs compatriotes chrétiennes. Pourtant, en tant que membres d'une communauté religieuse, elles semblent pâtir d'un niveau d'inégalité supplémentaire. Pour les femmes musulmanes, le rythme, les modalités et la structure de la vie quotidienne procèdent d'un maillage complexe de lois, de règles

et de coutumes souvent dites islamiques et, donc considérées comme immuables et non négociables. Ce qui est qualifié d'islamique est en réalité, non pas islamique (c'est-à-dire divin ou décrété), mais musulman (c'est-à-dire relatif aux personnes de confession islamique). Ce fait montre bien l'assimilation de l'Islam dans les systèmes, les structures et les pratiques courantes et, par conséquent, explique la grande variété des cultures et sociétés musulmanes existantes aujourd'hui.<sup>7</sup>

La codification de la loi musulmane se fait le plus sentir dans les champs de la famille et de la personne puisque ses répercussions disproportionnées sur les femmes sapent les relations entre femmes et hommes.<sup>8</sup>

Les dispositions débattues et analysées concernent la liberté de la femme de choisir son conjoint, la tutelle matrimoniale, le divorce verbal unilatéral, la polygamie, l'exercice d'une activité professionnelle, le domicile familial, la gestion du ménage, le soutien financier de la famille et la succession et l'héritage. Les participants au débat considéraient la liberté et l'autonomie des femmes comme des valeurs importantes dans la société.

Les défenseurs des droits reproductifs et sexuels s'accordent désormais sur le fait que les droits coutumiers et religieux et les pratiques associées servent souvent d'instruments de contrôle de la sexualité des femmes et de maintien du déséquilibre des pouvoirs dans les relations sexuelles. Cet état de fait pèse sur la capacité des femmes à participer à tous les niveaux de la vie sociale (prise de décision au sein du foyer et de la famille, enseignement, emploi et même son propre corps). Par exemple, les mariages précoces, les mariages

arrangés et la polygamie sont des pratiques courantes, autorisées par notre CMPL actuel, qui fait partie intégrante de la loi philippine. Les femmes ne se sentent pas en mesure de demander le divorce si leur mari a des relations extraconjugales puisque cela ne constitue pas un motif valable de divorce aux yeux de la loi. Bien que la cruauté soit un motif de divorce, nos études montrent qu'aucune demande de divorce n'a été déposée pour cause de violence domestique, de brutalité du conjoint ou de viol conjugal.

La connaissance de la loi musulmane est essentiellement le monopole des hommes. Il n'existe que peu de femmes *oulémas*.<sup>9</sup>

La plupart des *ustajes* sont des hommes et les bourses d'études islamiques restent réservées aux hommes. Le niveau d'alphabétisation dans l'ARMM est des plus faibles alors même que les Philippines comptent parmi les femmes les plus instruites du monde, avec des taux d'alphabétisation pouvant atteindre 94,3 %. La démystification des sources des droits coutumiers réduisant l'autonomie des femmes doit passer par la formation de nombreuses érudites musulmanes qui auront l'autorité et l'assurance nécessaires pour faire valoir les droits des femmes par la recherche d'un espace, au sein des coutumes ou interprétations, propice à une reformulation des lois fondée sur la justice sociale.

Le pouvoir et l'autorité de proposer une nouvelle formulation des lois codifiées naîtront du mouvement social et politique féministe, une masse critique de femmes qui font usage de la raison. Au sein de nos communautés musulmanes, la religion est le code de vie qui régit tout comportement, y compris notre propre sexualité. Il existe beaucoup de traditions positives, mais

aussi beaucoup de barrières culturelles. Tout rapport avec l'islamisme fait apparaître le détournement dont l'Islam, à l'instar de nombreuses autres religions, est victime et par lequel il devient un instrument de contrôle et légitime la violation des droits humains des femmes. Certains pays à majorité musulmane, tels que la Turquie, ont démenti la pertinence des livres de *fiqh* et les ont remplacés par des recueils de droit. Ce devrait être le but des militants des droits humains. En ce sens, la sensibilisation à une autre formulation progressiste de notre propre CMPL constitue un pas dans la bonne direction et pèsera dans le dialogue avec les législateurs de l'ARMM. Puisque le mandat continu du PLRC est l'émancipation par une stratégie orientée sur la loi et les ressources juridiques, le centre continue à promouvoir les lois codifiées et pratiques musulmanes progressistes et positives au moyen de formations locales et d'un dialogue avec les autorités locales et au niveau de l'ARMM. C'est une stratégie qui vaut la peine d'être partagée et débattue avec les communautés musulmanes d'autres pays.

Le réseau souhaite proposer la modification des dispositions relatives aux domaines suivants :

- Droits successoraux (actuellement différents pour l'un et l'autre sexe) ;
- Divorce verbal unilatéral (une prérogative des hommes musulmans) ;
- Domicile ;
- Droit au travail et à l'exercice d'une activité professionnelle ;
- Gestion du ménage ;
- Mariage des enfants (une violation des droits de l'enfant) ;
- Définition opérationnelle du traitement équitable dans le ou les mariages subséquents.

Voici les domaines spécifiques dans lesquels nous proposons des révisions fondées sur les droits humains/la justice :<sup>10</sup>

### Consentement au mariage

Le consentement mutuel des époux est une obligation. L'offre de mariage par le tuteur matrimonial (*wali*) ne permet pas de présumer du consentement de la femme.

### Âge du mariage

L'âge minimum du mariage doit passer à 18 ans pour les femmes comme pour les hommes. Nous proposons que les personnes qui n'ont pas atteint l'âge requis et souhaitent se marier, demandent une autorisation spéciale du tribunal de la *Charia*. Le tribunal peut délivrer un permis ou certificat autorisant le mariage après avoir effectué des tests permettant d'établir la maturité mentale et psychologique des personnes en question. Il est également suggéré que les contractants au mariage devraient consulter un conseiller matrimonial.

### Wali

Le rôle du *wali* (tuteur matrimonial) est clairement défini comme un représentant des intérêts de la femme. Nous proposons d'introduire une nouvelle disposition sur la tutelle matrimoniale. Cette disposition devra préciser le degré de participation ou d'engagement du *wali* dans le mariage. Par exemple, il ou elle ne sera pas autorisé(e) à forcer une personne sous sa tutelle à se marier. Il lui sera interdit de donner une femme en mariage sans le consentement de celle-ci.

Selon l'école Hanafi de jurisprudence musulmane, la présence d'un *wali* n'est pas une obligation. On peut donc se dispenser d'un *wali* ne représentant pas les intérêts de la mariée.

### Accord préuptial

Un accord préuptial établissant le type de mariage (monogamie ou polygamie) est exigé, car les contrats sont sacrés en vertu de la *Charia*. Il est suggéré que les parties signent un accord préuptial juste avant la célébration du mariage. Ce contrat stipulera, entre autres, le régime de propriété des époux, le montant ainsi que le calendrier et le mode de paiement du douaire (*mahr*), la pension alimentaire après l'*idda* en cas de divorce et la délégation ou non du *talâq* à la conjointe, outre le régime matrimonial (monogamie ou polygamie). Il sera également stipulé que la violation de l'un de ces accords constituera un motif de divorce. Cet accord préuptial deviendra une condition formellement requise pour le mariage.

### Fixation du *mahr*

Il conviendrait de fixer le montant ou la valeur du douaire avant la célébration du mariage, et non durant ou après celle-ci. L'épouse n'est alors plus tenue de déposer une requête au tribunal pour déterminer le montant du *mahr*.

La disposition relative au *mahr* devrait également inclure une nouvelle clause exigeant qu'un bien de valeur soit temporairement remis à la femme en garantie en cas de non paiement du *mahr*.

Une nouvelle disposition doit rendre obligatoire la mention, dans l'accord préuptial et le contrat de mariage, du montant ou de la valeur convenus du *mahr* ainsi que du calendrier et du mode de paiement.

### Mariage d'enfants

La proposition va dans le sens de l'abolition. En vertu de la loi actuelle, il est impossible d'annuler un mariage d'enfants si le tuteur matrimonial (*wali*) est le père ou le grand-père paternel, ce qui constitue une violation

des droits de l'enfant.

### Droits et obligations entre époux

Cette disposition sur les droits et obligations entre époux doit être modifiée pour inclure une clause exigeant la consultation mutuelle des époux eu égard au lieu de résidence de la famille. L'accord prénuptial devrait le stipuler. Il faut reformuler la loi en faveur du partage des responsabilités entre les époux en matière de gestion des affaires du ménage.

### Droits et obligations entre époux<sup>11</sup>

CMPL	Code de la famille de 1988
1. L'épouse a droit à un soutien financier de la part du mari.	1. Les époux assument conjointement la responsabilité de l'entretien de la famille.
2. Le mari détermine le domicile familial.	2. Les époux déterminent conjointement le domicile familial.
3. L'épouse gère le ménage.	3. Les époux gèrent conjointement le ménage.
4. L'épouse peut, avec le consentement du mari, exercer une activité professionnelle ou commerciale.	4. Le consentement du mari n'est pas une condition nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale par l'épouse..

La disposition qui interdit à l'épouse d'acquérir des biens à titre gratuit sans le consentement du mari, sauf de parents situés dans les degrés interdits d'alliance, doit également s'appliquer au mari. Il conviendrait donc de modifier cette disposition pour étendre aux deux époux l'interdiction de recevoir des dons ou d'acquérir des biens à titre gratuit sans le consentement de l'autre conjoint.

Les époux devraient se consulter et convenir mutuellement de l'activité professionnelle ou commerciale licite qu'ils sont susceptibles d'exercer.

### Divorce

Le code devrait inclure de nouvelles dispositions relatives aux points suivants : (a) les motifs de divorce par *talâq*, (b) le divorce par *mubara'at* et (c) les conditions essentielles requises pour le divorce. Il est suggéré de considérer les conditions suivantes comme essentielles : 1) le conjoint à l'initiative du divorce prend la décision de son plein gré et n'y est pas obligé(e) par ses parents ; 2) les raisons de la demande de divorce sont valables et conformes au code et à la loi musulmane ; 3) toutes les voies de réconciliation, en ce compris l'arbitrage, ont été épuisées ; 4) au moins deux témoins doivent également être présents.

La disposition sur le divorce par *talâq* devrait inclure un mode de répudiation particulier, observé par le mari. Il est suggéré qu'une répudiation formelle (prononciation de la formule du *talâq*) ait lieu devant un tribunal et en présence de deux témoins, outre le juge et le greffier. Ladite répudiation sera consignée par écrit et déposée au greffe ; une copie sera immédiatement remise à l'épouse.

Voici les conditions proposées pour la répudiation verbale :

- I. Il doit exister des motifs légitimes ou valables.
- II. La répudiation doit avoir lieu en présence d'au moins deux témoins.
- III. Si le mari prononce le *talâq* sans respecter ces conditions, le divorce est nul. L'épouse continue d'avoir droit à un soutien financier comme il n'y a pas divorce.

La disposition sur le divorce par *faskh* devrait inclure des motifs supplémentaires, dont les suivants : a) le mariage a été conclu

sans le consentement de la femme ou son consentement a été obtenu par force, tromperie ou contrainte ; b) le mari ne respecte pas les stipulations ou les conditions de l'accord préuptial.

Le divorce est automatique dès que le mari contracte un mariage subséquent (*tafwid*).

Le divorce par consentement mutuel (*mubara'at*) : cette proposition neutralise la pratique du divorce par répudiation verbale, une prérogative des hommes. Un mari musulman n'est pas tenu de s'adresser aux tribunaux pour obtenir le divorce. En cas de répudiation verbale (*talâq*), il lui suffit de répudier l'épouse, de déposer une déclaration écrite en ce sens au greffe du tribunal de la *Charia*, puis d'attendre l'expiration de l'*idda*. Un conseil d'arbitrage Agama est constitué, qui établit un rapport sur le résultat de l'arbitrage, puis le tribunal prononce le divorce. La plupart des divorces s'effectuent par répudiation verbale (*talâq*) et le jugement de divorce est possible uniquement après la mise en place d'un mécanisme d'arbitrage. Avec cette procédure judiciaire, l'ensemble de la procédure de divorce semble perdre son caractère unilatéral originel.

En réalité, les tribunaux ont rendu des jugements qui s'avèrent très proches d'un divorce par consentement mutuel alors même que ce type de divorce est inexistant dans le CMPL. Pour différencier cette procédure de la procédure judiciaire de divorce par répudiation verbale (*talâq*), nous proposons la formule de divorce par consentement mutuel suivante : l'un des conjoints ou les deux peuvent présenter au tribunal une demande de confirmation de leur accord mutuel de divorce. Le défaut d'enregistrement d'un divorce par *mubara'at* est punissable (article 181 du CMPL).

### La période de retraite (*idda*)

Il conviendrait de modifier l'article 57 section b du code afin de fixer précisément le début du décompte de l'*idda* ou période de retraite.

L'une des propositions avancées préconise qu'en cas de divorce par *talâq*, le décompte de l'*idda* commence à la date à laquelle le mari dépose une déclaration écrite à cet effet auprès du greffier du tribunal de la *Charia* et après qu'une copie de ladite déclaration soit remise à l'épouse conformément à l'article 161 du code. Le CMPL actuel prévoit que la déclaration déposée par le mari constitue une preuve irréfutable que le *talâq* a été prononcé.

Plus populaire, l'autre proposition consiste, pour tout divorce judiciaire, en ce compris le divorce par *talâq* qui requiert une procédure judiciaire aux Philippines, à décompter l'*idda* à partir de la date à laquelle le tribunal de la *Charia* rend le jugement de divorce définitif, dans la mesure où l'*idda* n'est pas inférieure à la durée minimale de trois mois requise par la loi, à compter de la date de dépôt de la demande auprès du tribunal.

### Mariage subséquent/polygynie

La réforme proposée tend à restreindre la polygamie. En particulier, il est proposé que les futurs conjoints établissent un accord préuptial eu égard au type de mariage (monogamie ou polygamie). Cette proposition s'inscrit dans la lignée du grand respect culturel pour les contrats dû au fait que ceux-ci sont sacrés en vertu de la loi religieuse ou *Charia*.

Voici la réforme proposée sur le mariage subséquent :

Malgré la règle de la loi islamique qui permet à un musulman d'avoir plus d'une épouse

mais pas plus de quatre à la fois, aucun homme musulman ne peut avoir plus d'une épouse, sauf si :

- il peut accorder à chacune une cordialité égale et un traitement équitable, comme le prescrit la loi musulmane, et ce uniquement dans des cas exceptionnels ;
- il a posément discuté de la question avec sa famille actuelle avant d'en référer au tribunal ;
- l'accord préuptial le lui permet ;
- le tribunal l'en juge capable.

Nous nous attachons également à formuler une définition opérationnelle de la cordialité égale et du traitement équitable dans la disposition sur la polygamie.

En outre, le mari devrait être tenu de déposer, outre la déclaration écrite, une demande d'autorisation de contracter un mariage subséquent ainsi que les documents nécessaires, notamment : ses déclarations de revenus ou une attestation sous serment de son employeur relative à son revenu, afin de prouver sa stabilité financière, et donc sa capacité à entretenir une famille supplémentaire. La demande d'autorisation indiquera également le nombre d'enfants ou personnes actuellement à sa charge. De plus, conformément à l'article 27, le tribunal de la *Charia* doit déterminer si le mari est en mesure d'accorder une « cordialité égale » et un « traitement équitable » à sa ou ses épouse(s) actuelle(s) ainsi qu'à sa future conjointe. Il conviendrait d'insérer une définition opérationnelle du « cas exceptionnel » dans la loi afin de faciliter les décisions de justice.

### Droits et obligations entre époux

La réforme proposée se détourne du mode protecteur pour appuyer l'égalité des

responsabilités. De fait, on observe une forte pression en faveur de la réinterprétation de l'injonction religieuse qui déclare l'homme protecteur (*qawamun*) de la femme.

Le principe selon lequel l'homme doit subvenir aux besoins financiers de la femme repose sur l'hypothèse que seul l'homme travaille ou a un emploi lucratif et que le travail domestique non rémunéré et la garde des enfants sont dévolus aux femmes. La réforme doit donc mettre l'accent sur la nécessité du partage entre l'homme et la femme de la gestion du ménage et de la garde et l'éducation des enfants. Sinon, l'État doit intervenir dans les soins et l'éducation des enfants par le biais de politiques de sécurité sociale.

### Dispositions financières

#### Propriété des époux

Il est suggéré d'ajouter une nouvelle disposition au code, exigeant que :

- la liste des biens propres apportés par les époux figure dans l'accord préuptial et/ou le contrat de mariage ;
- le mari donne une part à l'épouse qui a contribué, par son travail, à l'entreprise que possède celui-ci.

#### Arrangements financiers après le divorce et pension alimentaire

Il faut introduire une nouvelle disposition dans le code, exigeant que le mari paie à son épouse divorcée un montant supplémentaire, à titre d'« amende » mais sous forme de don, tel que la *mut'ah* pratiquée dans certains pays musulmans (en Malaisie, par exemple). La *mut'ah*, ou don de consolation, trouve son fondement dans le *Coran*, mais n'est pas prévue dans le code. Dans une affaire décidée par un tribunal de la *Charia* des



Philippines, le juge a cité le *Coran* pour étayer sa décision d'accorder une telle indemnité à l'épouse divorcée.

Selon les rapports de surveillance des tribunaux de la *Charia*, les maris ignorent souvent les jugements de pension alimentaire. C'est pourquoi les tribunaux de la *Charia* devraient exiger du mari, qui est tenu de contribuer à l'entretien de la famille, qu'il dépose des biens auprès du tribunal à titre de caution ou fournisse une garantie afin d'assurer l'entretien de la famille.

Le tribunal itinérant de la *Charia* doit également veiller à ce qu'un huissier de justice ou tout autre agent de la cour soit en mesure d'assurer l'exécution du jugement rendu.

### Héritage et succession

La proposition va dans le sens de l'équité. Nous demandons l'adoption de la formule suivante : une fille qui pourvoit aux besoins de ses frères et/ou d'autres membres de la famille ou qui se trouve dans le besoin peut demander au tribunal le paiement des frais d'entretien encourus ainsi que des frais d'entretien à venir. Lesdits frais seront déduits du patrimoine successoral.

### Garde des enfants et tutelle

La garde des enfants mineurs jusqu'à l'âge de la puberté sera accordée à la mère. Les enfants ayant atteint l'âge de la puberté auront la possibilité de choisir le parent avec lequel ils souhaitent rester.

Les mères et autres parentes doivent figurer sur la liste des personnes autorisées à agir en qualité de tuteur matrimonial (*wali*) ou de tuteur aux biens d'un mineur.

Il conviendrait d'utiliser le terme « parents »

au lieu de « père », « grands-parents » au lieu de « grand-père paternel », « frère ou sœur et autres parents paternels et maternels » au lieu de « frère et autres parents paternels » et « la cour ou une personne désignée par la cour » au lieu de « exécuteur testamentaire ou représentant du grand-père paternel ».

### Abandon du terme « islamique » au profit du terme « musulman »

Dans l'introduction du code définissant l'esprit de la loi, il convient de remplacer le terme « islamique » par le terme « musulman » pour souligner le fait que les textes de loi se fondent en réalité sur une interprétation humaine.

### Création de tribunaux de la *Charia* supplémentaires

Le comité de surveillance du Congrès (le Comité des affaires musulmanes) doit examiner la mise en œuvre actuelle du code ; il pourra alors constater que les tribunaux de la *Charia* décrits dans la loi n'ont pas tous été créés. Aussi est-il recommandé de créer des tribunaux de la *Charia* dans les régions suivantes, où il n'en existe pas : la capitale nationale (Manille), Davao City, Soksargen et Palawan.

Dans le cadre des efforts visant à rendre la justice accessible aux femmes, il est important d'étudier la nature des tribunaux et l'orientation des juges auxquels il est souhaitable que nos femmes aient accès. Alors que le programme d'action pour la réforme judiciaire (APJR) de la Cour suprême a défini minutieusement la marche à suivre pour réformer le système judiciaire, ce projet a testé empiriquement une méthodologie de mobilisation de la société civile autour de la surveillance des tribunaux dans le cadre d'un plan de réforme judiciaire.

Le projet offre l'occasion d'introduire une réforme judiciaire, en particulier du système judiciaire de la *Charia*. Il est en corrélation avec l'APJR de la Cour suprême, qui vise à améliorer les conditions et le rendement des juges et donc à assurer de meilleurs services sociaux. Par le biais de ce projet, le PLRC établit des liens entre la collectivité et la structure judiciaire.

L'étude visait à documenter les bonnes pratiques et les défaillances existant dans l'administration de la justice par les tribunaux de la *Charia* (accès de la population aux tribunaux, efficacité et efficacie, influence des tribunaux sur la collectivité locale, par exemple). Les juges de la *Charia* ont été heureux de fournir une description de leur tribunal et de suggérer des mesures d'amélioration.

Les premiers résultats montrent que de nombreux membres des communautés musulmanes font appel aux tribunaux de la *Charia* pour régler leurs affaires. Mais, certains tribunaux ne disposent pas de juges, ce qui compromet l'accès du citoyen à la justice. L'exclusion de grandes communautés des structures judiciaires est un indicateur de pauvreté. Par conséquent, un examen de l'efficacité et l'efficacie des structures judiciaires, propre à étayer un plan de réforme judiciaire, doit faire partie de tout programme de lutte contre la pauvreté.

La pauvreté dans le Mindanao musulman se trouve aggravée par le fait que, pour les femmes musulmanes de Mindanao, le paysage juridique officiel est profondément différent de celui qui s'applique à la majorité des femmes du reste des Philippines et du monde ; il est moins favorable à l'émancipation, comme en témoignent certaines dispositions du CMPL.

Les tendances du projet ont été présentées à diverses parties prenantes, notamment à la communauté des donateurs, dont le réseau des donateurs des Nations Unies pour la promotion de l'égalité des sexes.

L'étape suivante consistait pour le PLRC à faciliter l'engagement de la société civile auprès de l'administration gouvernementale en charge du recrutement des juges afin de pourvoir les postes vacants dans les tribunaux. Le but ultime : permettre à des juges se rendant dans nombre de tribunaux éloignés les uns des autres d'accorder une attention pleine et entière à la communauté sous la juridiction d'un tribunal spécifique.

Le dialogue avec le ministère de la Justice a abouti à une résolution et à la création d'un comité de recrutement gouvernemental pour pourvoir les postes vacants dans les tribunaux de la *Charia*. Ainsi, 16 nouveaux juges ont au total été récemment nommés aux tribunaux de la *Charia*. Malheureusement, tous sont des hommes.

Une campagne d'information sur les difficultés des tribunaux de la *Charia* est en cours dans les médias grand public. Le présent document sera également publié dans le cadre de cette campagne.

Le PLRC et le réseau national pour les droits des femmes musulmanes ont, en collaboration, élaboré un projet de trois ans destiné essentiellement à faire connaître les réformes du MPL et la jurisprudence de la *Charia*, de même qu'un programme local de défense des droits des femmes et de la justice sociale, en partenariat avec diverses agences locales, régionales (au niveau de l'ARMM) et nationales.

L'état critique de nos tribunaux de la *Charia*

et l'absence de juges dans plusieurs tribunaux sont liés au fait que le budget total de l'appareil judiciaire représente moins de 2 % du budget de l'État. Il y a donc lieu d'augmenter le budget alloué à l'ensemble de l'appareil judiciaire.

Dans une perspective à long terme, les résultats de l'étude peuvent jouer un rôle de levier dans le renforcement du système judiciaire, en particulier au sein des communautés musulmanes, et ainsi contribuer quelque peu à promouvoir une paix réelle et durable à Mindanao, en général.

Le processus de proposition de réformes du MPL deviendra populaire sur le terrain car, dans une mesure considérablement différente pour les femmes et pour les hommes, ce corpus de règles établit la capacité d'une personne à participer à tous les niveaux de la vie sociale, depuis la prise de décision au sein du foyer et de la famille jusqu'aux fonctions publiques, en passant par l'enseignement et l'emploi. Il étalonne et mesure la valeur d'une femme en tant qu'être humain au sein de son foyer et de sa société.

Comme on dit, les lois sont dérivées de sources coutumières, religieuses et socio-politiques, chacune contribuant à la négation des droits légitimes des femmes. La difficulté consiste à trouver un moyen pour que nos institutions, comme nos systèmes juridiques et judiciaires, se fassent l'écho des changements progressistes en faveur de notre bien-être de femme mais aussi de nos communautés. De plus en plus de femmes musulmanes, aux Philippines, sont convaincues que les avancées du mouvement des femmes aux Philippines et dans le monde doivent se refléter dans toutes les lois. La formation de cette masse

critique n'est pas sans conséquence pour la promotion de législations progressistes (également compatibles avec le contexte culturel des musulmans philippins) de juridictions musulmanes d'autres pays.

Puisque les lois sont censées codifier les réalités sociales perçues, la législation et les politiques doivent également refléter l'évolution sociale actuelle. Or, comme personne ne peut saisir la variété des relations humaines dans toutes les occasions et toutes les époques, les textes de loi et les décisions judiciaires doivent refléter ce dynamisme.

## Remerciements

Reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur et paru initialement sous le titre *The Shari'a Courts in the Philippines: Women, Men and Muslim Personal Laws*, Isabelita Solamo-Antonio, PILIPINA Legal Resources Center, Inc (PLRC), 2003.

## Bibliographie (par ordre alphabétique)

- Anwar, Z. et Abdullah, R., *Islam, Reproductive Health, and Women's Rights* (Sisters in Islam, 2000).
- Balchin, C. (éd.), *A Handbook On Family Law in Pakistan* (Shirkat Gah et WLUM, 1994).
- Barra, H. A., *The Code of Muslim Personal Laws: A Study of Islamic Law in the Philippines* (Marawi City : Mindanao State University, 1988).
- Bautista, E. B., *An Introduction to the Code of Muslim Personal Laws* (Quezon City : Central Law Book Publishing Co., 1977).
- El Alami, D. et Hinchcliff, D., « Background to Codification », *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World* (CIMEL Book Series, 1996).
- Gowing, P. G., *Muslim Filipino: Heritage and Horizon* (Quezon City : New Day Publishers, 1979).
- Imam, A., « The Muslim Religious Right (Fundamentalists) and Sexuality », *Dossier 17 WLUM*, 1997, pp. 7-25.
- Mastura, M. O., « Shari'ah and Codification: Islamic Legislation in Relation to Legal reforms In the Philippines », *Shariah Law Journal*, vol. 4, janvier 1987 (International Islamic University, Malaisie), pp. 61-94.
- Montanez, Ma. L., *The Woman Underneath That Malong: The Implications of the Code of Muslim Personal Laws on*

*the Muslim Women of Regions IX & XII* (PILIPINA Legal Resources Center, 1988).

Moosa, N., *The Interim Constitution and Muslim Personal Law: Whither South African Muslim Women? Summary of paper presented at Conference: Towards the Final Constitution: A critique of the Present Constitution from a Gender Perspective - the Way Forward* (Capetown, 27-29 février 1995), p. 1.

Shaheed, F., « Controlled or Autonomous: Identity and the Experience of the Network Women Living Under Muslim Laws », *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 19, n° 4, été 1994.

Solamo Antonio, I., « Image of the Legal System Among the Tri-Peoples of Mindanao », paru dans *1st Alternative Law Conference. Lawyering for the Public Interest*, M.V.F Leonen (éd.), 8-12 novembre 1999, College of Law, University of the Philippines. (Alternative Law Groups, Inc. Publication, 2000), pp. 50-69.

Wadud, A., *Qur'an and Woman – Rereading the Sacred Text from a Woman's Perspective*, Oxford University Press, 1999.

WLUML, *Knowing Our Rights: Women, family, and customs in the Muslim world* (Femmes sous Lois Musulmanes, 2003).

## Textes de loi

Décret présidentiel n° 1083 (4 février 1977), également connu sous le nom de Code du droit personnel musulman des Philippines (*Code of Muslim Personal Laws*, CMPL).

Loi de la République (*Republic Act*, RA) n° 9054, « la nouvelle loi organique ».

## Notes

<sup>1</sup> Les membres du Congrès Abdulgani Salapuddin, vice-président du Comité des affaires musulmanes, et Patricia Sarenas, présidente du Comité sur les femmes, ont officiellement présenté la proposition de refonte du CMPL au Congrès lors de la 11<sup>e</sup> séance de la chambre. Le réseau poursuit ses démarches en faveur de l'adoption de la loi proposée et a, en outre, lancé des activités locales de défense des droits au niveau des collectivités locales et de la région autonome du Mindanao musulman.

<sup>2</sup> Abanse! Pinay est un parti politique féminin dont l'objectif est l'avancement des objectifs des femmes au Congrès par le biais de l'élection de trois représentantes sectorielles grâce au système à listes de parti.

<sup>3</sup> Pour plus d'informations sur l'association des concepts d'« islamique » et de « musulman », cf. A. Imam, 1997, pp. 7-25.

<sup>4</sup> D. El Alami et D. Hinchcliff, 1996, pp. 35-37.

<sup>5</sup> N. Moosa, 1995, p. 1.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> D'après F. Shaheed, 1994.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> « Ouléma » est le pluriel du terme arabe « *alim* » qui signifie

littéralement « savant ». Ce terme désigne généralement un expert en droit et en jurisprudence musulmans.

<sup>10</sup> Les révisions qui propose le réseau ont fait l'objet d'un article intitulé *Islamic Family Law & Justice For Muslim Women*, écrit conjointement par N. Maruhom et I. Solamo Antonio dans le cadre du projet Sœurs en Islam (Sisters in Islam, SIS), et ont également été présentées par les membres du réseau national pour les droits des femmes musulmanes qui faisaient partie de la délégation philippine à Kuala Lumpur, du 8 au 10 juin 2001.

<sup>11</sup> M. L. Montanez, *Woman Underneath The Malong*, PILIPINA Legal Resources Center, 1989, p. 29.

## Résumé

**Cet article retrace l'historique du mouvement en faveur de la réforme du droit personnel musulman en Inde, en mettant en relief la thèse avancée en 1971 par Asaf Ali Fyzee. Ce juriste musulman, tout en estimant que la justice constituait un principe fondamental du droit musulman, soutenait cependant que celui-ci ne se trouvait pas garanti par les interprétations généralement admises du droit personnel musulman, notamment s'agissant des femmes.**

La récente assemblée de l'All-India Muslim Personal Law Board (AIMPLB) [Conseil pan-indien sur le droit personnel musulman], réunie à Lucknow, a une fois de plus mis en lumière l'épineux problème de la réforme du droit personnel musulman (DPM). D'aucuns espéraient voir l'AIMPLB interdire définitivement et explicitement la coutume dite du triple *talâq*, qui représente l'une des préoccupations majeures des partisans de la réforme. Mais, dominé par les *oulémas* conservateurs, l'AIMPLB a, dans sa sagesse, préféré s'en abstenir. Il s'est contenté de décider de développer la sensibilisation aux répercussions négatives du triple *talâq* et d'exhorter les musulmans à ne pas y recourir en faisant appel à leur conscience. Ce parti pris est certes loin de satisfaire à la revendication pour l'interdiction du triple *talâq*, mais force est néanmoins de reconnaître qu'il s'agit d'un pas considérable dans la bonne direction, même s'il convient de se demander pourquoi l'AIMPLB a attendu aussi longtemps avant de réaliser l'urgence de dénoncer cette pratique.

