

# NOTE TO USERS

This reproduction is the best copy available.

**UMI**<sup>®</sup>



uOttawa

L'Université canadienne  
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES  
ET POSTDOCTORALES



FACULTY OF GRADUATE AND  
POSTDOCTORAL STUDIES

Rim Aloui Gtari

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

LL.D.

GRADE / DEGREE

Faculté de Droit

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

Le chantier de l'égalité, "un triomphe incomplet" : les femmes tunisiennes entre rénovation et conservatisme

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Denis Nadeau

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

Micheline De Sève

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS (EXAMINATRICES) DE LA THÈSE / THESIS EXAMINERS

Alain-François Bisson

Benoît Moore (absent)

Nathalie Desrosiers

Karen Eltis

Gary W. Slater

Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies



**Le chantier de l'égalité, "un triomphe  
incomplet": les femmes tunisiennes entre  
rénovation et conservatisme**

**RIM Aloui Gtari**

**Thèse soumise à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa  
en vue de l'obtention du doctorat en droit**



Library and  
Archives Canada

Bibliothèque et  
Archives Canada

Published Heritage  
Branch

Direction du  
Patrimoine de l'édition

395 Wellington Street  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

395, rue Wellington  
Ottawa ON K1A 0N4  
Canada

*Your file* *Votre référence*  
*ISBN: 978-0-494-25852-1*  
*Our file* *Notre référence*  
*ISBN: 978-0-494-25852-1*

**NOTICE:**

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

**AVIS:**

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protègent cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

---

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

  
**Canada**



## TABLE DES MATIÈRES

<b>LISTE DES TABLEAUX</b> .....	<b>V</b>
<b>LISTE DES ANNEXES</b> .....	<b>VI</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b> .....	<b>VII</b>
<b>GLOSSAIRE</b> .....	<b>VIII</b>
<b>RÉSUMÉ</b> .....	<b>X</b>
<b>DÉDICACE</b> .....	<b>XIII</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>XIV</b>
<b>AVANT PROPOS</b> .....	<b>XV</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	<b>1</b>
<b>PARTIE I : LA SITUATION DES FEMMES TUNISIENNES A LA VEILLE DE L'INDEPENDANCE</b> .....	<b>28</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>29</b>
<b>CHAPITRE I : LE CADRE JURIDIQUE REGISSANT LE STATUT DES TUNISIENNES A LA VEILLE DE L'INDEPENDANCE</b> .....	<b>32</b>
Section 1 : Les origines et le développement du corpus du droit musulman.....	33
Sous-section 1 : Les sources du droit musulman.....	37
Paragraphe 1 : Les sources sacrées du droit musulman. .....	38
Paragraphe 2 : Les sources profanes du droit musulman .....	47
Sous-section 2 : Les écoles de droit.....	50
Paragraphe 1 : La présentation des écoles.....	50
Paragraphe 2 : La fermeture des portes de l'effort du raisonnement .....	54
Section 2 : Le statut des femmes avec l'avènement de l'islam .....	59
Sous-section 1 : La situation des femmes dans la société préislamique .....	59
Sous-section 2 : La situation des femmes dans la société islamique .....	62
<b>CHAPITRE 2 : LA CONDITION JURIDIQUE DES TUNISIENNES A LA VEILLE DE L'INDEPENDANCE</b> .....	<b>68</b>
Section 1 : L'inégalité entre époux lors de la conclusion du mariage .....	69
Sous-section 1 : L'empêchement du mariage tenant à la religion .....	73
Sous-section 2 : La polygamie.....	76
Section 2 : La fragilité du lien conjugal .....	78
Sous-section 1 : La qualité de chef de famille.....	79
Paragraphe 1 : L'autorité maritale.....	80
Paragraphe 2 : La puissance paternelle.....	82
Sous-section 2 : La dissolution du mariage.....	84
Paragraphe 1 : La répudiation unilatérale.....	85
Paragraphe 2 : La répudiation convenue "khoul".....	87
Paragraphe 3 : La dissolution judiciaire du mariage	87

Sous-section 3 : Les inégalités successorales.....	91
<b>CHAPITRE 3 : GENESE DU DISCOURS FEMINISTE EN TUNISIE .....</b>	<b>95</b>
Section 1 : Le mouvement réformiste sous le protectorat français .....	100
Sous-section 1 : La remise en cause du statut des Tunisiennes .....	102
Sous-section 2 : Le manifeste du féminisme tunisien.	104
Section 2 : La bataille du voile .....	111
Sous-section 1 : Le voile, symbole de l'identité tunisienne .....	111
Sous-section 2 : Les mouvements des femmes.....	116
Paragraphe 1 : La Société des Dames Musulmanes 1932- 1936 .....	119
Paragraphe 2 : L'Union Musulmane des Femmes de Tunisie (UMFT) 1936-1956 .....	120
Sous-section 3 : Le chemin vers l'émancipation : l'instruction et le travail .....	123
Paragraphe 1 : La scolarisation.....	125
Paragraphe 2 : Le travail.....	130
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>133</b>
<b>PARTIE II : LA CONDITION JURIDIQUE DES TUNISIENNES DEPUIS L'INDEPENDANCE.....</b>	<b>137</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>138</b>
<b>CHAPITRE I : DES NORMES ANCREES DANS LE DROIT MUSULMAN ....</b>	<b>149</b>
Section 1 : Les règles juridiques conformes au droit musulman .....	150
Sous-section 1 : Les conditions du mariage.....	151
Paragraphe 1 : L'obligation du mari de payer une dot. .....	152
Paragraphe 2 : La présence obligatoire des témoins	156
Paragraphe 3 : Les empêchements au mariage.....	159
Sous-section 2 : La disparité de culte.....	164
Paragraphe 1 : Le mariage d'une musulmane avec un non musulman .....	165
Paragraphe 2 : L'indignité successorale.....	172
Sous-section 3 : La filiation légitime.....	177
Section 2 : Les règles juridiques inspirées du droit musulman .....	185
Sous-section 1 : Le mari chef de la famille.....	186
Paragraphe 1 : L'autorité maritale.....	186
Paragraphe 2 : La puissance paternelle.....	207
Sous-section 2 : L'aménagement des rapports pécuniaires .....	228
Paragraphe 1 : Les inégalités successorales des femmes .....	229
Paragraphe 2 : Le régime matrimonial.....	242
<b>CHAPITRE II : DES NORMES NON CONFORMES AU DROIT MUSULMAN ..</b>	<b>248</b>

Section 1 : Des règles juridiques éloignées du droit musulman .....	249
Sous-section 1 : La nécessité du consentement des époux au mariage .....	250
Sous-section 2 : L'âge minimum légal.....	252
Sous-section 3 : La nécessité de célébrer le mariage sous la forme authentique .....	262
Sous-section 4 : Le certificat médical prénuptial...	266
Section 2 : Des règles juridiques en rupture avec le droit musulman .....	267
Sous-section 1 : Le droit au mariage monogamique....	268
Sous-section 2 : Le devoir de fidélité.....	273
Sous-section 3 : L'égalité entre les époux face au principe du divorce .....	277
Paragraphe 1 : Les causes de divorce.....	280
Sous-section 4 : Les effets du divorce.....	297
Paragraphe 1 : Les effets de divorce vis à vis des enfants .....	297
Paragraphe 2 : Les effets du divorce sur les époux	302
Paragraphe 3 : Les conséquences pécuniaires du divorce .....	306
Sous-section 5 : L'adoption.....	325
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>331</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>335</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>352</b>

## LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 : Le féminisme égalitaire .....	17
Tableau 2 : Âge moyen des hommes et des femmes au premier mariage de 1956 à 1999 .....	260
Tableau 3 : Proportion des femmes célibataires par groupe d'âges de 1956 à 1999 (%) .....	261
Tableau 4 : Proportion des hommes célibataires par groupe d'âges en 1966 et 1999 (%) .....	261
Tableau 5 : Types de divorces selon le genre durant l'année judiciaire 2000-2001 (%) .....	296

**LISTE DES ANNEXES**

Annexe A : EXTRAITS DU LIVRE, LA SCIENCE DE LA MAISON ..... 375  
Annexe B : ARTICLES DU CODE DE STATUT PERSONNEL ..... 376

### Table des abréviations

A.F.T.U.R.D	Association des Femmes Tunisiennes Universitaires pour la Recherche et le Développement
A.J.T	Actualités Juridiques Tunisiennes
A.T.F.D.	Association Tunisienne des Femmes Démocrates
C.de D.	Les Cahiers de Droit
Cass. civ.	Cour de cassation : chambre civile
C.R.E.D.I.F	Centre de Recherches, d'Études, de Documentation et d'Information sur la Femme
J.O.R.T	Journal Officiel de la République Tunisienne
R.F.D	Revue juridique la Femme et le Droit
R.F.A.P	Revue Française d'Administration Publique
R.I.B.L.A	Revue de l'Institut des Belles Lettres Arabes (TUNISIE)
R.I.D.C	Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.L	Revue de Juridiction et de Législation (Tunisie )
R.J.P.I.C	Revue Juridique et Politique Indépendante et Coopération (France)
R.T.D	Revue Tunisienne du Droit
R.T.S.S	Revue Tunisienne de Sciences Sociales
UMFT	Union Musulmane des Femmes de Tunisie

## Glossaire

- Djabr : Contrainte matrimoniale exercée par le tuteur, au près de la femme, pour imposer le mariage contre son gré.
- Fuqaha : Juristes, docteurs de la loi islamique.
- Habous : C'est à dire les biens de mainmorte. Désigne une pratique qui permettait autrefois d'immobiliser le statut d'un bien afin de conserver le patrimoine familial intact le plus longtemps possible et d'exhérer les filles pour éviter que par leur intermédiaire, les biens patrimoniaux ne soient transférés dans la famille alliée.
- Hadith : Corpus de la Sunna (les faits et dires du prophète) qui fut transmis par des récits.
- Iddâa : Délai de viduité.
- Ijmaa : Accord de l'ensemble des uléma, d'une même époque, sur un point débattu.
- Ijtihad : Effort accompli par l'esprit humain afin de pénétrer le sens intime du Coran et de la Sunna pour y puiser la règle applicable au cas concret.
- Kyas : Processus en vertu duquel il faut déduire une règle non prévue par le Coran ou la Sunna à partir d'une autre règle posée par l'une ou l'autre de ces deux premières sources.
- Nouchouz : Désigne l'insubordination de l'épouse qui se manifeste par le fait de quitter le domicile conjugal sans motif valable et de persister dans le refus de revenir à ce foyer.

- La répudiation : Privilège reconnu exclusivement au mari de mettre fin au mariage, d'une manière provisoire ou définitive, sans être tenu ni de motiver sa décision, ni de recourir à la justice, ni d'obtenir le consentement de sa femme.
- Statut personnel : Soit l'ensemble des domaines personnels qui touche l'être humain dans ses capacités naturelles ou familiales... comme le fait d'être un homme ou une femme, marié[e], célibataire, veuf[ve], d'être un père[une mère], un enfant légitime, d'avoir la capacité ou non...
- Sunna : Ensemble des faits et des dires du Prophète.
- Uléma : Docteur de la loi coranique, juriste et théologien.
- Viduité : Suite au divorce, la femme doit observer une période de trois mois avant de se remarier, afin de s'assurer qu'elle n'est pas enceinte de son ex-conjoint. En cas de décès, ce délai est de quatre mois et dix jours.
- Zeitouna : Université religieuse à Tunis.

## RÉSUMÉ

Dès son indépendance, l'État tunisien s'est démarqué par le statut révolutionnaire qu'il a octroyé aux femmes. À peine quatre mois après son accès à l'indépendance (le 13 août 1956), et avant même d'adopter une constitution, le législateur a promulgué un Code de statut personnel moderniste (le Code de la famille), qui accorde aux femmes tunisiennes nombre de droits qu'une lourde tradition leur refusait jusque-là. Essentiellement, il y a eu abolition de la polygamie, de la contrainte matrimoniale, de la répudiation, du tuteur matrimonial, d'une part; d'autre part, le consentement de la femme à son mariage devient une condition nécessaire; le divorce, qui ne peut être que judiciaire, est un droit accordé aux deux sexes; la garde des enfants est désormais attribuée en fonction de l'intérêt de l'enfant; une rente viagère pour la femme divorcée est instituée; l'adoption est autorisée; enfin, les règles de dévolution de l'héritage sont partiellement réaménagées. Ainsi, ce qui fait l'originalité de l'expérience tunisienne en la matière et dans le monde arabo-musulman, c'est qu'elle a osé toucher le domaine du statut personnel, un domaine considéré comme relevant du sacré, pour offrir une relecture contemporaine de l'héritage islamique.

Dans cette thèse, nous souhaitons identifier comment l'État tunisien a-t-elle parvenu à formuler une équation équilibrée entre les concepts de la modernité et les dogmes d'un islam traditionnel et Comment l'émancipation des Tunisiennes a-t-elle été rendue possible. Les questions sont multiples mais elles renvoient à un seul objectif qui est de soutenir notre hypothèse : le droit de la famille tunisien, tout en étant l'élément déclencheur et déterminant de la promotion des femmes, reste une norme juridique qui peine à se démarquer, dans certains de ses aspects fondamentaux, de la lecture et de l'interprétation encore uniformes d'un corpus de lois découlant du droit et de la tradition musulmans.

Pour voir clair, un retour vers le passé, c'est-à-dire vers l'étape de la colonisation, s'avère important et ce, d'autant plus que cela nous permettra de mieux saisir les acquis des femmes d'aujourd'hui. C'est précisément ce que nous nous proposons d'exposer dans la première partie de notre thèse. Nous avons essayé, en premier lieu de définir le droit musulman; nous en retracerons l'historicité; nous présenterons les droits qu'il accorde aux femmes musulmanes; nous

étudierons leur application dans la Tunisie d'autrefois et, enfin, nous retracerons la genèse du discours émancipateur. Suite à l'intervention coloniale, le monde moderne n'était plus une donnée abstraite et lointaine, mais devenait omniprésent. La réaction des Tunisiens fut ambivalente ; tiraillés entre la crainte et l'envie, la répulsion et la fascination, toute tentative pour modifier la situation des femmes se voyait qualifiée de francisation de l'identité tunisienne. Une identité que les Tunisiennes étaient sommées de protéger. Aussi leur statut restait-il régi par des prescriptions coraniques, certainement mal interprétées, et des pratiques sociales ancestrales les plaçant sous la soumission inconditionnelle des hommes et empêchant toute tentative d'émancipation. La seule chance de voir ce statut évoluer vers une plus grande égalité aura été d'accepter de porter un regard plus critique sur l'interprétation du Coran. Il s'agissait de procéder à une lecture libérale du texte coranique par référence à ses fins, c'est-à-dire d'avancer une interprétation évolutive du Coran afin d'octroyer aux femmes la place qui leur revenait selon une religion bien comprise. Telle fut l'intention de Tahar Haddad, le défenseur de la cause des femmes, qui a été frappé d'ostracisme à cause de ses idées. T.Haddad a bouleversé l'approche traditionnelle et dogmatique du droit musulman en proclamant l'égalité entre les hommes et les femmes pour préconiser une réforme juridique totale du statut des Musulmanes. Heureusement, ses thèses réussirent à briser les barrières de la répression pour pouvoir toucher les esprits des Tunisiens et ses idées furent reprises par la nouvelle équipe dirigeante de la Tunisie indépendante.

La seconde étape de notre thèse consiste à analyser le statut juridique des Tunisiennes à travers le Code de statut personnel, lequel a permis de réparer les grandes injustices qui pesaient sur les femmes jusqu'à l'indépendance. Cette étude du droit tunisien est très vite investie par une interrogation sur le rapport de ce Code à l'héritage islamique. Un Code qui paraît tantôt traditionnel, tantôt moderne. En effet, le Code de la famille a marqué ses distances par rapport à l'œuvre des jurisconsultes musulmans d'une part, mais il est resté fidèle à une certaine interprétation classique, d'autre part. Sans faire table rase du passé, il a essayé de s'ouvrir sur la modernité afin de propulser la société tunisienne sur la voie du développement. La démarche que le législateur a suivie est particulière : il s'est efforcé de rester fidèle au droit musulman tout en réformant le droit de la famille chaque fois que ses solutions

ne s'ajustaient pas aux impératifs de la modernisation de la société tunisienne et chaque fois qu'une relecture du Coran était possible.

Arrivée au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que le Code du statut personnel a joué un rôle déterminant dans la modernisation du statut des Tunisiennes et dans la transformation des mentalités. Malgré les insuffisances de certaines de ses règles juridiques et le caractère discriminatoire de quelques dispositions, ce Code est résolument moderne. En réalité, il a été et demeure un vecteur de changement de la société tunisienne, en général, et du statut des femmes, en particulier.

Ainsi, l'exemple tunisien démontre que l'émancipation des femmes musulmanes est non seulement possible mais faisable. Par un effort d'interprétation courageux, équilibré et visionnaire, la Tunisie a su adapter et réactualiser un droit ancestral, enraciné dans le sacré et consacré dans la pratique par une tradition difficile à contester.

## DÉDICACE

À la mémoire d'un grand homme, Ahmed Gtari,  
qui était mon père et mon espoir.

À ma mère, que Dieu la garde,  
portrait vivant de la générosité, de la bonté, de la tendresse  
et du courage.

## REMERCIEMENTS

Je voudrais, tout d'abord, remercier chaleureusement M. *Denis Nadeau*, mon directeur de thèse, d'avoir accepté de m'encadrer. Son admirable support, ses conseils et ses commentaires judicieux ont contribué à l'amélioration de ma thèse.

Je tiens à exprimer ma gratitude envers Mme *Micheline de Sève*, ma codirectrice, pour son précieux support, ses riches conseils, son aide pédagogique et surtout pour son côté humain. Sa foi en cette thèse m'a permis d'aller jusqu'au bout.

Merci à Mme *Michèle Boivin*, pour avoir supervisé, en partie, cette thèse.

Je désire aussi remercier messieurs *Hédi Kerrou* et *Nourredine Ghazwani*, professeurs de droit à la faculté de droit de Tunis ; leurs collaborations et leurs conseils ont contribué à approfondir mon analyse.

Mes remerciements vont également à messieurs *Kamel Haj Sassi*, Secrétaire d'État auprès du ministre de la Jeunesse tunisien et *Néjib Ben Abdallah*, journaliste et ex-président de l'Association des Journalistes Tunisiens pour avoir fourni la documentation nécessaire afin d'enrichir cette thèse.

Merci à mon frère et mes sœurs, pour leur soutien moral, leur encouragement et leur amour.

Enfin et surtout, je tiens à témoigner d'une reconnaissance spéciale à l'homme de ma vie, mon mari *Abbes Bellil*, pour son encouragement infailible, sa patience, son dévouement et pour sa grande générosité morale et affective. Je considère que cette thèse est aussi la sienne.

Je ne peux passer sous silence l'apport de mon fils *Ahmed* qui a su endurer mes états d'âmes avec patience, malgré son jeune âge, et surtout avec les plus beaux des sourires. Il sera sûrement content de savoir que sa mère a enfin fini l'école !

Grâce au précieux soutien de toutes ces personnes, cette thèse a vu le jour.

## Avant propos

Le statut juridique des femmes tunisiennes est un sujet qui m'intéresse depuis fort longtemps, et ce, pour plusieurs raisons : Tunisienne d'origine, j'ai grandi dans un environnement culturel arabo-musulman et l'islam de ma jeunesse est synonyme de tolérance et d'ouverture; je l'ai vécu sans contraintes. Mes parents appartiennent à cette génération qui a connu la colonisation et vécu les bouleversements qui se sont opérés dans la Tunisie indépendante. Ma mère est issue d'une famille conservatrice du Sud tunisien. Son père, qui refusait catégoriquement que sa femme ou ses filles sortent de la maison, a pourtant envoyé ses filles à l'école durant la période coloniale. Aussi, ma mère nous a toujours répété qu'une femme doit compter sur elle-même, faire des études, travailler : elle a même refusé de nous apprendre à cuisiner, comme le faisaient et le font encore les mères tunisiennes, pour préparer leurs filles au mariage. Mon père, de son côté, a fréquenté l'Université religieuse de la zeïtouna d'avant l'indépendance, a été un ardent combattant contre l'occupation française et, par la suite, un haut fonctionnaire et un politicien. Il n'a jamais évoqué l'islam pour nous dicter ses interdits. C'était plus simplement la morale qui motivait les choix de la vie quotidienne. Pour lui, la place qui revient à une femme dans la société dépend uniquement de ses compétences académiques, professionnelles, de sa force de caractère et de sa capacité à gérer les difficultés de la vie. C'est pourquoi la résurgence actuelle d'idées islamistes rétrogrades, parfois inspirées d'expériences vécues dans d'autres pays musulmans, de même que la multiplication des interdits imposés aux femmes musulmanes

au nom d'une certaine idée de Dieu, ne peuvent me laisser indifférente.

## **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

Précisons d'entrée de jeu que la situation des femmes dans le monde musulman est plurielle. Il existe d'énormes différences entre elles, lesquelles reflètent la diversité de leurs pays d'origine. Le principal point commun entre ces femmes est qu'elles appartiennent à une culture imprégnée par la religion et le poids de l'histoire.

Dès l'indépendance (1956), l'État tunisien s'est démarqué par le statut révolutionnaire qu'il octroie aux femmes, au point que celles-ci sont enviées dans l'ensemble du monde arabo-musulman, où des mouvements féministes réclament les mêmes droits que les Tunisiennes. Ce qui fait l'originalité de l'expérience tunisienne en la matière, voire son caractère révolutionnaire, c'est qu'elle a osé toucher le domaine du statut personnel (c'est-à-dire le droit de la famille), un domaine considéré comme relevant du sacré, pour offrir une relecture contemporaine de l'héritage islamique.

Cette thèse se veut une évaluation du statut juridique des femmes tunisiennes : nous souhaitons mettre en lumière les acquis juridiques des Tunisiennes et retracer l'évolution de leur condition. Nous voulons montrer comment la promulgation du nouveau Code de statut personnel a fait progresser une réalité sociale et familiale, auparavant ancrée dans la tradition musulmane, vers un horizon de connaissances inspiré par l'ouverture au droit français, qui ne renie toutefois pas totalement l'héritage religieux.

Citoyennes à part entière, libérées des chaînes ancestrales qui les emprisonnaient dans l'aliénation et les maintenaient dans un statut d'infériorité chronique, les Tunisiennes sont devenues les piliers des changements et des réformes de l'État postcolonial de 1956<sup>1</sup>, et l'élément stratégique de la démocratie et du développement de l'État d'aujourd'hui. Ainsi, la politique réformiste et moderniste du législateur tunisien a permis l'émergence d'un nouveau profil de femmes tunisiennes. Désormais, elles sont actives et prennent part aux décisions dans la société tunisienne. Elles sont scolarisées et leur présence est de plus en plus importante sur le marché du travail. Divers facteurs, aussi bien internes qu'externes, ont contribué à accélérer ou à freiner ce processus de transformation complexe.

Face à cette expérience quasi unique dans le monde arabo-musulman, les interrogations ne cessent de se multiplier. Comment l'État tunisien a-t-il composé avec la modernité et les valeurs qu'elle véhicule à travers la question des femmes ? Comment est-il parvenu à formuler une équation équilibrée entre les concepts de la modernité et les dogmes d'un islam traditionnel ? Comment l'émancipation des Tunisiennes a-t-elle été rendue possible ? Ce changement s'est-il opéré par le haut, à travers les lois, ou au contraire grâce à la transformation des mœurs et au combat quotidien des femmes pour faire évoluer leur situation ? Et si c'est le cas, quels ont été les moyens utilisés par les femmes pour gagner du terrain ?

---

<sup>1</sup> La Tunisie a accédé à l'indépendance le 20 mars 1956.

Les questions sont multiples mais elles renvoient à un seul objectif qui est celui de retracer l'évolution du statut juridique des Tunisiennes et d'appréhender les mécanismes et les structures qui ont favorisé leur émancipation. D'où l'hypothèse de travail que nous formulons comme suit :

Le droit de la famille tunisien, tout en étant l'élément déclencheur et déterminant de la promotion des femmes, reste une norme juridique qui peine à se démarquer, dans certains de ses aspects fondamentaux, de la lecture et de l'interprétation encore uniformes d'un corpus de lois découlant du droit et de la tradition musulmans.

Pour pouvoir évaluer et apprécier correctement le statut légal des Tunisiennes, il faut savoir que la pensée juridique tunisienne, en matière de droit de la famille, est tiraillée entre deux pôles de références : celui des laïcs ou des partisans d'une lecture libérale du Coran, laquelle vise à conjuguer l'islam avec la liberté et l'égalité des sexes, et celui des conservateurs, fidèles à la tradition, et dont l'interprétation littérale des textes confine les femmes dans une situation d'inégalité. Il est important de souligner qu'en matière de religion musulmane, il n'existe pas une seule lecture, une seule interprétation de ce corpus : à travers le monde musulman, les pratiques diffèrent et les interprétations divergent. En général, on distingue quatre grandes écoles d'interprétation de l'islam sunnite<sup>2</sup>, chacune d'elles ayant pris naissance et s'étant imposée d'une manière différente selon l'endroit, le contexte socio-politique et les influences

---

<sup>2</sup> Voir le sous-paragraphe 2 aux pp.42-46, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

civilisatrices des contrées les plus proches. La Tunisie a vu s'implanter l'école malékite<sup>3</sup>. Sa prédominance comme école de pensée et d'interprétation a aussi été marquée par une ouverture d'esprit spécifique des juristes tunisiens. Dans le cadre de la présente thèse, lorsque nous traiterons du statut juridique des Tunisiennes avant l'indépendance, nous nous référerons à cette école et à sa pratique du droit musulman en Tunisie.

Pour mieux comprendre l'évolution du statut juridique des Tunisiennes, il est nécessaire de revenir sur la période coloniale : c'est ce que nous nous proposons d'examiner dans la première partie de notre thèse. Nous allons tenter de définir le droit musulman; nous en retracerons l'historicité; nous présenterons les droits qu'il accorde aux femmes musulmanes; nous étudierons leur application dans la Tunisie d'autrefois et, enfin, nous retracerons la genèse du discours émancipateur. Ces éléments nous permettront d'avancer quelques réponses à la question de savoir comment les Tunisiennes, comparativement aux femmes des autres pays arabo-musulmans, sont parvenues à s'émanciper, à entrer dans la sphère publique, à faire partie intégrante du projet social et à gérer les contradictions apparentes entre les concepts de la modernité et les dogmes de l'islam traditionnel. Soulignons que le droit musulman, sans être l'objet de notre thèse, retient notre attention dans la mesure où il affecte les principaux éléments autour desquels s'articule le droit tunisien en matière de famille et de statut des femmes musulmanes. La première partie de notre thèse se veut donc

---

<sup>3</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.50-52, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

une mise en contexte du sujet qui vise à mieux comprendre et à explorer le statut juridique actuel des Tunisiennes.

La seconde étape de notre travail consiste à analyser le statut juridique des Tunisiennes à travers le Code de statut personnel<sup>4</sup>, lequel a permis de réparer les grandes injustices qui pesaient sur les femmes jusqu'à l'indépendance. Cette étude du droit tunisien est très vite investie par une interrogation sur le rapport de ce Code à l'héritage islamique.

À peine quatre mois après son accès à l'indépendance, et avant même la promulgation de la constitution, l'état tunisien a adopté, le 13 août 1956, un Code de statut personnel moderniste (ci-après le "Code"), qui accorde aux femmes tunisiennes nombre de droits qu'une lourde tradition leur refusait jusque-là. Essentiellement, on a aboli la polygamie<sup>5</sup>, la contrainte matrimoniale, on a instauré le caractère judiciaire du divorce et reconnu l'égalité des deux sexes devant ce droit. En outre, un élément non moins important, le consentement de la femme au mariage, est devenu obligatoire. Cependant, ce même Code maintient les femmes dans une situation d'inégalité, notamment par rapport à l'autorité paternelle au sein de la famille, au statut du mari en tant que chef de la famille et à la vocation successorale.

---

<sup>4</sup> Le Code du Statut Personnel représente l'ensemble des lois se rattachant au droit de la famille. Cette appellation provient du droit musulman qui établit deux sphères dans la vie d'un musulman : la vie publique et la vie privée. Ce code est venu gérer le statut privé des Tunisiens et Tunisiennes.

<sup>5</sup> La Tunisie constitue le seul pays arabo-musulman à avoir instauré la monogamie. Désormais, le polygame est passible d'emprisonnement et d'amendes.

En somme, ce Code paraît tantôt traditionnel, tantôt moderne. Dans la deuxième partie de cette thèse, nous réfléchirons donc sur le dualisme du droit tunisien de la famille et analyserons son double registre conservateur et réformiste.

### **Une perspective féministe**

Avant d'élaborer notre cadre d'analyse, il est important de signaler que nous opterons pour une approche féministe qui tiendra compte de la spécificité du contexte socioculturel de la Tunisie et prendra en considération les schèmes et les mécanismes qui ont façonné la dynamique sociale tunisienne. Il faut dire que la cause des femmes tunisiennes n'est pas le résultat d'une réflexion et d'une pratique autonomes. Elle a été tantôt marquée par le renouveau de la pensée arabomusulmane du 19<sup>ème</sup> siècle, tantôt influencée par le projet de modernisation de l'État post-colonial de 1956. Le féminisme tunisien ne relève donc pas d'une idéologie posée préalablement afin de guider et d'encadrer les actes individuels ou collectifs pour contester les conditions des inégalités sexuelles, mais plutôt d'une pratique, à caractère émancipateur, se découvrant féministe au fur et à mesure de ses réalisations<sup>6</sup>. Par « féminisme », nous entendons ainsi tout discours ou action fondés « [...] sur la conviction que la situation des femmes dans la société est injuste et doit en conséquence être changée »<sup>7</sup> afin d'instaurer « [...] l'égalité entre les sexes à tous les niveaux, l'autonomie des femmes et

---

<sup>6</sup> Voir I.F Abd El Aal, «Féminisme et politique en Égypte», (1989) 48-49, Peuples méditerranéens à la p.151.

<sup>7</sup> G.Bouchard, «Typologie des tendances théoriques du féminisme contemporain» (1991) 13, Philosophiques à la p.120.

le dépassement des rôles et des fonctions traditionnellement assignées à ces dernières »<sup>8</sup>.

Soulignons qu'une approche féministe «[...] a pour objectif [...] de décrire l'oppression des femmes, d'en expliquer les causes et les effets et de proposer des stratégies en vue de la libération des femmes »<sup>9</sup>. C'est ce que nous tenterons de faire tout au long de notre thèse, en analysant l'évolution du statut légal des Tunisiennes et en présentant les moyens mis en avant pour opérer des transformations de leur situation.

Depuis plus d'un siècle, le féminisme est marqué par différentes tendances, chacune cherchant une voie pour conduire les femmes à l'émancipation. Puisqu'il existe plusieurs théories ou perspectives féministes, nous décrivons seulement les principales<sup>10</sup> : nous indiquerons leurs apports majeurs et nous soulignerons certains des reproches qui leur ont été adressés. Nous retiendrons donc la typologie du

---

<sup>8</sup> A.Diagne, *Les élues politiques et la représentation des intérêts des femmes : Le cas des conseillères municipales du rassemblement des citoyens et citoyennes de Montréal*, mémoire de maîtrise en science politique, Université du Québec à Montréal, 1995 à la p.25.

<sup>9</sup> M.Boivin, «Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit» (1992) 5 R.F.D à la p.378.

<sup>10</sup> Il s'agit d'une revue générale et brève sur les théories féministes. Pour plus d'information, voir les références suivantes: D.Lamoureux, *Fragments et collages*, Montréal, Remue-Ménage, 1986. É.Gubin et al., *Le siècle des féministes*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2004. F.Déscarries-Bélanger et S.Roy, *Le mouvement des femmes et ses courants de pensée, essai de typologie*, Ottawa, Documents de l'ICREF, 1988. F.Thébaud, dir., *Histoire des femmes en Occident*, Paris, Plon, 1992. H.Hirata, dir., *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000. L.Toupin, «Les courants de pensée féministe», en ligne : Net femmes < [http://netfemmes.cdeacf.ca/les\\_documents/cat.php?categorie=5](http://netfemmes.cdeacf.ca/les_documents/cat.php?categorie=5) > 1998. M.Boivin, «Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit» (1992) 5 R.F.D. M.de Sève, *Pour un féminisme libertaire*, Montréal, Boréal Express, 1985.

dictionnaire critique du féminisme qui distingue trois grands courants de pensée : le féminisme égalitaire ou libéral, le féminisme radical et le féminisme marxiste. Notons enfin que malgré leurs différences, ces théories comportent des similarités : elles considèrent les femmes comme des êtres humains à part entière et reconnaissent que le sexisme avantage les hommes et défavorise les femmes. Les facteurs sociaux qui sont la cause de l'inégalité ainsi que les moyens préconisés pour parvenir à libérer les femmes diffèrent cependant d'une école de pensée à l'autre.

- **Le féminisme libéral ou féminisme égalitaire**<sup>11</sup> : La base de l'oppression des femmes réside dans la privation de droits civils et politiques. L'objectif visé par ce courant est l'égalité entre les hommes et les femmes. Pour l'atteindre, les lois et les valeurs sociales doivent être modifiées. Les tenants de cette théorie croient que « [...] dès la levée des barrières restreignant les femmes, dès que la société accordera aux femmes des chances égales de maximiser leur potentiel individuel »<sup>12</sup>, la femme deviendra l'égale de l'homme. Cette théorie est considérée comme le courant modéré du féminisme : il a « [...] sans nul doute [...] réussi à rejoindre le plus grand nombre des femmes [...] ». Il constitue en quelque sorte l'image officielle du mouvement des femmes »<sup>13</sup>. Cependant, « [...] on n'y trouve aucune remise en question de la structure elle-même, du caractère patriarcal de la société, des limites systématiques à l'avancement des

---

<sup>11</sup> Pour plus d'information, voir F.GASPARD, « De la parité : genèse d'un concept, naissance d'un mouvement » (1994) 15 *Nouvelles questions féministes*, aux pp.29-44.

<sup>12</sup> M.Boivin, *supra* note 9 à la p.379.

<sup>13</sup> F.Déscarries-Bélanger et S.Roy, *supra* note 10 à la p.7.

femmes »<sup>14</sup>. De plus, les femmes qui ont obtenu l'égalité dans la sphère publique se retrouvent aux prises avec une double charge de travail<sup>15</sup>. Les femmes qui ont recours à cette stratégie féministe de rattrapage augmentent sensiblement leur charge de travail afin d'améliorer le revenu familial alors que l'absence des hommes sur le terrain des tâches traditionnellement dévolues aux femmes n'est nullement remise en question par le féminisme égalitaire.

- **Le féminisme radical**<sup>16</sup> : L'oppression dont les femmes sont victimes est le fait de sociétés patriarcales au sein desquelles le pouvoir et le contrôle exercés par les hommes ont servi à dominer les femmes tout au long de l'histoire. Cette approche met l'accent sur l'importance d'abolir le système patriarcal qui structure le rapport femme-homme : « Le privé est politique », tel est le slogan du courant radical. Ainsi, les sujets qui relevaient de la vie privée (par exemple l'avortement ou la division sexuelle des tâches) deviennent des faits sociaux et collectifs. Notons que ce courant renferme trois sous-catégories : le féminisme radical matérialiste, le féminisme radical de la spécificité et le féminisme radical lesbien<sup>17</sup>.

- **Le féminisme radical matérialiste**<sup>18</sup> : L'oppression des femmes est le fait du patriarcat qui est défini comme :

---

<sup>14</sup> M.Boivin, *supra* note 9 à la p.380.

<sup>15</sup> Voir M.de Sève, *supra* note 10 à la p.18.

<sup>16</sup> Pour plus d'information, voir K.MILLET, *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971.

<sup>17</sup> Voir F.Déscarries-Bélanger et S.Roy, *supra* note 10 à la p.11-16.

<sup>18</sup> Pour plus d'information, voir D.LANDRY et G.MacLean, *Materialist Feminisms*, Cambridge, Mass. Blackwell, 1993.

[...]un système de relations sociales, et non comme une idéologie du système capitaliste, caractérisé par des relations hiérarchiques entre les sexes. Ces relations étant rendues possibles par une solidarité entre les hommes qui leur permet d'exercer une autorité sur les femmes<sup>19</sup>.

- Le *féminisme radical de la spécificité*<sup>20</sup> : Cette tendance :

[...]axera son action et sa pensée autour du thème de la réappropriation du corps des femmes. Le mouvement de santé des femmes, le mouvement pour combattre la violence envers les femmes, [...] les réflexions féministes sur les nouvelles technologies de la reproduction, sont au nombre des incarnations de ce courant<sup>21</sup>.

- Le *féminisme radical lesbien*<sup>22</sup> : Pour les représentantes de ce courant, il est question de reconstruire une société fondée exclusivement sur le rapport entre femmes, en éliminant tout rapport avec les hommes : l'hétérosexualité perpétue la domination masculine.

La principale critique adressée aux féministes radicales concerne la croyance « [...] que les hommes sont par nature des oppresseurs, incapables de changement tant dans leur vie personnelle que dans leurs institutions. [...] Cette analyse n'indique aucune solution immédiate à quelques problèmes

---

<sup>19</sup> Voir F.Déscarries-Bélanger et S.Roy, *supra* note 10 à la p.11.

<sup>20</sup> Pour plus d'information, voir M.O'BRIEN, *La dialectique de la reproduction*. Montréal, Remue-ménage, 1987.

<sup>21</sup> L.Toupin, *supra* note 10.

<sup>22</sup> Pour plus d'information, voir L.Chamberland, « Le lesbianisme : continuum féminin ou marronnage ? Réflexions féministes pour une théorisation de l'expérience lesbienne », (1989) 2, *Recherches féministes*, aux pp.135-145.

aigus, notamment la précarité de l'emploi des femmes, leurs salaires toujours de loin inférieurs à ceux des hommes [...] »<sup>23</sup>.

- **Le féminisme de tradition marxiste**<sup>24</sup>, la subordination des femmes est le fruit de l'apparition de la propriété privée. Soucieux de transmettre l'héritage à leurs descendants, les hommes ont eu recours au mariage monogamique et à l'enfermement des femmes dans le champ domestique :

[...] l'oppression des femmes est donc due au capitalisme. [...] et elle va disparaître avec le renversement du capitalisme. L'ennemi principal n'est plus identifié aux préjugés ou aux lois injustes envers les femmes, comme dans le féminisme libéral, mais bien au système économique et à la division sexuée du travail qu'il a instauré : aux hommes la production sociale et le travail salarié, aux femmes le travail domestique et maternel gratuit à la maison, hors de la production sociale<sup>25</sup>.

Les féministes marxistes lient la lutte de libération des femmes à la lutte des classes et au renversement du système capitaliste et patriarcal. L'oppression des femmes se situe ainsi dans « [...] l'exploitation du prolétariat par le capitalisme, bien qu'elle soit renforcée de façon spécifique par l'exclusion des femmes du circuit de la production, et elle disparaîtra avec l'avènement de la société communiste et la réintégration des femmes »<sup>26</sup> dans le circuit de la production rémunérée, de même que grâce à la socialisation du travail domestique : « [d]es bataillons des femmes assumaient la préparation des repas, les services d'entretien et les

---

<sup>23</sup> M.Boivin, *supra* note 9 à la p.382.

<sup>24</sup> Pour plus d'information, voir E.REED, « Les femmes, caste, classe, ou sexe opprimé? » (1971) 57, *Partisans*, aux pp. 42-50.

<sup>25</sup> L.Toupin, les courants de pensée féministe, *supra* note 10.

<sup>26</sup> G.Bouchard, *supra* note 7 à la p.128.

soins aux enfants »<sup>27</sup> et par l'aménagement des garderies à prix abordables. L'une des critiques formulées à l'endroit de ce courant réside dans le fait « [d'] œuvrer au sein d'organisations mixtes, comme les syndicats ou les partis politiques sociaux-démocrates, de telle sorte que leur allégeance première, du moins en Occident, est rarement féministe »<sup>28</sup>.

Au terme de ce bref survol des principales théories féministes, il appert que le féminisme tunisien cadre davantage avec la tendance égalitaire<sup>29</sup> qui vise non seulement l'obtention de droits politiques et de réformes juridiques, mais qui s'intéresse aussi à éliminer les stéréotypes accolés au sexe féminin pour offrir aux femmes une plus grande participation dans la société et ce, sur un pied d'égalité avec les hommes. Les Tunisiennes ont besoin d'une telle approche pour amorcer leur émancipation. Ce choix est en effet stratégique, puisqu'à une époque (la période coloniale)<sup>30</sup> où le discours dominant ne concevait le destin féminin qu'à l'intérieur de la sphère domestique et où la loi maintenait les femmes dans une situation de dépendance totale aux hommes, prêcher l'égalité entre les sexes constituait un défi de taille. Par contre, pointer la société patriarcale elle-même, comme responsable de l'oppression des femmes et appeler à son renversement, comme le fait le courant du féminisme radical, aurait été une démarche dangereuse compte tenu du contexte tunisien. En effet, nous sommes en présence d'une société où le sacré a son poids, surtout dans l'imaginaire collectif qui

---

<sup>27</sup> M.de Sève, *supra* note 10 à la p.12.

<sup>28</sup> M.Boivin, *supra* note 9 à la p.380.

<sup>29</sup> voir *supra* note 11 et le texte correspondant.

<sup>30</sup> Voir la partie I chapitre II, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

demeure encore imprégné par la religion. Toute tentative de contestation est donc assimilée à une trahison de l'esprit de la nation<sup>31</sup> : c'est pourquoi le féminisme radical n'est pas un outil adapté à la situation des Tunisiennes. Il reste trop loin de la réalité de la société. De plus, il ne faut pas oublier que le féminisme tunisien est un féminisme d'État. Depuis l'accès de la Tunisie à l'indépendance et jusqu'à nos jours, c'est le pouvoir en place qui a pris en charge la question de l'émancipation des femmes. L'État n'a cessé d'intervenir pour accorder de nouveaux droits aux femmes afin d'améliorer leur situation au sein de la société et de la famille. Les thèmes qui sont considérés comme prioritaires pour le courant féministe radical, tel que la violence faite aux femmes, ne constituent pas forcément une priorité pour le féminisme d'État tunisien<sup>32</sup>. Toutefois, cela ne veut pas dire que les féministes en Tunisie ne se préoccupent pas de ce problème. Au contraire, il existe quelques mouvements autonomes qui font du problème des femmes battues un sujet central, comme par exemple l'Association des Femmes Démocrates. Mais dans le cadre de notre thèse, nous allons plutôt évaluer l'évolution du statut légal des Tunisiennes à travers les droits qui ont été accordés par l'État.

Pour ce qui est du féminisme marxiste, il convient de reconnaître que l'affaiblissement du communisme comme idéologie et l'éclatement des régimes de type soviétique ont discrédité ce courant. En outre, à notre avis, l'évacuation

---

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Par contre la santé des femmes, qui constitue aussi une question cruciale pour les féministes radicales, a retenu l'attention de l'État tunisien, puisque le contrôle des naissances et l'avortement ont été permis depuis les années soixante. Pour plus d'information, voir *supra* note 586 et le texte correspondant.

du religieux dans la société communiste ne correspond pas à la réalité de la société tunisienne, qui reste attachée à l'islam. D'où, l'importance d'inscrire l'émancipation des Tunisiennes dans un cadre qui respecte la religion. D'ailleurs, le Code de statut personnel sera toujours présenté comme étant directement inspiré du droit musulman avec, toutefois, des adaptations et des modifications importantes adoptées pour tenir compte des exigences du monde moderne.

Tantôt pilier de la modernisation de la société post-coloniale et tantôt élément stratégique dans la démocratisation de la Tunisie d'aujourd'hui, l'émancipation des Tunisiennes est devenue légitime. On a proposé aux femmes des outils essentiellement juridiques pour qu'elles puissent sortir de l'isolement de la sphère privée et percer dans tous les domaines traditionnellement réservés aux hommes. La société a été alors appelée à changer et à s'ajuster devant les réalisations des femmes sur le terrain : « [la] conquête des droits égaux [...] me semble une nécessité pour toute avancée du féminisme, [...] Il fallait d'abord que les femmes aient le sentiment d'avoir des droits pour oser les revendiquer »<sup>33</sup>.

Ceci dit, il est à noter que :

L'approche égalitariste, liée la plupart du temps au féminisme bourgeois des suffragettes des années vingt et des femmes de carrière des années suivantes, s'appuyait sur une lecture culturelle et politique de la condition sociale inférieure des femmes. [...] Des femmes ont commencé à réaliser que rien en soi ne les obligeait à se définir exclusivement en fonction de la maternité et qu'elles pourraient entrer de plain-pied dans le monde

---

<sup>33</sup> D.Lamoureux, *supra* note 10. à la p.91.

des hommes à condition de lever les obstacles juridiques et sociaux - éducation, droit au travail, ressources monétaires, services de garderie - infiniment plus significatifs pour expliquer leur statut social inférieur que leur condition biologique<sup>34</sup>.

À vrai dire, cette théorie de rattrapage considère que la source de l'inégalité et de la discrimination entre les sexes réside dans « [...] les rôles socialement imposés dans la division sexuelle du travail »<sup>35</sup>. Les femmes doivent alors avoir accès aux mêmes droits et privilèges détenus par les hommes : « Fais un homme de toi, ma fille », tel est le slogan de ce courant (voir tableau.1). La lutte n'est pas dirigée contre les hommes mais pour établir une société plus juste. Ainsi, [l]es femmes peuvent [...] atteindre le statut d'être humain, jusqu'ici réservé aux hommes, dans la mesure où on leur accorde des chances égales d'accès à l'éducation, au marché du travail, à l'exercice des professions libérales, etc.»<sup>36</sup>. En somme, la libération des femmes est liée à la suppression de toutes les barrières qui les empêchent d'avoir accès à la sphère publique, suppression qui devrait leur apporter l'égalité de chances. Il faut donc lutter contre toute forme de discrimination sexiste dans laquelle les femmes seraient traitées comme des êtres inférieurs aux hommes, ou dans laquelle on les empêcherait d'accéder à l'éducation, au marché du travail, à des salaires égaux et aux postes de pouvoir.

Dans le cadre de la société tunisienne, l'amélioration du statut des femmes devient possible par des réformes légales. L'obtention de l'égalité de droit doit se faire à l'aide de

---

<sup>34</sup> M.de Sève *supra* note 10, à la p.34-35.

<sup>35</sup> F.Déscarries-Bélangier et S.Roy, *supra* note 10 à la p.7.

<sup>36</sup> M.Boivin, *supra* note 9 à la p.379.

réformes et non à partir d'une remise en cause globale du système social. Ainsi, l'État reste un allié potentiel dans les luttes en faveur de l'égalité des sexes : « [...] ce courant [le féminisme égalitaire] tire sa légitimité et ses moyens d'intervention de sa relation à l'État et il agit comme médiateur entre l'appareil d'État et la révolte des femmes »<sup>37</sup>. D'ailleurs, pour le cas tunisien, nous sommes devant un féminisme étatique :

[Cette] expression sert à désigner le volontarisme étatique dans l'accélération du processus d'égalité entre les sexes et s'emploie à marquer la différence entre féminisme comme mouvement social porté par la revendication collective des femmes à l'égalité et au changement social et le féminisme comme doctrine et politique du pouvoir d'État et de son appareil<sup>38</sup>.

En somme, l'émancipation des Tunisiennes a été rendue possible grâce à l'intervention du législateur, qui a essayé de rompre avec la tradition discriminatoire et a assuré une égalité de droit entre les femmes et les hommes. Cette évolution cadre avec le féminisme égalitaire. Le tableau suivant synthétise les principales caractéristiques de cette école de pensée féministe.

---

<sup>37</sup> D.Lamoureux, «Mouvements social et lutte des femmes», (1981) 13, *Sociologie et Société*, à la p.134.

<sup>38</sup> S.Ben Achour, «Féminisme d'État : Figure ou défiguration du féminisme», (2001) *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, à la p.413.

**Tableau 1 : Le féminisme égalitaire**

PROBLÉMATIQUE DE LA DIVISION DES SEXES

Postulats	L'inégalité est un problème socioculturel qui prend son origine dans les rôles socialement imposés à travers la division sexuelle du travail.
Fondements sociaux	Le constat de l'inégalité sociale basée sur le sexe ; le syndrome de la ménagère ; la discrimination salariale.
Enjeux théoriques	Problématiser l'inégalité ; décrire et comprendre les mécanismes de la reproduction de la division sociale des sexes ; témoigner du rôle des femmes dans l'histoire.
Objet de théorisation	L'inégalité des chances.
Référend	Le masculin.
Aphorisme	L'homologie : « fais un homme de toi, ma fille ».
Objet d'analyse	Les mécanismes de reproduction salariale ; l'éducation ; le marché du travail salarié ; les conditions et le coût de l'inégalité ; l'histoire des femmes ; l'entrepreneuriat féminin.
Concepts	Socialisation, travail salarié, rôle, statut, inégalité, reproduction, parentalité, discrimination, minorité.

PROBLÉMATIQUE DE L'ACTION

Objectifs	L'égalité : transformation des schèmes socioculturels ; élimination des conditions discriminatoires faites aux femmes.
Revendications	Égalité de droit et de fait ; accès à l'éducation, aux services, à toutes les catégories socioprofessionnelles et aux lieux de pouvoir ; droit à l'autonomie économique ; abolition de la discrimination salariale (à travail égal salaire égal ; à travail équivalent, salaire équivalent).
Stratégies	Refus de la rupture avec l'ordre établi ; dénonciation des stéréotypes, du discours et de l'idéologie sexiste ; remise en cause du rôle traditionnel de mère/ménagère/épouse dans une tentative pragmatique d'adaptation ; développement du sens critique des femmes ; contestation politique de la discrimination sexuelle dans l'ordre économique surtout ; programmes d'actions positives.

Source : F. Descarries-Bélanger et S. Roy, *Le mouvement des femmes et ses courants de pensée, essai de typologie*, (1988) no 19 mars ICREF/CRIAW.

Enfin, dans le cadre de la présente thèse, la collecte d'information repose essentiellement sur la recherche documentaire. Cependant, nous nous appuyons aussi, chaque fois que cela est possible, sur des entrevues, réalisées par des chercheurs, auprès de Tunisiennes, dans le but d'évaluer comment ces femmes appréhendent leurs droits dans le quotidien.

### **Quelques indications d'ordre méthodologique**

Pour avoir une meilleure compréhension de la situation des femmes en Tunisie, la consultation, l'analyse et l'interprétation de la législation, de la jurisprudence tunisienne et de la doctrine sont essentielles.

### **La législation**

Le législateur tunisien ne s'est pas contenté de promulguer le Code de statut personnel en 1956. D'autres textes importants ont été édictés par la suite. Il s'agit essentiellement de toutes les lois apportant des modifications aux articles de ce Code et des lois qui le complètent<sup>39</sup>. Ainsi, notre travail porte sur l'ensemble du Code du Statut Personnel et ses modifications.

### **La jurisprudence**

La crainte de se limiter à une thèse d'ordre théorique nous a poussée à enrichir notre analyse, chaque fois que cela est possible, par l'interprétation jurisprudentielle afin de mettre en lumière l'attitude du juge face aux textes de lois.

---

<sup>39</sup> Le Code du statut personnel, en ligne : <http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/Menu.html>.

Nous avons consulté, essentiellement, les arrêts de la Cour de cassation publiés entre 1957 et 2001. La première date souligne le moment du démarrage effectif du système judiciaire tunisien<sup>40</sup>. Quant à la seconde, elle est plutôt d'ordre méthodologique, dans la mesure où les nouveaux jugements se succèdent.

Par ailleurs, le rôle central conféré à cette Cour dans le système judiciaire tunisien justifie notre choix d'avoir recours à la jurisprudence. La Cour de cassation est, en effet, la plus haute instance du système judiciaire tunisien<sup>41</sup>. Elle est compétente pour examiner les pourvois introduits devant elle contre les décisions rendues en dernier ressort. Cependant, elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction, puisqu'elle se contente d'examiner le droit et non les faits. Il lui appartient de veiller à la bonne interprétation du droit par les autres tribunaux. C'est pourquoi nous avons décidé de nous limiter aux décisions émanant de cette Cour<sup>42</sup>.

Or, vu l'impossibilité d'accéder à la jurisprudence tunisienne, et devant l'absence de moyens informatisés nous permettant de la consulter, un séjour en Tunisie s'est avéré nécessaire. Nous avons même effectué plusieurs voyages<sup>43</sup> dans cette perspective.

---

<sup>40</sup> La Tunisie a accédé à son indépendance en 1956 et la Cour de cassation a commencé à être fonctionnelle un an plus tard.

<sup>41</sup> Elle correspond à la Cour suprême au Canada.

<sup>42</sup> Néanmoins, quelques décisions émanant du Tribunal de première instance ou de la Cour d'appel se démarquant par leurs interprétations de la loi pourront être citées à l'occasion.

<sup>43</sup> Un premier séjour à Tunis a été effectué durant les mois de décembre-janvier 2001, un deuxième durant les mois de décembre-

L'exploration des ressources suivantes nous a permis de recueillir un nombre important de décisions pertinentes couvrant la jurisprudence tunisienne en matière de statut personnel.

- En premier lieu, nous avons consulté la banque de données (*DSJURIS*), installée au tribunal de première instance de Tunis. Il s'agit de la première source informatisée, en Tunisie, qui répertorie l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation<sup>44</sup>, publiés entre 1957 et 1994<sup>45</sup>.

- En deuxième lieu, nous avons utilisé les Cahiers de travaux dirigés en droit du statut personnel de l'Université de Droit et de Science Politique de Tunis<sup>46</sup>. Des séances hebdomadaires de travaux dirigés sont organisées tout au long de l'année universitaire. Elles traitent de différents thèmes se rattachant à la matière du statut personnel<sup>47</sup>. L'Université de Tunis publie des cahiers de travaux dirigés pour guider les enseignants et pour aider les étudiants à approfondir leurs

---

janvier 2002, un troisième durant les mois de mai-juin de l'année 2003 et, enfin, durant le mois de janvier 2005.

<sup>44</sup> Cette banque de données existe depuis à peu près deux ans. Pour la consulter, il faut se présenter en personne au tribunal de première instance de Tunis et faire une demande de consultation sur place.

<sup>45</sup> Cependant, d'autres outils ont été consultés pour couvrir les arrêts publiés entre 1995 et 2000 et ils sont cités dans les paragraphes qui suivent.

<sup>46</sup> Le domaine du statut personnel est un cours obligatoire dans cette université. Ainsi, mis à part le cours magistral, des séances de travaux dirigés sont offertes.

<sup>47</sup> Essentiellement, les thèmes traités sont les suivants : les fiançailles en droit tunisien, les conditions de forme du mariage, les conditions de fond du mariage, les causes de divorce, les procédures du divorce, les effets du divorce vis à vis des enfants, les effets du divorce sur les époux, la succession, la filiation et l'adoption.

connaissances. Chaque cahier renferme les informations suivantes : les textes de lois, la doctrine, la jurisprudence classique et les décisions qui se sont démarquées par leurs interprétations de la loi.

Pour nos recherches, nous avons pu obtenir les Cahiers de Travaux dirigés des années suivantes : 1988, 1992, 2001. Ainsi, nous avons pu comparer les données et rassembler les décisions les plus pertinentes.

- En troisième lieu, nous nous sommes procuré une édition spéciale du Code de statut personnel. Il s'agit d'un Code annoté, publié en 2001, par le juge chercheur Mohamed Habib Cherif<sup>48</sup>. À la fin de chaque article, l'auteur renvoie à différentes sources doctrinales et jurisprudentielles se rattachant au contenu de l'article. C'est ainsi qu'un balayage exhaustif des décisions a été effectué.

- En quatrième lieu, nous avons consulté les quatre revues juridiques suivantes :

-Le Recueil de la Cour de cassation<sup>49</sup> : il est publié annuellement et renferme l'ensemble des arrêts émanant de cette instance, lesquels touchent tous les domaines. Le dépouillement de cette source nous a permis de compléter l'information obtenue par la banque de données (DSJURIS) - comme nous l'avons déjà mentionné, cette liste ne répertorie

---

<sup>48</sup> M.H. Chérif, *Code du Statut Personnel : Annoté et mis à jour par le juge Mohamed Habib Chérif*, Tunis, La maison d'édition de Sousse, 2001.

<sup>49</sup> Bulletin de la cour de cassation [1966-1998].

les arrêts que jusqu'en 1994, alors que le plus récent numéro du recueil de la Cour de cassation date de 1998.

-La Revue de juridiction et de législation (R JL) : elle est publiée annuellement par le ministère de la Justice. Elle renferme des articles et un bouquet trié de la jurisprudence tunisienne.

-La Revue tunisienne de droit (RTD) et la Revue Actualités juridiques tunisiennes (AJT) : elles sont publiées annuellement par l'Université de Droit et de Science Politique à Tunis. Elles offrent des articles, de la jurisprudence, des comptes rendus de thèses et la liste des nouvelles publications en droit. Ces deux revues sont considérées comme un lieu de rencontre entre les idées des enseignants et des praticiens de droit.

L'examen des différents numéros (Revue tunisienne de droit et l'Actualités juridiques tunisiennes) nous a permis de recueillir un bon nombre de commentaires d'arrêts du professeur Sassi Ben Halima<sup>50</sup>. Ce dernier est un éminent juriste, professeur et avocat tunisien, de réputation internationale. Par ailleurs, il est le spécialiste du droit du statut personnel en Tunisie, et enseigne à l'Université de Tunis le cours mentionné précédemment, depuis plus de trente ans. Malheureusement, il n'a jamais écrit d'ouvrage. Il offre plutôt ses connaissances à travers son cours de statut

---

<sup>50</sup> Nous avons obtenu les anciens commentaires d'arrêt du professeur S. Ben Halima, de lui en personne. Pour les plus récents, ceux publiés dans les années quatre-vingt-dix, nous avons consultés les revues juridiques tunisiennes.

personnel<sup>51</sup>, à travers ses conférences, la direction de mémoires et de thèses ou par le biais de publications commentant les arrêts. Ses commentaires, explorant différents aspects du droit du statut personnel nous ont permis d'analyser la position des juges vis à vis des textes législatifs.

- Enfin, notre recherche documentaire a aussi été enrichie par des recommandations faites par des juristes tunisiens. Grâce à des entretiens avec quelques professeurs/professeurs en droit, des avocates/avocats ainsi que des juges<sup>52</sup>, nous avons pu mettre la main sur des décisions récentes non encore publiées.

En somme, les différentes démarches adoptées et détaillées ici nous ont permis d'effectuer un dépouillement complet et systématique de la jurisprudence tunisienne en matière de statut personnel. Aussi, nous considérons le nombre de décisions dont nous disposons comme représentatif des différentes tendances dans l'interprétation des textes de lois en Tunisie.

### **La doctrine**

Par ailleurs, notre corpus est constitué de sources secondaires (ouvrages, périodiques, articles de presse, etc.). Ces sources proviennent essentiellement des bibliothèques universitaires canadiennes, des bibliothèques universitaires

---

<sup>51</sup> S.Ben Halima, *Notes de cours du droit du statut personnel en Tunisie*, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 1992. Nous avons suivi ce cours alors que nous étions étudiante à la maîtrise en droit en Tunisie, en 1992.

<sup>52</sup> Nous gardons l'anonymat de ces juges par respect de confidentialité.

de droit en Tunisie, de librairies juridiques à Tunis, ainsi que du Centre de Recherches et d'Études de Documentation et d'Information sur la Femme (CREDIF), également en Tunisie.

Notons aussi que nous avons recours à certaines ressources statistiques chaque fois que le besoin s'en fait sentir.

Pour finir, nous avons établi une liste des principaux auteurs ayant exploré ce sujet et auxquels nous allons nous référer assez souvent :

-Tahar Haddad : il est considéré comme le père spirituel du mouvement féministe tunisien. À vrai dire, c'est avec la publication de son ouvrage, *Notre femme dans la loi islamique et la société*<sup>53</sup>, que la question de l'émancipation des femmes s'est développée dans toute sa dimension libératrice. Dans cet essai, il proclame la nécessité de rompre avec des us et coutumes qui emprisonnaient les Tunisiennes d'autrefois dans une situation sociale avilissante. Son livre est toujours d'actualité et continue d'être une exception dans la pensée islamique. D'ailleurs, le Code de statut personnel a consacré les idées de Tahar Haddad. Le premier chapitre de notre thèse portera, en partie, sur la doctrine de ce penseur.

-Sassi Ben Halima : que nous avons déjà mentionné<sup>54</sup>. Il s'agit d'un éminent juriste tunisien qui s'est spécialisé en droit du statut personnel. Voilà maintenant plus de trente ans qu'il passe au crible l'ensemble des règles touchant les

---

<sup>53</sup> Haddad, T., *Notre femme dans la loi islamique et la société*, Tunis, Maison Tunisienne de l'Édition, 1930.

<sup>54</sup> Voir aux pp.22-23, ci-dessus.

différents aspects du droit de la famille et des personnes<sup>55</sup>. Plus de cinquante commentaires d'arrêts sont enregistrés à son nom<sup>56</sup>. Ces riches contributions vont nous éclairer lors de notre analyse du statut juridique des Tunisiennes<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> S.Ben Halima, «La filiation naturelle en droit tunisien», (2001) *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi* 457; S.Ben Halima, « Religion et statut personnel en Tunisie» (2000) R.T.D 458; S.Ben Halima, « La preuve de filiation selon la loi du 28 octobre 1998» (en arabe), (2000) *Mélanges en l'honneur de Mohamed Saleh Ben Aissa* 245-268; ; S.Ben Halima, « Le rôle du juge de la famille dans les affaires de divorce» (en arabe) (1993) R.T.D aux pp.89; S.Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1979 ; S.Ben Halima, « Le divorce pour insubordination de l'épouse »(en arabe) (1973) R.J.L 11.

<sup>56</sup> S.Ben Halima, «Commentaire du jugement du tribunal de première instance de Gafsa n° 43979 du 26 février 1994 », [portant sur la preuve de la paternité d'un enfant issu d'une relation d'adultère] (1999) A.J.T à la p.121; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 27777 du 26 février 1993 [portant sur le désaveu de la filiation d'un enfant né durant l'absence du mari]» (1996) A.J.T 15; S.Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 26406 du 26 février 1991 » (1995) A.J.T 6 ;S. Ben Halima, «Commentaire du jugement du tribunal d'appel de Sousse n° 1380 du 30 mai 1990 [portant sur le divorce pour préjudice pour impuissance sexuelle]» (1993) R.T.D 291;S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 20425 du 7 décembre 1988 [portant sur le refus de l'épouse de cohabiter avec son mari]» (1992) R.T.D 113; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 2155 du 10 octobre 1978[portant sur le divorce préjudice pour violence du mari]», (1992) *Journal El Sabah* (26 janvier 1992) 7; S. Ben Halima, «Commentaire du jugement du tribunal d'appel de Sousse n° 1101 du 27 juin 1990 [portant sur le divorce pour préjudice pour impuissance sexuelle]» (1991) R.T.D 85; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 21420 du 13 décembre 1988 [portant sur la consommation du mariage]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 20476 du 20 septembre 1988 [portant sur le divorce pour préjudice suite aux violences exercées par l'épouse sur son époux]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 17646 du 2 février 1988 [portant sur la conciliation des époux ]» ; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 10838 du 4 décembre 1984 [portant sur la pension alimentaire]»; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 4146 du 11 avril 1982 [portant sur la restitution des cadeaux suite au décès du fiancé]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben

-Mohamed Charfi<sup>58</sup> ; un autre juriste tunisien qui a beaucoup écrit sur la relation du droit tunisien avec le droit musulman. Cette relation sera également souvent discutée dans notre thèse.

Ainsi, ces trois auteurs vont nous servir de références tout au long de cette thèse. Ils représentent à eux trois plusieurs perspectives, travaux et époques : Ben Halima et Charfi sont des juristes francophones contemporains, alors que Tahar Haddad est un jurisconsulte qui, dès 1930, retient la situation des femmes comme principal sujet de préoccupation.

---

Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n°6641 du 11 mai 1982 [portant sur le refus de payer la pension alimentaire par le père à ses filles qui travaillent]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n°3753 du 8 janvier 1980 [portant sur le refus de l'épouse de cohabiter avec son mari à cause de son travail ]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 308 du 1er mars 1977 [portant sur la garde d'enfant suite au remariage de la mère]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne]; S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 6757 du 26 octobre 1970 [portant sur la bigamie]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

<sup>57</sup> Ce thème reviendra dans la deuxième partie de cette thèse. Les commentaires de ce juriste inspireront notre analyse de l'interprétation jurisprudentielle du Code de statut personnel.

<sup>58</sup> M.Charfi, *Islam et liberté*, Paris, Albin Michel, 1998.

M.Charfi, «Droit de l'homme, droit musulman et droit tunisien», (1983) R.T.D à la p.411.

M.Charfi, *Introduction à l'étude de droit*, Tunis, Centre d'études de recherches et de publications, 1983.

M.Charfi, «L'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la nationalité tunisienne»(1975) R.T.D 73.

M.Charfi, «Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité» (1973) R.T.D à la p.11.

M.Charfi, « Les conditions de forme du mariage en droit tunisien » (1969-1970) R.T.D .21.

En somme, le corpus à l'étude dans la présente thèse est constitué de la législation, de la jurisprudence tunisiennes et de la doctrine. Nous l'aborderons sous l'angle de la défense des droits des femmes, selon une grille d'analyse féministe adaptée au contexte de la Tunisie contemporaine.

**PARTIE I : La situation des femmes tunisiennes à la  
veille de l'indépendance**

## **INTRODUCTION**

Les femmes tunisiennes vivent aujourd'hui dans un univers culturel tiraillé entre d'un côté l'influence des modèles occidentaux et de l'autre le modèle des femmes voilées, resurgi avec la montée de l'islamisme dans le monde musulman. Elles se trouvent confrontées aux mêmes problèmes qu'hier en plus d'en affronter de nouveaux.

Le profil des jeunes Tunisiennes a beaucoup changé. Actuellement elles sont scolarisées, leur présence est de plus en plus importante sur le marché du travail et dans les postes de décision. Le processus par lequel s'est effectué le changement des conditions des Tunisiennes (d'aujourd'hui et d'hier) est très complexe. Des facteurs, aussi bien internes qu'externes, ont contribué à accélérer ou à freiner l'évolution de leur situation.

Manifestement, la colonisation française (1881-1956) a provoqué des interrogations auprès des Tunisiennes d'autrefois, quant à leurs propres conditions de vie. Confrontées quotidiennement à un nouveau modèle de femmes, elles ont commencé à douter du bien-fondé de leur position. Dans le même temps, cette confrontation a aussi suscité, de la part des Tunisiens et Tunisiennes, des attitudes de défense et de repli témoignant de leur volonté de préserver leur identité. Ce réflexe d'autodéfense s'est cristallisé autour des femmes comme un sujet culturel, puisqu'elles représentaient dans l'imaginaire collectif de la société les gardiennes de l'identité, de la tradition et des valeurs de la

société tunisienne. Toutefois, une question s'impose alors : comment l'émancipation des Tunisiennes a-t-elle été rendue possible ?

Pour voir clair, un retour vers le passé, c'est-à-dire vers l'étape de la colonisation, s'avère important et ce, d'autant plus que cela nous permettra de mieux saisir les acquis des femmes d'aujourd'hui. C'est précisément ce que nous nous proposons d'exposer dans cette première partie. Ainsi, notre objectif sera de comprendre comment la Tunisie, comparativement aux autres pays arabo-musulmans, est parvenue à socialiser les femmes, dans le sens qu'elles furent amenées dans la sphère publique à faire partie intégrante du projet social et à gérer les contradictions apparentes entre les concepts de la modernité et les dogmes de l'islam traditionnel. Nous tenterons alors d'apporter quelques éléments de réponse et de réflexion.

Soulignons que l'analyse du statut des Tunisiennes avant l'indépendance touche une variété de thèmes : l'histoire de la Tunisie, le développement du droit musulman, les pratiques sociales ancestrales, et couvre une période qui s'étend sur 75 années (1881-1956). C'est pourquoi nous n'aurons pas la prétention de dresser un bilan exhaustif de tous les événements qui ont contribué à la genèse du féminisme en Tunisie. Nous n'évoquerons que certains éléments qui se sont avérés les plus importants durant la période coloniale.

Trois grands chapitres vont être développés pour procéder à cette analyse. Le premier sera consacré au cadre juridique régissant le statut des Tunisiennes à la veille de l'indépendance. Il s'agira de décrire l'évolution du droit

musulman et les droits accordés, par cette législation, aux musulmanes<sup>59</sup>. Dans le second chapitre, il sera question d'identifier la condition juridique des Tunisiennes à la veille de l'indépendance. Et comme le rôle principal des femmes se résumait uniquement à celui d'être "une bonne épouse", nous aborderons l'inégalité au sein du mariage et la fragilité du lien conjugal. Enfin, nous exposerons la genèse du discours féministe dans le troisième chapitre, puisque la question de l'émancipation des femmes fut abordée par plusieurs intellectuels ainsi que par quelques Tunisiennes ayant osé constituer des associations.

---

<sup>59</sup> Soulignons que nous n'avons pas la prétention de dresser une étude exhaustive sur le droit musulman. Nous allons présenter les importants concepts qui nous permettront de comprendre ce droit.

## Chapitre I : Le cadre juridique régissant le statut des Tunisiennes à la veille de l'indépendance

L'homme a tout avantage à faire endosser par un Dieu les codes qu'il fabrique : et singulièrement puisqu'il exerce sur la femme une autorité souveraine, il est bon que celle-ci ait été conférée par l'être souverain. Entre autres chez les juifs, les mahométans, les chrétiens, l'homme est le maître par droit divin : la crainte de Dieu étouffera chez l'opprimée toute velléité de révolte.

Simone De Beauvoir<sup>60</sup>

En matière de statut personnel, il existait en Tunisie, jusqu'à l'indépendance, une multitude d'ordres juridictionnels. Il s'agissait d'un système de personnalité du droit fondé sur le critère religieux. La présence des Tunisiens juifs expliquait l'existence des tribunaux rabbiniques appliquant à leurs justiciables la loi mosaïque. Les tribunaux charaïques avaient une compétence exclusive pour connaître les litiges des Tunisiens musulmans et ceux des ressortissants d'États musulmans. Le rapport entre les Tunisiens de confessions différentes ne posait pas de problèmes de conflit mixtes, puisque, en droit musulman, il est interdit à une musulmane d'épouser un non musulman<sup>61</sup> et qu'en droit hébreu, cette restriction touche aussi bien les

<sup>60</sup> Cité par G.Ascha, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam*, Paris, Harmattan, 1997, à la p.6.

<sup>61</sup> En revanche, un musulman peut épouser une non musulmane, à condition qu'elle appartienne à une religion monothéiste. Voir la sous-section 1 aux pp.73-76, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

femmes que les hommes (interdiction d'épouser un musulman ou une musulmane). Ce double système fut maintenu sous le protectorat français qui installa parallèlement des juridictions spécifiques appliquant le droit français à ses ressortissants.

En fait, bien qu'un effort de codification ait été entrepris, les autorités françaises n'osèrent pas toucher la matière du statut personnel<sup>62</sup>. Toute modification apportée à ce droit pouvait être perçue comme une atteinte à la religion. Seul, le droit de la famille était considéré comme un domaine privilégié qui restait dominé par la loi musulmane. Mais qu'est-ce que le droit musulman ?

Pour pouvoir définir ce droit, un survol des événements entourant son élaboration s'avère nécessaire ; il nous permettra d'en saisir la complexité et de cerner son influence sur le droit tunisien. Par la suite, nous examinerons la condition juridique des femmes en islam.

### **Section 1 : Les origines et le développement du corpus du droit musulman**

Plusieurs significations ont été attribuées à l'expression "droit musulman", sans pour autant réussir, pour la majorité, à la définir correctement. Selon Louis Milliot et François Paul Blanc, «[...] le droit musulman est le droit

---

<sup>62</sup> En effet, des codes modernes avaient vu le jour sous le protectorat, comme par exemple : le Code des obligations et des contrats, le Code pénal, le Code de procédure civile...

qui régit les adeptes de la religion islamique »<sup>63</sup>. Alors que Joseph Schacht le présente comme étant :

[...]un ensemble universel de devoirs religieux, la totalité des commandements d'Allah, qui règle la vie de chaque musulman sous tous ses aspects. Il comprend, en le mettant sur le même plan, des obligations concernant la prière et le rite, aussi bien que des règles politiques et légales, au sens strict du mot<sup>64</sup>.

Ces deux définitions, émanant de spécialistes du droit musulman, présentent ce droit comme un système juridique religieux. Il est une interprétation rigoureuse du Coran, ce qui explique son caractère sacré, et telle est l'opinion de la plupart des experts ainsi que le sentiment populaire chez les musulmans<sup>65</sup>. Cependant, le droit musulman n'est pas seulement le fruit d'un droit théologique. Il est aussi «[...] l'art de chercher par les jurisconsultes, des rapports socialement justes dans la révélation ou dans l'ordre social extérieur »<sup>66</sup>. C'est un droit créé par les jurisconsultes tout en s'inspirant du Coran et de la *Sunna*<sup>67</sup>.

En effet, l'opinion la plus générale considère que le droit musulman et la religion musulmane sont absolument indissociables. Alors que la législation musulmane est,

---

<sup>63</sup> L.Milliot et F.-P.Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1971, à la p.1.

<sup>64</sup> J.Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999, à la p.11.

<sup>65</sup> Voir S.Mervin, *Histoire de l'islam*, Paris, Flammarion, 2001 aux pp.64-65.

<sup>66</sup> M.Chakankiri, «La loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'islam» (1981) juillet/septembre R.I.D.C à la p.45.

<sup>67</sup> La sunna est l'ensemble des paroles et actions du Prophète. Voir la sous-section 1 aux pp.38-47, ci-dessous, pour la définition de ces concepts.

essentiellement, une œuvre humaine construite à partir des principes généraux dégagés du Coran, et qui est appelée à s'adapter aux circonstances nouvelles<sup>68</sup>.

C'est pourquoi le droit islamique ne doit pas être confondu avec le texte du Coran. Une distinction entre les deux s'impose. L'islam fait référence à la religion qui est née de la Révélation du Coran au Prophète Mohamed au cours du VII<sup>e</sup> siècle après Jésus-Christ. La loi islamique est le fruit de l'interprétation, par les jurisconsultes, des normes tirées de ce texte et des dires et faits du Prophète. Donc, l'islam constitue, certes, la principale source de ce droit, mais les recommandations coraniques furent interprétées et adaptées par l'esprit humain.

D'ailleurs pour les jurisconsultes, il existe deux termes pour désigner l'islam et le droit musulman. Il s'agit de la *sharia* et du *fiqh*<sup>69</sup>. Ces deux champs sont censés contenir toute la pensée juridique de l'islam.

La *sharia* «[...] est le chemin que doivent suivre les croyants, c'est l'ensemble des commandements d'Allah (Dieu)»<sup>70</sup>, alors que le *fiqh* «[...] est l'intelligence, l'explication et l'interprétation de la *sharia*, ou des textes et des traditions indiquant le chemin des croyants »<sup>71</sup>. Tel est le sens originel et le rapport entre les deux termes. Cependant, avec le temps, leurs contenus respectifs vont s'élargir pour mieux

---

<sup>68</sup> Voir M.Charfi, *Introduction à l'étude de droit*, Tunis, Centre d'études de recherches et de publications, 1983, à la p.62 et s.