Les défenseurs des intérêts des femmes musulmanes ont de plus en plus conscience que les tentatives réformistes doivent viser à introduire les changements appropriés à l'intérieur du cadre général du droit personnel musulman, au lieu de l'abolir purement et simplement et de lui substituer un Code civil unique (CCU). Ce, en raison du fait que de larges pans de la communauté musulmane aient fini par voir, à divers titres, dans le DPM une garantie juridique de leur identité communautaire singulière. A tort ou à raison, ils redoutent qu'un CCU n'aboutisse à l'intégration des musulmans dans le sein de la religion floue qu'est l'hindouisme. Le soutien énergique apporté au CCU par le mouvement nationaliste hindutva a ajouté

aux doutes des musulmans quant au véritable objectif de la demande en vue d'obtenir un code civil commun. L'hostilité à la réforme de la législation hindoue manifestée par les principaux représentants de l'hindutva au début des années 1950, ainsi que leur propagande vigoureuse en faveur des *manusmriti* - la « bible » du brahmanisme - comme code juridique applicable à tous les hindous trahissent nettement le fait que leur insistance en faveur du CCU n'est que pure hypocrisie et ruse pour se livrer à des attaques virulentes contre les musulmans - leur passe-temps favori.

Malheureusement, d'une manière générale, les tenants musulmans de la réforme du DPM ne suscitent pas l'attention qu'ils méritent. Pour de nombreux médias, ces derniers échappent au stéréotype du musulman obscurantiste impénitent et ne font donc pas de « bons » sujets. Aux yeux des *oulémas* ultra-conservateurs, ils ne sont ni plus ni moins que des traîtres retors et des ennemis de la foi qui conspirent à la subvertir de l'intérieur. A l'heure actuelle, cependant, les femmes et les hommes de confession musulmane qui affirment avec force la nécessité de procéder à une refonte du DPM font de plus en plus valoir leur droit à élaborer leur propre conception de l'Islam. Ce faisant, ils contestent le monopole revendiqué par les *oulémas* traditionnels en matière de définition de ce qui est normatif dans l'Islam. Ils insistent sur le fait que l'Islam n'a pas de clergé, ce à quoi la classe des *oulémas* se réduit en réalité, et argumentent que tout musulman - homme ou femme - disposant des connaissances de l'Islam idoines a la capacité et le droit d'en faire une lecture personnelle.

En soulevant la question du remaniement du DPM, les réformistes mettent en cause le fait

que l'on circonscrive l'Islam aux problèmes de droit et de jurisprudence, en somme, à la *Charia*. Ils rappellent que le *Coran* est essentiellement un livre de spiritualité et un guide de conduite en matière éthique, et non un simple recueil de prescriptions et d'interdits. Ils condamnent ainsi la tendance de beaucoup d'*oulémas* conservateurs à faire l'amalgame entre Islam et *Charia*. Les réformateurs entendent ainsi ressusciter le sens et la portée originels de la *Charia* en tant que "voie" ou "chemin", soulignant qu'elle constitue un moyen au service d'une fin - justice, égalité, moralité, soumission à la volonté divine -, plutôt qu'une fin en soi. Les partisans de la réforme vont même plus loin en établissant une distinction capitale entre, d'une part, la *Charia* - la voie décrétée par Dieu -, et d'autre part, le *fiqh* - la jurisprudence islamique -, qu'à juste titre ils soulignent comme étant, dans une large mesure, une production humaine et le fruit des développements survenus après la mort du Prophète. Selon eux, si la *Charia* est divine et immuable, les règles du *fiqh*, qui sont des constructions historiques, peuvent quant à elles évoluer de manière à être conformes à l'éthique à laquelle invite foncièrement le *Coran*.

Les premières revendications pour la réforme du DPM se sont exprimées en Inde, avant l'Indépendance, par la voix d'un certain nombre d'érudits musulmans modernistes, et la question a pris une ampleur accrue après 1947. Feu Asaf Ali Fyzee (1899-1981) était peut-être le plus éminent réformiste musulman de ces dernières années. *Chiite-ismaélite* originaire du Goudjerate et diplômé de Cambridge, Fyzee est un spécialiste internationalement reconnu du droit islamique. Il a occupé le poste d'ambassadeur de l'Inde en Égypte, ainsi que les fonctions de vice-recteur de l'Université du Cachemire. On lui

doit plusieurs ouvrages sur l'Islam, et il s'est vu décerner en 1962, la *Padma Bhushan* - la plus prestigieuse distinction civile indienne - au titre de ses diverses réalisations. Fyzee a également consacré de nombreux travaux aux réformes au sein du DPM. *The Reform of Muslim Personal Law in India* (La réforme du Droit personnel musulman en Inde), opuscule écrit en 1971, présente une synthèse éloquentes des arguments qui plaident, à son sens, en faveur du remaniement du DPM. Plus de trois décennies plus tard, ses opinions font encore écho dans les débats autour du DPM et de son avenir.

Fyzee considère qu'une réforme du DPM s'impose afin de résoudre le problème de la justice entre les sexes. La justice est, selon lui, un principe essentiel de la *Charia*. Aussi, toute loi se prétendant islamique qui ne parvient pas à garantir la justice peut-elle être regardée comme une violation de cette dernière, et par voie de conséquence, de la volonté divine. Il met en évidence que certaines lois faisant partie intégrante du DPM contreviennent effectivement à ce principe, notamment s'agissant des matières concernant les femmes. D'où la nécessité de les aménager. Conscient que cette proposition ne manquerait pas de se heurter à l'opposition obstinée d'un bon nombre d'*oulémas* conservateurs, Fyzee assure que la réforme juridique dans ce domaine ne reviendra pas à adapter la *Charia* et n'enfreindra pas le principe de la liberté de religion garanti par la Constitution indienne. Et ce, parce que *Charia* et *fiqh* sont deux entités distinctes, mais interdépendantes, alors que la majorité des *oulémas* les identifient généralement l'un à l'autre.

Afin d'étayer ses propos, Fyzee souligne qu'il est impossible d'assimiler, sans condition ni réserve, le DPM, en l'état, à la *Charia*.

Ainsi qu'il l'écrit, en Inde, le DPM constitue « un ensemble autonome de lois et de coutumes qui diffèrent notablement des règles de la *Charia* telles qu'elles sont interprétées dans les textes classiques. » Partant de là, il ne faut pas automatiquement percevoir les réformes du DPM comme quelque intervention ou modification dans la *Charia*. Le DPM - antérieurement droit anglo-musulman - résulte lui-même de l'interaction entre la jurisprudence islamique traditionnelle et le système juridique colonial britannique, si bien qu'il n'est pas l'équivalent de la *Charia*. Les juristes coloniaux ont défini les principes et éléments du droit anglo-musulman par référence aux concepts britanniques de justice et d'équité, faisant évoluer à cette occasion plusieurs aspects importants du *fiqh* traditionnel. Les Britanniques ont ainsi supprimé le code pénal islamique et même certaines lois traditionnelles relatives à la personne : abrogation de la règle du *fiqh* traditionnel au titre de laquelle tout juge qui statuait sur une affaire opposant deux musulmans devait partager la même confession, abolition de l'esclavage défendu par les juristes traditionnels, suppression de la loi qui punissait l'adultère et l'apostasie de la peine capitale, suppression des poursuites judiciaires pour péché de consommation d'alcool et de porc.

Après 1947, la réforme juridique s'est poursuivie à un rythme soutenu, quoique irrégulier. Ainsi, en vertu du Special Marriage Act (Loi spéciale sur le Mariage) de 1954, tout musulman peut désormais légalement contracter un mariage mixte sans obligation pour l'un ou l'autre des conjoints de renoncer à sa religion. Ce type d'union est monogamique. Les enfants qui en sont issus sont réputés légitimes et jouissent de droits à l'héritage. En outre, un *nikah* (mariage religieux) entre deux personnes de

foi islamique peut se transformer en mariage civil par voie d'enregistrement officiel et dorénavant, un homme musulman marié conformément à cette loi peut léguer à son épouse et ses enfants une part de biens plus importante que celle permise au regard des lois du *fiqh* traditionnel. Nonobstant son mariage dans le cadre de cette loi, le sujet musulman reste un musulman à part entière et sera régi, dans toutes les autres matières, par les lois personnelles qui lui sont applicables.

Autant d'éléments indiquant qu'il est erroné d'alléguer qu'opérer des réformes de plus grande ampleur du DPM équivaldrait à dénaturer la *Charia*, car on ne doit pas faire l'assimilation entre *Charia* et DPM sur tous les plans. Il faut savoir qu'« à chaque époque et dans chaque pays, la *Charia* a constamment fait l'objet d'études, d'analyses et d'exégèses, et [que] ces dernières étant humaines et imparfaites, ainsi que fonction de l'époque et du contexte, elles varient d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. » Aussi ajoute-t-il « qu'il est vain de prétendre que lorsqu'une certaine règle de droit appliquée par les tribunaux indiens doit faire l'objet d'un remaniement, on contrevient à une règle immuable de la loi divine. »

Compte tenu des injustices découlant de certaines règles du *fiqh* traditionnel, ainsi que de plusieurs dispositions du DPM qui empiètent sur les droits des femmes musulmanes, Fyzee préconise une refonte en profondeur du droit qui serait de nature à garantir l'égalité des sexes tout en maintenant le DPM. Le Parlement indien doit donc adopter une nouvelle loi - « The Muslim Personal Law (Miscellaneous Provisions) Act » (Loi sur le Droit personnel musulman [dispositions diverses]) -, qui viendrait amender le DPM en vigueur. Pour

susciter l'adhésion des musulmans à ce projet législatif, le dispositif de réforme doit reposer sur les règles reconnues par l'une ou l'autre des écoles de droit islamique (*mazhab*), de façon à assurer le respect des principes de justice et d'équité. Cette mesure contribuerait également à offrir la possibilité à chaque école de droit islamique de s'inspirer des autres, et par là même, à promouvoir l'œcuménisme intra-musulman. Le projet de loi prévoirait ainsi que « lorsqu'un musulman relève d'une école de droit particulière et qu'une décision rendue conformément à cette école contreviendrait à la justice, l'équité et la bonne conscience, le tribunal aura toute latitude pour appliquer une règle empruntée à n'importe quelle autre école de droit islamique, aussi bien *sunnite* que *chiite*. »

De l'avis de Fyzee, il est crucial que la réforme juridique s'opère par le jeu de la diversité inter-*mazhab* afin de pouvoir s'attaquer aux véritables préoccupations des femmes musulmanes, tout en répondant à la nécessité de rendre cette réforme islamiquement acceptable. Point d'une extrême importance s'agissant de répondre au besoin de réforme en matière de procédure de divorce. La formule du *talâq* prononcée à trois reprises par l'époux lors d'une même altercation, même sous la contrainte ou l'emprise de l'alcool, représente un acte irrévocable pour la plupart des *sunnites hanéfites* - la grande majorité des musulmans indiens. Toutefois, plusieurs autres *mazhabs* ne reconnaissent pas cette règle - courants *chaféite* et *ahl-i hadith* au sein du mouvement *sunnite* et sectes *ithna ashari* et *ismaélienne-mustalienne* ou *bohra* chez les *chiites*. Fyzee suggère de ce fait que, dans les affaires de triple *talâq* prononcé lors d'une même altercation les tribunaux appliquent, des règles *chaféite*, *ahl-i hadith*



et *chiite*, la plus libérale, même si les deux parties au litige sont des *sunnites hanéfites*.

En outre, toujours en ce qui concerne le triple *talâq* formulé lors d'une même altercation, Fyzee mentionne que beaucoup, y compris les *oulémas hanéfites*, s'accordent à reconnaître que le prophète Mahomet lui-même ne cautionne pas cette coutume, qui constitue une innovation plus tardive ou *talâq-i bida'at* (le terme *bida'at* désigne toute innovation par rapport à la voie du Prophète). Ainsi, déclarer cette pratique illégale serait parfaitement conforme à la volonté de Dieu et non une grave désobéissance à celle-ci. Fyzee explique que lorsque l'époux a eu recours à ce type de *talâq*, l'affaire doit être immédiatement renvoyée devant un tribunal de conciliation, qui cherchera à rapprocher les parties, faute de quoi celui-ci permettra à l'époux de prononcer le *talâq* une seule fois, conformément à la méthode recommandée par les juristes dite *talâq al-sunna* ou *talâq* conforme à la pratique du Prophète. S'il est établi que l'époux a prononcé un triple *talâq* à l'endroit de sa conjointe, le tribunal doit le déclarer frappé de nullité et se ressaisir de l'affaire pour audition complémentaire. Les parties et leurs témoins entendus, le tribunal fera savoir s'il y a eu réconciliation, auquel cas, l'affaire sera clôturée, ou si, pour des motifs valables invoqués par l'époux, il a autorisé ce dernier à prononcer le *talâq* à une seule reprise, selon la pratique *sunnite*. Cette déclaration faite par le mari, les médiateurs doivent fixer les conditions du divorce, dont le paiement à l'ex-épouse de la dot et d'indemnités sous forme d'une pension alimentaire. Le tribunal statuera en tenant compte de la situation financière et du statut social des deux époux, ainsi que de tous autres éléments qu'il jugera légitimes et opportuns.

Ainsi que le préconise Fyzee, la polygamie, licite au regard du DPM existant est un autre problème dont il faut s'occuper sans délai. Au diapason de nombreux musulmans modernistes, Fyzee pense que celle-ci est de fait dissuadée par l'islam, qui limite à quatre le nombre d'épouses qu'un homme peut avoir, ce qui constitue une amélioration significative par rapport à la pratique pré-islamique qui ne fixait aucun seuil. Fyzee met ensuite l'accent sur le fait que le *Coran* autorise un homme à se marier plusieurs fois, sous réserve de pouvoir traiter équitablement ses épouses, tout en indiquant par ailleurs que c'est chose impossible. Autrement dit, pour Fyzee, le *Coran* vise au fond à supprimer la polygamie, plutôt qu'à l'approuver ou l'encourager, contrairement à ce que prétendent couramment les *oulémas* conservateurs. Compte tenu de cela, rien ne s'oppose à l'interdiction de la polygamie, ou tout du moins à une sévère restriction de celle-ci, qui ne serait tolérée que dans les cas particuliers prévus par la loi.

Aux fins de protéger les intérêts de la première épouse au cas où son conjoint se marierait une deuxième fois, Fyzee conseille qu'un accord stipulant les droits de cette dernière soit signé lors de la conclusion du premier mariage. A défaut d'un tel acte, il faudra saisir un tribunal de conciliation préalablement à la conclusion du second mariage. Si ce mariage est contracté sans mise en œuvre des procédures de conciliation, l'époux infidèle encourt des poursuites pénales et la première épouse est habilitée à demander le divorce. Fyzee explique de surcroît qu'il est impératif que le mari obtienne le consentement de sa première épouse avant de prendre une deuxième épouse. En même temps, si le tribunal de conciliation conclut de l'examen des éléments d'appréciation disponibles qu'en épousant une deuxième

femme, le mari s'est rendu coupable d'une conduite propre à amener le tribunal à estimer injuste de contraindre la première épouse à continuer à vivre avec son conjoint, le tribunal n'accordera pas satisfaction à l'époux. Il incombera alors à ce dernier de se justifier et de prouver que son deuxième mariage ne s'est accompagné d'aucun acte de cruauté ou d'humiliation envers sa première épouse. Faute de quoi, le tribunal présumera que, du fait des agissements de son conjoint, la première épouse a subi des maltraitances et qu'il serait injuste de lui imposer de poursuivre une vie commune. Fyzee en déduit que prendre une deuxième épouse ne saurait être considéré comme un « droit fondamental » du mari musulman.

Après l'exposé détaillé de ses différentes propositions en vue de réformer le DPM, Fyzee en vient à conclure que la méthode la plus viable pour promouvoir le processus réformateur passe par des « lois permissives » et des « amendements spécifiques » au DPM, et non par la volonté d'assujettir les musulmans au CCU de manière autoritaire. Cette seconde approche rencontrerait une farouche opposition de la part de beaucoup, sinon de la majorité des musulmans, qui pourraient l'envisager comme une ingérence dans leurs affaires religieuses. La thèse défendue par Fyzee apparaît pertinente et à l'heure actuelle, l'option optimale consiste d'évidence à favoriser les réformes au sein du DPM lui-même, et non à le remplacer, en tirant parti de la souplesse et des différentes lectures de la jurisprudence islamique, de même qu'en invoquant le précepte de justice énoncé dans le *Coran*. Il faut s'attendre à ce qu'un certain nombre d'*oulémas* traditionnels tempêtent même contre ce type de réformes. Cependant, l'avenir des réformes dans le cadre du DPM ne dépend pas des seuls *oulémas*. La réceptivité des musulmans

ordinaires aux projets réformateurs est également conditionnée de manière déterminante par le climat politique général du pays, et notamment les relations entre hindous et musulmans. Il saute aux yeux que les conflits intercommunautaires exacerbés, dans lesquels le mouvement hindutva est si largement impliqué, contribuent à décourager toute ouverture à d'éventuelles réformes, les musulmans estimant qu'ils sont eux-mêmes, ainsi que leurs traditions et leur foi, la cible d'attaques. Seul un contexte de relations intercommunautaires relativement harmonieuses permettra à des voix comme celle de Fyzee de bénéficier d'une audience bienveillante au sein des musulmans ordinaires, qui seront à leur tour en mesure de pousser les *oulémas* à tenir compte de leurs préconisations.

## Remerciements

Cet article est publié ici avec l'autorisation de l'auteur.

## Résumé

**Le présent document décrit la réaction des organisations de femmes, telles que le Fiji Women's Rights Movement, face au déclin de la démocratie à Fidji après le coup d'État de l'an 2000, ainsi que les stratégies qu'elles ont utilisées pour assurer l'adoption de la loi sur le droit de la famille de 2003 malgré un environnement hostile à l'égalité des sexes, perméable aux dogmes religieux de la droite et en proie aux divisions ethniques.**

Ce document retrace les principaux événements qui, après le coup d'État de l'an 2000, ont conduit à l'adoption de la *Family Law Act 2003* (FLA, loi sur le droit de la famille) et présente les stratégies utilisées pour la faire adopter dans un milieu hostile à l'égalité des sexes et glissant inexorablement vers les dogmes religieux de la droite et une intensification du conflit racial. Il expose également certaines corrélations entre l'égalité des sexes, l'identité raciale et la démocratie dans la République de Fidji après le coup d'État. Il examine en particulier comment des organisations non gouvernementales (ONG) telles que le lobby féministe *Fiji Women's Rights Movement* (FWRM, mouvement pour les droits des femmes de Fidji), ont fait face à la perte de la démocratie à Fidji lors des crises politiques de 1987 et 2000. Il démontre enfin que dans le monde en développement, notamment dans les pays déchirés par la politique raciale, les problèmes d'identité raciale, d'appartenance ethnique, d'égalité des sexes et de démocratie sont inextricablement liés et ne peuvent être analysés isolément les uns des autres.

## Introduction

En octobre 2003, Fidji vit un moment historique : les deux chambres de la législature adoptent à l'unanimité la loi sur le droit de la famille dite FLA 2003. Le personnel et les membres de la *Regional Rights Resource Team* (RRRT, organisation pour les droits humains dans le Pacifique) et du FWRM versent des larmes de joie. Les deux organisations ont travaillé d'arrache-pied pour faire adopter ce projet de loi. L'engagement du FWRM dans le processus de réforme du droit de la famille date de 1992 et celui de la RRRT de 1996. L'engagement de l'auteure elle-même remonte encore plus

loin, à l'année 1987. Aux prises avec une opposition puissante, la FLA aura suivi un long chemin chaotique jusqu'à son adoption finale par le Parlement de Fidji.

La FLA marque le début d'une nouvelle ère pour les familles fidjiennes, surtout pour les femmes et les enfants. Elle va supprimer la discrimination systémique à l'égard des femmes, instaurer l'égalité des chances, placer les enfants au centre des décisions et obliger les parents à assurer des soins convenables à leurs enfants. Il n'existe pas de système juridique spécifique pour les minorités religieuses à Fidji. Les femmes musulmanes comme non musulmanes sont victimes de la même discrimination dans le droit actuel de la famille. La nouvelle loi entrera en vigueur au mois de novembre 2005. Que cette loi tienne ou non ses promesses dépend maintenant de la volonté politique du gouvernement actuel, des ressources allouées à sa mise en œuvre et de la ténacité des lobbies en sa faveur.

Mais, pourquoi la FLA a-t-elle finalement été adoptée ? Quel concours de circonstances a conduit à l'adoption de cette loi démocratique progressiste ? Quels enseignements peut-on en tirer ?

Pour comprendre l'arène politique dans laquelle les féministes se trouvent engagées à Fidji, une connaissance de base des contextes politiques est nécessaire. Comme dans la plupart des pays, les femmes de Fidji se définissent non pas uniquement par leur sexe, mais aussi par de nombreuses influences et les interactions entre celles-ci. Dans les îles Fidji, comptent au nombre de ces influences les conséquences de la colonisation et des politiques des anciens maîtres coloniaux (la politique des Britanniques consistant à diviser pour

mieux régner, notamment), la perte de la démocratie et la vulnérabilité au phénomène du cycle des coups d'État, les classes socio-économiques, l'appartenance ethnique, la pauvreté, le fondamentalisme religieux et l'identité raciale. Cela n'est pas sans poser des problèmes ardues, parfois insurmontables, pour les femmes qui tentent de se mobiliser autour d'un programme féministe.

Deux bouleversements politiques majeurs, des coups d'État apparemment racistes, et la perte de la démocratie en 1987 et en 2000 ont fait dérailler les progrès des féministes et ont soulevé des questions de priorité entre les campagnes pour l'égalité des sexes et d'action politique en période d'instabilité.

La société civile est parvenue, dans les tribunaux, à contrer la tentative d'abrogation de la Constitution de 1997 et, à la fin 2001, la primauté du droit est progressivement rétablie dans le pays dont la constitution reste intacte après les élections de septembre 2001. La Constitution de 1997 continue de pourvoir à l'application des droits coutumiers dans le règlement des différends et les affaires de propriété foncière traditionnelle.

La Constitution de 1997 établit une Commission des droits humains qui a pour mission de sensibiliser le public au contenu de la Déclaration des droits et de faire des recommandations au gouvernement en matière de respect des droits humains.

Remarquable, cette constitution est tournée vers l'avenir et offre aux femmes une égalité de droits sans précédent. Le FWRM, en synergie avec d'autres organisations, a mené une longue et âpre campagne pour introduire l'article 38 de la Constitution, qui protège les femmes de la discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille et l'orientation

sexuelle.

C'est en 1874 que les chefs fidjiens cèdent la souveraineté des îles Fidji à la reine Victoria pour mettre fin aux conflits territoriaux entre royaumes rivaux. En 1879, les Britanniques commencent à importer une main-d'œuvre indienne destinée aux plantations de canne à sucre. À l'indépendance, en 1970, la population compte quasiment autant de Fidjiens d'origine indienne que de Fidjiens de souche. Aujourd'hui, 20 % des Indo-Fidjiens sont musulmans (ils représentent 10 % d'une population totale d'environ 850 000 habitants) et les autres sont pour la plupart hindous, bien qu'un petit nombre d'Indo-Fidjiens se soient convertis au christianisme. La plupart des Fidjiens de souche sont des chrétiens de l'Église méthodiste.

Après la crise de 2000, à l'occasion de laquelle plus de 20 personnes trouvent la mort, l'industrie du tourisme s'effondre : 7 000 personnes perdent leur emploi. Dans un pays de 850 000 habitants, de tels événements ont des conséquences catastrophiques sur l'économie et la population. La pauvreté est un problème majeur à Fidji. Selon le rapport mondial sur le développement humain 2004 du PNUD, 31 % de la population vit dans la pauvreté.

La révision constitutionnelle de 1997 accorde les mêmes droits aux Fidjiens de souche et aux Indo-Fidjiens, mais les sièges sont alloués en fonction de la race.

Il est également dit que « la prééminence des intérêts des Fidjiens, comme principe de protection, continue de s'appliquer pour garantir la non-subordination des intérêts de la communauté fidjienne aux intérêts d'autres communautés. »

Au moment de la rédaction du présent document (juillet 2005), il règne une relative stabilité et la primauté du droit est dans l'ensemble respectée. Nombre des individus coupables de trahison ou d'infractions liées au coup d'État de 2000 purgent une longue peine de prison.

### **Répercussions sur les militantes des droits des femmes**

À la fin 2001, le *Citizens Constitutional Forum* (CCF, forum constitutionnel des citoyens), une ONG véhémente de défense des droits humains, se voit retirer son agrément pour avoir contesté la légalité du gouvernement et l'État menace de retirer l'agrément de toute autre ONG qui refuserait de se mettre au pas. Les ONG de femmes militantes sont sans défense face à un tel procédé.

Comme les ONG sont le moteur des améliorations du statut des femmes, de telles restrictions, conjuguées à l'absence de cadre juridique pour l'agrément des ONG, ont sérieusement entravé les actions en faveur de l'égalité.

### **Le rôle des femmes**

À Fidji, la grande majorité des organisations de femmes ne sont ni multiraciales ni féministes. La plupart sont spécifiques d'une race et se mobilisent dans un dessein traditionnel tel que l'artisanat, pour des raisons religieuses ou à des fins d'aide sociale. Les organisations se professant multiraciales et féministes de façon ouverte voire provocante se comptent sur les doigts d'une main. Citons le FWRM, le *Fiji Women's Crisis Centre* (centre fidjien d'aide d'urgence pour les femmes), *Femlink Pacific* (réseau d'initiatives médias pour les femmes) et, dans une mesure limitée, la *Young Women's Christian Association* (union chrétienne de jeunes filles).

La veillée de prière et manifestation silencieuse pour la paix organisée quotidiennement pendant la prise d'otages et sponsorisée par le *National Council of Women* (NCW, conseil national des femmes), est un exemple du rôle des femmes dans la consolidation de la paix en temps de crise. Cette initiative multiraciale, plutôt anodine à ses débuts, a pris de l'ampleur sous le nom de « Fiji Blue Ribbon Campaign », avant de devenir la campagne nationale pour la démocratie « Fiji Blue Democracy Campaign ». La tête pensante de cette campagne était la coalition d'ONG sur les droits humains et la démocratie, composée de la plupart des ONG de femmes et du très compétent CCF.

### **Identité raciale, égalité des sexes, démocratie et le FWRM**

Le FWRM est une ONG de femmes engagée en faveur du féminisme, des droits humains et de la démocratie.

Le FWRM était à l'origine un petit acteur combatif sur la scène fidjienne de la promotion des droits des femmes et de l'égalité des sexes. Les deux coups d'État de 1987 et les bouleversements politiques de 2000 ont vu l'essor de cette ONG qui a acquis une certaine envergure dans le domaine plus large des droits humains. D'ONG féministe essentiellement axée sur les questions des femmes, le FWRM s'est hissé au rang de commentateur politique et social sérieux. Il intervient désormais sur un large éventail de questions juridiques, politiques, sociales, culturelles et économiques.

Dans les années 2000-2001, le FWRM a suspendu la majeure partie de ses activités purement féministes pour pouvoir concentrer ses ressources, intellectuelles et autres, sur la restauration de la démocratie et du

système constitutionnel. Certaines des membres du FWRM n'ont néanmoins pas compris que la démocratie était une condition préalable à l'obtention des droits des femmes et que l'organisation n'avait d'autre choix que de s'engager sur l'arène politique pour encourager fermement le retour des règles constitutionnelles.

Pour surmonter ses différences raciales, le FWRM a axé ses efforts sur des campagnes pouvant faire l'unanimité de ses membres. Si toutes ne pouvaient s'accorder sur les questions raciales, du moins conviendraient-elles certainement que certains droits humains sont si fondamentaux pour toutes ses membres qu'elles doivent s'unir pour les protéger.

### **La FLA et son opposition**

L'ampleur de l'opposition au projet de loi sur le droit de la famille a montré la nature précaire et éphémère des droits des femmes si durement acquis à Fidji. Ces droits sont une proie facile pour les forces écrasantes d'un patriarcat et d'un fondamentalisme religieux exacerbés par les bouleversements politiques.

Le droit de la famille à Fidji reposait sur neuf lois datant de 1892 à 1973. La principale, la loi sur les affaires matrimoniales, reprenait mot pour mot la loi britannique de 1953, imposée à Fidji alors que le pays était encore une colonie de la Grande-Bretagne. La législation, le droit commun et les pratiques juridiques qui y sont associés étaient discriminatoires à l'égard des femmes ; ils légitimaient la violence contre les femmes, étaient sexistes, patriarcaux et fondés sur un concept rigide du rôle de la femme au sein de la famille, notamment l'absence d'autonomie de la femme.

C'est pourquoi la réforme du droit de la famille constituait une priorité pour le FWRM et, grâce son travail remarquable, le gouvernement de l'époque s'est engagé en 1995 à réformer le droit de la famille. Nommée commissaire à la réforme du droit de la famille, l'auteure, avec l'aide du FWRM et de la Commission fidjienne de réforme des lois, s'est attelée à la tâche longue et ardue de consultation, de mobilisation en faveur de la nouvelle loi et à un soutien financier pour elle-mêmes et leurs enfants, abolit le divorce pour faute (qui légitimait la violence contre les femmes au foyer) et leur octroie, pour la première fois de notre histoire, une part des biens matrimoniaux en cas de divorce. Elle exige la reconnaissance et la mise en œuvre des principales conventions relatives aux droits des femmes et des enfants (CEDAW et CRC). Ce dernier point est très contesté dans un pays où les droits humains sont considérés comme un principe imposé par l'étranger et où la propriété foncière est liée à la notion de politique identitaire. Le projet de loi a été présenté au Parlement au mois de mai 2000, mais le soulèvement civil du 19 mai 2000 a enrayé sa progression. Il est resté en sommeil après la tentative de coup d'État, jusqu'à sa résurrection après l'arrivée au pouvoir du gouvernement actuel. Le projet de loi a pour la seconde fois été présenté au Parlement en mai 2002, mais il a à nouveau subi des retards du fait d'une opposition

massive et violente de la droite religieuse, entre autres éléments. Voici, en résumé, les objections soulevées contre le projet de loi :

- La consultation a été insuffisante ;
- Le projet de loi est trop « blanc » et occidental ;
- Selon la Bible, la femme suit l'homme. Une loi accordant l'égalité de droits aux femmes, et donc les encourageant à quitter leur mari, bouleverserait l'ordre naturel établi par Dieu ;
- Le statut de la femme dépassera celui de l'homme ;
- Le projet de loi est anti-chrétien et anti-fidjien ;
- Seul l'adultère est un motif valable de divorce dans la Bible, s'il en est, et certainement pas la violence ;
- Le projet de loi donne aux enfants des droits sur leurs parents, ce qui est contraire à la tradition fidjienne ;
- Il détruira la nature intrinsèque de la société fidjienne autochtone ;
- Il s'oppose au système de chefferie, car les enfants illégitimes auront le droit de devenir chef traditionnel ;
- Il autorisera le mariage homosexuel et reconnaîtra légalement l'union libre ;
- Il autorisera le clonage (test d'ADN pour prouver la paternité), etc.