<sup>69</sup> Voir M.Chakankiri, *supra* note 66 à la p.38.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

répondre aux exigences de la civilisation islamique montante et pour résoudre les problèmes juridiques émanant du rapport avec d'autres cultures. Désormais, la *sharia* va englober des règles d'origine profane<sup>72</sup>.

Quant au *fiqh*, les juristes sont passés du stade de la compréhension à un niveau plus élaboré. Il s'agit de la déduction et de la recherche des solutions juridiquement équitables et, surtout, liées au contexte socioculturel qui prévaut<sup>73</sup>.

Le *fiqh* distingue le sacré du profane. Le sacré concerne l'attitude et les devoirs des hommes et des femmes envers Dieu, alors que le profane organise les rapports qu'entretiennent les êtres humains dans tous les aspects de la vie courante. C'est dans cette dernière partie que fut intégrée la notion du statut personnel en droit musulman.

Le statut personnel est «[...] l'ensemble des domaines personnels qui touche l'être humain dans ses capacités naturelles ou familiales... comme le fait d'être un homme ou une femme, marié[e], célibataire, veuf[ve], d'être un père[une mère], un enfant légitime, d'avoir la capacité ou non...» [notre traduction]<sup>74</sup>. Donc, cette matière englobe la réglementation du mariage et de sa dissolution, l'organisation de la

---

<sup>72</sup> Il s'agit du *kyas* (raisonnement par analogie) et de l'*ijmaa* (l'accord de tous les docteurs de l'islam). Voir le paragraphe 2 aux pp.47-50, ci-dessous, pour l'analyse de ces concepts.

<sup>73</sup> Avec l'avancée de la science moderne, par exemple, les *fuqaha* ont été sollicités par les croyants pour statuer sur les greffes d'organes, les bébés éprouvettes, le clonage.

<sup>74</sup> M.M.Chalbi, *La loi de la famille en Islam* [en arabe] Caire, Dar al Maaref, 1968, à la p.5. De même, la donation et le testament font partie du droit personnel.

puissance paternelle et de la tutelle, l'incapacité totale ou partielle, la filiation, l'obligation alimentaire, la succession, la donation entre vifs et le testament. Notons que ce domaine du droit est basé sur le rattachement religieux, puisque chaque communauté (les Juifs et les Musulmans) se trouve affiliée à un ordre juridique appliquant son propre droit personnel<sup>75</sup>. D'ailleurs, c'est à partir de cette optique que s'explique la dualité du système juridique tunisien durant la période du protectorat français.

Enfin par souci de mettre de l'ordre, et afin d'éviter la confusion (que nous avons remarquée dans différents ouvrages consultés) nous avons établi la définition de quelques mots clés qui seront utilisés tout au long de notre essai. Par islam, nous entendons parler du «[...] texte coranique qui a été révélé par Dieu dans son mot à mot littéral tel qu'il existait en langue arabe »<sup>76</sup>. Quant au droit musulman, il désigne «[...] un corpus de règles juridiques nombreuses traitant de tous les problèmes qui peuvent se poser [à une personne] vivant en société dans un pays musulman »<sup>77</sup>.

#### **Sous-section 1 : Les sources du droit musulman**

Avec l'islam, les Arabes sont passés de la coutume orale au texte écrit. Auparavant, l'organisation de la vie dans la tribu était régie par des usages admis et suivis par tous. Mais, avec la révélation du Coran, un certain esprit juridique

---

<sup>75</sup> L'Arabie était peuplée par des tribus musulmanes et des tribus juives.

<sup>76</sup> M.Chakankiri, supra note 66 à la p.38.

<sup>77</sup> M.Charfi, *Islam et liberté, le malentendu historique*, Paris, Albin Michel, 1998, à la p.63.

fut implanté en Arabie, et il se manifeste d'ailleurs dans les sources du droit.

Les juristes musulmans distinguent deux catégories de sources pour ce droit. La première englobe les sources principales considérées comme sacrées : le Coran, et la *Sunna*. Tandis que la seconde contient des sources secondaires élaborées grâce à la réflexion humaine et profane : le *kyas*, raisonnement par analogie, et l'*ijmaa*, consensus des ulémas<sup>78</sup> ou des juristes de l'islam<sup>79</sup>.

#### **Paragraphe 1 : Les sources sacrées du droit musulman**

##### **Sous-paragraphe 1 : Le Coran**

Il s'agit du texte sacré par excellence, révélé entre 610-632 de l'ère chrétienne. Le Prophète Mohamed reçut le Coran, c'est-à-dire la parole de Dieu révélée oralement par l'ange Gabriel, et le transmit verbalement aux croyants. La révélation, qui dura 22 ans, se fit par un nombre limité de versets (une phrase, ou ensemble de phrases), espacés dans le temps (c'est à dire que l'ensemble des versets qui forment un chapitre n'ont pas été révélés au même moment), mais le plus souvent rattachés à des faits et à des événements sociaux.

L'ordre des révélations répondait en effet à des nécessités conjoncturelles : les *sourates* (chapitres) qui ont vu le jour à la Mecque exposaient le dogme et les devoirs du musulman. Alors que celles révélées, plus tard, à Médine,

---

<sup>78</sup> Nous n'avons pas mis un S aux ulémas, parce que ce mot arabe est déjà au pluriel.

<sup>79</sup> Le *kyas* et l'*ijmaa* constituent alors le *fiqh*.

répondaient aux problèmes auxquels faisait face le Prophète et aux questions que posaient les premiers musulmans. L'essence de beaucoup de chapitres « [...] est la distinction du bien et du mal... chaque verset contient, une énonciation portant injonction par invitation ou interdiction, ordre ou défense ou encore une simple indication ou mention qui n'impose rien »<sup>80</sup>.

Le Coran est donc composé de 114 *sourates* (chapitres), elles-mêmes divisées en versets exprimant une ou plusieurs pensées. Le classement des *sourates* a été effectué, après la mort du Prophète, selon leur longueur<sup>81</sup>.

#### **A. La portée juridique du Coran**

Partant du postulat de départ qui confère à la révélation un statut sacré et divin, l'authenticité du Coran, comme source transcendante, ne se pose plus pour les musulmans. Ce livre sacré se présente comme un *Code* religieux, politique et juridique qui règle la conduite des musulmans. Ainsi, comme on vient de le voir, le Coran contient deux sortes de chapitres : les chapitres de la Mecque qui s'articulent autour de l'unicité de Dieu, et les chapitres de Médine où la plupart des normes législatives furent énoncées.

---

<sup>80</sup> L.Milliot et F.-P. Blanc, *supra* note 63 à la p.85.

<sup>81</sup> À la suite de chaque révélation, le Prophète récitait le texte à ses Compagnons. Ensuite, le Coran était transcrit sur des feuilles de papyrus, planches de bois, peaux de chameaux... Ce ne fut qu'avec le troisième calife (Othman : 644-655) qu'il fut réuni dans un seul livre. La certitude que le Coran a été transmis tel quel dans le texte adopté est acquise par de nombreux et irréfutables témoignages. En effet, ce sont les Compagnons du Prophète qui avaient pour fonction, entre autres, d'apprendre par cœur le Coran et d'être ainsi les "porteurs du Coran".

À côté d'éléments proprement religieux (les devoirs religieux et les pratiques rituelles : la prière, le jeûne, le pèlerinage...), le Coran contient d'autres enseignements aussi divers les uns que les autres. Il comprend des prescriptions morales (la charité, la compassion pour les membres les plus faibles de la société, l'honnêteté, la solidarité entre les différentes couches sociales...), des orientations d'ordre politique (l'obligation de consulter les musulmans dans toutes les décisions ayant rapport avec le devenir de la communauté...), des énoncés scientifiques qui résistent à l'analyse scientifique d'aujourd'hui<sup>82</sup> (sur les origines de l'univers, le destin de l'humanité, la reproduction humaine...) et qui sont « [mentionnés] avec des détails explicatifs qui apparaissent rigoureusement conformes aux données de la science moderne »<sup>83</sup>. De même, le Coran renferme quelques règles juridiques précises et détaillées dans les domaines commercial, pénal et des dispositions régissant le statut des hommes et surtout des femmes. C'est cette dernière question qui occupe le plus de place dans les lois coraniques. Mis à

---

<sup>82</sup> Voir, M.Bucaille, *La Bible le Coran et la science*, Paris, P. Seghers, 1983 aux pp.113-217.

<sup>83</sup> L.Milliot et F.-P. Blanc, *supra* note 63 à la p.119. À titre d'exemple, le Coran décrit la reproduction et le développement de l'être humain :

-«Il vous a créés, dans le ventre de vos mères, création après création, dans trois coiffes (voiles) de ténèbres» (verset 6, chapitre 39);

- «Oui, Nous avons créé l'homme d'une quintessence d'argile» (verset 12, chapitre 23);

-«puis Nous en fîmes une goutte de liquide, déposé en réceptacle sûr» (verset 13, chapitre 23);

-«puis ce peu de liquide, Nous le créâmes adhérence, et créâmes l'adhérence mâchure, et créâmes la mâchure ossature, et revêtîmes l'ossature de chair, après quoi Nous le promûmes d'une autre création...» (verset 14, chapitre 23). Pour plus d'information, voir, M.Bucaille, *supra* note 82.

part quelques versets inclus dans différents chapitres, tout un chapitre est consacré aux femmes et porte d'ailleurs ce titre : les femmes.

Les principes qui touchent le domaine commercial sont aussi d'ordre moral. Ils se résument par l'obligation de passer contrat par écrit, et par un devoir d'honnêteté dans les transactions. Les prescriptions d'ordre pénal concernent l'identification des infractions (l'adultère, le vol, le meurtre) et les peines correspondantes.

Mises à part ces nouvelles directives, les réformes les plus radicales du droit coutumier arabe touchent le mariage et la succession. Il s'agit de règles nombreuses et variées qui ont pour objectif l'amélioration du statut des femmes et qui touchent le noyau familial de la société d'Arabie d'autrefois<sup>84</sup>.

Cependant, il est important de signaler que le Coran contient des versets contradictoires qui furent révélés à des époques différentes. Il s'agit du phénomène de l'abrogation tacite de quelques directives (telle que la consommation du vin...) <sup>85</sup>. Ce phénomène prouve que le Coran a adopté la méthode des étapes dans son approche, afin de changer les mœurs d'une culture ancestrale. C'est ainsi que la majorité des versets se trouve rattachée à des circonstances particulières qui correspondent au parcours de vie du Prophète. Le Coran se

---

<sup>84</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.62-67, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

<sup>85</sup> Dans le cas de l'interdiction de la consommation du vin, le Coran a commencé par décrire les inconvénients de l'alcool, ensuite il a incité les croyants à ne pas boire avant la prière, enfin un verset l'a prohibé.

présente, alors, comme un enchaînement de prescriptions évolutives qui favorise la création d'une méthodologie dynamique basée sur des directives et des ordres permettant de réguler la société.

Ce qui nous amène à conclure que les versets coraniques avaient besoin d'être interprétés, réinterprétés et éventuellement complétés. Au départ, il appartenait au messager de Dieu d'effectuer cette tâche, mais après sa mort, c'est aux uléma de saisir le sens ultime de la directive (et non pas leur sens immédiat). La *Sunna* complète alors le Coran et constitue la seconde source du droit musulman.

#### **Sous-paragraphe 2 : La Sunna ou la tradition**

De son vivant, le Prophète fut souvent consulté pour régler les difficultés quotidiennes, résoudre des situations que le livre sacré n'abordait pas et interpréter certains passages du Coran. Mohamed répondait alors aux interrogations, expliquait, commentait et complétait la révélation. Par exemple, le Coran établit l'obligation de faire la prière, mais c'est Mohamed qui dit quand et comment il faut la faire.

Lorsqu'il ne fut plus là pour remplir ce rôle, lorsqu'il a fallu choisir un chef pour exercer les fonctions politiques et législatives, assurer la prospérité de cette nouvelle religion et de la communauté musulmane, lorsque le contact avec les pays conquis fit naître de nouveaux problèmes, les musulmans se sont retournés vers l'ensemble des paroles et des

conduites de Mohamed<sup>86</sup> pour résoudre ces difficultés en utilisant une approche analogique (le *Kyas*) entre le problème de l'instant et un autre équivalent de par sa nature du temps du Prophète.

La *Sunna* «[...] est composée des faits [et] des dires [...] du Prophète, tels qu'ils sont apparus à ses compagnons et tels que ceux-ci les ont transmis »<sup>87</sup>. Ce corpus fut transmis par des récits que l'on appelle *hadith*. Ces récits ont été transmis oralement. Ce n'est qu'un siècle après la mort de Mohamed qu'on a commencé à les rassembler en mentionnant, pour chaque *hadith*, les noms de ceux qui les entendirent de la bouche même du Prophète. Évidemment, plus la transcription était tardive, plus la chaîne des transmetteurs était longue, et moins l'authenticité était garantie. C'est pourquoi les savants ont développé une science des *hadith* permettant de s'assurer de l'honnêteté du compagnon qui a rapporté le récit (puis de ceux qui les ont transmis) et du degré de véracité de son contenu; et ce, puisque ce n'est pas la force obligatoire du *hadith* qui est mise en cause, mais son authenticité. D'ailleurs, on assiste à une inflation de ce que le Prophète aurait dit ou fait, quelques prétendus récits contredisant les versets du livre sacré, et un même *hadith* pouvant être cité par des chaînes différentes et dans des versions divergentes. C'est pourquoi il faut garder à l'esprit que derrière le phénomène de manipulation des récits se cachent des luttes de pouvoir et les luttes d'intérêts entre les successeurs du

---

<sup>86</sup> En effet, la *sunna* représente une source plus accessible que le Coran qui reste abstrait, surtout pour une population qui est dans sa majorité illettrée.

<sup>87</sup> J.Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la Méditerranée, droit romain, droit musulman*, Tunis, Centre d'études de recherches et de publications, 1990, à la p.260.

Prophète. Un bref survol des événements politiques importants survenus après la mort du Prophète nous permettra de saisir les circonstances qui ont entouré l'élaboration des récits. Ce survol nous aidera à comprendre aussi le contexte dans lequel toute une série de récits misogynes cloîtrant les femmes musulmanes dans une position inférieure aux hommes a pu voir le jour<sup>88</sup>.

#### **A. Le contexte d'émergence des hadith**

Le contexte d'émergence des *hadith* fut le processus de désignation des quatre premiers califes, qui étaient tous des compagnons du Prophète. Dès la mort de Mohamed (632), la lutte pour atteindre le pouvoir politique commença. Les trois premiers califes furent élus après des négociations serrées entre les élites. Le premier était Abou Bakr Essidik (632-634), le disciple le plus proche du Prophète ; Omar Ibn Al-Khattab fut le second (634-644) et enfin, Othman Ibn Affan (644-655) le troisième. Le règne de ce dernier finit tragiquement : onze ans après son arrivée au pouvoir, il sera assassiné chez lui, par un groupe d'opposants. Une période d'instabilité s'ouvrit, et on assista à l'émergence de la première guerre civile sous le règne de Ali Ibn Abi Thaleb

---

<sup>88</sup> Tels que :

-« Ne connaîtra jamais la prospérité le peuple qui confie ses affaires à une femme » ;

- « La malchance existe dans trois choses : la maison, la femme et le cheval » ;

« Les femmes sont inférieures (par rapport aux hommes) sur le plan de la raison et de la religion ». Il est à noter que le premier et le troisième hadith sont les plus évoqués dans les sociétés arabo-musulmanes jusqu'à nos jours, et surtout par les islamistes.

(655-660), le quatrième calife, dont le pouvoir fut contesté par une partie de la communauté.

La nomination de Ali ne rencontra effectivement pas le consensus habituel, car, il fut le calife le plus contesté, même parmi les gens proches du Prophète. Parmi ces individus, on trouve Aïcha, l'épouse de Mohamed. Elle contesta la désignation d'Ali et lui reprocha de ne pas avoir puni les meurtriers du troisième calife. Elle mena contre lui une bataille qui se solda par un échec. Et comme par hasard, c'est dans ce contexte qu'apparaît le premier *hadith* (*misogyne*) annonçant la défaite à ceux qui se laisseraient diriger par des femmes<sup>89</sup>.

Par la suite, Ali entra en guerre contre Mouhawiya, le calife suivant. Personne ne put l'emporter durant cette guerre qui fut longue et meurtrière. C'est ainsi que les musulmans décidèrent, après un arbitrage, de nommer Mouhawiya comme leur nouveau chef politique.

Mais cette désignation fut acceptée par un groupe et contestée par un autre, et c'est alors que s'opère la scission des musulmans en Sunnites et Chiïtes. Le premier clan représentait ceux qui avaient accepté les résultats de l'arbitrage. Le second groupe refusait de reconnaître le nouveau calife, puisque selon eux, seul Ali avait le droit de devenir le chef suprême des musulmans<sup>90</sup>. Un troisième clan,

---

<sup>89</sup> Il s'agit du hadith : «Ne connaîtra jamais la prospérité le peuple qui confie ses affaires à une femme». Voir notamment F.Mernissi, *Le Harem politique*, Paris, Albin Michel, 1987, à la p.82 et s.

<sup>90</sup> Il est important de faire la distinction entre les Chiïtes et les Sunnites, puisque, jusqu'à nos jours, cette division existe dans le

les Khawarije (les contestataires), décida de se débarrasser de ces deux califes en les assassinant. Ali fut tué et Mouhawiya, seulement blessé. Ce dernier accéda alors au pouvoir (658-680) et il désigna, de son vivant, son fils comme héritier. C'est ainsi que le monde musulman entra dans la phase du règne des dynasties.

Tel est le contexte général au cours duquel les *hadith* du Prophète furent répertoriés. Par conséquent, on peut imaginer l'importance pour chaque groupe de tirer de la *Sunna* un texte légitimant son intérêt. Il s'agit de la manipulation du sacré au profit d'hommes politiques. C'est pourquoi des savants intègres ont élaboré la science des *hadith* afin de vérifier l'authenticité des récits<sup>91</sup>.

En somme, ce panorama nous donne une idée des enjeux de la manipulation de la *Sunna* et de son importance comme source du droit musulman, sachant que, durant la première période après le décès du Prophète, la tradition a joué un rôle plus important que le Coran. Dès que les musulmans étaient confrontés à un problème quelconque, ils n'avaient qu'à fouiller dans le vécu du Prophète pour s'inspirer d'une situation semblable afin d'aboutir à un jugement pour résoudre le problème posé. Les faits et les dires de l'Envoyé de Dieu

---

monde musulman. Par ailleurs, cette séparation a un impact sur la définition des sources du droit musulman et surtout, dans leur interprétation. Cependant, étant donné que la Tunisie a adopté, depuis toujours, l'islam sunnite, notre travail ne retient que ses concepts et ses écoles.

<sup>91</sup> Il existe deux traités dont l'autorité est affirmée par la majorité des musulmans (les *hadith* authentiques de Boukhari, et de Muslim).

représentaient, alors, une source accessible et plus facile à comprendre que le texte coranique<sup>92</sup>.

## **Paragraphe 2 : Les sources profanes du droit musulman**

Avec l'expansion de l'espace conquis par les musulmans, et les mutations sociales survenues suite au contact avec d'autres cultures, de nouveaux problèmes se posèrent, dont les solutions ne se trouvaient guère ni dans le livre sacré ni dans la tradition. C'est pourquoi deux méthodes virent le jour pour remédier à cette situation. Il s'agit de l'*ijmaa* et du *Kyas*.

### **Sous-paragraphe 1 : L'*ijmaa* -l'accord unanime de la communauté**

L'*ijmaa* est l'accord de l'ensemble des ulémas, d'une même époque, sur un point débattu. La mort du Prophète a privé la communauté musulmane de l'autorité apte à encadrer les innovations nécessaires. Dès lors, c'est à l'élite des fidèles que revient la charge de résoudre les éventuelles situations qui nécessitent des clarifications, des interprétations et des solutions précises. L'accord universel des croyants devient indispensable puisque le consentement général des musulmans est infaillible selon les dires du Prophète. Cette pratique tire sa base d'un *hadith* : « Ma communauté ne tombera pas d'accord sur une erreur ou ne se réunira pas sur une erreur »<sup>93</sup>.

Ce principe juridique permettait non seulement de déterminer la signification précise d'un terme du Coran et de

---

<sup>92</sup> Voir H.Djaït, *La Grande discorde*, Paris, Gallimard, 1989 aux pp.164-180.

<sup>93</sup> J.Ladjili-Mouchette, supra note 87 à la p.267.

donner une solution adéquate à un problème, mais il assurait aussi l'authenticité des compilations variées de la Tradition<sup>94</sup>. De même, l'autorité de l'*ijmaa* garantissait le consensus dans la société musulmane et permettait de créer des règles nouvelles pour les cas non résolus par les sources principales.

Il n'en demeure pas moins qu'une fois qu'une opinion a réussi à obtenir l'approbation des savants, elle devient décisive et irrévocable. La possibilité de son abrogation par un autre *ijmaa*, émanant d'une génération postérieure, bien qu'admise en théorie, reste une pratique hautement improbable.

En somme, l'*ijmaa* apposa son sceau final sur le processus de l'interprétation du droit musulman, ce qui conduisit à la stérilisation de la pensée chez les générations suivantes : « [d]ès lors, les nouveaux chercheurs ne feront plus que reprendre les ouvrages des anciens en y ajoutant tantôt une précision, tantôt un commentaire timide »<sup>95</sup>.

## **Sous-paragraphe 2 : Le Kyas - le raisonnement par analogie**

Le Kyas est un processus en vertu duquel il faut «[...] déduire une règle non prévue par le Coran ou la Sunna à partir d'une autre règle posée par l'une ou l'autre de ces deux premières sources »<sup>96</sup>. L'opération repose alors sur une évaluation : on rapporte un cas à un autre semblable déjà résolu par un texte coranique ou par la Tradition. Ainsi, il

<sup>94</sup> Par une chaîne ininterrompue de témoignages successifs, les savants remontent à la source du hadith, ce qui permet de s'assurer de sa véracité.

<sup>95</sup> M.Charfi, *supra* note 77 à la p.135.

<sup>96</sup> M.Charfi, *supra* note 68 à la p.64.

s'agit d'une méthode, essentiellement déductive, qui vise à déceler la volonté de Dieu. Les éléments constitutifs de cette technique sont les suivants :

- On choisit le texte auquel le procédé analogique est appliqué, puisqu'une déduction analogique ne peut être fondée sur une règle posée par une autre déduction analogique ;
- On considère la question à résoudre ;
- On trace un trait d'union entre la situation prévue par le texte (Coran ou Sunna) et la question juridique à résoudre.
- Enfin on déduit l'effet légal de l'analogie.

Une fois un *Kyas* adopté par un juriste, il peut soit être approuvé par les uns ou contredit par d'autres. S'il est accepté par la majorité des savants, il est revêtu alors du caractère d'*ijmaa*. Mais si on se trouve devant deux déductions qui sont en conflit, les savants auront le libre choix d'accepter l'une et d'évincer l'autre. La valeur d'une règle de *Kyas* dépend en effet de la valeur du juriste qui l'a formulée. C'est pourquoi les normes, fruits du raisonnement d'un juriste (*Kyas*), occupent la dernière place dans la classification des sources, après les solutions infaillibles de l'*ijmaa*.

En fait, si le Coran et la *Sunna* sont considérés comme les sources principales du droit musulman, d'autres mécanismes s'avèrent nécessaires pour gérer la totalité des conflits dans la société musulmane. C'est ainsi que le *Kyas* et l'*ijmaa* vont permettre de faire évoluer les sources principales. Ainsi, «[...] l'un opérant l'effort de la création juridique et l'autre lui conférant le caractère législatif, ce sont donc deux sources rationnelles dérivées du Coran et de la *Sunna* dont

elles mettent en œuvre la matière, en transformant leur substance»<sup>97</sup>.

Il est à noter que la réflexion intellectuelle suscitée par le souci d'interpréter les sources principales du droit musulman et la recherche continuelle des solutions ont permis le développement des écoles de droit. Elles sont constituées de regroupements des savants ayant des opinions semblables autour d'un maître particulier.

### **Sous-section 2 : Les écoles de droit**

Pour ainsi dire, le droit musulman fut créé par la doctrine et la jurisprudence. Ce sont des savants qui, tout en prêtant une attention considérable à la pratique coutumière de leur temps, formulèrent ce droit et définirent ses sources (grâce à l'*ijmaa*). À l'origine, le consensus des savants était anonyme et limité géographiquement dans la région où il était formulé (Médine, Irak...). Mais le souci d'uniformité et de cohérence amena à fixer un corpus du droit musulman et à le rattacher à des écoles de pensée.

#### **Paragraphe 1 : La présentation des écoles**

Les écoles de droit sont apparues de façon progressive sous forme de courants affiliés à des savants de renom. Les savants donnaient, au départ, leurs opinions juridiques à propos de questions qui se posaient dans la société. Puis, quand autour d'eux naquit un consensus au début du huitième siècle, une doctrine commença à prendre forme. Cette ligne de pensée se développa grâce à l'apport d'autres savants et grâce

---

<sup>97</sup> L.Milliot et F.-P. Blanc, supra note 3 à la p.126.

au contexte socioculturel et géographique où elle s'implantait. Ces écoles reçurent des appellations tirées du nom des premiers penseurs qui les marquèrent. Quatre écoles sont à retenir<sup>98</sup>.

-L'école hanéfite<sup>99</sup> : Née en Irak au début du huitième siècle, elle se rattache au jurisconsulte Abou Hanifa(699/769). Cette école de pensée fut adoptée par les Turcs et devint plus tard le rite officiel de l'empire ottoman (au début du 14<sup>ème</sup> siècle). Comme elle émergea dans un milieu citadin et non dans une structure tribale, cette école se présentait comme le système juridique le plus souple et le moins exigeant. Elle s'appuyait sur l'interprétation des sources faisant appel au jugement humain, non pour se substituer à la révélation, mais pour faire un emploi plus complet des sources révélées. C'est pourquoi elle fut appelée l'école des gens de la raison. Notons que la souplesse de cette école est remarquable: le droit hanafite est le seul système, par exemple, qui autorise une fille adulte à conclure son propre contrat de mariage sans l'intervention de son tuteur<sup>100</sup>.

- L'école malikite<sup>101</sup> : Née au huitième siècle à Médine, elle était rattachée à Mâlik ibn Anas (711/795). La méthode choisie par cette école consistait à étudier la manière d'agir et de décider du Prophète. C'est pourquoi elle est appelée l'école des gens du *hadith*.

---

<sup>98</sup> Elles sont citées selon l'ordre chronologique.

<sup>99</sup> Voir H.Kerrou, *Le droit musulman* [en arabe], Tunis, La maison arabe du livre, 1982 aux pp.65-73.

<sup>100</sup> A.Charfi, *L'islam entre le message et l'histoire*, Tunis, Sud Éditions, 2004 aux pp.158-162.

<sup>101</sup> *Ibid.* aux pp.87-109.

Les fondements de cette école se basent sur le concept du consensus communautaire qui a vu le jour à Médine. Elle tend à favoriser l'intérêt public quand le besoin appelle à utiliser l'analogie. Cette école se répandra, en particulier, en Égypte, en Afrique Subsaharienne et en Afrique du Nord. En effet, c'est l'école malikite qui s'est implantée en Tunisie et qui est devenue le rite dominant<sup>102</sup> régissant tous les aspects de la vie de la population<sup>103</sup>, y compris le droit de la famille.

- L'école shâfiïte<sup>104</sup>: Rattachée au penseur Al Shâfiî (769/823), elle apparut vers la deuxième moitié du huitième siècle à Médine. Elle est considérée comme une voie moyenne entre les deux écoles précédentes, puisque son fondateur connut les penseurs respectifs de ces rites. Sa méthode reposait, certes, sur les traditions venant du Prophète, mais privilégiait le strict raisonnement analogique. Cette école se répandit essentiellement dans certaines régions d'Arabie du Sud et en Égypte.

- L'école hanbalite<sup>105</sup>: Elle est l'école la plus tardive, car elle date du neuvième siècle ; elle est rattachée à Ahmed ibn al Hanbal (783/826). Au départ, elle ne réussit pas comme les autres écoles à dominer sur un territoire précis, mais elle finit par devenir le rite officiel de l'Arabie Saoudite. Elle s'appuie sur la signification littérale du Coran et de la Tradition, et rejette l'usage du raisonnement analogique, au

---

<sup>102</sup> Le succès des malikites en Afrique du Nord est attribué aux similitudes des structures sociales bédouines de cette région avec celles de l'Arabie.

<sup>103</sup> À côté de l'influence mineure de l'école hanafite.

<sup>104</sup> Voir H.Kerrou, *supra* note 99 aux pp.110-122.

<sup>105</sup> *Ibid.*, aux pp.123-131.

point de faire passer un *Hadith* faible ( hadith dont la chaîne de transmission est douteuse) avant le *kyas* (l'analogie). Ce qui explique la rigidité des textes de lois touchant les femmes en Arabie Saoudite.

Notons que la différence entre ces quatre écoles réside principalement, dans les *hadith* (paroles du Prophète) que les unes adoptent et que les autres rejettent<sup>106</sup>. Devant l'abondance des traditions attribuées au Prophète, les juristes décidèrent de les hiérarchiser : de la tradition bonne et saine à la tradition faible.

Ces écoles ne constituèrent en fait qu'un système juridique qui se développa dans un milieu coutumier de Médine ou en Irak (Kufa), et qui, une fois étendu à un ensemble de pays, sera transformé. Le temps et le lieu jouèrent aussi un rôle. Nous pouvons donc affirmer que le droit musulman n'est pas détaché des circonstances dans lesquelles il est né et de celles dans lesquelles il s'est développé.

Ces écoles présentent des systèmes juridiques différents les uns des autres. Cependant, leurs corpus ont favorisé l'unité du droit musulman et sa permanence dans le temps et dans l'espace. Ainsi, le juge musulman, pour trancher un conflit, ne va pas chercher le droit qu'il doit appliquer dans le Coran ou dans la *sunna*, mais il consulte les ouvrages des autorités du rite auquel il appartient.

---

<sup>106</sup> Par exemple, Ibn Hanbal retient environ 50.000 hadith, Abou Hanifa n'en retient que 17.000 alors que Malek est beaucoup plus proche du premier que du second.

Tout en contribuant à conserver la stabilité et l'uniformité du droit musulman, ces écoles l'ont rendu rigide. D'un commun accord, les uléma ont décidé de fermer, pour toujours, la porte de l'effort de raisonnement. Aucune autre école ne peut s'affirmer.

Désormais, officiellement l'activité des savants est limitée à l'explication, l'application et l'interprétation de la doctrine établie par les écoles. On comprend alors que les maux de la société musulmane ne font que commencer et vont se multiplier puisque les musulmans vont se trouver prisonniers de corpus élaborés entre le huitième et le neuvième siècle pour gérer leur vie quotidienne.

**Paragraphe 2 : La fermeture des portes de l'effort du raisonnement**

Il est important de s'attarder sur cette période qui marqua le droit islamique en freinant son évolution. Ce droit connut trois étapes successives dans sa formation.

- La première débute par la révélation divine et se termine par le décès du Prophète. Cette époque est qualifiée de période de la législation. Le Coran et la Sunna sont identifiés comme les sources fondamentales de ce droit.

- La deuxième période est définie par rapport à la raison. Il s'agit de l'*ijtihad*. C'est à dire «[...] l'effort accompli par l'esprit humain afin de pénétrer le sens intime du Coran et de la Sunna pour y puiser la règle applicable au cas concret »<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> M.Khattabi, «Esquisse des notions fondamentales du droit musulman» (1984) Avril/juin R.J.P.I.C à la p.221.

C'est le travail effectué par les uléma (à travers l'*ijmaa* et le *Kyas*) pour interpréter les sources principales et pour résoudre les questions restées en suspens. Cette étape commença dès le lendemain de la mort de Mohamed et aboutit à la formation des quatre écoles juridiques.

- La troisième période est celle du conformisme. Cette étape est considérée comme la fermeture des portes de l'*ijtihad* (l'effort du raisonnement). Une fois que le travail de ces écoles fut codifié, à partir du dixième siècle, les portes de l'interprétation et le développement du droit musulman furent fermés, afin d'éviter la formulation "de mauvaises interprétations".

Au milieu du huitième siècle, un groupe de penseurs appelés les Mutazilites, acquit une grande importance. Ils étaient des penseurs qui :

[...]réservaient un rôle essentiel à la raison dans leurs recherches par opposition aux *Muhadithines*, qui se référaient constamment aux *hadith* dans leurs créations juridiques[...] Pour un Mutazilite, il ne suffit pas de démontrer l'authenticité d'un hadith, il faut aussi étudier son contenu pour vérifier s'il est raisonnablement acceptable<sup>108</sup>.

Cette nouvelle approche ne fut pas très bien accueillie par la majorité des penseurs qui craignaient que cette nouvelle voie éloigne les musulmans des paroles de Dieu. Le fait d'expliquer constamment le Coran par référence à la raison constituait une menace en soi. C'est pourquoi les Mutazilites furent pourchassés au point qu'il ne reste rien de

---

<sup>108</sup> M.Charfi, supra note 68 à la p.66.

leurs ouvrages et que pour appréhender leurs idées, il faille lire les écrits et les critiques de leurs adversaires.

C'est ainsi qu'avec l'écrasement de ces penseurs, le droit musulman fut condamné à stagner sous l'emprise de l'esprit d'imitation. Cette attitude se renforça après :

[...]la chute de Bagdad, lors de l'invasion des Tatars en 1258, qui a causé la mort d'un grand nombre d'uléma et la perte de beaucoup de manuscrits. Devant cet affaiblissement général de la société musulmane, les uléma ont perdu tout espoir dans l'avenir. Alors, pensant qu'on ne ferait pas mieux que les prédécesseurs, ayant peur de surcroît que l'islam ne se perde par des interprétations de plus en plus éloignées de son essence, les uléma ont décidé, par une sorte de consensus, la fermeture de la porte de l'ijtihad<sup>109</sup>.

En somme, l'interdiction de créer d'autres écoles de *fiqh* se résume par l'adoption du principe qui interdit de jouer du droit à l'interprétation du message de Dieu et de son Envoyé, en dehors de règles établies par ces écoles. Toutes les questions essentielles, croyait-on, avaient été discutées et définitivement réglées.

Dès lors, l'apport des nouveaux chercheurs se limitait à reproduire les ouvrages des anciens maîtres et à ajouter parfois quelques justifications, des commentaires ou des précisions<sup>110</sup>. Si de nouveaux faits se présentaient, il fallait les maîtriser. Les juristes n'avaient qu'à s'inspirer des principes élaborés par les représentants des écoles juridiques.

---

<sup>109</sup> M.Charfi, supra note 77 à la p.135.

<sup>110</sup> voir M.M.Huseïn, *Cours d'histoire du droit musulman* [en arabe], Alger, Diwan Mattbouat Al Jamiia, 1994 aux pp.189-191.

Cette période s'est prolongée, jusqu'à nos jours, dans la majorité des pays musulmans. Les ulémas ont gardé la même attitude. Quelques rares exceptions continuèrent leur œuvre de spéculation et osèrent interpréter le Coran autrement, mais il furent très vite isolés et discrédités<sup>111</sup>. Cela explique la difficulté rencontrée aujourd'hui par les intellectuels et les groupes des femmes qui veulent changer le statut des musulmanes dans leurs pays.

Pour conclure, nous pouvons affirmer que la dénomination "musulman" accolée à ce droit n'a fait que créer une confusion entre ce qui est religieux et sacré et ce qui est juridique et séculier. C'est cette distinction que les juristes musulmans n'ont jamais introduite ; et c'est cette nuance que nous avons essayé de dévoiler et de démontrer, afin d'illustrer le caractère positif du droit musulman. Face à la part réduite des règles énoncées par le Coran, ce sont les autres sources qui ont élaboré ce système juridique.

Pendant plus d'un millénaire, le droit musulman fut effectivement appliqué dans tous les pays musulmans. Cependant, une fois indépendants, la plupart des États

---

<sup>111</sup> Tel qu'autrefois le penseur tunisien Tahar Haddad, voir la sous-section 2 aux pp.104-111, ci-dessous, pour plus d'information sur sa thèse. De nos jours, nous pouvons citer l'écrivain égyptien Nasr Hamed Abou-Zeïd, qui a publié en 1994 un livre pour s'opposer à la lecture textuelle du Coran et affirme que celle-ci doit prendre en considération le contexte dans lequel elle se situe. L'université religieuse Al-Azhar a condamné cet essai. N.H.Abou-Zeïd a été déclaré " apostat " par la Cour suprême égyptienne en 1995, et condamné alors à se séparer de sa femme pour cause d'apostasie. Il vit depuis en exil aux Pays-Bas! Voir N.H.Abou-Zeïd, *La problématique de la lecture du Coran et les mécanismes d'interprétation* [en arabe], Beyrouth, Le centre culturel arabe, 1994.

musulmans procédèrent à une codification globale du droit qui régirait leurs sociétés. Désormais, il appartient donc au pouvoir législatif de créer des normes juridiques et non aux ulémas.

Cependant, dans ces pays, le droit musulman est aussi réinterprété, adapté et réceptionné par un droit positif moins divinisé<sup>112</sup>. On ne peut donc plus parler d'un droit musulman uniforme applicable à tous les pays musulmans, mais plutôt des différentes législations appartenant à des pays qualifiés de musulmans.

En somme, le droit musulman est une œuvre humaine qui correspond, de nos jours, à une source de droit parmi d'autres dans les pays musulmans. Lorsqu'on parle de ce droit, on évoque pour ainsi dire la pierre angulaire des différentes législations des pays musulmans, et non la loi applicable dans chacun d'entre eux.

En ce qui concerne la Tunisie durant la période coloniale, ce fut le droit musulman qui régissait le statut des femmes. Mais, ce droit n'était pas nécessairement un droit conforme à l'esprit du Coran ; il consistait plutôt en un ensemble de coutumes mélangé avec ce droit. C'est pourquoi, afin de saisir cette nuance, nous nous proposons

---

<sup>112</sup> Par exemple, au Maroc et en Algérie, les législateurs ont autorisé la polygamie, en tant que privilège dont les hommes bénéficient grâce au droit musulman. Cependant, l'exercice de ce droit fut associé à l'autorisation de l'épouse en Algérie, tandis que le législateur marocain a prévu la possibilité pour l'épouse d'insérer une clause de monogamie dans le contrat de mariage, ou le droit de saisir le juge afin d'apprécier le préjudice causé par un nouveau mariage.

maintenant d'aborder le statut réservé aux femmes selon le Coran.

## **Section 2 : Le statut des femmes avec l'avènement de l'islam**

Souvent, lorsqu'on évoque la position d'infériorité des femmes par rapport aux hommes dans les pays arabes, on accuse l'islam. Pourtant, avec l'avènement de cette religion, les femmes accédèrent au statut de sujet au même titre que les hommes. En examinant les dispositions du Coran, on constate un apport audacieux dans ce domaine, surtout par rapport au système de valeurs qui régissait la société de l'Arabie de l'époque. Mais, afin de contourner les nouveaux principes et d'en limiter les effets sur la hiérarchie traditionnelle, les hommes, détenteurs du monopole d'interprétation des textes religieux, firent en sorte de maintenir les femmes dans un rôle ancestral. C'est ainsi que les musulmanes se retrouvèrent reléguées à une situation lamentable. Mais quel pouvait être le sort réservé aux femmes avant l'avènement de l'islam ? La réponse à une telle interrogation nous permettra de situer l'apport de cette religion, de lever les ambiguïtés et de reconsidérer les préjugés qui y sont associés.

### **Sous-section 1 : La situation des femmes dans la société préislamique**

Dans la société bédouine préislamique, l'organisation sociale était celle des tribus, de force et de richesse inégales. C'était une société patriarcale basée sur l'exclusion des femmes, puisqu'elles étaient privées de toute personnalité juridique. Dans cette organisation tribale, les femmes représentaient une charge à nourrir et ne rentraient

pas dans la catégorie des guerriers. Elles étaient considérées comme des objets et non comme des êtres humains. « N'héritait que celui qui pouvait effectuer un rapt et combattre à cheval »<sup>113</sup>, telle était la règle qui régissait la société arabe. D'ailleurs, il était de coutume qu'après la mort de son époux, la veuve n'apparaisse pas comme une héritière, mais plutôt comme un bien matériel sur lequel s'affirmaient les prétentions des héritiers masculins (que ce soit ceux qui appartiennent au clan de la femme ou à celui du mari). Quand un homme mourait, son fils aîné héritait de sa veuve. Il pouvait, s'il le désirait et si elle n'était pas sa propre mère, soit l'épouser, soit passer ses droits à son frère ou son neveu<sup>114</sup>.

Il convient également de rappeler qu'en cas de guerre et suite à une défaite de la tribu, les femmes étaient réduites au statut de captives de guerres (*sabaya*). Si elles n'étaient pas rachetées par leurs clans, leurs maris, ou leurs familles, elles restaient pour toujours des esclaves au service de la tribu adverse. Donc, si une femme n'était pas entourée par les membres d'une tribu forte, ou celle d'un époux riche et bon cavalier qui sache la protéger, la défendre et la récupérer en cas de conflit, son destin était dessiné d'avance. C'est pourquoi on considérait les femmes, en Arabie d'autrefois, comme une source de déshonneur familial et c'est ainsi que la pratique de l'infanticide se propagea. Certains pères, apprenant que leurs épouses venaient de mettre au monde un bébé de sexe féminin, l'enterraient vivant. Cette coutume engendra une diminution du nombre des femmes ; il fallut alors

---

<sup>113</sup> Y.Nawal, *Les femmes dans l'Islam*, Paris, Brèche, 1980, à la p.23.

<sup>114</sup> Voir, F. Mernissi, *supra* note 89 à la p.152 et s.

s'en procurer d'autres. Aussi, en cas de meurtre d'un membre de la tribu par un clan adverse, le " *thar* " (la vendetta) permettait à un groupe déstabilisé par la disparition de l'un des siens d'affaiblir l'autre groupe en se vengeant contre l'un des hommes du groupe meurtrier ou de réclamer une femme, afin de renforcer, par de nouvelles naissances, le groupe ainsi fragilisé et affaibli<sup>115</sup>.

Tandis que les valeurs de la société gravitaient autour de la guerre, du rapt et du monopole du commerce par les hommes, les femmes se trouvaient exclues du domaine économique. Esclavage et protection masculine eurent pour effet de les placer dans une situation de dépendance vis-à-vis des hommes. Notons enfin, qu'en vertu du droit coutumier, à part les esclaves que les Arabes pouvaient acheter, ils avaient le droit de se marier avec un nombre indéfini de femmes, et ce, en vertu du fait qu'avoir beaucoup de femmes permettait d'augmenter le nombre de membres de la tribu et de renforcer son pouvoir face à l'ennemi.

Seules les femmes nobles échappaient à ce sort et jouissaient de quelques droits tels que : le respect de la tribu, le droit de gérer leur argent, le droit de choisir leur mari. C'était le cas, par exemple, de la première épouse du Prophète, Khadija. Elle s'était mariée deux fois avant de demander Mohamed en mariage. Elle avait hérité d'une grosse fortune laissée par son précédent époux, richesse qu'elle faisait fructifier en l'investissant dans le commerce. D'ailleurs, c'est Khadija qui sollicita Mohamed pour qu'il travaille pour elle.

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, à la p.13.

En somme, sauf exception, ces quelques indications prouvent l'inégalité entre les hommes et les femmes de l'Arabie d'autrefois. Qu'apporte alors cette nouvelle religion ? Les prescriptions coraniques ont-elles entraîné une conception nouvelle en matière de statut des femmes ou au contraire, les ont-elles maintenues dans une situation d'infériorité ?

### **Sous-section 2 : La situation des femmes dans la société islamique**

L'islam est une religion qui régit tous les aspects de la vie humaine. Il établit un cadre dans lequel se déroule et s'organise la relation de l'être humain avec Dieu et sa relation avec son prochain. C'est l'une des rares religions de l'époque qui fit évoluer les femmes vers un statut d'être humain jouissant d'une personnalité juridique au même titre que les hommes.

Tout d'abord, le droit à la vie fut proclamé au profit des deux sexes, mettant ainsi fin à la pratique de l'enterrement des filles nouveau-nées<sup>116</sup>. Le Coran s'opposa aussi fortement aux croyances misogynes qui prévalaient avant la Révélation et dont l'écho continue de résonner dans différentes parties du monde. On peut évoquer ici la fausse affirmation qui présentait la femme comme la porteuse du péché originel. D'une part, le Coran ne parle pas de péché mais de

---

<sup>116</sup> Le verset 8 du Chapitre 81 du Coran, «Lorsqu'à la fille enterrée vivante il sera demandé pour quel forfait elle a été tuée...», Coran, Tra. par S.Kecherid, Beyrouth, Dar Al Gar Al Islami Litibaâ wa Nachr, 1981.

désobéissance, et d'autre part, la faute est partagée puisque Adam et Ève sont responsables solidairement : « Satan leur a soufflé de mauvais conseils aux deux et c'est eux qui ont décidé de toucher au fruit sacré »<sup>117</sup>.

L'un des sujets dont l'islam s'est aussi préoccupé fut la clarification de la procréation de l'homme et de la femme. Contrairement à ce qu'on affirmait dans d'autres religions, la femme n'était pas créée d'une manière inférieure à celle de l'homme, c'est-à-dire à partir d'un membre d'Adam. Elle fut plutôt conçue de la même source que l'homme, comme le montre le verset 1, chapitre 4 du Coran : « Allah [Dieu] vous a créé tous d'un seul être. Il lui en créa sa propre épouse et il dissémina à partir d'eux des hommes en grand nombre et des femmes ». Les femmes ne furent pas créées non plus pour servir les hommes « [...]elles vous sont un vêtement et vous êtes un vêtement pour elles », tel que l'affirme le verset 187, chapitre 2 du Coran. Ou encore : « Parmi Ses signes est qu'il vous a créé des épouses formées de vous-mêmes, pour que vous habitiez avec elles. Il a établi entre vous amour et compassion. Il y a dans ceci des signes pour ceux qui réfléchissent », annonce le verset 20, chapitre 30 du Coran. Ainsi, cette religion considère les femmes comme des partenaires des hommes et non comme des objets à leur disposition.

D'ailleurs, quand Dieu identifie ceux qui font partie de sa cité, ceux qui ont droit à sa récompense, ce n'est pas le genre qui détermine les grâces. C'est plutôt la foi et la

---

<sup>117</sup> Verset 20 du chapitre 7 du Coran. Malgré cela, l'imaginaire collectif musulman persiste à valoriser la présumée responsabilité de la femme dans cet acte originel!

droiture dans la vie terrestre qui importe ;, c'est pourquoi il s'adresse à égalité aux deux sexes : « les hommes soumis et les femmes soumises, les croyants et les croyantes, les hommes sincères et les femmes sincères, les hommes patients et les femmes patientes, voilà ceux pour lesquels Allah a préparé un pardon et une récompense sans limite »<sup>118</sup>.

Avec l'avènement de l'islam, les femmes obtinrent la personnalité juridique et les droits qui y étaient rattachés. Il leur revenait le droit d'accepter ou de refuser la demande de mariage, puisque, en islam, le mariage est un contrat conclu après l'échange de consentements. Lorsqu'elle accepte, la femme a le droit d'insérer des clauses dans le contrat et leur acceptation par le mari le lie comme dans n'importe quel contrat. Elle obtient le droit de demander le divorce. Durant le mariage, elle a le droit de garder la propriété et la pleine jouissance de son patrimoine en dehors de toute ingérence de la part de son époux<sup>119</sup>.

Une autre question juridique, qui était ordinairement réglée à l'avantage exclusif des hommes, fut réglementée. Il s'agit du droit à la succession. Grâce à cette religion, la femme ne pouvait plus faire partie de l'héritage comme "les chameaux et les palmiers", mais elle acquit le statut d'héritière. Ainsi, le droit successoral ne reposait plus sur le fait d'avoir contribué à acquérir la richesse. Les femmes entrèrent en compétition avec les hommes pour le partage des biens. L'islam accorda alors à la femme la moitié de la part

---

<sup>118</sup> Verset 35, du chapitre 33 du Coran. Cette traduction est celle de F.Mernissi, puisqu'elle rend compte de toutes les nuances. F. Mernissi, supra note 89 à la p.150.

<sup>119</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.242-247, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

de l'homme. À priori, cette formule peut choquer les partisans de l'égalité qui ne retiennent ici que l'impression négative selon laquelle le Coran institue l'inégalité entre l'homme et la femme en matière d'héritage, mais il ne faut pas oublier de placer cette formule dans son contexte. Cette règle eut l'effet d'une bombe au sein de la première communauté islamique pour qui l'islam n'avait pas à intervenir dans leurs relations avec les femmes. En plus, avec cette disposition, les hommes se sentaient doublement lésés. D'un côté, les biens hérités se réduisaient (puisque les femmes n'y étaient plus incluses) ; de l'autre côté, le peu qui restait devait être partagé avec elles. Les nouvelles lois bouleversaient l'ordre social. Les réactions des contemporains du Prophète ne tardèrent pas à s'exprimer. Tout d'abord, ils commencèrent par rejeter ces lois en continuant à appliquer la tradition préislamique. Puis, ils s'efforcèrent de faire pression sur Mohamed pour que Dieu change ces règles. Enfin, désespérés, ils se jetèrent sur l'interprétation du texte comme moyen d'y échapper, tout cela du vivant même du Prophète. C'est pourquoi les femmes accouraient chez l'Envoyé de Dieu chaque fois que les hommes s'entêtaient à appliquer la tradition<sup>120</sup>. C'est alors que la révélation intervint de nouveau pour détailler minutieusement la part qui revenait à chacun (et ce, dans tous les cas imaginables : la femme en tant que mère, en tant qu'épouse, en tant que fille unique, ou avec ses frères).

Enfin, examinons la polygamie. Il est important de signaler que ce n'est pas l'islam qu'il l'a instaurée. Il est venu la réglementer et la restreindre. Comme nous l'avons déjà mentionné, les hommes de l'Arabie d'autrefois pouvaient

---

<sup>120</sup> Voir F.Mernissi, *supra* note 89 aux pp.152-158.

convoler avec un nombre illimité d'épouses. Le Coran réduisit ce chiffre à quatre épouses, et encore, sous condition. Il fallait être équitable envers les quatre, sinon une seule serait permise : « mais si vous craignez de ne pas être équitable, prenez une seule », verset 3, chapitre 4 du Coran. Or, selon le Coran lui-même, il s'avère impossible d'être juste, c'est pourquoi le verset 129 du même chapitre ajoute : « Vous ne parviendrez jamais à assurer une parfaite équité entre vos femmes, dussiez-vous en avoir le plus vif désir ». Sur cette base, beaucoup de penseurs arabes vont interpréter ces dispositions comme étant une interdiction d'avoir une pluralité d'épouses et non une permission<sup>121</sup>.

Le Coran voulut introduire une nouvelle dynamique dans la société afin de faire évoluer le statut de l'être humain dans son ensemble et le statut des femmes en particulier. Mais, cette dynamique fut freinée par des interprétations rétrogrades qui ont réussi à traverser l'histoire et à forger la mémoire collective des musulmans. Les règles coraniques auraient dû être interprétées comme :

[...]un point de départ pour réformer les traditions de l'ancienne société préislamique en vue de placer la femme dans une situation sociale et juridique plus digne de sa qualité d'être humain et de lui permettre ainsi de disposer des droits qui lui ont été expressément reconnus par le Coran. Dans cette perspective, l'apport coranique aurait constitué un point de départ... c'est-à-dire comme un instrument de déclenchement du processus réformateur de l'équilibre social<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Tel que Tahar Haddad. Voir la discussion plus approfondie de sa thèse à la sous-section 2 aux pp.104-113, ci-dessous.

<sup>122</sup> S.Belaïd, *Islam et droit*, une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000, à la p.178.

Malheureusement, ce fut comme un point final, représentant l'aboutissement des réformes, que les prescriptions coraniques furent comprises. Un grand fossé se creusa ainsi entre l'apport coranique, d'une part, et la réalité socioculturelle de la société islamique, d'autre part<sup>123</sup>. C'est d'ailleurs ce que nous allons découvrir dans la partie suivante, à travers l'analyse du statut des Tunisiennes durant la période coloniale. Notons que notre étude portera uniquement sur les règles du droit de la doctrine malikite. Ce choix se justifie par le fait qu'en matière de statut personnel, cette école fut celle adoptée par la majorité de la population.

---

<sup>123</sup> À titre d'exemple «le Prophète lui même nomma une femme "imam" pour diriger la prière dans sa maisonnée qui comprenait des hommes et des femmes. Et après sa mort, Aïcha et Omm Salma tinrent cet emploi [...] C'est le calife Omar qui réduisit le premier les libertés dont jouissaient encore les femmes en leur retirant le droit de se rendre à la mosquée pour la prière [...] Son successeur autorisa à nouveau les Croyantes à fréquenter la mosquée, à la condition qu'elles fussent séparées des hommes, afin d'éviter le risque qu'ils se distraient mutuellement de la prière». J. Minces, *Le Coran et Les femmes*, Paris, Hachette, 1996, à la p.71.

## Chapitre 2 : La condition juridique des Tunisiennes à la veille de l'indépendance

Sa personnalité allait se dissoudre dans celle de l'homme [...] elle a eu l'ignorance, le voile des ténèbres pour apanage et l'homme l'utilisa comme instrument de plaisir, jouant avec elle quand il le voulait et la rejetant à la rue quand il en décidait ainsi. À lui la liberté, à elle le servage, à lui la science, à elle l'ignorance, à lui la raison, à elle l'imbécillité [...] À lui toutes choses dans l'existence, alors qu'elle n'était qu'une partie de tout ce dont il s'était emparé... c'est pourquoi, elle n'a guère d'opinion dans les affaires [...] de rôle dans les croyances religieuses, pas plus qu'elle n'a de vertu nationale, ni de sentiment communautaire...<sup>124</sup>.

Cette citation dégage clairement la place des femmes dans une société traditionnelle et conservatrice. Les Tunisiennes vécurent dans une déchéance profonde quelle que soit leur place au sein de la famille (qu'elles soient épouses, mères ou filles) ; elles restèrent sans considération aucune, sans opinion, soumises aux hommes parce qu'ils étaient des hommes et parce qu'elles étaient des femmes. Leur seule raison d'être était le mariage. Leur rôle se limitait à tout ce qui se rapportait au foyer. Et même dans ce cadre, elles ne jouissaient pas d'une vie stable à cause de l'éventualité de la polygamie et de la répudiation accordée exclusivement au mari.

---

<sup>124</sup> S.Chater, *La femme tunisienne, citoyenne ou sujet*, Tunis, Maison tunisienne de l'édition, 1994, à la p.57.

## **Section 1 : L'inégalité entre époux lors de la conclusion du mariage**

La première manifestation de l'infériorité des femmes par rapport aux hommes survient lors de la conclusion du mariage. Le mariage, comme le présentent les anciens auteurs (les jurisconsultes) « est un contrat posé en vue d'acquérir le droit de jouir de la femme... [ainsi il n'est envisagé] que du côté du conjoint mâle »<sup>125</sup>. L'objectif de cet accord se résume alors à la légitimation des relations sexuelles. Par ce contrat, le mari obtient le transfert du droit de possession de la femme. Pour que le mariage soit valide, il suffit qu'il y ait un échange de consentement entre le futur époux et le père de la jeune fille (son tuteur) et fixation de la valeur de la dot<sup>126</sup>. Bien que le père ait l'obligation de consulter sa fille avant de la donner en mariage, ce devoir n'est pas toujours respecté (surtout que le père n'encourt aucune sanction s'il ne remplit pas cette obligation). En plus, la femme vierge est soumise à la tutelle de contrainte "*djabr*", c'est-à-dire que le tuteur peut lui imposer une union contre son gré.

À vrai dire, la contrainte matrimoniale ne concerne pas uniquement les jeunes filles puisque le tuteur a la liberté de donner en mariage l'impubère et l'incapable des deux sexes qui sont sous sa dépendance et ceci, à qui bon lui semble, sans être tenu de s'assurer d'un quelconque consentement. Avec l'avènement de la puberté, l'homme est libéré complètement de toute contrainte matrimoniale et peut répudier l'épouse

---

<sup>125</sup> C.Chahata, *Droit musulman*, Paris, Dalloz, 1970, à la p.60.

<sup>126</sup> Pour l'orpheline, c'est son plus proche agnat (parent par le mâle) qui devait consentir au mariage.

choisie contre son gré<sup>127</sup>. Alors que pour la femme, la contrainte se prolonge au-delà de la minorité tant qu'un premier mariage n'a pas été consommé. Le "djabr" était ainsi un moyen fréquemment utilisé par les pères pour s'enrichir ou pour consolider leurs affaires bien que ce droit ne soit qu'une coutume préislamique et qu'aucun verset du Coran ne l'ait maintenu expressément. Seul un hadith, évoqué par les jurisconsultes, justifie une telle pratique : « mariez vos enfants quand ils sont jeunes »<sup>128</sup>. Quoiqu'il en soit, c'est là encore une manifestation contre laquelle les filles étaient impuissantes.

Quand la mariée était une femme divorcée ou veuve, le mariage ne pouvait avoir lieu qu'avec son consentement. Cependant, elle devait passer par l'entremise du tuteur matrimonial. Ainsi, jamais les femmes ne pouvaient conclure, par elles-mêmes, leurs mariages. Pour justifier cette restriction, les *fuqaha* (les jurisconsultes) s'appuyaient sur les *hadith* suivants :

- « La femme ne marie pas la femme, la femme ne se marie pas elle-même, seule l'adultère se marie elle-même »
- « Point de mariage sans tuteur légal (walî), et toute femme se mariant sans la permission de son walî, le mariage sera, de ce fait, nul »<sup>129</sup>.

Donc, la femme apparaît dans le mariage non comme une partenaire mais comme l'objet du contrat que les hommes

---

<sup>127</sup> Dans le rite malékite, le garçon est présumé pubère lorsqu'il a 18 ans révolus.

<sup>128</sup> L.Milliot, supra note 63 à la p.296.

<sup>129</sup> Cité par G.Ascha, supra note 60 à la p.22.

négoçient et dont ils définissent le prix ; c'est ce qu'on appelle la dot.

La dot chez les musulmans est versée par le mari à la femme.[...] Dans l'Arabie préislamique, la dot était offerte par le mari au père ou à l'ayant cause de la femme, comme prix de celle-ci. [...] l'Islam vient modifier ce système [...] car la femme était devenue maîtresse de sa personne ; c'est à elle, et non à son père, que la dot appartient<sup>130</sup>.

C'est ainsi que les *fuqaha* déclarent qu'il s'agit de : «[...] ce qui est donné [par le futur époux] à la femme comme équivalent de la jouissance de sa personne »<sup>131</sup>. Elle peut être soit une somme d'argent soit un bien meuble ou immeuble. La dot ne comporte ni minimum ni maximum : son montant est laissé à l'entière discrétion du mari et de la famille de la femme, mais en pratique, sa valeur dépend du rang social de la mariée et du fait qu'elle est jeune, veuve ou divorcée. Normalement, la dot est un bien offert par le mari à sa femme, celle-ci devient donc la propriété exclusive de l'épouse, même si en réalité, c'est le père qui la récupère et en fait usage.

Le paiement de la dot constitue une condition de fond indispensable à la validité d'un mariage. Selon l'usage, la dot est versée en deux fois : la première moitié est payée le jour du mariage et la seconde partie est exigible en cas de rupture du lien conjugal (répudiation, divorce, décès). De cette façon, le paiement différé constitue une garantie contre la facilité de répudiation. En effet, devant l'arbitraire et

---

<sup>130</sup> M.Fahmy, *La condition de la femme dans l'Islam*, Paris, Allia, 2002, à la p.112-114.

<sup>131</sup> *Ibid.* à la p.40.

la fragilité du lien conjugal, la dot permet d'assurer un minimum de sécurité à l'épouse.

Vu que le mariage est conclu oralement, la présence de deux témoins est obligatoire pour prouver l'existence de ce lien en cas de conflit. Les témoins doivent être de sexe masculin, ou il faut un homme et deux femmes.

Il convient de signaler que, pour ce qui est du témoignage de la femme, le verset 282, chapitre 2 du Coran mentionne ce qui suit :

Croyants, si vous convenez d'une dette à terme fixé, mettez-la par écrit. Que l'inscrive parmi vous un scribe, en toute équité ;[...]. Prenez deux témoins parmi vos mâles, et s'il ne s'en trouve pas deux, eh bien ! un seul, plus deux femmes, parmi les témoins agréés. Car si l'une s'égare, l'autre lui rendra la mémoire.

À partir de ce verset, les *fugaha* ont donc adopté une règle absolue et applicable dans toutes les situations. Alors que selon L.Babès, il s'agit d'un cas où :

Le créancier et l'emprunteur peuvent faire appel à un homme et deux femmes, même s'il y a dans l'assemblée beaucoup d'hommes, s'ils estiment que ces femmes sont plus crédibles moralement que le reste des hommes et des femmes. [...] Le verset suppose et légitime l'assistance des femmes aux assemblées d'hommes. [...] Cette disposition juridique trouve sa justification dans des facteurs culturels : le verset a pris en considération une catégorie de témoignages liée à une mémoire concernant un domaine où les femmes n'étaient pas très présentes. Et dans ce cas, il ne s'agit pas d'une catégorie sexuelle, mais d'une classe de la société médinoise jusqu'alors tenue à l'écart du domaine financier<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> L. Babès et T. Oubrou, *Loi d'Allah, loi des hommes : liberté, égalité et femmes en islam*, Paris, Albin Michel, 2002, à la p.322.

Pour notre part, nous pensons que cette formule constitue une évolution dans le statut des femmes d'autrefois. À ce titre, rappelons qu'avant l'islam, les femmes ne pouvaient ni passer un contrat ni intervenir en tant que témoins. À partir de l'avènement de l'islam, le témoignage de la femme est recevable. Cependant dans presque tous les contrats de mariage, le choix des témoins se fait soit à l'intérieur de la famille, soit parmi les relations sociales de sexe masculin<sup>133</sup>. Le recours aux témoignages de femmes reste donc une pratique rarissime.

#### **Sous-section 1 : L'empêchement du mariage tenant à la religion**

Outre la contrainte matrimoniale, les Tunisiennes étaient soumises à une limitation religieuse quant à la confession de leurs conjoints. En effet, la différence religieuse constitue un empêchement au mariage. Une personne qui n'a aucune croyance ou qui n'appartient à aucune religion révélée (c'est-à-dire l'islam, le christianisme et le judaïsme) ne peut donc s'unir à un conjoint de confession musulmane, à moins de se convertir à l'islam. Cette interdiction s'applique aux deux sexes. En revanche, les hommes musulmans peuvent épouser une non-musulmane, mais elle doit être adepte d'une religion monothéiste. Une bouddhiste, par exemple, qui veut épouser un musulman doit préalablement se convertir à l'islam ou à une autre religion monothéiste (judaïsme ou christianisme) : «[L]icites sont pour vous les femmes du nombre des croyantes

---

<sup>133</sup> Voir L.Bllili Temine, *L'Histoire des familles, mariages, répudiations et vie quotidienne à Tunis 1875-1930*, Tunis, Script, 1999, à la p.81-84.

et les femmes du nombre de ceux à qui l'écriture a été donnée avant vous » spécifie le verset 221, chapitre 2 du Coran.

Par contre, les Tunisiennes doivent épouser uniquement des musulmans. Le non-musulman, quelle que soit sa religion, qui veut épouser une musulmane, doit nécessairement se convertir préalablement à l'islam, c'est ce que dispose le verset 10, chapitre 60 du Coran :

O vous qui croyez ! Quand viennent à vous des Croyantes émigrées, soumettez-les à examen ! Dieu connaît seul très bien leur foi. Si vous les reconnaissez comme Croyantes, ne les renvoyez point vers les infidèles de la Mecque. Elles ne sont plus licites pour eux ni, eux licites pour elles...

Cette interdiction reste profondément enracinée dans la société tunisienne et dans tous les pays musulmans<sup>134</sup>. Selon la loi musulmane, les enfants adhèrent à la religion du père et ils portent son nom. Cette règle ne risque pas d'être atténuée par le mariage des Tunisiens avec des étrangères puisque les descendants de cette union sont considérés comme des Tunisiens musulmans, ce qui n'est pas le cas pour les Tunisiennes. Il ne faut pas oublier que les hommes s'estiment supérieurs aux femmes et que donc, elles vont être soumises à l'autorité et à l'influence de leurs maris. Elles peuvent ainsi être tentées ou obligées d'abandonner leur religion. De même, les enfants suivront la croyance du père et porteront son nom. Ceci constituait un réel danger pour la Tunisie d'autrefois, placée sous domination française. Afin de préserver l'identité tunisienne, il n'était pas question d'atténuer la restriction qui frappait le "choix" du conjoint

---

<sup>134</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.164-172, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

pour les femmes. Par contre l'autorisation donnée aux Tunisiens d'épouser des Françaises pouvait « être considérée comme un moyen d'assimilation d'autres peuples au profit de la communauté musulmane »<sup>135</sup>.

Malgré cette interdiction, quelques mariages mixtes furent contractés par des Tunisiennes avec des Chrétiens<sup>136</sup>. Les conséquences d'un tel acte étaient très sévères puisque ces unions étaient considérées comme une trahison de la société et puisque ces filles étaient traitées d'apostates. Cela pouvait même constituer un cas d'indignité successorale (un non-musulman n'hérite pas d'un musulman)<sup>137</sup>. La sévérité de ce châtement n'a malgré tout pas empêché quelques femmes d'épouser des Français. Le désir d'émancipation et de promotion sociale ont pu les amener à braver l'interdit. Les musulmanes, au contact du milieu européen, saisissaient la différence de comportement entre maris européens et maris musulmans :

Elle [la fille] se révoltait contre le pouvoir discrétionnaire de son père à lui choisir un époux contre son gré ; auprès du *roumi* (l'étranger), elle espérait trouver plus de respect, de tendresse, les garanties de la loi française pour laquelle elle n'était plus sujette à répudiation. Également, elle échappait à la tutelle des beaux-parents et à la claustration<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> T.Haddad, *Notre femme : entre la législation islamique et la société*, Tunis, Maison tunisienne de l'édition, 1978, à la p.75.

<sup>136</sup> Voir, S.Bakalti, *La femme tunisienne au temps de la colonisation 1881-1956*, Paris, Harmattan, 1996, à la p.245.

<sup>137</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.172-177, ci-dessous, pour plus d'information sur cette question.

<sup>138</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.249.

Les Tunisiennes n'en étaient pas moins considérées comme la chasse gardée des Tunisiens.

## **Sous-section 2 : La polygamie**

Il convient de rappeler que c'est le verset 3, chapitre 4 du Coran qui contient la prescription de la polygamie : «Épousez comme il vous plaira, deux, trois, ou quatre femmes. Mais si vous craignez de n'être pas équitables, prenez une seule femme ou vos captives de guerre. Cela vaudrait mieux pour vous, que de ne pouvoir subvenir aux besoins d'une famille nombreuse ». Quant aux Tunisiennes, elles ne peuvent avoir qu'un seul mari à la fois. Si, par malheur, elles épousent deux hommes, non seulement le second mariage se trouve entaché de nullité, mais elles seront jugées comme ayant commis l'adultère avec le deuxième conjoint<sup>139</sup>.

La polygamie est donc un privilège offrant aux hommes la possibilité de s'enrichir en femmes et en enfants. D'ailleurs, pour contracter un nouveau mariage, le mari n'a nulle obligation d'avertir sa femme ni d'obtenir son consentement. Notons que dans un souci de protéger leurs filles, des pères ont trouvé un moyen juridique pour obliger leur gendre à être monogame. Profitant de la qualification du mariage comme un contrat, une clause de monogamie peut être intégrée dès le départ. Il s'agit de la "clause kairouanaise"<sup>140</sup> qui permet non seulement à l'épouse d'exiger

---

<sup>139</sup> Le droit musulman a prévu envers les coupables d'adultère une peine de cent coups de fouet infligés à chacun (verset 2 du chapitre 24 du Coran).

<sup>140</sup> Cette clause provient de la ville de Kairouan. Il s'agit d'une ville sainte de l'islam, située au centre de la Tunisie. Tous les

de son mari de ne pas contracter un second mariage, mais en cas de non-respect de cette restriction, l'épouse a « le droit de faire divorcer son conjoint de toute nouvelle épouse qu'il prend »<sup>141</sup>. Elle se réserve alors le droit absolu de divorcer.

Quoi qu'il en soit, selon certaines études, les cas de polygamie en Tunisie étaient rarissimes<sup>142</sup>. Il s'agissait d'un phénomène de classe, signe de richesse et de prestige, ou alors d'une institution économique permettant, en milieu rural, de disposer de main-d'œuvre supplémentaire<sup>143</sup>.

Sur un corpus totalisant 135 familles, entre 1875 et 1930, l'historienne Blili Temine a constaté que seulement 12 hommes étaient polygames, soit 8,8%<sup>144</sup>. Les causes évoquées pour légitimer le remariage sont les suivantes :

- trois hommes ont pris chacun une seconde épouse à cause de la stérilité de la première ;
- trois autres ont contracté un second mariage car ils n'ont eu que des filles de leurs premières unions ;

---

actes de mariage kairouanais contenaient cette clause et la polygamie était inconnue.

<sup>141</sup> L.Blili Temine, supra note 133 à la p.86.

<sup>142</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.238-240.

L.Blili Temine, supra note 133 à la p.102-110.

<sup>143</sup> En effet, la seconde épouse devait aider à l'entretien de la maison, aux travaux des champs et à la transformation des produits agricoles. Ce sort est aussi réservé aux enfants issus des deux mariages.

<sup>144</sup> L.Blili Temine, supra note 133 à la p. 102. Devant l'absence d'un service d'État civil, et de la non-obligation d'enregistrer par écrit les actes de mariages et de divorces, le nombre total des mariages conclu en Tunisie, avant l'indépendance, est inconnu. Pour obtenir ces informations, l'auteure a utilisé les données inscrites dans les registres de notaires établis à l'occasion des partages successoraux.

- deux maris stériles, mais ne le soupçonnant pas probablement, avaient épousé quatre femmes ;

- quatre cas de polygamie « absolue » ne s'expliquent ni par la stérilité, ni par la naissance exclusive de filles.

Certes, ces données démontrent que la polygamie était peu fréquente et qu'il s'agissait plutôt de quelques cas de bigamie. Par contre, on est face à une réalité qui, une fois de plus, consacre l'inégalité des sexes : « Cette possibilité laissée au mari constituait une épée de Damoclès suspendue au dessus de la tête de la femme tunisienne témoin d'une dépendance et d'une infériorité intolérables ».<sup>145</sup>

## **Section 2 : La fragilité du lien conjugal**

Cette fragilité est consacrée dès le départ par l'absence d'une pièce écrite prouvant l'acte du mariage. Il suffit que le père de la jeune fille et le futur mari déclarent, oralement, consentir à cette union, en présence de deux témoins masculins et que la dot ait été constituée, pour que le mariage soit valide. Ni la participation d'un officier public, ni une preuve écrite ne sont exigées et à cela s'ajoute l'absence d'un service d'État civil organisé à l'époque. Pourtant, dans le milieu urbain, le recours à un acte de mariage notarié s'est imposé socialement, ce qui n'est pas le cas dans les campagnes.

La conséquence de l'absence de l'obligation d'enregistrer par écrit les actes de mariage et de divorce rend la preuve de la constitution et de la dissolution de la famille bien

---

<sup>145</sup> M.Charfi, supra note 77 à la p.16.

difficile à établir. Faute de preuve, les enfants peuvent être déclarés illégitimes et se retrouvent sans droit, sans oublier pour la femme considérée adultère, le mépris de la société, l'isolement et la pauvreté. D'ailleurs, T.Haddad évoque le cas d'une femme, mère de deux enfants, que son mari chasse de chez elle, sous l'influence de ses enfants issus d'une première union. Il nie leur mariage et la paternité de ses enfants, afin que la succession reste entièrement aux enfants du premier lit<sup>146</sup>. Ainsi, l'absence d'une preuve écrite de cet acte ne fait qu'accentuer le pouvoir de l'époux.

#### **Sous-section 1 : La qualité de chef de famille**

Dans le droit musulman, la vie conjugale est fondée sur l'idée de la nécessité d'un chef puissant qui exerce son autorité sur les autres membres de la famille. Ce chef ne peut être que le mari parce que : « [...]l'homme est le plus apte à être chef, car il sait davantage en quoi consiste l'intérêt commun et se révèle plus capable de faire exécuter les choses par sa puissance et sa fortune »<sup>147</sup>. Ainsi, avec le lien conjugal, débute pour les femmes une nouvelle étape de soumission et de contrainte. La supériorité du mari est consacrée par la polygamie, le régime de la répudiation unilatérale ainsi que par son rôle de chef de la famille, qui lui confère des droits qui dépassent le cadre des obligations entre époux pour englober les rapports du père avec sa progéniture.

---

<sup>146</sup> T.Haddad, supra note 135 à la p.78.

<sup>147</sup> A.Annabi, «Évolution du droit du statut personnel» (1962) Décembre R.J.L à la 64.

## **Paragraphe 1 : L'autorité maritale**

Cette puissance maritale puise ses fondements dans le verset 34, chapitre 4 du Coran qui dispose que « les hommes ont autorité sur les femmes, en vertu de la préférence que Dieu leur a accordée sur elles, et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien ». À ce titre, l'époux est tenu d'assurer seul l'entretien du ménage, de veiller à traiter son épouse avec bienveillance et d'éviter de lui porter préjudice : « soyez bon dans votre comportement à leur égard », verset 21, chapitre 30 du Coran. Au cas où il n'aurait pas respecté ce devoir, l'épouse peut demander le divorce. Mais que contient ce devoir d'entretien qu'il incombe au mari d'assumer?

C'est une obligation qui englobe tout aliment nécessaire à la subsistance de l'épouse (nourriture, vêtement...), le logement et le service d'une ou plusieurs domestiques si l'état financier du mari le permet. À titre de chef de famille, il lui appartient aussi de choisir le domicile conjugal, de contrôler les sorties de sa femme (au point même de lui interdire de sortir ou de rendre visite à sa famille...).

En contrepartie, la femme lui doit obéissance. Ce devoir consiste essentiellement en deux volets : la cohabitation et le fait d'être disponible physiquement pour son mari. En effet, ces deux obligations sont liées l'une à l'autre puisque, avec la cohabitation, l'époux peut jouir physiquement de son épouse. D'ailleurs, en cas de refus non justifié de se donner à lui (maladie, menstruation, jeûne...) il peut lui

infliger une correction corporelle. De même, si elle manque au devoir d'obéissance, sauf motif légal, elle sera considérée comme insubordonnée et privée du droit d'entretien.

Le droit du mari, quant à l'obéissance de sa femme, n'est toutefois pas un droit absolu. Les jurisconsultes ont reconnu aux femmes le droit à la désobéissance lorsque le mari s'oppose aux prescriptions de l'islam, car « il ne faut pas obéir à une créature lorsque cela entraîne la désobéissance au créateur »<sup>148</sup>. Aussi, comme le droit musulman reconnaît aux femmes la pleine capacité pour la gestion de leurs intérêts pécuniaires, quand la demande du conjoint porte sur les biens propres de son épouse, elle peut demander le divorce.