Les tenants du patriarcat ont émis toutes les objections possibles et imaginables. L'opposition la plus farouche est venue de la très puissante Église méthodiste fidjienne dont les membres sont presque exclusivement des autochtones et qui constitue actuellement le principal soutien du gouvernement. L'auteure du projet de loi (c'est un juge australien qui l'a construit/rédigé) a été accusée d'exercer une influence néfaste sur la société et d'essayer de détruire l'institution du mariage. Pourtant, ce projet

de loi introduisait pour la première fois le règlement des différends par la réconciliation et l'assistance socio-psychologique.

Le projet de loi a été soumis à une nouvelle procédure de consultation d'un an. Les 31 membres d'un comité parlementaire mixte ont, dans ce cadre, sillonné le pays pour entendre les diverses positions. Bon nombre des avis recueillis se fondaient sur des interprétations erronées du projet de loi, que l'opposition avait pour la plupart délibérément propagées. Par exemple, un membre influent du clergé ne cessait de proclamer que le projet de loi légaliserait le mariage homosexuel. L'auteure, en sa qualité de commissaire, a maintenu que ce n'était pas vrai et exigé qu'il indique la clause incriminée. Malgré tout, les allégations du pasteur étaient majoritairement tenues pour vraies. L'auteure l'a finalement publiquement invité à un débat télévisé sur le projet de loi. Il n'a pas relevé le défi et s'est par la suite abstenu de faire des déclarations dans les médias anglophones, tout en poursuivant sa campagne contre le projet de loi dans les médias de langue fidjienne uniquement. Le FWRM a lancé une campagne radiophonique en fidjien pour remédier aux dommages causés par le pasteur.

Ironiquement, les militantes féministes se sont heurtées, dans leurs activités de lobbying en faveur du projet de loi, à des dilemmes particuliers sur l'éventail des questions féministes à traiter. Le projet de loi devait-il traiter de l'orientation sexuelle et de l'union libre, par exemple ? Pour les femmes, c'était là l'ultime énigme/dilemme : jusqu'où pouvaient-elles aller, compte tenu du caractère profondément conservateur de la société fidjienne et du recul essuyé suite à la crise politique de 2000 ?

- Faudrait-il inclure une disposition veillant au respect des droits des homosexuels à la garde de leurs enfants ? (La Constitution les protège de toute façon.)
- Le projet de loi devrait-il reconnaître les unions libres ? (La Constitution stipule que toute discrimination fondée sur la situation de famille est interdite.)

Les consultations du public avaient révélé une opposition écrasante à l'inclusion de ces droits progressistes.

Le FWRM et la RRRT prirent, en dernière analyse, une décision stratégique, sachant ce que le Parlement accepterait ou refuserait d'inclure dans la loi. En fin de compte, le FWRM se devait de penser à son public le plus large, ces pauvres femmes appelées à bénéficier de la loi. Il a décidé que soutenir les droits des homosexuels et des conjoints de fait dans le cadre de ce projet de loi torpillerait l'ensemble du projet. Cette bataille-là, le FWRM la mènerait volontiers plus tard.

Autre débat interne, les féministes devaient-elles promouvoir le projet de loi sous la bannière de l'égalité des droits des femmes ou plutôt se servir des droits de la famille et de l'enfant pour « vendre » le projet ? Leur âme féministe les incitait à glorifier le projet de loi sans retenue, mais leur sens de la stratégie politique les mettait en garde contre une telle attitude qui risquait de compromettre les chances d'adoption de la loi. Il fut décidé de répondre aux impératifs stratégiques.

Les objections soulevées contre le projet de loi ne se limitaient pas à de simples objections à l'avancement des droits des femmes. Elles concernaient les corrélations entre l'identité raciale, l'égalité des sexes et la démocratie dans les îles Fidji. Dans le projet de loi, les femmes demandaient à



jouir des libertés et droits fondamentaux que toute démocratie devrait garantir. Cependant, il y avait (et il y a encore) une résistance générale au changement, en particulier de la part de l'élite autochtone chrétienne. La démocratie et l'avancement des droits des femmes sont perçus comme un danger qui menace son pouvoir tant dans le domaine public que privé.

Les objections des conservateurs/de la droite sont également liées au nationalisme fidjien, un nationalisme négatif confondu avec la politique identitaire. À la base se trouve un raisonnement erroné, dangereux tant pour les femmes que pour la démocratie, selon lequel « pour préserver son identité, on ne doit rien changer » et que tout changement menacerait l'identité nationale. Le FWRM estime qu'aucune pratique ou tradition reposant sur la subordination des femmes ne peut être tolérée du seul fait de son caractère coutumier, et donc intrinsèquement sacré et intangible.

Ces groupes d'opposants se servaient en outre du projet de loi comme point de ralliement pour gagner du terrain politique dans d'autres domaines. Comme on pouvait s'y attendre, la principale opposition vient de l'Église méthodiste qui considère que tout type de changement remet en cause les droits des autochtones. C'est ce qu'elle entend lorsqu'elle affirme que « le projet de loi détruira la société fidjienne (autochtone). » Cette stratégie habile mais basée sur une argumentation tout à fait erronée consiste à utiliser les tensions raciales pour empêcher l'égalité des sexes. Nombre de Fidjiens de souche se mettent sur leurs gardes dès qu'une proposition de changement est dite « anti-fidjienne », même les éventuels partisans de l'égalité des droits des femmes. Il va de soi que la loi aura des répercussions

sur toutes les races de Fidji et modifiera fondamentalement l'équilibre des pouvoirs au sein de la famille. L'équilibre actuel des pouvoirs est essentiel pour la droite et le fondamentalisme religieux. Or cet équilibre repose sur l'impératif que la femme reste à sa place. C'est pourquoi la loi pose également la menace sous-jacente que les femmes acquièrent du pouvoir.

Pourquoi le projet de loi sur le droit de la famille a-t-il donc finalement été adopté ?

### **Enseignements tirés de la campagne pour la FLA 2003**

Qu'est-ce qui explique l'adoption de la FLA 2003 de Fidji ? Quelle conjoncture est susceptible de mener à une politique ou loi en faveur des droits humains/des femmes dans votre pays ?<sup>1</sup> Il faut une convergence fortuite de circonstances (action simultanée de plusieurs forces) dont certaines, pas toutes, doivent se produire ensemble à un moment donné :

- Une démocratie où la liberté d'expression est garantie, ce qui permet aux citoyens de contester les politiques, lois et pratiques existantes ;
- Un lobby et/ou une société civile crédible, en mesure de fonctionner et disposant de l'espace politique nécessaire pour mobiliser et préconiser le changement. La protection de la Déclaration des droits est un élément important de ce facteur. Dans le cas de Fidji, le FWRM, ONG partenaire de la RRRT, était le chef de file de la campagne en faveur de l'adoption de la loi ;
- Un gouvernement désireux ou obligé de se conformer aux principes de bonne gouvernance et de collaborer avec les

ONG ;

- Un mouvement d'ONG solide qui comprend le mode de fonctionnement du gouvernement et de la gouvernance et sait travailler au sein du système, à la fois sur le plan national et international ;
- Un ministre ou député puissant qui peut s'avérer un important allié et défenseur du changement. Il peut s'agir d'un façonneur d'opinion ou d'un chef de file au sein du Conseil des ministres ou du Parlement, qui a le respect des autres députés ;
- Un organe de promotion de la femme solide, actif au sein du gouvernement. Le ministère de la Justice, la Commission fidjienne de réforme des lois et le ministère des Femmes comptaient au nombre des alliés de la RRRT ;
- Une constitution qui garantit l'égalité des droits ;
- Une disposition qui stipule que les conventions relatives aux droits humains doivent s'appliquer, s'il y a lieu. Fidji a la chance de posséder une telle disposition dans la Constitution de 1997 (article 43.2) ;
- La ratification des conventions CEDAW et CRC qui peut servir de fondement à la justification du changement. Pour des raisons de conformité, toute la législation nationale doit être compatible avec les conventions ;
- La présentation de rapports sur les conventions CEDAW et CRC, une exigence de la ratification. Il s'agit d'une possibilité stratégique d'utiliser le mécanisme international de responsabilisation pour encourager le changement national. Dans le cas de Fidji, le Comité CEDAW de l'ONU a souligné la nécessité d'adopter le projet de loi dans ses conclusions, après avoir entendu le rapport de l'ONG. Cela a permis au ministère des Femmes et au FWRM de remettre le projet de loi à l'ordre du jour législatif ;
- La sensibilisation de toutes les principales parties prenantes, notamment des façonneurs d'opinion, au besoin de réforme ;
- Une action auprès de tous les partis politiques afin de rallier des appuis en faveur de la proposition de loi, éventuellement sous la forme de séminaires collectifs ou d'entretiens individuels ;
- Des campagnes médiatiques d'information du public et des médias réceptifs qu'il convient de sensibiliser au projet de loi ;
- Un processus national de consultation sur la nouvelle loi pour responsabiliser et assurer une bonne gouvernance ;
- Des formateurs aux droits juridiques et des parajuristes pour sensibiliser les collectivités villageoises, communautaires et provinciales au projet de loi et faire du lobbying ;
- Un lobbyiste/agent de changement crédible, susceptible d'incarner le « visage du changement », avec lequel le public et les parties prenantes sont en contact. Il ou elle doit être parfaitement informé(e), avoir de bonnes capacités relationnelles et être capable de discuter du sujet et d'établir un bon contact avec tout le monde. Il ou elle doit être respecté(e) des personnalités politiques comme du public. Il peut s'agir

d'un commissaire à la réforme des lois officiellement nommé ou d'une personne, par exemple, engagée de façon informelle par les ONG ;

- Un climat politique propice. Après le conflit, les Fidjiens ont graduellement pris conscience de leurs droits. Les bouleversements politiques ont fait surgir nombre de problèmes au premier plan, par exemple, l'aggravement de la pauvreté dû au non-respect des obligations alimentaires pour les femmes et les enfants ;
- Des partenariats stratégiques importants, tels que, dans le cas présent, le partenariat entre le gouvernement (le ministère de la Justice, le bureau parlementaire, le ministère des Femmes, la Commission fidjienne de réforme des lois) et la société civile (le FWRM et d'autres ONG), renforcé par la RRRT et le PNUD qui ont fourni une assistance technique et des conseils d'experts au gouvernement comme aux ONG. La RRRT a fait office d'intermédiaire entre le gouvernement et les ONG et a cultivé cette relation extrêmement importante qui a fini par conduire à l'adoption de la loi, avec le soutien unanime de tous les partis représentés au Parlement. Un tel événement était sans précédent dans l'histoire législative de Fidji ;
- Une campagne stratégique basée sur le dialogue et l'engagement pour répondre de façon convaincante aux critiques des opposants au changement (c.-à-d. au projet de loi).

### **Implications à long terme des conflits à Fidji sur les droits des femmes**

Force est de constater que la crise politique avait attisé l'opposition à l'amélioration de

la situation des femmes. Ces difficultés démontrent les liens étroits qui existent entre le conflit, l'égalité des sexes, l'identité raciale et la démocratie. L'un alimente l'autre. Si, avant l'an 2000, les femmes avaient la possibilité de se mobiliser par-delà la division raciale, le coup d'État a sérieusement mis à mal ces perspectives.

Comment les femmes peuvent-elles se mobiliser autour de questions féministes/ de l'égalité des sexes lorsqu'elles sont si déchirées par des questions raciales ? Le cycle de coups d'État réduit les possibilités de mobilisation autour de l'égalité des sexes parce que les gens se polarisent sur les barrières raciales. Dès lors, ces corrélations, et les interactions plus ou moins subtiles entre elles, se répercutent sur les femmes à tous les égards. Elles touchent l'essence même de la nature d'une femme fidjienne. C'est pourquoi il est impossible d'analyser les questions d'égalité des sexes indépendamment des questions démocratiques et raciales. Toutes sont fondamentales à l'analyse féministe.

### **Conclusion**

Il est relativement facile pour les anti-féministes de faire dérailler une campagne féministe à Fidji en la qualifiant d'« anti-fidjienne » (c.-à-d. d'anti-autochtone). Une telle affirmation met immédiatement les femmes fidjiennes autochtones sur leurs gardes et empêche les femmes de toutes les races de s'unir pour œuvrer en faveur des droits des femmes.

<sup>2</sup>

Malgré de puissantes forces contraires, le FWRM a prouvé que les femmes peuvent franchir le gouffre racial qui les sépare pour œuvrer ensemble en faveur de la démocratie et des droits des femmes.

## Remerciements

Ce document est reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteure, P. Imrana Jalal, conseillère en droits humains de la *Regional Rights Resource Team* et membre du conseil d'administration du *Fiji Women's Rights Movement*.

## Notes

<sup>1</sup> [www.spc.int/prism/fjtest/Social/pop.htm](http://www.spc.int/prism/fjtest/Social/pop.htm)

<sup>2</sup> Argumentation élaborée par l'ancienne commissaire à la réforme du droit de la famille de Fidji et conseillère en droits humains de la RRRT, P. Imrana Jalal, à partir d'une présentation donnée lors de la neuvième conférence triennale des femmes du Pacifique, à Nadi (Fidji), en août 2004.

### Résumé

**Nous examinerons, dans le présent document, le droit musulman de la famille en Israël en vue d'étudier la citoyenneté des femmes palestiniennes, en particulier au rôle de l'État dans la conception de la citoyenneté des femmes palestiniennes.**

### Introduction

Les questions de droit personnel revêtent une importance et un caractère décisif tout particuliers dès qu'il s'agit d'égalité des sexes, car ce droit recèle un modèle distinct de relations hommes-femmes. Essentiellement axé autour des rapports entre les sexes, le droit personnel musulman est devenu, dans nombre de situations (pays musulmans et communautés minoritaires/immigrantes, par exemple), le « symbole préférentiel » de l'identité musulmane<sup>1</sup> et se trouve désormais étroitement corrélé avec les différences religieuses/nationales. Vu qu'il couvre un domaine perçu comme très délicat, toute tentative de réforme se heurte fréquemment à un rejet. En outre, le droit personnel établit la citoyenneté des femmes au sein de l'État, par l'entremise des communautés religieuses devenues les protectrices des affaires familiales.<sup>2</sup> Par conséquent, sonder le droit personnel permet d'explorer le rôle de l'État comme de la communauté dans la conception de la citoyenneté des femmes.

Nous examinerons, dans le présent document, le droit musulman de la famille en Israël en vue d'étudier la citoyenneté des femmes palestiniennes. Nous analyserons la conception juridique d'un certain type de citoyenneté sexuée et la capacité qu'a la loi d'influer sur l'intégration des femmes dans la communauté palestinienne. Ce faisant, nous nous intéresserons en particulier au rôle de l'État dans la conception de la citoyenneté des femmes palestiniennes.

Ce document se concentre sur le droit musulman de la famille en Israël bien que la minorité palestinienne d'Israël s'articule en trois groupes religieux : musulman (76 %), chrétien (15 %) et druze (9 %). Il serait, en effet, difficile de couvrir un éventail de questions s'étendant aux droits de la famille

chrétien et druze dans le cadre d'une étude aussi brève.

### Les citoyens palestiniens d'Israël

Les citoyens palestiniens d'Israël sont les personnes qui n'ont pas quitté leur terre natale après qu'elle soit devenue l'État d'Israël suite à la guerre de 1948. Ils représentent près de 20 % (1 million) de la population du pays et appartiennent aux communautés religieuses musulmane, chrétienne et druze. Sur le plan national et historique, ils font partie de la population palestinienne qui vit actuellement en Cisjordanie, dans la bande de Gaza et en diaspora.<sup>3</sup>

La guerre de 1948 a détruit l'infrastructure sociale, politique et économique de la société palestinienne. Après la guerre et l'instauration de l'État d'Israël, les Palestiniens qui sont restés dans leur pays ont, de fait, cessé de constituer une population majoritaire et sont devenus une minorité ethnique et nationale dans un État exclusivement juif. Ils se sont retrouvés, selon les propres termes de Bishara, « en marge de la société israélienne. Ils sont devenus les citoyens d'un État dont ils n'ont pas choisi de faire partie et qui n'a pas été instauré pour eux. »<sup>4</sup> Leurs dirigeants comme leurs classes libérales, bourgeoises et moyennes se sont vus refuser le droit de retour et ont été contraints de vivre hors d'Israël, ce qui s'est traduit par une faiblesse politique et économique.<sup>5</sup>

Israël n'a jamais cherché à intégrer ses citoyens palestiniens, les traitant comme des citoyens de seconde zone, les excluant d'une citoyenneté israélienne pleine et entière et leur infligeant une discrimination systématique dans tous les domaines. Les gouvernements israéliens successifs, comme l'affirme Bishara, ont maintenu la communauté sous un contrôle étroit. Ils ont

régulé leurs rapports avec la communauté dans le cadre de structures traditionnelles de médiation et ont tenté d'étouffer l'identité palestinienne et de diviser la communauté en son sein. Ces gouvernements les ont réduit au statut de « minorités religieuses » (musulmane, druze ou chrétienne) ou « non-juives » au lieu de les traiter en minorité nationale.

Israël n'a jamais eu pour vocation de représenter sa société civile, la population qui réside sur son territoire ou même l'ensemble de ses citoyens. Il s'agit de l'État du peuple juif, où que ses membres se trouvent. La législation israélienne sur la citoyenneté repose non pas sur le principe du *jus soli* (droit du sol), mais sur celui du *jus sanguinis* (liens du sang). Cette hiérarchie est le reflet de l'idéologie de l'État, telle qu'exprimée dans la déclaration d'indépendance et la loi sur le retour de 1950. Selon la loi sur le retour, tous les Juifs, d'où qu'ils viennent, ont automatiquement droit à la citoyenneté israélienne. Ce privilège est accordé uniquement aux Juifs.<sup>6</sup>

Il n'existe aucune séparation entre l'État et la religion en Israël, ce qui apparaît explicitement dans l'intégration partielle de la législation religieuse juive dans la législation nationale israélienne et le fait qu'être Juif donne droit à la citoyenneté israélienne automatique.

### Le droit musulman de la famille en Israël : historique

En Israël, ce sont les « tribunaux religieux » qui jugent, selon la « loi religieuse », les affaires de statut personnel (mariage, divorce, pension alimentaire et garde des enfants). Si pour certaines, les citoyens ont le droit de s'adresser à un tribunal des affaires familiales de l'État, le mariage et le divorce

demeurent de la compétence exclusive des « tribunaux religieux ».

Conformément à l'article 51-a du mandat britannique de 1922, qui reste applicable de nos jours, toutes les communautés religieuses reconnues en Israël disposent de leurs propres cours de justice religieuses : rabbiniques pour les citoyens juifs et musulmanes, chrétiennes et druzes pour les citoyens arabes. L'appartenance religieuse d'un individu détermine le tribunal religieux compétent pour statuer sur les questions de statut personnel et de la famille le concernant.<sup>7</sup>

Dans certains cas, les juifs, les chrétiens et les druzes peuvent choisir de porter leur différend devant les nouveaux « tribunaux des affaires familiales » de l'État, dans la mesure où il ne s'agit pas purement d'une affaire de mariage et de divorce.<sup>8</sup> Cependant, jusqu'en novembre 2001, les musulmans ne disposaient pas de ce choix, car les tribunaux religieux musulmans (désignés sous le nom de tribunaux de la *Charia*) conservaient la compétence exclusive en matière de statut personnel. De même, les chrétiens n'avaient pas la possibilité de choisir entre les tribunaux civils et religieux pour toute question d'obligation alimentaire envers la conjointe, puisque les tribunaux chrétiens possédaient une compétence exclusive dans ce domaine. Suite à une proposition de militantes palestiniennes, la *Knesset* (le parlement israélien) a adopté, au mois de novembre 2001, une loi investissant les nouveaux tribunaux étatiques des affaires familiales du pouvoir de juger les affaires de statut personnel des Arabes musulmans et chrétiens. Néanmoins, comme déjà mentionné, le mariage et le divorce continuent de relever de la compétence exclusive des cours de justice propres à chaque groupe

religieux.

Les musulmans, jusqu'en novembre 2001, bénéficiaient d'une autorité judiciaire plus étendue que toute autre communauté religieuse du pays. Cette particularité résultait de l'article 51 du décret-loi *Palestine Order in Council* de 1922 qui les investissait d'une compétence exclusive en matière de droit personnel et de *waqf* (legs pieux). À la création de l'État d'Israël, cependant, leur organisation collective s'est complètement effondrée, les laissant orphelins des institutions collectives autonomes et du leadership religieux/politique dont ils disposaient à l'époque du mandat britannique. Les membres du conseil suprême musulman et les plus éminents spécialistes de la *Charia*, dont les *muftis* (juristes musulmans habilités à émettre des décrets religieux ou *fatwas*), les *cadis* (juges) et les principaux *oulémas* (savants), ont quitté le pays, ce qui a signifié la mort du système juridique religieux, de l'administration du *waqf* et des diverses institutions collectives. Dans ces circonstances, le bastion de la justice de la *Charia* en Israël s'est trouvé réduit à la juridiction religieuse en matière de droit personnel et de *waqf*. Il convient de noter que, sous la domination ottomane et sous le mandat britannique, la compétence des tribunaux de la *Charia* se limitait déjà aux questions de statut personnel, de succession et de *waqf*. Le droit pénal, les transactions civiles et les dommages corporels, entre autres questions, ont en revanche été transférées à la justice civile.<sup>9</sup>

En Israël, il existe sept tribunaux de première instance de la *Charia*, où siège un seul *cadi*, ainsi qu'une cour d'appel de la *Charia* constituée de deux ou trois *cadis*. Les juges de la *Charia* sont nommés, en conformité avec le droit civil, par les autorités civiles suivant les recommandations d'un

comité présidé par le ministre des Affaires religieuses.<sup>10</sup> Les tribunaux de la *Charia* sont à dominance masculine en Israël. Tous les *cadis* sont des hommes. Bien que la loi sur la nomination des *cadis* de 1961 ne précise pas le sexe des postulants, aucune femme n'a jamais été nommée *cadi*. Même s'il existe nombre d'avocates, « les femmes préfèrent recourir aux services d'un avocat plaidant de la *Charia* (qui sont tous des hommes) parce que leurs honoraires sont moins élevés. »<sup>11</sup> La susdite loi de 1961 pose problème, car elle n'exige du *cadi* aucune formation spécifique en droit de la *Charia*, ni aucune autre formation juridique.<sup>12</sup> La plupart des *cadis* exerçant dans les tribunaux de la *Charia* présentent des lacunes sur le plan de l'éducation académique en *Charia* comme des connaissances juridiques.<sup>13</sup> C'est un problème surtout, comme nous l'expliquerons plus loin, compte tenu du rôle des *cadis* dans les tribunaux de la *Charia* en Israël, dans l'interprétation des textes de loi et dans les décisions de justice.

Les tribunaux de la *Charia* jouent un rôle crucial dans la vie des musulmans résidant en Israël. Pourtant, des politiques d'allocation budgétaire discriminatoires entravent gravement leur travail.<sup>14</sup> Les crédits que l'État leur alloue sont souvent insuffisants pour faire face aux besoins essentiels des tribunaux, tels que la dotation en personnel et la fourniture de locaux.<sup>15</sup>

La compétence des tribunaux de la *Charia* en matière de statut personnel est inscrite dans le code ottoman de la famille, première codification étatique du droit musulman de la famille, et dans le code annexe de procédure de la *Charia*. Ce code a été promulgué en 1917 sous l'Empire ottoman et son application en Palestine remonte à l'année 1919. Il est resté en vigueur après la création de l'État

d'Israël en 1948.

Le code ottoman de la famille repose sur l'école de pensée *Hanafi*, l'une des écoles de pensée sunnites en jurisprudence islamique (*fiqh*). Il ne s'en réfère pas moins également à d'autres écoles de pensée sunnites.<sup>16</sup> La jurisprudence islamique trouve ses fondements dans la période dite de formation de la civilisation islamique, qui commence à l'époque de la dynastie omeyyade (661-750) et s'étend jusqu'au début du califat abbasside (750-1258). D'après Coulson, cette époque fut le témoin « de tout un cheminement intellectuel qui établit et vérifie les termes de la volonté divine et les agence en un système de droits et devoirs juridiquement applicables. »<sup>17</sup> Le rôle des juristes dans l'élaboration de ce que l'on appelle communément de nos jours la « loi de la *Charia* » consistait, selon la formule de Mir-Hosseini, à « comprendre la volonté divine afin d'aider les musulmans à ne pas s'écarter du droit chemin. »<sup>18</sup>

L'Empire ottoman a introduit d'importantes réformes en matière de mariage, de divorce et de succession. Mais, le code ottoman de la famille « n'a pas enrayé le système juridique de la *Charia*, car les réformes ont été mises en œuvre par la méthode du *takhayyur*, la sélection ou combinaison d'éléments de différentes écoles de droit. »<sup>19</sup> Le problème avec l'application contemporaine du code ottoman de la famille dans les tribunaux de la *Charia* réside dans sa limitation au mariage et au divorce. Il arrive donc très souvent que les juges doivent se reporter aux ouvrages du docteur de la loi Abu Hanifa pour pouvoir trancher certaines questions de statut personnel que le code ottoman de la famille n'aborde pas. En outre, le code de procédure de la *Charia* annexé au code ottoman de la famille est limité et très difficile à mettre en



œuvre dans les tribunaux modernes.<sup>20</sup>

Les droits personnels des pays du Moyen-Orient, dont la majeure partie se basent principalement sur le code ottoman de la famille, ont fait l'objet de réformes profondes. Dans le cadre de ces réformes, la plupart des corps législatifs arabes ont évolué au sein de la tradition jurisprudentielle islamique en réponse aux changements socio-économiques. Le code ottoman de la famille appliqué dans les tribunaux de la *Charia* en Israël n'a pourtant pas été réformé. Layish a affirmé que « pour des raisons évidentes, le législateur israélien ne pouvait guère adopter les techniques législatives du *takhayyur* (la sélection ou combinaison d'éléments de différentes écoles de droit), entre autres mécanismes coutumiers dans les pays arabes et permettant de conférer aux réformes l'apparence d'une révision interne de la loi religieuse. »<sup>21</sup>

Layish n'a pas spécifié ces « raisons évidentes ». Mais, à notre avis, il s'agissait de plusieurs facteurs dont, en premier lieu, la difficulté de débattre du *fiqh* dans un parlement non musulman. En second lieu, le gouvernement israélien avait tendance à considérer le droit musulman comme une Sainte Loi qui ne saurait être contestée. En outre, les intérêts de la minorité arabe ne constituaient pas une priorité pour l'État. Enfin, la communauté arabe n'avait pas présenté la réforme de ce code comme une exigence. Nous étudierons ces raisons, et d'autres, plus loin.

Il est important de souligner que le droit personnel n'a pas non plus été réformé sous le mandat britannique. L'existence du code ottoman de la famille explique probablement que les Britanniques n'aient pas jugé nécessaire d'instaurer de nouvelles lois sur

la famille, comme ils l'avaient fait en Inde, par exemple. Les Britanniques ont amendé le code pénal ottoman en 1936, notamment touchant l'âge minimal requis pour le mariage et l'âge de majorité civile. Mais, il semble qu'aucune tentative n'ait été faite pour veiller à l'application de ces amendements dans les tribunaux de la *Charia*. Si les « principes du droit anglais » ont pénétré le système juridique palestinien, leur influence sur l'essence même et l'application de la loi dans les tribunaux de la *Charia* est moins marquée que dans d'autres domaines.<sup>22</sup>

Le parlement de la *Knesset* a promulgué des lois civiles sur le statut personnel qui ont force obligatoire dans tous les tribunaux religieux. Il a drastiquement restreint ces lois de deux façons : « Il s'est abstenu d'interférer avec toute interdiction ou autorisation religieuse concernant le mariage et le divorce ; il a adopté des dispositions procédurales et pénales dissuasives, plutôt que des dispositions de fond qui auraient invalidé les lois religieuses en question, ou bien, dans les domaines où il a promulgué des dispositions supplantant la loi religieuse, il a en général offert aux parties la possibilité de plaider conformément à la loi religieuse. »<sup>23</sup>

Voici les principales lois civiles appliquées dans les tribunaux de la *Charia* :

1. Loi sur l'âge du mariage de 1950 ;<sup>24</sup>
2. Loi sur l'égalité des droits des femmes de 1951 qui interdit la polygamie et le divorce contre le gré de la conjointe ;<sup>25</sup>
3. Loi sur la pension alimentaire (la garantie de paiement) de 1972 ;<sup>26</sup>
4. Loi sur les rapports de propriété entre époux de 1973 et les réformes de 1991.

Si l'on considère généralement que le droit civil laïc apporte des améliorations au statut de la femme, un examen approfondi de

sa mise en œuvre montre que ce n'est pas toujours le cas. Des ONG de femmes ont mis en évidence les difficultés d'appliquer certaines de ces lois. Selon le rapport sur le statut des femmes palestiniennes en Israël présenté au comité CEDAW en 1997, le mariage des enfants et la polygamie sont autorisés, même si la loi punit ceux qui les pratiquent ou y contribuent. L'introduction de dispositions pénales n'a pas permis d'améliorer la situation des femmes, puisque les autorités n'ont pas appliqué la loi avec efficacité.<sup>27</sup>

Selon Layish, la difficulté d'appliquer les dispositions pénales s'explique en partie par le fait que les citoyens musulmans trouvent l'intervention de la *Knesset*, une assemblée législative non musulmane, dans ce domaine délicat du statut personnel pour le moins préoccupante. Les musulmans sont très critiques à l'égard des lois de la *Knesset*. Ils ont l'impression qu'elles sont motivées par le désir de saper la *Charia* et l'ordre social traditionnel, au point que certains *cadis* préfèrent les ignorer et restent exclusivement liés aux normes juridiques de la *Charia* en la matière.<sup>28</sup>

Autre explication, certaines autorités israéliennes tendent à traiter la violation des droits des femmes comme un problème interne à la communauté arabe, auquel elles ne peuvent s'attaquer. Cela se manifeste clairement dans la façon dont la police et la justice gèrent les problèmes de violence domestique en général et les crimes dits « d'honneur » en particulier.<sup>29</sup>

### Les femmes, le droit personnel et les tribunaux de la *Charia*

Comme nous l'avons vu, en Israël, les femmes brillent par leur absence dans les tribunaux de la *Charia*. Non seulement

tous les *cadis* exerçant dans les tribunaux israéliens de la *Charia* sont des hommes, mais c'est aussi le cas de tous les avocats plaidants de la *Charia*. Cette situation n'est pas très différente de celle de la majeure partie des pays musulmans et communautés musulmanes. La plupart du temps, les femmes sont exclues de la sphère religieuse en général et du système judiciaire de la *Charia* en particulier.<sup>30</sup> La jurisprudence islamique est le produit d'une interprétation masculine. Apanage des hommes, cette discipline permet, dans une large mesure, de justifier les attitudes discriminatoires à l'égard des femmes.<sup>31</sup> L'absence des femmes dans les affaires religieuses facilite, pour les protecteurs auto-désignés de la religion, la tâche de promulguer des décrets qui violent les droits des femmes.<sup>32</sup>

Dans le code ottoman de la famille, fidèle à la doctrine *Hanafi*, les rapports hommes-femmes reposent sur une conception patriarcale des droits et des devoirs. L'homme y a un statut supérieur ; c'est le chef de famille, celui qui protège la femme et pourvoit à ses besoins. En revanche, la femme y est représentée en inférieure à protéger. Cette vision apparaît dans les articles 71, 101, 151 et 171 qui traitent de l'obéissance. Ces articles définissent le devoir d'obéissance de l'épouse envers son mari et l'obligation pour le mari de payer une pension alimentaire.<sup>33</sup> La même conception ressort des articles régissant le droit de la femme à un douaire et le devoir du mari de le verser.<sup>34</sup> Cet article illustre, comme Mir-Hosseini l'affirme, l'absence d'un régime matrimonial commun dans la loi, une absence qui a eu une profonde influence sur la conception de rapports hommes-femmes hiérarchiques.<sup>35</sup> Les conceptions des relations entre hommes et femmes ne sont pas très différentes d'une école à l'autre. En même temps, les femmes peuvent obtenir

différents ensembles de droits selon les écoles de pensée. Par exemple, l'école *Maliki* reconnaît à la femme plus de motifs d'obtenir la dissolution judiciaire de son mariage que l'école *Hanafi*.

Bien qu'une analyse textuelle du code ottoman de la famille soit importante, elle ne suffit pas à assurer une compréhension globale du statut de la femme au sein de la justice de la *Charia*. Le statut de la femme n'est pas figé à cet égard. Des facteurs sociaux, économiques et politiques interviennent. D'autres types de discours juridique l'imprègnent également. Dissocier le texte de loi d'autres facteurs qui façonnent le statut de la femme aux yeux de la justice de la *Charia* est impossible. Il est en outre important d'en examiner les applications et d'évaluer leur correspondance avec les réalités des femmes.<sup>36</sup>

Alors que les relations entre hommes et femmes, en vertu du code ottoman de la famille, reposent sur une conception patriarcale des droits et des devoirs, les femmes peuvent manipuler le système judiciaire patriarcal et négocier leurs droits, parfois à l'aide des termes mêmes qui les représentent comme inférieures. Kandiyoti nomme cette pratique la « négociation patriarcale. »<sup>37</sup> Une étude des décisions arbitrales rendues par la Cour d'appel de la *Charia* en Israël l'a récemment mise en évidence : les femmes s'adressent à la justice pour faire valoir leurs droits financiers ou obtenir la dissolution de leur mariage, parfois à l'aide des termes mêmes qui les représentent comme inférieures.<sup>38</sup> Les droits financiers accordés aux femmes en vertu de la *Charia* sont particulièrement importants pour celles qui ne disposent d'aucun autre moyen de subsistance. À notre avis, c'est dans la correspondance de la justice de la

*Charia* avec la réalité des femmes que se trouve son pouvoir.

J'aborde ici brièvement certains des facteurs qui façonnent les différentes réalités des femmes dans les tribunaux de la *Charia*.

## 1. Le rôle du *cadi*

Le *cadi* joue un rôle décisif dans un large éventail de questions. En Israël, son rôle s'avère encore plus central du fait que les tribunaux de la *Charia* opèrent dans un État non musulman qui n'a pas tenté, et n'aurait pu tenter, de réformer les lois musulmanes sur le statut personnel. Son pouvoir discrétionnaire est dès lors très grand, n'étant limité que par de rares points de référence.<sup>39</sup>

Les *cadis* ne réagissent pas de la même façon à l'absence, dans le code ottoman de la famille, de réponse définitive aux questions que soulève la société contemporaine. Ils gèrent aussi différemment les problèmes au carrefour du code ottoman de la famille et des pratiques modernes. Selon les propres termes de Layish, « le degré d'orthodoxie, le niveau d'instruction, la formation judiciaire, le regard sur la société et la mesure de compréhension » qu'ils affichent déterminent leur ligne de conduite et ils sont « motivés par la *maslaha* (l'intérêt général). »<sup>40</sup>

Les recours en justice des femmes dépendent donc pour une grande part de la ligne de conduite du *cadi* saisi de l'affaire. Il y a néanmoins plus de risque que leurs intérêts, parfois dictés par leur sexe, ne soient déniés, du fait de leur situation inégale dans la société. La définition de l'« intérêt général » peut donc exclure leurs différents intérêts.

## 2. Les différences entre les femmes

La classe sociale, l'âge et le niveau

d'instruction jouent sans doute un rôle important dans les répercussions des décisions de justice sur les femmes. De tels facteurs peuvent s'avérer décisifs pour l'obtention de certains droits, par exemple, dans les cas où les femmes ont dû renoncer à une partie de leurs droits économiques pour obtenir la dissolution judiciaire de leur mariage.<sup>41</sup> À l'examen des décisions de la Haute cour d'appel de la *Charia*, il ressort que, dans la majorité des cas, faire valoir le droit à la dissolution judiciaire du mariage revient pour les femmes à lutter pour leur droit au douaire. La perte partielle ou totale du droit au douaire suite à l'obtention de la dissolution judiciaire a des conséquences différentes sur les femmes selon qu'elles sont issues d'une classe sociale modeste, se trouvent sans emploi ou ne disposent d'aucun autre moyen de subsistance. Ce point pourrait même faire obstacle à leurs droits à la dissolution du mariage.<sup>42</sup>

### 3. La loi laïque

Le rôle de la loi laïque dans l'amélioration du statut de la femme est contesté.<sup>43</sup> D'un côté, la loi laïque fournit aux femmes un nouveau mécanisme qui leur permet d'obtenir leurs droits par la menace de sanctions pénales. Mais, l'assertion de Layish selon laquelle la loi laïque « rompra l'équilibre traditionnel, ancré dans la loi islamique, entre les droits et les devoirs des conjoints »<sup>44</sup> est discutable. Un examen approfondi des jugements rendus en matière de divorce et de dissolution judiciaire révèle que l'interdiction de divorcer contre le gré de la conjointe oblige les hommes à utiliser d'autres moyens pour négocier leurs intérêts. Pour éviter une éventuelle sanction pénale en cas de dissolution du mariage sans le consentement de leur épouse, ils peuvent en appeler à l'article 130 du code ottoman de la famille. Cet article accorde aux deux époux l'initiative de la dissolution

du mariage pour cause de « discorde ».<sup>45</sup> En pareils cas, les hommes négocient leurs droits dans le cadre du système patriarcal qui définit leurs droits et devoirs, et donc leurs rapports avec l'autre sexe.<sup>46</sup> Il faut remarquer que le code ottoman de la famille avait pour objet d'accorder aux femmes l'accès au divorce dans des circonstances particulières et qu'il reste, dans la plupart des pays, le seul moyen à leur disposition pour mettre fin à leur mariage sans le consentement de leur mari. En Israël, cependant, les hommes musulmans en appellent à cette loi pour échapper aux sanctions juridiques auxquelles les expose leur pratique du divorce unilatéral. La situation est différente en Cisjordanie, par exemple, où le divorce unilatéral ne fait l'objet d'aucune interdiction et où quasiment toutes les demandes de dissolution judiciaire sont le fait des femmes.<sup>47</sup>

Comme démontré plus haut, le statut de la femme au sein de la justice de la *Charia* n'est pas figé. Dans tout litige, interviennent divers facteurs qui se conjuguent pour former les différentes réalités des femmes aux yeux de la justice. Cela ne veut pas dire que les femmes, en tant que catégorie, ne souffrent pas de discrimination au sein du système judiciaire de la *Charia*. Loin s'en faut. Leur situation et positionnement au sein de la société influe considérablement sur les jugements que rend cette institution dominée par les hommes. Il convient de souligner que les rapports entre les femmes et l'appareil judiciaire ne relèvent pas d'un contrat entre individus libres et autonomes. Ces rapports s'inscrivent plutôt dans le cadre plus large des relations familiales et communautaires.<sup>48</sup>

### Le droit personnel musulman et la conception de la citoyenneté en Israël

Le pouvoir absolu des tribunaux religieux en matière de mariage et de divorce illustre

le fait qu'en Israël la citoyenneté d'un individu s'inscrit uniquement dans le cadre de sa communauté religieuse. Le pouvoir absolu des communautés religieuses implique que, selon les termes de Joseph, « l'appartenance à une secte religieuse n'est pas un fait de volonté, mais une condition d'obtention de la citoyenneté. »<sup>49</sup> Mariage et divorce sont impossibles sans l'entremise des communautés religieuses ; il n'existe ni mariage ni divorce civil en Israël. La possibilité qu'ont les citoyens de s'adresser à un tribunal des affaires familiales de l'État pour certaines questions de statut personnel n'exclut pas totalement l'intervention des communautés religieuses, puisque l'État d'Israël est un État juif. Dans certains cas, par exemple pour les questions de pension alimentaire à verser à l'épouse qui sont régies par les lois religieuses, la Cour d'État applique la loi de la religion des requérants, même dans un tribunal des affaires familiales.

Certains ont prétendu qu'Israël, en soumettant le droit personnel au pouvoir absolu des tribunaux religieux, a régulé les « affaires publiques », mais a laissé les affaires dites « privées » à la communauté. Ce n'est pas le cas. Certes, l'État n'exerce pas un contrôle direct sur le « domaine privé ». Mais, il régit ce domaine par l'entremise d'institutions religieuses non étatiques. Il en résulte une pluralité d'institutions juridiques. Celles-ci sont complètement indépendantes les unes des autres, mais l'État les régule indirectement. Le contrôle de l'État sur les tribunaux religieux se reflète dans l'imposition du droit civil aux tribunaux religieux. En outre, l'État nomme les juges et réglemente leurs qualifications. Les tribunaux sont également subordonnés au ministère des Affaires religieuses, exclusivement contrôlé par les partis politiques religieux juifs. De plus, il est possible de faire appel aux décisions de la

Haute cour de la *Charia* auprès de la Cour suprême d'Israël.

La pluralité des institutions juridiques en Israël n'est pas la même qu'au Liban, par exemple. À la création de l'État libanais, chacune des 17 sectes religieuses est devenue une sous-communauté à part entière et disposant de droits propres.<sup>50</sup> Par contre, en Israël, une seule sous-communauté (juive) s'est identifiée à l'État tandis que les autres ont perdu leur autonomie et ont été reléguées dans une catégorie résiduelle (« non juive »). Toutes sont soumises à la compétence juridictionnelle et au contrôle de l'État israélien qui, par définition, est juif et se préoccupe des intérêts juifs.<sup>51</sup>

Le contrôle du « domaine privé » par le biais des institutions religieuses s'inscrit dans le projet de l'État qui cherche à réguler ses rapports avec la minorité arabe par le biais de structures de médiation traditionnelles, les institutions religieuses dans le cas présent. L'État donne aux chefs religieux pouvoir sur le reste de la communauté sans cependant leur accorder une autonomie complète dans le domaine dit « privé ». Disons plutôt qu'il régule le « domaine privé » par leur entremise.

La pluralité des autorités judiciaires religieuses arabes s'inscrit dans le projet de l'État : elle permet d'appréhender la minorité nationale palestinienne comme une série de minorités religieuses. L'État souligne ainsi l'identité religieuse des citoyens palestiniens tout en évitant l'élaboration d'une plate-forme commune pour tous, notamment pour les femmes qui ont probablement plus d'intérêt à contester les questions relatives au droit de la famille.

Le rôle de médiation des citoyens que jouent

les communautés religieuses soulève des questions primordiales sur la citoyenneté des femmes. Les femmes ne se trouvent pas en situation d'égalité au sein des communautés religieuses, ni des institutions religieuses telles que les tribunaux de la *Charia*. En reconnaissant l'autorité des tribunaux religieux en matière de droit personnel, Israël a soumis les femmes à l'autorité de leurs parents masculins par le biais d'une loi qui les représente comme inférieures. De plus, l'État n'a ni réformé la loi ni proposé d'alternatives laïques pour désavouer cette conception. Il n'a pas, non plus, élaboré de mécanisme susceptible de garantir les droits à l'égalité des femmes, les citoyennes de l'État, lorsque les lois religieuses violent leurs droits humains. Au contraire, l'État a émis une réserve à l'endroit du droit fondamental des femmes à l'égalité en subsumant leurs droits sous la loi religieuse. Cette réserve est possible parce que l'égalité des sexes n'a pas le statut de droit fondamental ; il s'agit plutôt d'un « principe fondamental », comme l'a énoncé la Cour suprême en 1987, et sa primauté constitutionnelle n'a pas encore été établie.<sup>52</sup>

La primauté de la loi religieuse sur l'égalité est le fruit d'un compromis politique entre les partis religieux juifs qui font toujours partie de la coalition gouvernementale. Ces partis politiques religieux ont su imposer un certain respect de la loi juive à tous les Juifs résidant en Israël. C'est là le résultat d'un accord que l'on nomme le « *statu quo* ». Remontant à l'instauration de l'État, il permet aux tribunaux religieux juifs (et, partant, aux tribunaux religieux musulmans, druzes et chrétiens) de conserver la compétence en matière de statut personnel. Cet accord était un compromis politique échafaudé par les fondamentalistes juifs aux dépens des femmes.

En accordant à loi religieuse la primauté sur les principes d'égalité, l'État a renforcé le « patriarcat privé » qui se trouve intégré dans les liens de parenté. Cette notion de patriarcat est différente de celle qu'utilisent communément les universitaires féministes occidentales dont Pateman (1988) et Walby (1994). Elle se distingue du « patriarcat public » que décrit Walby, où les femmes ne sont plus, selon elle, exclues de l'arène publique, mais subordonnées en son sein.<sup>53</sup> Il ne s'agit pas non plus du « patriarcat politique » qui, selon Pateman, de paternaliste devient fraternaliste. Ici, l'État renforce un patriarcat intégré dans les liens de parenté.<sup>54</sup>

En soumettant le droit personnel aux tribunaux religieux et en limitant les alternatives juridiques laïques, l'État a conféré aux relations familiales, et notamment aux rapports hommes-femmes, un caractère sacré, ce qui rend toute contestation en la matière très difficile.<sup>55</sup> L'État israélien tend à considérer l'inégalité entre les hommes et les femmes dans la loi religieuse comme un principe immuable et incontestable. C'est dû à une approche mythique selon laquelle les lois religieuses sont des lois divines, plutôt que le produit d'une interprétation humaine, en l'occurrence des hommes. En témoignent les réserves que l'État, à l'instar de la plupart des pays arabes, émet à l'endroit de certains articles de la convention CEDAW sur l'égalité en matière de statut personnel. Dans le cas d'Israël, la réserve relative à l'article 7b de la convention CEDAW, qui concerne la nomination de femmes juges dans les tribunaux religieux, se justifie par le fait que les religions des diverses communautés présentes en Israël l'interdisent.<sup>56</sup> Ce n'est bien évidemment pas strictement exact, du moins pour ce qui est des femmes musulmanes. Un examen approfondi du débat en la matière au sein de

la jurisprudence musulmane révèle que les femmes peuvent être nommées juges dans les tribunaux de la *Charia*, et de fait, le sont dans certains pays, comme nous l'avons déjà mentionné.<sup>57</sup> Les femmes ont tenté de protester contre le manque de femmes juges dans les tribunaux de la *Charia* en Israël et ont présenté une requête à la Cour suprême pour obtenir la nomination de femmes *cadis*. Mais, leur requête s'est vue opposer une fin de non-recevoir sur le motif que la loi même sur laquelle elles fondaient leur requête, la loi sur l'égalité des droits des femmes de 1951, n'était pas applicable aux postes à pourvoir dans les tribunaux religieux.<sup>58</sup>

La lutte contre l'inégalité des sexes dans le système judiciaire de la *Charia* d'Israël pose problème puisque ses tribunaux opèrent dans un État non musulman. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué, le parlement national est juif. Il ne dispose donc pas du mécanisme utilisé dans d'autres États du Moyen-Orient pour réformer les conceptions patriarcales du droit musulman de la famille au travers de réformes au sein du discours religieux. En outre, comme développé plus haut, les problèmes de la minorité arabe en général, et des femmes arabes en particulier, ne font pas partie des préoccupations du gouvernement israélien pour lequel l'« intérêt général » diffère selon le sexe<sup>59</sup> et la race.

Bien que la possibilité de réformer le droit personnel au sein du discours religieux ait fait l'objet de maints débats dans le monde arabe, ce point n'a pas figuré au nombre des exigences de la communauté palestinienne. Les féministes palestiniennes et les organisations de défense des droits humains n'ont en outre commencé à contester l'immuabilité du droit personnel que depuis peu. Il existe plusieurs raisons à cela. Tout d'abord, la communauté

palestinienne, comme d'autres, tend à conférer au droit personnel un caractère sacro-saint et inaltérable. Deuxièmement, le droit personnel, essentiellement axé autour des rapports hommes-femmes, est désormais considéré comme le dernier bastion de la dominance masculine et s'avère étroitement lié avec l'« identité de groupe » palestinienne. Dès lors, toute contestation de cette structure patriarcale semble menacer cette identité. Troisièmement, la communauté palestinienne d'Israël n'a mené aucune étude de la jurisprudence musulmane suite à l'effondrement de l'*establishment* islamique après la guerre de 1948 et au départ consécutif des *muftis* et des *oulémas* qui auraient pu entreprendre une telle tâche. (Nous ne nions pas qu'ils puissent s'opposer à de telles réformes ou faire valoir les « saints ordres » ; il s'agit ici de souligner leur « aptitude » en la matière, le fait qu'ils pourraient constituer une référence.) Enfin, l'isolement des Palestiniens d'Israël, notamment des groupes féministes, par rapport au reste du monde arabe et à ses centres culturels les a exclus des débats sur le sujet. Cet isolement a par la suite limité leurs possibilités d'acquérir les compétences requises pour entreprendre une telle tâche.

Il convient de mettre en relation la subordination de l'égalité des femmes musulmanes, en particulier par la loi religieuse, avec le projet politique de l'État et son intégration de forces sociales s'inscrivant dans des contextes historiques différents. Swirski décrit le phénomène en ces termes : « un exemple d'alliance entre les hommes (les représentants des autorités juives et les chefs musulmans de familles élargies) au détriment des femmes musulmanes sur lesquelles les hommes juifs ont autorisé les hommes musulmans à maintenir un contrôle strict. »<sup>60</sup> Elle souligne le fait que les femmes

musulmanes divorcées, contrairement aux juives, ne peuvent pas déclarer leurs jeunes enfants sur leur passeport sans la signature de leur ancien mari. Et de conclure : « les hommes juifs du ministère israélien de l'Intérieur semblent avoir conspiré avec les hommes musulmans contre les femmes musulmanes. »<sup>61</sup>

Nous convenons de la formation d'un compromis politique aux dépens des femmes. La loi religieuse a primé sur l'égalité dans un compromis politique entre les partis juifs religieux et socialistes. Certains partis politiques juifs religieux ont, de plus, soutenu les partis arabes opposés à l'accès des femmes palestiniennes à la justice civile. Mais, la thèse de Swirski d'une conspiration des hommes juifs et musulmans contre les femmes musulmanes est douteuse. Dans cette thèse, la subordination des femmes trouve ses racines dans la personne des hommes au lieu de découler de la structure de contrôle imposée aux femmes, au bénéfice des hommes.<sup>62</sup> En outre, cette formulation implique également des pratiques unitaires de la part des forces sociales et de l'État, qui soient uniquement motivées par les intérêts des hommes. À notre avis, comme Anthias et Yuval-Davis l'affirment, ni l'État ni la société civile ne font preuve d'unité ; leurs pratiques sont plutôt pleines de contradictions.<sup>63</sup> Dans certains cas, par exemple, un compromis politique est possible entre différents partis au détriment des femmes. Dans d'autres, en situation de minorité-majorité ou coloniale par exemple, le groupe dominant (majoritaire ou colonisateur) peut se servir de la cause des femmes pour saper la culture du groupe marginalisé (minoritaire ou colonisé).<sup>64</sup> La thèse de Swirski implique également que le statut de la femme repose sur des coalitions patriarcales motivées par les intérêts des hommes. Nous venons cependant d'exposer

une réalité différente : le statut des femmes palestiniennes résulte du fait que le projet de citoyenneté d'Israël tient compte non seulement du sexe, puisqu'il correspond aux intérêts des hommes, mais aussi de la race, puisqu'il correspond aux intérêts des Juifs (au sens de l'idéologie sioniste). D'autres divisions sociales, de classe et d'âge par exemple, peuvent également influencer sur la citoyenneté.

## Conclusion

L'étude du droit personnel, qui touche essentiellement à la famille, et de l'autorité absolue des tribunaux religieux en matière de statut personnel en Israël montre que la citoyenneté de l'individu est déterminée par l'entremise de sa communauté religieuse. Cela implique que l'appartenance à une communauté religieuse est une obligation impérative si l'on veut obtenir la citoyenneté, et non un choix volontaire.

Le projet de citoyenneté israélien présente un biais sexuel puisque les femmes ne sont pas sur un pied d'égalité avec les hommes dans leur communauté comme dans les institutions religieuses telles que la justice de la *Charia* en l'occurrence. Il véhicule une conception des femmes qui les relègue sous une classe de citoyens dont les droits fondamentaux à l'égalité sont subordonnés à un droit de la famille patriarcal. Cependant, si les femmes palestiniennes ne se trouvent pas en situation d'égalité dans les tribunaux de la *Charia*, leur statut n'est pas non plus figé. Divers facteurs se conjuguent pour façonner les réalités variables des femmes aux yeux de la justice. Les rapports entre les femmes palestiniennes et l'appareil judiciaire ne relèvent pas d'un contrat entre individus libres et autonomes, car le statut des femmes palestiniennes s'inscrit dans les relations familiales et communautaires. Nous avons



fait valoir que le patriarcat est, dans ce cas, renforcé par l'État et intégré dans les liens de parenté.

Ce document souligne que le statut des femmes palestiniennes est influencé par le biais sexuel et racial que présente le projet de citoyenneté israélien.

## Remerciements

Cet article fait partie du mémoire de maîtrise de Mme Rouhana, intitulé « Personal Status Laws and The Citizenship of Palestinian Women in Israel » et soutenu à la Greenwich University de Londres, en 2002.

## Notes

<sup>1</sup> M. Helie-Lucas, « The Preferential Symbol for Islamic Identity: Women in Muslim Personal Laws », paru sous la réf. suivante : M. Valentine (éd.), *Identity Politics and Women: Cultural Reassertions and feminisms in International Perspective* (Boulder : Westview Press, 1994), pp. 391-407.

<sup>2</sup> Le droit musulman de la famille peut également établir la citoyenneté des femmes au-delà de l'État. Par exemple, au Pakistan, l'ordonnance sur le droit musulman de la famille de 1961 a un caractère extraterritorial et s'applique aux citoyens du Pakistan résidant à l'étranger.

<sup>3</sup> Adalah (le centre juridique pour les droits des minorités arabes en Israël), *Legal Violation of Arab Minority Rights in Israel* (Shfa-Amer : Adalah, 1998) p. 7.

<sup>4</sup> A. Bishara, *La rupture des discours politique et autres études* (en arabe), (Palestine : Muwatine, 1998), p. 15.

<sup>5</sup> Adalah, *Report to WCAR in Durban* (rapport non publié, Shfa-Amer : Adalah, 2001), p. 3.

<sup>6</sup> Cf. Adalah, *op. cit.* (3), p. 35 ; N. Abdo et N. Yuval-Davis, « Palestine, Israel and the Zionist Settler Project », paru sous la réf. suivante : D. Stasilis et N. Yuval-Davis (éds), *Unsettling Settler Societies*, (Londres : Sage, 1995), p. 306. Pour plus d'informations sur les citoyens palestiniens d'Israël, cf. N. Rouhana, *Palestinian Citizen in an Ethnic Jewish State: Identity in conflict* (New Haven et Londres : Yale University Press, 1997).

<sup>7</sup> Groupe de travail sur le statut des femmes palestiniennes en Israël, rapport des ONG au comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) intitulé « The Status of Palestinian Women Citizens of Israel » (Nazareth : 1997), p. 65.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>9</sup> A. Layish, « The Status of the Shari'a in a Non-Muslim State, the Case of Israel », *Asian and African Studies*, vol. 27, 1993, p. 172.

<sup>10</sup> Y. Reiter, « Qadis and the Implementation of Islamic Law in present Day Israel », paru sous la réf. suivante : R. Gleave et E. Kermeli (éds), *Islamic Law: Theory and Practice* (Londres : I.B. Tauris Publisher, 1997), p. 205.

<sup>11</sup> Adalah, *Rapport sur les femmes et les tribunaux religieux* (en arabe, rapport non publié, Shfa-Amer : Adalah, 2000), p. 12.

<sup>12</sup> L'article 2 de la loi de 1961 stipule qu'un *cadî* doit être musulman, avoir plus de 30 ans et être ou avoir été marié. Citoyen d'Israël, il est tenu d'observer des mœurs qui conviennent au poste d'un *cadî* de l'État d'Israël et doit justifier d'une expertise acceptable en droit de la *Charia*. Cependant, contrairement à la loi de 1963 sur la nomination des avocats plaidants de la *Charia*, la loi sur la nomination des *cadis* ne définit pas ce qu'est une « expertise acceptable ». Cf. M. Nator, *Une compilation des lois appliquées dans les tribunaux de la Charia en Israël*, (en arabe, Ramallah : Matba'at alwehda, 1996), p. 13.

<sup>13</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), p. 180.

<sup>14</sup> *The State Comptroller Report*, (Jérusalem : presse officielle du gouvernement d'Israël, 1996).

<sup>15</sup> Adalah, *op. cit.* (11), p. 6.

<sup>16</sup> L. Welchman, *Beyond the Code: Muslim Family Law and the Shari'a Judiciary in the Palestinian West Bank* (New York : Kluwer, 2000), pp. 43-44.

<sup>17</sup> Z. Mir-Hosseini, *Marriage on Trial: A Study of Islamic Family Law* (Londres : I.B. Tauris Publishers, 2000) p. 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 5. S'il existe nombre d'écoles de pensée sunnites, seules les quatre principales sont appliquées : *Hanafi*, *Hanbali*, *Shafi* et *Maliki*. L'école *Hanafi* est appliquée dans la majeure partie des pays du Moyen-Orient et de l'Asie du Sud, mais le code promulgué s'inspirait également de l'école de pensée sunnite.

<sup>19</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), p. 173.

<sup>20</sup> Adalah, *op. cit.* (11), p. 3.

<sup>21</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), p. 174.

<sup>22</sup> L. Welchman, *op. cit.* (16), pp. 44-45.

<sup>23</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), p. 174.

<sup>24</sup> Cette loi a fait passer l'âge du mariage pour les femmes de 15 ans, comme stipulé dans la loi du mandat britannique, à 17 ans, comme dans le code ottoman de la famille.

<sup>25</sup> Selon cette loi, tout contrevenant à cette interdiction est passible d'une peine. Cette loi permet également à la mère d'être le tuteur naturel de ses enfants, au même titre que leur père, même si le tribunal religieux peut en décider autrement s'il estime que tel est l'intérêt de l'enfant. La loi sur la capacité et la tutelle de 1962 complète et développe le principe de tutelle naturelle des deux parents et relève à 18 ans l'âge auquel la tutelle prend fin pour les deux sexes.

<sup>26</sup> Selon cette loi, c'est désormais à l'Institut national d'assurance, dont la tâche consiste à collecter la dette auprès du conjoint, qu'il incombe de payer la pension alimentaire fixée par le tribunal. Les femmes peuvent ainsi accéder à leur droit à la pension alimentaire sans tarder et sans devoir entamer d'autres démarches judiciaires.