Généralement, devant la puissance maritale, les femmes ont développé une attitude de résignation afin d'éviter la répudiation. Ainsi, c'est le foyer qui est leur domaine par excellence. Les femmes passent leurs journées à effectuer les tâches du ménage (cuisine, broderie, couture...) et à s'occuper des enfants sous l'œil vigilant de leur belle-mère. L'espace domestique est considéré comme un lieu non économique et l'activité féminine n'est ni valorisée, ni rémunérée. Le travail ménager doublé d'une activité artisanale ou agricole, s'exerce dans le cadre des devoirs de l'épouse. Quant aux hommes, ils occupent l'espace public. Les rencontres entre les époux sont, la majorité du temps, nocturnes. Par conséquent, c'est la belle-mère qui règne et exerce le pouvoir absolu dans la maison, « toute puissante terrorisant plus ou moins ouvertement et méchamment la série de ses brus »<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> S.Bakalti, *supra* note 136 à la p.236.

Quant à l'épouse, elle n'a aucune autorité tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas donné naissance à un garçon. À partir de ce moment, elle commence à avoir son mot à dire à propos de la gestion du foyer familial ou auprès de son mari. Soulignons aussi qu'une épouse se doit d'avoir un enfant dès la première année de mariage, tant pour prouver sa fécondité, et la virilité de son époux, que pour consolider son mariage. Mais si l'enfant tarde à venir, on la soupçonnera d'être stérile, et la belle-famille pèsera de tout son poids pour que l'homme épouse une autre femme ou divorce de celle qui ne peut engendrer.

Quant à leur corps, il ne leur appartient pas. Au départ, il est la propriété des familles, une valeur que les mères protègent pour qu'il reste intact jusqu'à la nuit de noces. Ainsi, l'épouse offre sa virginité à son époux en guise de preuve de sa chasteté. À partir de ce moment, son corps devient un objet servant à satisfaire le plaisir du conjoint et un instrument de procréation. Les Tunisiennes ont donc longtemps vécu leur sexualité exclusivement<sup>150</sup> par rapport aux hommes.

## **Paragraphe 2 : La puissance paternelle**

Dès leur naissance, les enfants des deux sexes sont soumis à l'autorité du père. La différence entre les deux se situe au niveau de la durée de la soumission. En bas âge, une égalité juridique règne entre les frères et les sœurs. Ce n'est qu'à partir de la puberté (puberté physique) que le fossé commence à se creuser. Les Tunisiennes vont être

---

<sup>150</sup> L'idée même qu'il puisse exister des formes de rapports sexuels entre femmes reste indicible.

considérées à vie comme des êtres mineurs soumis à l'autorité du père, du frère et ensuite à celle du mari, alors que, dès leur puberté, les Tunisiens deviennent sujets de droit et ne sont plus sous la domination du père-tuteur, mais sous sa protection. L'espace public leur est réservé exclusivement.

Tant que le mariage dure, les enfants vivent avec leurs parents. La mère assume la garde (*hadanah*) qui est « [...] un devoir naturel [qu'elle] accomplit auprès de l'enfant en bas âge »<sup>151</sup>, ce qui signifie qu'elle doit veiller aux besoins élémentaires (exemple l'allaitement, les soins matériels...). Quant au père, la puissance paternelle lui confère l'exercice d'une double tutelle : la tutelle quant aux biens et la tutelle quant à la personne. Pour la tutelle patrimoniale, il dispose de tout pouvoir sur les biens de ses enfants jusqu'à leur émancipation qui dépend d'un acte positif du père<sup>152</sup>. La tutelle personnelle touche essentiellement l'entretien, l'éducation et le consentement au mariage de ses enfants.

Pour la pension alimentaire, le père est chargé de l'assumer jusqu'à ce que son fils soit capable de gagner sa vie et jusqu'au mariage de sa fille<sup>153</sup>. La tutelle d'éducation se rapporte notamment à l'enseignement, au travail ainsi qu'à la religion. Le tuteur dispose aussi du droit de surveiller les enfants et de les corriger en cas de désobéissance. En ce qui concerne le mariage, son consentement est nécessaire, qui dure jusqu'à la puberté pour les garçons et jusqu'à l'avènement d'un premier mariage pour les filles. D'ailleurs,

---

<sup>151</sup> J.Ladjili-Mouchette, supra note 87 à la p.645.

<sup>152</sup> Voir L.Milliot et F.-P. Blanc, supra note 63 à la p.235.

<sup>153</sup> À cette époque, les garçons entraient sur le marché de travail à l'âge de 16 ans, et ils pouvaient se marier à partir de 17 ans.

donner son consentement au mariage s'est souvent transformé en une contrainte matrimoniale "djabr".

En cas de dissolution du mariage, le père conserve ses droits sur les enfants, comme pendant le mariage. La mère ne reçoit que la garde. Il s'agit de s'occuper de l'enfant durant la période où il ne peut pas se passer de l'assistance féminine. Aucune initiative, aucune décision relative à l'avenir de l'enfant ne peut être prise sans l'autorisation du père. D'ailleurs, la garde dure pour le garçon jusqu'à l'âge de 7 ans et jusqu'à 9 ans pour la fille, puisque, plus les enfants sont jeunes, plus ils ont besoin de leur mère. À défaut de cette dernière, la priorité est accordée à la ligne féminine de la mère. Par la suite, c'est le père qui assure la garde et l'entretien des enfants. La tutelle est une prérogative purement masculine.

Ainsi, la famille d'autrefois était régie par la prééminence de l'homme en tant que père et mari. Il apparaissent donc tout à fait normal qu'il dispose seul du droit de mettre fin à la vie conjugale.

## **Sous-section 2 : La dissolution du mariage**

La rupture du lien conjugal survient suite au décès de l'un des conjoints ou à cause de la répudiation et du divorce. En cas de décès, la veuve doit attendre quatre mois et dix jours avant de contracter un nouveau mariage : « Ceux d'entre vous qui meurent en laissant des épouses, celles-là doivent rester à s'observer elles-mêmes durant quatre mois et dix nuits... » dispose le verset 234, chapitre 2 du Coran. Cette

retraite de continence ne touche que les femmes, puisqu'elle vise à définir si elles sont enceintes ou non.

Quant à la séparation entre vifs, une fois de plus, la dissolution de la cellule conjugale dépend, principalement, de la volonté du mari. Ainsi, ce sont les hommes qui font leurs mariages et qui les défont. Selon le droit musulman, il existe trois possibilités : la répudiation unilatérale, la répudiation convenue et le divorce judiciaire.

#### **Paragraphe 1 : La répudiation unilatérale**

Par répudiation unilatérale, on entend le privilège reconnu exclusivement au mari de mettre fin au mariage, d'une manière provisoire ou définitive, sans être tenu ni de motiver sa décision, ni de recourir à la justice, ni d'obtenir le consentement de la femme<sup>154</sup>.

L'inégalité, entre l'homme et la femme en matière de répudiation, est justifiée par le souci de sauvegarder la stabilité de la famille, étant donné que les femmes sont émotives et plus sujettes à l'emportement que les hommes<sup>155</sup> ! Cet acte domestique s'effectue habituellement par la prononciation d'une formule, plus exactement, de trois mots signifiant explicitement que le mari renvoie sa femme "tu es répudiée". Il peut aussi être fait par écrit ou par signes ou gestes non équivoques en cas d'incapacité d'expression orale ou écrite.

---

<sup>154</sup> M.Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, 1977, à la p.23.

<sup>155</sup> *Ibid.* à la p.24.

Notons que la répudiation peut être révocable ou définitive. Elle est révocable, lorsque le mari a la possibilité de reprendre sa femme sans son consentement avant l'expiration de sa retraite légale (trois mois)<sup>156</sup>. Tant que le délai de continence n'est pas dépassé, la répudiation est considérée comme une séparation de corps. Une simple formule prononcée par l'époux entraîne la reprise de la vie conjugale, sans aucune formalité, « et il reste maître de reprendre sa femme, qui subit passivement sa volonté »<sup>157</sup>. Un homme peut répudier sa femme à trois reprises. Mais tandis que, lors de la première ou deuxième répudiation, le mari peut reprendre son épouse, la troisième répudiation est considérée comme définitive. Ce procédé était mis en place afin de permettre la réconciliation, vu la facilité avec laquelle un homme peut dissoudre son mariage.

Passé le délai de viduité "iddâa", la répudiation devient définitive. Un nouveau mariage (c'est à dire un nouveau contrat de mariage et une nouvelle dot) est nécessaire entre les deux anciens époux, au cas où ils désireraient reprendre leur vie commune.

En principe, la répudiation n'est parfaitement irrévocable que lorsque le mari épuise le nombre de trois répudiations. Cependant, une pratique offrant la possibilité de grouper en une seule formule trois répudiations a été mise en place par les *fuqaha*. Ce procédé représente un châtement

---

<sup>156</sup> "S'ils décident de répudier leurs femmes...les femmes répudiées attendront trois périodes avant de se remarier. Il ne leur est pas permis de cacher ce que Dieu a créé dans leurs entrailles..Mais si leurs maris désirent la réconciliation, ils ont le droit de les reprendre durant ce temps", verset 228, chapitre 2 du Coran.

<sup>157</sup> M.Fahmy, supra note 130 à la p.110.

ultime, à la disposition du conjoint, pour punir une épouse désobéissante. Une fois de plus, les femmes se retrouvent à la merci de l'humeur des hommes.

**Paragraphe 2 : La répudiation convenue "khoul"**

Il s'agit de l'hypothèse où une femme négocie avec son mari sa liberté contre le paiement d'une compensation. N'éprouvant plus le désir de continuer à vivre avec son conjoint, ce rachat lui permet de mettre fin à ses souffrances. Cependant, l'époux reste maître de la situation puisque, sans son accord, le mariage ne peut être dissous.

Le rachat se transforme en une modalité plus sévère que la répudiation, ouvrant la voie à un chantage de la part du mari. L'épouse peut se voir dépouillée de sa dot au complet et même d'une grande partie de ses biens propres.

**Paragraphe 3 : La dissolution judiciaire du mariage**

Cette forme se distingue des deux précédentes répudiations par la nécessité de passer devant le juge. En principe, cette démarche est offerte aux deux époux. Mais, en pratique, mis à part le cas de divorce pour vice physique survenu chez l'un des époux, les autres causes de répudiation judiciaire ne peuvent être réclamées que par les femmes. Cinq raisons peuvent être avancées pour obtenir le divorce judiciaire :

- l'existence d'un vice physique rédhibitoire : c'est la seule possibilité qui peut être évoquée par les deux conjoints. Essentiellement, il s'agit des vices empêchant les rapports

sexuels ou de maladies graves telles que : la folie, la lèpre.. Néanmoins, il faut prouver son ignorance du vice avant le mariage. S'il apparaît après, les juristes distinguent entre deux situations : si c'est la femme qui est victime d'une anomalie, le mari ne peut demander la dissolution du mariage puisqu'il a la possibilité de la répudier. Par contre, dans le cas où le vice touche le conjoint, s'il s'agit d'une infirmité sexuelle, la femme ne peut demander le divorce si son mari a eu auparavant des rapports sexuels avec elle. En revanche, elle peut demander la séparation pour les maladies précitées.

- le non-paiement de la dot, qui ne peut intervenir qu'avant la consommation du mariage<sup>158</sup>.

- l'absence du mari : il est estimé qu'il y a longue absence à partir d'une année. Quelle que soit la raison de cette absence du mari, la femme pouvait demander le divorce. Notons que l'abandon du domicile par le mari constituait une raison valable pour divorcer quand bien même il subvenait encore à l'entretien de son épouse.

- le défaut d'entretien de la femme : le juge recevait la plainte, au cas où le mari aurait de quoi l'assurer. Aussi, il faut prouver l'ignorance de la femme de la pauvreté de son conjoint au moment de la conclusion du mariage.

-Préjudice et mésentente : si l'épouse parvient à prouver les torts qu'elle a subis, le juge est tenu de répondre favorablement à sa demande. Mais si elle échoue à établir le bien-fondé de ses allégations, le juge doit charger deux arbitres de réconcilier les époux. S'ils n'y parviennent pas,

---

<sup>158</sup> La consommation du mariage intervient au moment où la femme et l'homme commencent leur vie conjugale, donc après le premier contact sexuel. Dès lors, le non-paiement de la dot n'est plus une raison valide pour une rupture judiciaire. La dot sera qualifiée de dette.

la séparation est alors prononcée contre un dédommagement que la femme doit verser à son mari.

Ainsi, non seulement les Tunisiennes, dans le passé, ne pouvaient obtenir le divorce qu'en s'adressant au juge mais elles devaient présenter des preuves suffisantes de fautes graves commises par leurs conjoints. Toutefois, devant la limitation des cas où le comportement du mari était jugé fautif et la difficulté des preuves à fournir, cette possibilité accordée aux femmes de divorcer était devenue théorique. Le divorce apparaît alors comme un phénomène essentiellement masculin. D'ailleurs, même dans le cas d'un divorce judiciaire résultant d'un procès intenté par la femme sur la base d'un des cinq mobiles précités, il n'est jamais considéré que c'est elle qui divorce de son mari. C'est le juge qui va se substituer au mari pour annoncer la dissolution du mariage, de sorte que cela apparaisse comme une répudiation prononcée par le mari et non une sentence imposée<sup>159</sup>.

Une fois répudiées, les femmes retournent chez leur père qui leur assurent le soutien financier. C'est ainsi que la dot (la seconde partie) et les cadeaux reçus durant le mariage servent à réparer le préjudice de l'épouse renvoyée. La dissolution du mariage a aussi pour effet de prolonger l'obligation d'entretien pour une période de trois mois. Par contre, le verset 6, chapitre 65 du Coran prévoit le prolongement de cette obligation si la femme répudiée est enceinte. Le mari est tenu alors d'entretenir sa femme jusqu'à l'accouchement et la fin de la période d'allaitement (qui dure deux ans) :

---

<sup>159</sup> L. Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton, 1965, à la p. 461.

Les femmes répudiées seront logées dans vos demeures, selon vos moyens. N'usez pas à leur égard de procédés inhumains, rendant leur séjour intolérable. Si elles sont enceintes, les époux pourvoiront à leur subsistance jusqu'à l'accouchement. Si elles allaitent pour vous, donnez-leur leur salaire et que tous vos rapports soient sous le signe de la bienveillance..

Finalement, il est important de signaler que le seul régime des biens (régime matrimonial) qui existe est celui de la séparation totale. Chaque patrimoine reste distinct lors du mariage et en cas de sa dissolution. Le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de son épouse. Le droit musulman a instauré cette règle dans l'esprit de protéger les femmes contre les abus auxquels pouvait donner lieu une communauté des biens. Sachant que les hommes ont pouvoir sur les femmes, ils pouvaient escroquer leurs avoirs : « Croyants, il ne vous est pas permis de recevoir des femmes en succession contre leur gré. De même gardez-vous d'user de moyens de contrainte contre vos épouses dans le but de leur reprendre une partie de leurs dots » (verset 19, chapitre 4 du Coran). Les femmes avaient alors un patrimoine séparé qu'elles pouvaient gérer toutes seules.

Par ailleurs, pourquoi créer une communauté de biens alors qu'on sait que ce lien conjugal est fragile et ne dépend que de la volonté du mari ? Ne faut-il pas se protéger contre l'éventualité de partager son conjoint avec une autre épouse ? Dans ce cas, les biens d'une femme vont servir à financer un nouveau mariage.

Cependant, étant donné que les femmes ne travaillent pas à l'époque, leurs avoirs découlent essentiellement de la

succession. Mais quelles étaient alors leurs parts? Une fois de plus, on est devant une autre manifestation d'inégalité entre les femmes et les hommes.

### **Sous-section 3 : Les inégalités successorales**

Pour commencer, il faut dire que la succession est l'aspect le plus révélateur de l'infériorité entre les deux sexes. Elle consacre le privilège de la masculinité, puisque la loi islamique préconise, essentiellement, l'octroi aux hommes du double de la part des femmes : « Allah vous fait commandement au sujet de vos enfants : au mâle, portion semblable à celle de deux filles »<sup>160</sup>. Cette règle tire son fondement de la responsabilité qui incombe, unilatéralement, à l'homme de prendre en charge toutes les dépenses nécessaires de la famille. D'ailleurs, dans la succession entre époux, le veuf hérite de sa femme décédée le double de ce qu'elle aurait hérité de son mari décédé, comme il est indiqué dans les versets 12 et 13, chapitre 4 du Coran:

À vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas un enfant. Si elles ont un enfant, à vous le quart de ce qu'elles ont laissé. À elles le quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas un enfant ; si vous avez un enfant, à elles le huitième de ce que vous laissez.

Effectivement, dans l'hypothèse du décès du mari qui laisse en deuil une femme et des enfants, la femme a droit au huitième du patrimoine. Elle ne récolte qu'une part négligeable. On ne se soucie pas de lui assurer le même train

---

<sup>160</sup> Verset 11, chapitre 4 du Coran. Voir le paragraphe 1 aux pp.229-242, ci-dessous, pour plus d'information sur cette question.

de vie qu'elle a connu jusqu'alors! Comme si tout cela n'était pas suffisant, des pratiques ancestrales ont permis de contourner la reconnaissance du droit des filles à la succession que leur accordait l'islam.

Ainsi, en milieu rural « où la terre constitue la principale forme de richesse, la coutume oblige les femmes à renoncer à leurs parts d'héritage. Une fille qui se marie ne doit pas déposséder ses frères au profit de son mari »<sup>161</sup>. De même, pour déroger aux règles de dévolution successorale et exclure totalement les femmes, une pratique juridique a été adoptée. Il s'agit du "habous" « qui est un héritage testamentaire légué dans l'indivision, soit à une fondation pieuse (*habous public*), soit aux descendants du constituant (*habous privé*). Il permet de prémunir le patrimoine contre les dilapidations et les convoitises du pouvoir »<sup>162</sup>. C'est "l'*habous*" privé qui nous intéresse ici. Il s'agit d'une coutume assignant les biens en "*habous*" aux seuls héritiers mâles en excluant les filles<sup>163</sup>. Cette pratique permet d'immobiliser le statut d'un bien afin de conserver le patrimoine familial intact le plus longtemps possible et d'exhérer les filles pour éviter que par leur intermédiaire, les biens patrimoniaux ne soient transférés dans la famille alliée. Elles doivent se contenter d'une part de l'usufruit tant qu'elles sont célibataires, divorcées ou veuves. Puisque dans la société traditionnelle, lorsqu'elles sont mariées, les femmes sont sous la dépendance économique du mari, elles n'ont

---

<sup>161</sup> S.Ferchiou, «Le rôle des femmes dans la transmission du patrimoine familial» dans *Femmes du Maghreb au présent*, Paris, CNRS, 1990, 37 à la p.39.

<sup>162</sup> L.Bllili Temime, supra note 133 à la p.150.

<sup>163</sup> L'*habous* désigne l'action de retenir, d'empêcher et d'emprisonner.

donc pas besoin des biens familiaux. Par contre, en leur réservant le droit à l'usufruit chaque fois qu'elles n'ont pas de maris :

[...] ceci permet de garantir un logement. De ce fait, la maison paternelle prend une importance aux yeux de la femme. D'ailleurs une réplique qui revient souvent dans la bouche des femmes en désaccord avec leurs époux : " la maison de mon père est ouverte, et ses chiens aboient ". Autrement dit, j'ai un logement disponible<sup>164</sup>.

Cependant, seuls les hommes peuvent transmettre leurs droits de succession à leurs enfants, les femmes qui ont un droit à l'usufruit bénéficient de leur part durant leur vie, mais ne la transmettent pas.

La pratique de "l'habous" constitue évidemment une possibilité offerte par la société patriarcale de consacrer la supériorité masculine. Une fois de plus, les Tunisiennes sont maintenues dans une subordination juridique, aggravée par des pratiques ancestrales. Elles ne disposent pas d'elles-mêmes en tant que personne; elles existent avant tout pour servir les intérêts des hommes.

Tel était le sort rétrograde des femmes tunisiennes. Elles furent écartées de la vie publique et enfermées dans l'espace domestique. Durant leur jeunesse, elles apprenaient à être obéissante et à ne se concevoir que comme future épouse et mère. Le mariage constituait alors le but ultime de leur vie. Ainsi,

[...] analphabète, cloîtrée et régie par un statut archaïque, hérité d'un Islam "forme sans vie", la femme

---

<sup>164</sup> L.Bllili Temime, supra note 133 à la p.151.

tunisienne était asservie, exploitée et considérée comme un être mineur ou plutôt un objet, dont on peut disposer à sa guise et se débarrasser dès qu'il devient encombrant<sup>165</sup>.

Cependant, les contradictions entre les dispositions du Coran, qui ont bouleversé la situation des femmes d'Arabie d'autrefois, et le vécu des Tunisiennes ont suscité des interrogations auprès des penseurs. Peut on reprocher au Coran à la fois la chose et son contraire? C'est dans le cadre d'une telle réflexion que vont émerger, à partir du 19<sup>ème</sup> siècle, des revendications appelant à réinterpréter les textes coraniques en tenant compte de l'évolution de la société.

---

<sup>165</sup> S.Chater, supra note 124 à la p.24.

### Chapitre 3 : Genèse du discours féministe en Tunisie

Comme tous les autres pays musulmans, la Tunisie s'est trouvée, dès le 19<sup>ème</sup> siècle, confrontée au phénomène du réformisme. Ce mouvement fut l'une des réponses à l'irruption de l'impérialisme européen. L'élite intellectuelle s'interrogeait alors sur les raisons de la décadence de la société islamique, sur les causes qui la séparaient de l'Occident industriel et s'efforçait d'identifier les moyens pour y remédier. Ce fut donc un contexte de réorganisation sociale visant à remédier au déclin de la société. L'idée commune que partagent l'ensemble des réformateurs, est qu'une évolution sociale est indispensable pour entraîner la réussite du processus général de réformes visant la modernité aussi bien au niveau des États qu'au niveau des personnes. Toutefois, aucune évolution sociale ne peut se produire sans une amélioration du statut des femmes et de la famille en général, ce qui implique qu'une réforme majeure du droit de statut personnel s'avérait nécessaire.

C'est ainsi que le problème de la situation des femmes devint un aspect parmi d'autres dans la réflexion portant sur l'évolution de la société musulmane. « Pour la première fois, dans l'histoire de la pensée arabe musulmane, la question de l'émancipation de la femme n'était plus un sujet tabou, mais un sujet de réflexion témoin des conditions socio-économiques et des mentalités »<sup>166</sup>. La condition de vie des femmes a ainsi basculé sur la scène publique pour devenir une préoccupation nationale. Jusqu'ici, leur situation était une affaire

---

<sup>166</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.25.

personnelle relevant du pouvoir de chaque homme. La libération des femmes fut alors abordée dans un contexte tiraillé entre l'influence de l'Orient et celle de l'Occident.

Le mouvement d'idées en Orient<sup>167</sup> (Turquie et Égypte) rencontrait en effet des échos en Tunisie. Les Tunisiens étaient plus attirés par le modèle de renaissance culturelle et politique de l'Égypte, qui offrait la possibilité d'une évolution restant dans le cadre de l'islam, que par le mouvement réformateur et laïc turc, qui balaya tout l'héritage islamique<sup>168</sup>. Ainsi, « la Turquie exerçait également une influence sur les réformateurs tunisiens, mais ces derniers étaient plutôt attirés par le modèle proche-oriental, qui proposait une évolution sans rupture avec l'islam ; le laïcisme de la révolution turque les attirait beaucoup moins »<sup>169</sup>.

Par ailleurs, les nouvelles idées et mœurs élaborées en Europe et notamment en France, exerçaient également leur influence sur les réformateurs tunisiens, surtout après l'établissement du protectorat français en 1881 :

---

<sup>167</sup> Voir H.Djaït, « Renaissance, réformismes, révolutions dans l'islam depuis un siècle (1880-1980) dans *La crise de la culture islamique*, CÉRÈS, 2000 aux pp.137-165.

<sup>168</sup> Il s'agit des réformes adoptées par Mustafa Kemal qui a instauré la laïcité en Turquie : il a mis fin à l'intrusion de la religion dans les domaines des affaires politiques, juridiques, éducatives et culturelles. Ainsi, l'islam est relégué à la vie privée. Il a promulgué un code de la famille plus égalitaire, inspiré du code civil suisse ; il a même changé la langue turque, en optant pour l'alphabet latin, au lieu de l'alphabet arabe, et il a changé le code vestimentaire.

<sup>169</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.39.

L'institution du Protectorat français en Tunisie marqua un rôle déterminant dans la prise de conscience du problème de la condition de la femme. La présence et le prestige de la population européenne, qui vivaient différemment[...]apportèrent un nouveau système de valeurs,[...] rendait compte de ce que le sort des femmes n'était pas nécessairement la claustration<sup>170</sup>.

Ce phénomène s'accroît avec la création d'un collège tunisien, (le sadikhite en 1875), qui offrait l'enseignement en langue française. Les finissants continuaient en général leurs études universitaires en France, ce qui permit à cette élite de s'imprégner de la culture française.

Cette dynamique interne a joué un rôle important dans le processus de modernisation de la société tunisienne et dans l'établissement d'un nouveau système de valeurs. Par contre, dès qu'il s'agissait de la promotion des femmes, un vif débat opposait les partisans et adversaires de la libération des Tunisiennes. Mais cet affrontement se déroulait dans un cadre de respect de l'islam comme source de droit.

C'est ainsi que la première génération de réformateurs cherchait à moderniser le pays sans pour autant que l'islam perde de son intégrité. Il ne s'agissait pas alors, pour eux, d'instaurer un nouveau statut pour les femmes, mais plutôt de retoucher légèrement leurs droits pour accroître leurs capacités de bien gérer le foyer familial.

Les deux grands penseurs qui concrétisèrent cette première étape furent les deux premiers ministres Ahmed Ben

---

<sup>170</sup> *Ibid.* à la p.43.

Dhiaf et Khéredine Pacha<sup>171</sup>. Ils sont considérés comme les principaux réformateurs politiques tunisiens du 19<sup>ème</sup> siècle.

Si Ben Dhiaf ne s'est pas intéressé directement au statut des femmes, Khéredine Pacha y voyait un sujet de préoccupation. C'est suite à un questionnaire, établi par le Consul de France en Tunisie (1856), que Ben Dhiaf fut invité à une réflexion concernant le sort des Tunisiennes<sup>172</sup>. Sa réponse fut de justifier les pratiques à l'égard des femmes en s'abritant derrière le Coran et la Tradition. Par exemple, questionné sur la polygamie, il justifia cette pratique par le fait que :

[...]l'épouse unique est souvent inapte à remplir ses devoirs conjugaux, du fait[...] de la grossesse, des fatigues de la maladie[...] De même, la période de la vie d'une épouse durant laquelle celle-ci est féconde est beaucoup plus brève que chez l'homme ; pourquoi priver celui-ci de la jouissance du désir et du plaisir de procréer, tant qu'il est apte <sup>173</sup>.

Concernant la place de la femme au sein de la famille et de la société, il avança que :

[...]la femme joue un rôle central dans l'existence du foyer [...] Elle produit et dirige la consommation, elle fait des enfants, elle les élève et les éduque. Elle gouverne la famille, mais de par sa vie économique et sociale limitée elle ne peut pas être consultée, car ce

---

<sup>171</sup> Ils ont occupé tour à tour le poste de premier ministre.

<sup>172</sup> Ahmed Ben Dhiaf vécut entre 1804 et 1874. C'était un juriste de formation zeïtounienne ( de l'Université de la Zeïtouna :la Grande Mosquée). Son ouvrage relatif à la condition des femmes dans la société arabo-musulmane s'intitule : *Essai sur la femme*, Tunis, Tunis, El Matbaâ El Tunisia, 1856.

<sup>173</sup> Cité par S.Chater, supra note 124 à la p.60.

sont là des choses qui lui échappent sur les activités des hommes (la politique, l'intellectuelle et l'économie...) <sup>174</sup>.

C'est pourquoi, l'éducation des Tunisiennes ne devait comprendre que l'enseignement religieux et moral et les arts ménagers. Puisque :

[...]l'instruction très poussée risque de détourner la femme de son rôle habituel de mère-épouse, de maîtresse du foyer familial, de perturber les rapports traditionnels établis et d'amener l'épouse à ne plus s'attacher exclusivement à son mari...[ce qui peut engendrer] la possibilité d'infidélité de la femme, mésentente et désaccord, mise en question de l'autorité maritale... <sup>175</sup>

Ainsi, Ben Dhiab maintenait les Tunisiennes dans une position d'infériorité par rapport aux hommes et les condamnait à l'enfermement dans la sphère privée. Néanmoins, une réflexion touchant la situation des femmes venait d'être posée et allait contribuer à habituer la masse à entendre parler de ces questions et à penser.

Khéredine Pacha fut plus ouvert que ce dernier. Il adopta plusieurs réformes politiques importantes <sup>176</sup>. Par contre, la courte durée de son mandat (1873-1877) l'empêcha de réaliser toutes ses réformes, y compris celles qui touchaient les femmes. Il réclamait essentiellement l'instruction pour les jeunes filles afin d'en faire des épouses capables de diriger leur foyer et de bien élever leurs enfants. Le retard

---

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> Il a dû démissionner à la demande du Bey (le roi) parce qu'avec ses réformes, il heurta de nombreux intérêts. Par ailleurs, des changements importants furent adoptés dans l'administration, la justice et l'enseignement.

de la société musulmane était dû, à son avis, à « l'ignorance des femmes et à la crainte exagérée de l'influence de la législation moderne »<sup>177</sup>. Bien que cette revendication puisse paraître insignifiante (vu qu'elle vise simplement à améliorer le rôle traditionnel de la femme), elle est d'importance primordiale. Pour la première fois dans l'histoire de la Tunisie, le statut des femmes constitue un sujet de préoccupation.

En somme, on constate que ces deux réflexions ne remettaient pas en cause le système au sein duquel s'établit l'oppression des femmes ; elles tentaient plutôt de réajuster la condition féminine ou de la justifier pour maintenir les Tunisiennes dans un statut d'infériorité par rapport aux hommes. Seul un réformateur de la deuxième génération, Tahar Haddad, a osé proposer un programme pour permettre aux Tunisiennes de jouir de leurs droits et a « contribué à une très large prise de conscience du problème féminin en Tunisie »<sup>178</sup>.

### **Section 1 : Le mouvement réformiste sous le protectorat français**

L'avènement des colons français (1881) et la confrontation avec de nouvelles valeurs invitèrent de nouveau les penseurs à réexaminer les conditions de vie des Tunisiennes. La présence française suscita aussi une réaction de rejet de l'autre et amena à l'adoption d'attitudes de défense de leurs valeurs afin de préserver l'identité et la

---

<sup>177</sup> Cité par S.Chater, «Décolonisation et discours féministe en Tunisie (1930-1956)» (1994) The Maghreb Review, à la p.62.

<sup>178</sup> *Ibid.* à la p.48.

personnalité nationales. La femme représentait alors le refuge par excellence de la-dite identité. Adhérer aux valeurs véhiculées par les Français signifiait accepter le projet d'assimilation et faciliter l'absorption de l'identité musulmane par l'Occident.

Les débats se multipliaient alors entre les partisans et les adversaires de la promotion des femmes. Les écrits et les essais abondaient aussi. En revanche, les demandes pour améliorer les conditions des femmes se résumaient essentiellement à l'accès à l'éducation et à la suppression du voile. Déjà, quelques journaux essayaient de donner régulièrement des nouvelles du féminisme en Occident et en Orient, et consacraient une rubrique à l'évolution du statut des femmes<sup>179</sup>.

On peut affirmer alors que tous les essais comprenaient une réflexion au sujet du statut des Tunisiennes, envisagé dans une perspective d'autodéfense de la société musulmane, et s'inscrivaient dans le souci d'améliorer le rôle traditionnel des femmes : éducatrices et épouses. Ce ne fut qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle que deux intellectuels audacieux se démarquèrent par la dénonciation de la mauvaise interprétation des prescriptions coraniques. Ils appelaient à une relecture du Coran afin d'instaurer l'égalité entre la femme et l'homme. Il s'agissait du cheikh Abdel Azziz Thaalbi et du cheikh Tahar Haddad<sup>180</sup>. Signalons que la pensée féministe acquit une

---

<sup>179</sup> Par exemple; le journal *Al Raïd al Tunsi* (1879), et le journal *Al Allam Al Adabi* (L'univers culturel).

<sup>180</sup> Déjà à partir du titre de chaque essai, on constate qu'il y a un effort d'interprétation des textes coraniques: A.Thaalbi, *L'esprit libéral du Coran*, et T.Haddad, *Notre femme : entre la législation islamique et la société*.

expression plus moderniste avec les idées d'El Haddad, c'est pourquoi nous allons nous attarder plus longuement sur son essai.

### **Sous-section 1 : La remise en cause du statut des Tunisiennes**

Un groupe d'intellectuels, issu de la grande bourgeoisie et dont la plupart avait reçu une éducation européenne et influencée par le courant réformiste oriental<sup>181</sup>, s'organisa dès les premières années du protectorat et forma le mouvement des " Jeunes tunisiens ". L'objectif pour lequel militaient les partisans de ce mouvement se résumait à l'instruction de jeunes Tunisiennes. L'enseignement devait être assuré en langue arabe puisque « le musulman tient essentiellement à la conservation de ses traditions, de ses habitudes et de la langue qui forment sa personnalité [...] et cela grâce à sa mère »<sup>182</sup>. Et de là, le rôle des femmes se résumait, comme d'habitude, à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants.

Dès 1905, le cheikh Abdel Azziz Thaalbi appela à effectuer une relecture des dispositions du Coran. Dans *L'esprit libéral du Coran*<sup>183</sup>, il dénonça la mauvaise interprétation dominante des prescriptions de la loi islamique et ses conséquences néfastes sur les femmes. Il blâma la tradition qui n'avait fait qu'empirer le statut des Tunisiennes en les emprisonnant dans des us et coutumes

---

<sup>181</sup> Il s'agit de la pensée révolutionnaire du réformateur égyptien Mohamed Abdou qui prôna essentiellement la suppression de la polygamie et l'obligation d'instaurer l'instruction pour les filles.

<sup>182</sup> Cité par S.Chater, supra note 124 à la p.63.

<sup>183</sup> A.Thaalbi, *L'esprit libéral du Coran*, Paris, Ernest-Leroux, 1905.

misogynes. Il souligna que ni la soumission des femmes aux hommes, ni l'inégalité des sexes, ni même le port du voile n'appartenaient aux fondements de l'islam. C'est pourquoi, avec la suppression du voile et l'instauration de l'instruction, les femmes allaient maîtriser l'ampleur de leurs droits. Elles pourraient les défendre ainsi qu'accéder à la place qui leur revenait en tant que membres de la société, ce qui provoquerait une évolution bienvenue de la société tunisienne :

Si l'instruction obligatoire était un fait acquis, les Tunisiennes connaîtraient l'étendue de leurs droits, car elles sauraient qu'aucun texte ne leur impose de se voiler la figure, qu'aucun texte ne les oblige à être enfermées dans une maison comme dans une prison, qu'elles ont le devoir de surveiller leurs intérêts et ceux de leurs enfants, de songer à leur avenir, de contrôler leur instruction et leur éducation, qu'elles ont le droit à leur place au foyer, à l'existence au soleil au même titre que l'homme et alors, que de changements dans la société musulmane <sup>184</sup>.

Mais quand le cheikh Abdel Azziz Thaalbi fut nommé président du parti Déstour<sup>185</sup>, il changea de discours et adopta une attitude conservatrice vis-à-vis de l'émancipation des femmes<sup>186</sup>. Il déclara même: « la femme est la gardienne de la

---

<sup>184</sup> S.Chater, supra note 178 à la p.65.

<sup>185</sup> Il s'agit du parti tunisien qui a mené la lutte de libération contre la présence française. C'est ce parti qui est, jusqu'à nos jours, au pouvoir bien qu'il ait depuis changé de nom : du Vieux Déstour au Neo Déstour; on est passé au Parti Socialiste Déstourien (dès l'indépendance) et enfin, au Parti du Rassemblement Constitutionnel Démocratique.

<sup>186</sup> Je pense que cette attitude peut s'expliquer par le fait qu'une fois devenu président du parti Déstour, le Cheikh Abdel Azziz Thaalbi estima que pour mener le combat de l'indépendance il devait concentrer l'action du parti et du peuple autour du problème de la libération du pays. La question du statut des femmes devenait secondaire; la femme représentait le moyen de consolider l'identité

famille, la conservatrice de la société, la pousser dans la voie des écoles gouvernementales serait précipiter dans l'abîme ce qui reste de notre génie »<sup>187</sup>.

Il faudra attendre vingt-cinq ans pour que le courant féministe tunisien se développe dans toute sa dimension libératrice avec le penseur Tahar Haddad. Ce réformateur proposa tout un programme pour défendre les intérêts des Tunisiennes et faire évoluer leur statut. Il est considéré comme le père spirituel du mouvement féministe tunisien. Il n'est donc pas étonnant que son essai ait suscité une tempête dans la société tunisienne.

#### **Sous-section 2 : Le manifeste du féminisme tunisien**

La question de l'émancipation des femmes a rebondi de nouveau vers 1930 devant l'attitude courageuse et même révolutionnaire de T. Haddad, qui publia : *Notre femme dans la loi islamique et la société*<sup>188</sup>. Il y critiquait le sort

---

tunisienne.

<sup>187</sup> Cité par S.Bakalti, supra note 136 à la p.47.

<sup>188</sup> Tahar Haddad est né en 1899 à Tunis, dans un milieu modeste. Son père était originaire du Sud tunisien et tenait un petit commerce. Donc, il n'appartenait pas à l'élite bourgeoise et tunisoise des ulémas qui étaient ses professeurs et qu'il a osé critiquer. T.Haddad a fréquenté l'école coranique (*Kuttab*) où il a appris parfaitement le Coran, et a poursuivi ses études à l'université religieuse Zeïtouna. Il a obtenu le diplôme unique de fin d'études zeïtounien en ce temps-là. Ce diplôme lui permettait d'exercer la fonction de notaire. Durant une vie relativement courte (il est mort à 36 ans), il s'est intéressé à la situation des ouvriers à leurs conditions de travail et à la situation des femmes. D'ailleurs, il est l'un des fondateurs du syndicalisme en Tunisie. Voir, Z.Ben Saïd Charni, *Les dérapages de l'histoire chez Tahar Haddad*, Tunis, Éditions Ben Abdallah, 1986.

lamentable, dans lequel étaient enfermées les femmes musulmanes en général et les Tunisiennes en particulier. Prônant une réforme sociale, il déclarait :

J'ai pu constater que l'Islam est innocent des accusations de stérilité dont il frapperait toute réforme [...] tels sont les motifs qui m'ont incité à rédiger le livre que voici au sujet de la femme dans la loi et dans la société, afin de discerner enfin laquelle, de ces deux réalités, nous mène en la voie droite et laquelle, également, se trouve dans l'erreur et y mène<sup>189</sup>.

Non seulement, il prit la défense des femmes et justifia leurs droits devant la loi coranique, mais il avança aussi un programme d'émancipation. Pour y arriver, il commence par dresser une comparaison entre les Occidentales et les Orientales pour défendre ses positions féministes. Il constate que la participation de l'Européenne à tous les secteurs d'activité a assuré un surcroît de production dans la société et a « permis de tirer profit de ses dons naturels dans les activités matérielles ou morales profitables pour sa famille et pour la société, et enfin pour qu'elle ait sa part dans la société »<sup>190</sup>. Alors que dans :

[...]l'Orient, la femme continue encore à vivre sous son voile, ceux d'entre nous qui la défendent considèrent que son éducation et son instruction suffisent à améliorer sa condition sociale... par contre, les adversaires de ces idées considèrent que cette attitude priverait la femme de la sollicitude dont elle est l'objet et l'exposerait à l'émancipation absolue de la tutelle de l'homme<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Cité par M.Borrmans, supra note 154, à la p.126.

<sup>190</sup> Cité par S.Chater, supra note 177 à la p. 66.

<sup>191</sup> Cité par S.Bakalti, supra note 136 à la p.49.

Haddad montre la nécessité et l'urgence de l'évolution de la condition des femmes dans la société tunisienne. Il estime qu'il faut établir une distinction entre les prescriptions coraniques qui ont un caractère immuable, telles que l'unité de Dieu, et celles qui ont été dictées par des circonstances données, telles que le statut des femmes, et qui peuvent être l'objet d'amélioration sans porter atteinte à l'islam. Notant que l'islam a instauré le principe de "l'égalité des sexes" et que, s'il n'en a pas tiré toutes les conséquences, c'est parce que l'esprit humain n'était pas préparé à une complète émancipation, (ce qui n'est pas le cas des Tunisiennes de l'époque) ; T.Haddad a instauré la théorie de l'interprétation évolutive du Coran. L'argument le plus convaincant cité à l'appui de sa thèse est celui de l'esclavage, qui était maintenu par l'islam, mais fut aboli par les *fuqaha*. On est pourtant devant une religion qui invite à l'égalité entre les êtres humains, à la justice dans les relations humaines, à l'affection entre les croyants et les croyantes, aux devoirs d'entraide, et on ne trouve pas les musulmans et les musulmanes côte à côte lors du pèlerinage! Alors comment se fait-il qu'une personne peut acheter ou vendre une autre personne? Si le Coran ne l'a pas interdit, il a incité à bien traiter l'esclave et même, à l'affranchir. Il a par ailleurs recommandé à celui ou celle qui veut se faire pardonner ses péchés d'en libérer un. Faut-il alors, au nom de l'islam et en conformité avec la lettre du Coran, s'obstiner à maintenir cette pratique? Pourtant, dans l'ensemble des pays musulmans, l'esclavage est interdit!

Cet exemple démontre que l'islam a adopté la méthode des étapes. D'ailleurs, du vivant du Prophète, certains versets

en ont abrogé d'autres<sup>192</sup>. Si, par contre, d'autres ne l'ont pas été, c'est qu'à ce moment, ils constituaient des étapes nécessaires qui ne pouvaient être dépassées qu'ultérieurement. El Haddad affirme ensuite que :

[...]la question de la femme n'était pas alors du nombre de ces questions cruciales qu'il fallait résoudre sous tous les rapports. C'est la vérité qu'on ne saurait contester[...] l'Islam n'en a pas moins donné la preuve de son idéal le plus élevé : L'Islam considère que les serviteurs de Dieu sont à égalité devant lui, que Dieu les a créés également en la forme la meilleure, qu'Il leur a fixé leur rétribution au prorata de leurs actes, qu'Il leur a ordonné d'accomplir les bonnes œuvres et qu'il a fait de celles-ci le critère de la préférence qu'Il éprouve pour certains et non pour d'autres, sans mettre, en cela, les femmes à part des hommes<sup>193</sup>.

C'est à tort, selon lui que les jurisconsultes s'appuyaient sur des interprétations révolues des textes sacrés pour maintenir les musulmanes dans un état d'infériorité. Il était temps que les femmes bénéficient de tous leurs droits, puisque la situation dégradante dans laquelle elles baignaient à son époque ne pouvait être attribuée à l'islam. Il s'agit plutôt d'une interprétation erronée des prescriptions coraniques, accentuée par la tradition.

L'islam était une religion de progrès qui avait voulu réaliser des réformes sociales et reconnaître des droits aux femmes. Elle leur avait accordé différents droits civiques, jusque là exclusifs aux hommes, tels que: le témoignage en justice, la capacité de passer un contrat, d'acheter et de

---

<sup>192</sup> Pour plus de détails, voir *supra* note 85 et le texte correspondant.

<sup>193</sup> Cité par M.Borrmans, *supra* note 154 à la p.134.

vendre, le droit à la succession et surtout, le droit de vivre... C'est pourquoi Haddad préconisa une réforme juridique totale : suppression de la polygamie, de la répudiation unilatérale du mari, de la claustration par le voile à la maison, du partage inégal de la succession...

Avec l'islam, la femme avait acquis le droit de succession, mais si sa part se limitait à la moitié de la part de l'homme, c'est que cette nouvelle religion ne voulait pas aller trop à l'encontre des mœurs antéislamiques. Devant le progrès réalisé par les femmes depuis, en prenant part activement à la vie économique (dans l'industrie, l'agriculture, et le commerce), elles avaient gagné la possibilité de se prendre en charge et d'assumer leur indépendance. Il apparaît tout à fait logique alors que l'égalité successorale soit établie : « Rien dans les fondements de l'islam n'interdit l'établissement d'une égalité absolue, dès lors que les conditions de la supériorité disparaissent »<sup>194</sup>.

Concernant la polygamie, T.Haddad estime que l'islam voulait combattre une ancienne pratique de l'ère antéislamique qui permettait à l'homme d'épouser un nombre indéfini de femmes. C'est dans un esprit progressif que le Coran avait limité ce droit indéterminé à un nombre bien défini, tout en instaurant des mécanismes conduisant à la monogamie.

Évoquant enfin la répudiation, l'auteur rappelle que l'islam n'aime pas le divorce. Cependant, si la situation l'exige, il convient de lui substituer une procédure

---

<sup>194</sup> *Ibid.* à la p.66.

judiciaire garantissant les droits des femmes, comme par exemple l'attribution à une femme répudiée sans motif d'une indemnité pécuniaire. En effet, pour limiter les pouvoirs du mari, en matière de divorce, il convient d'instaurer une instance judiciaire qui sera seule habile à prononcer la dissolution du lien conjugal, puisque :

[...] laisser la décision du divorce à la volonté de l'homme, revient à laisser le destin de la femme à la merci du hasard ; et la condamner ainsi à vivre dans l'humilité. [...] Il semble qu'il n'existe d'autre moyen pour remédier à cette situation que d'imposer l'arbitrage de la justice<sup>195</sup>.

D'autre part, T.Haddad préconise de verser un dédommagement à la femme lorsqu'elle est répudiée sans motif :

[...] en application du principe général admis par le droit musulman et selon lequel tout dommage causé à autrui doit être réparé par une indemnité pécuniaire au profit de la victime du dommage [...] la fixation du montant du dédommagement revient au juge qui, seul est habilité à éclaircir la situation en cause<sup>196</sup>.

À travers son ouvrage, Tahar Haddad proposa une redéfinition du rôle des femmes dans la société et appela à la nécessité de rompre avec des us et coutumes qui les emprisonnaient dans une telle situation, statuant : « il faut admettre qu'un peuple ne peut arriver à la condition sociale et culturelle espérée tant que sa moitié continue à vivre dans l'ombre... »<sup>197</sup>. Tous les aspects de leur statut humiliant furent alors passés au crible (mariage, polygamie, voile, répudiation, éducation...). Une relecture autocritique du Coran

---

<sup>195</sup> T.Haddad, supra note 135 à la p.93-96.

<sup>196</sup> *Ibid.*, à la p.101-102.

<sup>197</sup> *Ibid.*, à la p.207.

s'imposait pour léguer aux Tunisiennes la place qui leur revenait selon une religion bien comprise. Tel était le vœu de l'auteur : l'islam ayant été à l'origine une révolution contre l'ancien, il fallait poursuivre le travail de *l'ijtihad* pour l'adapter à la société. Dès lors, le procédé classique du *Kyas* (l'analogie) devait laisser la place au concept de *Al Istihssan*, l'approbation rationnelle en vue d'un bien, pour revenir à l'esprit du Coran et non à sa lettre.

Cet essai suscita des réactions violentes dans tous les milieux musulmans, en Tunisie, en Égypte, en Algérie par exemple, et même auprès de l'autorité coloniale<sup>198</sup>. Peu de penseurs l'ont soutenu dans cette nouvelle façon de penser le statut des femmes. Il exista donc un père fondateur du courant féministe en Tunisie. Il fut traité de collaborateur avec les colons dans la mise en place de leur politique d'assimilation. Oser condamner et critiquer les uléma dans leur interprétation du Coran et appeler à une nouvelle lecture des lois islamiques était une atteinte contre ces derniers, difficile à admettre. La remise en question de la version officielle par un des leurs, jeune et non Tunisois<sup>199</sup>, ne pouvait être tolérée. Ses maîtres ne le lui pardonnèrent jamais ; il fut déchu de ses titres, condamné à vivre seul et son livre fut proscrit<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> En Algérie et en Égypte, les partisans et les adversaires des thèses de T.Haddad s'affrontèrent dans la presse pour discuter de ses idées. Alors que les autorités du Protectorat profitèrent de la polémique suscitée par son ouvrage pour détourner l'opinion publique tunisienne de ses visées nationalistes.

<sup>199</sup> Les Tunisois sont la bourgeoisie de la capitale:Tunis.

<sup>200</sup> Il fut aussi physiquement agressé, dans ses sorties dans les rues de Tunis de 1930 à 1935, objet de jets de tomates et de pierres. Cinq années plus tard (1935), il mourut isolé à l'âge de 36 ans. Son cortège était composé uniquement de 8 personnes, dont quatre personnes de sa propre famille.

La cabale anti-Haddad ne se manifesta pas que par des campagnes de dénigrement de l'auteur et la mise en cause de son appartenance religieuse et patriotique, mais aussi par la publication de différents livres pour réfuter ses thèses<sup>201</sup>. Il faut dire que l'essai révolutionnaire de T.Haddad fait toujours figure d'exception dans la pensée islamique et reste d'actualité!

## **Section 2 : La bataille du voile**

Haddad représentait l'aboutissement de l'influence de la pensée occidentale sur la pensée orientale. Il s'inspira de la situation des femmes européennes pour dénoncer le sort de ses compatriotes et pour montrer qu'il y avait une autre façon d'être femme, que la vie d'une femme ne se résumait pas juste à son cloisonnement dans la maison pour prendre soin de ses enfants et de son époux! C'est pourquoi, comme un premier pas vers la promotion et l'épanouissement des femmes, Haddad préconisait fermement l'abandon du voile et l'instauration de l'enseignement.

### **Sous-section 1 : Le voile, symbole de l'identité tunisienne**

Selon T.Haddad, le voile constituait l'une des principales causes de l'aliénation des femmes (aliénation

---

<sup>201</sup> L'ouvrage le plus dur fut celui du cheikh M.Saleh Ben Mrad : *Le voile de deuil jeté sur la femme d'Al Haddad* [en arabe], Tunis, El Matbaâ El Tunisia, 1931. Déjà le titre témoigne de l'hostilité envers T. Haddad, puisqu'il repose sur un jeu de mots. En arabe, le deuil se dit : Hiddad. L'auteur s'est inspiré du nom de Haddad pour le dénigrer.

intellectuelle, morale, affective et même physique). Il le comparait à "la muselière qu'on met aux chiens pour les empêcher de mordre". Les Tunisiennes voilées et cloîtrées à la maison étaient livrées à l'ignorance. Il fallait couper les chaînes qui les retenaient prisonnières dans les maisons. Le moyen déterminant pour y parvenir était l'instruction, combattant ainsi l'idée que l'enseignement soit un privilège réservé aux garçons. D'ailleurs, le Prophète ne dit-il pas que « l'instruction est obligatoire pour tout musulman et toute musulmane » [notre traduction]. Il s'agit alors d'instaurer un enseignement multidisciplinaire<sup>202</sup>, moderne et ouvert, mais national et religieux, basé sur la langue arabe, afin de préserver le fondement de l'identité tunisienne. Ce nouvel enseignement devait déboucher également sur les lettres et les arts, car « il est toujours agréable que la femme participe dans le domaine culturel... et à tout ce qui aide à l'élévation de l'âme et au raffinement du goût »<sup>203</sup>. Il devait aussi être axé sur le sport :

[...]la femme a besoin en outre de l'éducation physique... car si nous nous occupons de son éducation intellectuelle, nous devons penser aussi à l'éducation de son corps, à son développement physique. Le sport n'est-il pas le stimulant de l'activité intellectuelle autant qu'il entretient la santé et la beauté du corps humain<sup>204</sup>.

Par ce nouveau programme d'enseignement, les femmes pourraient échapper au modèle traditionnel auquel voulaient les cantonner les uléma, et elles prendraient conscience de

---

<sup>202</sup> Le modèle d'enseignement que critique l'auteur est basé sur les travaux manuels, accompagnés d'un enseignement ménager et de puériculture. Autrement dit cette formation permet aux femmes de mieux gérer leur rôle d'épouse et de mère.

<sup>203</sup> Cité par S.Bakalti, supra note 136 à la p.50

<sup>204</sup> *Ibid.*

leurs capacités. Une fois qu'elles seraient maîtresses d'elles-mêmes et libérées du foulard, signe par excellence de leur enfermement, l'enseignement leur offrirait les bons outils pour s'épanouir. L'écart entre les conjoints s'estomperait; c'est pourquoi Haddad proposait ce genre de formation diversifiée et complète. Ce ne serait pas juste par souci de perfectionner leurs capacités de mères que les femmes seraient éduquées, mais aussi pour donner naissance à une nouvelle génération de femmes mûres, égales, cultivées et aptes à jouir d'un rôle plus complexe dans la société, pour faire tourner, côte à côte, avec les hommes, les rouages de la Tunisie moderne.

En s'appuyant sur le Coran, Tahar Haddad pensait gagner l'opinion publique puisqu'il ne faisait que réclamer une émancipation des femmes dans l'islam et à travers l'islam. Cependant, la critique de la condition des femmes musulmanes par un cheikh connaisseur des sources d'autorité de l'islam fut vécue comme une tragédie sociale par les ulémas. Elle permit néanmoins à l'idéologie féministe tunisienne de prendre corps. Il fut le pionnier de ce nouveau courant parce qu'il avait dépassé l'ère de la défense de l'islam et atteint l'ère de l'autocritique. Ce penseur était très en avance sur son temps. En effet, il eut le courage de débattre un sujet tabou dans une société musulmane traditionnelle. La Tunisie n'était pas prête cependant à accepter les thèses de T.Haddad.

La théorie de Haddad ne laissa pas indifférent bon nombre de Tunisiens désireux d'établir des transformations dans l'héritage du passé, y compris dans le droit familial. Mais ils se trouvaient indécis et divisés quant à la démarche à suivre pour apporter graduellement des transformations dans la

société tunisienne. Certains éprouvaient le besoin d'entreprendre des réformes dans le cadre même du Protectorat au risque de se faire qualifier de partisans de la politique d'assimilation mise sur pied par les colons français. D'autres estimaient plus sage d'attendre l'indépendance pour s'attaquer à la question épineuse du statut des femmes. Durant cette période coloniale, la résistance à l'envahisseur passera par le refus de toute assimilation, ce qui se traduira par la défense des structures sociales existantes sur la base du maintien des règles gouvernant la famille :

[...] la société féminine doit se replier plus que jamais sur le monde privé ; les femmes, gardiennes des conceptions traditionnelles de la famille et de l'honneur contre l'occupant étranger restaient enfermées et voilées, [...] les femmes devaient plus que tout autre s'effacer devant les impératifs du groupe<sup>205</sup>.

Ainsi, la lutte pour l'indépendance a abouti à enfermer les femmes sous prétexte de fidélité à la nation. Le temps était venu de se serrer les coudes pour se concentrer sur la question nationale. Aucune autre réclamation ne devait perturber l'ordre national. Toute réforme des mœurs et des mentalités ne pouvait intervenir qu'après la récupération de la personnalité nationale pour qu'elle soit un choix libre effectué par la nation. L'émancipation des femmes s'effaça donc temporairement des préoccupations dans le cadre d'un consensus stratégique.

Il faut dire qu'avec le protectorat français, le modernisme fit brutalement son entrée en Tunisie. La Tunisie

---

<sup>205</sup> H.Vandeveld-Dailliere, *Femmes algériennes à travers la condition féminine dans la Constantinois depuis l'indépendance*, Alger, Office des publications universitaires, 1980, à la p.370-371.

était alors confrontée à d'autres manières d'être, et à de nouvelles donnes, totalement différentes de celles qui la régissaient auparavant. Il s'agissait d'entrer en contact avec une société où l'appartenance religieuse était une simple affaire de morale privée, où les hommes et les femmes se côtoyaient en dehors de l'espace familial et où les femmes jouissaient d'un rôle actif dans la sphère publique. Cette civilisation extérieure dérangeait l'ordre local et interpellait l'identité nationale :

Quand une culture est confrontée à d'autres cultures, on éprouve un besoin vital d'affirmer son identité, de se situer par rapport aux Autres. De cette confrontation entre l'identité d'origine et les autres, résultent un certain nombre de crises identitaires<sup>206</sup>.

En effet, le statut des Tunisiennes devenait étroitement lié à la sauvegarde de cette identité. Il revenait alors à « la moitié de la Tunisie [de] porte [r] le drapeau de la nation tunisienne, et quel drapeau ? Aux femmes, le suprême honneur, pour le soin qui leur est confié de garder le voile, de représenter le véritable visage de la Tunisie »<sup>207</sup>. Donc, durant la période coloniale, les Tunisiennes servirent de refuge contre l'assimilation de la civilisation musulmane :

La Tunisie vit un moment décisif... Le protectorat tente de "dépersonnaliser" la Tunisie, de l'assimiler en la privant de chacune des composantes de sa personnalité propre. C'est donc le moment pour les Tunisiens de s'agripper à toutes les manifestations de cette personnalité, fussent-elles d'origine vestimentaire.

---

<sup>206</sup> O.Goerg, «Femme africaines et politique : les colonisées au féminin en Afrique occidentale» (1997) 6 Clio, Histoire, Femmes et société, à la p.106.

<sup>207</sup> Cité par I.Marzouki, «Le voile des colonisées, Tunisie, 1924-1936» (1988) 651 R.I.B.L.A à la p.81.

Une fois la personnalité sauvée, viendrait l'heure de la dégager et de lui imprimer l'impulsion progressive nécessaire<sup>208</sup>.

Cette déclaration, prêchant le maintien du voile, émane d'un jeune avocat, H.Bourguiba, qui allait devenir le père fondateur de l'indépendance et de la libération des femmes. Mais, après l'indépendance, il s'élèvera contre le port du voile. Il y a quarante ans, il dévoila publiquement sous l'œil des caméras une femme tunisienne de son " *sefsari* ", un long tissu blanc en soie, que quelques femmes portent encore chaque fois qu'elles sortent de la maison. La mise en marge de la question du statut des femmes, lors de la lutte contre la colonisation, n'était donc qu'un choix stratégique.

Depuis le début de ce travail, nous n'avons fait qu'évoquer les noms et les actions des hommes. Une question s'impose alors : quel fut le rôle des Tunisiennes ? Quel concours ont-elles pu apporter à leur cause ?

#### **Sous-section 2 : Les mouvements des femmes**

Les premières revendications de l'amélioration de la condition de vie des femmes furent le fruit d'initiatives individuelles. Il s'agissait de deux audacieuses interventions féminines, en public, dénonçant fermement le port du voile.

La première fut celle d'une Tunisoise Manoubia Wertani appartenant, évidemment, à la bourgeoisie modernisée. Elle osa prendre la parole en public, à visage découvert, pour

---

<sup>208</sup> M.Borrmans, supra note 155 à la p.149.

dénoncer la condition des femmes<sup>209</sup>. Cette femme protesta contre la domination absolue de l'homme et réclama l'abolition du voile, en démontrant la fausseté de la croyance qui prétendait que le Coran obligeait les femmes à se voiler. Son intervention suscita des réactions de la part des partisans et adversaires de l'émancipation des femmes. Ces derniers identifièrent dans ce comportement une complicité avec les forces destructrices de l'identité tunisienne, alors que les sympathisants de la cause des femmes saluèrent cette initiative courageuse et appelèrent les femmes à conquérir leur liberté par le biais du travail. Les femmes présentes manifestèrent leur soutien à celle qui osait dire tout haut ce qu'elles murmuraient tout bas.

Quatre ans plus tard, en 1928, une autre Tunisienne, Habiba Menchari, appartenant au même milieu, prit la parole en public, elle aussi à visage découvert. Elle réclamait presque la même chose : l'abolition de la polygamie, de la répudiation et du port du voile. Les réactions furent plus vives encore et les dirigeants du mouvement national manifestèrent leur désaccord avec force. La bataille prit une tournure idéologique. Le voile n'était plus assimilé à la répression des femmes : il était devenu le symbole par excellence de l'identité tunisienne et de l'appartenance à la culture arabo-musulmane. Toute tentative d'émancipation des femmes se voyait taxée de tentative de "francisisation" de la société. C'est ainsi que la question de l'amélioration des droits des femmes fut écartée et occultée au profit de la cause

---

<sup>209</sup> Dans le cadre d'une soirée organisée par les socialistes de Tunisie, sous le thème " Pour ou contre le féminisme", le 15/1/1924, voir S.Bakalti, supra note 136 aux p.70-72.

nationale. La presse devint alors unanime à condamner le comportement de la conférencière.

On peut notamment lire cette position attestant l'hostilité aux revendications de l'oratrice:

[...] n'oubliez pas le hijab est notre individualité et son signe distinctif. Toute atteinte qui lui sera portée modifiera notre moralité et causera l'éparpillement de notre personnalité.[...]Tant que la femme musulmane sortira dans les rues la figure couverte, tant que les touristes, la contemplant, diront : tiens une femme arabe ! tant que chaque mâle pourra répudier son épouse, lui adjoindre une seconde, une troisième et une quatrième, il n'y aura rien à craindre pour notre individualité ...<sup>210</sup>

Au courant des années trente, se développèrent alors quelques associations féminines. Seulement deux groupes furent fondés par des Tunisiennes, les autres étant lancés par des Françaises vivant en Tunisie<sup>211</sup>. C'est pourquoi nous n'évoquerons que les deux organisations féminines tunisiennes: la Société des Dames Musulmanes et l'Union Musulmane des Femmes de Tunisie. Il s'agissait de mouvements urbains, nés et développés dans les villes, et n'ayant jamais réellement eu d'existence dans les campagnes. L'explication en est simple, la campagne restait dans une grande mesure un lieu où les traditions étaient le plus solidement implantées, même si la

---

<sup>210</sup> Cité par S.Chater, supra note 124 à la p.77.

<sup>211</sup> Par exemple, l'Union des femmes de Tunisie lancée, en 1944, par des Françaises. Il s'agit d'une association d'obédience communiste cherchant à rallier les femmes au discours communiste. Sa principale revendication était l'amélioration du niveau de vie des familles en vue d'une meilleure justice sociale. Ce regroupement attira un bon nombre des femmes tunisiennes, surtout parmi celles dont les époux militaient au sein de l'Union socialiste des travailleurs tunisiens.

sortie des femmes dans l'espace public y était plus courante qu'en ville<sup>212</sup>.

#### **Paragraphe 1 : La Société des Dames Musulmanes 1932-1936**

Cette association vit le jour suite à une tempête et une inondation que connut la Tunisie du Nord en janvier 1932. En effet,

[...]la Tunisie était souvent soumise à des catastrophes naturelles dues à des intempéries [...] qui prenaient des proportions effarantes et dont les conséquences sur la population étaient dramatiques. C'est ainsi que les inondations que vécut le pays [en janvier 1932] furent marquées par une grande effervescence humanitaire ...et furent l'occasion qui incita un groupe de femmes à agir pour leur secours. Décidées à donner la mesure de leur générosité, elles envisagèrent de fonder une Société des Dames Musulmanes dont l'objet serait d'organiser des fêtes réservées aux femmes<sup>213</sup>.

Ainsi, deux femmes de la haute bourgeoisie portèrent secours aux sinistrés et organisèrent des soirées musicales pour recueillir des dons. L'idée de fonder une association de bienfaisance s'imposa de plus en plus, surtout à la suite d'une visite de ces deux intervenantes à une association française de bienfaisance; elles décidèrent alors de créer une organisation similaire. Au mois de février, lors d'une soirée, elles annoncèrent la création de leur association et invitèrent les femmes présentes à sortir de l'isolement pour se joindre à elles afin d'essayer de résoudre leurs problèmes. Cette soirée salua le lancement d'une nouvelle pratique. Pour la première fois, les femmes décidaient de s'unir pour parler

---

<sup>212</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.123-132, ci-dessous, pour plus d'information sur la notion de l'espace public et l'espace privé.

<sup>213</sup> I.Marzouki, *Le mouvement des femmes en Tunisie*, Tunis, Cérès, 1993, à la p.50.

de leur statut. Les réunions se multiplièrent et le nombre des adhérentes augmenta rapidement. Évidemment, il s'agissait de femmes de la haute bourgeoisie de Tunis. Bien que les sujets abordés lors des réunions n'aient rien de révolutionnaire, ils offraient néanmoins aux femmes le moyen de se rencontrer dans un cadre appelant à la réflexion. En effet, à chaque réunion, une intervenante prononçait un discours. Par exemple, une conférencière saisit l'occasion de l'anniversaire du Prophète pour aborder la vie du messager de Dieu et évoquer les améliorations qu'il avait apportées aux conditions de vie des femmes. Ainsi oeuvrait un changement des mœurs et des mentalités. Non seulement les femmes s'organisaient entre elles pour parler de leurs problèmes, mais elles célébraient une fête religieuse d'une autre manière. Désormais elles ne se préoccupaient pas seulement de la préparation du repas de l'anniversaire du Prophète "Mouled", mais aussi de se nourrir l'esprit par des débats organisés autour de la fête.

**Paragraphe 2 : L'Union Musulmane des Femmes de Tunisie  
(UMFT) 1936-1956**

Cette association fut fondée par Bchira Ben Mrad, la fille de l'ennemi de Tahar Haddad:

L'action de T.Haddad et la polémique qu'elle suscita, ont, de toute évidence, favorisé la naissance de cette association. En effet, une partie de «l'intelligentsia» tunisienne, celle qui avait pris position contre le programme d'émancipation féminine préconisé par Haddad, a incontestablement encouragé la naissance de ce mouvement qui pouvait justifier son attitude et démontrer que le statut de la femme musulmane n'était nullement rétrograde, puisque celle-ci avait la possibilité de

participer à la vie publique...Il semble, en effet, difficile de considérer comme un pur hasard le fait que cette union soit lancée par la fille du cheik Mohamed Salah Ben Mrad<sup>214</sup>.

Ainsi Bchira Ben Mrad, qui appartenait au milieu zeitounien et qui avait reçu une instruction traditionnelle, a assuré la présidence de cette union depuis sa création jusqu'à sa dissolution en 1956. Par conséquent, les revendications se résumaient, essentiellement, à l'enseignement des filles dans le cadre du maintien de la polygamie et au port du foulard. Les objectifs de cette association étaient de:

- regrouper les femmes musulmanes afin que des liens de connaissance, d'amitié et de solidarité se tissent entre elles, ce qui leur permettrait de défendre leur famille ;
- orienter les Tunisiennes vers l'enseignement, dans le cadre d'une éducation islamique, et élever leur niveau moral, social et civique ;
- créer et développer des entreprises au profit de l'enfance et de la jeunesse ;
- organiser des cours, des conférences, des kermesses et célébrer officiellement la fête de l'anniversaire du Prophète : le "Mouled" ;

L'UMFT proposait une formation religieuse aux femmes afin qu'elles prennent conscience de leurs devoirs moraux vis-à-vis de leur famille et de leur pays. Les actions de l'organisme avaient une vocation générale ; elles ne portaient pas seulement sur l'amélioration du statut des femmes. Une bonne partie de ses interventions concernait les actions de

---

<sup>214</sup> S.Chater, *supra* note 124 à la p. 81.

bienfaisance à Tunis. L'UMFT réussit à fonder un centre de l'enfance qui avait comme objectif d'aider les orphelins. De même, elle organisa des kermesses pour propager la politique des partis nationalistes. Et enfin, elle collectait régulièrement de l'argent pour soutenir les étudiants nord africains dans leurs études en France. Il peut paraître surprenant qu'un groupe, créé par des femmes dans le but d'aider les Tunisiennes, recueille des fonds pour soutenir l'instruction masculine. Il faut dire qu'une telle action « entraine dans le cadre du devoir qu'est tenue de remplir chaque femme envers la nation »<sup>215</sup>. En plus, à l'époque, il n'y avait pas d'étudiantes poursuivant des études à l'étranger<sup>216</sup>.

Certes les actions de l'UMFT contribuèrent à faire des heureux, mais ne firent pas avancer la cause des femmes. D'ailleurs, cet organisme qui se proclamait une union des femmes n'a jamais revendiqué l'amélioration de la condition des Tunisiennes. Ceci n'est par ailleurs pas étonnant venant d'une association fondée par la fille d'un éminent cheikh traditionnel qui avait réfuté la thèse émancipatrice de Haddad et qui avait mené la cabale contre son livre. En revanche, cette union réussit à occuper une place importante dans la vie sociale, et put s'implanter dans d'autres régions, dépassant ainsi le cadre de la capitale.

Bien que le mouvement des femmes ait offert la possibilité aux Tunisiennes de sortir de leur isolement, de

---

<sup>215</sup> I.Marzouki, *supra* note 207 à la p.54.

<sup>216</sup> À l'exception de la première femme médecin (1937), devenue symbole de la réussite au féminin, et qui eut droit à une fête pour célébrer son diplôme.

réfléchir à leur situation, et de s'impliquer dans des activités de bienfaisance, il eut cependant une portée limitée. Il s'agissait d'un mouvement d'élite séparé de la masse et qui n'avait jamais revendiqué le changement du statut des femmes. Il n'y avait pas de projet défini derrière ses implications. C'est pourquoi ces deux associations ne peuvent être qualifiées d'organisation féministe, étant donné qu'elles prêchaient le statu quo, en ce qui concerne les conditions des femmes.

### **Sous-section 3 : Le chemin vers l'émancipation : l'instruction et le travail**

La société musulmane traditionnelle repose sur le principe de claustration des femmes dans le lieu " naturel " qu'est la maison, espace fermé et sacré identifié aussi par le terme harem. « Le harem est ce qui paraît relever, par excellence, de la sphère privée, du domestique, de l'intimité même, aux antipodes de la sphère publique et politique »<sup>217</sup>. D'ailleurs, pour F. Mernissi, « [...] la racine de harem n'est autre que *haram*, littéralement "l'interdit". Et l'interdit est si fortement évocateur de punitions... »<sup>218</sup>. Dire d'une femme qu'elle vivait dans un harem évoque l'idée « d'une maison aux portes jalousement fermées. Des portes que les femmes étaient supposées ne jamais entrouvrir »<sup>219</sup>. D'ailleurs, un ancien proverbe tunisien illustre bien cette réalité : « la femme ne peut sortir de chez elle que deux fois

---

<sup>217</sup> J.Dakhlija, «Entrées dérobées : l'historiographie du harem» (1999) 9 CLIO à la p.38.

<sup>218</sup> F.Mernissi, *Le Harem et l'Occident*, Paris, Albin Michel, 2001, à la p.18.

<sup>219</sup> *Ibid.*, à la p.7.

dans sa vie : lorsqu'elle quitte la maison de son père pour se rendre chez son époux, et lorsqu'elle quitte la maison de son époux pour entrer dans la tombe » [notre traduction]. Donc, la place des femmes est au foyer et leur corps doit être protégé par l'épaisseur du voile, car « le corps des femmes est un lieu privilégié de plaisir. [...] Dans cette optique, le voile signifie le maintien des femmes avec la sexualité qu'elles symbolisent dans les limites du foyer, [ce qui constitue] un moyen détourné pour laisser les hommes maîtres du terrain public »<sup>220</sup>. Donc, par le simple fait de sortir de la maison, les Tunisiennes s'aventuraient hors de leurs frontières et envahissaient l'espace public.

Pourtant, en dépit de l'enfermement des femmes en Tunisie, on constate qu'en milieu rural, la claustration physique n'existe pas. Les paysannes sortent pour aller travailler dans les champs, s'approvisionner en eau, en bois ; elles circulent "librement" au sein du village,

[...] en raison du fait que chaque membre de ce village ne se considère pas comme des étrangers, *les uns vis-à-vis des autres*. [...] Dans nos villages de montagne, ces femmes travaillent [...] si elles ont des bijoux à la cheville, ce n'est pas pour faire joli, mais pour protéger du regard des hommes cette partie nue de leur corps. Si elles ne portent pas le voile, c'est que dans le village [...] la notion d'extériorité n'existe pas. On est entre soi, on est dans le dedans. Ce dedans lui-même est séparé en deux, il y a un partage tacite, une division sexuelle de l'espace : Certains chemins sont réservés aux femmes, et aucun homme n'a le droit d'y circuler lorsqu'elles y passent...<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> I. Marzouki, *supra* note 208 à la p.66.

<sup>221</sup> K. Messaoudi, E. Schemla, *Une Algérienne débout*, Paris, j'ai lu, 1995, à la p.46-47.

Au contraire, en milieu urbain, les sorties des femmes étaient très rares : les visites, les marabouts, les mariages et le hammam étaient souvent les seules occasions de sortie. Elles devaient sortir par besoin, non par divertissement et avec l'autorisation de leurs époux. Lorsque les femmes sortaient de leur milieu dit naturel - la maison - pour entrer dans celui de l'homme, elles étaient alors sous influence<sup>222</sup>. Dehors, elles seront tenues d'être entièrement voilées, de baisser leur regard, de ne pas être parfumées, de ne pas marcher au milieu des hommes, et de faire tout ceci avec politesse, pudeur et silence afin de ne pas « causer des ennuis par l'attrait qu'elles exercent »<sup>223</sup> sur les hommes. Mais depuis l'instauration des écoles pour les filles, celles-ci ont commencé, peu à peu, à pénétrer la sphère masculine, ne serait-ce qu'en traversant la rue pour aller de chez elles à l'école. « En effet, la fréquentation de l'école va constituer dans le contexte colonial la première forme de l'incursion de la femme dans l'espace public »<sup>224</sup>. Quant au travail, celui-ci marque encore plus l'entrée des Tunisiennes dans la sphère masculine.

#### **Paragraphe 1 : La scolarisation**

Pendant longtemps, l'esprit des Tunisiennes était cloîtré, comme leur corps. L'instruction des filles était considérée comme contraire aux coutumes et perçue comme dangereuse par les théologiens, parce qu'elle donnait accès au

---

<sup>222</sup> Voir A. Ghassan, *Du statut inférieur de la femme en Islam*, Paris, l'Harmattan, 1987, à la p.132-135.

<sup>223</sup> I.Marzouki, supra note 208 à la p.69.

<sup>224</sup> H.Kazdaghli, «L'éducation de la femme dans la Tunisie colonisée» dans *Histoire des femmes au Maghreb*, Tunisie, Centre de Publication Universitaire, 2000, 319 à la p.322.

dehors et permettait à la femme de « faire un meilleur usage de ses ruses »<sup>225</sup>. La seule instruction qui existait pour les Tunisiennes était celle offerte par les vieilles ménagères "moallama". Dans les maisons d'apprentissage domestique, les fillettes âgées de 5 à 12 ans apprenaient la couture, le tricot, le tissage, la broderie et autres travaux d'aiguille ainsi que les soins du ménage. Les familles aisées confiaient l'éducation de leurs filles, dans leurs foyers, à un vieux maître "moueddeb" pour leur apprendre le Coran, ou elles faisaient appel à une maîtresse "moallama" italienne<sup>226</sup> pour leur apprendre la broderie et la dentelle européenne<sup>227</sup>.