- <sup>27</sup> Groupe de travail sur le statut des femmes palestiniennes en Israël, *op. cit.* (7), pp. 66-69.
- <sup>28</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), pp. 167-183.
- <sup>29</sup> Groupe de travail sur le statut des femmes palestiniennes en Israël, *op. cit.* (7), p. 73.
- <sup>30</sup> Les seuls pays où des femmes ont été nommées *cadis* dans des tribunaux de la *Charia* sont les Philippines, où une femme est *cadī*, et l'Indonésie, où l'on en compte une centaine. Il existe, en outre, des femmes *oulémas* (théologiens musulmans), en Iran et dans certains pays d'Afrique tels que le Nigeria. Ces femmes *oulémas* n'ont cependant aucun lien avec l'État.
- <sup>31</sup> A. An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law* (Syracuse, New York : Syracuse Univ. Press, 1990) ; F. Bennani, « The Feminist Voice in the Religious Discourse », présentation donnée dans le cadre d'une formation Mashriqiyat intitulée « Personal Status Laws: The Text Between Reading and Reciting » (Gaza, 22-28 août 2000) ; R. Hassan, *Selected Articles* (Grabels : Femmes sous lois musulmanes, 1994) ; H. Hoodfar, « Iranian Women at the Intersection of Citizenship and Family Code, The Perils of 'Islamic Criterion' », paru sous la réf. suivante : S. Joseph (éd.), *Gender and Citizenship in the Middle East* (New York : Syracuse University Press, 2000), pp. 287-313.
- <sup>32</sup> F. Bennani, *op. cit.* (31), pp. 2-3.
- <sup>33</sup> Adalah, *op. cit.* (11), pp. 13-14.
- <sup>34</sup> Cf. M. Nator, *op. cit.* (12).
- <sup>35</sup> Z. Mir-Hosseini, *op. cit.* (17), pp. 193-194.
- <sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 1-2 ; A. Moors, « Debating Islamic Family Law: Legal Texts and social Practices », paru sous la réf. suivante : M. Meriwether et J. Tucker (éds), *Social History of Women and Gender in the Modern Middle East* (Boulder : Westview Press, 1999), pp. 142-149.
- <sup>37</sup> D. Kandiyoti, « Islam and Patriarchy: a Comparative Perspective », paru sous la réf. suivante : N. Keddie et B. Baron (éds), *Women in Middle Eastern History* (New Haven : Yale, 1999).
- <sup>38</sup> H. Rouhana, « Practice in the Sharia High Court of Appeal in Israel: Gendered Reading of Arbitration Decisions », *Dossier 25 WLUML*, 2003, pp. 49-69. [http://www.wluml.org/english/pubsfulltxt.shtml?cmd\[87\]=i-87-36655](http://www.wluml.org/english/pubsfulltxt.shtml?cmd[87]=i-87-36655)
- <sup>39</sup> A. Layish, *Women and Islamic Law in a Non Muslim State* (Jérusalem : Keter, 1975) ; A. Layish, *op. cit.* (9) ; Adalah, *op. cit.* (11).
- <sup>40</sup> A. Layish, *op. cit.* (9), pp. 180-181.
- <sup>41</sup> Cf. l'article 130 qui définit la dissolution judiciaire dans la réf. suivante : M. Nator, *op. cit.* (12).
- <sup>42</sup> Les décisions de la Haute cour d'appel de la *Charia* publiées dans « Une compilation des décisions de la Haute cour d'appel de la *Charia* entre 1993 et 1997 », *Alkashaf* (en arabe, Jérusalem : Haute cour d'appel de la *Charia*, 1999).
- <sup>43</sup> Z. Mir-Hosseini, *op. cit.* (17)
- <sup>44</sup> A. Layish, *op. cit.* (39)
- <sup>45</sup> La « discorde » désigne une forme grave d'abus de la part de l'une ou l'autre des parties, au point qu'il devient impossible de poursuivre la vie conjugale.
- <sup>46</sup> Les décisions de la Haute cour d'appel de la *Charia*, *op. cit.* (42).
- <sup>47</sup> L. Welchman, *Islamic Family Law: Text and Practice in Palestine* (Jérusalem : Women's Centre for Legal Aid and Counselling, 1999). p. 169.
- <sup>48</sup> S. Joseph (éds), *op. cit.* (31) ; S. Joseph, « The Public/Private: The Imagined Boundary in the Imagined Nation/State/Community: The Lebanese case », *Feminist Review*, n° 57, 1997.
- <sup>49</sup> S. Joseph, « Gender and Citizenship in the Middle East », *Middle East Report*, n° 198, janvier-mars (1996).
- <sup>50</sup> S. Joseph, *op. cit.* (48).
- <sup>51</sup> B. Swirski, « The Citizenship of Jewish and Palestinian Arab Women in Israel », paru sous la réf. suivante : S. Joseph (éd.), *op. cit.* (31), p. 316.
- <sup>52</sup> F. Raday, « The Concept of Gender Equality in a Jewish State », paru sous la réf. suivante : B. Swirski et M. Safir (éds), *Calling the Equality Bluff: Women in Israel* (New York : Teachers College Press, 1993) p. 19.
- <sup>53</sup> S. Walby, « Is citizenship gendered? », *Sociology*, 28/2, 1994, pp. 397-395.
- <sup>54</sup> C. Pateman, *The Sexual Contract* (Cambridge : Polity, 1988).
- <sup>55</sup> S. Joseph, *op. cit.* (48).
- <sup>56</sup> Rapport de l'État d'Israël au comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) (Jérusalem : ministère de la Justice et ministère des Affaires étrangères, 1997).
- <sup>57</sup> N. Moosa, « Women's Eligibility for Qadiship (judgeship) », *Awraq Journal* (Espagne : ministère des Affaires étrangères, 1998), vol. XIX, pp. 203-227.
- <sup>58</sup> *Suliman Myriam v the Committee for Appointing Qadis*, 1008/01, 2001, (Jérusalem : la Cour suprême, le 8 février 2001).
- <sup>59</sup> B. Swirski, *op. cit.* (51), p. 315.
- <sup>60</sup> *Ibid.*, p. 323.
- <sup>61</sup> *Ibid.*, p. 324.
- <sup>62</sup> A. Chhahachi, « Forced Identities: the state, communalism, fundamentalism and women in India » paru sous la réf. suivante : D. Kandiyoti (éd.), *Women, Islam and the State* (Londres : Macmillan, 1991), p. 149.
- <sup>63</sup> F. Anthias et N. Yuval-Davis (éds), *Women-Nation-State* (Londres : Macmillan, 1989), p. 5.
- <sup>64</sup> L. Ahmed, *Women and Gender in Islam: Historical Roots of a Modern Debate* (New Haven : Yale University Press, 1992) ; R. Hensman, *Oppression within Oppression: the Dilemma of Muslim Women in India*, Femmes sous lois musulmanes, document de travail n° 1, 1987.

## Résumé

En 2003, le gouvernement canadien de l'Ontario a entrepris une révision de la loi d'arbitrage de 1991 suite à une opposition, de la part de groupes de femmes, aux déclarations de membres de la communauté musulmane révélant leur intention de résoudre les conflits familiaux au moyen de lois musulmanes. La révision recommandait de maintenir l'usage du droit religieux pour résoudre les conflits familiaux. Cet article présente une analyse critique de la révision et des recommandations liées.

Marion Boyd a soumis son rapport sur le processus d'arbitrage en Ontario et sur son adéquation pour résoudre les conflits familiaux, intitulé « Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion » (Résolution de conflits dans le droit familial : protéger le choix, promouvoir l'inclusion),<sup>1</sup> au Procureur général et au ministre responsable des problèmes des femmes. Ce long et méticuleux rapport compare attentivement les différents intérêts en jeu en ce qui concerne l'utilisation de l'arbitrage (en particulier l'arbitrage basé sur le droit religieux) pour résoudre des conflits familiaux. Il examine également les problèmes constitutionnels qui s'y rapportent. Le rapport se conclut par 46 recommandations, dont les deux premières conseillent de continuer à utiliser l'arbitrage, en ce compris l'arbitrage sur base du droit religieux, pour résoudre les conflits familiaux.

Malgré tout notre respect pour le travail de Mme Boyd, nous rejetons ses conclusions pour plusieurs raisons, principalement parce qu'elles ne reconnaissent pas la vulnérabilité des femmes qui mettent fin à une relation abusive créée par un régime de résolution privée de conflit.

## Principes de base de METRAC

Tout au long de son implication dans le processus de consultation qui a abouti à cette révision et dans l'analyse de cette révision, METRAC s'est basé sur plusieurs principes. Nous estimons qu'il est important de les préciser au début de cet article.

1. METRAC s'inquiète particulièrement de l'impact d'une résolution différente de conflits pour les femmes qui souffrent d'abus au sein de leur relation.
2. METRAC s'inquiète de l'usage de toute

forme de résolution différente de conflits, y compris la médiation ou l'arbitrage. Depuis plusieurs années, la position de METRAC est la suivante : la médiation n'est pas la solution adéquate dans les cas où il existe un déséquilibre de pouvoir dans une relation familiale, à cause d'abus et de violence.

3. METRAC constate que le système laïc de droit et de tribunal familiaux se révèle incapable de respecter l'égalité des femmes et de garantir la sécurité et le bien-être des femmes qui mettent fin à des relations abusives.
4. METRAC reconnaît que, même si le système de droit familial public peut paraître de nature laïque, il se base en réalité sur des principes et des valeurs judéo-chrétiens qui le rendent culturellement inaccessible à de nombreuses personnes.
5. L'intérêt de METRAC pour cette révision concerne l'adéquation de lois ou codes religieux quels qu'ils soient pour résoudre les conflits de droit familial, et pas seulement l'usage de la loi *Charia* au sein de la communauté musulmane. De nombreuses religions, y compris la religion dominante du Canada (la religion chrétienne), refusent de reconnaître les droits des femmes à l'égalité, ainsi que les nombreux problèmes de violence envers les femmes et les enfants au sein de la famille.
6. METRAC s'engage à travailler avec les organisations musulmanes qui oeuvrent pour l'égalité des femmes et à soutenir leurs positions, en particulier le Conseil Canadien des Femmes Musulmanes, car ces organisations apportent l'expérience vécue et la compétence nécessaires pour mener à bien cette discussion.
7. METRAC reconnaît la position unique des habitants des premières nations

qui bénéficient du droit constitutionnel à l'autonomie, y compris le droit à un système séparé pour traiter des conflits familiaux et autres.

## Introduction

L'Islamic Institute of Civil Justice annonçait à l'automne 2003 qu'il comptait diriger des arbitrages en suivant le droit personnel islamique, comme l'autorise la loi d'arbitrage de l'Ontario de 1991. Lors de cette annonce, son président Syed Mumtaz Ali a fait une série de déclarations qui laissaient entendre que les Musulmans devraient utiliser ce tribunal *Charia* s'ils voulaient être considérés comme de « bons Musulmans ».

Il y eut une vive réaction du public suite à cette annonce. De nombreuses organisations oeuvrant pour l'égalité des femmes, ainsi que de nombreuses communautés religieuses (dont certaines musulmanes) ont exprimé leur inquiétude face à la situation très vulnérable dans laquelle les femmes se retrouveraient en cas d'usage de lois religieuses qui ne respectent pas leur égalité. Une autre inquiétude a été soulevée au sujet des femmes forcées à utiliser le droit religieux dans le processus d'arbitrage.

Suite à ces inquiétudes, le gouvernement de l'Ontario a demandé à Marion Boyd de mener une révision du processus d'arbitrage en ce qui concerne le droit familial et la succession. La marche à suivre de son travail était la suivante (entre autres) :

« La mission confiée à Marion Boyd consiste à fournir des conseils et des recommandations au procureur général et au ministre délégué à la Condition féminine à propos de l'usage de l'arbitrage pour résoudre les problèmes de famille et de succession et de son incidence possible sur les citoyens les plus vulnérables,

parmi lesquels les femmes, les personnes handicapées et les personnes âgées.

Mme Boyd, assistée par le personnel du gouvernement, consultera les parties concernées pour déterminer leurs points de vue. »

De juin à septembre 2004, Mme Boyd a rencontré environ 50 groupes, parlé à de nombreuses personnes et parcouru « un nombre incalculable de lettres et de documents de la part de citoyens concernés de l'Ontario ».

Son rapport a été présenté au Procureur général et au ministre délégué à la condition féminine le 20 décembre 2004.

### Résumé de la loi d'arbitrage

La loi d'arbitrage de l'Ontario régit la manière dont les conflits peuvent être résolus en dehors du système judiciaire. Le principe de base de cette loi est le suivant : les personnes qui le souhaitent peuvent résoudre leurs conflits en suivant la décision d'une tierce personne de leur choix et doivent de ce fait en accepter le résultat. Ce statut a permis, comme son prédécesseur, de résoudre des conflits familiaux par l'arbitrage.

La loi définit plusieurs règles:

- l'arbitrage se base sur un contrat, un « Accord d'arbitrage », qui, une fois signé, doit être exécuté ;
- les parties sont libres d'élire la personne de leur choix en tant qu'arbitre. Aucune qualification n'est requise ;
- la sentence de l'arbitrage doit être écrite et doit fournir des raisons ;
- l'arbitre doit prendre sa décision en respect du droit civil, sauf dans le cas où les parties en conviennent autrement.

La loi établit quelques limites à l'arbitrage:

- l'arbitrage doit être volontaire ;
- l'arbitre ne peut pas obliger une personne à commettre un acte illégal selon le droit canadien ;
- les affaires criminelles ne peuvent pas être traitées par l'arbitrage. La raison tient au fait que le droit pénal n'est pas un conflit entre des personnes, mais plutôt entre l'État (la Couronne) et un individu ;
- les arbitrages doivent être menés de manière équitable et impartiale.

En bref, la loi d'arbitrage de l'Ontario définit un régime sous lequel les citoyens peuvent résoudre la plupart des affaires civiles, y compris les affaires de droit familial, de manière privée, sans recourir au système judiciaire. Les décisions prises à travers l'arbitrage font force de loi. Le système juridique peut servir à l'application de ces décisions. Il est important de noter à ce stade que le code civil québécois interdit expressément l'usage de l'arbitrage pour les problèmes de droit familial : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public » (Article 2639).

En ce qui concerne l'usage du droit religieux pour régler les conflits familiaux, comme l'indique Mme Boyd dans son rapport (p. 12) : « le libellé de la loi semble permettre le choix de règles de droit différentes, telles que la loi religieuse ou même une série de règles établies par une organisation privée ou par les parties elles-mêmes, pour régir leurs rapports. »

En d'autres mots, les individus sont libres d'utiliser l'arbitrage privé sur base du droit

religieux depuis la rédaction de la première loi en Ontario. L'annonce publique en 2003 par l'Islamic Institute of Civil Justice révélait simplement son intention de créer un tribunal *Charia* basé sur la *législation actuelle*.

## Résumé du rapport

Le rapport de Mme Boyd se divise en 8 sections. Elle présente d'abord une introduction, suivie d'un examen de la loi et de la pratique de l'arbitrage. Elle étudie ensuite le droit de la famille et des successions, à l'échelon fédéral et ontarien. Vient ensuite un résumé des consultations, qui contient de nombreuses citations des soumissions qu'elle a reçues. Elle analyse les considérations d'ordre constitutionnel, puis propose une analyse d'ensemble du problème de l'arbitrage, du droit familial et des conflits familiaux. Elle résume les suggestions provenant des soumissions qu'elle a reçues et conclut le document avec ses recommandations au gouvernement de l'Ontario.

## Droit de la famille et des successions

Au cours de son examen du droit familial public au Canada et en Ontario, Mme Boyd souligne plusieurs choses :

- de nombreux couples qui se séparent négocient déjà leur conflit en dehors des mécanismes juridiques. Cela peut aller du simple arrangement (les deux personnes négocient une solution entre elles sans aide externe) aux procédés plus formels que sont la médiation et l'arbitrage ;
- en cas de tels accords, le Family Law Act (FLA) exige que ces derniers soient mis par écrits, signés par les parties, qu'il y ait des témoins, que les intérêts de l'enfant soient respectés et que l'accord soit en conformité avec les directives d'assistance aux enfants. Les accords doivent démontrer que les deux parties ont

reçu des conseils juridiques indépendants ou qu'elles y ont renoncé ;

- lorsque des personnes résolvent leur conflit familial sans l'aide du système juridique familial, souvent elles « agissent sous le couvert de la loi, généralement dépourvues d'une compréhension profonde de ce qui est permis ou requis par la loi » ;<sup>2</sup>
- certaines personnes renoncent à leurs droits juridiques pour accélérer la résolution du conflit ;
- les gens doivent être fidèles à leurs choix personnels.

## Résumé des consultations:

Il apparaît clairement, à la lecture du rapport, que Mme Boyd a entendu un grand nombre d'organisations et de personnes lors de ses consultations. Les nombreux participants représentaient plusieurs institutions religieuses (Islamic Forum of Canada, Canadian Council of Muslim Women, B'nai B'rith Canada, Canadian Islamic Congress, Canadian Coalition of Jewish Women for the Get, Christian Legal Fellowship, Muslim Canadian Congress, Canadian Jewish Congress, etc.), les organismes d'immigrés étaient également représentés (Catholic Immigrant Centre, National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada, Ontario Council of Agencies Serving Immigrants, etc.), tout comme les organismes pour les droits d'égalité des femmes et contre la violence (National Association of Women and the Law, Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children, Ontario Association of Interval and Transition Houses, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Barbra Schlifer Commemorative Clinic, etc.), ainsi que des avocats, des arbitres et des médiateurs. Certaines soumissions venaient même de groupes de pères de droite (Fathers Are Capable Too, Fathercraft Canada).

Boyd identifie plusieurs thèmes dans les soumissions :

- l'arbitrage ne doit pas servir à résoudre les affaires de droit familial ;
- l'arbitrage doit continuer à être autorisé dans le droit familial ;
- l'arbitrage ne doit pas se baser sur des lois religieuses, en particulier sur le droit personnel islamique ;
- l'arbitrage doit être autorisé dans le droit familial, selon des principes religieux.

Il est utile de résumer les principaux arguments de chaque thème.

*L'arbitrage ne doit pas servir à résoudre les affaires de droit familial*

- Ses effets sont ou peuvent être discriminatoires envers les femmes ;
- La nécessité de gagner du temps et de réduire les frais juridiques ne doit pas compromettre les droits des femmes et des enfants ;
- Lorsque des femmes signent un accord d'arbitrage à la date de leur mariage, elles se retrouvent prisonnières de celui-ci en cas de séparation, même si elles ne considèrent plus l'arbitrage comme la meilleure solution, à cause d'abus au sein de leur relation ;
- L'Ontario devrait suivre le Québec en interdisant le règlement des problèmes de droit familial par l'arbitrage ;
- Même si le droit public n'est pas parfait, c'est un processus public qui permet un certain examen, un apport et une attention du public.

*L'arbitrage doit continuer à être autorisé dans le droit familial*

- L'arbitrage est déjà très répandu ;
- Très peu de règlements par arbitrage se terminent devant le tribunal, car les clients

ont l'impression « d'exercer le contrôle du processus et de s'approprier le résultat » ;

- Le système de droit familial est insuffisant. L'arbitrage peut combler cette lacune ;
- Les parties peuvent choisir un arbitre spécialisé en droit familial ;
- L'usage de la médiation et de l'arbitrage est un moyen de « réduire la discontinuité et le stress consécutifs à une séparation. »

*L'arbitrage ne doit pas se baser sur des lois religieuses, en particulier sur le droit personnel islamique*

- La plupart des religions présentent un contexte d'inégalité inhérente entre hommes et femmes, ce qui débouche sur un déséquilibre de pouvoir entre eux en cas de conflit ;
- De nombreuses formes du droit familial musulman perpétuent un modèle patriarcal ;
- Il est possible que l'arbitrage ne soit pas choisi librement, à cause de « forte pression basée sur la culture et/ou sur la religion ou sur la crainte d'exclusion » ;
- Les femmes battues, en particulier, ne sont pas « libres de choisir » ;
- les femmes récemment immigrées de pays qui pratiquent la loi *Charia* seront particulièrement vulnérables, car elles ne connaissent pas nécessairement leurs droits au Canada.

*L'arbitrage doit être autorisé dans le droit familial, selon des principes religieux*

- La croyance juive utilise déjà l'arbitrage basé sur le droit religieux à travers son *Beis Din*. Ce tribunal oeuvre depuis de nombreuses années. Il traite environ 30 cas de conflits familiaux par an ;
- La médiation et l'arbitrage sont également pratiqués par certains organismes chrétiens ;
- Les Musulmans *Shi'a Imami Ismaili* ont

développé un modèle de conciliation et d'arbitrage qui comprend l'instauration de commissions de conciliation et d'arbitrage oeuvrant dans 5 régions du Canada ainsi que dans d'autres juridictions à travers le monde ;

- Une mosquée *Sunni* de Toronto propose déjà un service de médiation et d'arbitrage auquel font parfois appel les tribunaux familiaux ;
- Les croyants ont le droit de « vivre dans ce monde selon leurs croyances, même si ces choix ont un effet sur leur bien-être matériel » ;<sup>3</sup>
- Le droit d'utiliser l'arbitrage sur base de principes religieux est protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit la liberté de religion ;
- Depuis le 11 septembre 2001 particulièrement, les Musulmans sont souvent victimes de racisme et de discrimination, y compris dans le système judiciaire familial ;
- Le droit familial laïque ne reconnaît que les familles traditionnelles « judéo-chrétiennes », c'est-à-dire deux adultes et les enfants naissant de cette relation, tandis que les familles musulmanes considèrent la famille au sens large. Par conséquent, les problèmes de propriété, de soutien et de garde d'enfants provenant de séparations dans ces familles ne peuvent pas nécessairement être résolus par le droit familial laïc.

### Remarques d'ordre constitutionnel

Marion Boyd cherche à déterminer si la Charte répond à la question suivante : l'arbitrage (en particulier lorsqu'il se base sur le droit familial) empiète-t-il sur certains droits et libertés ? Elle examine particulièrement la section 32 pour déterminer si cette question relève en fait de la compétence de la Charte. Elle conclut que l'arbitrage étant un acte

privé et la Charte ne s'appliquant qu'aux actions du gouvernement, il (l'arbitrage) n'est pas couvert par la Charte. Elle corrobore cette opinion en ajoutant :

« De plus, l'arbitrage est un acte privé, car il n'est pas rendu obligatoire par l'État » (. . .) Les Musulmans de l'Ontario, comme tous les Ontariens, gardent le droit de choisir entre un système de justice traditionnel ou alternatif pour résoudre leurs conflits. (...) Lorsque les personnes créent entre elles des relations juridiques sous leur propre autorité, en tant qu'individus juridiquement capables, il semble que cela donne lieu à une relation de droit privée. (...) Bien que l'arbitrage du droit familial et des problèmes de succession puisse nuire aux femmes en particulier, il n'en demeure pas moins un accord privé à propos de conflits personnels. »<sup>4</sup>

Mme Boyd étudie également les sections de la Charte qui garantissent la liberté de religion (Sec. 2(a)) et la consolidation du patrimoine multiculturel canadien (Sec.27). Elle conclut :

« Le fait d'interdire aux Musulmans ou à tout autre groupe identifiable de l'Ontario l'arbitrage du droit familial et des problèmes de succession, tandis que d'autres peuvent continuer à arbitrer selon les principes de leur choix, comme l'ont suggéré certains commentateurs, soulèverait la question de savoir s'il existe ou non une violation de la Charte par le gouvernement. Du fait que la loi d'arbitrage offre un cadre commun à tous les Ontariens, le gouvernement ne doit pas exclure un groupe de personnes particulier sur base d'une interdiction. »<sup>5</sup>

Mme Boyd souligne l'importance du consentement et du choix : « Les personnes ont le droit d'effectuer des choix que



d'autres n'estimeraient pas corrects, pour autant qu'elles soient juridiquement en mesure d'effectuer de tels choix et que ces derniers soient autorisés par la loi. (...) Nous acceptons le fait qu'il existe des sphères privées au sein desquelles les gens doivent être libres de vivre comme ils le souhaitent, sans être obligés de souscrire aux valeurs de l'État. »<sup>6</sup>

Elle en conclut qu'une interdiction de l'arbitrage, y compris l'arbitrage basé sur le droit religieux, serait synonyme d'un « paternalisme que j'estimerais importun et inadéquat. »

## Analyse

Le rapport offre un aperçu historique du développement du droit public, ainsi que les approches choisies par d'autres pays occidentaux. Mme Boyd analyse également la question de la séparation entre l'Église et l'État. Selon elle, le Canada « n'a jamais eu de politique ou de législation claire pour définir la séparation entre l'Église et l'État. »<sup>7</sup>

Elle souligne que les lois canadiennes et ontariennes se basent sur des principes judéo-chrétiens. Par conséquent, « les lois de la province et leur application sont plus facilement assimilables pour certaines cultures que pour d'autres, ce qui amplifie leur impact de manière disproportionnée sur ceux qui n'appartiennent pas à la culture dominante. Cet impact disproportionné peut marginaliser les personnes qui ne se reconnaissent pas dans nos lois. »<sup>8</sup>

La section Analyse du rapport s'intéresse à la violence domestique, à l'appauvrissement des femmes et des enfants lors de ruptures et au problème de l'accès à la justice (le manque d'assistance juridique concernant l'arbitrage et l'absence d'une obligation

d'informer tous les participants d'un arbitrage de leurs droits et possibilités juridiques). Bien qu'elle reconnaisse ces problèmes, elle conclut :

« En fin de compte, les parties à la recherche d'une forme de résolution de conflits plus personnalisée, donc plus acceptable, peuvent trouver celle-ci à travers le processus d'arbitrage. Pour de nombreuses personnes, cela revient à choisir un mécanisme de résolution de conflits qui reconnaisse leur appartenance culturelle, leur système de valeurs personnel, leurs croyances et leur foi. »<sup>9</sup>

## Suggestions des soumissions du rapport

Avant de présenter ses recommandations, Mme Boyd résume les suggestions qu'elle a reçues au sujet de l'arbitrage, en particulier religieux, des affaires familiales. Ces suggestions couvrent les domaines suivants :

- l'enseignement et la formation des médiateurs et des arbitres, en ce compris l'enseignement de la dynamique et des risques de la violence familiale ;
- la réglementation des arbitres et médiateurs ;
- l'accord d'arbitrage, en particulier le problème de déterminer quand cet accord doit être mis par écrit et signé ;
- le conseil juridique indépendant ;
- la disponibilité d'assistance juridique ;
- la soumission des accords et des octrois d'arbitrage au FLA ;
- l'élargissement des possibilités d'appel ou de révision des décisions d'arbitrage ;
- l'enseignement public et la responsabilité des collectivités.

## Recommandations

Mme Boyd conclut son rapport par 46 recommandations pour le gouvernement. Celles qui nous intéressent le plus sont les suivantes :

- L'arbitrage doit rester une alternative de résolution de conflits dans les affaires familiales et les successions, en respect des autres recommandations de ce rapport.
- La loi d'arbitrage doit continuer à autoriser l'arbitrage des conflits au moyen du droit religieux, si les garanties prescrites et recommandées par ce rapport sont observées.

Elle recommande également que des modifications soient apportées à la loi d'arbitrage ainsi qu'au FLA (Family Law Act) en ce qui concerne le problème du consentement. Plus précisément, elle souhaite que les accords d'arbitrage ne soient pas irrévocables, sauf s'ils sont formulés ou confirmés par écrit au moment du conflit et avant que l'arbitrage ne se produise (recommandation 5).

Elle propose d'amender la loi d'arbitrage pour permettre à un tribunal de rejeter une décision d'arbitrage si elle ne reflète pas les intérêts des enfants concernés ou si l'une des parties n'a pas reçu ou renoncé à une assistance juridique indépendante (recommandation 9).

Les recommandations 12 et 13 demandent que le règlement de la loi d'arbitrage et du FLA concernant les accords d'arbitrage de droit familial définisse, entre autres :

- si l'arbitrage s'opère sous droit religieux, que les parties concernées aient reçu et parcouru la déclaration de principes de

l'arbitrage basé sur la foi ;

- une déclaration explicite selon laquelle il n'est pas possible de renoncer aux recours judiciaires et au droit à un traitement juste et équitable ;
- une déclaration explicite de l'impossibilité de renoncer à un contrôle des problèmes qui concernent les enfants ;
- la nécessité que de tels accords contiennent soit un certificat d'assistance juridique indépendante ou de renoncement explicite à une telle assistance.

Mme Boyd aborde le problème de la violence familiale en recommandant que les réglementations obligent les médiateurs et les arbitres à auditionner les parties séparément au sujet des problèmes de déséquilibre de pouvoir et de violence domestique au moyen d'un processus standard d'audition (recommandation 18). Ce processus d'audition standardisé serait développé par le gouvernement ontarien en collaboration avec des organismes professionnels (recommandation 31).

D'autres recommandations concernent aussi des sujets de législation et de réglementation, ainsi que les domaines du conseil juridique indépendant, de l'enseignement public du droit, de la formation des professionnels, du contrôle et de l'évaluation des arbitrages, du développement des communautés et d'autres développements des politiques.

## Analyse de METRAC

Il ne fait aucun doute que le rapport de Marion Boyd est exhaustif. Elle a reçu et parcouru les soumissions de personnes et d'organismes représentant un panel d'opinions très vaste. De plus, elle a apparemment effectué des recherches considérables.

De plus, il ne fait aucun doute que ce sujet

(l'utilisation de l'arbitrage, en particulier l'arbitrage basé sur le droit religieux, pour résoudre des conflits familiaux) est très complexe. De nombreux intérêts sont en compétition, les principaux étant probablement la liberté de religion et les droits d'égalité des femmes.

Nous sommes d'accord avec les inquiétudes de Mme Boyd formulées à la page 46 de son rapport : « Pour de nombreuses personnes qui arrivent ici en provenance d'autres pays, les lois occidentales ne paraissent pas être de nature laïque mais chrétienne, car elles valorisent des valeurs chrétiennes telles que la monogamie ou les restrictions qui entourent le divorce. » Ce problème important mérite une attention particulière.

Le fait que la loi d'arbitrage ait toujours autorisé la résolution privée des conflits familiaux en Ontario, au moyen des règles ou lois acceptées par les parties concernées, rend la résolution plus difficile encore. Cette discussion serait beaucoup plus aisée en l'absence de la législation actuelle.

Malgré ces problèmes et difficultés et malgré un examen minutieux du rapport de Mme Boyd, METRAC maintient la position qui était la sienne au commencement du processus :

**nous nous opposons à l'arbitrage, en particulier l'arbitrage basé sur un système de lois religieuses, dans les conflits de droit familial, parce que nous estimons qu'il ne garantit pas les droits d'égalité des femmes et des enfants.**

Les conclusions de Mme Boyd semblent se baser sur le présupposé que les femmes ont atteint l'égalité en Ontario. Ce présupposé a conduit à estimer que les femmes sont dès

lors libres d'effectuer leurs propres choix en ce qui concerne la résolution des conflits familiaux et qu'une intervention de l'État pour limiter ou modifier ces choix d'une manière ou d'une autre serait « paternaliste ».

Nous ne sommes pas d'accord. Malgré les progrès accomplis pour garantir officiellement l'égalité des femmes, la réalité est toute différente. Les femmes canadiennes gagnent nettement moins d'argent que les hommes. En effet, dans les familles qui ont connu une séparation, les femmes et les enfants vivent de manière précaire comparativement aux hommes, dont le niveau de vie augmente généralement dans ce cas. Les femmes sont nettement sous-représentées aux postes importants en politique ou en entreprise. Dans la plupart de ces familles, les femmes continuent à s'occuper plus des enfants et à accomplir plus de tâches ménagères. Un point important dans le contexte qui nous préoccupe est que les femmes sont les premières victimes de violence (physique, sexuelle et psychologique).

Les femmes appartenant à des communautés marginales sont particulièrement vulnérables. Certaines viennent de communautés dont les normes culturelles ou religieuses placent l'homme à la tête du ménage, détenteur du pouvoir. Dans certains cas, la « discipline » physique envers les femmes pour « mauvais comportement » est considérée comme normale. De plus, souvent les femmes de ces communautés ont peu ou pas d'accès de manière indépendante aux informations concernant leurs droits au Canada, ce qui accentue leur isolement et leur vulnérabilité. Il est d'autant moins probable que leurs « choix » concernant la résolution de conflits familiaux soient pleinement informés et libres.

Nous estimons en effet que pour de nombreuses femmes qui mettent fin à une relation d'abus le choix spontané est illusoire. C'est ce que nous démontrent nos études et notre expérience de la médiation durant les dix dernières années. Bien que la médiation ne soit pas obligatoire en Ontario pour la résolution des affaires de droit familial, elle est très bien considérée. Des femmes battues disent éprouver le sentiment de n'avoir pas d'autre choix que la médiation, même lorsqu'elles savaient que le résultat ne leur serait pas favorable ou que leurs enfants en souffriraient.

Pour ces raisons, *tout* usage de l'arbitrage, en particulier l'arbitrage basé sur le droit religieux, doit être abordé avec grande précaution. Selon nous, en l'absence d'égalité pour les femmes, la résolution privée des conflits familiaux ne doit pas être encouragée ou bénéficier d'une autorité législative.

D'autres éléments du rapport nous inquiètent :

- nous ne sommes pas d'accord avec la conclusion de Mme Boyd lorsqu'elle déclare que la Charte ne peut pas s'appliquer à l'arbitrage ;
- nous sommes déçus par le fait que son analyse ne prend pas en compte le point de vue des femmes ;
- son manque de volonté de garder le droit familial dans le domaine public, plutôt que dans la sphère privée (ce qu'autorise l'arbitrage) est très troublant. Les groupes qui revendiquent l'égalité des femmes luttent depuis des années pour placer le droit familial et la violence familiale dans la sphère publique. Un retour à une résolution privée des conflits entraînerait une résurgence du déséquilibre du pouvoir entre hommes et femmes ;
- Mme Boyd semble vouloir remplacer un

mauvais système (les concepts judéo-chrétiens sous-jacents du système public de droit familial) par un autre (avec la création d'autres systèmes de droit familial d'inspiration religieuse). Il suffit d'observer le problème de l'enseignement religieux public et privé, par exemple, pour constater les lacunes de cette approche ;

- nous estimons que le rapport ne prend pas suffisamment au sérieux le problème de la violence envers les femmes dans la famille, ainsi que ses conséquences sur la capacité des femmes à exercer des choix libres.

### Recommandations de METRAC

- que l'Ontario amende la loi d'arbitrage pour garantir que tous les tribunaux religieux se limitent à la médiation, en ce qui concerne les sujets de droit familial, et que les décisions finales sur ces sujets reviennent au système juridique familial public ;
- que des formations et une instruction soient apportées aux juges, avocats, médiateurs, greffiers et autres pour améliorer leur compréhension et leur connaissance des croyances et valeurs culturelles et religieuses autres que judéo-chrétiennes en ce qui concerne les problèmes familiaux ;
- que le système juridique familial soit rendu plus efficace, afin que les affaires de tribunal familial puissent avancer plus rapidement à travers le système. Bien que nous soyons tangentiels sur la substance du rapport, nous relevons une des soumissions faites à Mme Boyd, qui disait : « nous observons la création d'une justice à deux vitesses : ceux qui ont les moyens, par essence, de choisir et d'engager leur propre juge pour prendre les décisions concernant leur cas créent leur propre tribunal privé. Les autres "languissent" dans le système public » ;

- que des consultations soient effectuées avec les communautés religieuses et culturelles pour que l'on trouve des moyens de rendre la "culture" de tribunal familial plus accessible et accueillante à toutes les personnes qui doivent l'utiliser ;
- que le gouvernement ontarien s'efforce à garantir que les juges, les avocats, les médiateurs et autres personnes du tribunal familial comprennent pleinement les problèmes des droits d'égalité des femmes et de violence contre les femmes pour améliorer la qualité des décisions du tribunal familial ;
- que le gouvernement ontarien travaille en collaboration avec les groupes communautaires adéquats (dont des groupes ayant pour but l'égalité des femmes, ainsi que des groupes culturels et religieux) pour développer des matériaux éducatifs sur les droits des femmes et le droit familial canadien, qui seront conçus pour répondre aux besoins des différentes communautés ; et
- que les ressources de Legal Aid Ontario soient accrues pour garantir une représentation juridique correcte pour tous.

## Conclusion

Les consultations de Mme Boyd et le rapport qui en découle sont la conséquence d'une déclaration de la part d'une communauté religieuse d'utiliser la loi d'arbitrage, tel qu'il a été rédigé, pour la résolution des conflits familiaux.

Toutefois, le résultat fut un examen de l'arbitrage lui-même, ainsi que de la place du droit religieux dans l'arbitrage. Cette démarche très utile et difficile a permis aux Ontariens de se pencher sur les engagements pour l'égalité des femmes, la liberté de religion et le multiculturalisme. La

discussion s'est également portée sur des notions philosophiques et politiques au sujet des domaines public/privé, de la liberté de choisir et du rôle de l'État dans des affaires quasi privées.

Bien que nous ne soyons pas d'accord avec les conclusions et les recommandations de Mme Boyd, nous sommes reconnaissant de l'occasion offerte d'examiner ces problèmes très importants et nous prions le gouvernement de tenir compte de nos recommandations. Nous pouvons avancer dans une voie qui respecte les droits d'égalité des femmes, ainsi que les différences culturelles et religieuses au sein d'un même système de lois pour toutes les personnes de la communauté.

## Remerciements

Cet article est réimprimé avec l'aimable autorisation de Pamela Cross et du Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC).

## Notes

\* Pamela Cross est directrice du Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC), organisme basé à Toronto, actif dans les domaines de la justice envers les femmes et les enfants, la prévention de la violence, la sécurité des personnes et l'éducation publique concernant tous les problèmes de violence envers les femmes et les enfants. Pour de plus amples informations, vous pouvez consulter le site : <http://www.metrac.org>

<sup>1</sup> M. Boyd, 'Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion' (Décembre 2004), <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 72-73.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 75-76.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 10.



## Résumé

L'auteur examine les problèmes de jurisprudence<sup>1</sup> pour les musulmans en situation minoritaire dans des pays non musulmans. Retraçant l'évolution historique de la pensée, il procède à une évaluation critique du concept de *fiqh al-aqalliyat*, l'élaboration d'une jurisprudence musulmane distincte de celle développée dans des contextes de majorité musulmane.

De nos jours, plus d'un tiers des musulmans du monde vivent en minorité dans un pays non musulman, ce qui engendre des difficultés non seulement pour les pays d'accueil, mais aussi pour les musulmans eux-mêmes. La plupart des musulmans considèrent les minorités musulmanes comme faisant partie intégrante de la communauté musulmane au sens large, *l'umma*. Beaucoup soutiennent que les musulmans doivent être gouvernés par la loi islamique, souvent celle du pays d'origine. Les pays d'accueil sont quant à eux censés fournir des ressources humaines, politiques et financières pour permettre aux minorités de vivre conformément aux préceptes islamiques. Cette conception n'est pas sans poser problème. D'un côté, elle implique que la présence dans ces pays de musulmans y résidant pourtant depuis trois générations est une situation transitoire : des musulmans ne sauraient vivre de façon permanente sous un régime non musulman. De l'autre côté, elle tend à imaginer les minorités musulmanes comme des colonies du monde musulman. Outre la question de savoir si les pays musulmans sont en mesure de jouer le rôle décrit ci-dessus, cela soulève de graves questions quant à l'avenir des minorités musulmanes.

Malgré l'ambiguïté de ce point de vue, certains juristes musulmans continuent de traiter les minorités musulmanes de la même façon que les juristes du moyen âge : comme des laissés pour compte suite à l'occupation de territoires musulmans par des non musulmans. Ils présument que ces musulmans finiront par devoir émigrer et retourner vivre dans un pays musulman. En attendant, ils doivent protéger leur identité religieuse et culturelle et, pour ce faire, s'isoler des sociétés d'accueil. L'ouvrage des deux éminents muftis saoudiens feu

le Cheikh Ibn Baz et Cheikh Uthaymeen, intitulé *Muslim Minorities, Fatawa Regarding Muslims Living as Minorities*,<sup>2</sup> est un exemple de cette pensée. Cet ouvrage explique que la préservation de la foi et le strict respect des lois de l'islam sont les principaux devoirs de tous les musulmans, y compris de ceux en situation minoritaire.

*Muslim Minorities* démontre une conscience des difficultés des musulmans en situation minoritaire et appelle ceux-ci à la patience. Cependant, « s'il n'est pas possible de gagner sa vie autrement que comme Allah l'a interdit, à savoir dans la mixité hommes-femmes, ce mode de subsistance doit être abandonné. »<sup>3</sup> Il déconseille aux musulmans d'épouser des femmes non musulmanes,<sup>4</sup> leur interdit d'offrir leurs vœux à des chrétiens à Noël ou lors d'autres fêtes religieuses,<sup>5</sup> et ne leur permet de recourir à des tribunaux non musulmans (dans le cadre d'une procédure de divorce) que lorsque la procédure est conforme à la loi islamique.<sup>6</sup> *Muslim Minorities* n'autorise en général aucun manquement aux lois anciennes. Dans certaines circonstances, en cas de suggestions de concessions, celles-ci revêtent un caractère exclusivement transitoire et sont soumises aux dispositions générales de la loi islamique. C'est le cas, par exemple, de la diffusion d'images et du service dans les armées non musulmanes. En ce sens, le respect de la loi islamique requiert nécessairement une organisation particulière de la communauté et le recours, à cette fin, à des services de juristes, ce qui est souvent impossible sans l'aide des pays à majorité musulmane. Par conséquent, l'ouvrage invite à maintes reprises les érudits et les prédicateurs à rendre visite aux minorités musulmanes, même si, selon les termes d'un commentateur, « se rendre dans les pays non croyants est interdit. » Ibn Baz

recommande aux dirigeants musulmans et aux frères fortunés de « faire leur possible pour sauver les minorités musulmanes par des moyens financiers comme oratoires. C'est leur devoir. » La méthodologie employée et la vision du monde dans les lois anciennes limitent manifestement les deux *muftis* dans la mesure où ils désignent encore le lieu de résidence des minorités musulmanes sous le terme de « pays ennemis. »<sup>7</sup> Ibn Baz n'utilise certainement pas le terme dans son sens littéral. C'est le raisonnement analogique qui pousse à évaluer la situation contemporaine à l'aide des catégories traditionnelles de la « Maison de l'islam » et la « Maison de la guerre ».

Les juristes musulmans modernes passent outre cette obligation méthodologique et traitent la situation des minorités musulmanes comme des cas exceptionnels devant faire l'objet de considérations particulières. Ils abordent l'ensemble des questions relatives aux lois, entre autres, sur la nourriture, la tenue vestimentaire, le mariage, le divorce, l'enseignement mixte et les relations avec les non musulmans avec pragmatisme. Tout un ensemble de nouvelles interprétations, souvent divergentes, fait dès lors son apparition. D'autres juristes soulignent le besoin de nouvelles sources, notamment formelles. Des règles de la jurisprudence islamique qui n'étaient que peu invoquées, par exemple sur le bien commun, les objectifs ou l'esprit de la loi, les commodités, la pratique courante, la nécessité et la prévention du mal, sont devenues d'importants principes de base de la théorie du droit islamique. Ces opinions ont été publiées sous forme de *fatwas* sans être énoncées dans des textes en bonne et due forme du droit islamique.<sup>8</sup> Ce n'est que récemment que des traités sur le sujet ont commencé à apparaître.



## La jurisprudence des minorités

Malgré le volume croissant de littérature sur les minorités musulmanes, de nombreux musulmans de l'Occident, notamment aux États-Unis, estiment que les débats juridiques existants n'ont pas convenablement résolu leurs problèmes. En 1994, le Conseil nord-américain du *fiqh* (North American Fiqh Council) annonce un projet de « développement du *fiqh* pour les musulmans vivant dans des sociétés non musulmanes ». Yusuf Talal DeLorenzo, secrétaire du Conseil, explique qu'il convient d'aborder la loi islamique pour les minorités différemment des traditionnelles règles de pragmatisme. Il étaye ce point de vue de plusieurs exemples, dont celui du divorce : le nouveau *fiqh* préconise le divorce judiciaire au lieu de la traditionnelle dissolution unilatérale du mariage par le mari.<sup>9</sup> Taha Jabir al-Alwani, président du Conseil, est probablement le premier à avoir utilisé le terme de *fiqh al-aqalliyat* (1994) dans sa *fatwa* sur la participation des musulmans à la vie politique laïque des États-Unis. Certains musulmans d'Amérique hésitaient à participer à la vie politique du pays, car cela impliquait une alliance avec des non musulmans, la division de la communauté musulmane, la soumission à un système non islamique de politique laïque, ainsi que le renoncement à l'espoir de voir les États-Unis faire partie du *dar al-Islam*. C'est pourquoi ils demandèrent une *fatwa* au Conseil.

Dans sa *fatwa*, Alwani réfute ces objections, arguant que le système laïc américain est confessionnellement neutre, et non irréligieux. Il fait la distinction entre les conditions rencontrées dans les pays à majorité et à minorité musulmane. Étant très différents, ces deux contextes entraînent des obligations différentes : « Si les musulmans des pays musulmans ont l'obligation d'appliquer la loi

islamique de leur État, ni la loi islamique ni la raison n'exige que les minorités musulmanes des États-Unis affichent les symboles de la foi islamique dans un état laïc, sauf dans la mesure où cet État le permet. »<sup>10</sup>

Cette *fatwa* est controversée parmi les érudits musulmans. Le Cheikh syrien Saeed Ramadan al-Buti a notamment rejeté l'appel lancé par Alwani en faveur de la jurisprudence des minorités, le qualifiant de « complot pour diviser l'Islam ». Il a entre autre déclaré :

« Notre satisfaction face au nombre croissant de musulmans en Occident était telle que nous espérions que leur adhésion à l'Islam et leur respect de ses dogmes noieraient dans le courant de la civilisation islamique la résistance de la civilisation occidentale à la dérive. Mais aujourd'hui, l'appel en faveur de la jurisprudence des minorités annonce un désastre contraire à nos espérances. Il annonce la noyade de l'existence islamique dans le courant de la civilisation occidentale à la dérive, or avec ce type de jurisprudence, c'est le désastre garanti. »<sup>11</sup>

En réponse à cette critique, Taha Jabir Alwani explique que le *fiqh al-aqalliyat* constitue une jurisprudence autonome, basée sur le principe de la pertinence de la *Char'i'a* par rapport à la situation particulière d'une communauté donnée et aux spécificités de son lieu de résidence. Une connaissance de la culture locale et une expertise en sciences sociales, notamment en sociologie, économie, science politique et relations internationales, sont nécessaires.

Le *fiqh al-aqalliyat* ne fait pas partie du *fiqh* existant qui est un droit élaboré comme une jurisprudence. Il ne s'agit pas d'une jurisprudence pragmatique en quête de concessions. Selon Alwani, les catégories

de *dar al-Islam* et du *dar al-harb* ne sont plus applicables aujourd'hui. La présence musulmane, où que ce soit dans le monde, doit être considérée comme permanente et dynamique. Le terme *fiqh al-aqalliyat* s'est aussi répandu dans les pays musulmans. Probablement la première initiative du genre, Khalid Abd al-Qadir rassemble les lois d'exception applicables aux musulmans en situation minoritaire dans son livre intitulé *Fi Fiqh alaqalliyat al-Muslimah*.<sup>12</sup> Bien plus tard, Yusuf al-Qaradawi, qui a beaucoup écrit sur le sujet, reprend ce titre pour ses deux ouvrages : *Fiqh al-aqalliyat al-Muslimin, hayat al-muslimin wast al-mujtama'ca tal-ukhra*<sup>13</sup> et *Fiqh of Muslim Minorities*.<sup>14</sup> Ce dernier s'annonce également comme un « *fiqh* progressiste », probablement vis-à-vis des débats en cours sur le sujet et de l'inquiétude grandissante des musulmans quant à leur statut de minorité dans le droit islamique.

### Un autre mouvement pour les droits civils ?

Manifestement, les partisans du *fiqh al-aqalliyat* n'ont pas encore trouvé la réponse à certaines questions très complexes. Primo, le terme de « minorité » est assez problématique. Sémantiquement vague, il évoque le concept de sous-nation dans le cadre d'un État-nation. Or, une minorité religieuse, par rapport à une sous-nation ou minorité nationale, se trouve encore plus en position de faiblesse, car d'autres aspects, notamment linguistiques et culturels, la divisent. Secundo, la question de minorité est étroitement liée à d'autres situations minoritaires, celles des minorités musulmanes et non musulmanes dans les pays musulmans, par exemple. La plupart du temps, elles ne sont pas perçues de la même façon. Tertio, la situation des minorités musulmanes dans les pays occidentaux

diffère également de celle des minorités musulmanes dans des pays non occidentaux, tels que l'Inde. Il apparaît que les minorités dans ces diverses situations doivent développer une jurisprudence différente au point que le terme de « minorité » perd finalement de sa pertinence.

Les problèmes auxquels s'attache le *fiqh al-aqalliyat* ne concernent pas uniquement les minorités musulmanes, mais l'ensemble du monde musulman. Si certaines de ces questions sont sans aucun doute plus importantes et pressantes pour les musulmans de l'Occident, il revient à l'ensemble du monde musulman d'y répondre. L'Occident n'est plus un concept territorial ; il s'agit d'une notion mondiale et culturelle qui est très présente dans le monde non occidental aussi.

Aux États-Unis en particulier, les droits civils viennent en outre connoter la jurisprudence des minorités. Elle implique « une assistance et un traitement spécial pour une communauté laissée pour compte ». Elle requiert non pas une égalité absolue, mais une égalité différentielle et une protection particulière. Cette idée est contestée par les tribunaux américains depuis 1989 et perd de son crédit auprès des juristes. Avec la montée de l'islamophobie, de la discrimination et du harcèlement des musulmans et le parti pris des médias, notamment après les événements du 11 septembre 2001, il semble n'y avoir aucune sympathie pour un autre mouvement pour les droits civils. Si les musulmans se trouvaient dans l'obligation d'emprunter cette voie, le *fiqh al-aqalliyat* ne leur serait d'aucune aide, car il s'est jusqu'à présent attaché seulement aux problèmes de (et inhérents à la) loi islamique. Il lui reste encore à résoudre les problèmes liés aux lois locales. Peut-être y a-t-il lieu de

développer une jurisprudence musulmane de la citoyenneté dans le cadre du pluralisme, afin de surmonter les difficultés politiques et juridiques actuelles.

## Remerciements

Ce document a été publié pour la première fois dans *l'ISIM Review* 11/02, ISSN 1 388-9788, et est reproduit ici avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'Institut international pour l'étude de l'Islam moderne (ISIM, *International Institute for the Study of Islam in the Modern World*). *L'ISIM Review* est disponible en ligne sur [www.isim.nl](http://www.isim.nl).

## Notes

<sup>1</sup> Note du traducteur : L'auteur utilise en anglais le terme de « jurisprudence ». Il convient de préciser que ce terme signifie « philosophie du droit » en anglais et est, en français, vieilli dans cette acception. De nos jours, c'est la notion de « case law » que le français traduit généralement par « jurisprudence ». Nous avons néanmoins choisi d'adopter le terme « jurisprudence » dans l'ensemble du texte car le fiqh recouvre à la fois la notion de science juridique (ou philosophie du droit) et la notion de jurisprudence (ensemble des décisions juridiques prises par les docteurs de l'Islam).

Lorsque, plus bas, l'auteur définit le fiqh comme « a jurisprudence developed as case law », nous avons dû déroger à cette règle et avoir recours à une autre traduction couramment acceptée de fiqh : « le droit islamique ».

<sup>2</sup> Cheikh Ibn Baz et Cheikh Uthaymeen, *Muslim Minorities, Fatawa Regarding Muslims Living as Minorities* (Londres : Message of Islam, 1998).

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>7</sup> Par exemple, cf. *ISIM Review* 11/02, p. 39.

<sup>8</sup> Pour une analyse de la naissance de ce débat, cf. W.A.R. Shadid et P.S. van Koningsveld, *Political Participation and Identities of Muslims in non-Muslim States* (Kampen : Kok Pharos Press, 1996).

<sup>9</sup> Y.Y. Haddad et J.L. Esposito (éd.), *Muslims on the Americanization Path?* (Atlanta : Scholars Press, 1998).

<sup>10</sup> *Fatwa concerning the Participation of Muslims in the American Political Process* ([www.amconline.org/newamc/islam/fatwa.html](http://www.amconline.org/newamc/islam/fatwa.html)). Cf. également *Muqaddima fi Fiqh al-aqalliyat* (1994).

<sup>11</sup> Y. al-Qaradawi, *Fiqh of Muslim Minorities* (Vol. I-II, 2002-3). [www.bouti.com/ulamaa/bouti/bouti\\_monthly15.htm](http://www.bouti.com/ulamaa/bouti/bouti_monthly15.htm)

(Juin 2001).

<sup>12</sup> K.A. al-Qadir, *Fi Fiqh al-aqalliyat al-Muslimah* (Tarabulus, Liban : Dar al-Iman, 1998).

<sup>13</sup> Y. al-Qaradawi, *Fiqh al-aqalliyat al-Muslimin, hayat al-muslimin wast al-mujtama'ca tal-ukhra* (Le Caire : Dar al-Shuruq, 2001).

<sup>14</sup> [www.awakeningusa.com/public\\_html.books/s19.htm](http://www.awakeningusa.com/public_html.books/s19.htm)



## Résumé

A la faveur de l'immigration, la terminologie et les concepts juridiques ancrés dans le droit musulman se sont vu « transplanter » dans les pays européens. Cet article se propose, dans un premier temps, d'analyser dans quelle mesure la France et l'Allemagne reconnaissent le droit musulman de la famille en matière de statut personnel, dans un deuxième temps, d'examiner la demande de reconnaissance du droit musulman de la famille dans le contexte de la Grande-Bretagne et, enfin, de déterminer l'incidence de ces règles juridiques sur l'égalité des droits des femmes musulmanes qui vivent en Europe.

## Introduction

Les questions de statut personnel revêtent une importance cruciale pour les femmes musulmanes, car ce domaine constitue généralement le dernier bastion de la domination masculine.<sup>2</sup> La forte immigration de populations musulmanes et les regroupements familiaux qui en résultent ont donné lieu à la « transplantation »<sup>3</sup> dans les pays européens de la terminologie et des concepts juridiques inspirés de la *Charia* (Loi canonique musulmane).<sup>4</sup> Cette transplantation s'est opérée soit par le biais du droit international privé, qui a tendance à incorporer directement les normes étrangères (islamiques), soit par celui du droit national laïque. Dans le cadre de cet article, j'analyserai tout d'abord jusqu'à quel point, en France et en Allemagne, la justice et les politiques publiques ont reconnu ou non le droit musulman de la famille en ce qui concerne le statut personnel. Bien que ces deux États se conforment à des modèles de politique d'assimilation et d'homogénéisation (« anti-diversité »), sur le plan juridique et judiciaire, les tribunaux ont fait preuve d'une relative ouverture pour prendre en considération certains aspects des traditions musulmanes, tout en rejetant les institutions religieuses réputées contraires à l'« ordre public » français ou allemand. J'examinerai par ailleurs la demande officielle de reconnaissance du droit musulman de la famille dont ont été saisies les autorités gouvernementales britanniques, qui n'y ont pas fait droit au nom de l'égalité des sexes. Je tirerai également des conclusions quant à l'impact de ces prescriptions juridiques islamiques « transplantées » sur la condition des femmes musulmanes, eu égard notamment à leurs droits égaux en tant que citoyennes et résidentes d'un État occidental.

## 1) L'exemple de la France

### Le multiculturalisme et le modèle « assimilationniste »

La politique actuelle de la France se caractérise principalement par son discours néo-républicain sur l'identité française,<sup>5</sup> selon lequel l'appartenance à la communauté nationale implique un attachement inconditionnel à la République et à ses valeurs fondamentales d'égalité et de laïcité (séparation de l'État et de la religion). Conçu dans le contexte de la Révolution française de 1789, ce modèle républicain est le fruit de la lutte historique menée par les Français contre leur propre monarchie, la classe aristocratique dirigeante et les élites religieuses.

En France, deux instruments juridiques consacrent ce modèle traditionnel d'assimilation des individus.<sup>6</sup> Il s'agit, d'une part, de la Constitution du 4 octobre 1958 qui proclame, en son article 1<sup>er</sup>, que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances »,<sup>7</sup> et d'autre part, de la Loi du 9 décembre 1905<sup>8</sup> concernant la séparation des Églises et de l'État, aux termes de laquelle la France ne reconnaît ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, l'État ne peut officiellement financer quelque exemption ou représentation spéciale à l'intention des minorités nationales ou immigrantes.<sup>9</sup> Alors que sont mises en œuvre des stratégies visant à favoriser l'intégration des individus dans la société française, la formation de « communautés » d'immigrés se trouve fortement dissuadée.<sup>10</sup>

Malgré la séparation officielle entre l'État et la religion, la définition de la société française

en termes d'homogénéité culturelle se révèle de moins en moins probante. A travers toute la France, un nombre croissant de musulmans<sup>11</sup> revendiquent la reconnaissance de leur spécificité religieuse. Danièle Hervieu-Léger souligne fort justement l'originalité et l'urgence du problème posé par la « question de l'Islam » :

« ...l'un des changements majeurs intervenus depuis le début des années 1980 est la transformation d'une société dans laquelle l'homogénéité culturelle semblait garantie dans le cadre de l'espace normatif défini par les grands référents républicains, en une société multiculturelle... La question de l'Islam, qui est devenu la deuxième religion de France après le Catholicisme, et devant le Protestantisme et le Judaïsme, constitue le point de cristallisation intense d'une problématique beaucoup plus large : celle du rapport entre le particulier et l'universel dans la définition même de l'identité française. »<sup>12</sup>

C'est dans ces conditions que la communauté musulmane de France s'emploie à obtenir de l'État une politique de reconnaissance de la diversité culturelle. Elle a ainsi entrepris de s'organiser en associations : on en recense aujourd'hui quelque 1 560, parmi lesquelles les trois principales sont la Mosquée de Paris,<sup>13</sup> L'Union des Organisations islamiques de France<sup>14</sup> et la Fédération nationale des Musulmans de France.<sup>15</sup> Après plusieurs tentatives pour essayer de régler la « question de l'Islam » en France, le ministre de l'Intérieur a lancé en 1999, une vaste consultation au sein des grandes instances musulmanes nationales, ainsi que de diverses mosquées, qui aboutissait, en décembre, à la ratification par la communauté musulmane d'une déclaration solennelle intitulée *Principes et fondements juridiques régissant les rapports entre le culte*

*musulman et les pouvoirs publics.* On doit à Brigitte Basdevant-Gaudemet, spécialiste des relations entre l'Islam et l'État français et Directrice du Centre Droit et Sociétés religieuses (DSR) de la Faculté Jean Monnet (Sceaux), une analyse des aspects majeurs de cette déclaration :

- I. Associations culturelles ; les musulmans sont invités à «constituer un organe unique de représentation du culte musulman, à l'instar d'autres cultes présents en France.»
- II. Mosquées; les maires sont invités à chercher des solutions, comparables par exemple à celles utilisées pour les Chantiers du cardinal, ou à mettre à la disposition des associations musulmanes des locaux communaux, comme ceux affectés aux partis politiques, aux syndicats ou aux associations.
- III. En ce qui concerne les ministres du culte, il est dit qu'il s'agit là d'une question d'organisation interne de la religion sur laquelle l'État ne peut pas intervenir ; le texte précise cependant : «Sauf exception dûment motivée, ils devront à l'avenir être recrutés et rémunérés par les associations qui les emploient. Il serait souhaitable qu'ils soient majoritairement de nationalité française et disposent d'un niveau culturel et religieux approprié à leurs fonctions.»
- IV. Les aumôniers doivent être désignés par «l'Union des associations culturelles musulmanes.»
- V. Les établissements d'enseignement privé musulmans sont soumis au même régime que les autres établissements d'enseignement privé.
- VI. À propos des prescriptions vestimentaires, le texte rappelle que l'on «doit s'abstenir d'arborer des signes d'appartenance religieuse, dans les conditions rappelées

par la jurisprudence du CE.» Pour les prescriptions alimentaires, les administrations peuvent offrir des repas spéciaux (le texte ne parle que d'une possibilité; peut-être reviendra-t-il un jour au juge de se prononcer sur ce caractère, facultatif ou obligatoire). L'abattage rituel doit, quant à lui, respecter «les conditions fixées par la loi, la protection de l'animal, l'hygiène publique et la sauvegarde de l'environnement.» Là encore, le texte sous-entend le désir de respecter les prescriptions alimentaires des musulmans.

- VII. S'agissant des lieux de sépulture, il est dit que les carrés musulmans «ont été admis», ce qui laisse penser que leur légalité est peut-être contestable. Il peut y avoir aussi discussion sur le point de savoir si le défunt était «musulman». Dans une telle hypothèse, il appartient à l'autorité religieuse, mais non au maire, de se prononcer.
- VIII. Lors des fêtes religieuses, «les agents publics peuvent bénéficier d'autorisation d'absence, sous réserve des nécessités de service, pour participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession.» Satisfaction est ici donnée à une ancienne revendication de la communauté musulmane.»<sup>16</sup>

En mai 2003, le Conseil français du culte musulman, qui comprend au niveau de chacune des 25 régions un Conseil régional, a été créé en France en tant qu'instance représentative officielle de l'Islam dans le pays.<sup>17</sup> Les pouvoirs publics français sont partis du postulat fondamental que les Musulmans doivent admettre les règles qui régissent les cultes dans le cadre de la tradition laïque nationale. L'adhésion à la laïcité est si essentielle que la France a

formulé, en accord avec le Secrétaire général des Nations-Unies, une réserve quant à l'article 27 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques (PIDCP), qui est libellé comme suit :

« Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent étre privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »<sup>18</sup>

En application de cette réserve, la France n'est pas tenue de promouvoir des droits culturels particuliers.

Par ailleurs, en raison des dispositions du droit international privé<sup>19</sup> et d'accords bilatéraux,<sup>20</sup> la France applique les lois du pays d'origine du résident étranger dans les matières relevant du droit de la famille, et plus particulièrement s'agissant des litiges portant sur le « statut et la capacité des personnes »,<sup>21</sup> à la condition que cela ne contrevienne pas à l'ordre public français<sup>22</sup> ni aux conventions internationales dont la France est signataire.<sup>23</sup> Ces règles du droit international privé qui intègrent le droit musulman de la famille, et s'appliquent à l'intérieur du territoire français aux résidents non-ressortissants sont d'une importance capitale, dans la mesure où, sur les quatre millions de Musulmans vivant en France, seulement un million ont acquis la nationalité française.<sup>24</sup> Ainsi, face à des questions de droit privé impliquant des Musulmans qui habitent en France sous la nationalité d'un État musulman, les juges français ont dû statuer sur la légalité d'institutions telles que le mariage islamique et la polygamie, la dot (*mahr*) et le divorce (*talâq*), dont je vais traiter

tour à tour.