Durant la période coloniale, les autorités du Protectorat ont continué cette formation pratique mais l'ont fait au travers de nouvelles institutions (voir annexe A). Deux types d'enseignement se côtoyaient : l'enseignement public et l'enseignement privé. L'enseignement public comprenait deux catégories d'écoles : les écoles françaises de filles et les écoles de filles musulmanes. Les établissements français, destinés principalement aux ressortissants de la colonie européenne, dispensaient un enseignement primaire, mixte et secondaire identique à celui offert en France<sup>228</sup>. Cependant, un petit nombre de fillettes musulmanes issues des familles riches fréquentaient ces écoles :

---

<sup>225</sup> G. Ascha, supra note 60 à la p.148.

<sup>226</sup> Il y avait en effet une forte présence de la communauté italienne, avant l'arrivée des colons français en 1881.

<sup>227</sup> S. Balkati, «Formation professionnelle et travail féminin au temps de la colonisation » dans Largueche D., dir., *Histoire des femmes au Maghreb*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000, à la p.297.

<sup>228</sup> L'enseignement de la langue arabe ou de l'histoire de la civilisation musulmane en étaient donc exclus.

[...] elles ne visaient pas l'apprentissage d'un métier, ni la réussite sociale à titre personnel, mais avaient uniquement pour but de devenir "un bon parti". Ceci, notamment aux yeux des jeunes hommes ayant poursuivi des études à Paris et qui de retour au pays, se montraient plus exigeants en vue de leur mariage<sup>229</sup>.

Les écoles publiques de filles musulmanes, créées depuis 1908, offraient une formation primaire, où les travaux manuels dominaient. Tahar Haddad a d'ailleurs dénoncé les limites de ce type d'enseignement féminin puisque « ce que gagnent les filles de cet apprentissage, c'est de pouvoir préparer leur trousseau de mariage... »<sup>230</sup>. Ce n'est qu'en 1944, que ces écoles furent remplacées par les "écoles franco-arabes de filles". Désormais, l'enseignement primaire (qui auparavant durait 8 ans) destiné aux filles musulmanes devait faire place aux cours suivants : l'histoire, la géographie, la morale, la langue française, la langue arabe, le calcul, le dessin, le Coran, l'hygiène, la puériculture, la couture, la broderie, le tricot et l'enseignement ménager (repassage, cuisine, lavage)<sup>231</sup>. L'examen de Certificat de fin d'Études Primaires des Écoles Franco-Arabes des filles couronnait ce programme. Le certificat donnait accès aux Centres de formation professionnelle. Durant trois ans, les filles se spécialisaient en couture, ou en broderie, ou en tapis<sup>232</sup>. À

---

<sup>229</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.122-123.

<sup>230</sup> T.Haddad, supra note 135 à la p.150.

<sup>231</sup> Entrevue avec Menena Gtari le 4 février 2002. Il s'agit de ma mère, l'une des rares femmes gafsiennes (originaire de la ville de Gafsa située au Sud tunisien), à avoir fréquenté ce type d'école à l'époque.

<sup>232</sup> Les cours suivants étaient aussi offerts : technologie, science humaine, économie domestique, comptabilité, langue arabe, langue française, législation, puériculture. Cité par M.Gtari, *ibid*.

la fin de ce deuxième cycle, elles obtenaient un Certificat d'Aptitude Professionnelle. Cependant, seules les bonnes élèves poursuivaient cette formation<sup>233</sup>. S'ajoutant à cela, la majorité des filles musulmanes ne poursuivait pas au-delà du primaire car elles étaient souvent retirées de l'école.

Grâce à leur implantation dans différentes régions, ces écoles eurent un grand succès puisqu'elles offraient gratuitement aux filles la possibilité d'apprendre un métier qui puisse s'exercer à domicile et garantir la bonne gestion du domicile conjugal (voir annexe A). En 1940, il y avait en Tunisie 34 écoles de filles musulmanes, regroupant 4,848 élèves<sup>234</sup>. La décennie de 1944-1954, fut marquée par une croissance féminine de la fréquentation de l'école franco-arabe. En 1944 : 7,130 filles (contre 20,329 garçons) et en 1954 : 30,697 filles (contre 94,063 garçons)<sup>235</sup>.

Quant aux jeunes musulmanes de l'aristocratie, leurs familles les envoyaient dans les établissements privés, où l'effectif était peu nombreux et plus surveillé. L'enseignement privé comprenait les écoles catholiques, l'école de filles musulmanes et les écoles coraniques modernes. L'école de filles musulmanes, connue sous le nom de l'école Rue Pacha, qui ouvrit ses portes en 1900, était la plus populaire auprès des familles tunisoises. Le succès de cet établissement s'explique partiellement par le fait que l'administration et les fonds étaient tunisiens et français.

---

<sup>233</sup> Par exemple, en 1959 dans la région de Gafsa (au sud de la Tunisie) seulement dix filles ont passé l'examen de Certificat d'Aptitude Professionnelle. Cité par M.Gtari, *ibid.*

<sup>234</sup> S.Bakalti, *supra* note 136 à la p.125.

<sup>235</sup> *Ibid.* à la p.131.

De même, parmi les cours offerts à cette école, il y avait l'enseignement de la puériculture (voir annexe A)<sup>236</sup>. En fait :

La notion de puériculture apparut en France en 1865 pour "enseigner aux femmes comment élever des bébés en bonne santé " et pour inculquer à la classe ouvrière française un art domestique bourgeois. [...] Pour la Tunisie, le fait que, dès le début, la puériculture fit partie intégrante du programme d'études peut expliquer les nombreuses demandes d'inscription faites par les familles arabo-musulmanes. Les premiers nationalistes arabes au Maghreb et en Égypte trouvèrent l'idéologie de la puériculture extrêmement attrayante, car l'un de leurs propres buts était de produire " des mères d'une nation " afin de résister à l'impérialisme européen<sup>237</sup>.

À partir de 1945, cette école fut transformée en collège. Seule une petite minorité de filles de milieux bourgeois ouverts à la culture occidentale put bénéficier des études secondaires.

En guise de conclusion, on peut soutenir que l'enseignement durant la période coloniale ne cherchait pas à émanciper les femmes mais plutôt à former de bonnes épouses (voir annexe A), comme l'explique une directrice française de l'école Rue du Pacha en 1912 :

Le genre d'instruction que nous faisons donner à cette génération de jeunes musulmanes aura pour effet de leur assurer, chez elles, une vie plus digne, plus intéressante, remplie d'occupations diverses, de lectures

---

<sup>236</sup> À côté de ce cours, étaient aussi proposées les matières suivantes: les mathématiques, la langue française, la langue arabe, l'histoire, la géographie, l'hygiène, les travaux d'aiguille et l'enseignement ménager.

<sup>237</sup> S.Bakalti, supra note 136 à la p.47.

appropriées à leur vie. Elles seront des compagnes pensant et pouvant causer avec leurs maris, chez qui elles ne contrecarreront plus la culture qu'ils auront reçue de nous<sup>238</sup>.

À noter aussi que la formation des premières écolières ne visait pas l'apprentissage d'un métier, mais seulement leur formation personnelle, sans autre utilisation ultérieure. « Tout ceci fut fondamental pour la société tunisienne car la fréquentation de l'école va constituer dans le contexte colonial la première forme d'incursion de la femme musulmane dans l'espace public »<sup>239</sup>.

## **Paragraphe 2 : Le travail**

Dans la société traditionnelle tunisienne, la femme n'a à subvenir ni à ses besoins, ni à ceux de ses enfants, les hommes en étant seul responsables. Le travail des femmes à l'extérieur de la maison était mal vu et apparaissait comme un élément déstabilisateur de la famille et de l'ordre social. Ainsi, le foyer fut longtemps le seul lieu d'activité des Tunisiennes, sauf pour les femmes rurales qui travaillaient aux champs. En dépit de leur rôle domestique et maternel, les femmes rurales oeuvraient dans l'artisanat domestique sous toutes ses formes (la couture, la broderie, la poterie...), à côté de leur participation aux travaux agricoles. Ce sont les hommes qui commercialisaient leurs produits, puisque les femmes n'avaient pas accès au marché. De même, dans les travaux agricoles, celles-ci ne percevaient généralement pas

---

<sup>238</sup> *Ibid.* à la p.134.

<sup>239</sup> J.Clancy-Smith, «L'École Rue du Pacha à Tunis : l'éducation de la femme arabe et "la plus grande France" (1900-1914)» (2000) 12 CLIO à la p.43.

de salaire, vu que « c'est le chef de la famille qui utilisait leur force de travail, la femme n'avait pas de statut professionnel véritable »<sup>240</sup>. Certaines femmes<sup>241</sup> durent aussi travailler dans les usines comme ouvrières, ou comme servantes dans des familles bourgeoises.

Les citadines étaient elles aussi confinées à l'artisanat. La formation reçue à l'école permit à des Tunisiennes d'exercer une activité rémunératrice à domicile puisque la tradition leur interdisait de gagner leur vie dehors. Ainsi, peu importe leur milieu, toutes les Tunisiennes exercent une activité artisanale : soit pour aider à subvenir aux besoins de la famille, soit pour préparer leur trousseau ou bien acheter des choses que leurs maris ou leurs pères ne leur offraient pas.

Mis à part ce travail domestique, les femmes accédaient rarement aux professions modernes. « Elles devaient braver les tabous, surmonter le poids de l'inertie sociale, défier les mentalités conservatrices ». À la veille de l'indépendance, seule une minorité de femmes exerçait des professions libérales et participait à la fonction publique. Il y avait : 1500 employées de bureau, 182 femmes dans les divers degrés de l'enseignement (contre 2865 hommes), une soixantaine d'infirmières, de sages-femmes et d'assistantes sociales et 2 doctoresses (contre 93 hommes dans le domaine de la santé)<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> S.Bakalti, *supra* note 228 à la p.298.

<sup>241</sup> Il s'agit des femmes bédouines poussées par la pauvreté, surtout après la mort d'un père ou d'un mari ou forcées par leur mise au chômage, de subvenir aux besoins de leurs familles.

<sup>242</sup> S.Bakalti, *supra* note 136 à la p.201-202.

Malgré l'enfermement d'une majorité des Tunisiennes dans l'espace domestique et le faible accès d'une minorité au marché du travail, une barrière culturelle venait d'être franchie. Une évolution progressive, basée sur l'instruction des filles d'une part et le travail féminin d'autre part, allait permettre aux Tunisiennes de sortir lentement de l'isolement, de conquérir l'espace public et de prendre conscience de leurs capacités. Les mœurs évoluaient, la société tunisienne se transformait.

## CONCLUSION

Il n'est pas étonnant que dans une société patriarcale comme la Tunisie, ce soit les hommes qui aient fait avancer la cause des femmes (les intellectuels et les hommes politiques). Si un uléma comme T.Haddad a subi une campagne de dénigrement et vu mettre en doute son appartenance religieuse et patriotique, peu de femmes allaient oser dénoncer publiquement leur statut. N'oublions pas non plus que la majorité vivaient soumises, cloîtrées, réprimées, voilées, étaient analphabètes et considérées comme des mineures dépourvues de la capacité d'agir et de prendre des décisions. Le mariage était considéré comme la raison d'être de chaque fille. Un proverbe tunisien décrit d'ailleurs bien cette réalité : « à la fille qui grandit, le mariage ou le tombeau » [notre traduction].

Écrasées sous le poids des tâches domestiques et des maternités multiples<sup>243</sup>, les Tunisiennes « étaient élevées dans le respect de traditions qui les oppriment mais qu'elles ne songeaient guère à remettre en question, persuadées qu'elles étaient de leur essence divine »<sup>244</sup>. Ainsi, devant une suprématie masculine qui semblait être établie par une source sacrée :

[...] la lutte des femmes, sous les lois islamiques, est beaucoup plus dangereuse à mener[...], car c'est contre une

---

<sup>243</sup> La moyenne d'enfants par famille était de 5,6 enfants. Ce chiffre correspond au nombre d'enfants qui restent en vie. Voir M. Sekani, «La famille tunisienne au seuil de la contraception» (1967) Octobre R.T.S.S à la p.53.

<sup>244</sup> S.Bessis, *Femmes du Maghreb : l'enjeu*, Paris, J.C. Lattés, 1992, à la p.37.

certaine idée de leur Dieu que se dressent les femmes musulmanes, et ça, c'est autrement plus périlleux, que de se dresser contre les hommes<sup>245</sup>.

Toutefois, quelques Tunisiennes s'organisent pour former des associations. Bien que la portée de ces regroupements ait été timide, une nouvelle pratique venait d'être instaurée. Les femmes eurent par là l'occasion de découvrir des aspects occultés de leurs capacités.

Il faut dire aussi que suite à l'intervention coloniale, le monde moderne n'était plus une donnée abstraite et lointaine, mais devenait omniprésent. La réaction des Tunisiens fut ambivalente ; ils étaient tiraillés entre la crainte et l'envie, la répulsion et la fascination. La confrontation avec les colons, qui représentaient l'Autre<sup>246</sup>, porteur de leur altérité, vint questionner les fondements de leur société. Le colonialisme joua alors le rôle d'incitateur, de déclencheur et en même temps, il freina le développement du processus d'amélioration des conditions des femmes<sup>247</sup>.

Ce rapport dialectique avec la société coloniale contribua largement à revaloriser le modèle de société arabo-

---

<sup>245</sup> F.Houda-Pépin, (1987) *Les femmes musulmanes à l'ère des islamistes*, Montréal, Centre Maghrébin de Recherche et d'Information, 1987, à la p 29.

<sup>246</sup> Voir, S.Katzenellenbogen, «Femmes et racisme dans les colonies européennes» (1999) 9 *Clio, Histoire, femmes et société*, à la p.157. O. Goerg, supra note 124 à la p.105.

<sup>247</sup> Voilà un point qui mérite d'être traité dans une recherche ultérieure. Il s'agit de retracer l'influence du droit civil français sur le droit de la famille tunisien qui vit le jour après l'indépendance.

musulman. Toute tentative pour modifier la situation des femmes se voyait qualifiée de francisation de l'identité tunisienne. Une identité que les Tunisiennes étaient sommées de protéger. Aussi leur statut restait-il régi par des prescriptions coraniques, certainement mal interprétées, et des pratiques sociales ancestrales les plaçant sous la coupe des hommes et empêchant toute tentative d'émancipation. La seule chance de voir ce statut évoluer vers une plus grande égalité serait d'accepter de porter un regard plus critique sur l'interprétation du Coran. La réouverture de la porte de "l'ijtihad" s'imposait pour peu que le but soit de modifier le statut des musulmanes.

Cependant, tout penseur qui osait réclamer quelques retouches au statut des femmes était frappé d'ostracisme. Tel fut le sort d'El Haddad, défenseur de la cause des femmes. Néanmoins, ses thèses réussirent à briser les barrières de la répression pour pouvoir toucher les esprits des Tunisiens et ses idées furent reprises par la nouvelle équipe dirigeante de la Tunisie indépendante.

Les Tunisiens avaient besoin de s'affranchir pleinement de la soumission française pour pouvoir à leur tour affranchir les femmes:

From the 1930s until the achievement of national sovereignty in 1956, the Tunisian nationalists placed national liberation first[...]. Nationalists agreed on two major objectives that shaped their position on the "woman's question". First, they wanted to present a unified front to the colonizer. Second, they strove to retain symbols of Islamic identity and Tunisian separateness from French [...]. They defended Islamic family law and called upon women to remain veiled.[...] The nationalist leadership in effect asked women to act

as the embodiment of Tunisian identity for the duration of the colonial period<sup>248</sup>.

C'est ainsi qu'à peine trois mois après son accès à l'indépendance, et avant même la promulgation de la constitution, l'État tunisien adopta le 13 août 1956 un Code de statut personnel moderniste et laïcisant, qui accordait aux femmes tunisiennes nombre de droits qu'une lourde tradition leur refusait jusque-là. Depuis, leur place dans la société n'a cessé de s'accroître.

---

<sup>248</sup> M.M.Charrad, «Policy Shifts: State, Islam, and Gender in Tunisia, 1930s-1990s» (1997) *Social Politics*, à la p.293.

**Partie II : La condition juridique des Tunisiennes  
depuis l'indépendance**

## INTRODUCTION

La Tunisie, qui vient d'accéder à son autonomie, se lance dans une lutte plus difficile que celle menée contre le colonisateur. Une lourde tâche s'impose au nouvel État : il faut sortir le pays du sous-développement sous tous ses aspects. La Tunisie doit désormais se battre contre les mentalités et les croyances ancestrales. Et la condition des femmes constitue bel et bien une des plus grandes contraintes pour réussir le projet de modernité que l'État considère comme la clé du passage vers un pays développé. Conscient du lourd tribut de l'histoire et de la tradition islamique pesant sur les esprits, l'État tunisien débute par une refonte majeure tant des lois que du système éducatif, visant à changer les mentalités, les pratiques et les préjugés.

Il a donc fallu attendre vingt-cinq ans pour que les idées de T.Haddad soient consacrées par la Tunisie indépendante (1956) avec la promulgation d'un Code du statut personnel révolutionnaire qui accorde aux Tunisiennes un statut sans équivalent dans le monde arabe : « La promotion féminine constitue, dans l'aire arabe, le trait distinctif, le titre de gloire de la société tunisienne »<sup>249</sup>. Bien qu'on attribue au leader H.Bourguiba, le premier président de la Tunisie indépendante, la paternité de ce Code, il n'en demeure pas moins qu'il s'est largement inspiré des idées de T.Haddad, presque entièrement appliquées dans le nouveau Code de la famille.

---

<sup>249</sup> S.Chater, « Les mutations de la condition de la femme tunisienne (1956-1994) » (1994) décembre Cahiers de la Méditerranée à la p. 37.

Bourguiba, qui dispose d'une grande légitimité populaire, profite de son prestige de héros national pour arracher des concessions juridiques en faveur des femmes, malgré quelques contestations des traditionalistes, avant l'apparition d'un front de résistance organisé. Il déclare ainsi que :

La vie de la société était jusqu'ici l'apanage des hommes. Les femmes en étaient soigneusement écartées. [...] je crois que le moment est venu de rompre définitivement avec un passé révolu et des pratiques propres aux sociétés archaïques [...] Cette promotion [de la femme] doit s'inscrire dans la marche de la nation vers le progrès et le mieux-être. Une société, je le répète, ne saurait être saine et équilibrée tant que la moitié du corps social, l'élément féminin, continue d'être asservie...<sup>250</sup>.

Pour ce faire, des choix précis et diverses actions sont mis en œuvre. L'unification de l'ordre juridictionnel et l'unification du droit applicable, plus spécialement le droit de la famille, le seul qui n'a pas évolué, s'avèrent les exigences les plus urgentes afin de moderniser la société.

Les juridictions religieuses charaïques et rabbiniques<sup>251</sup> sont supprimées le 25 septembre 1956<sup>252</sup> et le 29 septembre 1957<sup>253</sup>, respectivement. En outre, les tribunaux français

---

<sup>250</sup> S.Chater, supra note 124 à la p.93

<sup>251</sup> Les tribunaux charaïques, ce sont les juridictions qui appliquaient le droit musulman aux Tunisiens musulmans, alors que les tribunaux rabbiniques, ce sont les instances compétentes à connaître les litiges des Tunisiens juifs et à appliquer la loi mosaïque. Voir Chapitre I aux pp.32-33, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>252</sup> Décret du 25 septembre 1956 supprimant les tribunaux charaïques, J.O.R.T. 1956, à la p.1256.

<sup>253</sup> Décret du 29 septembre 1957 supprimant les tribunaux rabbiniques, J.O.R.T. 1957 à la p.182.

disparaissent<sup>254</sup>. Dès le 3 août 1956, il y a unification des juridictions tunisiennes<sup>255</sup>. Désormais, seul le juge tunisien est compétent pour statuer sur tout litige.

Cette unification de la justice s'accompagne d'une unification du droit, par la promulgation du Code de statut personnel le 13 août 1956<sup>256</sup>. À vrai dire, ce Code a vu le jour quatre mois après la proclamation de l'indépendance, donc bien avant l'adoption de la Constitution en 1959. Au départ, le Code n'était applicable qu'aux seuls musulmans. Mais à partir du 27 septembre 1957, il devient applicable à tous les citoyens tunisiens, quelle que soit leur confession, ce qui consacre l'égalité des Tunisiens et Tunisiennes devant la loi. Cette nouvelle loi n'est cependant qu'une tentative pour établir un début d'égalité entre l'homme et la femme. Voici quelques exemples, non exhaustifs, de cette innovation : abolition de la polygamie<sup>257</sup> ; suppression de la répudiation et de la contrainte matrimoniale (*le djabr*)<sup>258</sup> ; le consentement de la femme à son mariage devient une condition *sine qua non* au mariage. Enfin, il y a instauration du caractère judiciaire du divorce qui désormais est accordé par la loi aux deux

---

<sup>254</sup> C'est la convention franco-tunisienne du 9 mars 1957, qui a fixé la disparition des tribunaux français de Tunisie. Cité par M.M. Bouguerra, « Le juge tunisien et le droit du Statut personnel » (2000) Actualités juridiques tunisiennes à la p.18.

<sup>255</sup> Décret du 3 août 1956, J.O.R.T 1956, à la p.1500-1501. Ce décret a institué une cour de cassation, trois cours d'appel, onze tribunaux de première instance, trente sept justices cantonales et un parquet général de la République.

<sup>256</sup> Décret du 13 août 1956 portant promulgation du Statut personnel, J.O.R.T 1956.

<sup>257</sup> La Tunisie constitue le seul pays arabo-musulman qui a instauré la monogamie.

<sup>258</sup> Rappelons que la contrainte matrimoniale, dite (*djabr*) en arabe, est le fait que le tuteur impose une union à la femme contre son gré. Voir la section 1 aux pp.69 et s, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

sexes. C'est là, somme toute, une nouveauté dont les Tunisiens et les Tunisiennes sont fiers : « [...] on considère qu'il [le Code] constitue un des principaux acquis de la nation, peut-être le plus précieux »<sup>259</sup>.

Cependant, les réactions réservées à l'essai de T.Haddad vont se répéter lors de l'apparition du Code. Tout d'abord, il y a la réaction officielle du gouvernement soutenant et légitimant ce chef-d'œuvre de modernité<sup>260</sup>. Lors d'une conférence de presse tenue le 13 août 1956<sup>261</sup> à l'occasion de la promulgation du Code, il est présenté comme « [...] un retour à l'esprit authentique islamique, un impératif des temps modernes [...] conforme aux textes fondateurs de l'islam »<sup>262</sup>.

Toutefois, il faut garder à l'esprit « [...] qu'au moment de la promulgation du Code de statut personnel, le souci primordial du législateur était de faire accepter les réformes. Déjà à l'époque et sur le plan des rapports de forces politiques, deux tendances s'opposaient »<sup>263</sup>. C'est pourquoi, pour justifier l'évolution et les innovations opérées dans les lois réglementant le statut personnel, le

---

<sup>259</sup> M.Charfi, «Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité» (1973) R.T.D à la p.11.

<sup>260</sup> Soulignons que peu d'informations ont été publiées sur les travaux préparatoires et sur la composition de la commission qui a rapidement élaboré le Code.

<sup>261</sup> La date du 13 août 1956, qui a constitué un tournant dans l'histoire des droits des femmes en Tunisie, a été déclarée journée de la fête nationale de la femme. Ainsi, en Tunisie, on célèbre à deux reprises les femmes : le 8 mars, la journée internationale des femmes et le 13 août.

<sup>262</sup> H.Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances*, Tunis, Chama, 2000, à la p.121.

<sup>263</sup> K.Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit Tunisien de la famille » dans *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1992, à la p.252.

pouvoir présente ces réformes en tant qu'interprétation contemporaine de la législation islamique : « [...] le législateur veille à ne pas heurter la sensibilité religieuse d'une grande partie de la population et a ne point consommer la rupture du droit positif et du droit musulman »<sup>264</sup>.

Cependant, malgré cette stratégie choisie par le législateur, les conservateurs n'ont pas accepté ce nouveau Code parce qu'il bouleverse les règles traditionnelles ; ils lancent alors un appel pour un retour aux sources :

Le colonialisme français ne touchait guère aux règles principales de la religion ; [...] de peur de provoquer le sentiment religieux. La religion n'a pas besoin d'être réformée. Nous avons combattu la naturalisation facultative, nous ne serions pas musulmans si nous ne combattions pas la laïcité obligatoire.<sup>265</sup>

Même le Cheikh Mohamad El Aziz Jaït, un des membres de la commission chargée d'élaborer le texte du Code, exprime son désaccord sur le contenu du Code dès sa promulgation. « [Je m']en lave les mains »<sup>266</sup>, déclare t-il. En signe de refus du Code, huit magistrats donnent leur démission<sup>267</sup>.

En dépit de cette opposition farouche des traditionalistes, le Code a néanmoins été accueilli avec beaucoup d'enthousiasme :

[...] par tous ceux qui attendaient quelque chose de neuf et qui voulaient que cela bouge. [...] Nouveau et moderne [ne donnait-il pas] à la femme, d'un trait de plume, sa dignité humaine et ne rayait-il pas, du même trait, sans

---

<sup>264</sup> *Ibid.* à la p.251.

<sup>265</sup> Cité par M.Bormans, supra note 154 à la p.291.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> *Ibid.* à la p.292.

autoritarisme ni faiblesse, les tribunaux religieux qui, seuls, jusqu'à présent, réglementaient la société tunisienne<sup>268</sup>.

À l'inverse, d'autres juristes « [...] trouvent les réformes apportées au Droit de la famille en Tunisie trop timides et nettement insuffisantes »<sup>269</sup>.

De manière générale, à cette époque, le Code est considéré révolutionnaire. En effet, c'est la première fois qu'un État arabo-musulman investit un champ considéré comme faisant partie du domaine religieux : « [...] le droit n'est plus divin. La codification consomme la séparation du droit et de la religion. [...] désormais seul l'État dit le droit »<sup>270</sup>. Le Code est donc un code civil et non religieux :

[...] en optant pour des solutions audacieuses [...] le législateur tunisien s'est certainement montré animé d'un esprit novateur, décidé à épouser son siècle quitte à bousculer les vieilles traditions et à mécontenter les milieux qui y sont attachés<sup>271</sup>.

Cette innovation législative s'accompagne de différentes actions entreprises par le pouvoir en place dans le but de moderniser la société, de faciliter et d'accélérer l'émancipation des Tunisiennes. Ainsi, par exemple, dès l'indépendance, le gouvernement supprime le *habous*<sup>272</sup> privé et

---

<sup>268</sup> *Ibid.*

<sup>269</sup> M.Charfi, *supra* note 259, à la p.12.

<sup>270</sup> K.Meziou, « Femmes et changement, le Code du statut personnel et ses réaménagements : une stratégie du changement par des réformes juridiques » dans *Femmes et changement*, Tunis, CREDIF, 1999, à la p.33.

<sup>271</sup> M.Charfi, *supra* note 259 à la p.12.

<sup>272</sup> La loi du 31 mai 1956 concernant la suppression des *habous* publics et le décret du 18 juillet 1957 concernant l'abolition des *habous* privés.

public<sup>273</sup>. Le *habous* privé est cette pratique qui consiste à évincer les femmes de la succession<sup>274</sup>. Non seulement, il y a abolition de cette coutume discriminatoire, mais les femmes obtiennent également le droit de bénéficier des distributions de propriété de ces mêmes biens qui étaient immobilisés. De ce fait, « [la femme] est héritière des biens *habous* et décrétée seule détentrice de l'ensemble de la succession en cas d'absence d'une filiation masculine »<sup>275</sup>. Parmi les innovations du Code, en matière de succession, la fille unique peut donc être l'héritière universelle de ses ascendants, sans intervention de ses oncles paternels ni de leurs descendants<sup>276</sup>.

Sur le plan du système éducatif, le gouvernement s'attaque à l'Université religieuse de la *zeitouna* dès 1958<sup>277</sup>, dans un souci d'unifier les systèmes d'enseignement public et de faire entrer le pays dans la modernité et la laïcité. Cette université était en fait fortement imprégnée par l'enseignement traditionnel de l'islam et de la langue arabe. Par cette action, le gouvernement démantèle l'enseignement religieux et se débarrasse par le fait même d'un noyau où s'abritent les conservateurs qui prônent le retour aux sources et dénoncent ceux qui entendent « [...] plaquer leurs idées importées sur nos réalités arabo-musulmanes »<sup>278</sup>. Parallèlement à ces actions, un programme d'alphabétisation

---

<sup>273</sup> Voir la sous-section 3 aux pp.91-94, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>274</sup> Rappelons que l'*habous* a le sens de retenir, d'empêcher et d'emprisonner.

<sup>275</sup> Z.Cherni, «La femme tunisienne et l'indépendance nationale» (1987) 159 R.I.B.L.A à la p.118.

<sup>276</sup> Article 143 bis Code.

<sup>277</sup> Décret du 1 octobre 1958, J.O.R.T., 1958 à la p.1256.

<sup>278</sup> M.Charfi, supra note 68 à la p.12.

est lancé dès 1956 pour apprendre à lire et à écrire aux Tunisiens et Tunisiennes adultes qui n'ont pas eu l'occasion de fréquenter l'école. Mais, à vrai dire, c'est la population féminine en milieu rural qui est la plus touchée par ce phénomène<sup>279</sup>.

Soulignons que le Code<sup>280</sup> a été complété par différents textes, dont notamment les lois sur la réglementation de l'état civil<sup>281</sup>, sur la tutelle, sur l'adoption<sup>282</sup> et sur le certificat médical prénuptial<sup>283</sup>. Le Code connaîtra, en outre, des réformes ultérieures qui renforceront les droits des Tunisiennes : « L'égalité de l'homme et de la femme devient un objectif à atteindre et la tendance vers l'égalité une constante de l'évolution législative »<sup>284</sup>.

Cette politique réformatrice visant l'émancipation des femmes se maintient et se renforce avec l'avènement du deuxième président Z.A. Ben Ali : « La promotion de la femme est un choix civilisationnel et stratégique qui s'inscrit dans l'édification d'une société civile progressiste »<sup>285</sup>, déclare-t-il. C'est dans ce sens qu'il annonce des aménagements juridiques, dès 1993, renforçant le rôle des femmes au sein de la famille : le consentement de la mère devient obligatoire

---

<sup>279</sup> Voir N. Rebaoui Essefi, *La condition de la femme au Maghreb et en Méditerranée*, Paris, Fedringoni, 2001, à la p. 270.

<sup>280</sup> Le code comprenait 170 articles lors de son apparition. Aujourd'hui 213 articles.

<sup>281</sup> Loi n°57-3 du 19 août 1957 réglementant l'état civil, J.O.R.T 1957 à la p. 10.

<sup>282</sup> Loi n°58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption, J.O.R.T 1958 à la p. 236.

<sup>283</sup> Loi n°64-46 du 3 novembre 1964 portant institution d'un certificat médical prénuptial, J.O.R.T 1964 à la p. 1275.

<sup>284</sup> K. Meziou, *supra* note 270 à la p. 35.

<sup>285</sup> Cité par Z. Daoud, «Les femmes tunisiennes : gains juridiques et statut économique» (1994) juillet/septembre Maghreb-Machrek à la p. 35.

pour le mariage de sa fille mineure, l'obligation d'obéissance de la femme à son mari est abrogée puisque les époux sont désormais tenus de se traiter mutuellement avec bienveillance, etc. « Nous refusons toute tutelle sur la femme ou la confiscation de l'un de ses droits »<sup>286</sup>. C'est d'ailleurs pourquoi les aménagements des textes juridiques ont été complétés par une profonde modification des manuels scolaires, afin de valoriser l'image des femmes et de promouvoir l'égalité des sexes. À vrai dire : « Les réformes de 1993 ont suscité chez la majorité des Tunisiens, le sentiment d'une plus grande égalité entre homme et femme, ou plutôt d'une plus grande rupture de l'inégalité vis-à-vis de la femme »<sup>287</sup>.

Tel est le contexte qui a entouré la promulgation du *Code* et les stratégies établies par le législateur pour moderniser la société dès 1956. Ce *Code* est donc la pierre angulaire du processus d'émancipation des Tunisiennes. Mais quelle conception de l'émancipation consacre-t-il ? Rompt-il totalement avec le passé ou, au contraire propose-t-il une émancipation basée sur une évolution de la tradition ? Qu'en est-il du droit musulman ? Est ce qu'il constitue une source historique comparable au droit romain pour les législations occidentales, ou bien s'agit-il d'une source formelle du droit positif tunisien ?

Dans cette partie de notre thèse, nous nous proposons d'analyser le nouveau statut juridique des Tunisiennes, en questionnant la place occupée par le droit musulman dans le

---

<sup>286</sup> Discours de Z.A.Ben Ali, Le journal *La Presse* [de la Tunisie] (31 juillet 1998) 1-2.

<sup>287</sup> S.Bourouai, «Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques » (1993) R.T.D à la p.35.124.

Code. Pour y parvenir, nous avons passé au crible l'ensemble des règles juridiques qui concernent les droits des Tunisiennes en retenant quatre niveaux d'interventions législatives : l'entrée dans le mariage, la relation conjugale et ses effets pécuniaires, le rapport vis -à-vis des enfants et le droit au divorce. Nous avons ainsi constaté que le Code se pose dans un double rapport avec le droit musulman : soit il consacre des règles tirées de ce corpus, soit il le dépasse pour instaurer des réformes audacieuses. Le Code revêt donc un caractère mixte, c'est-à-dire civil et religieux.

Deux grands chapitres seront développés. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur les normes du Code restées attachées à la tradition. Par la suite, nous décrirons les nouvelles règles juridiques qui ont permis aux Tunisiennes de bénéficier d'un statut révolutionnaire dans le monde arabo-musulman. La crainte de nous limiter à une thèse d'ordre théorique nous a poussée à enrichir notre analyse, chaque fois que cela sera possible, par l'interprétation jurisprudentielle afin de mettre en lumière l'attitude du juge face aux textes de lois. De plus, nous avons recours à une enquête réalisée par la chercheuse Najoua Rebaaoui Essefi auprès : « [...] des femmes tunisiennes issues de plusieurs régions et vivant soit en milieu urbain, soit en milieu rural, ayant des niveaux d'instruction différents et appartenant à des tranches d'âge allant de moins de 20 à plus de 60 ans »<sup>288</sup>. Cette étude va nous permettre de comprendre comment les Tunisiennes

---

<sup>288</sup> Ce projet a été réalisé, en l'an 2001, grâce à la coopération entre l'Association des études internationales et l'Union Européenne. Quatre cas (la France, l'Italie, le Maroc et la Tunisie) ont été étudiés afin d'appréhender la condition des femmes et son évolution sur le pourtour de la Méditerranée. Voir N.Rebaaoui Essefi, *supra* note 279.

perçoivent leurs droits dans le quotidien, puisqu'elle présente « [...] la situation des femmes à travers leurs propres perceptions, [définit] leurs appréciations, [identifie] leurs attentes »<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> *Ibid*, à la p.6.

## Chapitre I : Des normes ancrées dans le droit musulman

Bien que désireux d'établir un Code moderne, le législateur ne parvient pas à rompre totalement avec le droit musulman et à nier ce corpus qui était applicable en matière de statut personnel. À vrai dire, il importe de ne pas offenser le sentiment religieux de la population, attachée à ses référents historiques. Ainsi, on trouve dans le Code quelques dispositions conformes au droit musulman, mais aussi : « Sur le plan de la forme, on relève que certains articles du code ont été rédigés dans un style archaïque qui rappelle celui usité par les jurisconsultes musulmans »<sup>290</sup>.

Dans d'autres dispositions, « [...] le législateur avait cultivé l'art du silence et des ambiguïtés »<sup>291</sup>, donnant lieu à un débat entre les juristes cherchant à combler ce vide. Certains considèrent ce silence comme un moyen détourné pour recourir au droit musulman; par contre, pour d'autres, ces ambiguïtés cachent un vœu d'introduire des innovations en consacrant « [...] de manière implicite la souveraineté du droit positif et sa primauté sur les sources religieuses »<sup>292</sup>. Enfin, tout en adoptant des textes tirés du droit musulman, le législateur a eu le souci d'introduire quelques innovations. En somme, nous constatons qu'il y a deux catégories de règles juridiques : les unes sont des reprises des normes tirées du droit musulman, les autres, s'en inspirent mais sont modernisées. Dans cette partie, nous allons analyser dans un premier temps, les règles qui sont restées fidèles au droit

---

<sup>290</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.114.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.127.

musulman pour explorer par la suite les dispositions, qui tout en s'en inspirant, tendent à innover. Notons que cette qualification est le fruit d'une interprétation personnelle de différentes règles touchant les droits des Tunisiennes. En effet, nous avons constaté que la majorité des auteurs qui ont étudié la relation du Code avec le droit musulman, identifie deux termes pour résumer cette dynamique : les règles conformes au droit musulman et les règles éloignées du droit musulman<sup>293</sup>. Donc, il n'y a pas de juste milieu. Pour notre part, nous trouvons que le législateur a adopté des normes qui sont à la fois enracinées dans le droit musulman, mais aussi qui manifestent une certaine distance par rapport à ce corpus. Nous les avons qualifiées de règles inspirées du droit musulman afin de marquer la nuance, importante à nos yeux.

#### **Section 1 : Les règles juridiques conformes au droit musulman**

En droit Tunisien, la formation du mariage obéit à des conditions de fond et de forme dont le non-respect entraîne la nullité du mariage. Du côté des normes qui régissent la forme, la rédaction d'un acte de mariage est devenue obligatoire, en plus de la présence de deux témoins et de l'exigence d'un certificat prénuptial. Les conditions de fond, elles, concernent l'âge matrimonial, le consentement des époux, l'absence d'empêchement et le paiement d'une dot. Une fois conclu, le mariage produit des effets vis-à-vis des époux et des enfants.

---

<sup>293</sup> Voir par exemple, K.Meziou, *supra* note 263. Pour analyser la relation du droit de la famille avec le droit musulman, l'auteure a utilisé les termes suivants : La modernité dans l'Islam et la modernité sans l'Islam.

Néanmoins, nous constatons que seules quelques règles, parmi ces conditions, sont conformes au droit musulman.

Beaucoup plus que ces dispositions, il semble que le poids du droit musulman se fasse sentir en matière de filiation. Celle-ci emprunte ses caractéristiques fondamentales à ce corpus, et adopte même « [...] une terminologie typique qui, n'ayant d'équivalent nulle-part dans les législations des pays occidentaux, ne se trouve que dans le droit musulman et les écrits de ses jurisconsultes »<sup>294</sup>.

#### **Sous-section 1 : Les conditions du mariage**

Selon l'article 3 du *Code*, « [...] le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux. La présence de deux témoins honorables, et la fixation d'une dot au profit de la femme sont en outre requises pour la validité du mariage ». Mise à part l'obligation du consentement des deux époux, qui constitue une nouveauté, puisque le père de la mariée n'a plus de rôle à jouer et qu'il appartient désormais aux femmes de consentir à leur mariage, les autres conditions apparaissent comme une survivance des conditions de validité du mariage en droit musulman. La dot, la présence de deux témoins sont, en effet, directement tirées du droit musulman. De même, le législateur emprunte au droit musulman les empêchements légaux à mariage qui restreignent la liberté de choisir un conjoint.

Citons enfin, une condition qui nous paraît importante dans la conclusion du mariage et que le législateur souligne

---

<sup>294</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.114.

implicitement. Il s'agit de l'exigence que le couple à marier soit de sexe différent. Nous constatons que l'ensemble des articles du Code ne traite pas directement de cette question. Ce n'est qu'à la lecture des articles 5 et 9 du Code que nous pouvons déduire l'existence d'une telle condition. En précisant l'âge des futurs époux dans l'article 5 alinéa 2 du Code, le législateur précise que « [...] l'homme avant vingt ans révolus et la femme avant dix-sept ans révolus ne peuvent contracter mariage ». L'article 9 du Code dispose également que « L'homme et la femme peuvent conclure mariage par eux-mêmes ou par mandataire ». Le mariage en droit Tunisien n'est donc envisageable qu'entre un homme et une femme. Le fait que le législateur ne l'ait pas évoqué explicitement montre que, pour lui, la question ne se pose même pas. Il va de soi, dans une société musulmane comme la Tunisie, qu'un couple soit formé de conjoints de sexe différent. C'est aussi ce qui explique l'absence de mention d'une telle condition dans la doctrine tunisienne.

**Paragraphe 1 : L'obligation du mari de payer une dot**

La dot doit être fixée au profit de la femme et « [...] peut être constituée par tout bien licite évaluable en argent. Elle appartient à l'épouse », tel que le dispose le nouvel article 12 du Code<sup>295</sup>. Conformément au droit musulman, la dot ne peut donc être constituée que par des biens non prohibés religieusement et évaluables en argent. Étant donné que la dot est requise pour la validité du mariage, le mari ne peut, s'il ne l'a pas acquittée, contraindre son épouse à la

---

<sup>295</sup> Article 12 nouveau modifié par la loi n° 93-74 du 12 juillet 1993.

consommation du mariage<sup>296</sup>. En effet, en droit Tunisien, il y a deux étapes dans la conclusion du mariage : la signature de l'acte de mariage, réalisée devant deux notaires ou devant l'Officier de l'état civil, et la consommation du mariage. Il y a consommation dès que l'épouse se rend au domicile conjugal et qu'un tête-à-tête a lieu avec son époux, sans qu'un rapport charnel ne soit nécessairement impliqué. Si le mariage est consommé et que la dot n'a pas été payée, l'épouse demeure créancière et peut, en tout temps, en réclamer le paiement<sup>297</sup>. Le défaut de paiement<sup>298</sup> après le mariage ne constitue cependant pas une cause de divorce<sup>299</sup>.

Depuis l'amendement de l'article 12 en 1993, le législateur n'impose aucune évaluation de la dot. Pourtant, l'ancienne version de cet article stipulait que « [...] le montant de la dot devait être sérieux et que son maximum ne pouvait pas être limité ». Le refus du législateur de fixer un minimum ou un maximum est l'application d'une pratique qui consistait à donner une somme symbolique lors de la célébration du mariage. En effet, dans le passé, la dot était devenue un véritable obstacle au mariage, à cause des exigences élevées de certaines familles. Aussi, pour lutter contre ce phénomène, une coutume a été établie afin d'instaurer une dot d'un dinar (équivalent à un dollar)<sup>300</sup>.

---

<sup>296</sup> Article 13, alinéa 1 du Code.

<sup>297</sup> Article 13, alinéa 2 du Code.

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> Normalement, le non-respect des conditions de fond entraîne la nullité du mariage. Par contre, l'absence de la dot ne produit que la fixation d'une dot d'équivalence par le juge.

<sup>300</sup> L'ancien président « a tenu à se poser en exemple pour la réduire. N'a-t-il pas dit : « Pour ce qui est de la dot, dois-je rappeler que la mienne n'a pas dépassé un dinar? [...] L'exemple du chef de l'État mérite tout de même d'être suivi ». Cité par H.Chekir, *supra* note 262 à la p.141.

Dès lors, la dot revêt une valeur symbolique, surtout dans les milieux urbains. Notons que dans certaines villes, et aussi chez certaines familles, le paiement d'une dot relativement importante continue d'être exigé. D'ailleurs, le maintien de la valeur symbolique de la dot semble déplaire à certains juristes tunisiens :

La dot devrait être fortement révisée à la hausse afin de permettre à la femme de constituer un petit capital qui lui permettrait de se protéger contre les aléas de la vie. [...] De plus, [c'est] un signe de la générosité du mari et de l'amour qu'il porte à sa femme<sup>301</sup>.

Certes, la dot, instituée par le droit musulman dans une perspective protectrice, devait compenser la femme en cas de répudiation : elle procurait une certaine sécurité matérielle aux épouses, surtout que ces femmes ne travaillaient pas et dépendaient financièrement de leur époux. Devant la fragilité du lien conjugal, il s'agissait d'un moyen de menacer l'époux : en cas de dissolution du mariage, sa femme exigeait le paiement immédiat de la partie de la dot dont elle demeurait créancière<sup>302</sup>. C'est pourquoi la dot appartenait exclusivement à l'épouse. Toutefois, avec l'instauration du divorce judiciaire<sup>303</sup> et de la rente viagère<sup>304</sup>, il nous semble que la dot n'a plus de raison d'être. À notre avis, elle représente une pratique mercantile qui devrait disparaître.

---

<sup>301</sup> M. Missoum Ariane, *Les devoirs entre époux en droit Tunisien*, Mémoire de D.E.A en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1997 à la p.55.

<sup>302</sup> Voir la section 1 aux pp.69-73, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>303</sup> D'après l'article 30 du Code : « Le divorce ne peut avoir lieu que par-devant le tribunal. ».

<sup>304</sup> C'est la loi de 18 février 1981 qui a introduit, dans l'article 31 alinéa 4, la rente viagère. Il s'agit d'une forme d'indemnisation du préjudice matériel subi par l'épouse suite au divorce.

Bien qu'elle n'ait aujourd'hui qu'un caractère artificiel, elle symbolise l'inégalité entre les sexes et reflète un passé discriminatoire que le Code tente de transformer. Souvenons-nous que, selon la tradition, les femmes ne prenaient pas part à l'acte de mariage : c'étaient leurs tuteurs qui consentaient à leur place. Les femmes apparaissaient ainsi comme des objets dont les contractants négociaient le transfert de la propriété. La dot a perdu sa finalité et se présente comme un prix à payer pour conclure le mariage. Cette situation ne convient plus à la situation actuelle des Tunisiennes.

D'autant plus que celles qui reçoivent encore une dot l'affectent à l'achat de leur trousseau. Pourtant, en ce qui concerne l'aménagement du foyer conjugal, la tradition veut que la maison et les mobiliers soient payés par le mari, alors que la mariée, elle apporte son trousseau<sup>305</sup>. Ainsi, le fait d'utiliser la dot pour se procurer une partie du trousseau démontre que les femmes ne perçoivent plus la dot comme une garantie contre les abus du mari.

Par ailleurs, la perception de la dot chez les Tunisiennes est controversée : acceptée par certaines pour des considérations économiques- puisqu'elle permet d'aider à acheter le trousseau- et symbole de l'infériorité de la femme pour d'autres. C'est ce que révèlent les réponses fournies

---

<sup>305</sup> Le contenu du trousseau varie d'une région à une autre et selon les moyens des familles. Il est essentiellement composé de linge de maison, de vaisselle, de couvertures, de tapisseries, d'articles ménagers, etc. Notons que les prix de ces articles peuvent être excessifs. À titre d'exemple, une parure de lit en lin, très en demande ces derniers temps, coûte 1000 \$.

par quelques Tunisiennes au cours de l'enquête réalisée par N.Rebaaoui Essefi<sup>306</sup> : « Je n'aime pas la dot, on a l'impression que l'on vend la femme, comme si c'était une bête »<sup>307</sup>, note une première ; « [...] le fait que c'est l'homme qui donne une dot, lui confère d'emblée une supériorité sur la femme. Jadis perçue comme une garantie en cas de divorce, la dot ne se justifie plus de nos jours »<sup>308</sup>, précise une deuxième. Certes, quelles que soient leurs positions, ces Tunisiennes s'entendent pour dire que la dot ne joue plus :

[...] son rôle véritable qui consiste à garantir à la femme une certaine assurance matérielle contre les aléas d'une éventuelle séparation. Avant, on donnait le titre d'une propriété foncière ou une grosse somme d'argent en guise de dot<sup>309</sup>.

En somme, bien que la dot ne se justifie plus par les raisons qui ont motivé son existence, son maintien par le Code reflète le rattachement du droit tunisien au droit musulman.

## **Paragraphe 2 : La présence obligatoire des témoins**

Selon les règles de droit musulman, le mariage est un acte consensuel conclu oralement. L'échange du consentement, entre le tuteur et le futur mari, devant deux témoins honorables, suffit pour valider le mariage. Aucune forme authentique n'est obligatoire. La présence des témoins s'avère utile pour prouver l'existence de cette union et pour diffuser la nouvelle.

---

<sup>306</sup> N.Rebaaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.296.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> *Ibid.*

Avec le droit tunisien, le mariage devient un acte authentique. Une preuve écrite est désormais obligatoire à côté de l'inscription de l'acte de mariage aux registres de l'état civil, ce qui permet d'en assurer la publicité. Mieux encore, cet acte écrit doit être conclu « [...] par devant deux notaires ou devant l'Officier de l'état civil en présence de deux témoins honorables »<sup>310</sup>. Ainsi, la présence de deux témoins, lors de l'échange de consentement entre les futurs mariés, continue à être obligatoire et constitue une condition de validité du mariage. Ces témoins assurent « [...] un minimum de publicité au sens social du terme et contribu[ent] ainsi à faire du mariage un acte véritablement solennel »<sup>311</sup>.

En exigeant la présence de deux témoins au mariage comme condition de validité, le législateur se conforme aux règles du droit musulman en matière de condition de forme du mariage. D'après l'ancienne règle islamique, les témoins doivent être de sexe masculin, sinon il faut avoir un homme et deux femmes. Toutefois, le Code ne fait pas de distinction entre les sexes. C'est l'article 4 de la loi réglementant l'état civil qui précise que « [...] les témoins produits aux actes de l'état civil devront être âgés de vingt ans au moins, parents, ou autres, sans distinction de sexe. Ils seront choisis par les personnes intéressées »<sup>312</sup>. Bien que la présence des témoins constitue une règle inspirée du droit musulman, le législateur a donc innové en octroyant et en reconnaissant aux femmes le même droit que les hommes en matière de témoignage.

---

<sup>310</sup> Selon l'article 31 de la loi 57-3 du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil.

<sup>311</sup> M.Charfi, « Les conditions de forme du mariage en droit tunisien » (1969-1970) R.T.D à la p.21.

<sup>312</sup> Article 4 de la loi n°57-3 du 19 août 1957 réglementant l'état civil.

Désormais, en Tunisie et dans tous les domaines, le témoignage d'une femme vaut celui d'un homme.

Malheureusement, cette disposition est restée quasiment lettre morte. Il semble que peu ont recours au témoignage des femmes lors de la célébration du mariage<sup>313</sup>. Fidèles à la tradition, seuls les hommes assurent ce rôle. Nous nous trouvons ainsi devant une situation où le droit a devancé et devance encore la réalité, mais n'a pu changer les mœurs. La tradition continue d'exercer son influence sur les esprits.

À notre avis, le maintien de la présence de deux témoins comme condition de forme au mariage illustre la preuve de la volonté du législateur de rester fidèle au droit musulman. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une pratique qui n'est pas de nature à déranger ou à compliquer le processus de formation de mariage.

Rappelons qu'en droit musulman, le mariage se forme par le simple échange des consentements et la présence de témoins. Le droit tunisien, par contre, exige que l'échange de consentement des époux se fasse en présence de deux témoins et devant un Officier de l'état civil ou bien devant deux notaires "Adl"<sup>314</sup>. Le recours à l'acte notarié dérive d'une pratique qui s'était implantée dans le milieu urbain à la veille de l'indépendance. Cette fois-ci, le législateur s'inspire donc de la coutume et non du droit musulman.

D'autant plus que les notaires, comme autrefois, se

---

<sup>313</sup> Aucune statistique n'existe à ce propos, mais selon nos constats personnels ce sont toujours les hommes qui sont témoins lors de la célébration du mariage.

<sup>314</sup> Selon l'article 31 de la loi 57-3 du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil.

déplacent pour conclure le mariage au domicile de la femme, ce qui permet de garder une certaine intimité lors de la célébration. Les Tunisiennes d'autrefois n'avaient le droit de sortir de leur domicile qu'à titre exceptionnel, l'espace public ne leur appartenant pas. Cette forme d'acte notarié cadre donc davantage avec les conditions sociales d'avant l'indépendance.

Nous pouvons dire que les témoins n'assurent pas réellement la publicité du mariage. Ils ont, en revanche, le rôle d'attester que les futurs époux ne se trouvent pas dans un cas d'empêchement au mariage<sup>315</sup>.

### **Paragraphe 3 : Les empêchements au mariage**

Depuis l'abolition de la contrainte matrimoniale (*djabr*)<sup>316</sup> et la nouvelle obligation de consentir à leur mariage, les Tunisiennes disposent d'une certaine liberté pour choisir leurs conjoints. Ce choix est cependant limité par l'interdiction d'épouser quelqu'un se trouvant « [...] dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi » (article 5 du Code). D'une manière générale, l'empêchement est le « [...] fait qui met légalement obstacle au mariage pour des raisons particulières à chaque empêchement »<sup>317</sup>. Fidèle au droit

---

<sup>315</sup> Notons que même dans ce cas, leur apport est minime puisque l'Officier de l'état civil réclame des futurs mariés un certain nombre de pièces, pour s'assurer qu'ils sont libres de tout empêchement : l'extrait de naissance, l'extrait de l'acte de décès du premier conjoint ou le jugement de divorce, etc.

<sup>316</sup> Voir la section 1 aux pp.69-73, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>317</sup> P.Dupont Delestraint, *Droit civil : les personnes et les droits des la personnalité, la famille et les incapacités*, Paris, Dalloz, 1977, à la p.40.

musulman, le législateur distingue les empêchements permanents et les empêchements temporaires<sup>318</sup>.

Les empêchements définitifs sont absolus et interdisent totalement l'union entre certaines personnes. Ce sont des empêchements pour parenté (article 15), pour alliance (article 16) pour allaitement (article 17) ou pour triple divorce (article 19).

En ce qui concerne la parenté, le Code prohibe le mariage entre ascendants et descendants à l'infini, entre frères et sœurs et entre une personne et les descendants à l'infini de ses frères et sœurs. Notons que ces mêmes empêchements s'appliquent en cas de parenté adoptive<sup>319</sup>.

Les empêchements relevant de l'alliance interdisent le mariage de la femme avec les ascendants ou les descendants de son époux et l'union entre une femme et les époux de ses propres ascendants ou descendants.

---

<sup>318</sup> Les empêchements permanents et provisoires sont tous cause de nullité. Cette nullité peut être invoquée par quiconque y a intérêt et particulièrement par le ministère public. La femme dont le mariage a été déclaré nul doit observer le délai de viduité qui commence à courir à partir de la séparation, les liens de filiation restent établis et les empêchements au mariage résultant de l'alliance subsistent (article 22 du Code).

<sup>319</sup> Donc, entre adoptant et adopté ou son descendant. Adoptant et conjoint de l'adopté. Adopté et conjoint de l'adoptant. Les enfants adoptés par une même personne. Puisque d'après l'article 15, alinéa 2 de la loi du 4 mars 1958, relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, J.O.R.T 1958, à la p.306, l'adoption produit des rapports analogues à ceux de la filiation légitime. Par contre, la loi prévoit expressément (article 15 alinéa 2 de la loi du 4 mars 1958) le maintien des prohibitions au mariage au sein de la famille d'origine si elle est connue.

Le législateur reprend également l'empêchement pour cause d'allaitement. Le mariage est ainsi prohibé entre une femme et un homme qui ont été allaités par la même nourrice durant leurs deux premières années. En effet, selon le droit musulman, l'enfant allaité prend lieu et place d'un enfant légitime et il est considéré comme l'enfant de la nourrice et de son époux. Cette interdiction ne s'étend pas aux frères et sœurs de l'enfant allaité durant les deux premières années.

Enfin, l'empêchement de triple divorce provient aussi du droit musulman. Lorsque les mêmes époux se sont mariés et ont divorcé trois fois de suite, un nouveau remariage entre eux devient impossible selon la nouvelle législation<sup>320</sup>. En revanche, selon le *fiqh*, il s'agit d'un empêchement temporaire : il est possible de contracter un nouveau mariage à condition que l'épouse ait, entre-temps, célébré une union avec un autre homme et que ce mariage ait été lui-même dissous. En principe, cette règle d'empêchement renferme l'idée « [...] d'une sanction infligée par le Livre saint à l'encontre du mari capricieux, insoucieux, voire peu respectueux de la majestueuse institution du mariage »<sup>321</sup>. La finalité d'une telle sanction consiste à créer en lui le sentiment du regret et du remords, en lui rendant difficile la possibilité de retrouver sa femme. Cependant, dans les faits, certains ont trouvé le moyen de contourner cet obstacle par le biais d'une opération plutôt comique : marier l'ex-épouse, qu'on veut reprendre par la suite, avec un licitateur "un *muhallil*" qui peut être soit un impubère, soit un homme impuissant qui la répudiera après la cérémonie.

---

<sup>320</sup> Voir le paragraphe 1 aux pp.85-87, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>321</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.124.

Il faut dire que le législateur, en faisant du triple divorce un cas d'empêchement définitif et non pas temporaire comme le dicte le Coran, cherche à mettre fin à cette ruse et à la situation arbitraire dans laquelle se trouvent les femmes. Il souhaite :

[...] inciter les époux à faire preuve de plus de respect à la vie matrimoniale, d'autre part, que le législateur tunisien a cru mieux faire du triple divorce un empêchement perpétuel à mariage, de sorte que les époux ne pourront plus à jamais reprendre, entre eux, la vie commune. Ce faisant, il ne se serait pas tellement éloigné de la rigueur des commandements coraniques. Bien au contraire, il aurait fait d'éviter qu'elle ne soit contournée, voire transgressée<sup>322</sup>.

Toutefois, les empêchements relatifs à l'allaitement et au triple divorce ont aujourd'hui perdu une grande partie de leur intérêt. Avec le divorce judiciaire et la rareté du recours à une nourrice, ces deux cas d'empêchements sont devenus « [...] une hypothèse d'école. Ces deux règles permettent simplement de rattacher de manière quelque peu artificielle le droit positif au droit musulman »<sup>323</sup>.

Des interdictions provisoires limitent aussi la liberté de choisir son conjoint ou sa conjointe. Il s'agit de «[...] l'existence d'un mariage non dissous et de la non-expiration du délai de viduité » (article 14 du Code). En effet, depuis 1956, la polygamie est interdite (article 18 alinéa 1) et constitue un délit pénal passible d'une année de prison et d'une amende payable par le bigame et sa complice (article 18 alinéa 2). Il n'y a donc de mariage possible

<sup>322</sup> *Ibid.*, à la p.125.

<sup>323</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.256.

qu'avec une personne libre de tout lien matrimonial. Ainsi, la femme ou l'homme qui épouse une personne déjà mariée peut se voir condamner à une année de prison s'il est prouvé qu'ils étaient au courant du premier mariage. Désormais, un mariage non dissous ne constitue qu'un empêchement temporaire, tant pour l'homme que pour la femme.

Par ailleurs, la femme veuve ou divorcée ne peut se remarier tant que dure le délai de viduité<sup>324</sup>, afin d'éviter une confusion de paternité en cas de grossesse. Conformément au droit musulman, cette période diffère selon que le mariage est dissous par le divorce ou par le décès. Pour la femme divorcée, un remariage n'est possible qu'à l'expiration du délai de trois mois à compter de la date du jugement de divorce. Par contre, avant l'expiration du délai de viduité, la femme divorcée ne peut contracter mariage qu'avec son ancien époux (article 20 du Code). Pour la veuve, c'est une période de quatre mois et dix jours à partir de la date du décès du mari. Évidemment, si la veuve ou la divorcée s'avèrent enceintes, le délai de viduité expire à l'accouchement<sup>325</sup>. En matière d'empêchements au mariage, le législateur reprend donc non seulement à la lettre les dispositions du Coran, mais il consacre aussi le même délai de viduité.

En somme, l'ensemble de la matière des empêchements au mariage est fortement influencé par le droit musulman. Reste que le législateur, tout en s'inspirant des règles du droit

---

<sup>324</sup> La viduité concerne uniquement la femme. Voir la sous-section 2 aux pp.84-91, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>325</sup> Notons que le délai maximum de la grossesse est de un an à partir de la date du décès, du divorce ou du jugement déclarant la disparition du mari.

musulman, innove en faisant de la polygamie une cause de dissolution du mariage et en qualifiant le triple divorce d'empêchement définitif.

Cependant, concernant l'empêchement résultant de la disparité de culte, le législateur préfère garder le silence. Mais comment interpréter ce silence? Le législateur veut-il consacrer la position du droit musulman, auquel cas, il interdit à la femme de se marier avec un homme non musulman? Ou, au contraire, le législateur opte-t-il pour une permission camouflée afin d'éviter de heurter la sensibilité des citoyens? Controversée, la réponse à ce silence législatif fera l'objet de notre attention dans le paragraphe suivant.

#### **Sous-section 2 : La disparité de culte**

En 1956, les rédacteurs du Code à qui on a interdit toute référence expresse au droit musulman, afin de donner au Code un caractère laïc, ont recours à ce qu'on peut appeler des ruses ou des artifices des jurisconsultes, pour permettre le retour à ce corpus. Cette approche a donné lieu à des textes ambigus et à un « [...] silence du législateur sur les questions importantes [...], il laisse place à la réflexion : le silence peut avoir le sens d'une contradiction de la *Sharia* ou d'un renvoi à celle-ci »<sup>326</sup>.

Le problème se pose essentiellement à propos de la disparité de culte. Rappelons qu'en droit musulman, les femmes ne peuvent épouser que des conjoints de confession musulmane. Par contre, les musulmans ont la possibilité de

---

<sup>326</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.272.

s'unir avec des non-musulmanes appartenant à une des religions monothéistes. Par ailleurs, la loi musulmane considère la disparité de culte comme une cause d'indignité successorale. Ces deux restrictions étaient en vigueur avant l'indépendance. Qu'en est-il depuis la promulgation du Code ?

**Paragraphe 1 : Le mariage d'une musulmane avec un non musulman**

Conformément à l'article 5 du Code, « Les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchement prévus par la loi ». Apparemment, les interdictions au mariage touchent les deux sexes de la même manière. Ces empêchements sont énumérés aux articles 14 à 20 du Code. Il s'agit des interdictions pour cause de parenté, d'alliance, d'allaitement, du triple divorce, de l'existence d'un mariage non dissous et de la non-expiration du délai de viduité. Rien ne laisse croire que la disparité de culte constitue un empêchement au mariage. En revanche,

[...]les rédacteurs du Code ne pouvaient naturellement pas insérer une disposition édictant que le mariage d'une femme musulmane avec un non-musulman est nul puisqu'il leur était interdit de faire allusion au Droit Musulman. Ils ont donc inséré dans l'article 5 du CSP une disposition aux termes de laquelle il ne doit pas y avoir entre les futurs époux d'empêchements "charaïques" [empêchements légaux]<sup>327</sup>.

Il semble que le législateur n'ait pas osé affirmer clairement que la disparité du culte rend le mariage nul, mais il l'a suggéré de manière indirecte. La version de l'article 5 en arabe diffère de la traduction française. En affirmant

---

<sup>327</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.124.

que, au moment du mariage, « Les futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi », le législateur a utilisé dans le texte arabe les termes "empêchements charaïques" :

Littéralement, ces termes peuvent vouloir dire, soit les empêchements légaux (ce qui est retenu dans la traduction) soit les empêchements prévus par la Charia, c'est-à-dire le Fiqh ou mieux encore le Droit musulman<sup>328</sup>.

Par conséquent, cet article est susceptible d'être interprété de deux manières : soit, par empêchement, le législateur a voulu évoquer les empêchements légaux, tels qu'édictees dans les articles 14 et 20 du Code, soit il fait référence aux cas d'interdictions prévus par la loi religieuse. Dans la première interprétation, la disparité du culte ne constitue pas un empêchement au mariage parce qu'elle n'a pas été édictée expressément par le droit positif. Dans la seconde, il convient de considérer le mariage d'une musulmane avec un non-musulman nul. Notons que dans tous les cas cette interdiction pèse seulement sur les Tunisiennes. Autrement dit, le problème posé par l'article 5 est celui de savoir si une femme peut ou non se marier avec un non-musulman.

La doctrine est partagée entre les deux interprétations. Pour certains, le droit musulman est une source du droit positif tunisien. C'est pourquoi, disent-ils, l'article 5 vise les empêchements religieux. Le silence qui entoure l'interdiction du mariage de la musulmane avec un non-musulman doit être interprété selon les dispositions de la loi

---

<sup>328</sup> A.Mezghani, «Réflexion sur les relations du Code de statut personnel avec le droit musulman classique» (1975) R.T.D à la p.66.

musulmane<sup>329</sup>. D'autant plus que, selon l'article 2 du décret du 8 septembre 1955<sup>330</sup>, en cas de désaccord entre la version arabe et la traduction française d'un article, seul le texte arabe fait foi :

[...] le texte arabe, et lui seul, a une valeur juridique obligatoire. Le texte français n'est, en fait, qu'une traduction administrative. Cependant, ce dernier peut nous servir pour déterminer les véritables intentions du législateur. Ce sera un indice de plus en notre faveur<sup>331</sup>.

Par contre, pour d'autres juristes qualifiés de modernistes, le droit tunisien a rompu avec le droit musulman. L'article 5 du Code, de leur point de vue, ne concerne que les empêchements légaux : « [...] si le législateur voulait faire de la disparité de religion un empêchement au mariage [...], il l'aurait certainement fait car ces empêchements ne lui étaient pas inconnus. Son silence suffit à écarter toute référence au droit musulman »<sup>332</sup>. D'ailleurs, tous les codes des pays arabo-musulmans ont maintenu explicitement l'interdiction du mariage de la musulmane avec un non-musulman<sup>333</sup>. Si le législateur tunisien n'a pas explicitement évoqué la disparité de culte comme cas d'empêchement au mariage, c'est donc pour éliminer cette interdiction.

Cette solution « [...] aussi séduisante qu'elle puisse paraître, pour avoir brandi tout haut les drapeaux de la

---

<sup>329</sup> Voir H.Kerrou, «Le mariage d'une musulmane avec un non musulman» (en arabe) (1971) RTD, à la p. 146.

<sup>330</sup> Décret du 8 septembre 1955, J.O.R.T 1955, à la p.1470.

<sup>331</sup> A.Mezghani, *supra* note 328 à la p.67.

<sup>332</sup> *Ibid.* à la p.73.

<sup>333</sup> Par exemple, l'article 48 du Code syrien, les articles 29 et 42 du Code marocain et l'article 17 du Code irakien.

liberté individuelle du mariage et du culte »<sup>334</sup>, ne semble point plaire aux partisans du courant conservateur, puisque la jurisprudence et la pratique administrative se sont attachées à une interprétation traditionaliste. En 1966, la Cour de cassation a déclaré le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un Français non musulman nul : « [...] il est incontestable que la femme musulmane qui épouse un non-musulman commet un péché impardonnable, que la loi islamique tient un tel mariage pour nul et non avenu »<sup>335</sup>. Notons que ce jugement est devenu un arrêt de principe très célèbre, qui édicte le retour au droit musulman pour interpréter le silence qui entoure l'interdiction d'un tel mariage et affirme la valeur supplétive de ce droit. Cette interprétation rejoint, par ailleurs, la déclaration faite par le ministre de la Justice le 28 février 1964, à l'occasion de la modification de certains articles du Code : « Nous n'avons pas à recourir aux systèmes juridiques étrangers pour organiser le mariage. Nous devons revenir aux sources de l'islam et du *Fiqh* »<sup>336</sup>. De plus, une circulaire du ministère de la Justice datant du 15 novembre 1973<sup>337</sup> entérine cette interprétation restrictive de l'article 5 du Code en interdisant aux Officiers de l'état civil de célébrer un mariage entre une musulmane et un non-musulman.

Cette attitude n'est pas « [...]juridiquement convaincante. La doctrine estime que, pour plusieurs raisons, le mariage de

---

<sup>334</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.25.

<sup>335</sup> Cassation Civil n°3384, du 31 janvier 1966, (1967) R.J.L à la p.37.

<sup>336</sup> Cité par H.Chekir, *supra* note 262 à la p.127.

<sup>337</sup> Circulaire du 15 novembre 1973 portant interdiction de célébrer le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un non musulman, (1973) RJL 9 à la p.83.

la musulmane avec un non-musulman ne peut être interdit »<sup>338</sup>. Rappelons que dans le Code, il ne devait y avoir aucune référence au droit musulman, ni pour fixer son champ d'application, ni pour combler ses lacunes ou interpréter ses dispositions ambiguës : « Cette absence de référence expresse au Droit Musulman n'est pas un hasard [...]. La volonté du législateur tunisien de se détacher dans la lettre du texte au moins de toute référence à la charia est manifeste »<sup>339</sup>.

De même, le recours au droit international semble plaider en faveur de la validité d'une telle union. La Tunisie a en effet ratifié la Convention de New York<sup>340</sup>, conclue le 10 décembre 1962<sup>341</sup>, sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages. Cette convention admet le principe de l'égalité de l'homme et de la femme quant au choix de leur conjoint sans discrimination de sexe, de race et de religion<sup>342</sup>. Selon l'article 32 de la constitution tunisienne, une convention dûment ratifiée par la Tunisie a

---

<sup>338</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.127.

<sup>339</sup> S.Ben Halima, « Religion et statut personnel en Tunisie » (2000) R.T.D à la p.110-111.

<sup>340</sup> De même, en 1985, la Tunisie a ratifié la *Convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979. Voir loi n°85-68 du 12 juillet 1985, J.O.R.T 1985, à la p.919.

<sup>341</sup> Décret du 4 mai 1968 portant publication de la Convention de New York sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement du mariage, 10 décembre 1962, J.O.R.T 1968, à la p.476.

<sup>342</sup> Ce principe est édicté dans le préambule qui reprend l'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* selon lequel : « [...] à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Cité par H.Chekir, *supra* note 262 à la p.127.

une valeur juridique supérieure au Code<sup>343</sup>. Pour ce qui est de :

[...] la circulaire du ministre de la Justice qui, ayant introduit des dispositions normatives que le législateur n'a pas prévues, revêt les caractéristiques d'une circulaire réglementaire (dans la théorie administrative, il y a deux types de circulaires : l'une interprétative et l'autre réglementaire) devient attaquable devant le tribunal administratif; en attendant que le tribunal administratif se prononce sur la légalité de la circulaire, on peut exiger l'application de la convention internationale de New York<sup>344</sup>.

Mais, dans les faits, ce type de mariage est rendu possible grâce à la conversion du conjoint à l'Islam et à la simple obtention d'un certificat attestant que la personne concernée s'est convertie à l'Islam. Cette pratique est devenue le moyen par excellence pour contourner l'interdiction. Après tout, le conjoint non musulman ne fait que prononcer quelques mots démontrant son désir de devenir musulman et, en contre-partie, il reçoit un certificat. Il faut dire que l'union mixte entre une Tunisienne et un non-musulman est :

[...] devenue de plus en plus courante du fait de la mobilité des populations, des phénomènes migratoires, du tourisme, de l'augmentation du nombre d'étrangers installés en Tunisie. [...] Les statistiques en la matière font presque défaut mais on peut, d'ores et déjà, affirmer qu'au sein des familles immigrées, essentiellement, le mariage des filles avec des non-musulmans devient une pratique courante. De même, dans certains milieux intellectuels en Tunisie<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> L'article 32 al.3 de la constitution dispose que : »Les traités ratifiés par le Président de la République et approuvés par la Chambre des députés ont une autorité supérieure à celle des lois«.

<sup>344</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.128.

<sup>345</sup> *Ibid.*, à la p.127-129.

Ajoutons enfin qu'il semble qu'un changement vers une interprétation plus souple de l'article 5 est en voie de se réaliser depuis quelques années. En effet, depuis 1996, il arrive que certains Officiers d'état civil acceptent de célébrer ce type de mariage sans soulever la question de la disparité de culte<sup>346</sup>. De même, dans un jugement civil rendu par le tribunal de première instance de Tunis, le 29 juin 1999<sup>347</sup>, il a été déclaré en toute clarté la validité d'une telle union puisque:

[...] il ressort de l'article 5 du Code du statut personnel que les deux époux ne doivent pas se trouver dans l'un des empêchements prévus par la loi. L'article 14 du Code du statut personnel prévoit que les empêchements sont soit définitifs, soit provisoires. Or, le mariage entre une musulmane et non-musulman ne fait pas partie de ces empêchements<sup>348</sup>.

Le tribunal évoque aussi la Convention internationale de New York du 10 décembre 1962, qui a été ratifiée par la Tunisie et qui garantit « [...] à chaque citoyen, homme ou femme, la liberté de choisir son conjoint. Attendu que les traités se trouvent au sommet de la hiérarchie des normes, il convient donc de rejeter les arguments de la défense tirés de la nullité de son mariage »<sup>349</sup>.

Bien que cette interprétation émane d'une instance de premier degré, et qu'elle soit loin de constituer jurisprudence en la matière, une telle décision est audacieuse

---

<sup>346</sup> K.Meziou, « Mariage Filiation » Juris-Classeur du droit comparé 1997, 9. 1 à la p.9.

<sup>347</sup> Tribunal de première instance de Tunis, jugement n°26855, du 29 juin 1999, (2000) R.T.D à la p.403.

<sup>348</sup> *Ibid.*, à la p.405.

<sup>349</sup> *Ibid.*

et libérale. Elle « [...] apporte un éclaircissement nouveau sur une question fort controversée en droit interne »<sup>350</sup>.

## **Paragraphe 2 : L'indignité successorale**

Une autre règle législative, relative aux successions, semble être ambiguë et pose un problème d'interprétation. Selon l'article 88 du Code, « L'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité ». A priori, l'homicide volontaire est l'unique cause d'indignité successorale. Cependant, n'ayant pas été en mesure d'indiquer que la disparité du culte constitue un empêchement à la succession, le législateur a eu recours au même artifice dans la rédaction du texte. Ainsi, la traduction française diffère de celle du texte arabe:

[...] dans la version arabe de ce même article, le législateur a choisi d'intercaler le mot " min " dont l'équivalent en langue française est " parmi ", entre les deux expressions " homicide volontaire ", d'un côté et " cause d'indignité successorale ", de l'autre ; ce qui donnerait à cette version arabe, à peu près, la traduction française suivante : « L'homicide volontaire est parmi les causes d'indignité successorale »<sup>351</sup>.

Cette version laisse croire que les rédacteurs du Code n'ont fait que préciser à titre indicatif un cas d'empêchement parmi d'autres, afin de renvoyer pour le reste au droit musulman. C'est d'ailleurs le raisonnement qu'a retenu la cour de Cassation dans la même affaire précitée pour le

---

<sup>350</sup> S.Ben Achour, « Commentaire du jugement du Tribunal de première instance de Tunis du 29 juin 1999 » (2000) R.T.D 418.

<sup>351</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.25.

mariage d'une musulmane avec un non musulman<sup>352</sup>. Elle a estimé que l'homicide volontaire n'est qu'une hypothèse d'empêchement successoral puisque :

[...] l'article 88 du même code n'était pas limitatif et qu'il fallait le compléter par les solutions du droit musulman. L'apostasie doit être retenue comme un cas d'indignité successorale. Or, la femme musulmane qui épouse un non-musulman est apostate. Elle est, donc, exclue du droit de succéder à un musulman<sup>353</sup>.

Donc, selon cette interprétation, la non-appartenance à la religion musulmane constitue une cause d'indignité successorale. Par conséquent, non seulement une Tunisienne qui prendra pour époux un non-musulman, risque d'être écartée de la succession de ses proches, mais aussi une femme non musulmane qui se mariera avec un Tunisien musulman sera éliminée de la succession de son époux<sup>354</sup>. Le silence du législateur a été interprété ainsi de façon extensive, pour englober d'autres causes d'indignité successorale, mais en conformité avec le droit musulman et pour restreindre, une fois de plus, le droit des femmes à la liberté de mariage.

D'ailleurs, dans une affaire datant du 6 janvier 1999, la cour de Cassation<sup>355</sup> a confirmé cette interprétation et a déclaré que :

---

<sup>352</sup> Cassation Civil n°3384, du 31 janvier 1966, (1967) R.J.L à la p.37.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> En pratique, l'époux tunisien marié avec une non-musulmane peut échapper à cette interdiction. Il peut recourir à la donation ou la vente d'un bien, ou bien il peut faire bénéficier sa femme d'un testament.

<sup>355</sup> Cassation Civil n°69443, du 6 juin 1999, ministère de la Justice, cour de cassation [non publié].

[...] la disparité de culte est une cause d'indignité successorale, vu que la loi tunisienne n'a évoqué que quelques cas des empêchements, laissant le soin au [juge] de citer le reste en se basant sur le droit musulman qui constitue une source principale du droit tunisien [notre traduction]<sup>356</sup>.

Ainsi, une épouse qui s'est convertie à l'Islam avant la mort de son conjoint a le droit d'hériter. Par contre, celle qui a gardé sa religion va être évincée de la succession :

[...] en octroyant à Janine le statut d'héritière, [...] alors qu'elle a déclaré ne pas être musulmane [...], le tribunal de fond n'a pas respecté la règle charaïque qui affirme qu'un non-musulman peut succéder à un musulman à condition qu'il se convertisse à l'Islam avant l'ouverture de la succession [notre traduction]<sup>357</sup>.

Une telle solution est discutée en doctrine, puisque selon un ensemble de textes législatifs censés aider le juge dans l'interprétation de la loi, l'article 88 du Code doit être interprété restrictivement. D'après l'article 540 du *Code des Obligations et des Contrats*, « Les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendues au-delà du temps et des cas qu'elles expriment ». De même, l'article 536 du *Code des Obligations et des Contrats* prévoit que : « Ce que la loi prescrit en vue d'un motif déterminé doit s'appliquer toutes les fois que le même motif existe ». Or,

[...] le motif est de faire échec à un homicide dont le but est de recueillir la succession de la victime. Le texte ne cite d'ailleurs que l'homicide volontaire. L'homicide involontaire n'est pas une cause d'indignité successorale. Comment soutenir juridiquement que la

---

<sup>356</sup> *Ibid.*

<sup>357</sup> Cassation Civil n°76621.99, du 28 avril 2000, ministère de la Justice, cour de cassation [non publié].

disparité de religion puisse être un cas d'indignité successorale ? La disparité de religion serait-elle un cas plus grave que l'homicide involontaire<sup>358</sup> ?

Enfin, l'article 535 du *Code des Obligations et des Contrats* précise qu'en cas de lacune, on doit avoir recours « [...] aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues ». Il faut alors, à notre avis, raisonner par analogie qui « [...] consiste en une transposition d'une solution juridique existante, non en la création d'une solution juridique nouvelle »<sup>359</sup>. Toutefois, l'article 174 du *Code* valide un testament, même si « [...] le testateur et le légataire ne sont pas de la même confession ». Si la disparité de religion ne constitue pas une cause d'indignité testamentaire, elle ne l'est donc pas dans les successions *ab intestat*.

Cependant, ce n'est qu'en l'an 2000 qu'un tribunal de première instance a osé interpréter autrement l'article 88, défiant ainsi la jurisprudence constante en la matière :

[...] l'interdiction de la discrimination religieuse est un principe édicté par l'article 5 de la Constitution tunisienne [...] ainsi la consécration de la disparité de culte comme cause d'indignité successorale revient à dire que le droit à l'héritage est lié à la croyance de la personne, ce qui entraînera l'exercice d'une pression sur la liberté de croyance de certains héritiers afin de protéger leur part dans la succession. De même, le fait d'obliger les justiciables à avouer leur appartenance religieuse est contre le droit au respect de la foi de chacun, qui reste une affaire personnelle [notre traduction]<sup>360</sup>.

<sup>358</sup> A.Mezghani, *supra* note 328 la p.75.

<sup>359</sup> M.Kari, « Note à propos d'un texte ambigu l'article 535 » (1992) R.T.D à la p.223.

<sup>360</sup> Jugement du tribunal de Tunis de première instance n°7602, du 18 mai 2000, (2000) R.T.D à la p.249. Selon nos recherches effectuées

Ainsi, ce tribunal opte pour une interprétation plus souple de l'article 88, en privilégiant le retour à la constitution plutôt qu'au droit musulman. Il estime que « [...] le texte est restrictif et que seul l'homicide volontaire est une cause d'indignité successorale »<sup>361</sup> [notre traduction]. Ce qui constitue une première dans la jurisprudence tunisienne, malgré qu'une telle attitude émane d'un tribunal de première instance et non de la cour de cassation. En effet, cette décision ne manque pas de surprendre ; elle a choisi d'aller à contre-courant de la jurisprudence, en conférant le statut d'une héritière de plein droit à l'épouse non musulmane.

En somme ce qui est surprenant, c'est que la disparité de culte est toujours invoquée pour limiter le droit des femmes de choisir librement leurs conjoints. Si l'article 5 interdit aux Tunisiennes de confession musulmane de se marier avec un non-musulman, l'article 88 permet d'évincer les femmes non musulmanes du partage de la succession de leurs conjoints. Toutefois, par rapport à ces questions, le législateur a préféré garder le silence, laissant le soin au juge de combler ce vide par la voie de l'interprétation créatrice. Mais, il s'est avéré que le juge s'est investi du pouvoir de faire du droit musulman un droit subsidiaire qui vient à l'appui d'un ordre patriarcal voulant contrôler les femmes. Le magistrat tunisien « [...] reste un juge culturaliste en ce qu'il cherche toujours, même dans les cas où il part formellement de la loi positive, à n'accorder les solutions jurisprudentielles qu'à ce qu'il considère à tort ou à raison, comme droit

---

lors de notre séjour à Tunis en 2002, cette décision n'a pas été cassée en appel.

<sup>361</sup> *Ibid.*

musulman »<sup>362</sup>. Pourtant, le Code est applicable à tous les Tunisiens et Tunisiennes, quelle que soit leur confession. Le retour au droit musulman pour combler ces lacunes remet donc en cause ce principe. Dans ce cas, doit-on appliquer la loi aux seuls Tunisiens musulmans ?

Toutefois, avec d'autres dispositions, le législateur va confirmer clairement son attachement aux règles du droit musulman. C'est ainsi, qu'il va consacrer le système familial musulman, exclusivement basé sur la filiation légitime.

### **Sous-section 3 : La filiation légitime**

Non seulement le contenu du Code concernant la filiation est presque identique aux dispositions islamiques, mais les expressions qui y sont utilisées sont également empruntées à ce corpus.

Déjà, le terme arabe (*naçab*) utilisé pour désigner la filiation fait référence « [...] à un lien de parenté directe entre un homme et un enfant introduisant celui-ci dans la lignée agnatique »<sup>363</sup>, ce qui signifie qu'il s'agit d'une filiation paternelle légitime. À l'instar du droit musulman, « [...] le législateur tunisien n'a entendu, dans le livre 6 du Code, régler essentiellement que la filiation paternelle. Car, celle-ci est de loin la plus importante à établir pour l'enfant et ce, en raison de ses avantages moraux et

---

<sup>362</sup> Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, Tunis, Ceres, 1992, à la p. 201.

<sup>363</sup> K. Meziou, *supra* note 263 à la p. 260.

matériels »<sup>364</sup>. En établissant la filiation, l'enfant porte le nom de famille de son père, ce qui lui donne la qualité d'héritier et un statut social dans la société patriarcale ; il adopte la même religion que son père, qui est tenu par la loi de l'entretenir et d'exercer la puissance tutélaire vis-à-vis de ses enfants<sup>365</sup>. Ainsi, il y a absence totale de référence à la mère pour l'établissement de la filiation légitime.

Selon l'article 68 du Code, « La filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables ». D'ailleurs, le terme arabe utilisé par le législateur pour désigner la cohabitation est un mot qui n'a pas d'équivalent en français : le (*firach*). Si on le traduit à la lettre, c'est "le lit". Mais, en langue arabe, il s'agit plutôt « [...] de tout rapport licite que le père entretient avec la mère de l'enfant. Le (*firach*) permet « d'énoncer une présomption de paternité en raison du mariage »<sup>366</sup> et permet aussi d'étendre cette présomption au mariage déclaré nul. La filiation paternelle est donc légitimée non seulement par le mariage valide, mais aussi par le mariage nul.

---

<sup>364</sup> S.Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit Tunisien*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1979 à p.10-11.

<sup>365</sup> Rappelons que la mère n'a qu'un rôle subsidiaire. Elle n'est tutrice légale de ses enfants qu'en cas de décès ou d'incapacité du père. Par contre, depuis les réformes de 1993, elle collabore avec le père, à l'exercice de certains des attributs de l'autorité paternelle. Elle donne son consentement au mariage de ses enfants mineurs. De même qu'elle participe dans certaines directives relatives à l'éducation des enfants, comme le choix de l'établissement d'enseignement ou des distractions (voyages) ou à la gestion de leurs biens.

<sup>366</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.18.

La cohabitation dans le domicile conjugal assure le monopole sexuel du mari et confère la légitimité aux enfants issus de ce mariage, à condition que l'enfant soit né dans un délai de six mois au moins à partir de la date de la conclusion du mariage (article 71 du Code)<sup>367</sup>. Par contre, en cas de décès ou d'absence du mari, c'est un délai d'un an qui court depuis sa mort ou son absence. Le même délai s'applique depuis le jugement de divorce, en cas de séparation par voie judiciaire. Malgré que ces délais puissent paraître arbitraires et non scientifiques, ces dispositions reflètent la volonté du législateur de légitimer certains enfants vraisemblablement conçus avant le mariage et d'autres, après. D'autant plus que le droit Tunisien ne connaît pas la notion de légitimation par mariage subséquent. Le mariage des parents ne légitime pas l'enfant qui a vu le jour avant la cérémonie ou qui est né à moins de six mois de la date du mariage.

En permettant d'établir la filiation paternelle par le mariage et par d'autres modes de preuve, soit l'aveu et le témoignage, le Code du statut personnel vise vraisemblablement des cas où la preuve du mariage n'était pas rapportée. En effet, jadis, devant l'absence d'état civil, l'aveu et le témoignage jouaient un rôle important pour prouver l'existence d'une relation licite entre un homme et une femme ayant engendré un enfant légitime. Mais depuis l'établissement de

---

<sup>367</sup> Le législateur reprend la durée minimale de la conception, tel que prévu par le droit musulman. En fait, cette période résulte de l'interprétation de deux versets coraniques. verset 15, Chapitre 46 du Coran: « Sa mère dans le malaise le porta, dans le malaise se délivra ; sa gestation et son allaitement durèrent trente mois », verset 233, chapitre 2 du Coran: « Les mères allaitent leurs nourrissons deux ans entiers ».

la loi de 1957 réglementant l'état civil, une certaine clarté a été faite en matière de mariage, de divorce, de décès et de filiation. Désormais, tous doivent être enregistrés : « [...] le seul avantage de la référence par le législateur à de tels procédés est de permettre de légitimer, de reconnaître la paternité et donner ainsi les droits d'un enfant légitime à des enfants naturels et adultérins »<sup>368</sup>.

Par ailleurs, l'article 71 du Code précise que : « Abstraction faite de la validité ou de l'invalidité du contrat de mariage, l'enfant né d'une femme mariée, six mois ou plus après la conclusion du mariage, a pour père le mari ». L'enfant né d'un mariage nul est également considéré comme un enfant légitime. Rappelons qu'un mariage est qualifié de nul s'il comporte une clause contraire aux conditions essentielles de mariage, ou s'il est conclu en l'absence du consentement de l'un des époux, si l'on a affaire à un cas d'empêchements au mariage, ou encore, si l'union n'a pas été conclue conformément à la loi<sup>369</sup>. Cependant, grâce à la notion du mariage nul, les juges tunisiens ont pu, pendant un certain temps, légitimer les enfants nés hors du mariage en qualifiant la relation qui unissait leurs parents (qu'ils soient fiancés ou non) de mariage nul : « Le droit tunisien considère que le mariage est établi par l'échange du consentement entre les

---

<sup>368</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.261.

<sup>369</sup> Selon l'article 21 du Code, un mariage est frappé de nullité s'il «comporte une clause contraire aux conditions essentielles de mariage ou qui est conclue en contravention des dispositions du premier alinéa de l'article 3, du premier alinéa de l'article 5 et des articles 15, 16, 17, 18, 19 et 20 du présent Code». L'article 3 traite du consentement des époux, les articles 5, 15, 16, 17, 18, 19 et 20 évoquent les empêchements au mariage. De même, selon l'article 36 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil, l'union qui n'a pas été conclue par un acte de mariage établi devant l'Officier de l'état Civil en présence de deux témoins est frappée de nullité.

époux ; ainsi, si un enfant est né avant la conclusion de l'acte de mariage tel qu'admis par l'article 4 du Code [l'acte authentique est la preuve unique du mariage], la filiation est établie entre l'enfant et ses parents »<sup>370</sup> [notre traduction].

Malheureusement, cette position de la cour de cassation a été vite rejetée au profit d'une interprétation restrictive pour affirmer que la filiation ne peut être établie que sur la base d'une union légale : « La filiation est prouvée par l'aveu de l'existence d'une relation sexuelle établie sous le cap d'un mariage légal. Ainsi, on ne peut pas se baser sur l'aveu qui annonce qu'il y a eu une relation hors mariage par application de la règle musulmane : « [...] l'enfant doit être rattaché au mariage, l'amant doit être lapidé » [notre traduction]<sup>371</sup>. Nous pensons que ce *Hadith* évoqué par la cour de cassation a besoin d'être clarifié, étant donné que la jurisprudence tunisienne y fait assez souvent référence pour refuser d'accorder injustement la filiation aux enfants nés hors mariage. Ce *Hadith* est en effet une sentence prononcée par le prophète lors d'un conflit de paternité entre deux hommes. L'enfant était revendiqué par le mari qui fondait sa réclamation sur le mariage ; par contre, l'autre s'appuyait sur la vérité biologique, prétendant que cet enfant était le fruit d'une relation extra-conjugale entre lui et la mère. Bien qu'ayant noté une ressemblance flagrante entre l'enfant et l'amant, le prophète a tranché au profit de celui qui invoquait le mariage. Conscient, sûrement, des conséquences

---

<sup>370</sup> Cass.civ., arrêt n°5350 du 2 avril 1968, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48, à la p.242.

<sup>371</sup> Cass.civ., arrêt n°9853 du 29 avril 1975, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.243.

lourdes, sur la vie de la maman et de son fils<sup>372</sup>, l'envoyé de Dieu a préféré préserver la stabilité de cette famille et opter pour une solution à moindre risque<sup>373</sup>. Donc, ce Hadith ne veut assurément pas dire que la filiation hors mariage ne peut être établie, mais il fera probablement autorité en cas de conflit de paternité entre l'époux et l'amant. Malheureusement, la jurisprudence tunisienne ne donne pas au Hadith son véritable champ d'application.

La mère, quant à elle, est totalement absente de la filiation légitime. Il s'agit d'un processus paternel, puisque c'est le père qui fonde la famille légitime. Ainsi, la filiation maternelle n'a pas été réglemantée et il semble que la filiation naturelle ou adultérine ait été ignorée<sup>374</sup> :

[...] en présence d'un texte ambigu, il faut revenir à la principale source législative qui est le droit musulman, afin de trouver des éléments de réponse. Attendu que le témoignage annoncé par l'article 68 du CSP concerne uniquement l'établissement de la filiation légitime, la filiation naturelle est alors totalement absente du droit positif, ceci constitue l'orientation de la jurisprudence de la cour de cassation<sup>375</sup> [notre traduction].

---

<sup>372</sup> En droit musulman, l'épouse risque la peine de lapidation et son fils sera traité d'enfant bâtard. Notons que jusqu'à nos jours, certains pays musulmans appliquent cette sanction, comme le Niger. En droit tunisien l'article 236 du Code pénal prévoit que :«L'adultère du mari ou de la femme est puni d'un emprisonnement de cinq années et d'une amende de 500 dinars. Il ne peut être poursuivi qu'à la demande de l'autre conjoint qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation».

<sup>373</sup> Voir S.Ben Halima, *supra* note 339 la p.136.

<sup>374</sup> La filiation naturelle désigne les enfants nés hors mariage. La filiation adultérine concerne les enfants nés d'une relation entre un homme et une femme, dont l'un est uni par le mariage avec une autre personne.

<sup>375</sup> Cass.civ., arrêt n°51346 du 26 novembre 1996, (2000) R.T.D à la p.250.

Chose certaine, la filiation illégitime est exclusivement maternelle. La mère célibataire est totalement ignorée par le Code. Son enfant, né en dehors du mariage, est qualifié de " naturel " et, il n'a de droit qu'à son égard. D'ailleurs, la seule fois que le législateur aborde le sujet, c'est pour créer une vocation successorale réciproque entre l'enfant adultérin et sa mère et les parents de celle-ci (article 152 du Code). Cette même règle s'applique aux enfants naturels<sup>376</sup>. Ainsi,

[...] toute filiation hors mariage reste soumise au pouvoir discrétionnaire du père. Celui-ci sort vainqueur du combat et la mère complètement démunie. [...] la mère se voit contrainte de porter seule les charges morales et matérielles de l'éducation de son enfant dans une société où la maternité hors mariage reste une tare<sup>377</sup>.

Cette attitude correspond aux us et coutumes qui régissaient les sociétés arabo-musulmanes d'antan. Une filiation naturelle signifie une fréquentation entre un homme et une femme en dehors du mariage. Ceci est non seulement jugé inacceptable, mais en outre, devant la possibilité offerte aux hommes musulmans de se marier à quatre femmes, d'avoir des esclaves et même, dans certains cas, de contracter un mariage provisoire<sup>378</sup>, les enfants ne pouvaient être que légitimes. Bref :

---

<sup>376</sup> Le législateur est intervenu le 28 octobre 1998 et a introduit la notion de la filiation naturelle. Essentiellement, il a accordé un nom patronymique aux enfants qui en sont dépourvus.

<sup>377</sup> G.Pruvost, *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris, 1977 à la p.287.

<sup>378</sup> Par exemple, chez les musulmans chiites, il est possible de contracter un mariage provisoire. Il s'agit d'une union légale mais d'une durée déterminée. Le délai de cette union est indiqué préalablement dans l'acte de mariage.

Le mariage est très facile et le divorce l'est davantage. Si un homme et une femme désirent vivre ensemble même s'ils ne sont pas sûrs de pouvoir s'entendre toute leur vie durant, ils se marieront quitte à divorcer après. Si l'homme est déjà lié par un premier mariage, ce n'est pas un obstacle au second. [...] Enfin, si l'homme est riche, il peut avoir, en plus de ses quatre épouses autant d'esclaves que sa fortune le permet. Le Coran l'autorise expressément à avoir des rapports intimes avec ses esclaves [...] l'enfant qui en est issu aura la qualité d'enfant légitime. Les circonstances favorables à la naissance d'un enfant naturel font défaut. Les enfants que l'on appellerait naturels en Occident sont qualifiés d'enfants légitimes en droit musulman<sup>379</sup>.

Le Code s'est donc contenté de consacrer certaines dispositions du droit musulman en faisant abstraction de ce contexte social et en oubliant le nouvel environnement juridique de la Tunisie indépendante. Le législateur a pourtant interdit la polygamie, établi le divorce judiciaire et créé un registre d'état civil. Désormais, il n'est permis d'épouser qu'une seule femme, selon un acte écrit et selon certaines modalités, et toute naissance issue de cette union légale doit être déclarée dans un délai bien circonscrit. De même, le législateur s'est tourné vers une redéfinition de la relation entre les époux en octroyant plus de droits à la femme, ce qui a pour effet de rendre d'autant plus injustifiable l'occultation de son rôle au niveau de la filiation.

En somme, voilà un autre domaine où le Code semble appliquer clairement le droit musulman, où le poids de la tradition se fait lourdement sentir et où le Tunisien reste indiscutablement le maître de la situation. Également, les juges, « Emportés par leurs culturalismes et leurs convictions

---

<sup>379</sup> M.Charfi, *supra* note 259 à la p.20.

religieuses, [ils] ignorent toutes relations en dehors du mariage et privilégient le mariage pour affirmer que la filiation reconnue par la loi est celle qui se fonde sur le mariage »<sup>380</sup>. C'est ainsi que le juge tunisien privilégie l'interprétation de la loi conformément au droit musulman et se présente plutôt comme le protecteur de l'ordre patriarcal dominant, tout en pénalisant les femmes et les enfants. « Autrement, abandonnées à elles-mêmes, les mères [célibataires] seront acculées à commettre, et le font réellement, des crimes atroces tel que l'infanticide, en tant qu'échappatoire ultime à leurs souffrances et leurs enfants seront enclins à la déviance et à la criminalité »<sup>381</sup>.

Les questions que nous avons étudiées jusqu'ici illustrent la volonté du législateur d'adopter des règles tirées du droit musulman et l'attachement des juges tunisiens aux solutions consacrées par ce corpus. En revanche, le Code contient d'autres dispositions qui, tout en restant fidèles à ce droit ancestral, innovent.

## **Section 2 : Les règles juridiques inspirées du droit musulman**

Si le législateur a opté pour des solutions tirées du droit musulman au moment de la promulgation du Code, plus tard, lorsqu'il a senti que l'opinion publique avait accepté et admis ce Code, il a entrepris certaines réformes pour affirmer le changement. Essentiellement, il a réaménagé la relation conjugale et a osé toucher à quelques dispositions du droit successoral et matrimonial.

---

<sup>380</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.295.

<sup>381</sup> *Ibid.*

### **Sous-section 1 : Le mari chef de la famille**

Fortement inspiré du droit musulman, le législateur, en 1956, choisit de perpétuer la conception traditionnelle de la famille basée sur la suprématie masculine. En tant que chef de famille, l'époux assume alors la responsabilité entière de la direction de la famille ; il doit subvenir aux besoins de son épouse et de ses enfants, il a le droit de fixer le domicile conjugal et sa femme lui doit obéissance.

#### **Paragraphe 1 : L'autorité maritale**

En droit musulman, le mariage est basé sur la prééminence du mari. Or, lors de la promulgation du Code traitant des rapports entre époux, l'article 23 annonçait que : « [...] la femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et dans cette mesure lui doit obéissance ». Cette soumission au pouvoir marital n'est cependant pas absolue puisque l'époux est tenu de bien la traiter : « Le mari doit traiter sa femme avec bienveillance et vivre en bons rapports avec elle. Il doit éviter de lui porter préjudice »<sup>382</sup>.

L'obligation d'obéissance constitue ainsi une illustration significative de l'influence du droit musulman, ce qui explique d'ailleurs sa présence dans la plupart des législations arabo-musulmanes<sup>383</sup>. En effet, ce devoir n'est dû au mari qu'en vertu de sa qualité de chef de famille :

---

<sup>382</sup> Article 23 ancien du Code.

<sup>383</sup> Il en est ainsi, par exemple de l'article 63 alinéa 2 du Code marocain (la Moudawana) qui traite des droits de l'époux : « l'obéissance de l'épouse à son époux ».

[...] l'épouse doit traiter son mari avec considération et obéir aux ordres qu'il lui donne selon la coutume et la tradition et le mari est par ailleurs considéré comme chef de famille et il est tenu à ce titre de subvenir aux besoins de son épouse et de leurs enfants<sup>384</sup>.

En tant qu'épouse, la Tunisienne se trouve dans un état d'infériorité. Le mari est seul chef de la famille. Par contre, il faut noter que cette obligation d'obéissance :

[...] vécue dans une relation monogamique à laquelle l'un et l'autre peuvent mettre fin, n'est plus le devoir d'obéissance d'une femme vis-à-vis d'un mari polygame ou potentiellement polygame, vécu dans une relation à laquelle elle ne peut échapper que difficilement de son propre gré<sup>385</sup>.

Certes, avant l'indépendance, les femmes ont été maintenues dans une situation d'infériorité sociale et économique et ont été éduquées pour obéir aux hommes. Bien que ce devoir semble moins pesant que dans le passé, grâce aux droits accordés par le Code, l'inégalité entre les sexes demeure. En plus, en 1956, la rédaction de l'article 23 est proche de la réalité sociale des Tunisiennes. Elles sont plus souvent des femmes au foyer, analphabètes, sans aucune ressource financière et qui dépendent entièrement de leur père ou de leur mari. Avec le temps, la réalité change, les femmes pénètrent l'espace public pour occuper divers emplois et les coutumes subissent aussi quelques transformations. Heureusement, avec les réformes adoptées en 1993<sup>386</sup>, le législateur a rayé toute mention, dans le même article, de l'obligation d'obéissance, suivant ainsi les bouleversements

---

<sup>384</sup> S. Ben Halima, *supra* note 339 la p.113.

<sup>385</sup> K. Meziou, *supra* note 270 à la p.40.

<sup>386</sup> La loi n°93-74 du 12 juillet 1993 concernant la modification de quelques articles du Code, J.O.R.T 1993 à la p. 10.

sociaux qui ont amené une transformation des modes de vie en Tunisie.

Selon cette vision, le devoir d'obéissance, pesant autrefois uniquement sur l'épouse, a cédé place à une obligation de bienveillance qui incombe aux deux conjoints. En plus, le législateur a établi une nouvelle relation entre les époux basée, cette fois-ci, sur la coopération. Ainsi, le nouvel article 23 précise que : « Chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bon rapport avec lui et éviter de lui porter préjudice. [...] Ils coopèrent pour la conduite des affaires de la famille ».

Cependant, le règne du privilège masculin reste ancré dans l'article 23 grâce à la qualité de chef de famille qui est conservée pour le mari. En pratique, cette notion se traduit par l'obligation de subvenir aux besoins de la famille: « Le mari en tant que chef de famille doit subvenir aux besoins de l'épouse et de ses enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire »<sup>387</sup>, de même que le droit de fixer le domicile conjugal et par l'obligation de l'épouse de cohabiter avec lui. Ainsi, le législateur persiste dans son attachement au droit musulman :

C'est essentiellement dans les pays arabo-musulmans que le mari reste encore le chef de la famille. Dans les autres pays, on s'oriente plutôt vers l'autorité parentale, celle de la responsabilité des deux parents et de la cogestion de la famille même si, en France, par exemple, c'est seulement depuis 1970 que l'autorité

---

<sup>387</sup> Article 23 nouvel alinéa 4.

paternelle a été supprimée cédant la place à la responsabilité égale du père et de la mère<sup>388</sup>.

### **Sous-paragraphe 1 : L'obligation d'entretien**

Le mari est obligé de pourvoir à l'entretien de l'épouse et de ses enfants, quelle que soit sa situation financière. L'obligation d'entretien, vis-à-vis de la femme, court à partir de la consommation du mariage et dure tant que celui-ci n'est pas dissout<sup>389</sup>. Rappelons qu'il y a consommation du mariage, à partir du moment où « [...] il y [a] transport de la femme chez le mari, un isolement des époux et que cela soit rendu public conformément à la tradition »<sup>390</sup>. De plus, en cas de divorce, la pension alimentaire est due pendant le délai de viduité<sup>391</sup>. S'il y a divorce alors que la femme est enceinte<sup>392</sup>, l'ex-mari est toutefois tenu de l'entretenir jusqu'à son accouchement. L'obligation d'entretien comprend alors la nourriture, l'habillement, le logement, les soins et tout ce qui est considéré comme nécessaire selon l'usage et la

---

<sup>388</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.142-143.

<sup>389</sup> En principe, l'obligation d'entretenir l'épouse prend fin avec le divorce. Mais, depuis la réforme relative au divorce du 18 janvier 1981, le mari est tenu de verser une rente à son ex-épouse, afin de réparer le dommage subi par la femme suite au divorce. Voir le paragraphe 3 aux pp.306-325, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>390</sup> Cass.civ., arrêt n°7664 du 10 mai 1983, cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.12.

<sup>391</sup> La viduité commence à courir à partir du jour où le jugement de divorce a été prononcé. La viduité est une période de trois mois, qui succède au divorce, et au cours de laquelle la femme s'abstient de se remarier afin de s'assurer qu'elle n'est pas enceinte de son ex-conjoint.

<sup>392</sup> La durée maximale de la grossesse est d'un an, à partir du divorce.

coutume<sup>393</sup> selon les ressources financières du mari et selon l'état de l'épouse<sup>394</sup>.

À vrai dire, cette obligation maritale correspond à la logique du droit musulman : « La femme qui a moins de droits que l'homme, a aussi moins de devoirs, notamment d'ordre pécuniaire »<sup>395</sup>. Ainsi, l'obligation d'entretien peut être rattachée à deux raisons intimement liées : d'abord, l'époux doit des aliments à son épouse, parce qu'elle se consacre entièrement à lui et à ses enfants, et parce que la prééminence du mari sur sa femme dépend de l'entretien matériel selon les termes mêmes du Coran<sup>396</sup>.

Cette obligation s'inscrit donc dans la division traditionnelle du travail entre les sexes : à l'homme revient l'obligation de travailler et d'entretenir sa famille et à la femme, celui de s'occuper du ménage et des enfants. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'enquête réalisée par N.Rebaoui Essefi. En réponse à la question sur la répartition des tâches ménagères, une jeune étudiante tunisienne juge que : « Chacun son rôle. Je ne suis pas contre l'idée qu'un homme fasse le ménage ou la cuisine, mais en principe, c'est mon rôle à moi »<sup>397</sup>. Du côté masculin, « [...] les hommes [interrogés] se disent sensibilisés aux valeurs de partenariat, tout en admettant que la socialisation reçue dans

---

<sup>393</sup> Article 50 du Code.

<sup>394</sup> Article 23 al.4 du Code et article 52.

<sup>395</sup> M.Charfi, «Droit de l'homme, droit Musulman et droit Tunisien» (1983) R.T.D à la p.411.

<sup>396</sup> Selon le verset 34, chapitre 4 du Coran : «Les hommes ont autorité sur les femmes, en vertu de la préférence que Dieu a accordée sur elles, et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien».

<sup>397</sup> N.Rebaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.310.

leur milieu familial ne les prépare pas à s'y conformer »<sup>398</sup>. En effet, dans une famille, les garçons sont généralement peu sollicités pour participer aux travaux ménagers, puisqu'il revient "naturellement aux filles" d'aider leur mère.

Il faut signaler que les ressources propres de l'épouse n'entrent pas en ligne de compte pour alléger le devoir d'entretien économique qui pèse sur le mari<sup>399</sup>. Cependant, notons que le Code a innové sur ce plan. Selon la première version de l'article 23, le mari est dans l'obligation d'entretenir sa famille : « [...] le mari fait face aux charges du ménage », mais l'épouse « y contribue si elle a des biens ». Il s'agit donc d'une faculté de participer et non d'une obligation. D'ailleurs, la jurisprudence a toujours envisagé la contribution de l'épouse comme secondaire et facultative : « Cette contribution signifie une simple aide en cas de besoin [...] Le fait pour la femme de travailler et de percevoir un salaire ne dispense pas le mari de l'entretien de l'épouse »<sup>400</sup> [notre traduction]. La participation de l'épouse n'intervenait donc qu'en cas de grande nécessité. Or depuis la modification de l'article 23, en 1993, « [...] la femme doit contribuer aux charges du ménage si elle a des biens ». Cette innovation, qui oblige l'épouse à contribuer aux charges de sa famille au même titre que son mari, marque une véritable rupture avec le droit musulman.

Néanmoins, une certaine ambiguïté entoure cette innovation. D'un côté, la contribution de l'épouse aux charges de la famille est devenue obligatoire mais, d'un autre

---

<sup>398</sup> *Ibid.*, à la p.311.

<sup>399</sup> Sauf s'il est prouvé que le mari est indigent.

<sup>400</sup> Cass.civ., arrêt n°5116 du 9 juin 1981, Bull.cass 1981 à la p.141-142..

côté, le législateur a maintenu des dispositions qui vont à l'encontre de cette réforme. En effet, la femme qui « [...] assure sa subsistance de ses propres deniers en attendant de se pourvoir contre le mari absent, peut exercer un recours contre lui »<sup>401</sup>. En outre, l'obligation d'entretenir les enfants est une charge qui incombe encore essentiellement au mari<sup>402</sup>. Par ailleurs, au cas où il y a plusieurs créanciers alimentaires et « [...] que celui qui les doit ne peut pas les leur servir à tous, l'épouse est appelée avant les enfants et ces derniers avant les ascendants »<sup>403</sup>.

En principe, cette innovation devrait remettre en question la jurisprudence. Pourtant, depuis cette réforme, le seul arrêt que nous avons retrouvé et qui traite, en partie, de la pension alimentaire, ne fait que confirmer le caractère masculin de l'obligation d'entretien : « [...] la pension alimentaire est une obligation qui pèse sur le mari envers sa femme »<sup>404</sup>. L'obligation de la femme de contribuer aux charges de la famille n'a pas la même force contraignante que celle de l'époux !

Quelle que soit la portée exacte de cette innovation, le fait que la femme doive assumer la charge de sa famille avec son époux, impose une révision des règles inégalitaires de la succession<sup>405</sup>. En effet, l'exclusion des femmes du fardeau financier avait servi à légitimer la prééminence du mari en

---

<sup>401</sup> Article 41 du Code.

<sup>402</sup> Voir la sous-paragraphe 2 aux pp.218-225, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

<sup>403</sup> Article 53 du Code.

<sup>404</sup> Cass.civ., arrêt n°791 du 14 juin 2000, ministère de la Justice, cour de cassation [non publié].

<sup>405</sup> Voir la sous-paragraphe 1 aux pp.232-242, pour l'analyse de cette question.

matière successorale ainsi que son autorité au sein de sa famille. Le législateur tunisien, a institué le caractère obligatoire de la contribution financière des femmes mais, a omis de tirer les conséquences d'un tel choix, notamment le régime de communauté des biens ou celui de la société d'acquêts<sup>406</sup>. Si l'on admet que l'épouse est tenue de participer aux charges de la famille, tous les biens possédés par l'un ou l'autre des conjoints, durant le mariage, devraient être considérés comme le fruit de leur apport commun. En cas de dissolution du mariage, il serait normal que ces biens soient partagés entre les deux époux. Or, sous le régime légal de séparation des biens, et malgré la contribution financière de la femme aux charges du ménage, c'est le mari qui récolte l'ensemble du patrimoine, puisque, en général, c'est en son nom que les biens ont été acquis.

Ainsi, on peut dire que cette nouvelle mesure législative n'a pas bouleversé la réalité. À l'heure actuelle, la survie de la famille dépend officiellement de l'apport financier de deux partenaires. Cette nouvelle obligation, introduite par la réforme de l'article 23 du *Code*, n'est en fait que la reconnaissance d'une pratique ancrée dans la vie des familles tunisiennes. D'ailleurs, voici quelques exemples des positions exprimées par des citadines âgées de moins de 44 ans, à propos de la gestion du budget familial :

- Chacun assume certaines dépenses ; les achats, on les fait ensemble ;
- J'achète tout moi-même, il me donne un budget auquel j'ajoute mon salaire ;
- On ne met pas notre argent ensemble, chacun prend en charge une partie des dépenses ;

---

<sup>406</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.242-248, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

-Participation égale aux dépenses communes ;<sup>407</sup>

Chez le groupe de femmes âgées de 44 à 50 ans, «[...] c'est l'homme qui est responsable des dépenses ». On constate également « [...] une position classique chez les femmes d'origine rurale, qui attribuent à l'homme le devoir de pourvoir aux besoins de la famille [...] l'apport des femmes n'est que complémentaire et facultatif »<sup>408</sup>.

Reste que tant dans la première que la deuxième version, on évoque seulement des contributions financières ; le travail des femmes dans l'espace privé n'est pas qualifié et, moins encore, valorisé. Or, l'activité des femmes au sein du foyer doit être considérée comme une forme de contribution aux charges du ménage. D'autant plus que leur apport au quotidien peut être une source importante d'économies pour la famille. Mais, conformément aux usages et à la coutume, cette contribution non comptabilisée fait partie des devoirs conjugaux imposés aux femmes.

Cependant, bien qu'il importe de souligner l'apport important du travail féminin au foyer, il faut éviter de cantonner leurs énergies à ce seul espace. Nos craintes sont justifiées par l'énoncé du discours des islamistes, toutes orientations confondues, qui valorisent uniquement l'activité des femmes au foyer, en rappelant qu'il n'y a pas de plus noble métier que de s'occuper de son mari et de ses enfants. Les femmes sont conçues pour rester à la maison et pour gérer la vie privée, et il appartient aux hommes de travailler à l'extérieur. Donc, le fait de sortir de l'ombre ce travail

---

<sup>407</sup> N.Rebaaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.315.

<sup>408</sup> *Ibid.*

invisible des femmes, se veut une affirmation de la pluralité de la contribution des épouses et non une limitation de leur participation. Aussi bien celles qui exercent un travail rémunéré que celles qui ne s'occupent que de leur foyer contribuent à l'entretien de leur famille.

Ajoutons qu'en contrepartie de l'obligation d'entretien, le mari détient le pouvoir de fixer le domicile conjugal. L'épouse doit donc habiter avec son conjoint au domicile élu par ce dernier.

### **Sous-paragraphe 2 : La cohabitation**

La cohabitation est « [...] une obligation conjugale essentielle, elle est la finalité principale poursuivie par le mariage et par conséquent la source des droits et devoirs conjugaux des deux époux »<sup>409</sup>. Cependant, ce devoir n'a été ni prévu ni défini expressément par le Code. C'est la jurisprudence qui l'a souvent considéré comme « le devoir fondamental né du mariage »<sup>410</sup>, se basant, en cela, sur la qualité de chef de famille du mari, sur l'ancien devoir d'obéissance qui incombait à l'épouse et enfin, en référence à la coutume<sup>411</sup>. Conformément à la jurisprudence, la cohabitation peut être considérée comme « une communauté de vie dans un même habitat. »<sup>412</sup>. En effet,

---

<sup>409</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.48.

<sup>410</sup> Cass.civ., arrêt n°3855 du 25 octobre 1965, (1966) R.J.L à la p.50.

<sup>411</sup> Rappelons-nous que l'article 23 du Code fait référence à la coutume pour traiter des devoirs conjugaux : « Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume ».

<sup>412</sup> R.Verdot, *La cohabitation*, Paris, Dalloz, 1964, à la p.121.

L'élément le plus important qui démontre le lien établi entre les époux, suite à l'acte du mariage, est leur cohabitation sous le même toit, sinon [par le non respect de cette obligation] l'objectif de cette union n'est pas atteint<sup>413</sup> [notre traduction].

La cohabitation reste ainsi « [...] la manière pudique de désigner les rapports sexuels »<sup>414</sup>. La relation charnelle a été mise en avant par la cour de cassation, qui atteste que : « [...] l'un des importants piliers du mariage et des obligations réciproques entre les époux, est la réalisation des rapports sexuels »<sup>415</sup>. Cela paraît rejoindre les dispositions de l'article 23 du Code qui renvoie déceimment les époux à la coutume pour remplir leurs devoirs conjugaux<sup>416</sup>. Ceci dit, il existe une jurisprudence bien établie de la cour de cassation et qui atteste de l'importance de ce devoir : « [...] la cohabitation est une obligation imposée à la femme par application de l'article 23 du Code »<sup>417</sup> [notre traduction], « [...] il est évident que la cohabitation est la plus importante obligation qui pèse sur la femme »<sup>418</sup>, « [...] il est clair que la plus importante obligation qui pèse sur l'épouse est le devoir de cohabiter avec son mari »<sup>419</sup> [notre traduction]. « Les dispositions de l'article 23 du Code obligent l'épouse à

---

<sup>413</sup> Cass.civ., arrêt n°3753 du 8 janvier 1980, Bull.cass 1980 à la p.16.

<sup>414</sup> J.Carbonnier, *Droit civil, la famille*, t.2, Paris, P.U.F, 1993, à la p. 65.

<sup>415</sup> Cass.civ., arrêt n°24219 du 23 janvier 1990, Bull.cass 1990 à la p.149.

<sup>416</sup> Article 23 du Code, *supra* note 163.

<sup>417</sup> Cass.civ., arrêt n°11884 du 4 décembre 1984, Bull.cass 1984 à la p.223.

<sup>418</sup> Cass.civ., arrêt n°4546 du 31 mars 1981, Bull. cass 1989, à la p.178.

<sup>419</sup> Cass.civ., arrêt n°11644 du 13 novembre 1984, Bull.cass 1984 à la p.221.

cohabiter avec son mari dans le domicile de son choix, étant donné qu'il est le chef de la famille »<sup>420</sup> [notre traduction].

Ainsi, le devoir de cohabitation assure la communauté de résidence. Or, en Tunisie, le domicile conjugal se confond avec la résidence du mari. Le choix du domicile conjugal et le devoir de cohabitation sont deux éléments qui s'influencent réciproquement : Il appartient au mari de choisir le domicile conjugal, et l'épouse doit habiter avec lui. Le jour de la célébration du mariage est d'ailleurs marqué par un rituel au cours duquel la jeune mariée quitte le foyer paternel pour se rendre à la maison de son époux. En outre, bien que la cohabitation soit *a priori* un devoir réciproque, il concerne véritablement la femme, puisque c'est le mari qui assure son entretien<sup>421</sup>. À vrai dire, le fondement d'une telle discrimination s'explique par la division traditionnelle entre l'espace domestique, réservé aux femmes, et l'espace public, réservé aux hommes.

Le mari, le principal acteur social du couple, est censé occuper une fonction professionnelle pour subvenir aux charges de sa famille. La résidence de la famille dépend ainsi du lieu où il exerce sa profession : « Attendu que la cohabitation de l'épouse au domicile conjugal, choisi par son mari qui l'a établi en fonction du lieu de son travail, est une obligation tirée de l'article 23 du Code »<sup>422</sup> [notre traduction]. C'est pourquoi, si le mari est obligé de

<sup>420</sup> Cass.civ., arrêt n°3738 de 1994, Ministère de la justice, cour de cassation [non publié].

<sup>421</sup> Rappelons-nous qu'en droit musulman, l'époux peut se marier avec quatre femmes à la fois. Il est donc " normal " que le devoir de cohabitation pèse seulement sur la femme, le mari devant partager ses semaines entre ses quatre femmes.

<sup>422</sup> Cass.civ., arrêt n°17711 du 6 octobre 1987, Bull.cass 1987 à la p.231.

travailler loin du domicile conjugal pour subvenir aux besoins de son épouse, il n'est pas tenu de cohabiter avec elle. C'est ce qui ressort implicitement de l'article 40 du Code : « Si le mari, se trouvant sans ressources, quitte la femme sans lui avoir assuré des aliments et si personne n'y pourvoit durant l'absence, le juge impartit au mari un délai d'un mois pour revenir ; à l'expiration de ce délai, le juge prononcera le divorce, serment préalablement prêté par la femme à l'appui des faits qu'elle invoque ». En d'autres termes, il n'y a jamais abandon du domicile conjugal par le mari tant qu'il subvient aux besoins de sa famille : « [...] l'abandon du domicile conjugal par le mari n'est pas punissable puisque ce dernier n'a pas eu l'intention d'échapper à ses obligations légales »<sup>423</sup>. Tel n'est pas le cas de l'épouse.

### **Sous-paragraphe 3 : La tension entre le droit au travail et l'obligation de cohabitation**

En changeant de résidence, le mari apporte avec lui le domicile conjugal. Partant, l'épouse est toujours tenue de le suivre. Si elle décide de s'établir ailleurs, le mari peut la contraindre à regagner le domicile conjugal, en refusant de l'entretenir, ou bien en demandant le divorce<sup>424</sup>. En effet, l'épouse qui quitte le foyer familial est considérée en situation de violation de ses obligations conjugales. Le manquement à ce devoir, sauf motif légal, a été considéré par la jurisprudence comme un cas de "nouchouz", c'est-à-dire un

---

<sup>423</sup> Cass.pénal, arrêt n°11830 du 23 février 1976, Bull.cass 1976 à la p.174.

<sup>424</sup> Voir la sous-paragraphe 2 aux pp.282-291, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

état de "désobéissance"<sup>425</sup> qui libère le mari de son obligation de payer la pension alimentaire et entraîne le divorce pour préjudice<sup>426</sup>. À titre d'exemples de motifs légaux, citons le cas d'un mari qui impose à sa femme de vivre avec une tierce personne, les mauvais traitements infligés par le mari à l'épouse, ou encore un mari fortuné qui oblige son épouse à résider dans une maison qui ne correspond pas à sa situation financière<sup>427</sup>. Au point que la femme qui ose opter pour une résidence autre que le domicile conjugal, pour une raison non justifiée par le comportement du mari ou les besoins de sa famille, est en situation de violation de ses obligations conjugales. C'est le cas de la femme mariée qui refuse de cohabiter avec son mari, sous prétexte que le foyer conjugal se situe dans un pays ne correspondant pas à ses intérêts professionnels ; elle viole par là son devoir de cohabitation. En pareille situation, il appartient au juge de statuer s'il y a préjudice ou non<sup>428</sup>. Notons que la jurisprudence tunisienne a souvent « [...] considéré que l'épouse est fautive si, pour ne pas perdre son travail, elle refuse de cohabiter avec son mari sur le nouveau lieu du travail de ce dernier »<sup>429</sup> [notre traduction]. De même, la cour de cassation ajoute que : « [...] bien que l'épouse ait le droit de travailler, mais ce droit ne peut prévaloir sur le droit de l'époux que sa femme cohabite

---

<sup>425</sup> L'insubordination de l'épouse se manifeste par le fait de quitter le domicile conjugal sans motif valable et de persister dans le refus de revenir à ce foyer.

<sup>426</sup> Voir S. Ben Halima, « Le divorce pour insubordination de l'épouse » (en arabe) (1973) R.J.L à la p. 11.

<sup>427</sup> Voir le sous-paragraphe 2 aux pp.282-291, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

<sup>428</sup> Si le juge décide qu'il y a préjudice, il peut prononcer le divorce au profit du mari, ce qui entraînera la déchéance du droit de l'épouse à la pension alimentaire.

<sup>429</sup> Cass.civ., arrêt n°3753 du 8 janvier 1980, Bull.cass 1980 à la p.16.

avec lui dans le domicile conjugal »<sup>430</sup> [notre traduction]. Il y a donc sacrifice de l'épanouissement personnel de la femme au profit de la cohésion de la famille. L'égalité des époux quant au droit d'exercer une profession ne semble pas encore admise en droit tunisien. Par conséquent, la femme mariée ne peut exercer une profession que dans la mesure où celle-ci s'accorde avec son devoir de cohabitation ! Cette mesure jurisprudentielle ignore l'évolution des conditions de vie et de travail des Tunisiennes et ce, d'autant plus que depuis les réformes de 1993, le devoir d'obéissance de la femme a disparu et a laissé place à une coopération entre les époux dans la conduite des affaires de la famille.

Cependant, vers la fin des années quatre-vingt, la cour de cassation « [...] ne fait plus de l'obligation de cohabitation la croix que doit porter l'épouse et qui va la réduire à un wagon attelé sauf divorce à la locomotive du mari »<sup>431</sup>. Dans un arrêt datant de 1988, la cour a exigé que : « [...] la nouvelle région où le mari a élu domicile, offre des conditions de soins analogues à celle où était situé le domicile conjugal si l'épouse était atteinte d'une longue maladie »<sup>432</sup>. Ainsi, le mari ne peut pas exercer le droit d'opposition au travail de sa femme d'une manière absolue. Désormais, ce droit est soumis au contrôle du juge, qui prend en considération l'intérêt de la famille et celui de la femme. Le refus de l'épouse de cohabiter avec son conjoint en raison de son travail, n'entraîne donc pas automatiquement le divorce à ses torts. C'est le cas, par exemple, d'une femme qui travaillait avant son mariage, qui poursuivait des études afin

---

<sup>430</sup> *Ibid.*

<sup>431</sup> F.Belknani, « Le mari chef de famille » (2000) R.T.D à la p.84.

<sup>432</sup> Cass.civ., arrêt n°23800 du 12 décembre 1989, Bull.cass 1989 à la p.470.

d'exercer une profession, ou qui a travaillé longtemps durant la vie conjugale<sup>433</sup>. D'ailleurs, la cour de cassation a cassé une décision de la Cour d'appel qui :

[...] a déduit l'existence d'un préjudice du simple refus de la femme de cohabiter avec son mari [...] les juges de fond ne peuvent déclarer la femme en infraction à l'obligation de cohabitation qu'après avoir cherché à connaître les raisons de son refus de suivre le chef de famille. [...] Il faut étudier la question de tous les côtés, notamment le fait que la femme s'est mariée à Sfax [une ville située au Sud tunisien], lieu de naissance de ses enfants et où elle exerce une profession<sup>434</sup>.

De plus, dans un récent arrêt, la cour de cassation<sup>435</sup> a surpris tout le monde en acceptant d'octroyer la pension alimentaire à une épouse ayant refusé de s'installer dans le nouveau domicile de son mari, situé dans une autre ville :

Attendu que la pension alimentaire est une obligation qui pèse sur le mari envers sa femme, et vu que la loi n'édicte aucune condition pour l'application de ce devoir d'entretien qui commence à courir à partir de la consommation du mariage [...] et devant le caractère important de ce devoir qui permet de subvenir aux besoins nécessaires de l'épouse, on ne peut exiger que ce devoir soit lié au respect de la femme de ses obligations<sup>436</sup> [notre traduction].

Cet arrêt, qui est loin de constituer jurisprudence en la matière, est une première dans l'histoire de l'interprétation

---

<sup>433</sup> Voir S. Ben Halima, «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n°20425 du 7 décembre 1988», (1992) R.J.L à la p.57.

<sup>434</sup> Cass.civ., arrêt n°20425 du 7 décembre 1988, (1992) R.J.L à la p.53.

<sup>435</sup> Cass.civ., arrêt n°791 du 14 juin 2000, Ministère de la Justice, cour de cassation [non publié].

<sup>436</sup> Cass.civ., arrêt n°11644 du 13 novembre 1984, *supra* note 171.

des lois par la cour de cassation. Le droit d'entretien a toujours été lié au devoir de cohabitation de l'épouse<sup>437</sup>.

Une remarque s'impose cependant: malgré son importance, cet arrêt n'a pas été publié. Le sort qui lui est réservé cache peut-être un malaise vis-à-vis du principe énoncé par la cour. À vrai dire, nous avons pu mettre la main sur cet arrêt grâce à un collègue juge qui l'a cité pour le dénoncer. D'après lui, il est inadmissible « qu'un mari travaille fort pour gagner sa vie et, par la suite, qu'il doive entretenir une femme qui ne réside même pas sous son toit et qui est sûrement en train de passer ses journées en se promenant »<sup>438</sup>. Ces propos bouleversants sont ceux d'un jeune juge de formation universitaire moderne, qu'on dit porteur des nouvelles idées ! Les juges plus âgés ont reçu, une formation traditionnelle<sup>439</sup> et ils sont encore « [...] attachés au patrimoine historique et fidèles aux préceptes du droit musulman classique »<sup>440</sup>.

Si le choix du domicile conjugal relève de la seule volonté masculine, il n'en reste pas moins que cette décision est déterminante pour les deux époux. Le domicile conjugal n'est pas un simple lieu où s'installe le nouveau couple. C'est un toit où s'établissent deux personnes qui ont décidé ensemble de s'unir pour faire vie commune. Ce choix, qui ne concerne donc pas uniquement le mari, doit se faire en fonction de plusieurs facteurs importants : le domicile

---

<sup>437</sup> Voir la sous-paragraphe 1 aux pp.189-195, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>438</sup> Notre traduction des propos du juge en question.

<sup>439</sup> Il s'agit d'une formation zeitounienne coranique (c'est l'Université de la Zeitouna : la Grande Mosquée qui la dispense).

<sup>440</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.114.

conjugal doit être situé dans un endroit sécuritaire, en ville ou à la campagne, près de leurs milieux de travail et doit correspondre au niveau de vie du couple, etc. L'absence de la participation légale de la femme dans le choix du domicile conjugal constitue une forte atteinte à sa dignité. D'autant plus que la femme joue un rôle économique de plus en plus important dans la société et au sein de la famille, et que selon les réformes de 1993, elle est tenue de subvenir aux charges de sa famille. Une fois de plus, le législateur a omis de tirer les conséquences d'un tel choix (les réformes de 1993).

Heureusement, cette non-participation de l'épouse, sur le plan juridique, est compensée dans la réalité. En effet, le choix du domicile est plutôt le fruit des moyens financiers et des circonstances qui règlent la vie du couple : « Ensemble, on a choisi le terrain et fait l'aménagement. [...] On a choisi nous-mêmes. [...] On n'a pas choisi, c'est la propriété de ses parents. [...] C'est mon mari qui l'a choisi et qui l'a aménagé »<sup>441</sup> : telles sont les réponses données par les quelques Tunisiennes, dans l'enquête de N.Rebaaoui Essefi citée plus haut, à la question concernant l'aménagement du logement. Il semble ainsi que le choix du domicile conjugal ne soit plus en réalité la seule prérogative du mari, l'épouse contribuant de plus en plus fréquemment à la détermination de la résidence familiale. Son choix peut être basé sur ses intérêts professionnels, ce qui est d'ailleurs aujourd'hui très courant.

Tout en sauvegardant la suprématie du mari, le Code a prévu une disposition tirée du droit musulman qui permet aux

---

<sup>441</sup> N.Rebaaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.320.

Tunisiennes de se protéger grâce à la possibilité de conclure des conventions annexes au mariage<sup>442</sup>.

**Sous-paragraphe 4 : La clause atténuante de la suprématie masculine**

Ainsi, selon l'article 11 du Code « [...] peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non-réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, ce mariage peut être dissous par le divorce ». Il ressort ainsi que les époux peuvent insérer dans l'acte de mariage toute clause relative à leur personne ou à leurs biens. Grâce à cet article, les femmes peuvent se prémunir contre l'hégémonie du mari dans la relation conjugale.

En tant que chef de famille, le mari peut dans certains cas limiter des droits reconnus à son épouse ; il peut par exemple, s'opposer à ce que sa femme exerce une profession. C'est pourquoi, pour sauvegarder le droit à la profession, l'épouse désireuse de continuer à travailler ou de commencer à travailler après le mariage a intérêt à insérer une telle clause. Les femmes peuvent également apporter une limitation à la liberté du mari de choisir le domicile conjugal. Pour éviter de vivre dans une ville lointaine, ou d'avoir à cohabiter avec sa belle famille, par exemple, la Tunisienne gagnera à utiliser l'article 11.

De même, cet article lui permet de protéger les biens acquis après le mariage. Conformément au droit musulman, la

---

<sup>442</sup> L'article 21 du Code prévoit la nullité de l'union qui comporte une clause contraire aux fondements du mariage.

séparation des biens est le régime matrimonial légal en Tunisie. À l'époque, il semblait protéger les intérêts des femmes, puisque le mari n'avait aucun droit sur les biens de l'épouse. Les revenus provenant de son travail ou d'un héritage échappaient donc à son contrôle. Cependant, ce régime ne tient pas compte de la contribution des femmes dans l'accumulation des richesses familiales tout au long de la vie conjugale. Au quotidien,

Les femmes contribuent souvent, soit avec leur propre argent, soit par leur travail au foyer (prise en charge des tâches ménagères, éducation des enfants) à l'acquisition d'un logement pour la famille. Dans 99% des cas, ce logement est acquis au nom du mari. D'où l'avantage pour les femmes de prévoir dans le contrat de mariage une clause faisant de tout logement familial acquis pendant la vie commune, la propriété à part égale de la femme et du mari<sup>443</sup>.

Mais depuis 1998, les époux peuvent opter pour la communauté des biens selon la loi n°98-91 du 9 novembre 1998, relative au régime de la communauté des biens entre époux. En absence d'un tel choix, c'est la séparation totale des biens qui s'applique automatiquement<sup>444</sup>.

Bien que l'article 11 offre la possibilité d'atténuer la suprématie du mari, en fait, d'après l'observation de quelques praticiens, le recours à cette clause est très rare. Les Tunisiennes ne profitent pas de ce mécanisme, soit par ignorance, soit parce que c'est contraire à l'atmosphère qui règne entre les époux lors de la conclusion du mariage, ou bien parce qu'il est impensable que la femme minimise

---

<sup>443</sup> A.Charif Chamari, *La mariage*, Tunis, Alif, 1995, à la p.43.

<sup>444</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.242-247, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

(publiquement) le pouvoir marital. Mais cette technique, qui a toujours existé en droit musulman, a souvent été utilisée dans le passé. Souvenons-nous de la fameuse clause kairouanaise qui interdisait la polygamie<sup>445</sup>.

En somme, il est clair que l'égalité entre les époux n'est pas encore atteinte. Le mariage n'est pas conçu comme l'union de deux partenaires égaux et une certaine hiérarchie continue à gouverner la vie de couple.

En effet, le Code renvoie à l'usage et à la coutume pour la définition des composantes des devoirs conjugaux des époux : « Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume » ( le nouvel article 23 alinéa 2) . Nous savons que la tradition est basée sur l'inégalité des sexes et qu'elle perpétue l'image d'une société patriarcale où le foyer est présenté comme l'univers des femmes alors que les hommes assument le travail à l'extérieur de l'espace domestique. D'ailleurs, la jurisprudence se fondait sur le devoir d'obéissance dû par la femme au mari, chef de famille, et sur la coutume et les usages pour imposer à l'épouse le devoir de cohabitation. La femme se trouvait donc dans l'obligation de suivre son mari dans une autre ville s'il devait changer de résidence, en dépit de ses intérêts professionnels.

Néanmoins la modification de l'article 23, supprimant le devoir d'obéissance et l'introduction d'une certaine logique associative dans la relation conjugale constitue une réforme importante qu'il ne faut pas minimiser. Par cette

---

<sup>445</sup> Voir la sous-section 2 à la p.76, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

modification, le législateur vient d'ouvrir une brèche dans la suprématie masculine, car pouvoir de direction et obligation d'entretien sont étroitement liés : le mari dirige car il entretient<sup>446</sup>. L'idée de partage est maintenant introduite. Une conception qui n'a pas été une révélation pour la société tunisienne familiarisée depuis longtemps avec l'idée d'une femme qui contribue aux charges du ménage, « [...] mais qui le faisait souvent dans l'ombre de son époux pour préserver une apparence d'autorité à celui-ci en tant que chef de famille »<sup>447</sup>. Le travail féminin est une réalité qui s'est imposée au fil des ans, pour finir par devenir une activité nécessaire pour les Tunisiennes<sup>448</sup>, et une exigence pour la survie des familles.

#### **Paragraphe 2 : La puissance paternelle**

La supériorité de l'homme au sein de l'organisation familiale subsiste également à travers la puissance tutélaire qu'il détient vis-à-vis de ses enfants, l'obligation alimentaire et l'attribution du nom aux enfants. En effet, le Code du statut personnel, dans sa première version<sup>449</sup>, consacre la suprématie sans limite du père. La femme, en qualité de mère, doit s'incliner devant lui.

---

<sup>446</sup> Cette autorité maritale tire ses fondements du verset 34, chapitre 4 du Coran qui précise que «les hommes ont autorité sur les femmes, en vertu de la préférence que Dieu a accordée sur elles, et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien».

<sup>447</sup> A.Darghouth Medimegh, *Droits et vécu de la femme en Tunisie*, Lyon, Hermès, 1991 à la p.48.

<sup>448</sup> Voir *infra* note 494.

<sup>449</sup> En matière d'autorité parentale, le Code a connu deux modifications, l'une survenue en 1966, la loi n°66-49 du 3 juin 1966, J.O.R.T juin 1966, et la deuxième en 1993, la loi n°93-74 du 12 juillet 1993 concernant la modification de quelques articles du Code, J.O.R.T 1993.

### **Sous-paragraphe 1 : La garde et la tutelle**

Conformément au droit musulman, le droit tunisien distinguait et distingue toujours la garde de la tutelle. La garde comprend le devoir de protéger l'enfant et de lui donner soins et tendresse : « [elle] consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure » (article 54 du Code). À vrai dire, la garde (*hadhana*) :

[...] est dans la conception classique l'action de porter, de couvrir, de prendre dans ses bras, de protéger, elle est conçue comme le prolongement du devoir d'allaitement. [...] Limitée aux soins matériels, la garde est une fonction féminine maintenue dans la dépendance de la tutelle qui est, elle, réservée au seul père de son vivant<sup>450</sup>.

Jusqu'en 1966, année de la réforme de la tutelle, la mère partage avec le père la garde des enfants tant que le mariage dure<sup>451</sup>. Seul le père, néanmoins, exerce la tutelle. En cas de séparation, la mère obtient la garde de l'enfant en bas âge mais c'est le père<sup>452</sup> qui demeure tuteur et dispose du pouvoir de direction, puisque l'enfant « [...] doit être materné par sa mère et éduqué et surveillé par son père »<sup>453</sup>. Les femmes sont considérées comme étant mieux qualifiées que les hommes pour assurer la garde. N'est-ce pas leur rôle naturel de s'occuper des enfants? Lors de la promulgation du Code, toujours en conformité avec le droit musulman, le législateur a fixé un

---

<sup>450</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.24.

<sup>451</sup> Selon l'article 51, « La garde appartient durant le mariage aux père et mère ».

<sup>452</sup> Évidemment, le parent qui n'a pas obtenu le droit de garde jouit du droit de visite.

<sup>453</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.24.

ordre bien établi des personnes qui pouvaient obtenir la garde de l'enfant, et a favorisé la mère et la lignée maternelle<sup>454</sup>.

Quant au père, il peut réclamer, comme le recommande le droit musulman, le transfert de la garde de son fils lorsqu'il atteint l'âge de sept ans et de sa fille, à partir de ses neuf ans<sup>455</sup>. La cour d'appel a ainsi décidé que lorsque : « [...] un enfant a dépassé l'âge limite de la garde, il est normalement transféré à son père si ce dernier le réclame, à moins que le juge estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de rester avec sa mère »<sup>456</sup> [notre traduction]. L'établissement d'un âge limite pour la garde maternelle est une prescription conforme au droit musulman puisque « [...] les auteurs musulmans, unanimes sur la question, considéreraient que l'enfant, dans son jeune âge, avait plus besoin de sa mère que de son père »<sup>457</sup>. Il faut comprendre que la garde, telle que présentée ici, correspond plutôt à une société musulmane. Dans une famille polygamique, il est normal que durant le mariage, ce soit la mère qui s'occupe de son enfant. De même, avec la dissolution du mariage, le choix de la mère comme gardienne s'explique

---

<sup>454</sup> L'article 57 du Code dans sa version initiale attribuait la garde des enfants, en bas âge, en premier lieu à la mère, mais si la mère était décédée ou si elle refusait de garder son enfant, il y avait une liste des personnes pouvant se charger de cette obligation. Cette liste était constituée essentiellement des femmes ayant des liens avec la mère ou avec le père. Ainsi, en premier lieu, la garde est attribuée à la mère, ensuite la grand-mère maternelle, la tante maternelle, la tante maternelle de la mère, la tante paternelle de la mère, la grand-mère paternelle, etc.

<sup>455</sup> Selon l'article 67 ancien : « Avant l'âge de sept ans pour les garçons et neuf ans pour les filles, l'enfant doit rester chez les titulaires du droit de garde. Il sera fait droit à la demande du père qui, après ce délai, aura réclamé le transfert de l'enfant chez lui à moins que le juge n'estime préférable son maintien chez le titulaire de la garde ».

<sup>456</sup> Jugement d'appel civil n°56433 du 11 décembre 1963, cité par M.H.Chérif, *supra* note 48 à la p.231.

<sup>457</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.262.

toujours par la structure polygamique de la famille. Rappelons que la garde se limitait à l'éducation physique de l'enfant en bas âge. C'est ainsi que :

Le sexe féminin sera dépourvu de tout pouvoir d'éducation envers l'enfant, puisque le père seul est tuteur de son enfant, il n'est pas possible de penser que la *hadane* [c'est à dire la garde] ait signification de responsabilité de la gardienne au delà des soins matériels<sup>458</sup>.

Le législateur tunisien, en reprenant le concept de la garde, semble avoir oublié qu'il est issu d'un système familial de droit tout à fait différent de celui qu'il a établi. D'ailleurs, il va se reprendre par la suite, en adoptant des réformes de nature à affaiblir ce lien avec le droit musulman. Grâce à la loi du 3 juin 1966<sup>459</sup>, le législateur est intervenu pour rompre avec la dévolution légale du droit de garde, et a abrogé la liste des dévolutaires. Dorénavant, c'est l'intérêt de l'enfant qui est devenu le seul critère de l'attribution ou de la déchéance de la garde, en cas de divorce des parents<sup>460</sup> : « Si le mariage est dissous du vivant des époux, la garde est confiée, soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne. Le juge en décide en prenant en considération l'intérêt de l'enfant » (article 67 alinéa 3). C'est par application de ce principe que le tribunal de première instance de Grombalia le 7 mars 1977 affirme que « [...] la question de la garde est considérée comme une question qui intéresse l'ordre public car l'intérêt de

---

<sup>458</sup> J.Ladjili, «Recherche d'une responsabilité égale des pères et mères dans la garde de l'enfant en droit tunisien» (1980) R.T.D à la p.232.

<sup>459</sup> La loi n°66-49 du 3 Juin 1966, J.OR.T juin 1966.

<sup>460</sup> Divorcés, les parents peuvent régler l'attribution de la garde par un accord commun. En cas de décès de l'un des parents, la garde est confiée au survivant (article 67 alinéa 1 du Code).

l'enfant est le seul pris en considération sans l'intérêt d'aucun autre »<sup>461</sup>.

De même, le législateur prévoit quelques conditions relatives au gardien. Selon les dispositions de l'article 58, le titulaire de la garde doit être « [...] sain d'esprit, honnête, capable de pourvoir aux besoins de l'enfant, indemne de toute maladie contagieuse ». Le titulaire du droit de garde de sexe masculin doit avoir, en outre, une femme qui assure les charges de la garde. Le législateur présume ainsi que seule une femme peut s'occuper convenablement d'un enfant. D'ailleurs, il ajoute que la titulaire de la garde doit être de la même religion que le père. Lorsqu'elle est de confession différente, son droit de garde ne peut s'exercer que si l'enfant a moins de cinq ans et s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il soit élevé dans une autre religion que celle de son père (article 59 du Code). Cependant, cette restriction ne s'applique pas lorsque c'est la mère qui est la gardienne. La différence de religion ne peut l'empêcher de s'occuper de son propre enfant (article 59 alinéa 2 du Code), à moins qu'il ne soit prouvé que la mère étrangère ne vit pas en Tunisie :

[...] l'article 59 [...] raisonne sur le cas de la mère vivant dans un milieu tunisien donc sur le cas d'une mère qui serait immergée dans un milieu où les appels à la prière se font entendre grâce à des hauts parleurs 5 fois par jour y compris à 4 heures du matin sans parler des mille et une manifestations de la religion musulmane alors que chez la mère, en Europe, cette présence des signes extérieurs de l'Islam disparaîtrait, ce qui serait de nature à éloigner l'enfant de cette religion surtout si sa mère ne fait rien pour l'en rapprocher<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> Trib. 1<sup>ère</sup> instance, Grombalia du 7 mars 1977, (1978) R.T.D à la p.95.

<sup>462</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.112.

D'ailleurs, c'est ce qui explique le rejet, par les juges tunisiens, des demandes d'*exequatur* de décisions rendues par les juridictions étrangères confiant la garde de l'enfant à la mère non musulmane vivant à l'étranger, au motif que :

[...] l'exécution d'un jugement de divorce d'une étrangère de son mari Tunisien [...] et l'attribution de la garde du fils à cette femme, alors que le père habite à Tunis, est contraire à l'ordre public tunisien qui est constitué notamment par l'appartenance à la nation arabe et à la religion musulmane <sup>463</sup>[notre traduction].

Ajoutons que d'après l'article 61 du Code <sup>464</sup>, le titulaire de la garde ne peut pas changer la résidence de l'enfant, de telle manière qu'il devient difficile pour le tuteur d'exercer ses prérogatives qui consistent à surveiller l'éducation de l'enfant, et à l'envoyer à l'école. Notons que l'ancienne version de l'article 58, contenait une disposition très sévère pour la mère puisqu'elle exigeait que la titulaire de la garde ne soit pas mariée : « [...] la titulaire de sexe féminin doit être non mariée à moins que le mari soit parent à un degré prohibé de l'enfant ou tuteur de celui-ci ». D'ailleurs, la cour de cassation a appliqué à la lettre cette restriction et a annoncé, qu'« Il est exigé que la titulaire de garde ne soit pas mariée »<sup>465</sup> [notre traduction]. De même, cette cour n'a pas hésité à retirer le droit de garde à une mère qui a osé se marier : « Si la titulaire de la garde s'est mariée avec un homme qui n'est pas parent à un degré prohibé,

<sup>463</sup> Cass.civ., arrêt n°7422 du 3 juin 1982, Bull.cass. 1982, à la 143.

<sup>464</sup> « Si celui qui a la garde de l'enfant change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit. » article 61 du Code

<sup>465</sup> Cass.civ., arrêt n°2300 du 31 mars 1964, Citée par M.H. Chérif, supra note 48 à la p.217.

son droit à la garde de son enfant est déchu »<sup>466</sup> [notre traduction]. Ainsi, une femme dont la vie de couple est rompue, se retrouve dans l'impossibilité de se remarier sous peine de perdre la garde de son enfant. Le rôle de la mère a donc plus d'importance aux yeux du législateur que son bonheur. Toutefois, le législateur intervient en 1981 pour nuancer cette condition qui pèse sur la femme : la titulaire de la garde doit toujours être non mariée « [...] sauf si le juge estime le contraire dans l'intérêt de l'enfant »<sup>467</sup>. Désormais, en cas de divorce, la mère titulaire de la garde de son enfant ne voit plus ce droit déchu dès qu'elle conclut un nouveau mariage. Il appartient au juge de décider si c'est dans l'intérêt de l'enfant de le laisser vivre avec sa mère.

Passons maintenant à la puissance tutélaire dont dispose le père : « La tutelle dérive de la filiation et reste une prérogative du père »<sup>468</sup>. Ainsi, lors de la promulgation du Code, elle appartient de droit au père et ne s'éteint que par son incapacité ou son décès. Même en cas de divorce et lorsque c'est la mère qui a la garde, c'est au père que revient le droit de tutelle. Cette autorité paternelle s'exerce, en fait, sur la personne et sur les biens. La tutelle personnelle se résume dans l'obligation d'entretenir économiquement ses enfants et le devoir de les éduquer et de consentir à leur mariage. Pour ce qui est de la tutelle patrimoniale, le père a le droit de représenter, de gérer et d'administrer les biens propres de ses enfants mineurs<sup>469</sup>.

---

<sup>466</sup> Cass.civ., arrêt n°308 du 1 mars 1977, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.218.

<sup>467</sup> Article 58 du Code, modifié d'après la loi n°81-7 du 18 février 1981, J.O.R.T 1981, à la p.334.

<sup>468</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.23.

<sup>469</sup> La tutelle cesse automatiquement lorsque l'enfant (fille ou garçon) atteint l'âge de la majorité, qui est de vingt ans révolus

La tutelle n'est pour ainsi dire jamais accordée en même temps aux deux parents. Avant l'intervention du législateur en 1981, du vivant du mari, la tutelle est exercée pleinement par lui. À son décès, la tutelle revient au plus proche parent mâle du côté du père. Conformément aux dispositions du droit musulman, le législateur de 1956 considère la tutelle comme une prérogative appartenant exclusivement au père ou, à défaut, au tuteur testamentaire. La possibilité, pour la mère, de se faire désigner comme tutrice, n'est admise qu'en vertu d'une décision judiciaire ou d'une volonté testamentaire du mari<sup>470</sup>. Toutefois, cette conformité aux règles du droit musulman va disparaître, petit à petit, à travers les réformes adoptées en 1981 et en 1993. Depuis la réforme de 1981, en effet, le législateur accorde automatiquement la tutelle des enfants à la mère après le décès du mari, ou en cas d'incapacité du père<sup>471</sup>. Mais le droit de la mère d'être tutrice légale de ses enfants « [...] sommeille pour ainsi dire »<sup>472</sup>, puisqu'il ne lui est accordé qu'à titre exceptionnel. Le législateur :

[...] introduit entre les deux parents une importante forme d'égalité devant les charges tutélaires, mais la mère n'a qu'un rôle supplétif ; elle ne peut être tutrice qu'en raison du décès ou d'incapacité du père pendant le mariage, mais aussi en cas de divorce<sup>473</sup>.

---

(article 157 du Code). Pour la tutelle sur les biens, le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge pour accomplir certains actes, tels que la vente.

<sup>470</sup> L'ancien article 154 du Code prévoyait que : « Le juge doit nommer un tuteur pour l'enfant sans père ni tuteur testamentaire ».

<sup>471</sup> Par exemple, au cas où le père est condamné à l'emprisonnement ferme.

<sup>472</sup> M.F.Planiol et G.Ripert, *Droit civil*, t.1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1934, à la p.309.

<sup>473</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.52.

L'éloignement des règles du droit musulman va s'accroître suite aux réformes de 1993. Le législateur introduit la logique associative dans la famille et permet à la mère de participer en matière de tutelle, même en cas de non décès ou d'incapacité du père. Désormais, durant le mariage, la mère collabore avec le père à l'exercice de certains des attributs de l'autorité parentale. Elle donne son consentement au mariage de ses enfants mineurs<sup>474</sup>, de même qu'elle coopère à la direction morale et matérielle de la famille<sup>475</sup>. Cette collaboration consiste à prendre, avec le père, certaines décisions relatives à l'éducation des enfants, comme le choix de l'établissement d'enseignement, ou aux loisirs (voyage) ou à la gestion de leurs biens. Cette participation à la gestion des biens des enfants mineurs est une innovation, car c'est une charge qui pesait jusque-là sur le père, seul tuteur légal<sup>476</sup>. En outre, la mère gardienne dispose dorénavant de quelques prérogatives tutélaires. Ainsi, en 1993, le législateur ajoute un quatrième alinéa à l'article 67 du Code qui dispose que « : Au cas où la garde de l'enfant est confiée à la mère, cette dernière jouit des prérogatives de la tutelle en ce qui concerne les voyages de l'enfant, ses études et la gestion de ses comptes financiers ». Par cette réforme, le Code remédie à des situations de fait difficiles. Auparavant, à la suite d'un divorce, la mère gardienne ne pouvait accomplir des actes usuels dérivant de la tutelle sans avoir une autorisation du père, qui détenait tous les pouvoirs tutélaires. Aujourd'hui, la mère gardienne peut agir seule

---

<sup>474</sup> Article 6 du Code modifié par la loi du 12 juillet 1993.

<sup>475</sup> Selon le nouvel article 23 du Code : « Ils coopèrent pour la conduite des affaires de la famille, la bonne éducation des enfants, ainsi qu'à la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions financières. ».

<sup>476</sup> D'ailleurs, l'ancien article 8 dispose que le tuteur doit être de sexe masculin, sain d'esprit et majeur.

pour gérer les comptes financiers de ses enfants, pour accomplir les actes que nécessitent les voyages de l'enfant et ses études<sup>477</sup>.

Par ailleurs, le juge peut :

[...] confier les attributions de la tutelle à la mère qui a la garde de l'enfant, si le tuteur se trouve empêché d'en assurer l'exercice [par exemple maladie grave], fait preuve de comportement abusif dans sa mission, néglige de remplir convenablement les obligations découlant de sa charge, ou s'absente de son domicile et devient sans domicile ou pour toute cause portant préjudice à l'intérêt de l'enfant<sup>478</sup>.