### La position française en matière de mariage islamique et de polygamie

En France, un mariage polygamique religieux n'est pas valable en droit s'il a été contracté sur le territoire national. Non seulement la polygamie constitue un obstacle à l'obtention de la nationalité française,<sup>25</sup> mais le Code Civil stipule expressément en son article 147 que « l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. »<sup>26</sup> Par conséquent, une union polygamique ne saurait être reconnue légalement en France, même lorsque les pays d'origine des époux autorisent la polygamie,<sup>27</sup> de sorte que le second mariage sera déclaré nul,<sup>28</sup> C'est à ce titre que, dans certains cas, les tribunaux ont privé d'avantages sociaux des femmes musulmanes vivant en France en union polygamique. Ainsi, dans une décision rendue en 1992, la *Cour d'Appel de Versailles* refusait les prestations sociales à la seconde épouse d'un homme de confession musulmane<sup>29</sup> et, dans un jugement de 1988, la *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence* n'accordait pas de pension alimentaire à une femme musulmane au motif qu'elle était la seconde épouse et que la polygamie contrevenait à l'ordre public français.<sup>30</sup>

Cependant, si un mariage islamique est conclu dans le pays de la nationalité des conjoints, le droit français reconnaît sa validité, pourvu qu'il n'enfreigne pas l'ordre public français.<sup>31</sup> Dans plusieurs arrêts, la *Cour de Cassation*<sup>32</sup> a jugé que la polygamie ne constituait pas une violation *prima facie* de l'ordre public,<sup>33</sup> bien que, contractée en France, la même union eût été frappée de nullité. Aussi, une épouse déclarée par son conjoint comme personne à charge peut-elle bénéficier des prestations d'assurance maladie, indépendamment de la légitimité



de son mariage sur le plan juridique,<sup>34</sup> Si la première épouse perçoit déjà des prestations sociales, la seconde épouse ne peut prétendre à la qualité d'ayant droit,<sup>35</sup> à moins que la première n'ait quitté la France.<sup>36</sup> Ainsi, des époux musulmans ont été contraints de payer des pensions alimentaires pour des enfants nés d'un mariage religieux et non pas civil.<sup>37</sup>

La France a interdit le regroupement des familles polygames jusqu'en 1980 : l'administration refusait d'accorder des titres de séjour permanent aux co-épouses et enfants de résidents musulmans installés en France avec leur première épouse et leurs enfants communs. Toutefois, dans le fameux « arrêt Montchou » rendu en juillet 1980,<sup>38</sup> le *Conseil d'État* accordait pour la première fois le statut de résidente permanente à la seconde épouse d'un ressortissant algérien, donnant ainsi toute son importance au droit au regroupement familial. La Cour a argumenté qu'aux fins bien précises des prestations de sécurité sociale, la polygamie était une forme de mariage certes différente, mais néanmoins légitime. Cependant, force est de constater que les pouvoirs publics français ont récemment réagi face au développement de la polygamie sur le sol national. En vertu de la nouvelle législation adoptée en août 1993, un mariage polygamique ne donne plus le droit au mari de faire venir en France sa seconde épouse et leurs enfants. Les enfants issus d'un mariage polygamique qui résident à l'étranger sans leur père ne peuvent le rejoindre en France qu'en cas de décès de leur mère dans leur pays natal. La Loi du 24 août 1993 prévoit en son article 30 ce qui suit :

« Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéficiaire du regroupement familial ne peut

être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. »<sup>39</sup>

De nombreuses associations d'immigrés ont contesté cette loi en raison du traitement injuste qu'elle réserve aux femmes musulmanes. En effet, devant l'impossibilité de co-habiter légalement avec leur conjoint, celles-ci entrent généralement de manière clandestine dans le pays, se retrouvant ainsi en situation de grande vulnérabilité.<sup>40</sup>

### La position française en matière de *Mahr* (dot)

Le terme *mahr*, qui signifie « récompense » (*ajr*) ou « présent nuptial » (*sadaqa* ou *faridah*), désigne dans le droit musulman de la famille le « paiement que l'épouse est en droit de recevoir de son conjoint au titre du mariage. »<sup>41</sup> *L'Encyclopaedia of Islam* insiste sur le fait que c'est à l'épouse en personne et non à son tuteur que revient le *mahr* : « Le *mahr* est le présent que le fiancé offre à sa promise au moment du mariage et qui devient, dès lors, la propriété de l'épouse. »<sup>42</sup> Aux fins de la conclusion du mariage musulman, l'époux a obligation, en application du contrat, de payer le *mahr* à son épouse au moment même de la cérémonie, à moins que celle-ci n'accepte de différer tout ou partie du versement.<sup>43</sup> Bien exclusif de l'épouse, le *mahr* a été institutionnalisé dans la *Charia* afin de garantir son indépendance financière en cas de divorce ou au décès de son conjoint.<sup>44</sup>

En vertu des dispositions du droit international privé, le juge français a eu tendance à donner effet à l'institution islamique du *mahr*, le nombre de cas dont les tribunaux ont été saisis restant toutefois limité.<sup>45</sup> Jean Déprez note ainsi :

« La dot demeure néanmoins une pratique relativement répandue dans les familles immigrées, quel qu'ait été le mode de mariage conclu, mais elle n'intéresse l'ordre juridique français qu'occasionnellement, en cas de litige porté devant le juge relativement à son paiement ou éventuellement sa restitution. La jurisprudence est rare. »<sup>46</sup>

### La position française en matière de *Talâq* (divorce)

Selon le droit de la famille musulman traditionnel, le *talâq* (répudiation)<sup>47</sup> constitue un acte unilatéral par lequel le contrat de mariage est dissout sur déclaration de l'époux. Le mari a en effet le droit de divorcer de son épouse en prononçant à trois reprises le terme « *talâq* », sans avoir besoin de la sanction de la justice.<sup>48</sup> Dans une série de pas moins de cinq décisions rendues début 2004,<sup>49</sup> la première chambre civile de la Cour suprême (*Cour de Cassation*) refusait de reconnaître le *talâq* comme forme légitime de divorce,<sup>50</sup> car jugé contraire à l'ordre public français en général et au principe de l'égalité des sexes en particulier.<sup>51</sup> Toutefois, en raison des accords bilatéraux signés avec le Maroc et l'Algérie, dans les années 1980 et 1990, les juges ont conféré des effets juridiques au *talâq*, pour autant qu'il ait été prononcé à l'étranger et que les deux conjoints en aient témoigné devant les tribunaux français.<sup>52</sup>

## 2) L'exemple de l'Allemagne

### Le multiculturalisme et le modèle « d'auto-définition différentialiste et ethnoculturelle »

L'Allemagne se définit historiquement en tant que nation fondée sur une généalogie sanguine commune, d'où ses réticences à assimiler socialement des individus et des groupes culturellement différents.<sup>53</sup> Il convient de noter que l'idée de nation allemande est

née notamment par réaction à la menace extérieure que représentait Napoléon, alors que le concept de nation française résulte de l'opposition du peuple à la monarchie et au clergé. Ces différences expliquent peut-être pourquoi les Allemands acceptent mal qu'un étranger (*ausländer*) puisse devenir citoyen allemand. Fondée sur l'État, la nation française voit dans la citoyenneté un moyen d'intégrer les immigrants dans la société. De manière diamétralement opposée, l'idée de nation allemande centrée sur le Peuple<sup>54</sup> s'appuie sur le principe du *jus sanguinis* en matière de citoyenneté, qui met l'accent sur l'unité de la nation et l'importance de l'ascendance. De fait, jusqu'en 1999, tout candidat à la naturalisation devait apporter la preuve qu'il possédait au moins un ancêtre d'origine allemande pour obtenir la citoyenneté allemande - exigence qui revenait en pratique à exclure les immigrants de toute intégration collective.<sup>55</sup> Mais les législations restrictives sur la citoyenneté et la naturalisation ont connu une évolution ces dernières années. Depuis l'introduction en 1999 de la nouvelle loi relative à la citoyenneté,<sup>56</sup> l'origine ancestrale ayant progressivement perdu de son importance, le processus de naturalisation des migrants a commencé. En vertu de ce texte législatif, les enfants d'étrangers nés en Allemagne après 2000 peuvent bénéficier de la double citoyenneté - citoyenneté allemande et citoyenneté du pays d'origine de leurs parents -, mais ils doivent néanmoins, entre l'âge de 18 et 23 ans, renoncer à celle de leurs parents s'ils souhaitent conserver la citoyenneté allemande.<sup>57</sup>

Sur une population totale de 82 millions d'habitants, l'Allemagne compte plus de 3 millions de musulmans, pour la plupart d'origine turque (89%).<sup>58</sup> Depuis le début des années 1970, les minorités islamiques

s'efforcent d'obtenir un statut légal pour leurs communautés religieuses, mais leurs requêtes ont été systématiquement déboutées par les tribunaux. En vertu de la Constitution de 1949, les cultes peuvent acquérir le statut de collectivité de droit public sous réserve que leur pérennité soit garantie par des statuts et par le nombre de leurs membres.<sup>59</sup> A défaut de satisfaire à ces conditions, ils doivent se constituer en simple association de droit privé. En 1977, la communauté musulmane d'Allemagne a demandé le statut de collectivité de droit public,<sup>60</sup> de sorte que l'Islam soit officiellement reconnu comme une religion égale devant la loi.<sup>61</sup> Le Tribunal régional de Bade-Wurtemberg a rejeté cette demande.<sup>62</sup> Deux ans plus tard, une tentative du même ordre, initiée à Cologne, devait rester lettre morte, malgré la référence explicite à l'article 4 de la Constitution allemande, qui garantit la liberté de croyance et de culte.<sup>63</sup> Selon Mathias Rohe, spécialiste du traitement légal réservé en Allemagne aux minorités islamiques, les demandes formulées par les diverses communautés musulmanes en vue de bénéficier de ce statut ont été repoussées faute de garanties suffisantes quant à leur durée et leur stabilité :

« Conformément à la décision de 1954 de la conférence des ministres de l'Intérieur, la nécessaire stabilité de la communauté doit se vérifier sur plus de 30 ans. A ce jour, la communauté juive a obtenu ce statut, alors qu'aucune communauté musulmane n'y est parvenue. Cela s'explique indubitablement par le fait que les groupes musulmans importants n'envisageaient pas, jusqu'à une époque récente, de s'installer durablement. »<sup>64</sup>

Gerdien Jonker, chercheuse réputée pour ses travaux empiriques sur les minorités

religieuses en Allemagne, défend, pour sa part, un tout autre point de vue sur la question. Selon elle, la sentence rendue repose non seulement sur la conviction des juges que les requérants se livraient à des activités de droite, mais également sur le sentiment que « 'l'Islam' déterminait la vie quotidienne de ses fidèles d'une manière inacceptable et inadéquate à la conception allemande de la religion. »<sup>65</sup> En outre, Gerdien Jonker avance que ces décisions de justice ont constitué :

« les prémisses de la ségrégation et ont eu des incidences tangibles sur la vie religieuse de la communauté musulmane d'aujourd'hui. Pour les Musulmans pratiquants, le conflit entre concepts juridiques islamiques et normes juridiques allemandes a conduit à l'isolement social. »<sup>66</sup>

A l'heure actuelle, aucune communauté musulmane ne possède le statut de collectivité de droit public, à la différence des églises chrétiennes et de la communauté juive. Les organisations islamiques sont assimilées à des associations de droit privé sans statut légal.

Comme en France, en vertu des dispositions du droit international privé allemand<sup>67</sup> et des accords bilatéraux conclus entre l'Allemagne et d'autres pays,<sup>68</sup> la loi applicable en matière de droit de la famille n'est pas celle du domicile, mais celle de la nationalité des parties. Il va de soi que ce principe général est subordonné à l'ordre public allemand,<sup>69</sup> ainsi qu'à toutes les conventions internationales dont l'Allemagne est signataire.<sup>70</sup> Ces règles revêtent une importance considérable eu égard au fait qu'il y a en Allemagne 8,9% d'étrangers, parmi lesquels environ 2 millions sont originaires de pays musulmans. L'existence de ces dispositions de droit international privé qui intègrent le droit

musulman de la famille et s'appliquent, dans le pays, aux résidents étrangers sont souvent ignorées de la communauté musulmane. C'est ce qu'indique Christina Jones-Pauly :

« La méconnaissance par la plupart des étrangers résidant en Allemagne - voire des citoyens allemands eux-mêmes - des règles qui prévoient l'application aux étrangers de la législation de leur pays d'origine peut entraîner pour certains un choc brutal à l'occasion d'un différend matrimonial. Ainsi, beaucoup d'Iraniens qui avaient fui en Allemagne pour échapper au régime du Shah, puis à celui de Khomeini, et y résidaient en toute légalité depuis fort longtemps - jusqu'à 30 années - se trouvent au moment de leur divorce tout à coup confrontés devant la justice allemande à l'application des lois islamiques auxquelles ils ont voulu se soustraire. Ayant conservé la nationalité iranienne - jusqu'à récemment, il n'était guère aisé d'obtenir la citoyenneté allemande -, ils sont considérés comme des 'hôtes' sur le territoire, qui ont droit à ce que soit mise en oeuvre la législation de leur pays d'origine en matière de conflits matrimoniaux. »<sup>71</sup>

En pareils cas, il appartient aux tribunaux allemands de préciser les limites de « l'ordre public allemand » - notion susceptible d'empêcher l'application des règles étrangères dans l'éventualité où celle-ci conduirait à un résultat manifestement en désaccord avec les grands principes du droit allemand, notamment les droits civils constitutionnels.<sup>72</sup> Il a donc fallu que les juges se prononcent sur la légalité d'institutions telles que le mariage islamique et la polygamie, la dot (*mahr*) et le divorce (*talâq*),<sup>73</sup> autant de questions auxquelles je vais me consacrer respectivement.

## La position allemande en matière de mariage islamique et de polygamie

En matière de droit de la famille et de droit des successions,<sup>74</sup> l'application des normes juridiques en Allemagne est fonction du droit de la nationalité et non du droit du domicile. A titre d'exemple, la législation applicable lors du divorce de conjoints d'origine syrienne mariés en Syrie est le droit musulman de la famille en vigueur dans ce pays, qui prévoit le droit à des pensions alimentaires après divorce.<sup>75</sup> Le droit du domicile ne s'applique que dans les cas de demande d'aliments pour l'entretien des enfants<sup>76</sup> ou de nationalité plurielle des parties.<sup>77</sup>

La monogamie est l'un des principes constitutionnels allemands majeurs, ainsi que l'énonce le paragraphe 1306 du BGB (Code civil).<sup>78</sup> Contracter une union polygamique en Allemagne est par conséquent impossible au regard de la loi.<sup>79</sup> A l'image de ce qui se passe en France, un mariage polygamique n'a d'effet en droit allemand qu'à condition d'avoir été conclu dans un pays qui autorise la polygamie.<sup>80</sup> Cette reconnaissance signifie concrètement qu'une femme musulmane peut obtenir des droits sociaux, notamment en matière de succession, de garde des enfants et de pensions alimentaires pour leur entretien.<sup>81</sup>

S'agissant du droit au regroupement familial, l'*OVG Nordrhein-Westfalen* (Tribunal administratif suprême de Rhénanie-du-Nord-Westphalie)<sup>82</sup> a statué, dans un arrêt de 1985, qu'une femme musulmane d'origine jordanienne n'avait pas le droit de venir vivre avec son mari et la première épouse de celui-ci en Allemagne. Dans des cas similaires, les tribunaux ont jugé que les co-épouses ne pouvaient rejoindre leur mari en Allemagne, mais que, dès l'instant où elles habitaient déjà avec lui, elles ne feraient l'objet d'aucune

poursuite judiciaire, la polygamie n'étant pas réputée contraire à l'ordre public allemand.<sup>83</sup>

En ce qui concerne l'âge minimum du mariage, l'âge légal en Allemagne est de 18 ans,<sup>84</sup> avec des exceptions possibles à partir de 16 ans.<sup>85</sup> Un âge minimum inférieur constituerait une contravention à l'ordre public allemand.<sup>86</sup>

### La position allemande en matière de *Mahr* (dot)

Les tribunaux allemands ont été saisis de plusieurs cas dans lesquels ils ont dû trancher sur la force exécutoire du *mahr*.<sup>87</sup> Certains ont vu dans le traitement du *mahr* en Allemagne « un problème 'd'ordre technique' sérieux »<sup>88</sup> ou bien encore « la cacophonie discordante des voies de la justice »,<sup>89</sup> en raison essentiellement de la difficulté à déterminer s'il fallait faire relever cette institution légale du contrat de mariage (régé par l'article 13 de l'EGBGB [Loi introductive au Code civil]) ou des pensions alimentaires après divorce (régies par l'article 18 paragraphe 4 de l'EGBGB). Les juges ont été néanmoins enclins à appliquer la loi religieuse islamique<sup>90</sup> et à décider que la dot islamique faisait partie intégrante des pratiques coutumières musulmanes. D'où l'obligation faite à l'époux de payer la dot, même en l'absence d'équivalent du *mahr* dans la législation allemande.<sup>91</sup>

### La position allemande en matière de *Talâq* (divorce)

D'une manière générale, la répudiation unilatérale (*talâq*) d'une épouse musulmane par son mari est considérée comme une infraction à l'ordre public allemand et, à ce titre, n'est pas reconnue par la justice allemande.<sup>92</sup> Ainsi, le Tribunal de grande instance de Francfort<sup>93</sup> a estimé que le *talâq* était arbitraire et par voie de conséquence

incompatible avec les dispositions de la Constitution allemande relatives à l'égalité des sexes.<sup>94</sup> Le cas le plus récent est un arrêt rendu en 1998<sup>95</sup> par l'OLG Stuttgart (Tribunal régional de Stuttgart), dans lequel ce dernier statuait que, l'épouse n'ayant pas voix au chapitre, le *talâq* violait l'ordre public allemand. Mais la justice aura tendance à reconnaître le *talâq* si l'épouse consent à la dissolution du mariage devant un tribunal allemand. C'est ainsi qu'en 1992, un magistrat de l'AG Esslingen (Tribunal cantonal d'Esslingen) a dissout un mariage après que l'époux eut formulé le *talâq* en sa présence.<sup>96</sup>

### 3) L'exemple de la Grande-Bretagne : Proposition en faveur de la mise en place d'un système de droit musulman de la famille

La Grande-Bretagne a une longue tradition de pays de « migration », qui a vu s'installer de nombreux groupes de population différents. Avec environ deux millions de personnes,<sup>97</sup> la communauté musulmane forme le groupe confessionnel minoritaire le plus important. Tout en ayant instauré un certain degré de pluralisme dans le but de préserver les identités culturelles, la Grande-Bretagne a fait le choix d'adopter un système de droit de la famille laïque et universel.

Il n'y a pas en Grande-Bretagne de séparation stricte de l'Église et de l'État, ni de dispositif permettant à l'État de « reconnaître » légalement les communautés religieuses. L'église d'Angleterre est la religion dominante. A la fois Chef de l'État et Gouverneur suprême de l'Église d'Angleterre, la Reine incarne les rapports spéciaux existant entre la Couronne et l'Église. Au cours des années 1970, l'*Union of Muslim Organisations of UK* (Union des organisations musulmanes du Royaume-

Uni) a organisé une série de réunions qui ont débouché sur une résolution formelle visant à obtenir la reconnaissance officielle d'un système distinct de droit musulman de la famille automatiquement applicable aux Musulmans britanniques.<sup>98</sup> Les spécialistes musulmans à l'origine de cette initiative soutenaient que, dans le contexte d'un pays occidental, il devrait y avoir une latitude qui permette aux lois religieuses personnelles de s'exercer parallèlement au dispositif de droit de la famille laïque.<sup>99</sup> En 1984, une charte musulmane a donc été élaborée : elle exigeait que la *Charia* se voie accorder une place au sein du droit personnel.<sup>100</sup> Par la suite, une proposition inscrite dans la même démarche a été soumise à divers ministres afin d'être présentée pour adoption au Parlement. Cette demande a été réitérée publiquement en 1996.<sup>101</sup>

Cependant, le Gouvernement a rejeté ce projet en faveur de la mise en place d'un système de droit personnel musulman régissant les questions personnelles et familiales,<sup>102</sup> au motif que l'on ne pouvait avoir la certitude que les systèmes juridiques non laïques garantissent le respect des valeurs universellement admises des droits humains, notamment en ce qui concerne les femmes<sup>103</sup> : « ...au nom des droits humains, il ne faut pas que les Musulmans aient la possibilité d'appliquer un système de droit personnel musulman en Angleterre en raison du risque de voir les droits des femmes violés d'une manière discriminatoire. »<sup>104</sup> Le défunt Dr. Sebastian Poulter soutiendra également dans un ouvrage ultérieur :

« Alors que le droit britannique devrait appréhender les autres cultures d'une manière globale dans un esprit généreux de tolérance et, dans le doute, choisir de laisser les membres des communautés minoritaires

observer leurs différentes traditions en Angleterre, il sera absolument nécessaire, dans certains domaines essentiels, de garantir des normes minimales inspirées des valeurs fondamentales communes, si l'on veut préserver la cohésion et l'unité de la société anglaise. »<sup>105</sup>

Qui plus est, la pluralité des conceptions juridiques musulmanes en présence place l'État britannique devant la difficulté de définir selon quelles modalités pratiques mettre en œuvre des versions du droit musulman de la famille aussi nombreuses. Humayun Ansari fait ainsi observer :

« Savoir notamment quelle(s) version(s) du droit musulman appliquer, à qui il appartient de l'interpréter, quels tribunaux et qui au sein de ces juridictions seraient habilités à statuer demeure problématique. »<sup>106</sup>

Le juge David Pearl exprime des préoccupations similaires :

« (...) en tout état de cause, il sera extrêmement compliqué de déterminer le droit de la famille spécifique à la communauté musulmane, dans la mesure où il diffère en fonction des écoles et des origines. S'il peut exister des dénominateurs communs, par définition, ces principes ne seront pas acceptables pour tous. Les anciennes polémiques autour de la définition de la *Charia* et de son application concrète pourraient se ranimer au Royaume-Uni, compromettant les relations harmonieuses au sein des communautés elles-mêmes. »<sup>107</sup>

S'étant vu refuser la caution officielle des pouvoirs publics en raison de la défiance du système juridique britannique à l'égard du droit musulman de la famille, la communauté musulmane a mis au point un dispositif

officieux de règlement des différends impliquant des Musulmans. En fait, depuis 1982, l'*Islamic Shari'a Council (UK) (ISC)* [Conseil de la *Charia* islamique (R-U)] offre aux couples des services professionnels de conciliation concernant divers aspects du droit musulman et a établi à cette fin des procédures, formulaires et certificats types. Cette méthode fondée sur le « droit non-officiel » est relativement répandue : selon une enquête réalisée en 1989, 66% des Musulmans se conformeraient au droit musulman en cas de conflit entre ce dernier et le droit anglais.<sup>108</sup> L'ISC a entre autres objectifs l'établissement « d'une instance qui agirait en tant que tribunal de la *Charia* islamique et se prononcerait sur les questions relevant du droit musulman de la famille qui lui seraient renvoyées. »<sup>109</sup> L'ISC applique les règles islamiques pour essayer de résoudre les « problèmes que rencontrent les familles musulmanes ayant obtenu un jugement en leur faveur de la part des tribunaux non islamiques du pays sans pour autant avoir reçu la sanction de la *Charia* islamique. »<sup>110</sup> Il examine plus de 50 affaires par an. Au milieu des années 1990, il avait ainsi instruit quelque 1 500 cas dont il avait été saisi, pour la plupart des affaires de divorce dans lesquelles l'épouse avait obtenu un divorce civil, mais le mari refusait de prononcer le *talâq*.<sup>111</sup> En pareils cas, le Conseil va chercher à accorder la dissolution du mariage (*faskh*) à l'épouse en lui délivrant un certificat de divorce, sous réserve cependant que cette dernière consente à restituer le *mahr*.

Compte tenu de la précarité financière que connaissent les femmes musulmanes ayant renoncé au *mahr* en contrepartie du divorce, certains spécialistes ont condamné l'existence de l'ISC (UK), car il conforte « la pratique préoccupante de ceux qui ne sont ni plus ni moins que les porte-parole des

intérêts des hommes musulmans. »<sup>112</sup> De fait, la *Nuffield Foundation* a commandité une étude empirique portant sur l'ensemble des conflits matrimoniaux et des divorces dans lesquels l'ISC (UK) était intervenu. Ont été exploités près de 300 dossiers, 21 entretiens complémentaires avec des femmes ayant eu recours aux services du Conseil, ainsi que des entretiens eus avec deux organisations d'assistance aux femmes situées à Londres. Publiée en 2001 sous le titre *Untying the Knot: Muslim Women, Divorce and the Shariah* (Comment trancher le nœud : les femmes musulmanes, le divorce et la *Charia*), l'enquête réalisée par Sonia Nurin Shah-Kazemi indique que tout en étant opposées à une éventuelle reconnaissance officielle de la loi de la *Charia* en Grande-Bretagne, les femmes musulmanes étaient favorables à l'intervention dans les conflits familiaux d'une tierce partie en la personne des médiateurs islamiques. L'auteur explique ainsi :

« Il est largement admis que toute reconnaissance officielle du système juridique de la *Charia* au Royaume-Uni ferait problème (...). Alors qu'il existe un consensus sur la nécessité de sensibiliser davantage l'opinion au poids qu'a la *Charia* dans la vie familiale de [ces] femmes, il résulte concrètement de cette enquête que la demande d'une reconnaissance publique de la *Charia* est minoritaire. »

Sur les 308 cas examinés, cette enquête a permis d'identifier 28 mariages forcés.

## Remarques finales

En France comme en Allemagne, les dispositions du droit international privé rendent possible l'application « directe » du droit musulman de la famille aux ressortissants étrangers de confession

musulmane. Le respect de la « différence » juridique constitue la *raison d'être* de ces règles, dès lors que sont concernées des personnes de « nationalité transfrontière ». Cette application est susceptible d'engendrer des situations discriminatoires pour les femmes musulmanes : droit successoral favorable aux hommes, soutien financier de quatre mois maximum accordé aux épouses, partage des biens au détriment des intérêts des femmes, garde confiée au père en fonction de l'âge des enfants. L'unique recours dont disposent les tribunaux pour sauvegarder l'égalité des droits des femmes musulmanes lorsque la mise en œuvre du droit musulman de la famille serait discriminatoire est de faire appel au principe de « l'ordre public » pour en empêcher l'application.

Les tribunaux français et allemands ont apparemment tiré des conclusions similaires au moment de préciser les limites de « l'ordre public » : les mariages islamiques n'ont aucun effet en droit s'ils ont été contractés en France ou en Allemagne ; la répudiation unilatérale d'une épouse musulmane par son mari (*talâq*) n'est pas reconnue comme forme légitime de divorce ; les mariages polygamiques ne sont juridiquement valables que s'ils ont été conclus dans un pays autorisant la polygamie ; enfin, l'institution islamique du *mahr* est exécutoire devant les tribunaux français ou allemands.

Toute la complexité de la question est de savoir s'il faut que les pays occidentaux « intègrent ou rejettent » les règles juridiques islamiques, et, surtout, quelles seront les répercussions de ce choix sur l'égalité des droits des femmes musulmanes. Ainsi que l'illustrent les jurisprudences française et allemande, la reconnaissance de la polygamie, par exemple, peut avoir des retombées positives pour certaines femmes

musulmanes *en particulier*, car celles-ci seront protégées sur le plan économique au lieu d'être privées du versement de prestations sociales par l'État ou par leur ancien conjoint. Mais d'un autre côté, on peut s'inquiéter du fait qu'en protégeant ces femmes musulmanes *en particulier*, l'État occidental encourage et légitime ainsi l'existence d'une institution - la polygamie - que bien des femmes musulmanes estiment particulièrement discriminatoire.<sup>113</sup>

En Grande-Bretagne, l'option retenue a été d'adopter un système de droit de la famille laïque et universel. D'où le rejet de la proposition visant à instaurer un système distinct de droit musulman de la famille par un Gouvernement désireux d'assurer le respect des valeurs universellement reconnues des droits humains, en particulier l'égalité des sexes. Quoique plusieurs conseils de *Charia* jouent un rôle de premier plan dans le règlement des litiges en droit de la famille, il ressort de la vaste consultation réalisée auprès de différentes communautés musulmanes, notamment auprès de groupes de femmes, que la reconnaissance officielle du système juridique de la *Charia* en Grande-Bretagne est jugée aléatoire.

## Remerciements

*Le Canadian Council of Muslim Women* (Conseil canadien des Femmes musulmanes) détient le copyright de cet article, qui a été initialement rédigé à son intention et qui est publié ici avec son autorisation, ainsi que celle de son auteur.

Canadian Council of Muslim Women  
B. P. 154, Gananoque, ONT K7G 2T7  
Tél. : 613 382 2847  
E-mail [info@ccmw.com](mailto:info@ccmw.com)  
Site Internet : [www.ccmw.com](http://www.ccmw.com)



Pascale Fournier  
 Faculté de Droit, Université McGill  
 3644 rue St Peel, Montréal, Québec, Canada  
 H3A 1W9  
 E-mail : pfournie@law.harvard.edu ; pascale.fournier@mcgill.ca

## Notes de fin de texte

<sup>1</sup> Attachée de recherches Boulton, Faculté de Droit, Université McGill ; Licence de Droit (Université de Laval) ; Maîtrise de Droit (Université de Toronto) ; Doctorante en Droit (École de Droit d'Harvard). Je tiens à remercier mes proches et collègues pour leurs commentaires réfléchis. Je voudrais également témoigner ma reconnaissance à toutes les femmes du groupe de travail du CCMW et de la NAWL (National Association of Women and Law [Association nationale de la Femme et du Droit]) pour les entretiens fort précieux qui ont jalonné la rédaction de cet article. Par ailleurs, je souhaite spécialement remercier Andrée Côté, Anne Saris, Robert A. Crouch, Marilou McPhedran, Natasha Bakht et Janet Halley pour les critiques et suggestions dont il m'ont fait part. J'adresse mes remerciements chaleureux à Xavier Milton pour son soutien indéfectible. Cet article est dédié à Alia Hogben, dont « l'intervention » militante et féconde en matière de théorie, de pratique et de connaissances islamiques a offert aux femmes musulmanes canadiennes la possibilité de découvrir les façons dont se construisent et se perpétuent les voies dites « impossibles », « irréalisables » et « illégitimes » du changement social.

<sup>2</sup> Voir N. Hijab, *Islam, Social Change, and the Reality of Arab Women's Lives*, in *Islam, Gender and Social Change*, sous la direction d'Y. Haddad et J. L. Esposito, New-York et Oxford, Oxford University Press, 1998 ; A. Y. Al-Hibri, *Marriage Laws in Muslim Countries: A Comparative Study of Certain Egyptian, Syrian, Moroccan, and Tunisian Marriage Laws*, *International Review of Comparative Public Policy*, Vol. 4, 1992, p. 227.

<sup>3</sup> La métaphore de la « transplantation juridique » est utilisée par Alan Watson dans l'analyse de l'importation des pratiques juridiques étrangères en droit comparatif. Voir A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> édition, University of Georgia Press, Athènes, Géorgie, 1993, p. 21 ; A. Watson, *Legal Transplants and Law Reform*, *Law Quarterly Review*, Vol. 79, 1976, p. 92. Pour une interprétation contraire en matière de bons et mauvais usages des « transplantations juridiques », voir P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, 1997, No 2, p. 111.