Sans vouloir minimiser l'importance d'une telle réforme, nous constatons que « La tutelle légale accordée à la mère, même si elle est en nette progression par rapport à la situation antérieure, ne consacre pas une stricte égalité entre l'homme et la femme en la matière »<sup>479</sup>. En effet, en raison de sa double qualité de chef de famille et de tuteur légal, c'est au père qu'il appartient de décider s'il y a désaccord entre lui et son épouse, lors de la gestion des affaires de leurs enfants. Par contre, en matière de consentement au mariage du mineur, cette union «[...] est subordonné[e] au consentement de son tuteur et de sa mère. En cas de refus du tuteur ou de la mère et de persistance du mineur, le juge est saisi »<sup>480</sup>.

---

<sup>477</sup> Auparavant, par exemple, la mère ne pouvait ni ouvrir un compte bancaire pour son enfant, ni demander un passeport.

<sup>478</sup> Article 67 nouveau du Code.

<sup>479</sup> A. Cherif Chamari, *Femme et loi en Tunisie*, Casablanca, Le Fennec, 1991 à la p.59.

<sup>480</sup> Article 6 du Code.

Ainsi, pour conclure le mariage d'un enfant mineur, le législateur a exigé le consentement de la mère en plus de celui du père tuteur<sup>481</sup>. À vrai dire, le recours à la tutelle matrimoniale a pour objectif, de contourner l'incapacité juridique du mineur. Dans la pratique, cela intéresse plutôt les filles pour lesquelles l'âge matrimonial est fixé à 17 ans, alors que pour les garçons, l'âge est de 20 ans révolus<sup>482</sup>. Ainsi, la mère a le droit de consentir au mariage de son enfant mineur. En cas de décès ou d'incapacité du père, l'article 154 du Code prévoit néanmoins que la mère est tutrice légale de l'enfant mineur mais sous réserve de l'article 8 du Code: « Consent au mariage du mineur le plus proche parent agnat. Il doit être sain d'esprit, de sexe masculin, majeur »<sup>483</sup>. Du vivant des parents, l'enfant mineur a donc besoin de l'accord de son père et de sa mère pour se marier. En cas de décès ou d'incapacité de la mère, seul le consentement du père suffit. En revanche, si c'est le père qui est décédé ou devenu incapable, le mineur pour se marier doit obtenir l'accord de sa mère et celui du plus proche parent agnat.

Il faut dire que « le législateur a su dans la réforme de 1993 sauvegarder les apparences de l'attachement aux institutions du droit musulman »<sup>484</sup>. En effet, en droit

---

<sup>481</sup> *Ibid.*

<sup>482</sup> L'âge de la majorité est de 20 ans révolus. Voir la sous-section 2 aux pp.252-261, ci-dessous pour l'analyse de cette question.

<sup>483</sup> Les agnats sont : «Ceux qui sont unis par une parenté établie par des personnes de sexe masculin comme le père, le frère du père, le fils d'un frère ou le petit-fils nés de ce dernier, l'oncle paternel, son fils et son petit fils», J.Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la Méditerranée, droit romain, droit musulman*, Tunis, Centre d'études de recherches et de publications, 1990, à la p.609.

<sup>484</sup> F.Belkani, *supra* note 431 à la p.80.

musulman une femme ne marie pas une femme<sup>485</sup>. D'autre part, ce modèle de famille musulmane, où le lien agnatique est dominant, ne correspond pas à la réalité de la structure familiale tunisienne d'aujourd'hui qui est plutôt nucléaire : « Il est vraiment difficile de comprendre pourquoi on a conservé cette institution agnatique dans un nouveau cadre largement ouvert sur un type de famille conjugale »<sup>486</sup>.

C'est dans de telles conditions que l'obligation d'entretien due aux enfants, incombe en priorité au père. Selon le nouvel article 23 : « Le mari en tant que chef de famille doit subvenir aux besoins de l'épouse et de ses enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire ».

#### **Sous-paragraphe 2 : L'obligation alimentaire**

Le droit des enfants aux aliments est fondé sur la filiation paternelle. Il s'agit d'une obligation paternelle d'entretien. D'ailleurs, l'article 47 du Code<sup>487</sup> établit une hiérarchie des débiteurs d'aliments. En premier lieu, c'est le père qui est tenu de subvenir aux besoins de sa progéniture, la mère ne l'est que subsidiairement. En effet, elle ne prend la relève qu'en cas d'indigence du père ou de décès<sup>488</sup>. Évidemment, en cas de décès du père, la mère qui en

---

<sup>485</sup> Voir la Section 1 à la p.70, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>486</sup> B.Ferchichi, *La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans le droit marocain et tunisien comparés*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1983, à la p.241.

<sup>487</sup> L'article 47 dispose qu'« En cas d'indigence du père, la mère est appelée, avant le grand-père, pour servir des aliments à ses enfants ».

<sup>488</sup> *Ibid.*

a les moyens sera tenue d'entretenir ses enfants. En cas d'indigence de la mère, cette obligation passe à la charge du grand-père paternel<sup>489</sup>.

Toutefois, du vivant du père, la mère peut le remplacer si le besoin s'en fait sentir. Si le père est apte physiquement et mentalement à travailler mais se trouve provisoirement sans emploi, la mère qui en a les moyens est tenue de subvenir aux besoins de ses enfants. Elle dispose d'un recours contre son mari, si ce dernier trouve du travail plus tard ou acquiert des biens par donation ou succession, par exemple. Par contre, si le mari est dans l'impossibilité d'effectuer un travail rémunéré, à cause d'une infirmité permanente, par exemple, la mère qui en a les moyens est obligée d'entretenir ses enfants. Elle n'a aucun recours contre son mari, à moins que la situation financière du père s'améliore.

Il est clair que l'obligation maternelle d'entretien reste conditionnée par l'indigence du père. C'est pourquoi un jugement qui a obligé une mère divorcée à assurer partiellement l'entretien de sa fille, a été cassé par la cour de cassation :

Le fait d'obliger la mère à assumer la moitié de la pension alimentaire de sa fille, au motif qu'elle travaille, est une violation des articles 46 et 47 du Code, qui font peser sur le père en priorité l'obligation d'entretien des enfants, la mère n'étant tenue qu'en cas de son indigence<sup>490</sup> [notre traduction].

---

<sup>489</sup> *Ibid.*

<sup>490</sup> Cass.civ., arrêt n°22695 du 23 mai 1989, (1993) R.J.L à la p.59.

Ainsi, il existe une contradiction certaine entre l'obligation paternelle de subvenir aux besoins des enfants et l'article 23 du Code, qui dispose que : « [...] l'épouse doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens ». L'entretien des enfants ne constitue t-il pas une des charges de la famille ?

Quoi qu'il en soit, l'obligation alimentaire reste une responsabilité paternelle. Selon l'ancien article 46, « L'ascendant, à quelque degré qu'il appartienne, doit des aliments à ses descendants jeunes et incapables de gagner leur vie ». Fidèle au droit musulman, le législateur distingue entre les fils et les filles. En effet, le père est tenu de subvenir aux besoins de sa fille « [...] jusqu'au moment où elle sera à la charge du mari et du fils, jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 16 ans et devienne capable de gagner sa vie ». En retenant le mariage de la fille comme date de dispense du père de son obligation d'entretien, alors que, pour le fils, l'âge de 16 ans<sup>491</sup> signe la fin des responsabilités financières paternelles à son égard, le Code montre à nouveau son attachement aux règles de droit musulman<sup>492</sup>.

Cependant, cette version de l'article 46 du Code pose deux problèmes: le premier concerne le cas du garçon, qui

---

<sup>491</sup> En principe, le garçon de moins de 16 ans peut subvenir à ses besoins. Selon l'article 53 du Code du travail, les enfants (filles ou garçons) qui ont dépassé l'âge de 15 ans peuvent travailler dans les établissements industriels. Par contre, d'après les articles 55 et 56 du Code de travail, l'enfant de 13 ans peut être employé dans l'agriculture ou le secteur tertiaire, pour des travaux légers. Enfin, selon l'article 2 de la loi relative à la situation des employés de maison, du 1 juillet 1956, à partir de l'âge de 14 ans, l'enfant peut être embauché comme employé de maison.

<sup>492</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.82-84, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

ayant dépassé l'âge de 16 ans, poursuit ses études ou est atteint d'une infirmité mentale ou physique. À cet égard, la cour de cassation a imposé au père l'obligation de subvenir aux besoins de son fils, en dépit du fait qu'il ait dépassé l'âge de 16 ans. Elle a assimilé le fait de poursuivre des études à un cas d'incapacité de gagner sa vie, puisque c'est le diplôme qui va aider l'adolescent à trouver un emploi : « [...] il s'est avéré que le fils Kamel a dépassé l'âge de 16 ans et rien ne prouve qu'il est incapable de gagner sa vie, surtout qu'on n'a rien [dans le dossier de cet affaire] qui démontre que Kamel poursuit encore ses études »<sup>493</sup> [notre traduction].

En revanche, toutes ces questions ne se posent pas pour la fille, car elle n'a besoin de se prévaloir ni de son bas âge ni de son incapacité de gagner sa vie ; elle a droit aux aliments jusqu'au moment où elle passe à la charge de son mari. On peut en déduire que si la fille ne se marie pas, elle reste toujours à la charge de son père. Une telle disposition coïncidait avec la réalité de la société tunisienne à l'aube de l'indépendance. Les femmes étaient alors majoritairement analphabètes et étaient confinées à la maison, de telle sorte que la question de leur droit aux aliments était centrée sur le mariage. Toutefois, peu à peu, les Tunisiennes ont accédé à l'enseignement scolaire et sont entrées massivement sur le marché du travail<sup>494</sup> : certaines sont donc non seulement capables de subvenir à leurs propres

---

<sup>493</sup> Cass.civ., arrêt n°6991 du 6 janvier 1970, (1970) R.J.L à la p.551.

<sup>494</sup> En 1966, les Tunisiennes représentaient 6,1 % de la population active, alors qu'en l'an 2000, elles représentent 24,6 %. Tunisie, ministère de la Femme et de la Famille, *La femme et l'homme en Tunisie, en chiffres*, Publication du C.R.E.D.I.F, 2001, à la p.46.

besoins, mais elles contribuent aussi aux charges de la famille. D'ailleurs, la cour de cassation a noté ce changement et a fini par l'admettre dans ses jugements. C'est ainsi qu'« [...]entretenir sa fille qui est célibataire et qui ne travaille pas, est une obligation qui incombe au père, et il ne peut y déroger sauf si elle se marie ou si elle n'est plus dans le besoin »<sup>495</sup> [notre traduction].

Le législateur intervient en 1993 pour instaurer d'autres limites plus proches de la réalité. Ainsi, selon la nouvelle version de l'article 46, « [...] les aliments continuent à être servis aux enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité »<sup>496</sup>. S'ils poursuivent leurs études, les enfants ont droit aux aliments tant qu'ils n'auront pas dépassé l'âge de vingt-cinq ans. Par contre, seule « [...] la fille continue à avoir droit aux aliments tant qu'elle ne dispose pas de ressources ou qu'elle n'est pas à la charge du mari »<sup>497</sup>. Tout en prolongeant la durée de cette obligation pour les enfants des deux sexes, le législateur a donc décidé de fournir une autre protection aux filles. Ainsi, cette réforme législative a perpétué la discrimination entre les sexes, de sorte que la fille âgée de plus de vingt ans, qu'elle soit étudiante ou non, a droit aux aliments jusqu'au moment de son mariage où le mari est tenu de pourvoir à son entretien, à condition qu'elle ne dispose pas de ressources. En principe, donc, la capacité de gagner sa vie ne suffit pas à elle seule pour priver la fille de son droit aux aliments<sup>498</sup>. D'ailleurs, il appert que

---

<sup>495</sup> Cass.civ., arrêt n°11877 du 19 février 1985, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.179.

<sup>496</sup> L'âge de la majorité légale est fixé à vingt ans.

<sup>497</sup> Article 46 nouveau du Code.

<sup>498</sup> Malgré le fait que la cour de cassation a déjà déchargé, depuis 1984, un père de son obligation vis à vis de sa fille. Voir *supra* note 495 et le texte correspondant.

les filles sont mieux traitées que les infirmes, puisque ces derniers ne peuvent bénéficier des aliments que s'ils sont incapables de gagner leur vie : « [...] les aliments continuent également à être servis aux enfants handicapés incapables de gagner leur vie, sans égard à leur âge »<sup>499</sup>. Donc, l'infirmité mentale ou physique à elle seule, ne suffit pas pour justifier la continuité de l'obligation d'entretien au-delà de la majorité : il faut que l'enfant soit inapte à travailler.

À vrai dire, loin des textes juridiques, la majorité des familles tunisiennes entretiennent leurs enfants, de sexe masculin ou de sexe féminin, le temps nécessaire pour qu'ils finissent leurs études et trouvent un emploi. Ajoutons que «[...] l'importance du diplôme en tant que moyen de promotion sociale pousse les parents à subvenir plus longtemps aux besoins matériels de leurs enfants. L'accès aux tribunaux ne se fera donc, la plupart du temps, qu'à travers la discorde des parents »<sup>500</sup>.

À notre sens, cette attitude protectrice du législateur s'explique par le fait que la Tunisie est encore une société patriarcale basée sur la suprématie masculine. L'homme doit être fort et responsable ; par contre, la femme appartient au sexe faible qui a toujours besoin d'être protégé. Or, qu'en est-il de la réalité ? Est-ce que l'homme règne vraiment en chef de famille ? Ou assiste-t-on à une collaboration au quotidien entre la femme et son mari ? Cette notion existe-t-elle seulement dans le Code ? À la question de savoir si les femmes se considèrent comme les égales des hommes ou non dans la prise de décision, les « [...] réponses [des personnes

---

<sup>499</sup> *Ibid.*

<sup>500</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.18.

interviewées] sont nuancées. Oui, l'homme est chef de famille certes, mais l'avis de la femme ou de la mère est déterminant »<sup>501</sup> puisque le dialogue semble être le moyen auquel recourent de plus en plus les couples tunisiens : «[...] on se concerta, on fait tout ensemble. [...] on prend toutes les décisions ensemble. »<sup>502</sup>. Du côté de l'unique homme ayant participé à l'enquête, son attitude appuie ce qui a été dit précédemment : « [...] il existe une égalité qui est consacrée dans la discussion et les échanges, nous réfléchissons ensemble pour déterminer nos futurs choix »<sup>503</sup>. Aussi trouve-t-on des femmes « [...] qui érigent l'homme en unique chef de famille en raison du rôle économique qu'il assume en exclusivité. Celles en revanche qui participent à l'alimentation du budget familial ou encore, les jeunes étudiantes ou célibataires, estiment que la présidence de la famille est bicéphale »<sup>504</sup>. Lorsque le mari est le principal pourvoyeur de revenus, les femmes semblent donc légitimer sa position de chef de famille. Mais dès qu'il s'agit de femmes qui travaillent ou qui ont un niveau d'éducation universitaire, elles remettent en cause cette suprématie masculine : « [...] plus tard, je prendrai des décisions importantes en l'absence de mon mari, certes, il sera le chef de la famille mais pas l'unique »<sup>505</sup> remarque une jeune étudiante; « [...] aujourd'hui l'homme n'est plus chef de famille, puisque la femme participe au revenu, assume des responsabilités avec efficacité »<sup>506</sup>, précise une autre.

---

<sup>501</sup> N.Rebaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.307.

<sup>502</sup> *Ibid.* à la p.303.

<sup>503</sup> *Ibid.*

<sup>504</sup> *Ibid.* à la p.305.

<sup>505</sup> *Ibid.* à la p.304.

<sup>506</sup> *Ibid.* à la p.306.

Le pouvoir économique est donc déterminant pour les Tunisiennes. C'est lui qui leur permet de se sentir égales ou non par rapport à leurs partenaires et qui les motive à prendre part à la prise de décisions. Leur apport quotidien à l'intérieur du foyer n'est pas considéré comme une contribution : « Je ne me vois pas égale à mon mari, étant sans emploi »<sup>507</sup> explique une enquêtée. Ce même argument est repris par une autre : « [...] c'est mon mari qui commande, lui travaille et rapporte de l'argent »<sup>508</sup>.

Finalement, cette puissance paternelle se manifeste aussi à travers le nom de famille et la nationalité des enfants nés du mariage.

### **Sous-paragraphe 3 : La nationalité et le nom de famille**

Jouissant d'un rôle prépondérant dans la famille, le père est donneur de son nom et de sa nationalité à sa progéniture. En Tunisie, conformément à la tradition musulmane, le nom ne se transmet que par le père. En effet, l'homme est « [...] la pierre angulaire de la famille musulmane »<sup>509</sup>. La règle de la transmission du nom du père à son enfant est un principe coutumier non écrit : « C'est une coutume supposée plutôt que légalisée »<sup>510</sup>. Ainsi, en transmettant son nom à son enfant, le père confirme implicitement sa filiation, mais il est aussi tenu de subvenir à ses besoins.

---

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> *Ibid.* à la p.304.

<sup>509</sup> J.Ladjili, «Puissance des agnats, puissance du père : De la famille musulmane à la famille tunisienne» (1972) R.T.D à la p.25.

<sup>510</sup> J.Carbonnier, *Introduction, les personnes*, Paris, P.U.F, 2000, à la p.62.

En outre, la nationalité des enfants est celle du père, sauf s'il donne son accord pour que les enfants acquièrent celle de leur mère. Puisque : « Le facteur le plus important dans l'attribution de la nationalité tunisienne est celui de la filiation »<sup>511</sup>. Pour les enfants issus d'un mariage mixte et nés à l'étranger, et dont la mère est Tunisienne, la nationalité tunisienne peut être transmise à l'enfant dès sa naissance, si la mère le demande et que le père (étranger) donne son accord<sup>512</sup>.

En revanche, aucune mesure légale n'oblige la femme à porter le nom de son époux. D'ailleurs, les actes juridiques de la femme mariée, tels que l'extrait de naissance, doivent être établis obligatoirement en son nom patronymique. Le nom de la femme mariée échappe ainsi à la puissance maritale et reste sous l'autorité paternelle :

Même si avec la colonisation, l'influence occidentale a conduit beaucoup de femmes à porter le nom de leurs époux, il n'en demeure pas moins qu'[aujourd'hui] en Tunisie, c'est conformément aux traditions patriarcales musulmanes, que le nom de famille ne se transmet que par le père à ses enfants<sup>513</sup>.

Ainsi, pour une fois, la passation du pouvoir entre le père et l'époux reste intouchable sur un point. L'épouse, qui par le mariage, subit l'autorité maritale, a l'avantage de garder son nom, qui est celui de son propre père. Cette identification grâce à laquelle elle a l'habitude de se reconnaître, depuis son jeune âge, ne s'efface pas dans le

---

<sup>511</sup> M.Charfi, «L'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la nationalité tunisienne», (1975) R.T.D à la p.77.

<sup>512</sup> Article 12 nouveau du Code de la nationalité.

<sup>513</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.142.

mariage. Donc, cette personnalité qui s'est façonnée, en partie, à partir de ce nom patronymique reste intacte :

[...] le moi de la femme, c'est le nom : elle n'est pas madame X, née Y. Elle est, et le restera toute sa vie, celle qui porte le nom qu'elle a reçu à la naissance. Elle a toute liberté de se donner tout autre nom qui lui plaira, mais aucune loi ne lui permet de se dépersonnaliser à l'avantage du mari<sup>514</sup>.

À vrai dire, nonobstant l'absence de l'obligation de changer son nom de famille à la suite du mariage, les choses ne sont pas aussi simples. Si une femme mariée exige d'être désignée par son nom de jeune fille, elle fera face à de vives interrogations sur l'état de sa relation conjugale<sup>515</sup>! En effet, pour plusieurs, cette revendication identitaire est assimilée à une mésentente dans le couple : « Cette assimilation tendancieuse prend sa source dans l'usage qui veut que la femme reprenne son nom de jeune fille après le divorce »<sup>516</sup>. De plus, le nom auquel s'identifient certaines Tunisiennes dépend parfois du poids même de ce nom. Par exemple, si la position sociale ou financière de l'époux est meilleure que celle de sa propre famille, l'épouse va essayer d'afficher cette nouvelle position en s'identifiant grâce au nom de son époux. Évidemment, l'inverse est aussi vrai. Par contre, si une Tunisienne appartient à "une bonne famille"<sup>517</sup> et se marie avec un homme ayant les mêmes origines ou même de

---

<sup>514</sup> M.A.Lahbabi, *Le personnalisme musulman*, Paris, P.U.F, 1967, à la p.78.

<sup>515</sup> Nous avons vécu personnellement cette expérience.

<sup>516</sup> C.Bejourou et D.Thouvenin, «Le nom de la femme mariée», dans Roger, N., dir., *Mariage et famille en question*, Paris, CNRS, 1979, T.2, à la p.222.

<sup>517</sup> Cette expression est fréquemment utilisée en Tunisie pour évoquer un certain statut social. Cette qualification peut dépendre du poids financier de la famille, ou de la notoriété des parents dans certains domaines.

meilleures, certaines Tunisiennes vont choisir d'afficher les deux noms. Ainsi, c'est la position sociale qui détermine le choix du nom de certaines femmes.

Bref, nous constatons que le législateur a consacré des solutions traditionnelles du droit musulman, lequel accordait au mari une double puissance en matière conjugale et paternelle, mais également est intervenu à plusieurs reprises pour atténuer cette prééminence. Reste que l'homme demeure le chef de la famille. Cette situation est donc identique à celle de la relation entre les époux entre eux, que nous avons étudiée plus haut : les époux coopèrent, mais le mari est chef de famille ; ici, les parents codirigent, mais le père est tuteur.

#### **Sous-section 2 : L'aménagement des rapports pécuniaires**

La prééminence de l'homme tunisien se traduit par ailleurs à un autre niveau. Il s'agit de la relation pécuniaire entre époux qui concerne, essentiellement, la vocation successorale et le régime matrimonial. Tout en consacrant les dispositions du droit musulman, qui privilégie, à ce stade l'époux, le législateur a tenté d'introduire certaines modifications de nature à estomper quelques inégalités, sans toutefois toucher les bases de ces rapports. N'oublions pas que ces deux domaines sont régis par des règles claires tirées du Coran. C'est ce que nous allons découvrir dans les paragraphes suivants.

### **Paragraphe 1 : Les inégalités successorales des femmes**

En matière de succession, le Code est resté fidèle au droit musulman « [...] en raison d'un donné scripturaire détaillé précis et clair ne pouvant laisser place à des innovations sous couvert d'interprétation »<sup>518</sup>. Le 13 août 1956, le Code reprend les dispositions du droit musulman. Ce n'est qu'en 1959 que le législateur intervient pour introduire quelques innovations. Notons qu'en 1957, le *habous* est supprimé. Rappelons qu'il s'agissait d'une façon d'exhérer les femmes du patrimoine familial au profit des hommes.

Le Code a ainsi consacré le privilège de la masculinité. À égalité de degré et dans les mêmes conditions, l'héritier reçoit une part double de celle de l'héritière. Cette discrimination juridique constitue un obstacle important dans la marche vers l'égalité des Tunisiennes. Pourtant, la réglementation musulmane en ce domaine a bouleversé les pratiques ancestrales qui prévalaient dans l'Arabie préislamique. Étant donné le rôle important qu'ils occupaient dans la pérennité et la défense de la société tribale et guerrière, seuls les hommes et les parents agnatiques jouissaient de la qualité d'héritier<sup>519</sup>. Les femmes étaient totalement exclues du partage de l'actif successoral. Le Coran intervient alors en appelant certaines femmes à la succession. Par ailleurs, le texte sacré a déterminé de façon précise la part revenant à ces nouvelles héritières, afin d'éviter toute manœuvre cherchant à les évincer de la succession, mais réserve aux hommes une situation privilégiée : les hommes ont le droit au double de la part des

---

<sup>518</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.265.

<sup>519</sup> J.Ladjili, *supra* note 509 à la à la p.32.

femmes, chaque fois qu'ils interviennent dans une succession, à concurrence du même degré de parenté. Cette règle est justifiée, en droit musulman, par les charges qui pèsent exclusivement sur les hommes au sein de la famille : l'obligation de payer une dot et le devoir d'entretien économique : « [La femme] ne touche que la moitié de la part d'un mâle. Mais cette injustice-là est compensée par le fait que l'épouse est dotée par son mari et n'a pas à subvenir aux frais du ménage. Il y a là une très importante compensation »<sup>520</sup>.

Le législateur tunisien a quasiment repris l'ensemble des dispositions coraniques en matière de succession. Mais étant donné la complexité des règles successorales, et pour éviter d'entrer dans des détails qui nous éloigneraient de notre sujet, nous proposons d'aborder les grandes lignes du droit tunisien, en lien avec l'épouse, la fille et la mère.

Tout d'abord, il faut signaler qu'en droit musulman, le testament est pratiquement exclu. La faculté de disposer librement de ses biens n'est pas admise. En effet, « [...] la volonté humaine ne joue aucun rôle dans les successions musulmanes. La notion de famille agnatique prime la volonté individuelle »<sup>521</sup>. Il faut respecter l'ordre préétabli par le Coran. Cependant, une certaine marge de liberté est laissée au Musulman. Il lui est permis de disposer du tiers de ses biens. Les deux autres tiers sont partagés exclusivement entre les membres de sa famille. « Le choix d'une succession

---

<sup>520</sup> G.H.Bousquet, *Précis du droit musulman*, Alger, Maison du livre, 1963, à la p.29.

<sup>521</sup> J.Ladjili, *supra* note 509 à la p.31.

ab intestat permet le maintien du patrimoine au sein de la famille, avec des priorités entre ses membres »<sup>522</sup>.

Conformément aux règles du droit musulman, le législateur prévoit dans l'article 89 du Code que « Les personnes successibles sont de deux sortes : les héritiers réservataires et les héritiers agnats (*aceb*). Les successeurs agnats (*aceb*) «[...] sont les héritiers mâles rattachés au défunt par un mâle, sans que la lignée soit interrompue par une femme»<sup>523</sup>. Ce sont des héritiers universels, en ce sens qu'ils recueillent ce qui reste de la succession une fois les héritiers réservataires pourvus de leur part, ou encore, toute la succession s'il n'y a pas d'héritiers réservataires<sup>524</sup> : car ils constituent "la vraie famille"<sup>525</sup> et n'ont donc pas de quote-part prévue par la loi. Il s'agit alors de ceux qui avaient vocation successorale durant la période préislamique. Leurs successeurs sont classés par ordre de priorité<sup>526</sup>, donc ceux qui sont dans les premières classes évincent les suivants. Premièrement, on trouve les descendants mâles (les fils) : en second lieu, le père ; troisièmement, les ascendants et les frères : en quatrième place, les descendants mâles des frères germains et consanguins ; en cinquième classe, les oncles germains et leurs descendants et au sixième rang, le Trésor public.

Les héritiers réservataires, appelés successeurs (*fardh*), « [...] ont un droit à des quotes-parts fixées par la loi elle-

---

<sup>522</sup> *Ibid.*, à la p.32.

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> L'article 114 du Code précise que «l'héritier universel hérite de la totalité de la succession lorsqu'il est seul».

<sup>525</sup> L.Milliot et F.-P. Blanc, *supra* note 63 à la p.471.

<sup>526</sup> Article 115 du Code.

même ; leur quote-part varie en fonction du nombre et de la présence d'autres héritiers mais elle reste toujours déterminée par la loi. La succession leur est différée en premier lieu »<sup>527</sup>. Il s'agit « [...] d'une catégorie hétérogène, on y trouve des parents par les hommes, des parents par les femmes et le conjoint survivant »<sup>528</sup>. Ce sont : le père et la mère, le conjoint survivant, la fille et la petite-fille, le grand-père paternel, les grand-mères paternelle et maternelle, la sœur germaine<sup>529</sup>, la sœur consanguine<sup>530</sup>, le frère et la sœur utérins<sup>531</sup>. Leur part varie de la moitié au sixième de la succession.

#### **Sous-paragraphe 1 : Les parts réservées à certaines femmes dans la succession**

##### **A. L'épouse et la mère**

Le mariage valide donne lieu, pour les conjoints, à une vocation successorale réciproque. L'épouse est une héritière réservataire qui ne peut jamais être totalement évincée. Entre époux, on hérite donc l'un de l'autre, mais différemment selon qu'il y a progéniture ou non. Ainsi, selon l'article 93 du *Code*, le mari a droit à la moitié du patrimoine de son épouse si le couple n'a pas d'enfant et au quart des biens, s'il y a des descendants<sup>532</sup>. Par contre, l'article 95 du *Code* prévoit que l'épouse bénéficie d'un huitième de la succession si son mari a laissé des enfants. En l'absence de

---

<sup>527</sup> K.Meziou, « Incapacités, succession et libéralités » *Juris-Classeur du droit comparé* 1997, 8. à la p.12.

<sup>528</sup> *Ibid.*, à la p.13

<sup>529</sup> Même père, même mère.

<sup>530</sup> Même père, mères différentes.

<sup>531</sup> Même mère, pères différents

<sup>532</sup> Article 94 du *Code*.

descendants, elle a droit à un quart du patrimoine<sup>533</sup>. Ces différentes dispositions reprennent à la lettre les solutions édictées par le Coran<sup>534</sup>.

Cependant, en 1959, le législateur introduit une réforme de nature à modifier les parts successorales des époux<sup>535</sup>. Il s'agit d'une réforme révolutionnaire, qui profite à la femme en ce sens qu'une héritière réservataire pourra évincer de la succession certains héritiers agnats par eux-mêmes.

Il s'agit de la technique de "*radd*", c'est-à-dire le retour qui est un « [...] mécanisme en vertu duquel dans une succession où il n'y a pas d'héritier agnat, la totalité de la succession est partagée entre les héritiers réservataires »<sup>536</sup>. Dans ce cas, les héritiers réservataires voient leur part successorale augmenter proportionnellement à leurs quotes-parts initiales. Par cette méthode, l'épouse survivante peut espérer, si elle est l'unique héritière, recevoir la totalité de la masse successorale de son conjoint décédé.

Selon l'article 143 bis du Code, « En l'absence d'héritiers agnats (Aceb), et chaque fois que la succession n'est pas entièrement absorbée par les héritiers réservataires

---

<sup>533</sup> *Ibid.*

<sup>534</sup> «Il vous revient la moitié de ce que laissent vos épouses si elles n'ont pas d'enfant. Si elles ont des enfants, vous avez alors le quart de ce qu'elles laissent après déduction d'un legs de leur part ou acquittement d'une dette. Elles ont droit au quart de ce que vous laissez si vous n'avez point d'enfant. Si vous avez des enfants, elles ont alors droit au huitième de ce que vous laissez après déduction d'un legs de leur part ou acquittement d'une dette», verset 12, chapitre 4 du Coran.

<sup>535</sup> Loi n° 59-77 du 19 juin 1959, J.O.R.T. 1959.

<sup>536</sup>J.Roussier, «Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit Tnisien» (1959-1960) *Studia Islamica*, à la p. 133.

(Fardh), le reste fait retour à ces derniers et est réparti entre eux proportionnellement à leurs quotes-parts ».

En 1956, le législateur n'avait pas voulu s'éloigner des prescriptions coraniques en matière de succession ; il n'avait alors pas retenu le principe de retour (*radd*) par conformité aussi avec l'école malékite qui a ignoré ce principe. Ainsi, en l'absence de parents agnats (*aceb*) et après le prélèvement des parts des réservataires, le reste de la succession devait être versé au Trésor public. Mais dès 1959, s'inspirant de l'école hanafite, le Code va adopter cette technique non seulement au profit de l'épouse mais également des filles et des petites-filles de la lignée paternelle à l'infini, qui bénéficieront désormais du reliquat de la succession même en présence d'héritiers agnats tels que les frères du défunt, les oncles paternels et leurs descendants ainsi que le Trésor public (143 bis alinéa 2 du Code ).

Quant à la mère : elle hérite, s'il n'y a pas de descendants, du tiers du patrimoine à condition que le défunt n'ait ni frère ni sœur. En présence de descendants, elle n'a droit qu'à un sixième.

La grand-mère maternelle : elle est exclue de la succession par la présence de la mère du défunt (et non par le père). Elle a droit au sixième du massif successoral si elle est seule. En présence de deux grands-mères, elles se partagent le sixième.

La grand-mère paternelle : elle ne peut avoir une vocation successorale qu'en cas d'absence du père et de la mère du défunt. Dans ce cas, elle hérite du sixième de l'actif successoral.

## B. La fille

La fille unique hérite de la moitié des biens, mais s'il y a plusieurs filles, elles se partagent les deux tiers du patrimoine. En revanche, en présence de frère(s), elles deviennent héritières (*aceb*) et leur part n'est plus fixée d'avance, mais correspond à la moitié de la part de leur frère.

Grâce à la modification du *Code* en date de 1959, le législateur a néanmoins fait prévaloir la fille unique sur l'agnat : « [...] la fille ou les filles, la petite-fille de la lignée paternelle à l'infini bénéficient du retour du surplus, même en présence d'héritiers (*aceb*) par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants, ainsi que du Trésor », tel que le dispose l'article 143 bis alinéa 2 du *Code*.

La fille recueillera ainsi les biens de son père au détriment de ses oncles, de cousins et du Trésor public. Les biens échapperont alors à la famille agnatique. Ainsi :

En introduisant dans le Droit Tunisien l'idée que la classe des descendants prime celles des collatéraux, même si elle n'est représentée que par une femme, la loi nouvelle ébranle les fondements les plus sûrs du droit successoral musulman<sup>537</sup>.

Il faut dire que cette réforme a été acceptée sans résistance, puisque c'est « [...] une mesure de nature à tranquilliser les pères de filles uniquement, sur le sort de

---

<sup>537</sup> *Ibid.*, à la p.135.

leurs biens après leur décès »<sup>538</sup>. Manifestement, les Tunisiens préfèrent donc laisser la totalité de leur succession à leurs filles plutôt que d'en laisser une partie aux frères. Ceci illustre d'ailleurs le passage de la famille élargie vers la famille conjugale. Chose certaine, nous sommes en présence d'un mécanisme qui a érodé le statut privilégié de la lignée paternelle au profit des épouses et des filles.

En outre, législateur a adopté une deuxième réforme au profit des descendants du défunt. Il s'agit du legs obligatoire<sup>539</sup> :

Les enfants, garçons ou filles, d'une personne qui décède avant ou en même temps que leur aïeul ou leur aïeule bénéficient d'un legs obligatoire équivalent à la part successorale qu'aurait recueillie leur père ou leur mère s'ils étaient restés vivants, sans que cette part puisse dépasser le tiers de l'actif successoral<sup>540</sup>.

En effet, en droit successoral musulman, les petits-enfants n'ont pas la qualité d'héritiers de leur grand-père, si leur père ou mère sont déjà décédés. Pour remédier à cette injustice le législateur a instauré le legs obligatoire, : « [...] une institution par laquelle la loi se substituant au de *cujus* accorde aux enfants d'une personne prédécédée une part dans la succession au lieu et place de leur auteur suivant certaines conditions »<sup>541</sup>.

---

<sup>538</sup> S.Ben Halima, *supra* note 364 à la p.115.

<sup>539</sup> Suivant en cela les législateurs égyptien, syrien et marocain, Voir J.Roussier, *supra* note 536 à la p.122 et suivants.

<sup>540</sup> Article 191 du Code, ajouté par la loi n 59-77 du 19 juin 1959, J.O.R.T 1959.

<sup>541</sup> K.Meziou, *supra* note 528 à la p.16.

Désormais, sans distinction de sexe, les filles et les garçons peuvent hériter la part de leur père ou mère, si celui-ci ou celle-là venait à décéder prématurément. Ils bénéficient de la part successorale revenant normalement à leur père ou mère si lui ou elle était resté vivant. Ce procédé a permis d'aboutir à la représentation successorale.

Tout en confirmant son rattachement aux règles successorales du droit musulman, le législateur a tenté d'innover dans le cas de quelques prérogatives, sans toutefois porter atteinte au principe de base de la succession : à vocation successorale identique, l'homme reçoit une part double de celle de la femme. « Mais, le législateur, avec l'utilisation qu'il fait de la technique "radd" [et le legs obligatoire] ose faire ce qu'aucun autre législateur arabo-musulman n'a fait, il transforme une règle successorale énoncée clairement dans le Coran lui-même »<sup>542</sup>.

En outre, il y a eu une tentative d'instaurer l'égalité successorale entre frère et sœur, élaborée en 1974. Il s'agit d'un projet de loi des finances de 1974, qui contenait une disposition budgétaire, accordant un avantage fiscal à toute personne qui, de son vivant, procéderait à un partage égalitaire entre filles et garçons. La réaction fut violente à la Chambre des députés :

[...] car n'était-ce pas une hérésie que d'appeler un musulman à tester en faveur de ses héritiers pour lesquels Coran et Hadith avaient prévu la règle de partage. Le ministre des Finances dut alors retirer l'article, au grand soulagement de la députation<sup>543</sup>.

<sup>542</sup> K.Meziou, *supra* note 263 à la p.267.

<sup>543</sup> N.Omrane, «Héritage : L'égalité des sexes en débat» (2001) Réalités au para. 11, en ligne : Tunisie information<<http> :

Il faut dire que la succession relève du droit, mais aussi des pratiques sociales, et la réalité révèle que les Tunisiens sont partagés entre une avancée dans ce domaine et le maintien des règles ancestrales<sup>544</sup>. En effet, surtout à la campagne, on assiste, parfois, à un détournement des règles successorales dans le but d'évincer les Tunisiennes de la possession des terres agricoles. Il s'agit d'un « [...] transfert emblématique aux héritiers mâles de la terre ou de la demeure paternelle, [...] Bref, de tout bien marqué du sceau patronymique et devant rester dans la famille »<sup>545</sup>. Par ailleurs, les femmes réclament de plus en plus leur part dans la succession lorsqu'elles se trouvent évincées, lésées ou exclues. Certaines vont même en justice pour revendiquer leurs droits.

Il est certain que la société tunisienne continue, dans sa majorité, à se référer au Code pour régler la question successorale. Mais l'on observe aussi l'apparition de nouvelles pratiques sociales qui privilégient les femmes dans la succession. Certains maris font appel à la donation ou à une vente pour protéger leurs épouses, ou pour faire bénéficier leurs filles d'une part égale à celle dont hériteront les garçons. Ces pratiques restent certes limitées, mais suggèrent un certain changement des mentalités tunisiennes.

---

[://www.tunisieninfo.com/realites/femmes.html/](http://www.tunisieninfo.com/realites/femmes.html/) (date d'accès : 03 février 2002).

<sup>544</sup> Notons, qu'il n'existe aucune étude consacrée au transfert des propriétés par le biais de la succession.

<sup>545</sup> N.Omrane, *supra* note 543 au para.24.

La philosophie de la succession en islam se base sur une certaine notion du partage des droits et des devoirs entre les sexes. Le droit musulman impose à l'homme seul l'obligation de subvenir aux besoins de sa famille et de payer une dot. Ce n'est pas le cas pour la femme, qui dispose librement de son argent et n'est tenue d'entretenir ni son mari ni ses enfants. La charge financière détermine donc les parts successorales. Cette justification n'a cependant plus sa raison d'être vu les transformations que connaît aujourd'hui la société tunisienne. Les femmes jouent un rôle de plus en plus important dans le développement économique du pays et participent réellement à l'entretien du ménage par le travail qu'elles effectuent, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur de l'espace familial. D'ailleurs, on l'a vu depuis l'amendement de l'article 23 du *Code*, « [...] la femme doit contribuer aux charges de ménage si elle a des biens ». De plus, la dot est devenue symbolique. Cela dit, en droit successoral tunisien, continuer à justifier l'infériorité de la femme en référence aux charges financières, est un leurre. Des réformes du statut successoral de la femme s'imposent, à la lumière des nouveaux choix que le législateur a adoptés.

L'heure est venue de mettre fin à cette injustice en matière d'héritage. Le législateur, qui n'a pas hésité à ébranler les fondements du droit musulman<sup>546</sup> par l'interdiction de la polygamie et de la répudiation, de même qu'en autorisant l'adoption, ne s'est contenté d'introduire que deux réformes en matière successorale.

---

<sup>546</sup> Voir la Partie II, Chapitre II, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

Désormais, il appartient aux femmes de crier haut et fort pour instaurer l'égalité dans la succession. La revendication d'une telle égalité figure ainsi parmi les réclamations de quelques mouvements féministes en Tunisie<sup>547</sup>. Mais faut-il passer par les textes de loi pour imposer une égalité successorale ? Ou vaudrait-il mieux, cette fois-ci, que les efforts se concentrent sur le changement des mentalités des Tunisiens et Tunisiennes afin que la mutation soit enracinée dans la société avant d'être consacrée par la législation ? Surtout si on considère certaines pratiques observées jusqu'à nos jours en Tunisie :

[...]dans certaines régions à céréales (Nord), les mâles prenaient toujours leurs dispositions pour s'attribuer exclusivement les fonds de terre, en indemnisant les épouses et les filles au moyen de biens mobiliers, bétails ou somme d'argent, dont la valeur et l'importance est nettement inférieure à celle de leurs droits d'hérédité [...]. Dans d'autres régions (Sahel), les filles lorsqu'elles se marient, renoncent presque toujours à leurs droits d'héritage au profit de leurs frères germains, quelquefois celui des consanguins, mais jamais à celui des utérins<sup>548</sup>.

Ces méthodes de ségrégation, dont quelques Tunisiennes sont toujours victimes perpétuent l'inégalité entre les sexes. Le fait que des femmes, de leur propre gré, cèdent encore leur part à leur frère, montre que nous restons en présence d'une société patriarcale obéissant toujours au principe de

---

<sup>547</sup> Tels que, et surtout, l'Association tunisienne des femmes démocrates (ATFD) et l'Association des femmes tunisiennes universitaires pour la recherche et le développement (AFTURD).

<sup>548</sup> K.Chérif et I.Marzouk, «Les facteurs socio-culturels défavorisant les femmes en matière de succession» dans *La non-discrimination à l'égard des femmes, entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, Tunis, Centre d'Études, de Recherches et Publications de l'Université de Tunis, 1989, à la p.319.

supériorité des hommes sur les femmes. Il appert que les Tunisiennes se soumettent :

[...] à des logiques "parcellaires" dans certains de leurs comportements faute d'une représentation générale (chacune ayant intériorisé certaines valeurs et normes pour définir un mode de vie, une façon d'être). [...] Les valeurs léguées par la tradition et les coutumes ancestrales restent toujours présentes et confirment en matière de la succession la supériorité de l'homme<sup>549</sup>.

D'ailleurs, si on jette un coup d'œil aux réponses fournies par les femmes dans l'enquête menée par Najoua Rebaaoui Essefi, à propos de la parité successorale dans l'avenir, on constate que « [...] la majorité [des Tunisiennes] ne prévoit pas de changement à ce propos car la loi est d'origine divine »<sup>550</sup>. Mais, tout de même, certaines croient qu'il y aura une mutation grâce à une évolution des textes de loi. On constate donc que chez les Tunisiennes, seule la loi est capable d'introduire des modifications : « [...] il n'est pas impossible qu'il y ait une loi pour que l'héritage soit réparti également entre filles et garçons. [...] On voudrait bien qu'il y ait égalité entre hommes et femmes. Inch-Allah [si Dieu le veut] qu'il y aura des lois et des changements dans ce sens »<sup>551</sup>. Une seule femme a fait référence à un changement possible dans la société grâce à la transformation des mentalités et non par le biais des lois, rappelant ainsi « [...] que rien n'empêche de partager équitablement l'héritage et que cela se pratique déjà dans certaines familles »<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> *Ibid.* à la p.320.

<sup>550</sup> N.Rebaaoui Essefi, *supra* note 279 à la p.358.

<sup>551</sup> *Ibid.*

<sup>552</sup> *Ibid.*

Bref, la parité successorale n'est pas pour demain<sup>553</sup>. La société tunisienne est marquée par une contradiction bien enracinée. D'un côté, pour expliquer la timidité des réformes entreprises en matière successorale, le législateur s'appuie sur les convictions religieuses de la population ; de l'autre, en pratique, ces règles sacrées ont été contournées par quelques Tunisiens afin d'évincer les femmes de la succession. Une telle attitude est semblable aux comportements des Tunisiens qui à la veille de l'indépendance, ont eu recours au (*habous*)<sup>554</sup> pour les mêmes fins!

## **Paragraphe 2 : Le régime matrimonial**

Une fois de plus, fidèle au droit musulman, le *Code* consacre la séparation des biens comme régime matrimonial légal. Ainsi, la femme mariée jouit de son droit de gérer son patrimoine d'après l'article 24 du *Code* qui précise que « [...] le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de sa femme ». Le principe de la capacité juridique de la femme est édicté par l'article 7 du *Code des obligations et des contrats* : « Est majeur aux effets de la présente loi, tout individu de sexe masculin ou féminin âgé de vingt ans révolus »<sup>555</sup>.

Durant la vie commune, chacun des époux conserve la propriété exclusive de ses biens et a la charge des dettes

---

<sup>553</sup> Même, si la Tunisie a ratifié la Convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>554</sup> Rappelons qu'il s'agit d'une pratique qui consiste à évincer les femmes de la succession, voir la sous-section 3 aux pp.91-94, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>555</sup> Le *Code des obligations et des contrats* a été promulgué le 15 décembre 1906.

dont il répond. Le seul lien qui peut unir les deux patrimoines n'apparaît qu'après la mort, puisqu'il y a une vocation successorale réciproque entre les époux.

Le principe de séparation des biens a été décrété par la loi musulmane dans le cadre d'une société basée sur la polygamie, dans un contexte où seul le mari était tenu de faire face aux charges du ménage, même si son épouse était riche. En effet, comment peut-on envisager une communauté de biens entre un époux et quatre femmes, quand ces épouses peuvent être répudiées facilement et à tout moment ! La séparation totale des biens permettait donc d'empêcher la confiscation des biens des épouses par certains époux et admettait la capacité des femmes à gérer leurs biens. Ainsi, chez les Musulmans, les épouses n'étaient pas frappées d'incapacité juridique par le lien du mariage. Ceci dit, la séparation des patrimoines avait ses raisons d'être dans le droit musulman et constituait une protection en faveur des femmes.

Aujourd'hui, les Tunisiennes ont le droit au mariage monogame, au travail à l'extérieur du foyer et elles contribuent tant physiquement que financièrement aux charges de la famille tout au long de la vie conjugale. Cependant, bien que les femmes soient légalement maîtresses de leurs biens, c'est souvent leurs maris qui gèrent et disposent de leur patrimoine. En outre, les biens meubles ou immeubles sont presque systématiquement acquis au nom du mari :

[...] soit [parce que le mari] travaille seul à l'extérieur, [donc] la solution apparaît légitime aux yeux de la plupart, le travail de la femme au domicile, ne s'exprimant pas en termes monétaires, n'étant pas pris

en considération, soit même que les époux exercent tous deux un métier, mais le salaire de la femme étant inférieur<sup>556</sup>.

En cas de divorce, les femmes conservent la propriété de leurs biens, s'il en reste, mais se trouvent dépourvues de tous avoirs acquis durant la vie commune. En vertu du principe de la séparation des patrimoines, il n'existe entre les époux aucune communauté de biens, même meubles, acquis antérieurement ou au cours du mariage. Toutefois, si un conflit surgit lors d'un divorce :

[...]entre les époux au sujet de la propriété des biens se trouvant au domicile conjugal et en l'absence de preuves, il sera fait droit à la prétention de chacun des époux qui, sous la foi du serment, pourront prendre respectivement les biens appartenant habituellement aux hommes et ceux appartenant habituellement aux femmes. Si les biens contestés sont des marchandises, ils seront attribués, sous la foi du serment, à l'époux commerçant. Les biens indifféremment possédés par les hommes et les femmes seront, après serment prêté par les époux, partagés entre eux<sup>557</sup>.

Théoriquement, le régime de communauté des biens est une possibilité offerte aux couples tunisiens grâce à l'insertion d'une clause dans l'acte de mariage par application de l'article 11 du Code : « [...] peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens ». L'adoption d'un régime autre que celui de la séparation des biens est donc possible si l'on se base sur l'interprétation de cette règle<sup>558</sup>. Or, en pratique, il semble qu'il soit très rare que les Tunisiens et Tunisiennes aient recours à cette possibilité.

---

<sup>556</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.45

<sup>557</sup> Article 26 du Code.

<sup>558</sup> L.Milliot et F.-P. Blanc, *supra* note 63 à la p.471.

Ainsi, en cas de divorce, chacun retrouve sa liberté et conserve ses biens propres. Généralement, cette séparation entraîne des dommages et intérêts dérisoires au profit des femmes en guise d'indemnisation compensatoire<sup>559</sup>. C'est pourquoi, en 1981, voulant protéger les Tunisiennes des effets néfastes du divorce et afin d'instaurer une réelle égalité entre les époux en considérant leurs efforts communs durant la vie conjugale, le pouvoir en place a tenté d'introduire le régime de communauté des biens. Devant la forte opposition des députés, ce projet a été abandonné :

[...] en raison d'une prétendue incompatibilité avec le droit musulman. En effet, la liquidation de la communauté devait se faire en cas de divorce mais également en cas de décès ; dans ce dernier cas, le conjoint survivant devait prélever sa part de la communauté et c'est par la suite seulement que le partage successoral devait avoir lieu. Cette solution a été présentée comme une atteinte aux règles successorales établies par le texte coranique. Les autorités ne se sont pas senties assez fortes pour soutenir une telle réforme et ont cédé devant la résistance [...] l'option fut faite pour une réforme sur les conséquences pécuniaires du divorce<sup>560</sup>.

En contrepartie, une loi datant du 18 février 1981<sup>561</sup> a été adoptée pour instaurer la rente viagère comme forme d'indemnisation du préjudice matériel subi par l'épouse. En 1998, le législateur est de nouveau intervenu pour introduire un régime de communauté des biens facultatif pour lequel les époux peuvent opter au moment de la conclusion du mariage ou

---

<sup>559</sup> Voir le paragraphe 3 aux pp 306-325, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

<sup>560</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.45.

<sup>561</sup> Loi n°81-7 du 18 février 1981 modifiant quelques articles du Code, J.O.R.T 1981, à la p.334.

encore, à une date ultérieure. Notons que ce régime couvre seulement les biens :

[...] immeubles acquis après le mariage ou après la conclusion de l'acte de communauté à moins que leur propriété n'ait été transférée à l'un d'eux par voie de succession, donation, ou de legs, et à condition qu'ils soient destinés à l'usage familial ou à l'intérêt propre de celle-ci, nonobstant le fait que ledit usage soit continu, saisonnier ou occasionnel<sup>562</sup>.

Donc, les biens meubles échappent à ce régime sauf en cas de dispositions contraires.

En somme, sous l'influence du droit musulman, la séparation des biens est bel et bien le régime légal en Tunisie. Cependant, le législateur a essayé d'innover en introduisant un autre régime facultatif devant son échec à instaurer la communauté de biens. Reste à espérer que les Tunisiens et les Tunisiennes opteront pour cette solution. Mais le fait est là, la Tunisie est le seul pays arabo-musulman qui a osé toucher au principe de séparation des biens.

Au terme de ce chapitre, il appert que le droit musulman était présent dans l'esprit du législateur lors de la promulgation du Code : l'affirmation de la domination de l'homme dans la famille à travers l'obligation de payer une dot, la filiation agnatique, la succession, l'obligation alimentaire et la tutelle en sont autant d'exemples. Néanmoins, bien que ce corpus ait constitué une source d'inspiration importante pour le législateur du Code, cela ne

---

<sup>562</sup> Article 10 de la loi n° 98-91 du 9 novembre 1998, relative au régime de la communauté des biens entre époux.

l'a pas empêché d'introduire des modifications à certaines normes. D'ailleurs, le chapitre suivant nous permettra de mettre en lumière les droits qui ont révolutionné le statut des Tunisiennes.

## Chapitre II : Des normes non conformes au droit musulman

Le Code du statut personnel a contribué à la promotion de la société tunisienne tout comme à l'émancipation des femmes. Le législateur tunisien a choisi, en regard de certaines questions, de s'écarter du droit musulman. Ainsi, il a organisé la formation du mariage, aboli la polygamie et la contrainte matrimoniale, interdit la répudiation unilatérale, instauré le divorce judiciaire, institué une rente viagère pour la femme divorcée et établi le droit à l'adoption. Nous constatons que l'ensemble de ces normes s'est éloigné du droit musulman, mais aussi avec certaines questions, le législateur est allé carrément à l'encontre de dispositions coraniques bien établies. C'est pourquoi nous qualifions les premières règles, qui s'écartent du droit musulman, de normes éloignées du droit musulman et les autres, de normes en rupture avec le droit musulman. Cette distinction est le fruit de notre interprétation de différentes règles touchant les droits des Tunisiennes et des études qui se sont intéressées à la relation dialectique entre le Code et le droit musulman. Généralement, les auteurs proposent deux termes pour résumer cette relation : les règles conformes au droit musulman et les règles éloignées du droit musulman<sup>563</sup>.

---

<sup>563</sup> Voir par exemple, K.Meziou, *supra* note 263. Pour analyser la relation du droit de la famille avec le droit musulman, l'auteure a utilisé les termes suivants : La modernité dans l'Islam et la modernité sans l'Islam. Cependant, seul le juriste S.Ben Halima a adopté une distinction à l'intérieur même des dispositions qualifiées d'éloignées du droit musulman en utilisant les termes suivants : les innovations éloignées du droit musulman et les innovations les moins éloignées du droit musulman.

Pour notre part, nous constatons que dans sa quête de révolutionner la situation des Tunisiennes, le législateur a innové en adoptant des règles qui sont non conformes au droit musulman, mais aussi, sur d'autres points, il a rejeté des énoncés édictés clairement par le Coran ou qui ont obtenu l'accord de l'ensemble des ulémas<sup>564</sup>, et qui sont ainsi pratiqués par l'ensemble des musulmans.

Dans les pages qui suivent, nous nous proposons d'analyser ces nouvelles règles qui ont renversé la tradition et ont rompu avec le corpus du droit islamique.

#### **Section 1 : Des règles juridiques éloignées du droit musulman**

Le souci de dépasser des règles ancestrales n'offrant aucune protection aux femmes et donnant lieu à des abus de la part de la famille, régi par une organisation patriarcale, vis-à-vis des filles, a amené le législateur à aménager les règles de la formation du mariage. Ainsi, pour qu'un mariage soit valide, il faut respecter certaines conditions : avoir atteint un âge minimum, choisir librement son conjoint, fournir un certificat médical prénuptial et la rédaction d'un acte authentique. Cette intervention législative illustre la volonté du législateur de s'ouvrir sur la conception institutionnelle du mariage. Il faut dire que selon le droit musulman, le mariage est « [...] un contrat par lequel un homme s'engage à verser une dot à une femme et à parvenir à son entretien, en contrepartie du droit d'avoir avec elle, licitement, des rapports intimes »<sup>565</sup>. Il s'agit donc d'un

---

<sup>564</sup> Comme par exemple, l'adoption, la polygamie, le droit d'obéissance de l'épouse envers son mari.

<sup>565</sup> L.Bellefonds, *supra* note 159 à la p.23.

contrat civil qui découle de la volonté du futur époux et de celle du père de la jeune fille (son tuteur). Toutefois, pour y mettre fin, seule la volonté du mari entre en ligne de compte. Par contre, l'approche institutionnelle voit plutôt le mariage comme une institution et qui dit institution, dit « [...] une situation juridique dont les règles sont fixées par le législateur, en dehors de la volonté des intéressés. Elles s'imposent à l'individu »<sup>566</sup>. C'est donc l'État qui intervient pour imposer certaines conditions afin que le mariage ait lieu.

#### **Sous-section 1 : La nécessité du consentement des époux au mariage**

Auparavant, le mariage se présentait comme un accord entre deux familles pour l'union de leurs enfants<sup>567</sup>. La femme n'avait pas sa place en tant que partenaire dans cette organisation : elle était plutôt l'objet du contrat. Grâce au Code, le mariage est devenu un acte volontaire qui n'aura lieu que si les deux parties ont consenti librement à l'union.

Désormais, la femme tunisienne a le droit de choisir son époux et de consentir personnellement à son mariage. Selon l'article 3 du CSP, « Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux ». Le législateur a ainsi mis fin à la contrainte matrimoniale ou au droit de "djabr", dont disposait le père ou le tuteur pour marier l'enfant sans son

---

<sup>566</sup> M.Ouellette, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, à la p.10.

<sup>567</sup> Voir la section 1 aux pp.69-73, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

consentement<sup>568</sup>. Le père pouvait alors obliger sa fille (vierge) à se marier contre son gré, ce qui donnait lieu à des abus puisque : « [...] les pères donnaient leurs filles à des personnes riches pour profiter de la dot et assouvir ainsi leur cupidité »<sup>569</sup>. Le mariage est passé alors d'un accord entre familles à un engagement personnel entre les futurs époux.

Rappelons qu'en droit musulman, le seul échange du consentement entre le tuteur de la femme et le mari ou bien son tuteur, suffisait à conclure le mariage<sup>570</sup>. De plus, il était possible de donner en mariage un enfant mineur impubère. Le tuteur pouvait obliger l'enfant impubère qui était sous sa dépendance à se marier contre son gré. En général c'est la puberté physique qui correspondait à la capacité matrimoniale. La puberté physique ne constituait, en fait, qu'une condition de célébration du mariage et non de sa consommation<sup>571</sup>. Le tuteur de la fille mineure impubère avait, par exemple, l'autorité de passer un accord avec le futur époux en lui donnant la jeune fille en mariage, mais il ne pouvait disposer d'elle qu'une fois devenue pubère. Cet accord, qui était d'usage en Tunisie avant l'indépendance, permettait de consolider les intérêts de la famille patriarcale.

---

<sup>568</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.82-84, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>569</sup> A. Demmersman, *La famille tunisienne et les temps nouveaux*, Tunis, Essai de psychologie, 1972 la p.41.

<sup>570</sup> Voir la section 1 aux pp.69-73, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>571</sup> En droit musulman et en droit tunisien, il y a deux étapes lors de la formation du mariage : la conclusion de l'acte du mariage et la consommation du mariage, qui intervient au moment où la femme et l'homme commencent leur vie conjugale, donc après le premier rapport sexuel. Ces deux étapes peuvent se suivre ou être espacées dans le temps.

Toujours selon le droit musulman, la femme demeurait contraignable tant qu'elle était vierge (c'est à dire qu'il n'y avait pas eu un premier mariage). Elle restait donc régie par le pouvoir du père ou du tuteur sans aucune limite précise dans le temps. En revanche, l'homme échappait à cette contrainte dès la puberté.

Heureusement, le CSP a remis totalement en cause l'ensemble de ces dispositions. Actuellement, le consentement des deux conjoints est une condition de la formation du mariage. D'ailleurs, au cas où la femme aurait donné son consentement sous la contrainte ou la menace, elle peut obtenir l'annulation du mariage en apportant la preuve que son consentement n'était pas libre : « Aucune substitution à [sa] volonté librement et personnellement exprimée n'est possible »<sup>572</sup>.

L'écart du Code par rapport aux règles du droit musulman ne se manifeste pas uniquement à travers la disparition de la contrainte matrimoniale, mais aussi à travers le passage de la puberté physique vers la puberté légale comme âge requis pour contracter le mariage.

#### **Sous-section 2 : L'âge minimum légal**

Le législateur a, en effet, requis un âge minimum pour contracter le mariage : « [...] qui fait présumer l'aptitude physiologique au mariage [...] selon lequel l'homme est pubère à vingt ans et la fille à dix-sept ans »<sup>573</sup>.

---

<sup>572</sup> Cass.civ., arrêt n°5350 du 2 avril 1968, (1968) R.J.L à la p.24.

<sup>573</sup> K.Meziou *supra* note 263 à la p. 254.

En examinant la première version de l'article 5 du CSP qui a fixé l'âge minimum requis pour se marier<sup>574</sup>, on constate que le législateur a adopté la puberté physique comme condition au mariage : « Les deux futurs époux doivent être pubères [...] L'âge de la puberté est fixé à quinze ans révolus pour la femme et à dix-huit ans révolus pour l'homme ». Au-dessous de cet âge, le mariage n'était possible que sur autorisation spéciale d'un juge et après vérification de l'aptitude physique chez les deux époux.

La nouvelle version de l'article 5 s'éloigne davantage des règles de droit musulman en optant pour la puberté légale et non pour la puberté physique. L'âge minimum requis pour pouvoir se marier est désormais de 20 ans révolus pour le garçon, ce qui correspond à l'âge de la majorité légale et le dispense ainsi de toute forme d'autorisation complémentaire. Par contre, l'âge de la capacité matrimoniale, pour la femme, est fixé à 17 ans révolus. Dans ce cas, le recours à un tuteur est nécessaire pour contourner l'incapacité juridique des Tunisiennes mineures qui ont plus de 17 ans mais n'ont pas atteint 20 ans, âge de la majorité légale. D'ailleurs, depuis la réforme de 1993, le mariage est devenu un acte de majoration. Selon l'article 153 nouveau du CSP, « [...] le mineur devient majeur par le mariage s'il dépasse l'âge de 17 ans et ce, quant à son statut personnel et à la gestion de ses affaires civiles et commerciales ».

Pour ce qui est du tuteur matrimonial, le législateur le définit comme « [...] le plus proche parent agnat » du mineur (article 8 du Code) ; il doit être majeur, sain d'esprit et du

---

<sup>574</sup> Modifié par la suite en 1964 par le décret de loi n°64-1 du 20 février 1964, ratifié par la loi n°64-1 du 21 avril 1964.

sexe masculin<sup>575</sup>. Ainsi, curieusement, en matière de mariage, le législateur revient à la conception musulmane du tuteur matrimonial qui exclut la mère :

[...] l'article 154 du CSP qui fait de la mère la tutrice légale de ses enfants mineurs en cas de décès ou d'incapacité du père, excepte expressément le consentement au mariage. La solution serait aussi conforme au *hadith* qui fait dire au Prophète "Une femme ne marie pas une femme"<sup>576</sup>.

Cette primauté accordée à la lignée paternelle, « [...] semble en contradiction flagrante avec l'éclatement de la famille agnatique d'une part, et avec la réalité sociale et coutumière de l'intervention des mères dans le mariage de leurs enfants même majeurs d'autre part »<sup>577</sup>. Conscient du paradoxe, le législateur a cherché à atténuer ce pouvoir du père et des parents agnatiques par l'obligation d'obtenir l'accord de la mère pour la validité du mariage de l'enfant mineur. En vertu de la réforme de 1993, la nouvelle version de l'article 6 du CSP<sup>578</sup>, en effet, exige le consentement du père et de la mère pour la conclusion d'un tel mariage. « Ce qui est une innovation importante et un début de reconnaissance de l'autorité de la mère sur les enfants »<sup>579</sup>.

Le droit de s'opposer ou d'approuver le mariage de son enfant mineur n'est donc plus l'apanage du père chef de

---

<sup>575</sup> Généralement, le tuteur matrimonial est le père, mais en cas de décès ou d'incapacité, c'est le grand-père ou l'oncle paternel qui devient le tuteur.

<sup>576</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.7.

<sup>577</sup> F.Belknani, *supra* note 431 à la p.80.

<sup>578</sup> L'article 6 du Code dispose que : «Le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère. En cas de refus du tuteur ou de la mère et de persistance du mineur, le juge est saisi».

<sup>579</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.125.

famille : la mère a aussi son mot à dire. Le père, ou le tuteur, devraient donc composer avec un refus de la mère, susceptible de réduire leur consentement à néant. En cas de refus de l'un des parents et devant la persistance des futurs époux dans leur résolution, la saisie du juge est nécessaire pour trancher le désaccord entre la mère et le père par ordonnance (article 6 nouveau, alinéa 2 du C.S.P).

Bien que le consentement de la mère à côté du père/tuteur soit devenu obligatoire pour valider le mariage d'un enfant mineur, cette disposition ne saurait être considérée comme synonyme d'égalité entre les deux conjoints. En effet, en cas de décès ou d'incapacité de la mère, le père, en tant que chef de famille, peut consentir seul au mariage de son enfant mineur. Si le même sort est réservé au père, la mère doit composer avec le consentement du plus proche parent agnatique.

Néanmoins, il existe une situation où l'homme comme la femme ont besoin d'un triple consentement pour pouvoir se marier. C'est le cas du mariage de deux personnes n'ayant pas atteint la capacité matrimoniale : « Au-dessous de cet âge, le mariage ne peut être contracté sans une autorisation spéciale du juge qui ne l'accordera que pour des motifs graves et dans l'intérêt bien compris des deux futurs époux » (article 5, alinéa 1 du C.S.P). En pratique, le motif invoqué le plus fréquemment est la grossesse de la jeune fille. C'est ce que note d'ailleurs une avocate tunisienne : « Sur la foi d'une certaine expérience professionnelle, on peut avancer que l'autorisation du mariage est souvent liée à des relations sexuelles aboutissant à des grossesses »<sup>580</sup>. En droit pénal tunisien, avoir des relations sexuelles sans violence avec une

---

<sup>580</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p.40.

jeune fille âgée entre quinze et vingt ans est un délit passible de cinq à six ans de prison. L'article 227 bis du Code pénal prévoit cependant que le mariage du coupable avec la mineure arrête les poursuites, à condition qu'il n'y ait pas divorce à la demande du mari dans les deux années qui suivent. À défaut, il y a reprise des poursuites et condamnation. Sachant que « Les conséquences de ces mariages forcés sur la stabilité conjugale ne peuvent être que des plus fâcheuses »<sup>581</sup>, le législateur a cherché à doter plutôt la jeune fille d'un moyen juridique pour obliger le père à reconnaître et à légitimer son enfant. Cela est très important dans une société musulmane et patriarcale comme la Tunisie.

Il est important de signaler que le recul de l'âge du mariage est un facteur important de rééquilibrage de la société tunisienne. Il est susceptible de modifier les indices d'accroissement démographique :[...] l'intervention des pouvoirs publics en Tunisie dans le relèvement de l'âge au mariage, est un des principaux déterminants sociaux de la fécondité »<sup>582</sup>. La Tunisie a pris conscience, très tôt après l'indépendance, des relations qui existent entre l'âge du mariage de la femme et la taille de la famille. Ainsi, lorsque le mariage tardif supplante le mariage précoce, les familles se fondent plus tard et les femmes enfantent généralement moins :

La précocité des mariages était une des caractéristiques de la nuptialité dans les pays maghrébins, le relèvement de l'âge du mariage serait conforme d'une part à la

---

<sup>581</sup> *Ibid.*

<sup>582</sup> S.Sahli, *Sociétés et procréation*, Tunis, Publications de la Faculté des sciences humaines et sociales, 1992, à la p.121.

politique démographique et d'autre part, à la santé des conjoints<sup>583</sup>.

En Tunisie, comme dans tous les pays musulmans, fécondité rime avec mariage. Ainsi, les variations de la fécondité générale sont soumises à l'âge d'entrée effective dans la procréation. Or, depuis, l'âge moyen au premier mariage s'est régulièrement élevé; alors qu'en 1956, 42% des femmes de 15 à 19 ans étaient mariées, 2% seulement le sont en 1999 (voir tableau n°3).

Le taux de croissance de la famille accuse donc une régression importante. En l'an 2000, la moyenne des naissances par foyer est de 2,1 enfants, alors qu'en 1966, elle était de 7,2<sup>584</sup>. À vrai dire, la Tunisie est le premier pays arabe qui a su contrôler le taux de croissance de sa population. La politique du planning familial adoptée par la Tunisie dès 1965 a eu des répercussions importantes sur la santé des femmes et la taille des familles. Désormais, la femme contrôle sa fécondité et maîtrise sa maternité<sup>585</sup>. Aujourd'hui, les deux tiers des Tunisiennes pratiquent la limitation des naissances.

De même, l'État tunisien<sup>586</sup> a mis en œuvre des moyens pour assurer l'éducation à tous les enfants en âge d'être

---

<sup>583</sup> Ibid.

<sup>584</sup> La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres, Tunis, CREDIF, 2001 à la p.22.

<sup>585</sup> Il est à signaler que depuis 1961, l'importation et la vente libre des contraceptifs sont autorisées. En 1965, l'interruption de grossesse n'était permise qu'à partir du cinquième enfant. Depuis 1973, l'avortement est permis jusqu'au troisième mois. Après cette période, il est interdit, sauf par mesure de sauvegarde de la vie de la mère.

<sup>586</sup> Il faut dire que le pouvoir a fait soutenir son action par les femmes tunisiennes en les regroupant dans une organisation nationale, l'Union Nationale des Femmes Tunisiennes l'UNFT, créée

scolarisés. Depuis 1958, l'école est gratuite au primaire, au secondaire et à l'universitaire et accessible à tous les enfants des deux sexes, à partir de l'âge de 6 ans.

Cette gratuité n'a cependant pas empêché l'abandon scolaire, notamment dans les milieux ruraux où les filles représentent pour leurs familles une main d'œuvre gratuite et très utile pour les corvées quotidiennes (ramener de l'eau, ramasser du bois, faire le ménage, etc.)<sup>587</sup>. Aussi la loi de juillet 1991<sup>588</sup> a renforcé le droit à l'instruction sans distinction de sexe, et a instauré la scolarisation obligatoire et la pénalisation des parents qui retirent leurs enfants de l'école avant l'âge de 16 ans.

Suite aux efforts accomplis par le pouvoir pour promouvoir et démocratiser l'enseignement, le taux de scolarisation des filles et des garçons âgés de 6 à 12 ans (niveau primaire) a atteint 90,5% en l'an 2000<sup>589</sup>. Tandis que 60% des filles âgées de 13 à 19 ans, contre 65% des garçons ayant le même âge fréquentaient l'enseignement secondaire et

---

en 1956. Elle a pour mission l'encadrement des femmes et la vulgarisation du projet de réforme sociale du nouvel État indépendant. L'U.N.F.T. avait joué, grâce à son implantation territoriale, un rôle prépondérant pour l'encadrement des femmes surtout dans les zones de l'intérieur. Elles ont permis d'assurer, par exemple, la progression des programmes du contrôle des naissances familial, d'offrir des cours pour les femmes analphabètes...

<sup>587</sup> Voir, M. Lamari et H. Schürings, *Force féminines et dynamiques rurales en Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 1999.

<sup>588</sup> En vertu de l'article 7 de la loi n°91-65 du 29 juillet, relative au système éducatif, (J.O.R.T., à la p.1398), «L'enseignement de base est obligatoire à partir de l'âge de 6 ans jusqu'à l'âge de 16 ans, pour tout élève à même de poursuivre régulièrement ses études selon la réglementation en vigueur

<sup>589</sup> La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres, Tunisie, CREDIF, 2001, à la p.36.

collégiales<sup>590</sup>. Au niveau universitaire, en l'an 2000, 48,1% des étudiants sont des filles et 51,9%, des garçons<sup>591</sup>.

Mobilisées par leurs études et leur carrière<sup>592</sup>, les Tunisiennes ont aujourd'hui tendance à différer le mariage. De nos jours, elles se marient vers l'âge de 25 ans. Elles sont 52,7% à se marier à cet âge<sup>593</sup>, ce qui laisse croire qu'elles attendent la fin de leurs études pour entrer dans la vie conjugale. Il semble ainsi que les Tunisiennes accordent désormais la priorité à leurs études par rapport au mariage.

Pour les Tunisiens, cependant, le mariage n'intervient pas au même âge. En effet, les hommes se marient plutôt vers l'âge de 30 ans (voir Tableau n°4). En 1999, 97,6% des Tunisiens ayant l'âge légal de s'engager étaient célibataires (voir Tableau n°4). Le décalage de 4 à 5 ans entre l'âge moyen du premier mariage des hommes et celui des femmes s'explique par le fait que :

Les hommes prolongent leurs études et entament leur vie professionnelle tardivement, pour différentes raisons (service militaire en particulier). Enfin le coût du mariage et d'installation du couple peut retarder le mariage après l'entrée dans la profession<sup>594</sup>.

Le début de la vie professionnelle et l'indépendance économique constituent donc des éléments importants dans le projet matrimonial.

---

<sup>590</sup> *Ibid.*

<sup>591</sup> *Ibid.*

<sup>592</sup> Le taux d'activité des femmes était de 6,8% en 1966, pour passer à 24,6% en 1999.

<sup>593</sup> La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres, Tunisie, CREDIF, 2001, à la p.26.

<sup>594</sup> M.Horchani-Zamitti, «La constitution du capital scolaire», in *Femmes diplômées pratiques novatrices* (1994) Tunisie, FNUAP, à la p. 96.

En somme, la politique législative a été un vecteur de transformation sociale important : « L'accès de la fille à l'enseignement permet celui de la femme au marché du travail ; jusque-là cantonnée dans un espace privé, la femme accède à un espace public ; elle était fille, sœur, épouse et mère, elle devient individu. Les relations au sein de la famille [...] sont transformées »<sup>595</sup>. Le législateur a démontré ainsi, qu'il ne considère plus le mariage comme un simple accord entre familles, mais au contraire, le conçoit comme un acte volontaire engageant personnellement les deux conjoints.

Toutefois, le consentement des deux conjoints pour contracter le mariage n'est pas suffisant. Il faut aussi qu'ils expriment leur volonté conformément à la loi, sinon leur union sera considérée nulle.

**Tableau 2 : Âge moyen des hommes et des femmes au premier mariage de 1956 à 1999**

<b>Année</b>	<b>1956</b>	<b>1966</b>	<b>1975</b>	<b>1984</b>	<b>1994</b>	<b>1999</b>
<b>Âge moyen des hommes au premier mariage</b>	26,3	27,0	28,8	29,0	29,4	30,7
<b>Âge moyen des femmes au premier mariage</b>	19,5	20,9	21,6	23,4	24,5	25,5

Source : *La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres*, CREDIF, 2001.

<sup>595</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.39.

**Tableau 3 : Proportion des femmes célibataires par groupe d'âges de 1956 à 1999 (%)**

Groupes d'âges	1956	1966	1975	1984	1994	1999
15-19 ans	58,1	81,0	93,7	93,3	97,0	98,4
20-24 ans	20,4	27,0	45,5	59,0	72,3	79,7
25-29 ans	6,5	8,7	19,5	24,6	37,7	47,3
30-34 ans	3,6	3,9	4,8	9,7	18,1	22,9
35-39 ans	2,1	2,4	2,4	3,8	8,9	DND*
40-44 ans	1,4	1,8	1,4	2,2	4,7	DND*
45-49 ans	1,1	1,5	1,6	1,6	2,3	DND*

Source : La femme et l'homme en Tunisie en chiffres, CREDIF, 2001, et Recensements nationaux de 1994, INS, 1994.

\*DND : Donnée non disponible.

**Tableau 4 : Proportion des hommes célibataires par groupe d'âges en 1966 et 1999 (%)**

Groupes d'âges	1966	1999
15-19 ans	99,3	99,7
20-24 ans	82,2	97,6
25-29 ans	41,1	80,1
30-34 ans	16,2	39,8

Source : La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres, CREDIF, 2000.

### **Sous-section 3 : La nécessité de célébrer le mariage sous la forme authentique**

Une autre innovation en matière de mariage concerne la forme. En droit musulman, le mariage était purement consensuel. Seul l'échange verbal de consentement entre le tuteur et le futur mari, en présence de deux témoins<sup>596</sup>, était exigé. L'intervention d'une autorité civile ou religieuse ou la rédaction d'un acte écrit n'étaient pas nécessaires. Le mariage musulman est basé sur la conception contractuelle qui se fonde sur la volonté des parties (le tuteur et le futur mari), et non sur la conformité à la loi.

À la veille de l'indépendance tunisienne, l'aspect oral de mariage n'était plus la seule forme possible pour conclure une union. À l'époque, deux autres pratiques existaient : « [...] dans les villes, la coutume faisait que le mariage était célébré devant deux notaires qui dressaient un écrit ; à la campagne, on se contentait du mariage traditionnel, du mariage *orf* »<sup>597</sup>, qui nécessite simplement la présence de deux témoins afin de procurer une certaine publicité à cette union.

Désormais, le législateur exige que le mariage soit conclu sous une forme authentique, c'est-à-dire par un acte écrit établi « [...] devant deux notaires ou devant l'Officier de l'état civil en présence de deux témoins honorables »<sup>598</sup>. Deux possibilités s'offrent ainsi aux futurs mariés : opter pour un acte conclu par l'Officier de l'état civil, ou un acte

---

<sup>596</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.156-159, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>597</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.43.

<sup>598</sup> L'article 31 de la loi 57-3 du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil.

notarié<sup>599</sup>. Or, cette dualité de la célébration du mariage n'a aucun impact sur la forme même du mariage. Puisque, l'Officier de l'état civil et les notaires sont tenus de rédiger un acte authentique après avoir veillé au respect des différentes conditions de fond : l'âge requis, le consentement, la dot, le certificat prénuptial, l'absence des empêchements légaux au mariage et la présence de deux témoins.

Le maintien de l'acte notarié, qui n'est en fait que la consécration d'une pratique déjà implantée dans le milieu urbain à la veille de l'indépendance, illustre le désir du législateur de conserver des éléments familiaux dans la nouvelle forme du mariage : la forme authentique. En effet, les notaires doivent se rendre au domicile de la future épouse comme autrefois, pour conclure le mariage au domicile de la femme<sup>600</sup>. Cette pratique permet aux Tunisiennes et Tunisiennes d'aujourd'hui de conserver l'intimité entourant la célébration du mariage et de perpétuer la tradition. Généralement, selon nos constats, c'est lors des festivités du mariage que l'attachement à la tradition se fait le plus sentir.

Par ailleurs, l'acte de mariage conclu par deux notaires doit faire l'objet d'un avis de mariage adressé à l'Officier de l'état civil de la circonscription des époux. De même,

---

<sup>599</sup> Le mariage célébré à l'étranger, doit être conclu devant le consul ou l'agent diplomatique tunisien sous la forme adoptée dans les pays où il est célébré. Si le mariage est célébré selon les modalités du pays de résidence, les époux sont tenus en tout état de cause de le faire enregistrer auprès du consulat tunisien le plus proche dans un délai de trois mois, à partir de la date de sa célébration, sous peine d'une amende de dix dinars.

<sup>600</sup> Ceci cadrerait davantage avec les conditions sociales d'avant l'indépendance. Rappelons que les Tunisiennes d'autrefois n'avaient le droit de sortir de leur domicile qu'à titre exceptionnel, l'espace public ne leur appartenant pas.

l'Officier de l'état civil, où le mariage a eu lieu, est tenu de transcrire l'acte de mariage dans le registre des mariages et d'informer l'Officier de l'état civil du lieu de naissance de chacun des époux afin qu'il intègre cette information en marge de l'acte de naissance de chacun des conjoints.

Cette transcription permet de mettre à jour l'état civil de chacun des conjoints, et d'éviter que ces derniers ne contractent un second mariage sans que le premier ne soit dissout :

En effet, il va de soi que si le législateur a institué l'acte authentique comme condition de validité, ce n'est pas uniquement pour imposer une forme moderne du mariage mais plutôt pour faciliter la preuve de celui-ci et surtout pour que les autorités soient mieux à même de veiller au respect de la loi et en particulier des règles nouvelles se rapportant au droit de la famille<sup>601</sup>.

Notons que le Code a instauré la monogamie et a qualifié la polygamie de délit pénal. Un emprisonnement d'une durée d'un an et une amende sont prévus à l'encontre du bigame et de sa complice<sup>602</sup>. Il appartient ainsi à l'Officier de l'état civil et au notaire de refuser de célébrer un mariage si le futur époux se trouve déjà engagé dans un mariage.

Ce qui nous intéresse, ici, c'est que l'écrit est devenu non seulement une condition de validité du mariage, mais aussi l'unique preuve du lien conjugal : « Pour qu'un mariage soit qualifié de non conforme à la loi, il doit être conclu en

---

<sup>601</sup> M.Charfi, *supra* note 311 à la p.25.

<sup>602</sup> Article 18 alinéa 2 du Code.

l'absence de l'Officier de l'état civil ou de deux notaires»<sup>603</sup> [notre traduction]. Le mariage qui n'était pas célébré conformément à ces dispositions est déclaré nul et les époux sont passibles d'une peine d'emprisonnement de trois mois<sup>604</sup>. Le mariage traditionnel constitue désormais une infraction. Il faut dire que :

La célébration du mariage n'ayant aucun caractère religieux dans le droit musulman, les résistances sociales ne pouvaient se concrétiser sous la forme d'une opposition aux innovations par rapport à la charia. [...le législateur] lui était facile d'agir sur la forme du mariage<sup>605</sup>.

En somme, l'obligation d'enregistrer par écrit les actes de mariage permet de clarifier l'état civil des futurs mariés, de faciliter la preuve et surtout de consolider les familles<sup>606</sup>. Le lien de mariage n'est plus aussi fragile qu'autrefois : il ne dépend plus de la seule volonté du père de la mariée. Désormais, le mariage est un engagement qui concerne les deux futurs conjoints et obéit à une certaine formalité et doit respecter certaines conditions pour qu'il puisse s'établir.

Par conséquent, une chose est sûre : en attribuant au mariage un caractère formel, le législateur a donc renforcé la perception institutionnelle de l'union maritale, puisque :

---

<sup>603</sup> Cass.pénal., arrêt n°8880 du 23 mai 1973, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.46.

<sup>604</sup> Selon l'article 36 de la loi réglementant l'état civil, «L'union qui n'est pas conclue conformément à l'article 31 ci-dessus est nulle. En outre, les deux époux sont passibles d'une peine de trois mois d'emprisonnement».

<sup>605</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.44.

<sup>606</sup> Voir la section 2 aux pp.78-91, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

Le mariage est, dans le droit de la famille l'institution fondamentale, puisque c'est par le mariage que le noyau de la cellule sociale est créé [...] il est dès lors, absolument normal que l'État s'y intéresse et exige que l'agent qui célèbre le mariage soit investi de l'autorité publique et capable de veiller au respect de toutes les conditions posées par la loi<sup>607</sup>.

Par contre, il existe une autre condition de forme qui a été ajoutée par le législateur en matière de mariage et a approfondi l'écart entre le Code et les règles du droit musulman : l'exigence d'un certificat médical prénuptial.

#### **Sous-section 4 : Le certificat médical prénuptial**

Depuis 1964, chacun des futurs mariés est tenu de remettre aux notaires ou à l'Officier de l'état civil un certificat médical prénuptial « [...] datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage »<sup>608</sup>. Sans ces certificats, les notaires ou l'Officier de l'état civil ne peuvent conclure le mariage.

Avant de délivrer ce certificat, le médecin doit vérifier l'absence d'« [...] affections contagieuses, de troubles mentaux, d'alcoolisme ou tout autres maladies dangereuses pour le conjoint ou la descendance et notamment la tuberculose et

---

<sup>607</sup> M.Charfi, *supra* note 259 à la p.18.

<sup>608</sup> Article 1, alinéa 1, de la loi n°64-1 du 3 novembre 1964, portant institution d'un certificat médical prénuptial.

la syphilis »<sup>609</sup>. Le médecin peut refuser de délivrer le certificat si l'état de santé de l'un des époux lui paraît rendre le mariage indésirable, comme il peut reporter la fourniture de ce certificat « [...] jusqu'à ce que le malade ne soit plus contagieux ou que son état ne soit plus préjudiciable à sa descendance »<sup>610</sup>.

L'exigence de fournir un certificat médical n'a soulevé aucune opposition. Cependant, « [...] cette innovation est restée dans une large mesure lettre morte à cause d'une pratique malheureusement répandue, celle du certificat de complaisance »<sup>611</sup>. Néanmoins, malgré que l'efficacité de cette mesure soit discutable, le seul fait de prévoir l'obligation de produire un certificat médical constitue un éloignement des règles de droit musulman. Les règles aménageant la relation conjugale et la rupture de ce lien sont allées plus loin encore.

## **Section 2 : Des règles juridiques en rupture avec le droit musulman**

La détermination du régime politique de propulser la société tunisienne sur la voie du développement l'a rendu très audacieux. Au point qu'il a osé toucher à des dispositions clairement établies par le droit musulman et appliquées jusqu'à nos jours par la majorité des pays arabo-musulmans. Ainsi, il a aménagé la relation conjugale de manière à

---

<sup>609</sup> Article 2 de la loi n°64-1 du 3 novembre 1964, portant institution d'un certificat médical prénuptial.

<sup>610</sup> Article 3, alinéa 2 de la loi n°64-1 du 3 novembre 1964, portant institution d'un certificat médical prénuptial.

<sup>611</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.127.

protéger la dignité de l'épouse et à établir l'équilibre familial, le noyau fondamental de la société. Désormais, la polygamie et la répudiation sont interdites, le divorce est un droit qu'ont les deux conjoints et entraîne des effets pécuniaires au bénéfice de l'épouse. De plus, le législateur a légalisé l'adoption malgré que celle-ci soit expressément prohibée en droit musulman. Ce grand bouleversement des mœurs existantes marque une rupture avec le droit musulman et une consécration du caractère institutionnel du mariage : l'État intervient aujourd'hui dans la formation de cette union mais aussi dans son déroulement et sa fin.

#### **Sous-section 1 : Le droit au mariage monogamique**

L'innovation la plus spectaculaire du Code, celle-là même qui lui confère son caractère révolutionnaire, est l'interdiction de la polygamie. Désormais, l'homme et la femme qui désirent se marier, doivent être libres des liens de tout mariage précédent. La polygamie est non seulement abolie, mais elle devient un délit pénal, puni d'emprisonnement et d'amende :

Reprenant sur ce point les dispositions de l'article 340 du Code pénal français, l'article 18 du Code du Statut Personnel a considéré que le délit de bigamie ne peut être constitué que par la réunion de deux éléments essentiels, à savoir un mariage précédent non dissout et un second mariage contracté même en dehors des formes légales<sup>612</sup>.

Il faut mentionner que certains rédacteurs du Code étaient réticents face à l'interdiction de la polygamie, et

---

<sup>612</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.129.

cherchaient plutôt à adopter une solution qui en limite l'accès<sup>613</sup>. Mais Bourguiba intervint personnellement dans la rédaction de l'article 18 du Code et :

[...] y inscrivit "la polygamie est interdite". [...] Pour lui c'était une question de principe sur laquelle aucun compromis n'était possible. La permission coranique d'épouser plus d'une épouse ne devait pas l'arrêter dans sa volonté d'interdire la polygamie<sup>614</sup>.

Par crainte de repousser cette réforme, Bourguiba l'a présentée comme étant conforme à l'esprit du Coran : « En apportant cette interdiction en matière matrimoniale, nous n'avons heurté aucune notion de l'Islam et nous avons satisfait le désir de tous »<sup>615</sup>. L'interdiction de la polygamie apparaît alors comme le résultat d'une méthode d'interprétation évolutive qui fait prévaloir l'esprit du texte coranique sur sa lettre<sup>616</sup>. Le gouvernement tunisien et Bourguiba ont d'ailleurs mené une véritable campagne afin de présenter la monogamie comme un principe respectant l'esprit de la religion islamique: « L'argument mille fois répété est connu : le Coran permet la polygamie mais dans un autre verset, il exige un traitement équitable entre les épouses

---

<sup>613</sup> Par exemple, le deuxième mariage doit être conditionné par l'autorisation de la première épouse ou du juge.

<sup>614</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.119-120.

<sup>615</sup> Cité par H.Chekir, *supra* note 262 à la p.171.

<sup>616</sup> Rappelons que le Coran en réduisant le nombre de femmes qu'il était permis d'épouser au chiffre quatre, a émis une condition pour pouvoir pratiquer ce type de mariage. Il fallait être équitable envers les quatre, sinon une seule serait permise. Or, selon le Coran, il s'avère impossible d'être juste. C'est pourquoi, par application de la démarche de la lecture progressive du texte sacré, on peut déduire ce qui suit : quoiqu'ils aient expressément autorisé la polygamie jusqu'à concurrence de quatre épouses, les versets coraniques appellent néanmoins à la monogamie.

tout en affirmant par ailleurs que l'équité est impossible»<sup>617</sup>. En cela le gouvernement n'a fait que reprendre pour son compte les justifications de T.Haddad<sup>618</sup>. Évidemment, cette interdiction a suscité de vives oppositions en Tunisie comme dans d'autres pays musulmans.

En Tunisie la résistance à la monogamie s'est manifestée surtout durant les premières années qui ont suivi la promulgation du Code. Les candidats à la polygamie cherchaient un moyen pour se libérer de l'interdiction et utilisèrent les failles existantes dans la loi pour conclure un deuxième mariage :

Pour cela, dans certains milieux, et surtout à la campagne, on a tenté de détourner la règle de l'abolition de la polygamie. L'ingéniosité des candidats à la polygamie a été telle que trois méthodes ont été découvertes pour contourner la loi. Les uns contractaient un premier mariage en la forme légale et un deuxième en la forme traditionnelle, les autres inversaient l'ordre de ces deux mariages et certains enfin, contractaient les deux mariages en la forme traditionnelle. Dans tous ces cas, les intéressés espéraient ainsi échapper à la peine prévue à l'encontre des auteurs de bigamie grâce à l'absence d'acte authentique lors de la conclusion de l'un ou l'autre des deux mariages<sup>619</sup>.

Déterminé à vaincre cette résistance et éradiquer ces pratiques, le législateur intervient une première fois, en 1958<sup>620</sup>, et une deuxième fois en 1964<sup>621</sup>, pour ajouter d'autres

---

<sup>617</sup> *Ibid.*, p.120.

<sup>618</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.104-111, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>619</sup> M.Charfi, *supra* note 259 à la p.23.

<sup>620</sup> La version initiale de l'article 18 du Code dispose que «La polygamie est interdite. Le polygame encourt une peine

alinéas à l'article 18 afin de punir les personnes recourant au mariage traditionnel, avant ou après un mariage contracté conformément à la loi. En outre, la conjointe qui accepte de se marier avec quelqu'un qui est déjà engagé est poursuivie comme complice encourt les mêmes peines que l'homme polygame :

La relation sexuelle répétitive entre l'épouse et un autre homme dans le domicile conjugal et en présence du conjoint, constitue un délit de mariage polyandre qui tombe sous l'emprise de l'article 18 qui interdit un tel lien et le sanctionne. Concernant l'accusé qui a partagé le lit avec cette épouse, il sera traité de complice et encourt les peines prévues par l'alinéa 3 de l'article 18 [notre traduction]<sup>622</sup>.

Par ailleurs, la polygamie est désormais considérée comme une cause de nullité du mariage<sup>623</sup>. Ainsi, par ces réformes, le législateur a cherché à protéger le mariage monogamique et, par la même occasion, a accentué l'éloignement des règles du droit musulman.

---

d'emprisonnement d'un an et une amende de 240 Francs ou l'une de ces deux peines seulement». La loi n°58-70 du 4 juillet 1958 portant modification de l'article 18 du Code ajoute que «Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240 Francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi».

<sup>621</sup> Décret de loi n°64-1 du 20 février 1964, modifiant l'article 18 du Code. «Encourt les mêmes peines [un emprisonnement d'une durée d'une année et une amende de 240 dinars], quiconque, ayant contracté mariage hors des formes prévues [...], conclut une nouvelle union et continue la vie commune avec son premier conjoint», article 18 alinéa 3 du Code.

«Encourt les mêmes peines, le conjoint qui sciemment, contracte mariage avec une personne tombant sous le coup des deux alinéas précédents», article 18 alinéa 4 du Code.

<sup>622</sup> Cass.pénal., arrêt n°15899 du 27 janvier 1988, *supra* note 31 à la p.47.

<sup>623</sup> Article 21 du Code. La polygamie comme cause de nullité du mariage a été rajoutée par la loi n°64-1 du 20 février 1964.

Cela dit, l'opposition à la monogamie est toujours présente chez une certaine fraction de la population tunisienne. Il s'agit essentiellement des islamistes, qui appellent au retour aux sources, donc à l'application à la lettre du Coran qui autorise la polygamie. Comme si la polygamie était un pilier de l'Islam!

L'attitude persiste chez certains pays musulmans qui condamnent fortement, encore aujourd'hui, l'exemple tunisien qui a osé toucher aux dispositions du Coran. En effet, nous avons constaté que dans les débats télévisés émis par certaines chaînes arabes<sup>624</sup>, et qui traitent des femmes musulmanes, un certain mépris se dégage à l'endroit du législateur tunisien. Récemment, l'animatrice d'une de ces émissions<sup>625</sup> a fait taire un intervenant qui citait l'exemple réussi des Tunisiennes, en lui disant, d'un ton sec, « [...] que l'émission traite uniquement des femmes musulmanes et du droit musulman » [notre traduction]. Ainsi, nous, les Tunisiennes, ne sommes pas considérées comme des musulmanes! Cette attitude agressive et méprisante montre que le droit de la famille tunisien dérange. Durant cette même émission, on a fait l'éloge de l'Égypte qui a nommé, pour la première fois de son histoire contemporaine (au début de l'année 2004), une femme juge. Or, on a omis volontairement de citer le cas tunisien où les femmes ont accédé à la magistrature en 1968! Ces réactions ne changent rien au fait que la monogamie soit

---

<sup>624</sup> Tel que les chaînes télévisées d'Égypte, de Qatar, d'Arabie Saoudite, etc.

<sup>625</sup> Il s'agit d'une émission intitulée : *Pour les femmes uniquement*, diffusée par une chaîne arabe très connue de la population arabomusulmane dans le monde entier : *El Jasira*, transmise au début de l'année 2004.

devenue une réalité bien ancrée dans l'esprit des Tunisiens et des Tunisiennes.

En somme, en interdisant la polygamie, le législateur tunisien a mis fin à un privilège masculin très ancien et a instauré le principe de l'égalité entre l'homme et la femme :

La simple arithmétique affiche une inégalité quantitative : un homme peut valoir jusqu'à quatre femmes. Mais cette inégalité a pour corollaire une inégalité plus fondamentale : ce n'est pas celle qui résulte de la multiplication des mariages, c'est celle qui permet cette multiplication. Il s'agit déjà d'une inégalité qualitative. Qu'il y ait ou non polygamie effective, le simple fait de la masculinité assure la suprématie et confère l'autorité sur la femme<sup>626</sup>.

De plus, toujours dans le souci de maintenir la stabilité et la moralité du foyer, le législateur a sanctionné pénalement l'obligation de fidélité conjugale, également impérieuse pour le mari et pour la femme.

## **Sous-section 2 : Le devoir de fidélité**

Dans le Code, aucun article ne fait explicitement référence au devoir de fidélité. Pourtant, les époux tunisiens se doivent bel et bien fidélité réciproque. Cette obligation tire son assise juridique de l'article 18 qui consacre le principe de l'union monogamique. Par l'interdiction du mariage polygamique, le législateur a mis fin à cette pratique mais aussi il a instauré le devoir de fidélité entre les deux conjoints. Rappelons qu'en droit

---

<sup>626</sup> A.Bertrand, «Le statut de la femme du polygame» in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, Université de Lille II 1993 à la p.105.

musulman, la femme ne peut accuser son mari d'infidélité que dans le cadre des rapports sexuels entre son époux et des partenaires n'appartenant ni à la catégorie des autres épouses ni aux esclaves concubines<sup>627</sup>. Considérant la permission accordée aux maris d'avoir des relations sexuelles légales avec d'autres femmes, il semble que le devoir de fidélité soit l'apanage de la seule épouse. En instaurant le mariage monogamique, le législateur a donc transformé le principe de fidélité en un devoir bilatéral.

De même, ce devoir peut se dégager des énoncés de l'article 23 du *Code* qui précise que : « Chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bon rapport avec lui et éviter de lui porter préjudice ». C'est pourquoi, nous estimons que la violation de la fidélité conjugale par une personne mariée constitue un préjudice qui porte atteinte à la dignité de l'autre époux. Cette interprétation se trouve d'ailleurs confirmée par la cour de cassation qui estime que :

[...] le seul fait pour l'épouse d'avoir une liaison amoureuse avec un tiers est de nature à causer un dommage à son mari [et la demande de divorce établie sur cette base] est acceptée sans que l'époux ait besoin de fournir un jugement pénal prouvant la commission du délit d'adultère<sup>628</sup>.

C'est finalement le Code pénal qui a expressément évoqué le devoir de fidélité en incriminant l'adultère<sup>629</sup>. Jusqu'en

---

<sup>627</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.76-78, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>628</sup> Cass.civ, arrêt n°24570 du 15 janvier 1991. Cité par F.Belkmani, *supra* note 431 à la p.63

<sup>629</sup> Selon l'article 236 du Code pénal : «L'adultère du mari ou de la femme est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 500 dinars. Il ne peut être poursuivi qu'à la demande de l'autre

1968, seul l'adultère de la femme était poursuivi sur le plan pénal<sup>630</sup>. Le devoir de fidélité était donc une obligation unilatérale qui pesait uniquement sur l'épouse. La femme adultère commettait un crime qui déshonorait à la fois son mari, sa famille, ses enfants et elle-même. Alors qu'aucune restriction légale n'empêchait son époux de laisser libre cours à sa sexualité hors du mariage! Ce décalage de droit entre les conjoints n'était en fait que le fruit d'une vision traditionnelle et patriarcale du partage des rôles sociaux de sexe. Heureusement, le législateur est intervenu en 1968<sup>631</sup> pour mettre fin à cette injustice et a établi l'égalité de l'homme et de la femme en matière d'adultère. Désormais, tous deux sont passibles de poursuites pénales en cas d'adultère. Le complice écope des mêmes peines, s'il est prouvé qu'il a eu connaissance du mariage de l'auteur du délit<sup>632</sup>. Le législateur a tenté de protéger l'union conjugale en pénalisant les fautifs et en décourageant toute tierce personne voulant établir des liens sexuels avec l'un des conjoints. Sur la base de la condamnation pénale pour adultère, l'époux ou l'épouse peuvent obtenir alors le divorce<sup>633</sup>.

Cette "bilatéralisation" de l'obligation de fidélité relève de ce que certains sociologues appellent la

---

conjoint qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation.».

<sup>630</sup> Selon les dispositions de l'ancien article 236 du Code pénal : «L'adultère de la femme est puni d'emprisonnement de cinq ans, il ne peut être poursuivi qu'à la demande du mari qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation».

<sup>631</sup> La loi n°68-1 du 8 mars 1968 modifiant l'article 236 du Code pénal.

<sup>632</sup> Article 236 alinéa 4 du Code pénal.

<sup>633</sup> Voir le sous-paragraphe 2 aux pp.282-291, ci-dessous pour plus d'information sur la question.

"sentimentalisation" des rapports familiaux<sup>634</sup>, phénomène qui décrit le passage des relations fondées sur l'oppression et l'obéissance vers des rapports axés sur des sentiments partagés.

Devant l'impact de ce comportement sur la famille, le Code pénal a choisi de qualifier l'adultère de délit privé. Seul l'époux victime peut déclencher les poursuites, et il reste le maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de condamnation :

En effet, il peut, à tout moment de la procédure, l'arrêter par retrait de sa plainte, ou bien éteindre l'effet de la condamnation par le droit de grâce... Le législateur admet ainsi le principe que l'adultère est strictement une affaire privée du couple<sup>635</sup>.

Notons que selon les observations d'une juriste tunisienne<sup>636</sup>, dans les affaires d'adultère touchant les épouses, les juges ont plutôt une tendance moralisatrice. Leurs sévérités s'expriment « [...] dans le discours qui culpabilise plus une épouse adultérine, beaucoup plus rarement que dans les jugements »<sup>637</sup>. En effet, devant la dureté de la peine encourue en cas d'adultère :

Les juges font preuve d'une relative clémence. Les peines prononcées sont presque toujours bien en deçà du maximum prévu par la loi. Elles varient le plus souvent

---

<sup>634</sup>J.Kellerhals, P.Y.Troutot, E.Lazega, L. Valente, *Microsociologie de la famille*, . Paris, Que sais-je, à la p.99 et suivants.

<sup>635</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p.121.

<sup>636</sup> Il s'agit de Me Bochra Bel Haj Hamida, une avocate et une féministe engagée. Elle était aussi la présidente d'une des associations féministes indépendantes qui est : l'Association Tunisienne des Femmes Démocrates.

<sup>637</sup> B.Bel Haj Hamida, « Nos juges sont-ils féministes? » (2002) Réalités à la p.35.

entre un minimum de trois mois et un maximum d'une année d'emprisonnement lorsque ce n'est pas tout simplement une peine d'amende qui est décidée<sup>638</sup>.

En somme, à travers ces nouvelles normes qui régissent la formation du lien conjugal, le droit au mariage monogamique et la bilatéralisation du devoir de fidélité, le législateur a incontestablement rompu avec le droit musulman en instaurent le principe d'égalité entre les époux. Cette préoccupation égalitaire, nous le verrons par la suite, reste présente même lors de la dissolution du mariage.

### **Sous-section 3 : L'égalité entre les époux face au principe du divorce**

Le mariage peut se dissoudre soit par le décès de l'un des conjoints soit, du vivant des époux, par le recours au divorce. Le divorce peut être alors défini comme étant « [...] la dissolution du mariage prononcée par un jugement du vivant des époux, pour certaines causes établies par loi »<sup>639</sup>. Selon l'article 30 du Code, le divorce ne peut se dérouler que devant un tribunal. Voilà, à nouveau, une réforme en rupture avec le droit musulman, lequel permettait la dissolution du mariage<sup>640</sup> par la répudiation unilatérale de la femme prononcée

---

<sup>638</sup> M.N Loued, « L'adultère en droit tunisien », RTD 2001 à la p.373. Cependant, cette clémence ne peut être appliquée dans le cas où l'adultère serait commis au domicile conjugal. Puisque selon l'article 236 al.3 « Lorsque l'adultère est commis au domicile conjugal, l'article 53 du code pénal ne sera pas applicable ». Cet article 53 du code pénal, relatif à l'application des peines, prévoit que « La peine peut être non seulement abaissée jusqu'à un jour, mais encore convertie en une amende qui ne pourra excéder le double du maximum prévu pour l'infraction ».

<sup>639</sup> P.Courbe, *Le divorce*, Paris, Dalloz, 1993, à la p.1.

<sup>640</sup> Voir le paragraphe 1 aux pp.85-87, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

par l'époux ou bien, dans quelques cas limités, où l'épouse pouvait saisir le juge pour demander le divorce<sup>641</sup>. Dans les faits, c'était le mari qui rompait le lien conjugal et l'épouse subissait son sort sans pouvoir s'y opposer ni réclamer aucun droit. Cette situation était à l'origine:

[...] de plusieurs abus commis par les maris et dont les épouses étaient les principales victimes ; en ce sens que, démunies de toutes garanties quant à leurs droits, elles étaient, le plus souvent, abandonnées, en compagnie de leurs enfants, à leur sort, après plusieurs années de mariage<sup>642</sup>.

Préoccupé par la stabilité familiale mais aussi par le souci d'établir l'égalité entre les conjoints, le législateur institue un accès égal au divorce entre les époux. Les époux vivent ainsi ensemble d'un commun accord, et ils peuvent aussi mettre fin à leur mariage s'ils le désirent. La dissolution du mariage apparaît donc comme un remède à des situations conjugales pénibles, et non plus comme un moyen de pression dont dispose uniquement le mari. Le droit au divorce devient un principe fondamental relevant de l'ordre public. Au point qu'en 1987, un juge tunisien évince une loi étrangère d'inspiration musulmane, dans une cause opposant un mari marocain à sa femme tunisienne au motif qu'elle permet la répudiation. Le juge statue:

[qu'] il n'est guère possible aux juridictions tunisiennes de priver une partie tunisienne de la faculté de demander le divorce et il convient donc, bien que cette position soit celle adoptée par certains pays

---

<sup>641</sup> Voir le paragraphe 3 aux pp.87-91, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>642</sup> M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.122.

musulmans, d'écarter la loi marocaine comme étant contraire à l'ordre public tunisien<sup>643</sup>.

La jurisprudence est constante dans son refus de permettre qu'une répudiation soit prononcée sur le territoire tunisien, « Car le résultat de la reconnaissance de la répudiation heurte le principe fondamental de l'ordre juridique tunisien, celui de l'égalité entre les époux »<sup>644</sup>. D'ailleurs, ce principe a été de nouveau mis en avant dans une affaire<sup>645</sup> opposant une Tunisienne à son mari saoudien. Normalement, c'est la loi saoudienne qui est compétente, mais elle est écartée, par le juge, à cause de « sa non conformité à l'ordre public national tunisien, car elle n'accorde le droit de dissoudre l'union conjugale par la volonté unilatérale qu'au seul mari »<sup>646</sup>.

Le divorce est ainsi devenu obligatoirement judiciaire et nécessairement précédé d'une tentative de conciliation. L'initiative d'intenter une action en divorce peut être prise soit par l'époux, soit par l'épouse, ou encore par consentement mutuel :

C'était là introduire une innovation particulièrement importante par rapport au Droit musulman qui considère que le divorce est un privilège du mari. Depuis la promulgation du Code du Statut personnel, les tribunaux appliquent naturellement ce Code sans aucune réticence et prononcent le divorce à la demande unilatérale de chacun de deux époux sans faire une distinction entre le mari ou la femme. Une différence peut cependant exister entre

---

<sup>643</sup> Cass.civ., arrêt n°17297 du 16 juin 1987, Bulletin de la cour de cassation, 1987 à la p.223.

<sup>644</sup> M.Ben Jemia, «Commentaire de la décision du Tribunal de première instance de Tunis- n°34179 du 27 juin 2000» (2000) R.T.D à la p.441.

<sup>645</sup> Décision du tribunal de première instance de Tunis du 19 novembre 1991, RTD 1993 à la p.249.

<sup>646</sup> M.Ben Jemia, *supra* note 64 à la p.427.

les deux conjoints quant à la réparation du préjudice causé par le divorce<sup>647</sup>.

En effet, l'égalité des conjoints est protégée quant à la procédure et aux causes de divorce, mais elle ne s'applique guère en ce qui concerne les effets de divorce et cela, étonnamment, au profit de la femme.

### **Paragraphe 1 : Les causes de divorce**

Trois possibilités de divorce s'offrent aux conjoints : le divorce par consentement mutuel, le divorce pour préjudice subi par l'un des époux et le divorce caprice. Dans les deux derniers cas, il y a réparation du dommage moral ou matériel en faveur de l'un des conjoints.

#### **Sous-paragraphe 1 : Le divorce par consentement mutuel**

Dans ce type d'affaire, le juge est tenu de prononcer le divorce en faveur des deux conjoints qui se sont entendus au préalable sur la demande de divorce et sur ses effets. C'est pourquoi « L'un des époux ne peut seul revenir sur l'accord qui avait été donné par les deux devant le juge lors de la tentative de conciliation »<sup>648</sup>. Le divorce par consentement mutuel apparaît ainsi comme le moyen le moins pénible de mettre fin à la vie conjugale, dans la mesure où les parties s'entendent pour divorcer, et s'accordent sur toutes les conséquences qui en découlent : garde d'enfants, partage des biens. Il est donc nécessaire que les époux soient dotés d'une certaine maturité pour envisager de divorcer sans tomber

---

<sup>647</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.122.

<sup>648</sup> Cass.civ., arrêt n°6299 du 9 février 1982. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

dans le piège de l'hostilité, du mépris et de la bataille judiciaire.

Des données concernant l'ensemble des divorces intervenus durant l'année judiciaire 2000-2001 (voir tableau n°5), indiquent que le divorce par consentement mutuel occupe la deuxième place comme type de divorce aussi bien chez les hommes (23.44%) que chez les femmes (12.42%).

Un phénomène particulier entourant ce type de divorce peut être observé. Par exemple, certaines femmes changent d'avis après s'être présentées devant le juge pour exprimer leur accord pour divorce et soutiennent que: « [...] leurs époux les ont menacées ou qu'ils leur ont menti afin qu'elles donnent leur accord devant le juge de conciliation en profitant de l'impact psychologique du fait qu'elles se présentent pour la première fois au tribunal »<sup>649</sup> [notre traduction]. Nonobstant cette déclaration, la jurisprudence est constante dans son refus d'accepter de tels revirements de situation: « Lors de l'audience de jugement, aucune rétractation n'est possible sans le consentement de l'autre conjoint »<sup>650</sup>, même si l'épouse, « après avoir consenti au divorce en première instance, se rétracte, interjette appel et prétend que son consentement lui avait été extorqué par la violence »<sup>651</sup>. D'ailleurs, l'avocate et la militante féministe

---

<sup>649</sup> B.Bel Haj Hamida, «La situation juridique de la femme tunisienne à travers l'utilisation de son droit au divorce» [en arabe], dans *La non-discrimination à l'égard des femmes, entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, Tunis, Centre d'Études, de Recherches et Publications de l'Université de Tunis, 1989, à la p.268.

<sup>650</sup> Cass.civ., arrêt n°6299 du 9 février 1982. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

<sup>651</sup> Cass.civ., arrêt n°6190 du 12 janvier 1982. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

tunisienne Bochra Bel Haj Hamida, qui a dénoncé ce phénomène, avance :

[...] on constate que ce sont généralement les femmes qui reviennent sur leur approbation de divorcer par consentement mutuel. Une fois passées par la séance de conciliation, elles se rendent compte que leur nouvelle vie va être plus pénible que leur vie conjugale. Leur consentement au divorce n'est en fait qu'une acceptation du souhait du mari, qu'elles exaucent sous l'influence de plusieurs éléments intangibles [notre traduction]<sup>652</sup>.

Dans d'autres cas, c'est l'épouse qui va saisir le juge afin de mettre fin à sa vie conjugale à cause des mauvais traitements que lui inflige son mari. Le contraire existe également<sup>653</sup>.

#### **Sous-paragraphe 2 : Le divorce pour préjudice**

En effet, un tribunal peut prononcer le divorce « [...] à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi »<sup>654</sup>. Par préjudice, on entend essentiellement le non-respect des obligations conjugales qui pèsent sur l'un des conjoints. Tel que défini par le Code, l'inexécution d'une clause contenue dans l'acte du mariage<sup>655</sup> ou tout autre préjudice subi par l'un des époux, s'il est capable de le

---

<sup>652</sup> *Ibid.*

<sup>653</sup> «Le fait que l'épouse a été condamnée pour voies de faits envers son mari, ce dernier peut demander le divorce pour préjudice et réclamer des dommages et intérêts » [notre traduction], cass.civ., arrêt n°5817 du 16 octobre 1981. Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.111.

<sup>654</sup> Article 31 alinéa 2 du Code.

<sup>655</sup> Rappelons que l'article 11 du Code prévoit que :«Peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, ce mariage peut être dissout par le divorce ».

prouver et de convaincre le juge de la gravité du tort éprouvé.

En principe, il en va ainsi pour :

**1)- Les violences et injures à l'encontre de l'un des époux.**

En effet, chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance et éviter de lui porter préjudice<sup>656</sup>. La violence constitue une faute qui justifie le divorce aux torts de l'époux au sens du second alinéa de l'article 31 C.S.P<sup>657</sup>. Cela concerne « le mari qui se livre à des voies de fait sur son épouse et qui l'injurie, cette situation rendant intolérable le maintien du lien conjugal »<sup>658</sup>. De même, « Les violences verbales et physiques d'une femme à l'égard de son mari causent un préjudice à ce dernier et justifient sa demande en divorce »<sup>659</sup>. En plus, le mari qui violence son épouse se voit opposer l'article 218 du Code pénal<sup>660</sup>.

**2)-L'abandon du domicile conjugal.** D'une façon générale, la jurisprudence distingue l'abandon du domicile conjugal, pratiqué en principe par l'épouse et l'abandon de la famille,

---

<sup>656</sup> Selon l'article 23 du Code.

<sup>657</sup> «Le tribunal prononce le divorce :2) à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi».

<sup>658</sup> Cass.civ., arrêt n°4642 du 24 janvier 1967. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

<sup>659</sup> Cass.civ., arrêt n°17828 du 22 septembre 1987. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

<sup>660</sup> Selon l'article 218 du Code pénal «Tout individu qui volontairement cause des blessures, porte des coups ou commet tout autre violence [...] est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de mille dinars». Cependant, depuis 1993, le législateur a rajouté une nouvelle disposition à la loi pour punir davantage la violence conjugale : « Si l'auteur de l'agression est un descendant ou conjoint de la victime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de deux mille dinars d'amende».

effectué par le mari<sup>661</sup>. Ainsi, le divorce peut être prononcé si l'épouse quitte le foyer familial sans raison valable. Par contre l'époux doit quitter le domicile et refuser de subvenir aux besoins de sa famille<sup>662</sup> pour que le divorce soit prononcé. Ainsi, l'épouse ne peut obtenir le divorce pour abandon du domicile conjugal qu'après avoir « [...] entamé plusieurs procédures, longues et coûteuses »<sup>663</sup>. Tout d'abord, elle doit obtenir un jugement condamnant son mari à servir une pension alimentaire. Après qu'un mois se soit écoulé, si le conjoint refuse de payer la somme due, elle peut obtenir un jugement pénal le condamnant pour abandon de famille. De là seulement, elle peut intenter une action en divorce pour préjudice d'abandon du domicile conjugal par le mari : « [...] l'abandon du domicile conjugal par le mari n'est pas punissable puisque ce dernier n'a pas eu l'intention d'échapper à ses obligations légales »<sup>664</sup>.

Cette attitude s'explique, à notre avis, par l'absence, en droit tunisien, de la notion du devoir de secours réciproque entre les conjoints, d'une part, et par la répartition traditionnelle des rôles, puisque la charge économique est principalement attribuée à l'homme, d'autre part. Par ailleurs, quitter son domicile ne constitue pas en soi un préjudice justifiant le divorce, mais c'est probablement le fruit de l'influence du droit musulman. En

---

<sup>661</sup> Voir le sous-paragraphe 2 aux pp.195-198, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>662</sup> Selon l'article 40 du Code, :« Si le mari, se trouvant sans ressources, quitte la femme sans lui avoir assuré des aliments et si personne n'y pourvoit durant l'absence, le juge impartit au mari un délai d'un mois pour revenir ; à l'expiration de ce délai, le juge prononcera le divorce».

<sup>663</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p.64.

<sup>664</sup> Cass.pénal, arrêt n°11830 du 23 février 1976, Bull.cass 1976 à la p.174.

effet, en droit musulman, le mari qui a la possibilité d'épouser plus d'une femme, peut occuper différents domiciles conjugaux. Toutefois, avec l'interdiction de la polygamie et avec l'obligation, pour l'épouse, de contribuer financièrement aux charges de la famille, il apparaît incohérent de conserver cette distinction quant à l'abandon de famille.

L'inégalité persiste ainsi puisque l'épouse qui ose quitter le foyer familial sans avancer de justification valable, est considérée en situation de violation de ses obligations conjugales, ce qui libère le mari de son obligation de lui payer une pension<sup>665</sup>. D'ailleurs, une jurisprudence bien établie depuis les années quatre-vingt, estime que :

[...] la cohabitation de l'épouse avec son mari est considérée comme la plus importante obligation conjugale [...] puisque c'est l'objectif principal du mariage, c'est pourquoi le non-respect de ce devoir constitue un abus de la part de l'épouse qui sera qualifiée de désobéissante<sup>666</sup> [notre traduction].

Si l'épouse abandonne le domicile conjugal, le conjoint lui adresse une interpellation, par l'intermédiaire d'un huissier notaire, pour l'interroger sur les raisons de cet abandon et lui demander de revenir au domicile conjugal. Si elle persiste dans son refus, le mari a le droit de demander le divorce pour préjudice. Or, « Cette pratique discriminatoire ne peut se perpétuer que dans la mesure où elle se fonde sur l'institutionnalisation de la puissance

---

<sup>665</sup> Voir le sous-paragraphe 1 aux pp.189-195, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>666</sup> Cass.civ., arrêt n°13411 du 19 novembre 1986, Bull.cass 1985 à la p.216.

maritale »<sup>667</sup>. C'est ainsi qu'est rompue l'égalité des conjoints dans le divorce. En effet, le mari qui quitte le domicile conjugal tout en continuant à entretenir sa famille n'est pas en état d'abandon du domicile conjugal. Par contre, le simple fait que l'épouse quitte son foyer et refuse d'y retourner constitue un état d'abandon du domicile conjugal. Le juge reste maître d'apprécier la recevabilité des raisons avancées par l'épouse. En outre, il est facile, pour le mari, de créer des conditions d'instabilité poussant sa femme à quitter la résidence familiale, comme par exemple d'établir le domicile conjugal chez ses propres parents. Enfin, par le manquement au devoir de cohabitation, la conjointe est considérée par la jurisprudence comme étant "nachez" c'est-à-dire en état de désobéissance<sup>668</sup>. On peut espérer qu'avec la disparition de l'obligation d'obéissance, qui pesait sur l'épouse, l'interprétation des juges des obligations entre époux va connaître une nouvelle étape. Toutefois, on constate que les juges s'attachent encore à ce devoir de cohabitation pour évaluer les préjudices. Ainsi, trois ans après la réforme de 1993, la cour de cassation a jugé que : « L'épouse qui persiste dans son attitude négative de quitter le domicile conjugal et refuse de cohabiter avec son époux, en dépit de différentes interpellations, acquiert le statut de désobéissante et cause des préjudices énormes à son conjoint »<sup>669</sup>. La cour a ajouté dans un autre arrêt, qu' : « Est considéré comme un cas de désobéissance, donnant lieu au divorce pour préjudice, le refus de l'épouse de cohabiter avec

---

<sup>667</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p.65.

<sup>668</sup> L'insubordination de l'épouse se manifeste par le fait qu'elle quitte le domicile conjugal sans motif valable et qu'elle persiste dans le refus de revenir au foyer.

<sup>669</sup> Cass.civ., arrêt n°51727 du 22 octobre 1996, Bull.cass 1996 à la p.279.

son mari au domicile conjugal »<sup>670</sup> [notre traduction]. En somme, la notion d'abandon du domicile conjugal dissimule la reconnaissance de l'autorité de l'époux sur l'épouse.

**3) L'adultère de l'un des conjoints :** En dépit du fait que l'article 23 du Code ne mentionne pas expressément le devoir de fidélité, l'adultère de l'un des époux constitue bel et bien une violation des devoirs conjugaux permettant d'obtenir le divorce pour préjudice : « Le recours en cassation pour contester un jugement de fond qui annonce le divorce pour préjudice à cause de l'adultère, tout en s'appuyant sur un jugement pénal, est irrecevable »<sup>671</sup> [notre traduction]. Ainsi, la procédure exige que l'époux lésé doive, en premier, intenter une action au pénal pour prouver la culpabilité de son conjoint ou de sa conjointe. « Pas nécessaire que l'adultère soit flagrant. Tous les moyens de preuve sont admis : flagrant délit, témoignages, écrits, aveux... »<sup>672</sup>. Sur la base de ce jugement pénal<sup>673</sup>, il peut obtenir alors le divorce pour manquement au devoir de fidélité réciproque. En effet, « l'expérience montre que l'époux offensé ne porte plainte contre le conjoint adultère que pour faciliter l'obtention du divorce »<sup>674</sup>. Une question s'impose alors : si suite au divorce la famille est déjà éclatée, à quoi bon faire exécuter une sanction pénale ? N'y a t il pas là une

---

<sup>670</sup> Cass.civ., arrêt n°51286 du 18 octobre 1996, Bull.cass 1996 à la p.289.

<sup>671</sup> Cass.civ., arrêt n°7741 du 4 mai 1971. Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.108.

<sup>672</sup> A.Bel Haj Hamouda, «Les conflits conjugaux: aspects juridiques» (1989) A.J.T à la p.57.

<sup>673</sup> Rappelons que selon l'article 236 du Code pénal :«L'adultère du mari ou de la femme est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 500 dinars. Il ne peut être poursuivi qu'à la demande de l'autre conjoint qui reste maître d'arrêter les poursuites ou l'effet de la condamnation».

<sup>674</sup> *Ibid.*

survivance de l'influence du droit musulman qui sanctionne tout rapport sexuel en dehors du mariage ?

Bien que ces situations apparaissent comme une constante jurisprudentielle, il faut dire que la notion de préjudice dépend énormément de l'appréciation personnelle du juge et, surtout, de ses convictions. Ainsi, dans un arrêt de la cour de cassation qui date de 1987, un juge estime que « Les voies de fait, avec coups et blessures légers du mari sur la femme, font partie d'une vie matrimoniale normale et ne constituent pas un préjudice suffisamment grave pour prononcer le divorce aux torts du mari »<sup>675</sup>. Selon les critères de ce juge, il est donc admissible que l'époux donne "de légers coups " à sa femme pour la rappeler à l'ordre, à moins qu'il ne s'agisse d'un moyen musclé pour prouver son profond amour et son respect à sa douce moitié ! L'épouse devrait alors attendre que son conjoint s'acharne à déployer son talent, pour s'assurer d'avoir un argument de taille pour prouver, à ses risques et périls, qu'elle a subi un préjudice ! On peut dire que cet acte, qui porte atteinte à la dignité des femmes et à leur intégrité physique et morale, s'inscrit dans la tradition patriarcale qui « [...] encourage le mari à commander sa femme et non à l'aimer »<sup>676</sup>, puisque « [...] le devoir d'un homme de commander sa femme s'incarne dans son droit de corriger en la battant »<sup>677</sup>.

---

<sup>675</sup> Cass.civ., arrêt n°73720 du 12 novembre 1987. Cité par A.Chamari, *supra* note 479 à la p.65.

<sup>676</sup> F.Ait Sabah, *La femme dans l'inconscient musulman*, Paris, Albin Michel, 1982, à la p.27.

<sup>677</sup> F.Mernissi, *Sexe, idéologie et Islam*, Paris, Tierce, 1983, à la p.119.

Heureusement, d'autres magistrats sont plus sensibles à la notion de préjudice comme en fait foi l'arrêt suivant:

Le mari qui, sans être accompagné de son épouse, fréquente à plusieurs reprises et à des moments divers, des lieux de distraction et de plaisir en compagnie d'une famille qui lui est étrangère, est considéré comme ne traitant pas sa femme avec bienveillance et comme ne vivant pas avec elle en bons rapports. Un tel comportement constitue une violation des obligations maritales prévues par l'alinéa premier de l'article 23 C.S.P.<sup>678</sup>.

Par ailleurs, l'impuissance sexuelle du mari ou la frigidité de l'épouse, qui « [...] prive le mariage de sa signification [puisque] l'union sexuelle est l'un des fondements essentiels du mariage, l'un de ses objectifs et une obligation réciproque des époux »<sup>679</sup>, donne au conjoint lésé le droit de demander le divorce pour préjudice. C'est ainsi, par exemple, que le fait qu'une épouse soit restée vierge malgré qu'une année se soit écoulée depuis son mariage, constitue un préjudice justifiant une demande de divorce<sup>680</sup>. Cependant, la stérilité de l'épouse qui, suivant cette logique, pourrait être qualifiée de préjudiciable à l'époux, « [...] la procréation étant l'un des objectifs du mariage »<sup>681</sup> ne semble pas avoir été retenue comme cause de divorce. De même, la maladie ne constitue pas un motif de divorce pour préjudice, sauf au cas où le « mari prouve qu'il avait été induit en

---

<sup>678</sup> Cour d'appel de Tunis, décision n°59009 du 14 juillet 1966. Cité par A.Chamari, *supra* note 479 à la p.65.

<sup>679</sup> Cass.civ., arrêt n°24219 du 23 janvier 1990. Cité par K.Meziou, *supra* 346 à la p.15.

<sup>680</sup> Cour d'appel de Sousse, décision n°1101 du 27 juin 1990. Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.114.

<sup>681</sup> Cass.civ., arrêt n°24219 du 23 janvier 1990. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.15

erreur au moment de la conclusion du mariage »<sup>682</sup>. À notre connaissance, la jurisprudence ne retient le préjudice que dans la mesure où celui-ci est causé par une faute ou un manquement aux obligations conjugales. Cette attitude s'explique par l'attachement des juges à la première version de l'article 31 du Code<sup>683</sup>, qui prévoyait le divorce pour faute en raison de violation par l'un des époux des obligations qui pèsent sur lui. En 1981<sup>684</sup>, le législateur intervient pour adopter une notion plus large, qui est celle du préjudice subi sans qu'il y ait un manquement aux obligations conjugales. Or, « [...] la jurisprudence semble cependant entendre le nouveau texte dans le même sens que l'ancien »<sup>685</sup>.

Il est important de signaler qu'en pratique, il est difficile d'obtenir ce type de divorce, étant donné la difficulté à prouver les préjudices, qui, généralement, ont lieu dans l'intimité. En plus, l'appréciation des dommages dépend toujours des convictions du juge, à moins que la victime ne fournisse un certificat médical faisant état de coups ou blessures, par exemple, ou qu'elle présente un jugement pénal rendu pour violence ou encore inculquant l'un des époux pour adultère. Toutefois, même en présence d'un certificat médical, attestant les coups et blessures infligés à la femme, « on peut facilement s'opposer à la recevabilité de ce certificat »<sup>686</sup> [notre traduction] et ce, à cause d'une pratique malheureusement répandue du certificat de

---

<sup>682</sup> Cass.civ., arrêt n°17977 du 29 septembre 1987. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

<sup>683</sup> Selon l'article 31 ancien, «Le tribunal prononce le divorce à la demande du mari ou de la femme pour les motifs visés aux articles du présent code».

<sup>684</sup> Loi n°81-7 du 18 février 1981, J.O.R.T de 1981 à la p.334.

<sup>685</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.14.

<sup>686</sup> *supra* note 71 à la p.266.

complaisance. Si le conjoint demandeur de divorce pour préjudice échoue à prouver le tort qui lui a été infligé par le comportement de son conjoint, il lui faut généralement recourir au divorce caprice, aussi appelé divorce unilatéral. D'ailleurs, le divorce préjudice semble être le moyen le moins utilisé chez les couples. Il représente 9,21% des demandes de divorces revendiquées par les époux, durant l'année 2000-2001, contre 8,97% chez les femmes (voir tableau n°5). Qu'en est-il alors du divorce unilatéral ?

### **Sous-paragraphe 3 : Le divorce unilatéral**

Ce type de divorce permet à l'un des époux de mettre fin au mariage sans fonder sa demande sur un motif précis et sans le consentement de l'autre conjoint. Le rôle du juge consiste, dans ce contexte, à tenter de concilier les parties et, en cas d'échec de sa démarche, à prononcer le divorce. D'ailleurs, l'appel est « en la matière, une action sans intérêts, la cour ne pouvant que confirmer la décision »<sup>687</sup>.

Une certaine controverse entoure la nature de ce divorce. Pour certains, c'est le cas qui illustre le mieux l'égalité entre l'homme et la femme « [...] puisqu'il permet, par la seule volonté unilatérale, de mettre fin aux liens du mariage. Il s'impose au tribunal qui est tenu de prononcer le divorce quelle que soit la position adoptée par l'épouse ou l'époux défendeur »<sup>688</sup>. Par contre, d'autres ont qualifié ce type de divorce de répudiation classique, prononcée par le juge plutôt que par l'époux : « [...] lorsqu'un époux veut mettre fin au

<sup>687</sup> Cass.civ., arrêt n°7065 du 7 décembre 1982. Cité par K.Meziou, *supra* 270 à la p.16.

<sup>688</sup> M.M. El Hamzaoui, « Le divorce et ses effets matériels en droit Tunisien », (1984) 38 R.J.P.I.C à la p.416.

mariage, il lui suffit de saisir le tribunal, celui-ci est obligé de prononcer le divorce »<sup>689</sup>. Or, bien que ce divorce résulte d'une volonté unilatérale, il n'est plus uniquement réservé au mari : contrairement à la répudiation, la femme peut aussi en faire la demande. Le désir de mettre fin à la vie de couple ne se fait plus d'une manière discrétionnaire et sans recours à la justice :

Le passage nécessaire devant le juge va entraîner une transformation de la mentalité des époux et de leurs relations réciproques. Le mari n'est plus souverain pour mettre fin au lien conjugal par sa propre volonté et la femme n'est plus menacée par la répudiation<sup>690</sup>.

Enfin, le juge ne prononce le divorce qu'une fois que ses tentatives de concilier les époux ont échoué et après avoir déterminé le montant de l'indemnité qui dédommagera le conjoint qui subit le divorce malgré sa volonté. En somme, le divorce unilatéral n'a rien à voir avec la répudiation. Toutefois, cette possibilité de divorcer sans raison :

[...] peut choquer certaines législations qui ne connaissent la cause de divorce, qu'exclusivement dans la faute. [...] Dès lors, un divorce qui peut être demandé sur requête unilatérale et sans motivation, peut paraître capricieux, abusif et contraire à la morale juridique<sup>691</sup>.

---

<sup>689</sup> A.Colomber, «Le code du statut personnel tunisien», (1957). Cité par M.H.Lakhoua, «Réflexion sur le divorce caprice» (1979) R.T.D à la p.63.

<sup>690</sup> K.Meziou, *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1982 à p.237.

<sup>691</sup> M.H.Lakhoua, *supra* note 689 à la p.63.

Ainsi, dans une affaire récente qui remonte à l'an 2000<sup>692</sup>, un juge français a qualifié un jugement de divorce unilatéral prononcé par un tribunal tunisien de répudiation :

Le divorce prononcé en Tunisie l'a été dans des conditions qui méconnaissent l'ordre public français, puisque le jugement rendu est un jugement de répudiation. En effet, il ressort de la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel de Tunis que le divorce a été rendu "pour la première fois après consommation par caprice de l'époux". Un tel jugement est contraire à l'ordre public français<sup>693</sup>.

Il s'agit d'une affaire captivante qui nécessite que nous exposions les faits. En effet, deux juridictions appartenant à deux pays différents ont été saisies pour prononcer le divorce entre des conjoints qui se sont mariés en Tunisie mais résidaient en France. Le 22 septembre 1995, l'épouse dépose sa requête en divorce devant le tribunal français de grande instance de Bourgoin-Jallieu. En 1998, elle obtient une décision au tort du mari qui doit lui verser, entre autres, une prestation compensatoire pendant dix ans. L'époux, quant à lui, introduit une instance de divorce contre son épouse, en Tunisie, le 17 novembre 1995. Ce n'est que le 12 janvier 1996 que l'épouse est citée valablement<sup>694</sup>. Le juge tunisien

---

<sup>692</sup> À vrai dire, nous avons pu mettre la main sur ce jugement ainsi que sur l'autre décision du tribunal tunisien que nous allons citer par la suite, grâce à notre entretien avec une femme juge qui s'intéresse au droit de la famille. Noter que les deux jugements n'ont pas été publiés, du moins en Tunisie, et ne sont accessibles qu'à une poignée de spécialistes .

<sup>693</sup> Arrêt de la cour d'appel de Grenoble n°99/00246 du 24 octobre 2000, inédit.

<sup>694</sup> À l'audience de conciliation du 10 janvier 1996, le juge tunisien a constaté que l'épouse n'avait pas été régulièrement citée et a renvoyé l'affaire pour nouvelle citation de la conjointe. Ce n'est que le 12 janvier 1996 que la procédure a été régularisée. D'ailleurs, le juge français a retenu cette date pour décider quelle juridiction avait été saisie en premier.

prononce alors le divorce unilatéral le 4 novembre 1997. Mais, si nous revenons au territoire français, on remarque que l'époux interjette appel contre le jugement de première instance au motif principal de l'autorité de la chose jugée, puisque le divorce est déjà prononcé par un tribunal tunisien. C'est ainsi que la cour d'appel de Grenoble confirme la décision du tribunal de première instance de Bourgoin-Jallieu et qualifie le divorce prononcé en Tunisie de répudiation, refusant alors de faire exécuter cette décision étrangère, jugée non conforme à l'ordre public français. Mais, l'histoire ne s'arrête pas là, il suffit de revenir à l'État tunisien pour constater qu'un nouveau jugement du tribunal de première instance de Tunis est rendu, cette fois-ci, sur une requête introduite par l'épouse en question qui réclame le bénéfice d'une rente viagère<sup>695</sup> tel qu'édicté par l'article 31 du Code tunisien<sup>696</sup>. Le tribunal a sauté sur l'occasion pour dénoncer la mauvaise interprétation des juridictions françaises du divorce unilatéral :

En réponse à l'argument voulant que la juridiction tunisienne ait été déjà saisie, la cour d'appel de Grenoble a rejeté ce point en arguant que le jugement tunisien est un cas de répudiation contraire à l'ordre public français. [...] L'analogie qui a été faite entre le cas de divorce selon l'article 31 al.3 du Code et la répudiation est basée sur une grave déviation de la notion de divorce unilatéral qui est fondé sur les principes suivants : le divorce judiciaire, l'égalité entre les époux devant le principe du divorce et le droit à la réparation des préjudices causés, ce qui est totalement différent de la répudiation [notre traduction]<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> Voir le paragraphe 3 aux pp.306-325, ci-dessous pour plus d'information sur la question.

<sup>696</sup> Tribunal de première instance de Tunis n°22591, du 14 décembre 2001, inédit.

<sup>697</sup> *Ibid.*

À la demande de l'ex-épouse d'une rente viagère, le tribunal tunisien refuse de la lui accorder sous prétexte qu'elle bénéficie déjà d'un dédommagement suite à la décision du tribunal français :

La pluralité des juridictions ne peut être utilisée par les parties pour obtenir des avantages. [...] Sachant que la demanderesse a choisi de ne pas réclamer la réparation de préjudice du juge tunisien [lors de l'affaire intentée par son mari devant les instances tunisiennes], et qu'elle bénéficie d'un jugement étranger qui lui a octroyé une réparation pécuniaire très intéressante [notre traduction]<sup>698</sup>.

Dans cette affaire, l'honneur du divorce unilatéral a été clairement heurté.

À vrai dire, les motifs qui poussent une personne à demander le divorce unilatéral sont l'incompatibilité de caractère, l'impossibilité de prouver les préjudices subis ou, au contraire, la volonté de ne pas étaler sa vie privée en public et de protéger les enfants issus de ce mariage, donc un divorce sans histoire. En effet, selon l'observation d'un juriste tunisien, « il arrive que le conjoint demandeur, généralement le mari, répugnant à étaler devant le prétoire les motifs intimes et, à ses yeux combien légitimes, de sa demande, jette un voile pudique sur la faute de sa femme (adultère par exemple)»<sup>699</sup>. N'oublions pas qu'une femme infidèle est mal vue dans la société tunisienne ; elle fait l'objet d'exclusion et devient une proie facile pour le harcèlement sexuel. Quant à ses enfants, la faute de leur

---

<sup>698</sup> *Ibid.*

<sup>699</sup> *Ibid.*, à la p.65.

mère leur reste collée à la peau tout au long de leur vie et les gens ne ratent pas l'occasion de leur rafraîchir la mémoire.

Par ailleurs, selon des données qui concernent l'ensemble des divorces intervenus durant l'année judiciaire 2000-2001, le divorce caprice est le premier type de divorce demandé par les conjoints des deux sexes (voir tableau n°5) : 29,86% des époux évoquent le divorce caprice contre 16,07% des femmes. Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que les Tunisiens et les Tunisiennes, quand vient le moment de mettre fin à leur vie conjugale, préfèrent recourir à un moyen plus discret. Ainsi, derrière l'option du divorce caprice, on peut identifier le souci de réduire la complexité de la procédure. Se retrouver au palais de justice pour faire face au tribunal est certainement intimidant pour la plupart des gens !

Toutefois, lors d'une requête de divorce, la cour est tenue de statuer sur les effets du divorce et surtout d'évaluer l'indemnité compensatoire octroyée au conjoint défendeur.

**Tableau 5 : Types de divorces selon le genre durant l'année judiciaire 2000-2001 (%)**

Types de divorces	Demande formulée par l'époux	Demande formulée par l'épouse
Consentement mutuel	23,44	12,42
Préjudice	9,21	8,97
Caprice	<b>29,86</b>	<b>16,07</b>
Total	62,52	37,47

Source : Ministère de la Justice, services des statistiques 2002<sup>700</sup>.

<sup>700</sup> Nous avons pu obtenir ces données suite à une demande formulée au ministère de la Justice, lors d'un séjour à Tunis en l'an 2002.

#### **Sous-section 4 : Les effets du divorce**

Le divorce entraîne, en effet, des conséquences pour les époux et leurs enfants. Il faut dire que :

L'exigence d'un divorce judiciaire était de nature à s'assurer que le divorce ne serait prononcé qu'après une tentative de conciliation exigée par l'article 32 du Code et que chacun des deux époux et surtout l'épouse pourrait faire valoir ses droits relatifs, notamment, à la répartition du préjudice moral et matériel découlant du divorce, la garde des enfants, la pension alimentaire, le logement<sup>701</sup>.

#### **Paragraphe 1 : Les effets de divorce vis à vis des enfants**

Rappelons les grandes lignes des effets du divorce sur les enfants, que nous avons déjà abordées au premier chapitre de cette partie, lorsqu'on a traité de la puissance paternelle<sup>702</sup>. Ainsi, suite au divorce des parents, les enfants mineurs se voient confier à l'un des parents ou à une tierce personne<sup>703</sup>. C'est le juge qui en décide en considérant l'intérêt de l'enfant<sup>704</sup>. Le parent non-gardien obtient le droit de visite, mais « la garde est souvent confiée à la mère, à sa demande d'ailleurs, et c'est le père qui va exercer son droit de visite »<sup>705</sup>. En outre, c'est le père qui reste le tuteur de l'enfant, même si la mère gardienne exerce certains attributs de la puissance tutélaire. Elle donne son consentement au mariage de ses enfants

<sup>701</sup> S.B.Halima, *supra* note 339, à la p.121.

<sup>702</sup> Voir le paragraphe 2 aux pp.207-228, ci-dessus pour l'analyse de cette question.

<sup>703</sup> Article 67 al.2 du Code, modifié par la loi du 12 juillet 1993.

<sup>704</sup> Article 67 al.3 du Code.

<sup>705</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p.72.

mineurs : « le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère »<sup>706</sup>. De plus, « Au cas où la garde de l'enfant est confiée à la mère, cette dernière jouit des prérogatives de la tutelle en ce qui concerne les voyages de l'enfant, ses études et la gestion de ses comptes financiers »<sup>707</sup>. Il s'agit d'une énumération limitative<sup>708</sup> d'éléments de la tutelle qui concernent des besoins quotidiens des enfants. Il apparaît donc logique que le tuteur soit présent et proche d'eux. Grâce à cette réforme, la mère gardienne obtient ainsi plus de droits sur ses enfants<sup>709</sup> et devient, en principe, la titulaire exclusive de certains attributs de la tutelle. D'ailleurs, la mère gardienne est désormais responsable de l'acte préjudiciable de son enfant, à moins de prouver qu'elle a exercé la surveillance nécessaire<sup>710</sup>.

---

<sup>706</sup> Article 6 du Code modifié par la loi du 12 juillet 1993. Voir la Partie II, Chapitre II, Section 1, Sous-section 2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>707</sup> Article 67 du al.4 du Code.

<sup>708</sup> Pendant le mariage des parents, selon l'article 23 du Code, la mère collabore avec le père pour «[...] la bonne éducation des enfants, ainsi que la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions financières». Ainsi, durant le mariage, l'ensemble des affaires des enfants mineurs se trouve désormais soumis à l'approbation de la mère. Le législateur utilise le terme "y compris", l'enseignement, les voyages et les transactions financières sont prévus à titre énonciatif et non limitatif.

<sup>709</sup> Avant, la mère gardienne avait légalement le droit de retenir physiquement l'enfant à son domicile et de l'élever et de veiller sur son éducation.

<sup>710</sup> Selon l'article 93 bis du Code des obligations et des contrats, qui a été rajouté par la loi n°62-95 du 9 novembre 1995. Selon les nouvelles dispositions de cet article, durant le mariage, les parents sont solidairement responsables de l'acte préjudiciable émanant de leurs enfants. Avant cette réforme, seul le père était responsable du dommage causé par ses enfants mineurs.

Sur intervention du juge, la mère peut obtenir l'exercice total de la tutelle :

Le juge peut confier les attributions de la tutelle à la mère qui a la garde de l'enfant, si le tuteur se trouve empêché d'en assurer l'exercice, fait preuve de comportement abusif dans sa mission, néglige de remplir convenablement les obligations découlant de sa charge, ou s'absente de son domicile et devient sans domicile connu, ou pour toute cause portant préjudice à l'intérêt de l'enfant<sup>711</sup>.

Nous pouvons dire alors que bien que l'inégalité persiste entre les époux dans le cadre de leurs relations avec leurs enfants, cette réforme a permis d'atténuer la puissance du chef de famille. On est passé alors d'un chef autoritaire, à un chef qui se voit obliger de céder quelques-uns de ses pouvoirs à la mère. On assiste ainsi à un démembrement de la puissance paternelle; la mère récupère une partie de la tutelle et peut même, dans certains cas, en assurer la totalité.

On remarque néanmoins qu'en pratique et en ce qui concerne les voyages, « l'administration n'octroie pas automatiquement le passeport à la mère. En effet, la mère est parfois obligée d'aller devant le juge de tutelle pour obtenir l'autorisation de retirer le passeport de son enfant ainsi que pour autoriser ce dernier à voyager »<sup>712</sup>. Il y a donc un décalage entre la loi et son application par l'administration tunisienne. D'ailleurs, en pratique, pour obtenir un passeport pour l'enfant mineur dont les parents sont mariés ou divorcés, l'autorisation du père seul est suffisante. Nous

---

<sup>711</sup> Article 67 du al.5 du Code.

<sup>712</sup> B.Bel Haj Hamida, *Guide des droits des femmes*, Tunis, Les éditions de la Méditerranée, 1999, à la p.54.

l'avons nous-même vérifié auprès du consulat tunisien à Montréal, qui n'exige toujours que l'autorisation du père pour obtenir le passeport de l'enfant. Cependant, quand la mère divorcée n'est pas tunisienne, son autorisation est également requise. Grâce à la bureaucratie, une étrangère a donc plus de droits sur ses enfants qu'une Tunisienne<sup>713</sup>! Cette résistance de la machine administrative aux nouvelles réformes ne coïncide pas avec les efforts déployés par le président de la république pour promouvoir l'égalité entre les sexes :

Les mesures les plus significatives que nous avons prises consistent, peut-être, dans le renforcement substantiel des acquis accumulés par la femme depuis l'indépendance dans les divers domaines, et plus particulièrement les acquis que nous avons ajoutés [...] et qui sont venus enrichir le Code du statut personnel [...] Nous avons amendé la législation de façon à matérialiser l'égalité des chances entre les deux sexes dans notre vécu quotidien et à aider la femme à prendre conscience de ses droits et devoirs et à exercer ses droits<sup>714</sup>.

En somme, nous nous trouvons devant une situation où le droit a devancé la réalité, mais n'a pas fait changer les mentalités : fidèles au système patriarcal, seuls les hommes détiennent encore du pouvoir sur leur progéniture. Ceci est d'autant plus vrai qu'en cas de divorce, le père continue à subvenir à l'entretien de l'enfant confié à la mère, cette dernière étant déchargée de toute obligation alimentaire<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> Au point que, quand nous avons appelé le consulat tunisien à Montréal pour obtenir des précisions sur cette question, nous n'avons pu obtenir qu'une partie de l'information qui concerne les couples tunisiens. Pour notre requête qui touche la mère non tunisienne, nous n'avons pas pu obtenir de réponse ; il nous a fallu chercher la réponse sur place, à Tunis, lors de notre séjour !

<sup>714</sup> Le président Zine El Abidine Ben Ali, Tunis le 7 novembre 1993, propos recueillis par Internet sur le site du parti politique au pouvoir, le Rassemblement constitutionnel démocratique (RCD) : <http://www.rcd.tn> (date d'accès : 29 octobre 2004).

<sup>715</sup> Sauf en cas d'indigence du père, article 47 du Code.

Le père non gardien reste donc responsable de l'entretien de ses enfants mineurs<sup>716</sup> en vertu de l'article 46 :

[...] les aliments continuent à être servis aux enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité ou, au delà de cette majorité, l'âge de vingt-cinq ans. La fille continue à avoir droit aux aliments tant qu'elle ne dispose pas de ressources ou qu'elle n'est pas à la charge du mari<sup>717</sup>.

Ajoutons que « [l]a pension alimentaire comprend la nourriture, l'habillement, le logement, l'instruction et tout ce qui est considéré comme nécessaire à l'existence selon l'usage et la coutume »<sup>718</sup>. Le père doit, notamment, pourvoir au logement de son enfant, mais il n'est pas tenu d'offrir la maison habitée autrefois par la famille. « Il suffit qu'il paye le prix de location d'un appartement séparé »<sup>719</sup>. Même si, désormais, durant la vie conjugale, la mère est tenue de participer à l'entretien de sa famille si elle dispose de biens, elle ne peut être condamnée à payer une pension alimentaire pour ses enfants en cas de divorce : la pension alimentaire reste donc une obligation paternelle. C'est ainsi qu'une décision du tribunal de fond, obligeant une mère divorcée à participer à l'entretien de sa fille, a été cassée par la cour de cassation :

Le fait d'obliger la mère à assumer la moitié de la pension alimentaire de sa fille, au motif qu'elle travaille, est une violation des articles 46 et 47 du Code, qui font peser sur le père en priorité l'obligation

---

<sup>716</sup> Sachant que le montant de la pension alimentaire peut être révisé aussi bien dans le sens d'une augmentation que d'une réduction.

<sup>717</sup> Article 46 nouveau du Code.

<sup>718</sup> Article 50 du Code.

<sup>719</sup> Cass.civ., arrêt n°62680 du 15 novembre 1970. Cité par K.Meziou, *supra* 346 à la p.27.

d'entretien des enfants, la mère n'étant tenue qu'en cas d'indigence de son conjoint<sup>720</sup> [notre traduction].

Fait à noter, le montant de la pension alimentaire est souvent insuffisant pour combler les besoins des enfants<sup>721</sup>. La mère doit se débrouiller pour faire face au quotidien en essayant de trouver un emploi, ou en effectuant des heures supplémentaires et surtout, compter sur l'aide de sa famille. Généralement, la famille offre son soutien financier et, souvent, la grand-mère se charge de s'occuper de ses petits-enfants pour laisser la chance à sa fille de se remarier.

Il convient à présent de se concentrer sur les effets du divorce entre les époux.

## **Paragraphe 2 : Les effets du divorce sur les époux**

En premier lieu, le divorce permet de mettre fin au lien matrimonial entre les époux. Mais, depuis 1956, le juge est tenu d'essayer de réconcilier les époux, avant de prononcer le divorce. Cette mesure lui permet d'examiner les causes réelles du conflit conjugal et de tenter de convaincre les époux de poursuivre leur vie commune, si cela est possible. C'est pourquoi la comparution personnelle des deux parties<sup>722</sup>

---

<sup>720</sup> Cass.civ., arrêt n°22695 du 23 mai 1989, (1993) R.J.L à la p.59.

<sup>721</sup> Voir le paragraphe 3 aux pp.319-320, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

<sup>722</sup> La présence du conjoint demandeur est obligatoire ; à défaut, l'affaire est radiée. Par contre, le défendeur, qui a été régulièrement cité, n'est pas tenu de se présenter. S'il ne comparait pas parce que la signification n'a pas été faite à sa personne, l'audience est reportée à une date ultérieure pour une réassignation. D'ailleurs, la loi du 12 juillet 1993 a ajouté un article 32 bis au Code pour mettre fin aux ruses utilisées par certains demandeurs pour ne pas faire parvenir la convocation à l'autre partie. Cet article punit d'une peine d'emprisonnement d'un

est nécessaire. Même les avocats ne peuvent y assister. En effet : « le but [...] est d'engager un vrai dialogue avec les personnes en conflit pour tenter de secourir et sauver une cellule sociale en déroute lorsqu'il est encore temps, ou trouver une solution viable et partagée quand le divorce reste la seule issue possible »<sup>723</sup>.

Notons qu'en droit musulman, il est recommandé également d'effectuer une tentative de conciliation avant la dissolution du mariage<sup>724</sup>. Cependant, dans la pratique, le recours à la conciliation n'était pas une étape obligatoire puisque le lien conjugal pouvait être rompu, sans recours au juge, par la répudiation unilatérale prononcée par l'époux<sup>725</sup>. Dans les cas où l'épouse pouvait saisir le juge pour demander le divorce, ce dernier n'était pas obligé de s'efforcer de réconcilier les époux en litige<sup>726</sup>. Ainsi, l'obligation de tenir une session de conciliation, instaurée par le Code, peut être présentée comme un principe tiré du droit musulman. Cependant, on ne peut affirmer avec certitude que c'est par application de ce corpus que le législateur tunisien a adopté cette mesure. Nous estimons que, mis à part le faible recours, autrefois, à la conciliation, et vu le caractère obligatoire de cette étape dans le droit tunisien et devant les possibilités légales

---

an celui des époux qui use de manoeuvres frauduleuses dans le but d'empêcher que la signification ne parvienne à son conjoint.

<sup>723</sup> A.Bel Haj Hamida, «Les conflits conjugaux : aspects juridique» (1989) A.J.T à la p.49.

<sup>724</sup> La tentative de conciliation tire ses bases du verset 35 du chapitre 7 du Coran : «Si vous craignez la fissure de leur union, envoyez un arbitre de la famille du mari et un arbitre de la famille de la femme. S'ils veulent les réconcilier, Dieu ramènera parmi eux la concorde».

<sup>725</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.84-87, ci-dessus pour l'analyse de cette question.

<sup>726</sup> Voir J.Ladjili, «Puissance des agnats, puissance du père de la famille musulmane à la famille tunisienne» (1972) R.T.D à la p.25.

offertes désormais aux conjoints pour mettre fin au lien conjugal, le législateur a voulu imposer aux époux de s'affronter une dernière fois pour s'assurer de leur décision.

Ce n'est donc qu'en cas d'échec de cette tentative que le divorce est aujourd'hui prononcé<sup>727</sup>. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé l'importance de cette procédure « [la conciliation] est une étape essentielle et nécessaire de la procédure à défaut de laquelle le jugement de divorce manquait de base légale »<sup>728</sup>. Le juge est tenu d'effectuer une seule audience de conciliation si le couple en litige n'a pas d'enfant ou si le divorce est basé sur le consentement mutuel des époux, tant que cela n'affecte pas l'intérêt des enfants<sup>729</sup>. Mais, « En cas d'existence d'un ou plusieurs enfants mineurs, il sera procédé à la tenue de trois audiences de conciliation, dont l'une ne doit pas être tenue moins de 30 jours après celle qui l'a précédée »<sup>730</sup>. Manifestement, la durée de la procédure de conciliation est prolongée d'au moins trois mois, ce qui rend le divorce plus difficile. Par ailleurs, cette mesure accentue l'éloignement du droit musulman, où la dissolution du mariage se fait sans un délai de réflexion et par un simple mot prononcé unilatéralement

---

<sup>727</sup> Selon l'article 32 du Code : «[...] Le divorce n'est prononcé qu'après que le juge de la famille ait déployé un effort dans la tentative de conciliation demeurée infructueuse».