<sup>4</sup> Par *Charia* (loi musulmane), j'entends les règles islamiques inspirées, selon les Musulmans, de la révélation divine. J'ai ici plus particulièrement porté mon attention sur la reconnaissance du mariage islamique et de la polygamie, le *mahr* (dot) et le *tâlaq* (divorce), en écartant les questions afférentes à la garde des enfants et au droit successoral.

<sup>5</sup> M. F. Leruth, *The Neorepublican Discourse on French National Identity*, *French Politics and Society*, Vol. 16, 1998, No 4, pp. 49-60.

<sup>6</sup> Pierre-André Taguieff, *L'Identité nationale : un débat français*, *Regards sur l'actualité*, Vol. 209-210, 1995, pp. 13-28.

<sup>7</sup> La Constitution du 4 octobre 1958 énonce en son article 1<sup>er</sup> : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

<sup>8</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, dont l'article 2 dispose : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1<sup>er</sup> janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes.

« Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons.

« Les établissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées à l'article 3. »

<sup>9</sup> Il existe cependant des exceptions, ainsi que le fait à juste titre observer B. Basdevant-Gaudemet dans *Islam in France*, in *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, sous la direction de R. Aluffi et G. Zincone, Peeters Publishers, Louvain, Belgique, 2004, p. 59 :

« De même, s'il n'y a pas de financement direct des confessions religieuses sur le budget public, il n'est pas interdit aux collectivités publiques d'octroyer des subventions à des institutions culturelles ou sociales à caractère religieux et les religions peuvent aussi bénéficier d'importantes aides indirectes par application de mesures fiscales, ou dans le cadre de l'école privée confessionnelle, ou encore par bien d'autres biais. »

<sup>10</sup> W. Safran, *State, Nation, National Identity, and Citizenship : France as a Test Case*, *International Political Science Review*, Vol. 12, No 2, 1991, pp. 219-38.

<sup>11</sup> En 2004, on évaluait à plus de 5 millions le nombre de Musulmans en France, soit près de 8% de la population globale, ce qui représente le plus fort taux enregistré dans un pays européen occidental. Voir B. Basdevant-Gaudemet, *op. cit.* (9), p. 62.

<sup>12</sup> D. Hervieu-Léger, *The Past in the Present : Redefining Laïcité in Multicultural France*, in *The Limits of Social Cohesion*, sous la direction de P. Berger, Westview Press, Londres, 1998, p. 39.

<sup>13</sup> Voir <http://www.mosquee-de-paris.org>.

<sup>14</sup> Voir <http://www.uoif-online.com>.

<sup>15</sup> Voir <http://www.france5.fr/cdanslair/D00063/308>.

<sup>16</sup> Voir B. Basdevant-Gaudemet, *op. cit.* (9), p. 66.

- <sup>17</sup> Il est constitué d'une Assemblée générale, d'un Conseil d'administration et d'un Bureau.
- <sup>18</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, résolution de l'AG 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976.
- <sup>19</sup> Code Civil, article 3 al. 3 (inséré par la Loi du 5 mars 1803 promulguée le 15 mars 1803) : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »
- Code Civil, article 310 (inséré par la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, article 1er, publiée au Journal Officiel du 12 juillet 1975, entrée en vigueur le 1er janvier 1976) : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
  - lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
  - lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps. »
- <sup>20</sup> Voir, par exemple, la *Convention entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, Décret n° 83-435 du 27 mai 1983 (publié au Journal Officiel du 1er juin 1983, p. 1643). L'article 5 dispose ce qui suit :
- « Les conditions du fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité. »
- <sup>21</sup> Pour une analyse comparative, voir S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh et A. Bonomi (direction), *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess, Zürich, 1999.
- <sup>22</sup> Voir E. Rude-Antoine (direction), *L'Immigration face aux lois de la République*, Éditions Karthala, Paris, 1992 ; J. Déprez, *Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 211, 1988, IV, p. 1. Pour une étude générale sur l'exception de « l'ordre public » en droit international privé, voir R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, in *L'Ordre public à la fin du XXe siècle. Recueil, thèmes et commentaires*, ouvrage collectif sous la direction de Beignier, Dalloz, Paris, 1996, p. 65.
- <sup>23</sup> En matière de droit de la famille, la France a ratifié la Convention du 24 octobre 1956 (Convention of 24 October 1956) sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (Conférence de La Haye de Droit international privé), la Convention du 2 octobre 1973 (Convention of 2 October 1973) sur la loi applicable aux obligations alimentaires (Conférence de La Haye de Droit international privé), ainsi que la Convention du 14 mars 1978 (Convention of 14 March 1978) sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (Conférence de La Haye de Droit international privé).
- <sup>24</sup> B. Basdevant-Gaudemet, *Le statut juridique de l'Islam en France*, *Revue du Droit public* (RDP), No 2, 1996, p. 355.
- <sup>25</sup> Conseil d'État, 11 mars 1988, ministère des Affaires sociales et de l'emploi c. Diagne, Tables rondes; Conseil d'État, 28 juillet 1989, Keita ; Conseil d'État, 15 janvier 1990, Cissoko.
- <sup>26</sup> Code Civil, article 147 (inséré par la Loi du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803) : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. »
- Code Civil, article 184 (Loi du 17 mars 1803, promulguée le 27 mars 1803 ; Loi du 19 février 1933 ; Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 article 31, publiée au Journal Officiel du 29 août 1993) :
- « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. »
- <sup>27</sup> Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1992, *Dalloz*, 1994, J. 272 et Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile. Arrêt du 15 mars 1988, *Gazette du Palais*, 1989-1-374.
- <sup>28</sup> Voir TGI de la Seine, 21 juin 1967, in *Revue critique de Droit international privé*, 1968, p. 294, note H. Battifol ; Cour d'appel de Reims, 19 janvier 1976, in *JDI* 1976, p. 916 note I. Fadlallah ; Cour d'appel de Dijon, 1<sup>ère</sup> chambre, 23 mai 1995, in *JCP* 1996, IV, 176.
- <sup>29</sup> Cour d'appel de Versailles, 2<sup>ème</sup> chambre, 18 juin 1992, inédit, in *Juris-Data*, # 044362.
- <sup>30</sup> Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 6<sup>ème</sup> chambre, 19 mai 1988, inédit, in *Juris-Data*, # 045979.
- <sup>31</sup> F. Monéger, *La Polygamie en question*, *JCP* 1990, I, 3460.
- <sup>32</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 19 février 1963, in *Revue critique de Droit international privé*, 1963, p. 559 ; Cour de cassation, chambre civile, 3 janvier 1980, in *Revue critique de Droit international privé*, 1980, p. 331.
- <sup>33</sup> Les tribunaux ont employé l'expression de « ordre public à effet atténué ». E. Rude-Antoine, *Des Vies et des Familles. Les Immigrés, la Loi et la Coutume*, Odile Jacob, Paris, 1997, p. 211 ; E. Rude-Antoine, *Le Mariage maghrébin en France*, Karthala, Paris, 1990, pp. 138-9.
- <sup>34</sup> E. Rude-Antoine, *op. cit.* (22), p. 120.
- <sup>35</sup> Cour de cassation, chambre sociale, 1<sup>er</sup> mars 1973, *Revue critique de Droit international privé*, 1975, p. 54.
- <sup>36</sup> Cour de cassation, chambre sociale, 8 mars 1990, *Revue critique de Droit international privé*, 1991, p. 694.
- <sup>37</sup> Voir Benali c. Makhlof, *Revue critique de Droit international privé*, 87, p. 652. Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, arrêt du 3 juin 1998 ; C.M.Y. Abdallah et consorts, *Revue critique de Droit international privé* 87, p. 602, Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, arrêt du 25 février 1997.
- <sup>38</sup> Conseil d'État, 11 juillet 1980 : *AJDA* 1980, 523, observations de Mm. Feller et Pinault, *Revue critique de Droit international privé*, 1981, p. 658, note J.M. Bischoff.

- <sup>39</sup> Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, publiée au Journal Officiel du 29 août 1993, J.C.P., 1993.i.66371 : « Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. »
- <sup>40</sup> F.K. 2000. *Les Familles polygames en France mises au pied du mur – Éclairage, SDA-Service de Base Français*, 12 janvier ; D. Turpin, *La Réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993, et par la loi du 25 novembre 1993, Revue critique de Droit international privé*, janvier-mars 1994, pp. 1-61 ; voir I. Gillette-Frénoy, *La Polygamie en France et le rôle des femmes*, G.A.M.S., Paris, 1993, p. 36, et *La Polygamie en France pratiquée par les immigrants d'Afrique subsaharienne et le rôle des femmes, L'Ethnographie*, Vol. 89, No 2, 1993, p. 131-69.
- <sup>41</sup> J. L. Esposito et N. J. DeLong-Bas, *Women in Muslim family law* (2<sup>ème</sup> éd.), Syracuse University Press, New York, 2001, p. 23.
- <sup>42</sup> *The Encyclopaedia of Islam* (nouvelle édition), sous la direction de C. E. Bosworth, Vol. 6., Brill Academic Publishers, 1991.
- <sup>43</sup> *Origin and Development of Islamic Law in Law in the Middle East*, sous la direction de M. Khadduri et H. J. Liebesny, The Middle East Institute, Washington D.C., 1955, Vol. 1, p. 142.
- <sup>44</sup> *Ibid.*
- <sup>45</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre, 4 avril 1978, 1978-000137 et Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre, 2 décembre 1997, 004835. Voir également E. Rude-Antoine, *op. cit.* (32), p. 140 et E. Rude-Antoine, *op. cit.* (21), p. 124.
- <sup>46</sup> J. Déprez, *Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé en Familles – Islam – Europe. Le Droit confronté au changement. Musulmans d'Europe*, sous la direction de M-C Foblets, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 68.
- <sup>47</sup> Dans la loi sunnite traditionnelle, la dissolution du mariage intervient lorsque le mari prononce la formule de divorce : « *talâq, talâq, talâq* » – littéralement « *je te répudie, je te répudie, je te répudie* ».
- <sup>48</sup> D. S. el Alami et D. Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, Vol. 3, 1996, p. 22 : « *L'exercice par le mari de son droit au talâq constitue le moyen habituel de rompre un mariage dans le monde musulman (...). La loi islamique confère à l'époux la faculté de mettre fin au mariage unilatéralement, à son gré, et sans motiver sa décision ni saisir la justice.* »
- <sup>49</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 17 février 2005, arrêts nn° 01-11.549, 02-11.618, 02-15.766, 02-17.479 et 02-10.755, Dalloz, 2004, p. 824 (conclusions F. Cavarroz) et p. 815 (note P. Courbe), *Revue critique de Droit international privé*, 2004, p. 423 (note P. Hammie) ; *RTD civ.*, 2004, p. 367 (note J.-P. Marguenaud) ; JCP éd. G., 2004, n° 10128 (note H. Fulchiron) ; *JDI* (Clunet), 2004, p. 1200 (note L. Ganagé).
- <sup>50</sup> J. Déprez, *op. cit.* (46), pp. 57-81.
- <sup>51</sup> En France, la Cour suprême a condamné la répudiation au motif également qu'elle contrevenait à l'article 5 du septième Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).
- <sup>52</sup> J. Déprez, *op. cit.* (46), p. 85 ; R. El-Husseini, *Le Droit international privé français et la répudiation islamique, Revue critique de Droit international privé*, Vol. 88, No 3, 1999, pp. 427-68.
- <sup>53</sup> R. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Massachusetts et Harvard University Press, Londres, 1992, p. 82.
- <sup>54</sup> La nation allemande trouve ses fondements dans la notion de *Volksgeist* (esprit du peuple) – le peuple comme entité raciale et culturelle organique caractérisée par une langue commune. Voir F. C. von Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (Sur la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit), Arno Press, New York, 1975. La théorie de Savigny en matière de droit s'opposait notamment aux conceptions qui s'étaient imposées en France après la Révolution française, puis propagées à l'ensemble de l'Europe, selon lesquelles la législation constitue la source première du droit et le législateur a pour mission principale de protéger les « droits humains ». Savigny défend une vision contraire : pour lui, le droit est une production de la conscience commune de la nation, organiquement liée à l'esprit et l'âme du peuple.
- <sup>55</sup> Voir G. Yurdakul, *State, Political Parties and Immigrant Elites : Turkish Immigrant Associations in Berlin, Journal of Ethnic and Migration Studies*, à paraître en 2006.
- <sup>56</sup> *Staatsangehörigkeitsrecht*.
- <sup>57</sup> C. Joppke et E. Morawska, *Integrating Immigrants in Liberal Nation-States : Policies and Practices, in Toward Assimilation and Citizenship : Immigrants in Liberal Nation-States*, sous la direction de C. Joppke et E. Morawska, Palgrave Macmillan, Londres, 2003, pp. 1-36.
- <sup>58</sup> M. Rohe, *The Legal Treatment of Muslims in Germany*, sous la direction de R. Aluffi et G. Zincone, *op. cit.* (9) p. 83.
- <sup>59</sup> Ce statut garantit des droits importants : droit de prélever des impôts auprès des membres de la communauté et de créer des circonscriptions culturelles, droit d'employer du personnel conformément à une législation du travail religieusement orientée, droit de désigner des membres aux conseils de diffusion, allègements fiscaux au titre des biens régis par le droit immobilier public, etc. Voir M. Rohe, *op. cit.* (58) p. 87.
- <sup>60</sup> *Körperschaftsstatus*.
- <sup>61</sup> Voir Vocking, *Organisations as attempts at integration of Muslims in Germany in Muslims and Christians in Europe, Essays in Honour of Jan Slomp, ouvrage collectif sous la direction de Speelman, Kok, Kampen, Pays-Bas*, 1993.
- <sup>62</sup> G. Jonker, *What is Other about Other Religions? The Islamic Communities in Berlin between Integration and Segregation*, in *Cultural Dynamics*, Vol. 12, No 3, 2000, p. 313.

<sup>63</sup> L'article 4, relatif à la liberté de croyance, de conscience et de profession de foi, énonce ce qui suit :

« La liberté de croyance et de conscience et la liberté de professer des croyances religieuses et philosophiques sont inviolables.

Le libre exercice du culte est garanti. »

<sup>64</sup> M. Rohe, *op. cit.* (58), p. 87.

<sup>65</sup> G. Jonker, *op. cit.* (62), p. 314.

<sup>66</sup> G. Jonker, *op. cit.* (62), p. 312.

<sup>67</sup> Second chapitre consacré au Droit international privé dans *Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuche* (article 3 de l'EGBGB [Loi introductive au Code Civil]).

<sup>68</sup> A titre d'exemple, l'Iran et l'Allemagne ont ratifié une convention qui garantit l'application des lois de statut personnel iraniennes aux ressortissants iraniens résidant en Allemagne et inversement pour les ressortissants allemands résidant en Iran. Voir *Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien* du 17 décembre 1929 (Convention d'établissement entre le Reich allemand et l'Empire de Perse), Reichsgesetzblatt Jg. (Journal officiel du Reich) 1930, Teil (Partie) II, p. 1002 et p. 1006. Entérinée par la République fédérale d'Allemagne le 15 août 1955, BGBl (Journal officiel fédéral), Teil II, No 19, 25 août 1955, p. 829.

<sup>69</sup> Voir l'article 6 de l'EGBGB, ainsi que le paragraphe 138 al. 1 de la BG (Loi fédérale) : « Tout acte juridique qui contrevient aux bonnes mœurs est nul. »

<sup>70</sup> En matière de droit de la famille, l'Allemagne a également ratifié la Convention du 24 octobre 1956 (Convention de 24 October 1956) sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (Conférence de La Haye de Droit international privé), la Convention du 2 octobre 1973 (Convention of 2 October 1973) sur la loi applicable aux obligations alimentaires (Conférence de La Haye de Droit international privé), ainsi que la Convention du 14 mars 1978 (Convention of 14 March 1978) sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (Conférence de La Haye de Droit international privé).

<sup>71</sup> C. Jones-Pauly, *Marriage Contracts of Muslims in the Diaspora : Problems in the Recognition of Mahr Contracts in German law*, à paraître aux éditions Frank Vogel, *Marriage Contracts in Islamic Law*, Cambridge, Massachusetts, et Harvard University Press, Londres, 2005.

<sup>72</sup> Notamment, les droits constitutionnels (et humains) visés aux articles 3 (égalité des sexes et des croyances religieuses), 4 (liberté de croyance et de conscience, y compris le droit à l'athéisme) et 6 (protection spéciale du mariage et de la famille) de la Constitution allemande.

<sup>73</sup> Voir d'une manière générale O. Elwan, *Le droit interreligieux égyptien auprès des tribunaux allemands*, in *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, sous la direction de C. von Bar, 1999, 53, 62ss.

<sup>74</sup> Article 13 s. de l'EGBGB relatif aux conditions et effets juridiques de la conclusion du mariage ; article 17 de l'EGBGB relatif aux conditions et effets juridiques du divorce, aux rapports juridiques entre les conjoints, les

enfants et les autres membres de la famille, dont l'obligation alimentaire entre conjoints divorcés, la garde et la tutelle des mineurs, l'adoption, l'autorité parentale et l'aide sociale, les rapports de succession.

<sup>75</sup> Article 18 (4) de l'EGBGB

<sup>76</sup> Article 18 (1) de l'EGBGB.

<sup>77</sup> Article 14 de l'EGBGB. En pareils cas, les parties peuvent choisir le droit de la nationalité qui s'appliquera.

<sup>78</sup> Voir également Cf. OLG Hamburg (Tribunal régional supérieur d'Hambourg), StAZ 1988, 132f et AG Paderborn (Tribunal cantonal de Paderborn), StAZ 1986, 45 (les deux jugements sont identiques à ceux rendus actuellement) ; MuenchKomm/Coester, 3<sup>ème</sup> édition, 1998, article 13 de l'EGBGB.

<sup>79</sup> Voir M. Rohe, *Islamic Law in German Courts, Hawwa-Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, Vol. 1, 2003, pp. 46-59.

<sup>80</sup> Voir LG München (Tribunal régional de Munich), 235 Js 54017/95, 26 avril 1996 ; LG Frankfurt (Tribunal régional de Francfort) A.m., fAMrZ 1976, P. 217 ; LG Osnabrueck (Tribunal régional d'Osnabrück), NJW-RR, 1998, p. 582 ; AG Bremen (Tribunal cantonal de Brême), StAZ 1991, pp. 232, 233 ; VGH Kassel (Tribunal administratif de Cassel), NVwZ-RR, 1999, pp. 274-275.

<sup>81</sup> Affaire concernant la paternité d'un ressortissant syrien. *VersR* 1997, p. 863. OLG Saarbrücken (Tribunal régional supérieur de Sarrebruck) – 5 U 800 : p. 95-82. Arrêt du 18 décembre 1996.

<sup>82</sup> Affaire concernant un mariage polygamique entre conjoints jordaniens, 17 A 42/83, 7 mars 1985.

<sup>83</sup> Voir M. Rohe, *op. cit.* (58).

<sup>84</sup> Paragraphe 1303 du BGB.

<sup>85</sup> Le mariage, conclu au Maroc, d'une allemande d'origine marocaine âgée de 16 ans a été reconnu valable par l'AG Tuebingen (Tribunal cantonal de Tübingen), StAZ 1999, 301.

<sup>86</sup> Voir OLG Köln (Tribunal régional supérieur de Cologne) NJWE-FER 1997, p. 55.

<sup>87</sup> BGH (Cour fédérale de Justice), NJW 1999, 574 ; OLG Muenchen (Tribunal régional supérieur de Munich), IPRspr. 1985 No 67 ; OLG Hamm (Tribunal régional supérieur d'Hamm), FamRZ 1988, 516, 517 ; OLG Frankfurt a.M. (Tribunal régional supérieur de Francfort/Main), FamRZ 1996, 1478, 1479 ; OLG Celle (Tribunal régional supérieur de Celle), FamRZ 1998, 374, 375 ; OLG Köln (Tribunal régional supérieur de Cologne), IPRspr. 1982 No 43 ; OLG Duesseldorf (Tribunal régional supérieur de Düsseldorf), FamRZ 1993, 187, 188.

<sup>88</sup> Voir M. Rohe, *op. cit.* (58), p. 51.

<sup>89</sup> C. Jones-Pauly, *op. cit.* (71).

<sup>90</sup> Affaire de dot entre conjoints d'origine turque. *FamRZ* 1998 : 623 OLG Duesseldorf. Arrêt du 3 janvier 1997 ; Affaire de dot entre conjoints d'origine jordanienne. *FamRZ* 1996 : 1478. OLG Frankfurt/Main (Tribunal régional supérieur de Francfort/Main). Arrêt du 29 février 1996 ;

Affaire de dot entre conjoints d'origine turque (*Mehir*), *FamRZ* 1994 : 899. OLG Köln—13 U 251/92. Arrêt du 21 avril 1993 ; Affaire concernant la dot islamique. *IPRax* 8 : 109. Bundesgerichtshof (Cour fédérale de Justice)—IV b ZR 10/86. Arrêt du 28 janvier 1987 ; Affaire de dot entre conjoints d'origine kényane. *FamRZ* 1998 : 1591. AG Würzburg (Tribunal cantonal de Wurzburg). Arrêt du 24 septembre 1997.

- <sup>91</sup> Pour une analyse détaillée du traitement du *mahr* par les tribunaux allemands, voir C. Jones-Pauly, *op. cit.* (71).
- <sup>92</sup> Article 6 de l'EGBGB. Voir BayObLG (Tribunal régional supérieur de Bavières) – 3Z BR 66/93. Arrêt du 13 janvier 1994 ; Décision d'appel, OLG Stuttgart – 1VA 5/86. Arrêt du 11 avril 1987 ; LJV Baden-Württemberg (Administration de la Justice du Land de Bade-Wurtemberg) – 346E-325/85. Arrêt du 23 mai 1986.
- <sup>93</sup> *Amtsgericht* (Tribunal cantonal).
- <sup>94</sup> AGFrankfurt/Main – N° 35 F 4153/87. Arrêt du 9 août 1988.
- <sup>95</sup> N° 17 VA 6/98 du 3 décembre 1998.
- <sup>96</sup> N° 1F 162/92 du 19 mars 1992.
- <sup>97</sup> H. Ansari, *The Legal Status of Muslims in the UK*, sous la direction de R. Aluffi et G. Zincone, *op. cit.* (9), p. 256.
- <sup>98</sup> Voir T. Modood, *Muslim Views on Religious Identity and Racial Equality*, *New Community*, Vol. 19, No 3, 1993, pp. 513-519.
- <sup>99</sup> D. S. Pearl, *Islamic Family Law and Its Reception by the Courts in England*, *Islamic Legal Studies Program*, Harvard Law School, *Occasional Publications*, No 1, mai 2000, p. 4.
- <sup>100</sup> Voir D. Joly, *Britannia's Crescent : Making a Place for Muslims in British society*, Avebury, Aldershot, 1995, p. 15.
- <sup>101</sup> S. M. Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 202.
- <sup>102</sup> I. Yilmaz, *Dynamic Legal Pluralism and the Reconstruction of Unofficial Muslim Laws in England, Turkey and Pakistan*, School of Oriental and African Studies, Londres, 1999, Chap. 6.
- <sup>103</sup> S. M. Poulter, *The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims in Islamic Family Law*, sous la direction de C. Mallat et J. Connors, Graham & Trotman, Londres, Dordrecht et Boston, 1990, pp. 147-166, p. 158.
- <sup>104</sup> S. M. Poulter, *Cultural Pluralism and its Limits: A Legal Perspective*, in *A plural Society – Report of a Seminar*, CRE Britain (Commission for Racial Equity [Commission pour l'Égalité des races]), Londres 1990, p. 3-28.
- <sup>105</sup> S. M. Poulter, *op. cit.* (101), p. 391.
- <sup>106</sup> H. Ansari, *op. cit.* (97), p. 266.
- <sup>107</sup> Juge D. Pearl, *Dispute Settlement Amongst the Muslim Community in the UK*, *Recht van de Islam*, Vol. 20, 2003, p. 8.
- <sup>108</sup> S. M. Poulter, *op. cit.* (101), p. 203.
- <sup>109</sup> *The Islamic Shari'a Council : An Introduction*, ISC, Londres, 1995, pp. 3-4.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>111</sup> Juge D. Pearl, *op. cit.* (107), p. 6.

<sup>112</sup> Voir L. Carroll, *Muslim women and Islamic divorce in England*, *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 17, No 1, 1997, p. 97-115.

<sup>113</sup> Voir L. Ahmed, *Women and Gender in Islam*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1992.

## Contributeurs

### Pamela Cross

*Directrice juridique, Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC)*

Pamela Cross est une militante féministe active de longue date dans le domaine de la politique, notamment des droits des femmes à l'égalité.

### Imrana Jalal

Féministe, avocate et militante des droits humains, Imrana Jalal est l'architecte de la nouvelle loi sur le droit de la famille de Fidji. Elle œuvre en faveur des droits humains sur les plans régional, national et international.

### Yoginder Sikand

Rédacteur indépendant résidant à Bangalore, en Inde, Yoginder Sikand traite essentiellement de la question des musulmans et des dalits en Asie méridionale. Il rédige également un magazine électronique sur Internet ([www.islaminterfaith.org](http://www.islaminterfaith.org)), intitulé *Qalandar*.

### Pascale Fournier

*Doctorante en droit, Harvard Law School*

Pascale Fournier a enseigné à l'Institut de recherche et d'études des femmes (IWSR, *Institute for Women's Studies and Research*) à Téhéran en Iran, à la Faculté de droit de l'Université McGill au Canada, ainsi qu'à l'Université pour la paix de Costa Rica. Ses recherches et son enseignement portent notamment sur le droit constitutionnel comparatif, la critique identitaire du droit, le droit et le changement social, les droits humains et l'islam, et le droit de la famille dans le contexte de la mondialisation. Elle s'investit dans nombre d'ONG. Membre du conseil d'administration de Jeunesse Canada Monde et de la Fondation Paul Gérin-Lajoie, elle est également conseillère juridique auprès du Conseil canadien des femmes musulmanes. Parmi ses publications, citons : « Unveiling Distribution: Muslim Women with Headscarves in France and Germany », chapitre rédigé en collaboration avec Gökçe Yurdakul du livre édité par Y. Michal Bodemann et Gökçe Yurdakul et intitulé *Migration, Citizenship, Ethnos: Incorporation Regimes in Germany, Western Europe and North America* (New York : Palgrave Macmillan, 2006) ; « The Ghettoization of Difference in Canada: Rape by Culture or the Danger of a Cultural Defence in Criminal Law Trials », *Manitoba Law Journal*, 29, 2002, pp. 81-113 ; « The Erasure of Islamic Difference in Canadian and American Family Law Adjudication », *Journal of Law and Policy*, 10, 2001, pp. 51-95.

## **Professeur Dr Muhammad Khalid Masud**

*Président, Conseil de l'idéologie islamique, Gouvernement du Pakistan, Islamabad*

Ancien directeur des études de l'Institut international pour l'étude de l'Islam dans le monde moderne (ISIM, *International Institute for the Study of Islam in the Modern World*) à Leyde (Pays-Bas), le Prof. Dr Muhammad Khalid Masud préside actuellement le Conseil de l'idéologie islamique du Pakistan, à Islamabad. Jusqu'en 1999, il était enseignant à l'Islamic Research Institute à Islamabad. Il a obtenu son doctorat en islamologie au Canada, à l'Université McGill. Parmi ses publications, citons : *Shatibi's Philosophy of Law* (éd. rév. 1995), *Iqbal's Reconstruction of Ijtihad* (1995), *Islamic Legal Interpretation: The Muftis and their Fatwas* (avec B. Messick et D. Powers, Harvard, 1996), et *Travellers in Faith: Studies of the Tablîghî Jamâ'at as a Transnational Islamic Movement for Faith Renewal* (Brill, 2000), *Dispensing Justice in Islam, Qadis and their Judgments* (coédité avec D. Powers et R. Peters, Brill, 2005). Il a également contribué à la revue *Islamic Studies*.

## **Salma Maoulidi**

Salma Maoulidi possède une formation en droit et s'est spécialisée dans les droits humains et le droit de la femme. Elle dirige actuellement, à titre bénévole, le réseau de femmes musulmanes pour le développement, la Sahiba Sisters Foundation, qui compte 13 antennes en Tanzanie et dont la mission consiste à développer un leadership et des capacités organisationnelles. Elle travaille également en tant que conseil en développement à titre professionnel. Militante de longue date, elle est membre d'un certain nombre de mouvements et associations d'envergure locale, nationale et internationale.

## Contributors *(continued)*

### Hoda Rouhana

Hoda Rouhana est une citoyenne palestinienne d'Israël. Elle est chargée des programmes de mise en réseau pour la région Afrique du Nord et Moyen-Orient au sein du bureau de coordination internationale (ICO, *International Coordination Office*) du réseau international de solidarité Femmes sous Lois Musulmanes (WLUML, *Women Living Under Muslim Laws*), basé à Londres.

Hoda s'investit dans diverses organisations féministes palestiniennes en Israël depuis 1992, s'attachant notamment aux problèmes de violence contre les femmes et de droit du statut personnel. Elle a travaillé en tant qu'assistante sociale au centre d'urgence pour femmes battues d'Haifa, a collaboré avec Essiwar, une association féministe arabe de soutien aux victimes de violences sexuelles, et a coordonné le projet sur les femmes et les tribunaux religieux d'Adalah, le centre juridique pour les droits de la minorité arabe en Israël.

### Isabelita Solamo-Antonio

Isabelita Solamo-Antonio est directrice exécutive du PILIPINA Legal Resources Center depuis 1996, poste qu'elle a également occupé de 1988 à 1990. Elle siège à la Commission nationale anti-pauvreté (NAPC, *National Anti-Poverty Commission*) du bureau du président des Philippines en sa qualité de membre du Conseil pour les femmes. Elle est l'un des dirigeants de l'alliance nationale PHILSSA (Partnership of Philippine Support Service Agencies) et du réseau d'ONG MINCODE (Mindanao Coalition Of Development NGO Networks). Elle est l'actuelle présidente du parti politique Abanse!Pinay pour la section de Davao et était, de 2000 à 2002, membre du conseil d'administration de CODE-NGO, une coalition nationale de réseaux d'ONG.

Dans le cadre de ses activités de développement social, elle a visité d'autres pays à majorité musulmane. Elle a étudié le droit d'abord à l'Université Ateneo de Manille, puis à l'Université Ateneo de Davao dont elle est diplômée. Après des études de second cycle en sociologie à l'Université des Philippines Diliman, elle a enseigné à l'Université Normale des Philippines (PNU, *Philippine Normal University*). Elle a effectué un cours sur le genre et le développement à l'Institute of Development Studies de l'Université du Sussex, à Brighton en Angleterre, et a participé en 2004 à l'atelier d'été sur la sexualité, la culture et la société à l'Université d'Amsterdam.