<sup>728</sup> Cass.civ., arrêt n°6078 du 16 novembre 1981. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.15.

<sup>729</sup> On peut justifier cette exception en rappelant que si le divorce-question épineuse- peut-être réglé par consentement mutuel, a fortiori en sera-t-il ainsi pour les mesures provisoires (la garde, la pension alimentaire...) qui ne sont que les effets d'un accord commun des époux de mettre fin à leur vie conjugale.

<sup>730</sup> Article 32 al.2 du Code. Il faut dire que ce n'est que depuis la réforme de 1993 (La loi n°93-74 du 12 juillet 1993 concernant la modification de quelques articles du Code, J.O.R.T 1993 à la p. 10.) qu'en présence d'enfant mineur, le juge est tenu d'effectuer plus qu'une séance de conciliation.

par le mari. Avec l'imposition de ce délai, le législateur a voulu, d'une part, pousser les parties à réfléchir et, d'autre part, aider le juge à accomplir sa mission de conciliateur. Dans le but de rendre ces audiences plus efficaces, le législateur a même permis au juge de faire appel aux personnes compétentes de son choix pour raisonner les parties, tels que : un membre de la famille, des psychologues, des avocats<sup>731</sup>, etc. Or ,

[...] il faut reconnaître que cette disposition [le recours aux tierces personnes pour temporiser le conflit] n'est pas appliquée et que les audiences se terminent souvent par la non-réconciliation et dans ce cas, le juge est appelé à adopter les mesures urgentes<sup>732</sup>.

En cas d'échec de la tentative de conciliation, devant le caractère vital et urgent de certains éléments, le juge est tenu de prononcer les mesures provisoires avant même d'arriver au jugement final de divorce. Ces mesures -la détermination de la résidence des époux, de la pension alimentaire, de la garde des enfants et du droit de visite<sup>733</sup>- sont exécutoires, mais peuvent être révisées à n'importe quel moment du déroulement de l'affaire, tant que le juge n'aura pas statué sur le fond<sup>734</sup>. À ce stade de la procédure, le juge intervient :

[...] en se fiant aux éléments présents dans le dossier et en questionnant les parties. Il ne peut par exemple ordonner une expertise pour évaluer les revenus de l'époux : n'oublions pas qu'il s'agit de mesures

---

<sup>731</sup> L'article 32 al.5 du Code dispose que « [...] le juge s'évertue à réaliser la conciliation; à cette fin il requiert les services de toute personne dont il juge l'assistance utile».

<sup>732</sup> B.Bel Haj Hamida, *supra* note 723 à la p.23.

<sup>733</sup> Article 32 al.2 du Code.

<sup>734</sup> Article 32 al.5 et 6.

provisoires et, souvent urgentes, qui par nature s'opposent à la lenteur de la procédure<sup>735</sup>.

Par contre, il y a un autre aspect que le juge doit examiner. Il s'agit d'évaluer les préjudices encourus par l'un des conjoints, suite au divorce.

### **Paragraphe 3 : Les conséquences pécuniaires du divorce**

Conformément au droit musulman, le divorce, en droit tunisien, met fin à l'obligation d'entretien du mari vis-à-vis de l'épouse. À vrai dire, cette obligation repose sur le mariage mais se prolonge durant le délai de viduité<sup>736</sup>. Normalement, ce délai est de trois mois après la date du jugement de divorce. Ainsi, durant la période de viduité, la femme n'est pas totalement libérée de son engagement matrimonial : elle doit s'abstenir de se remarier durant cette période de trois mois, afin de s'assurer qu'elle n'est pas enceinte de son ex-conjoint. En contre-partie, l'ex-époux est tenu de l'entretenir. Mais, s'il s'avère que la femme est enceinte, la durée de sa viduité se prolonge jusqu'à l'accouchement<sup>737</sup> et l'obligation d'entretien s'étend aussi. Durant cette période, la femme doit renoncer temporairement à se remarier afin d'éviter toute confusion sur la paternité de

---

<sup>735</sup> F.Belaiba, «La protection judiciaire de l'épouse en droit tunisien : illustration en matière de divorce» (2002) R.J.L à la p.45.

<sup>736</sup> L'article 38 du Code énonce que : « Le mari doit des aliments à la femme après la consommation du mariage et durant le délai de viduité en cas de divorce». Voir, la Partie II, Chapitre I, Section I, Sous section 1, Paragraphe 3, ci-dessus pour l'analyse de cette question.

<sup>737</sup> L'article 35 du Code.

l'enfant, sachant que la durée maximale prévue pour la grossesse est de douze mois à partir du divorce<sup>738</sup>.

Jusque-là, le législateur applique les règles du droit musulman qui exige d'entretenir la femme divorcée durant la période de viduité. Mais ce corpus n'envisage aucune autre obligation monétaire au-delà de cette période. En revanche, le Code du statut personnel tunisien a instauré une indemnité de divorce au conjoint affecté par la rupture du lien conjugal.

En effet, si le divorce est un droit pour les deux époux, il ne doit pas porter préjudice à l'un d'eux. C'est pourquoi, dès la promulgation du Code, le législateur a prévu la nécessité de réparer le préjudice « [...] dû à la partie endommagée par le divorce prononcé suite à la demande de l'un des époux »<sup>739</sup>. Ici aussi, on note que les époux sont considérés égaux devant la réparation du préjudice ; la femme, autant que l'homme, se voit appelée à dédommager le conjoint qui subit le divorce :

L'évaluation du dommage moral dû à l'un des époux suite au divorce unilatéral se base essentiellement sur son impact sur les sentiments, la vie future [du conjoint] et la durée du lien conjugal [...] ainsi le jugement qui s'est appuyé sur les conséquences de ce divorce sur le mari et son effet psychologique sur ses sentiments est recevable<sup>740</sup> [notre traduction].

Il convient de préciser, ici, qu'il est question de dommages subis par l'un des deux conjoints, suite au divorce unilatéral ou pour préjudice. Le divorce par consentement

---

<sup>738</sup> *Ibid.*

<sup>739</sup> Article 31 ancien du Code.

<sup>740</sup> Cass.civ., arrêt n°38798 du 8 mars 1994, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.117.

mutuel, nous l'avons vu, implique que les deux parties se sont mises d'accord pour mettre fin à leur vie conjugale. Ainsi, aucun des conjoints ne cause de tort à l'autre. Tel n'est pas le cas avec le divorce pour préjudice, où le conjoint demandeur réclame le divorce suite au préjudice engendré par l'autre époux, ou dans le divorce unilatéral, où l'un des époux subit le divorce contre son gré :

Attendu que l'article 31 du Code de statut personnel énumère trois moyens d'obtenir le divorce : le premier fondé sur le préjudice et dans ce cas, le divorce ne peut être prononcé que si le demandeur rapporte la preuve des griefs et du préjudice qu'il avance, le deuxième fondé sur l'accord exprès et formel des deux époux. Enfin, le divorce peut être prononcé sans motif qui le justifie [...] ; il y a une présomption légale d'abus de droit qui permet à l'autre partie d'exiger des dommages-intérêts<sup>741</sup>.

Jusqu'en 1981, le législateur ne distinguait pas entre les différents types de préjudices et prévoyait le paiement de dommages et intérêts à l'un des conjoints, dans les mêmes conditions. De ce fait,

L'article 31 ancien du CSP était strictement égalitaire, les époux pouvaient l'un et l'autre être condamnés au paiement de dommages-intérêts, et le préjudice était évalué dans les mêmes conditions par le juge disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>742</sup>.

Or, cette égalité juridique s'est traduite dans la pratique par :

---

<sup>741</sup> Cass.civ., arrêt n°59027 du 19 juillet 1966, Cité par M.H Lakhoua, *supra* note 689 à la p.65.

<sup>742</sup> K.Meziou, *supra* note 263 aux pp.259-260.

[...] des dommages-intérêts souvent dérisoires et, sur le plan purement financier, le divorce était plus durement ressenti par la femme, soit qu'elle n'exerçait pas d'activité rétribuée soit, si elle occupait un emploi, que celui-ci ne lui offrait pas une rémunération supérieure ou égale à celle de son mari<sup>743</sup>.

Ainsi, l'inégalité économique entre les époux semblait exercer des répercussions financières plus néfastes sur les femmes divorcées que sur leurs conjoints. Voulant remédier à ces injustices, le président de la république a envisagé alors d'instaurer le régime communautaire des biens entre les époux<sup>744</sup>. Ce projet visait à associer les deux conjoints à la prospérité du ménage. Ainsi, en cas de divorce, la femme allait se trouver, du point de vue financier, sur un pied d'égalité avec son ex-mari, et non plus exclue du patrimoine familial qu'elle aurait contribué à développer. Une réforme de cette ampleur implique « [...] un bouleversement des relations patrimoniales entre époux et modifiera en profondeur la famille tunisienne »<sup>745</sup>. C'est pourquoi la commission qui fut constituée au sein du ministère de la Justice pour étudier ce projet l'a vivement rejeté<sup>746</sup>. Il faut dire que :

La question fut tout de suite axée sur la compatibilité ou l'incompatibilité de telles règles avec le droit musulman classique. [...De plus] l'opinion publique

---

<sup>743</sup> K.Meziou, *Féminisme et Islam dans la réforme du Code du Statut personnel du 18 février 1981* (1984) R.T.D à la p.258.

<sup>744</sup> Rappelons que la séparation des biens est le régime légal en Tunisie. Sauf que depuis 1998, le régime facultatif de communauté des biens pour lequel les époux peuvent opter a été introduit. Voir la Partie II Chapitre I, Section 2, Sous section 2, Paragraphe 2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>745</sup> K.Meziou, *supra* note 743 à la p.258.

<sup>746</sup> Cette commission était constituée de magistrats, d'avocats, d'universitaires et de représentants d'organisations nationales, telles que l'Union nationale des femmes tunisiennes.

pouvait la [une telle réforme] percevoir comme contraire au droit musulman<sup>747</sup>.

Le régime de communauté des biens implique en effet, le partage des biens entre les époux en cas de divorce ou suite au décès de l'un des conjoints, ce qui heurtait la sensibilité religieuse et était « [...] ressenti comme une atteinte au droit successoral établi par le texte coranique »<sup>748</sup>. En conséquence, « Les autorités ne se sont pas senties assez fortes pour soutenir une telle réforme et ont cédé »<sup>749</sup>.

Le projet fut écarté au profit de la réforme du 18 février 1981 qui vient modifier l'article 31 du Code, lequel établit une distinction entre le préjudice moral et matériel subi par l'un des deux conjoints, suite au divorce unilatéral ou pour faute<sup>750</sup>. Selon le nouvel article, le mari est en droit d'obtenir la réparation des préjudices (moral et matériel) causés par sa femme, en un dédommagement global. L'épouse, quant à elle, a le choix entre deux régimes de réparation. D'une part le préjudice moral est toujours réparé par le versement d'un capital payable en un seul versement. La réparation du préjudice matériel, d'autre part, peut prendre la forme d'une indemnité globale, versée en une seule fois, ou bien d'une rente payable mensuellement. Il appartient ainsi à l'épouse de choisir le mode de réparation du préjudice matériel. C'est pourquoi « [...] doit être cassé

---

<sup>747</sup> K.Meziou, *supra* note 743 à la p.260.

<sup>748</sup> *Ibid.*

<sup>749</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.45.

<sup>750</sup> Selon l'article 31 al.4 du Code, «Il est statué sur la réparation du préjudice matériel et moral subi par l'un ou l'autre des époux et résultant du divorce prononcé dans les deux cas prévus aux 2<sup>ème</sup> [en raison de préjudice] et 3<sup>ème</sup> alinéas [à la demande de l'un deux] ci-dessus».

l'arrêt qui convertit la rente demandée par l'épouse et octroyée par le tribunal en un capital devant être versé en une seule fois »<sup>751</sup>.

Il faut dire que le préjudice moral est considéré comme portant atteinte à la personnalité du conjoint lésé. C'est pourquoi, selon la cour de cassation, l'évaluation de ce préjudice dépend « [...] essentiellement de l'impact de ce divorce sur les sentiments, la vie future [du conjoint] et la durée du lien conjugal »<sup>752</sup> [notre traduction]. Par conséquent, encourt la cassation le jugement qui n'a pas pris en considération lors de son évaluation du préjudice moral :

[...] les éléments importants [...] comme la courte durée du mariage ou sa longévité, le fait que les conjoints ont eu des enfants ou non, l'âge de l'épouse et la réduction de ses chances de se remarier et sa privation d'une vie conjugale stable [notre traduction] <sup>753</sup>.

Le préjudice matériel, quant à lui, est considéré comme « [...] la contrepartie de la perte subie par l'un des époux en raison de sa privation d'une vie conjugale »<sup>754</sup>. L'évaluation de la rente dépend ainsi du niveau de vie auquel la femme était habituée<sup>755</sup>. En outre, elle englobe le logement, à condition que l'épouse n'en possède pas<sup>756</sup>, afin d'éviter que

---

<sup>751</sup> Cass.civ., arrêt n°16517 du 3 février 1987. Cité par K.Meziou, *supra* note 346 à la p.17.

<sup>752</sup> Cass.civ., arrêt n°38798 du 8 mars 1994, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.117.

<sup>753</sup> Cass.civ., arrêt n°41404 du 18 octobre 1994, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.117.

<sup>754</sup> K.Meziou, *supra* note 346 à la p.17.

<sup>755</sup> Il revient souverainement aux juges de fond d'apprécier le montant du capital.

<sup>756</sup> Article 31 al.4 précise que :«En ce qui concerne la femme, le préjudice matériel sera réparé sous forme de rente payable mensuellement et à terme échu à l'expiration du délai de viduité, en

les femmes ne se retrouvent à la rue ou qu'elles ne soient obligées de retourner habiter chez leurs parents. Sachant que l'article 56 du Code dispose que le père doit pourvoir au logement de son enfant et de la titulaire de la garde, si cette dernière n'a pas de logement. Mais si le couple n'a pas d'enfant ou si la garde n'a pas été confiée à la mère, cette dernière pourra se retrouver sans logis, à moins d'être propriétaire d'un logement. La prise en compte du logement dans l'appréciation de la rente, vient donc combler cette lacune. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé que :

La réparation du préjudice matériel de l'épouse n'atteint pas le droit à l'indemnité de logement due à ses enfants, puisque, selon l'article 56 du Code, le tribunal est en droit d'attribuer une somme indépendante pour le logement de la titulaire de la garde [notre traduction]<sup>757</sup>.

De même, dans un autre arrêt datant de 1996, la cour de cassation a confirmé ce principe:

Le logement de la titulaire de la garde, tel qu'édicté par l'article 56 du Code, est considéré comme un sujet à part. [...] la réparation du préjudice matériel causé à l'épouse sous forme de rente payable à partir de la fin de la viduité, évaluée selon le niveau de vie auquel la femme était habituée, n'atteint pas son droit d'avoir un logement selon l'article 56 du Code, puisque l'article 31 du Code n'évoque pas le logement de l'ex-épouse, à titre de gardienne, mais comme étant un élément parmi d'autres du préjudice matériel subi suite au divorce [notre traduction]<sup>758</sup>.

---

fonction du niveau de vie auquel elle était habituée durant la vie conjugale, y compris le logement».

<sup>757</sup> Cass.civ., arrêt n°16283 du 18 février 1986, Citée par M.H. Chérif, *supra* note 48, à la p.135.

<sup>758</sup> Cass.civ., arrêt n°50100 du 3 décembre 1996, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.142.

Ainsi, la rente revêt une double caractéristique : elle est compensatoire, parce qu'elle répare un préjudice, et elle est alimentaire, puisqu'elle dépend des ressources de l'ex-conjoint. Par ailleurs, elle peut être révisée à la hausse ou à la baisse, ou même supprimée. Elle n'est servie que jusqu'au décès de la femme divorcée ou « [...] si certains changements interviennent dans sa position sociale par le remariage ou lorsqu'elle n'en a plus besoin »<sup>759</sup>. La rente devient alors une dette dans le passif de la succession de l'ex-époux et, en cas de décès, doit être « [...] liquidée à l'amiable avec les héritiers, ou judiciairement par un seul versement, et ce, compte tenu de l'âge de la bénéficiaire à cette date »<sup>760</sup>.

De l'avis de certains<sup>761</sup>, cette réforme rompt l'égalité entre les époux lors du divorce et n'encourage pas la divorcée à se remarier. En d'autres termes, elle favorise les femmes. Par contre, pour certaines militantes féministes<sup>762</sup>, cette loi est :

Loin d'être féministe. [...] le législateur ne l'incite [la femme] guère à se prendre en charge. Avec le nouveau droit du divorce, le tableau est complet : dès sa naissance et jusqu'à son mariage, la fille peut être à la charge de son père, le mari prend le relais pendant le mariage, et en cas de divorce, si la femme n'est pas fautive, une rente continue à lui être servie jusqu'à son décès ou son remariage ; la "promotion" de la femme ne peut être qu'égalitariste<sup>763</sup>.

---

<sup>759</sup> Article 31 al.4 du Code.

<sup>760</sup> *Ibid.*

<sup>761</sup> Cette position se dégage essentiellement de l'attitude des juges lors de l'application de la dite loi, que nous allons exposer dans ce même paragraphe.

<sup>762</sup> Par exemple, Sihem Ben Sedrine, Citée par K.Meziou, *supra* note 743 à la p.269.

<sup>763</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.46.

Quel que soit le montant alloué, il n'est pas susceptible de dissuader une femme qui désire se remarier. En outre, on sait que le divorce est plus durement ressenti par l'ex-épouse qui, souvent, n'exerce pas d'activité rémunérée, ou qui, au contraire, occupe un emploi mal rémunéré, en raison de plusieurs facteurs, tels l'interruption des études suite au mariage ou une promotion professionnelle souvent entravée par les maternités<sup>764</sup>. Or, le législateur :

[...] ne doit pas perdre de vue la réalité sociologique. [...] l'épouse bien plus que le mari, est touchée par le divorce ; il est du devoir du législateur de la préserver des retombées néfastes de cette conjoncture ; le législateur se doit de traiter inégalement des situations inégales<sup>765</sup>.

Nous estimons ainsi que la rente peut difficilement inciter une femme à ne pas se prendre en charge. Cette pension l'aide à survivre et non à baigner dans le luxe. Il faut également se rappeler que depuis la réforme du Code de 1993, l'épouse qui dispose de biens doit contribuer aux charges du ménage<sup>766</sup>. Ainsi, d'une part, on voudrait qu'elle aide son mari dans l'entretien de la famille mais, d'autre part, on lui refuse le système de communauté de biens, à moins que le choix ne soit fait par les deux époux<sup>767</sup>. Et quand le

---

<sup>764</sup> Rappelons qu'en l'an 2000, les Tunisiennes représentent 24,6 % de la population active, selon le ministère de la Femme et de la Famille, *La femme et l'homme en Tunisie, en chiffres*, Publication du CREDIF, 2001, à la p.46.

<sup>765</sup> K.Meziou, *supra* note 743 à la p.269.

<sup>766</sup> Article 23 du Code. Voir le sous-paragraphe 1 aux pp.189-195, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>767</sup> Il s'agit de la réforme de la loi de 1998, qui a instauré le régime de communauté des biens facultatif pour lequel les époux peuvent opter au moment de la conclusion du mariage ou encore, à une date ultérieure, voir la Partie II, Chapitre I, Section 2, Sous-

législateur intervient pour combler ces lacunes en l'indemnisant, on parle alors d'injustice ou on qualifie son intervention « [...] d'un paternalisme bienveillant [qui] la cantonne dans un rôle d'assistée »<sup>768</sup> ! L'ex-épouse serait réduite à vivre « aux crochets de son ex-mari [...] Pourtant, on comprend mal comment une femme peut être prise en charge par une personne qu'aucune relation ne lie à elle »<sup>769</sup>.

Quoi qu'il en soit, il faudrait trouver une alternative favorisant l'égalité économique des conjoints. À notre avis, l'exemple canadien offre une solution intéressante à ce problème. En effet, l'article 414 du Code civil du Québec dispose que, « [l]e mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens ». Il faut cependant différencier entre deux régimes : un régime primaire, appelé patrimoine familial, et un régime secondaire, qui est le régime matrimonial choisi par les parties<sup>770</sup>. Selon l'article 415 du Code civil du Québec, le patrimoine familial<sup>771</sup> englobe la résidence familiale, les meubles, les voitures qui ont été utilisées pour le déplacement de la famille, le régime de retraite et les rentes. En cas de divorce, les époux partagent, à part égale,

---

section 2, paragraphe 2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

<sup>768</sup> K.Meziou, *supra* note 270 à la p.46.

<sup>769</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.145.

<sup>770</sup> En cas d'absence de choix de régime, les époux sont régis par le régime légal, qui est la société d'acquêts. Pendant le mariage, chacun a la libre disposition de ses biens. Mais en cas de divorce, les biens sont classés selon leur nature : 1) Les biens propres, qui sont acquis avant le mariage ou par héritage ou par donation et qui restent dans les mains de leur propriétaire ; 2) Les biens acquêts sont ceux possédés pendant le mariage. Chacun des conjoints a droit à la moitié de la valeur de ces biens en cas de divorce.

<sup>771</sup> Voir M.Oullette, *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1995 à la p.164 et suivant.

la valeur de l'ensemble de ces biens. Par contre, tous les biens non visés par cet article tombent sous le régime matrimonial. Il nous semble ainsi que le patrimoine familial offre une solution équitable au problème tunisien en permettant à la femme de bénéficier de la moitié du patrimoine familial, produit des efforts communs des deux conjoints au cours la vie conjugale. Par la suite, il appartient aux époux de choisir le type de régime matrimonial qui leur convienne.

Cependant, la réaction des juges vis-à-vis de cette réforme est loin d'être positive. Nous avons remarqué, en effet, que cette nouvelle loi est plutôt mal accueillie par certains magistrats. Au départ, il y a eu une certaine réticence pour octroyer la rente viagère. Vraisemblablement, pour les juges traditionalistes, cette rente est contraire au droit musulman, mais :

[...] ils ne sont pas allés jusqu'à avouer le véritable mobile qui les a déterminés dans leur agissement. [En effet], cette institution est loin d'avoir été pour eux la bienvenue et ils nourrissent, dans leur fort intérieur, un sentiment de mépris, voire de rejet à son égard<sup>772</sup>.

À la lecture de certaines décisions, on constate que les juges ont usé de prétextes pour freiner l'application de cette nouvelle loi. C'est ainsi, qu'ils ont trouvé refuge dans le principe d'entrée en vigueur de ladite loi. Ainsi, certaines femmes se sont vu refuser la rente parce que :

[leur] action a été intentée avant l'entrée en vigueur de cette loi. [...] Contrairement aux lois de procédures, les lois de fond, qui sont en principe, démunies de tout

---

<sup>772</sup> M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.77.

effet rétroactif, ne doivent recevoir d'application qu'à compter de la date de leur application. Elles ne peuvent, cependant, régir les situations antérieures qu'autant que le législateur l'aurait expressément prescrit<sup>773</sup>.

Or, la cour de cassation a même ignoré l'existence d'une circulaire du ministre de la Justice du 16 mars 1981, laquelle incite les tribunaux à appliquer cette loi aux affaires en cours<sup>774</sup>. Le même constat s'applique à une autre affaire datant de 1982 :

Les nouvelles lois n'ont pas d'effet rétroactif et ne s'appliquent pas aux affaires introduites sous l'ancienne loi, à moins d'un texte explicite. Ainsi, la requête intentée sous l'ancienne loi, pour obtenir le divorce caprice n'est pas régie par cette nouvelle loi de 1981 promulguée au profit de la femme[notre traduction]<sup>775</sup>.

En 1983, la cour de cassation a reconduit le même principe, en attestant que : « La nouvelle loi de 1981 qui octroie à la femme divorcée une rente ne s'applique pas aux affaires intentées avant l'apparition de cette loi » [notre traduction]<sup>776</sup>.

Les juges ne pouvant repousser indéfiniment l'application de la loi de 1981, il leur fallait un autre moyen pour déjouer l'octroi de la rente viagère. C'est ainsi que « [...] la mesure qui leur a paru meilleure a été de priver la femme divorcée du bénéfice du choix que le législateur lui

---

<sup>773</sup> Cass.civ., 21 juillet 1981, arrêt inédit, Cité par M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.78.

<sup>774</sup> Circulaire n°3-6201, du 16 mars 1981, (1981) R.J.L à la p.145.

<sup>775</sup> Cass.civ., arrêt n°6502 du 5 janvier 1982, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.130.

<sup>776</sup> Cass.civ., arrêt n°9041 du 19 juillet 1983, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.113.

a octroyé »<sup>777</sup>. Cette stratégie a été adoptée pour le mariage de courte durée et lorsque la femme travaille. Pour déterminer le montant de la rente, l'article 31 du Code évoque le train de vie auquel l'épouse était habituée durant sa vie conjugale. Or, en 1988, la cour de cassation a déclaré que la femme dont le mariage a peu duré ne peut réclamer l'attribution d'une rente payable mensuellement, car « [...] celle-ci [la courte durée] ne peut aucunement permettre à la femme de s'habituer ou de s'accommoder des trains et rythmes de vie que son mari lui a offert de vivre »<sup>778</sup>. Si la cour a décidé que la durée du mariage est un critère d'attribution de la rente, elle a omis, par la même occasion, de préciser la période minimale qui permet à l'épouse de s'habituer à son nouveau train de vie. Il appartient donc au juge de fond de déterminer cette période: selon ses convictions, il décide s'il octroie ou non une rente à la femme. C'est pourquoi :

Certains ont estimé qu'il aurait mieux valu, pour la cour de cassation, décider que, sans être un motif de privation du droit à la rente viagère, la courte durée du mariage serait un élément devant nécessairement entrer en ligne de compte dans l'évaluation de la dite rente et la détermination de son quantum<sup>779</sup>.

Il semble néanmoins que c'est le travail de l'ex-épouse qui a offert la meilleure assise au juge pour décliner le droit de jouir d'une rente viagère. Depuis 1983, il existe une jurisprudence constante qui a décidé que : « L'épouse qui travaille à l'extérieur et qui est rémunérée ne peut obtenir, selon l'article 31 nouveau du Code, une rente. C'est pourquoi,

---

<sup>777</sup> M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.81.

<sup>778</sup> Cass.civ., arrêt n°19472 du 29 mars 1988, arrêt inédit, Cité par M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.83.

<sup>779</sup> *Ibid*, à la p.82.

le jugement qui lui a octroyé cette rente est contre la loi et doit être cassé » [notre traduction]<sup>780</sup>. Ainsi :

La réparation du préjudice matériel est accordée sous forme de rente viagère à l'épouse qui ne travaille pas, et sous forme de capital à celle qui occupe un emploi. [...] Dans les faits, la femme est une couturière à la manufacture, donc elle ne peut recevoir une rente mais elle a tout à fait raison de demander la réparation du préjudice matériel sous forme de capital [notre traduction]<sup>781</sup>.

Donc, il est clair « [...]qu'il est communément admis en jurisprudence que la rente ne s'attribue pas à celle qui dispose d'un travail rémunéré » [notre traduction]<sup>782</sup>. L'argument le plus souvent utilisé par la cour de cassation pour asseoir sa décision est que la femme qui exerce un métier salarié ne peut cumuler deux pensions : l'une provenant de la rémunération de son travail et l'autre en réparation du préjudice matériel : « Attendu que l'épouse en réclamant une rente viagère recevait un salaire constant de son travail, il en résulte qu'on ne peut lui octroyer une deuxième rente »<sup>783</sup> [notre traduction]. L'ex-épouse qui travaille ne peut donc que réclamer, en cas de divorce, un capital fixe à titre de réparation de préjudice matériel. Cette position dominante de la jurisprudence est bien ancrée dans l'esprit des juges.

Il faut ajouter que la valeur de la rente est souvent dérisoire. Nous avons vérifié, au hasard, le montant alloué

---

<sup>780</sup> Cass.civ., arrêt n°7810 du 15 février 1983, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.132.

<sup>781</sup> Cass.civ., arrêt n°38013 du 15 février 1994, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.105.

<sup>782</sup> Cass.civ., arrêt n°4773 du 3 décembre 1996, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.142.

<sup>783</sup> Cass.civ., arrêt n°42066 du 29 novembre 1994, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.120.

dans quatre affaires de divorce qui datent de 1989 à 1996, pour constater que la rente n'excédait pas 50 dinars tunisiens<sup>784</sup>. Par ailleurs, la sociologue et professeure Mounira Chrad<sup>785</sup>, dans une enquête réalisée en 1991<sup>786</sup> a constaté que la loi de 1981 n'a pas eu l'effet recherché lors de sa promulgation : « The law of 1981 establishing alimony has failed to provide divorced women with appropriate resources. All lawyers and legal scholars interviewed agree that women receive low levels of financial support after divorce »<sup>787</sup>. L'un des avocats interrogés par M.Chrad avoue que :« In my experience, alimony is ridiculously low, reflecting the views of judges who refuse to give large support payments to women when they think that the husband has a right to a divorce without having to make such payment »<sup>788</sup>. L'explication avancée pour comprendre cette attitude est l'attachement des juristes tunisiens au droit musulman qui ignore cette règle. À cela s'ajoute le niveau de vie dans la société tunisienne :

---

<sup>784</sup> 50 dinars tunisiens équivalent environ à 60 dollars canadiens. Voir : Cass.civ., arrêt n°51171 du 26 novembre 1996, le montant alloué pour la rente viagère est de 50 dinars, Bulletin de la cour de cassation, 1996 à la p.256. Cass.civ., arrêt n°43023 du 11 juillet 1995, le montant alloué pour la rente viagère est de 50 dinars, Bulletin de la cour de cassation, 1995 à la p.423. Cass.civ., arrêt n°38803 du 8 mars 1994, le montant alloué pour la rente viagère est de 50 dinars, Bulletin de la cour de cassation, 1994 à la p.296. Cass.civ., arrêt n°22695 du 23 mai 1989, le montant alloué pour la rente viagère est de 40 dinars, Bulletin de la cour de cassation, 1989 à la p.205..

<sup>785</sup> M.M.Charrad est professeure de sociologie à l'Université du Texas. Elle est l'auteure du livre : *Women's rights :The making of postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*, California, University of California Press, 2001.

<sup>786</sup> M.M.Charrad, «Repudiation versus divorce: reponses to state policy in Tunisia» dans Ngan-ling E., dir., *Women, the Family, and Policy: A Global Perspective*, Albany, State University of New York Press, (1991) aux pp. 51-69.

<sup>787</sup> *Ibid*, à la p.60.

<sup>788</sup> *Ibid*, à la p.61.

One of the reasons for the low levels of alimony resides in the relative faithfulness of the judicial system to Islamic doctrine; another is economic : The low income of most Tunisian men. Tunisia has a per capita annual income of 1,315 dollars[in 1991]. A man is often unable to give much alimony to his former wife, especially if he remarries and has children with a second wife<sup>789</sup>.

En somme, la conclusion à laquelle nous pouvons parvenir, c'est qu'à travers cette réforme, le législateur a creusé un nouvel écart avec le droit musulman. Cette réforme n'a donc pas été bien accueillie par certains juges tunisiens, qui ont trouvé divers moyens d'en détourner l'application : « quand on ne croit pas dans le bien-fondé d'une règle, on l'applique mal »<sup>790</sup>.

Mais, il est clair que le législateur tunisien ne s'est pas laissé intimider par ces réactions. Il a continué d'intervenir pour protéger les femmes des conséquences du divorce. Ainsi, il a assorti le non-paiement de la rente viagère de poursuites pénales : quiconque est condamné à payer une pension alimentaire ou à verser une rente, et qui s'abstient volontairement de payer pendant un mois, encourt une peine de prison allant de trois mois à un an, de même qu'une amende de cent à mille dinars<sup>791</sup>. En outre, un fonds garantissant le paiement des pensions et des provisions alimentaires aux divorcées ainsi qu'à leurs enfants a été créé en 1993<sup>792</sup>. Ce fonds a pour mission de procéder au paiement de la pension alimentaire ou de la rente de divorce, objet de

---

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> M.Charfi, *supra* note 68 à la p.197.

<sup>791</sup> Article 53 *bis* du Code. Mille dinars équivalent à peu près 1100 dollars canadiens.

<sup>792</sup> Loi n°93-65 du 5 juillet 1993, J.O.R.T 1993.

jugements définitifs et dont l'exécution n'a pas eu lieu du fait que l'ex-mari, par exemple, est un mauvais payeur, ou parce qu'il est au chômage, ou parce qu'il change sans cesse d'adresse. Le Fonds se substitue alors au mari pour payer la pension à l'ex-épouse et se retourne par la suite contre lui.

Il faut signaler l'importance de ce fonds, surtout pour les femmes défavorisées, d'autant plus que « L'inégalité économique entre époux entraîne une répercussion sur les conséquences financières du divorce qui sont généralement plus durement ressenties par les femmes que les hommes »<sup>793</sup>. Une femme avec des enfants qui se voit attribuer une pension, mais n'en bénéficie pas de manière effective, vit une situation dramatique.

C'est ainsi que dans une entrevue accordée au journal tunisien *La Presse*, la juriste et féministe française Gisèle Halimi a salué avec beaucoup d'enthousiasme la création du fonds de garantie des pensions alimentaires, en précisant que :

Le mouvement "Choisir la cause des femmes", dont je suis présidente, a publié, en 1978, un livre dont le titre était : "Programme commun des femmes". Or, l'une des exigences fondamentales formulées dans ce livre, était la création d'un fonds de garantie des pensions alimentaires. Mais nous ne l'avons jamais obtenu. Ni avec la droite ni avec la gauche<sup>794</sup>.

Elle ajoute que « Sa création en Tunisie est une mesure d'avant-garde qui, je crois, n'existe qu'en Scandinavie.

---

<sup>793</sup> A.Cherif Chamari, *supra* note 443 à la p.66.

<sup>794</sup>G.Halimi, «Incontestablement, la Tunisie est allée plus loin que certains pays occidentaux», *Journal La Presse [de Tunisie]* (24 Août 2003), en ligne : <http://www.lapresse.tn/>.

Incontestablement, la Tunisie est allée plus loin que certains pays occidentaux<sup>795</sup>.

En somme, le législateur s'est non seulement éloigné du droit musulman, mais il a réussi aussi à contrer la facilité du divorce musulman, pour rendre la dissolution du mariage plus difficile : « [...] en vérité, les innovations sont de taille: [...] le divorce est devenu judiciaire, donc plus difficile, et assorti de dommages et intérêts, donc plus équitable »<sup>796</sup>.

Cependant, bien que le législateur ait consacré l'égalité entre les époux en matière de divorce, dans la réalité, les choses se passent autrement. La demande de divorce reste une initiative masculine, puisque, 62,52% des divorces réclamés durant l'année 2001 l'ont été par des hommes, contre 37,47% des demandes de divorces formulées par les femmes (voir tableau n°5). La décision de divorcer reste difficile à prendre pour les Tunisiennes qui, indépendamment de leur niveau de scolarité ou de leur statut social, s'efforcent en priorité de préserver leur vie de famille<sup>797</sup>. La Tunisie reste une société patriarcale qui peut manquer d'égard à celles qui ne s'inscrivent pas dans la norme. Une femme divorcée :

[...] devient dangereuse pour l'ordre social et de surcroît celle qui choisit de vivre seule, [c'est-à-dire celle qui refuse de revenir habiter au domicile parental], et donc d'affirmer son individualité. Dans l'imaginaire collectif la femme ne peut être qu'une mère, épouse, sœur

---

<sup>795</sup> *Ibid.*

<sup>796</sup> M.Charfi, *supra* note 259 aux pp.31-32.

<sup>797</sup> Voir A.Bel Haj Hamida, *supra* note 649 à la p.266.

ou putain, c'est-à-dire la propriété d'un ou de tous les hommes<sup>798</sup>.

Certaines femmes vont même jusqu'à cacher leur divorce pour échapper aux préjugés : « Mon divorce je l'ai caché à mes amis et à mes collègues, j'avais peur de leur jugement »<sup>799</sup>. C'est pourquoi les familles des femmes divorcées tentent de remarier leurs filles dès que possible : « Ma famille veut que je me remarie vite avec n'importe qui, ils me disent que je suis divorcée, avec ma fille je ne dois pas avoir des aspirations qui ne sont pas réalistes »<sup>800</sup>. Un homme divorcé, par contre, n'est pas dévalorisé socialement, puisque selon un proverbe tunisien, bien ancré dans les esprits: « un homme n'est dévalorisé que par sa poche (soit par le manque d'argent) » [notre traduction]. Cette attitude discriminatoire illustre l'attachement de la société tunisienne à ses valeurs ancestrales et l'incapacité de la loi de changer totalement les mentalités. En effet, ce décalage entre les textes de loi et les usagers de la société indique l'envergure du travail à accomplir encore sur le terrain : « The Tunisian example shows how cultural ideals and images shape women's experiences in ways that legal innovations cannot change directly »<sup>801</sup>.

Évidemment, ces propos ne s'appliquent pas à toutes les Tunisiennes. Selon nos propres observations, la société tunisienne est partagée entre: les valeurs traditionnelles, renforcées par la montée internationale de la pensée islamiste, et les idées modernes, mises en avant par le

---

<sup>798</sup> S.Rejeb, «Le divorce d'après le vécu de femmes tunisiennes cadres» (1985) R.T.S.S à la p.327.

<sup>799</sup> *Ibid*, à p.329.

<sup>800</sup> *Ibid*.

<sup>801</sup> M.M.Charrad, *supra* note 786 à la p.65.

pouvoir politique dès l'indépendance et qui sont toujours le cheval de bataille du régime actuel. C'est ainsi que le divorce perd son caractère péjoratif et sa connotation dévalorisante. L'accès des femmes à l'éducation et à l'emploi est sans doute un facteur qui a favorisé leur indépendance économique et qui a contribué à leur donner le courage de réaliser un acte qui puisse être socialement dévalorisé. Une chose est sûre : la position financière, sociale et intellectuelle de ces femmes leur permet de divorcer sans traumatisme majeur et de mener leur vie post-conjugale confortablement. Ce n'est malheureusement pas le cas de la majorité des Tunisiennes.

Les thèmes que nous avons étudiés dans ce chapitre illustrent bien la volonté du législateur tunisien de rompre avec le droit musulman. Cette volonté s'affirme davantage avec la nouvelle loi sur l'adoption.

#### **Sous-section 5 : L'adoption**

L'adoption est un concept totalement inconnu dans les pays arabo-musulmans, puisque le Coran l'interdit expressément<sup>802</sup>. Dans ces pays, on parle plutôt de placement (*kafala*), lequel « consiste à s'engager à subvenir aux besoins d'autrui »<sup>803</sup>, sans toutefois donner son nom de famille à l'enfant ni lui accorder le statut d'héritier. Par contre, la Tunisie a choisi de consacrer la *kafala* et l'adoption, par une loi, datant de 1958, postérieure et complémentaire au Code, ce qui est une grande innovation et un acte très courageux. La

---

<sup>802</sup> Les versets 4 du Chapitre 33 du Coran, «De vos enfants adoptifs [Dieu] n'a point fait vos fils.».

<sup>803</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.124.

*kafala*, « la tutelle officieuse, est un acte par lequel une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile, ou un organisme d'assistance, prend à sa charge un enfant mineur dont il assure la garde et subvient à ses besoins »<sup>804</sup>. Le législateur tunisien a donc introduit l'adoption et la tutelle officieuse.

L'adoption, quant à elle, ne peut avoir lieu que si l'adoptant et l'adopté répondent à certaines conditions. Essentiellement, une personne majeure, de l'un ou l'autre sexe, saine d'esprit et de corps, de bonne moralité et capable de subvenir aux besoins de l'enfant, peut adopter un enfant mineur<sup>805</sup>. L'adoptant doit cependant être marié, sauf dispense du juge<sup>806</sup>, et l'autorisation de son conjoint est nécessaire<sup>807</sup>. L'enfant doit être mineur<sup>808</sup>, et doit avoir une différence d'âge d'au moins quinze ans avec l'adoptant, sauf dans le cas où l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant<sup>809</sup>. Par l'adoption, l'enfant adopté devient alors assimilé à un enfant légitime, avec tout ce que cela comporte de droits et d'obligations. Il est notamment tenu de respecter les empêchements du mariage<sup>810</sup>.

---

<sup>804</sup> Article 3 de la loi 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption, J.O.R.T du 7 mars 1958.

<sup>805</sup> Article 9 de la loi du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption.

<sup>806</sup> *Ibid.*

<sup>807</sup> Article 11 de la loi du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption.

<sup>808</sup> Il faut obtenir le consentement de ses parents s'ils sont connus. Pour l'enfant abandonné, l'autorisation de l'administration chargée de la tutelle est requise.

<sup>809</sup> Article 10 de la loi du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption.

<sup>810</sup> Selon l'article 15 al.3 de la loi du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, la tutelle officieuse et l'adoption : «si les parents naturels de l'adopté sont connus, les empêchements au mariage [...] subsistent».

À nouveau on note que « réputée contraire aux prescriptions du droit musulman, l'adoption [...] semble avoir été dédaignée des juges qui, le plus souvent, ne ratent pas l'aubaine pour lui faire échec »<sup>811</sup>. Cette hostilité s'est manifestée, par exemple, à travers le refus d'accorder l'adoption aux adoptants étrangers non musulmans, à moins de prouver qu'ils n'aient été convertis à l'islam<sup>812</sup>, « ce qui ne manque pas d'un certain humour puisque l'institution en soi n'est pas reconnue du droit musulman »<sup>813</sup>. En outre, cette opposition à l'adoption s'est traduite dans le consentement de certains juges à son annulation. Le législateur a gardé le silence quant à la possibilité ou non de révoquer l'adoption, mais il semble qu'en général, les juges sont favorables à cette solution : « [...] en dépit du silence du législateur sur la possibilité de révoquer l'adoption [...] il est possible de le faire tant que l'intérêt de l'enfant l'exige »<sup>814</sup>. La cour d'appel<sup>815</sup> a même accepté l'action de révocation de l'adoption intentée par les parents légitimes à l'encontre des parents adoptifs, puisque cela constitue « un retour à l'ordre normal des choses »<sup>816</sup>.

Pour parvenir à annuler l'adoption, la cour a commencé par rappeler que bien qu'elle soit interdite par le Coran, l'adoption tire sa légitimité d'un principe général du droit

---

<sup>811</sup> M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.73.

<sup>812</sup> Tribunal de première instance de Tunis, jugement n°2272, du 26 décembre 1974, Cité par M.H. Chérif, *supra* note 48 à la p.357.

<sup>813</sup> S.Ben Halima, *supra* note 339 à la p.124.

<sup>814</sup> Jugement de première instance n°2841 du 9 mai 1988, cité par M.H.Chérif, *supra* note 48 à la p.359

<sup>815</sup> Jugement d'appel civil n°145 du 9 janvier 1986, cité par M.H.Chérif, *supra* note 48 à la p.359.

<sup>816</sup> M.M. Bouguerra, *supra* note 254 à la p.76.

musulman selon lequel "Les nécessités lèvent les interdits".

Aussi :

[...qu'] elle demeure une solution d'ultime recours et que si le législateur tunisien a fini par la reconnaître, ce n'est certainement pas de plein gré, mais plutôt par contrainte et nécessité. C'est pourquoi, dès que la nécessité se trouve levée, l'usage de l'interdit doit cesser d'être autorisé<sup>817</sup>.

Il appert que, dans son analyse, la cour d'appel :

[...] a tenu à faire passer sa décision de révoquer l'adoption par les vannes du droit musulman classique, comme s'il était écrit quelque part que la législation tunisienne du statut personnel ne saurait sortir des mailles de la jurisprudence sans passer par le filtre du droit musulman classique<sup>818</sup>.

Si tel a été la réaction des juges face à l'adoption, qu'en est-il de la position de la société tunisienne face à cette question?

Dans une société patriarcale comme la Tunisie, une femme est définie essentiellement par la maternité. Par conséquent, une fois mariée, elle se doit d'avoir un enfant dès la première année de son mariage, pour prouver sa fécondité et à la fois la virilité de son époux. Lorsque l'enfant tarde à venir, le couple est soupçonné de stérilité et l'investigation menée par les deux familles, qui cherchent le maillon faible, commence. C'est pourquoi la famille va généralement encourager le conjoint qui peut procréer à divorcer pour se remarier et avoir des enfants. Selon nos propres observations,

---

<sup>817</sup> *Ibid.*

<sup>818</sup> *Ibid.*

une femme stérile est encore vivement rejetée par la société puisqu'elle prive la famille agnatique de son droit d'avoir une descendance. Un homme stérile de son côté est considéré avec compassion puisque c'est sa virilité qui est mise en cause. La progéniture reste la fin ultime du mariage. C'est ainsi, qu'en instaurant l'adoption, le législateur « [...] répond au besoin social et humanitaire de protection de l'enfance abandonnée ainsi qu'à la protection de la stabilité de la relation conjugale confrontée à l'absence de descendance »<sup>819</sup>.

Toutefois, ces bonnes intentions ne doivent pas cacher la réalité de la société tunisienne qui reste :

[...] une organisation patriarcale, [où] la filiation à un père, même s'il est toujours absent, est une garantie de l'acceptation sociale. Sans cette reconnaissance par le père, point de salut. La condition d'un enfant naturel est la pire des situations. La difficulté provient non seulement de l'interdit qui frappe les rapports sexuels extra-conjugaux, mais aussi de la croyance populaire que rien de bon ne puisse provenir des enfants adultérins[enfants du péché]<sup>820</sup>.

Ainsi, l'adoption est de nature à rompre l'attachement à la famille agnatique ; de même, elle évoque le problème des enfants nés hors mariage<sup>821</sup> qui est « [...] un phénomène considéré comme scandaleux, traduisant, plutôt, la débauche et

---

<sup>819</sup> A.Chamari, *supra* note 479 à la p. 58.

<sup>820</sup> M.Nasraoui, «Les enfants abandonnés en Tunisie : analyse de la situation de l'enfant et de la mère», in *L'avenir de la famille au Moyen Orient et en Afrique du Nord*, Tunis, Cahier du C.E.R.E.S, Série psychologie n°7, 1989 à la p.144.

<sup>821</sup> Voir la Partie II Chapitre I, Section 1, Sous-section 3, ci-dessus, pour l'analyse de la filiation.

la dégradation des mœurs »<sup>822</sup>. Il n'existe d'ailleurs pas de statistique concernant les enfants abandonnés<sup>823</sup>.

Ainsi, la loi sur l'adoption transgresse le Coran et prouve la volonté du législateur tunisien de rompre, en partie, avec le droit musulman et d'essayer de résoudre le problème des enfants abandonnés. Reste à espérer que les mentalités suivent l'audace du législateur. C'est ainsi que l'adoption est une possibilité qui ne concerne que certains couples tunisiens. Mais elle a sûrement permis aussi de conserver la stabilité de ceux et celles qui tiennent à préserver leur vie de famille. Autrefois, une femme stérile est soit répudiée par son mari, soit celui-ci contractait un autre mariage.

Mais en dépit du fait que l'adoption constitue un acte courageux, il n'en demeure pas moins que l'abolition de la polygamie, de la répudiation et l'instauration du principe de l'égalité entre époux face au divorce constituent les acquis les plus importants pour les femmes tunisiennes. Ces mesures ont non seulement permis de révolutionner la situation juridique des Tunisiennes, mais aussi celle de l'ensemble de la population.

---

<sup>822</sup> M.Nasraoui, *supra* note 820 à la p.139.

<sup>823</sup> C'est le constat du chercheur M.Nasraoui, qui a étudié ce phénomène, dans son article précité. Voir *supra* note 821. Selon cette étude, les enfants abandonnés sont soit adoptés, soit placés dans des établissements de protection de l'enfance (dans des orphelinats, chez des familles d'accueil). Ceux, qui vont être adoptés, sont soumis à un tri bien conforme aux normes sociales tunisiennes : « la bonne santé, le sexe masculin et la couleur blanche de la peau. [...] Ceux qui n'ont pas été adoptés avant l'âge d'un an ont très peu de chance de l'être par la suite », *ibid.*, à la p.142.

## CONCLUSION

Pour faire face au sous-développement, la Tunisie a misé sur le capital humain. C'est ainsi qu'il a fallu, par exemple, maîtriser la croissance démographique, lutter contre l'analphabétisme<sup>824</sup>, promouvoir l'éducation<sup>825</sup>. Évidemment, ces mesures ont touché de près les Tunisiennes et ont transformé leur vie : l'espérance de vie des Tunisiennes passe d'ailleurs de 43 ans, en 1956, à 74 ans, en 2000<sup>826</sup>. Aujourd'hui, la moitié des étudiants universitaires sont de sexe féminin. L'accès des femmes aux filières de sciences expérimentales et économiques s'améliore<sup>827</sup>. De nombreuses professions se féminisent. Ainsi, 63 % des pharmaciens, 57 % des chirurgiens dentistes, 37,8% du corps enseignant universitaire, 24,4% des magistrats et 22% des avocats sont aujourd'hui des femmes<sup>828</sup>. En outre, les Tunisiennes ont conquis des professions traditionnellement réservées aux hommes. La société tunisienne compte aujourd'hui des femmes-chefs d'entreprise, des policières, des pilotes de ligne, des chauffeuses de taxi

<sup>824</sup> En 1956, le taux d'analphabétisme chez les hommes était de 74,5% et, chez les femmes, de 96%. En l'an 2000, ce nombre est réduit à 16,5% dans la population masculine, et à 34,7% chez les femmes. Voir, *La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres*, Tunis, CREDIF, 2001.

<sup>825</sup> Malgré ses ressources modestes, depuis son indépendance, l'État a toujours consacré près du quart de son budget au secteur de l'éducation.

<sup>826</sup> *La femme et l'homme en Tunisie en Chiffres*, Tunis, CREDIF, 2001.

<sup>827</sup> En l'an 2000, les femmes représentent : 6,7% de la filière sciences techniques, contre 21% chez les hommes ; 11,7% de la filière sciences fondamentales, contre 16,2% chez les hommes ; 7,1% des sciences médicales et biomédicales, contre 5% chez les hommes ; et 36,6% de sciences juridiques, économiques et de gestion, contre 35,9% chez les hommes.

<sup>828</sup> *La femme et l'homme en Tunisie en chiffres*, Tunis, CREDIF, 2001.

et d'autobus, etc. Ainsi, « la femme assure aujourd'hui des rôles de première ligne dans l'œuvre de développement, donnant l'illustration parfaite de son sens du devoir, en tant que citoyenne jouissant de la plénitude de ses droits »<sup>829</sup>.

Une chose est sûre, ces progrès ont été rendus possibles grâce à des politiques législatives favorables à l'émancipation des femmes. Sans renier complètement le passé, le législateur tunisien a su jongler avec un droit ancestral ancré dans les mentalités, et la volonté de s'ouvrir sur la modernité :

[...] en terre d'Islam la modernité est un combat permanent, une lutte quotidienne pour préserver les acquis et tenter de faire reculer la tradition et l'obscurantisme non pas au nom de la laïcité mais précisément au nom d'un Islam libérateur, conciliateur, dégagé de ses « interprétations officielles » et du modèle du repli identitaire. La tâche est gigantesque. Elle exige pour sa réussite non pas seulement une élite éclairée et moderniste mais une nouvelle génération d'hommes et de femmes suffisamment nombreuse qui maîtrise les sources et la connaissance des textes et qui soit capable de diffuser une autre lecture du texte religieux et de la culture dominante, une autre manière d'accéder à la modernité, à la science, sans perdre son identité<sup>830</sup>.

Ainsi, la contrainte matrimoniale, la polygamie, la répudiation ont disparu à jamais de la société tunisienne. La femme n'est plus cette éternelle mineure placée sous l'emprise de l'homme et privée de toute capacité de choisir: elle a le

<sup>829</sup> Discours du président Zine El Abidine Ben Ali prononcé à l'occasion de la journée nationale de la femme, journal *La Presse*, 14 août 1999, p3.

<sup>830</sup> F.Horchani, *Tradition et modernité dans la culture méditerranéenne*, en ligne <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/en/index.htm?../common/horchani.htm>.

droit de se marier de son propre chef et le droit de mettre fin à sa vie conjugale. Sur ce plan, le Code rompt complètement avec certaines dispositions du droit musulman et brise des privilèges acquis depuis des siècles par les hommes musulmans. Toutefois, l'héritage culturel islamique semble exercer encore son influence sur certains juges. Ainsi, comme le constate une juriste :

Ni le sexe féminin, ni la génération jeune [des magistrats] ne font l'ouverture d'esprit. [...] Curieusement, les jeunes ne paraissent pas forcément plus compréhensifs pas plus que les femmes magistrates d'ailleurs, dont on pourrait attendre une forme de solidarité. [Et elle cite à l'appui] la sévérité particulière d'une femme juge envers une pharmacienne qui demandait le divorce et qu'elle s'évertuait à culpabiliser, considérant qu'il s'agissait de la fantaisie d'une femme nantie<sup>831</sup>.

C'est pourquoi les acquis juridiques des Tunisiennes restent fragiles. C'est ainsi que plusieurs femmes ont choisi de se réunir dans le cadre des associations féministes indépendantes et contestataires pour mieux réfléchir sur leurs droits et leur condition et dépasser le féminisme étatique<sup>832</sup>. Nous voyons là, l'effet d'une importante prise de conscience

---

<sup>831</sup> B.Bel Haj Hamida, *supra* note 637 à la p.34.

<sup>832</sup> Principalement, il s'agit de : l'Association Tunisienne des Femmes Démocrates (A.T.F.D.). Elle est née en 1989 et lutte pour l'égalité entre les sexes et a pour références les conventions internationales en matière de droits de la personne. L'une de ses principales réalisations consiste à l'ouverture, en 1993, d'un centre d'écoute et d'orientation des femmes victimes de violence. L'Association des Femmes Tunisiennes pour la Recherche et le Développement (A.F.T.U.R.D) : Elle fut créée en 1989. Son objectif est d'entreprendre des recherches sur l'intégration des femmes dans les processus du développement économique et social. Ces groupes de femmes se trouvent dans la capitale, c'est dire que les femmes rurales ou les femmes des villes de l'intérieur du pays sont très peu touchées par la vie associative, qui reste le privilège d'un nombre limité de femmes. Il faut dire que plusieurs femmes universitaires se sont jointes à ces deux associations.

de l'échec du juridique à s'imposer efficacement dans les faits.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

C'est cette lecture dynamique que je propose et que je substitue à une lecture stagnante, conservatrice, figée, qui tue la Parole. Je veux redonner la parole à Dieu, contre ceux qui l'ont accaparée et prétendent en être les seuls interprètes infailibles. Quand je me trouverai devant Dieu, je lui dirai : "voilà comment j'ai compris ta parole, à toi de juger. J'ai fait de mon mieux pour te comprendre, pour me conformer à ta parole qui doit être sagesse, amour, lumière et non fermeture et incompréhension"<sup>833</sup>.

Mohamed Talbi

Arrivée au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que le Code du statut personnel a joué un rôle déterminant dans la modernisation du statut des Tunisiennes et dans la transformation des mentalités. Malgré les insuffisances de certaines de ses règles juridiques et le caractère discriminatoire de quelques dispositions, ce Code est résolument moderne. En réalité, il a été et demeure un vecteur de changement de la société tunisienne, en général, et du statut des femmes, en particulier<sup>834</sup>.

Ainsi, l'exemple tunisien démontre que l'émancipation des femmes musulmanes est non seulement possible mais faisable. Par un effort d'interprétation courageux, équilibré et visionnaire, la Tunisie a su adapter et réactualiser un droit ancestral, enraciné dans le sacré et consacré dans la pratique par une tradition difficile à contrer. L'islam, qui dès son

---

<sup>833</sup> M.Talbi, *Un islam moderne*, Tunis, Cérès, 1998, à la p.66.

<sup>834</sup> En Tunisie, il y a deux jours pour célébrer les femmes : le 8 mars, la journée internationale des femmes, et le 13 août, date de promulgation du Code, fête nationale des femmes tunisiennes.

apparition, était une religion fondamentalement progressiste dans son contexte socio-historique, avait insufflé une nouvelle dynamique dans la société locale et a particulièrement révolutionné le statut des femmes. Cette dynamique s'est répercutée, par la suite, sur un grand espace géopolitique allant de l'Inde jusqu'en Espagne (Andalousie). Malheureusement, cet élan et cette dynamique ont vite perdu le souffle en ce qui a trait aux droits des femmes et à leur rôle dans l'espace public<sup>835</sup>. Les juristes étaient, en partie, responsables de cette décélération dans la mesure où ils ont adopté des interprétations rigides et hostiles aux femmes, interprétations conditionnées par une structure patriarcale répondant à des exigences accommodant l'intérêt des hommes, de façon consciente ou inconsciente. Cet état de fait avait aussi imprégné la situation des femmes tunisiennes d'autrefois, qui ne faisaient pas exception dans l'ensemble du monde musulman. Ainsi, les Tunisiennes étaient régies par des règles du droit musulman classique aliénantes, bien que les sources de ces règles de droit émanent d'une école d'interprétation différente de ce qui existe au Moyen-Orient (Machrek par opposition au Maghreb). Dans l'imaginaire collectif de la société tunisienne et des sociétés musulmanes dans leur ensemble, les femmes étaient les gardiennes de l'identité et des valeurs de la société. Leurs faits et gestes représentaient le sceau préservant l'intégrité et les intérêts suprêmes de la société et son identité. C'est ce qui explique que toute critique adressée à leur statut pouvait être taxée d'aliénation, surtout dans des conditions de confrontation avec l'autre, soit l'Occident. Tel fut le sort

---

<sup>835</sup> À titre d'exemple, les musulmans ont bien progressé dans les domaines suivants : la médecine, l'algèbre, la chimie, la philosophie.

du penseur Tahar Haddad<sup>836</sup> qui, en 1930<sup>837</sup>, a osé publier un livre appelant à l'émancipation des Tunisiennes et dénonçant le statut d'infériorité réservé aux femmes<sup>838</sup> : leur confinement dans l'espace domestique, leur asservissement aux hommes, l'analphabétisme, le port obligatoire du voile, les pratiques de la répudiation, etc. Selon lui, l'islam était, à l'origine, une révolution contre l'ancien : il fallait alors poursuivre ce travail et procéder à une lecture libérale du texte coranique par référence à ses fins, c'est-à-dire avancer une interprétation évolutive du Coran afin d'octroyer aux femmes la place qui leur revenait selon une religion bien comprise. Tahar Haddad bouleversait ainsi l'approche traditionnelle et dogmatique du droit musulman en proclamant l'égalité entre les hommes et les femmes pour préconiser une réforme juridique totale du statut des musulmanes, réforme comprenant : la suppression de la polygamie, de la répudiation, du partage inégal de la succession et l'instauration du droit à l'éducation. Or, « [...] condamné par les dirigeants religieux comme hérétique, privé de ses titres universitaires et de son emploi, Tahar Haddad s'enfoncera dans la misère et la solitude avant d'être, plus tard, ressuscité »<sup>839</sup> par la nouvelle équipe dirigeante et l'élite intellectuelle de la Tunisie indépendante.

Effectivement, dans la Tunisie indépendante, l'émancipation des femmes a été fortement encouragée par la

---

<sup>836</sup> Voir la sous-section 2 aux pp.104-111, ci-dessus.

<sup>837</sup> Il faut rappeler que la Tunisie était dans cette période sous la colonisation française. Par conséquent, l'identité était un enjeu de taille aussi bien pour le colonisateur que pour le colonisé.

<sup>838</sup> T.Haddad, *supra* note 53.

<sup>839</sup> Z.Daoud, «Politique et féminisme au Maghreb» dans *Le siècle des féminismes*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2004, à la p.374.

volonté politique des dirigeants d'hier et d'aujourd'hui. La corrélation qu'ils ont établie entre modernisation et émancipation des femmes constitue une victoire sans pareil dans le monde arabo-musulman. Et tout cela est devenu possible grâce à une interprétation progressiste du droit musulman conforme à la nouvelle réalité sociale de la Tunisie, telle que proposée par T.Haddad. Il en a résulté une nouvelle codification du droit de la famille qui tend désormais à protéger les femmes des interprétations abusives.

Par conséquent, pour la première fois dans un pays arabo-musulman, le statut des femmes devient une préoccupation de premier ordre dans la modernisation de l'État. Dès 1956, la situation des femmes est bouleversée par l'abolition de la polygamie, de la contrainte matrimoniale, de la répudiation, du tuteur matrimonial, d'une part; d'autre part, le consentement de la femme à son mariage devient une condition nécessaire; le divorce, qui ne peut être que judiciaire, est un droit accordé aux deux sexes; la garde des enfants est désormais attribuée en fonction de l'intérêt de l'enfant; une rente viagère pour la femme divorcée est instituée; l'adoption est autorisée; enfin, les règles de dévolution de l'héritage sont partiellement réaménagées. Depuis lors :

La Tunisie fait, en ce domaine, cavalier seul. Aux indépendances, les États de la région ont « lâchement » observé le silence ou se sont vite empressés de se doter de codes de la famille et de statut personnel conformes au modèle traditionnel de la famille patriarcale, polygame, patrilinéaire et agnatique. Dans les années 1980, partout des reculs juridiques sont enregistrés dont le plus flagrant est l'adoption du code algérien de la famille (1984)<sup>840</sup>.

---

<sup>840</sup> S.Ben Achour, *supra* note 38 à la p.417.

En effet, la Tunisie fait figure d'exception au Maghreb arabe, comme dans l'ensemble du monde arabo-musulman. Dans certains pays du Maghreb, où les structures et les écoles religieuses sont prédominantes dans la vie sociale, les législateurs n'ont pas osé emboîter le pas à la Tunisie et faire évoluer le droit des femmes. L'Algérie par exemple, qui a accédé à l'indépendance en 1962, ne s'est dotée d'un Code de la famille qu'en 1984. Ce Code propose une lecture traditionnelle du droit musulman et, de ce fait, il institutionnalise l'infériorisation d'une moitié de la société. Le Code de la famille algérien entérine, entre autres, les discriminations suivantes : pour conclure un mariage, la femme algérienne, même majeure, doit avoir un tuteur matrimonial ; la polygamie est autorisée mais conditionnée par les consentements des épouses (la première et la future) ; l'épouse est soumise à un devoir d'obéissance à l'époux chef de la famille<sup>841</sup> ; le mari bénéficie d'un droit de répudiation sans condition et, enfin, en matière d'héritage, la femme ne reçoit que la moitié de la part d'un homme. Les associations de femmes algériennes n'ont pas cessé de dénoncer le Code de la famille, de réclamer son abrogation et de revendiquer des lois civiles égalitaires. Aucun des gouvernements qui se sont succédé en Algérie depuis la promulgation du Code en 1984 n'a accepté<sup>842</sup> d'en faire une lecture critique et d'y intégrer de vrais changements.

---

<sup>841</sup> Dans les faits, cela se traduit, pour la femme, par un droit au travail soumis à l'accord préalable de son mari ou encore par une autorité parentale qui ne lui est confiée qu'en cas de décès du mari ou d'incapacité établie de celui-ci.

<sup>842</sup> Ce n'est qu'en février 2005 que le Président Boutaflika a introduit quelques modifications. Par exemple, la polygamie, bien que reconduite, sera, dorénavant, conditionnelle aux consentements des épouses et à l'autorisation d'un juge, l'obligation pour l'époux divorcé d'assurer le logement à ses enfants, dont la garde est confiée à la mère.

Quant au Maroc, qui a accédé à l'indépendance en 1956, il s'est muni d'un Code de la famille dès l'année suivante et a consacré cette lecture classique du droit musulman. Récemment, néanmoins, sous l'influence des mouvements de femmes et de la société civile, et surtout grâce à l'intronisation de Mohamed VI, un roi jeune et moderniste en faveur de l'égalité des femmes, le Maroc a su apporter d'importantes modifications au Code de la famille et bannir plusieurs articles discriminatoires. Ainsi, depuis la réforme du 10 octobre 2003, la femme majeure n'a plus besoin de tutelle pour se marier; la répudiation n'est plus simplement verbale et doit être autorisée par un juge; la polygamie est soumise à des conditions tellement strictes qu'elle devient quasi impossible<sup>843</sup>. La réforme introduit aussi le divorce consensuel qui permet aux époux de se séparer par consentement mutuel. En outre, depuis 2003, on reconnaît la filiation à l'enfant conçu pendant la période de fiançailles, si certaines conditions sont réunies. Enfin, tout en consacrant le principe de la séparation des biens, cette réforme a instauré la possibilité, pour les époux, de définir ensemble, dans un document séparé de l'acte de mariage, un cadre pour la gestion des biens acquis durant leur union maritale.

Ainsi, ces importantes modifications du statut des Marocaines viennent renforcer la position tunisienne et permettent de promouvoir une lecture moderne du droit musulman. Cependant, l'audace du législateur tunisien reste à ce jour inégalée : ce que ce dernier a accordé aux Tunisiennes

---

<sup>843</sup> L'homme ne peut prendre une seconde épouse que pour des raisons de force majeure, mais il doit en plus obtenir l'autorisation d'un juge.

depuis plus de quarante ans - comme le mariage monogamique, le droit au divorce, l'adoption - le législateur marocain, lui, l'a contrôlé sans aller jusqu'à l'interdire<sup>844</sup>. Chose certaine, avec cette relecture du droit musulman au Maroc, un espoir vient de renaître : l'espoir que les sociétés arabomusulmanes admettent enfin que le droit musulman classique de la famille n'est pas immuable, que certaines de ses dispositions, découlant d'une ancienne vision des femmes, ne sont plus aptes à régir les rapports sociaux entre les sexes, et qu'une nouvelle interprétation de ce droit est donc désormais nécessaire. Il appert qu'une dynamique culturelle est en train de s'installer, cherchant à faire une autocritique des écoles classiques, et à briser le monopole de l'interprétation des textes coraniques, uniquement par les juristes.

Par ailleurs, toujours dans le but d'améliorer le statut des femmes, le Code tunisien sera sans cesse peaufiné au fil des années, jusqu'à nos jours. En effet, le processus d'innovation reste constant : « l'abondance [de la] législation interne comme [sa] modification sans cesse renouvelée traduit la volonté des pouvoirs publics de développer une promotion des femmes par le droit »<sup>845</sup>. Nous citerons, à titre d'exemple, le droit à l'avortement, le lancement d'une politique de contrôle des naissances, le droit à un enseignement obligatoire (pour les enfants de 6 à 15 ans)

---

<sup>844</sup> À l'exception du domaine de la responsabilité familiale. Désormais, au Maroc, celle-ci est placée sous "la direction conjointe des époux" et non plus "sous la direction du mari. Pour la Tunisie, l'article 23 alinéa 4 du Code dispose encore ce qui suit : « Le mari en tant que chef de famille doit subvenir aux besoins de l'épouse et de ses enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire ».

<sup>845</sup> H.Chekir, *supra* note 262 à la p.146.

et gratuit, le droit au travail, l'abolition du devoir d'obéissance dans les relations entre époux, l'attribution de la tutelle automatique aux mères divorcées gardiennes de leurs enfants. Ces nouveaux droits ont permis aux Tunisiennes de fréquenter l'école, de contrôler leur fécondité, d'investir le marché de l'emploi à la recherche d'un travail leur garantissant l'indépendance économique. Ainsi, les Tunisiennes ont pu embrasser d'autres rôles, au sein de la société, que ceux de mère ou d'épouse. Ces transformations ont rendu désuet le stéréotype selon lequel les hommes sont plus aptes, physiquement et intellectuellement, à travailler et à diriger la société. En somme, la politique réformiste et moderniste du législateur tunisien a permis l'émergence d'un nouveau profil de femmes tunisiennes et une prise de conscience chez les hommes de l'importance de ces acquis législatifs. Par conséquent : « L'esprit de la loi traditionnelle est complètement modifié. Si bien qu'aujourd'hui, le statut des Tunisiennes est quasi équivalent à celui des Européennes, sauf pour l'héritage et certaines dispositions »<sup>846</sup>.

Cependant, s'il est exact que « [...] ces mesures ont progressivement ouvert des brèches dans le système traditionnel de la ségrégation sexuelle »<sup>847</sup>, nous sommes devant un « [...]féminisme d'État qui ne se libère pas des carcans de la tradition et des pesanteurs sociales »<sup>848</sup>. En effet, le Code renferme encore des discriminations à l'encontre des femmes, telles que l'inégalité en matière de succession, l'interdiction du mariage des Tunisiennes avec des

---

<sup>846</sup> Telles que la dot ou le devoir de cohabitation qui incombe uniquement à l'épouse. S.Ben Achour, *supra* note 38 à la p.375.

<sup>847</sup> *Ibid.*, à la p.418.

<sup>848</sup> *Ibid.*

non musulmans<sup>849</sup>, la puissance tutélaire que détient le père vis-à-vis de ses enfants, le devoir de cohabitation qui incombe essentiellement à l'épouse<sup>850</sup>, la dot, etc.

Nous pouvons en conclure, dès lors, que le Code a marqué ses distances par rapport à l'œuvre des jurisconsultes musulmans d'une part, mais il est resté fidèle à une certaine interprétation classique, d'autre part. Le Code de statut personnel, sans faire table rase du passé, a essayé de s'ouvrir sur la modernité afin de propulser la société tunisienne sur la voie du développement. La démarche que le législateur a suivie est particulière : il s'est efforcé de rester fidèle au droit musulman tout en réformant le droit de la famille chaque fois que ses solutions ne s'ajustaient pas aux impératifs de la modernisation de la société tunisienne et chaque fois qu'une relecture du Coran était possible.

Toutefois, par crainte d'être socialement rejetée, cette œuvre réformatrice a tracé ses propres limites : d'où le maintien de quelques dispositions discriminatoires, l'adoption

---

<sup>849</sup> Interdiction non prévue par le Code, mais appliquée par une circulaire administrative du ministère de la Justice et des pratiques juridiques.

<sup>850</sup> Rappelons que la femme qui ose opter pour une résidence autre que le domicile conjugal, pour une raison non justifiée par le comportement du mari ou les besoins de sa famille, est en situation de violation de ses obligations conjugales. C'est le cas, ainsi, de la femme mariée qui refuse de cohabiter avec son mari, sous prétexte que le foyer conjugal se situe dans un pays ne correspondant pas à ses intérêts professionnels : elle viole par là son devoir de cohabitation. Ce qui n'est pas le cas pour le mari. En d'autres termes, il n'y a jamais abandon du domicile conjugal par le mari tant qu'il subvient aux besoins de sa famille. Voir le sous-paragraphe 2 aux pp. 195-198, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

du silence sur d'autres questions<sup>851</sup>, et «[...] les barrages à la réception de tous les droits inscrits à la Convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes »<sup>852</sup>. Par conséquent, ce Code est à la fois conservateur et réformiste, laïc et religieux, traditionnel et moderne. Ce double caractère permet néanmoins à des juges de recourir au droit musulman pour interpréter les textes de lois. Certains, par exemple, n'admettent pas la filiation naturelle; d'autres considèrent la disparité de culte comme un cas d'empêchement à la succession; d'autres encore frappent de nullité absolue le mariage d'une Tunisienne avec un non musulman. Ainsi, « [...] par ses silences, ses contradictions, ses ambiguïtés, le Code du statut personnel [a fragilisé] ses positions émancipatrices auxquelles il doit sa bonne réputation »<sup>853</sup>.

En effet, il reste encore des efforts à faire, en Tunisie, pour aboutir à l'égalité effective entre les sexes. Mais, sans vouloir minimiser les avancées juridiques des Tunisiennes, ni même douter de la stratégie adoptée par le législateur, nous avons cherché à montrer la complexité du

---

<sup>851</sup> Rappelons qu'au moment de la promulgation du Code du statut personnel, les pouvoirs politiques ont souligné leur imprégnation par les règles et les traditions musulmanes de l'école malékite.

<sup>852</sup> S.Ben Achour, *supra* note 38 à la p.418. Les réserves formulées par la Tunisie à l'encontre de cette convention peuvent être résumées dans la déclaration suivante :«le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera, en vertu de la convention, aucune décision législative qui irait à l'encontre des dispositions de l'article premier de la constitution tunisienne qui énonce: La Tunisie est un État indépendant et souverain, sa religion est l'islam, sa langue l'arabe et son régime la république». Ainsi, l'islam est invoqué pour faire barrage aux droits des femmes et au principe d'égalité entre les sexes. C'est là un aspect qui nous paraît intéressant et qui mérite certainement d'être creusé dans une recherche ultérieure. Pour plus d'information voir H.Chekir, *supra* note 262, aux pp.85-104.

<sup>853</sup> S.Ben Achour, *supra* note 38 à la p.420.

processus par lequel s'est effectuée la transformation de la condition féminine en Tunisie. Nous sommes en face d'un véritable chantier où le respect des lois sacrées doit se conjuguer aux idées de la modernité afin de parvenir à l'égalité entre les sexes. Il faut dire que dans une société où parfois la tradition est confondue à tort ou à raison avec les préceptes religieux, le combat pour la promotion des droits des femmes représente une entreprise audacieuse et de longue haleine. D'ailleurs, à ce chantier vient de s'atteler un autre acteur qui tend à faire avancer la cause des Tunisiennes : quelques groupes de femmes autonomes<sup>854</sup> qui réclament l'égalité effective entre les sexes<sup>855</sup> et, surtout, un texte reconnaissant clairement que le Code du statut personnel n'est pas inspiré du modèle religieux :

Tant que le droit positif ne s'est pas libéré de ses sources religieuses, tant que les autorités politiques ne se sont pas détachées de leurs référents socio-culturels, [...] le patriarcat, assis sur le religieux, persiste à perpétuer et à sacraliser l'inégalité entre les sexes, le statut juridique des femmes ne peut pas évoluer par la simple édition d'un droit positif et ne peut garantir leur émancipation<sup>856</sup>.

Cette approche, qui met l'accent sur l'importance d'abolir l'ordre patriarcal discriminatoire tirant sa légitimité du religieux, est une réaction contre le caractère

---

<sup>854</sup> Il s'agit essentiellement de l'Association des Femmes Démocrates et de l'Association des Femmes Tunisiennes pour la Recherche et le Développement. Généralement, les adhérentes à ces groupes sont des universitaires.

<sup>855</sup> À travers l'égalité devant l'héritage, la possibilité d'épouser un non-musulman et une situation juridique moins précaire pour les mères célibataires.

<sup>856</sup> H.Chekir, *supra* note 262, à la p.342. H.Chekir est une juriste et une féministe qui s'active au sein du groupe des Femmes démocrates.

"inachevé" du processus d'émancipation<sup>857</sup>. Ainsi, ces féministes recourent plutôt au féminisme radical comme outil pour parvenir à l'égalité réelle entre les sexes.

Cependant, malgré l'importance du travail de ces féministes<sup>858</sup>, nous nous démarquons de leur approche qui veut rompre complètement avec le référent religieux, considéré comme un obstacle à l'égalité<sup>859</sup>. À notre avis, il n'est pas approprié d'essayer d'amputer la population de son héritage culturel, façonné principalement par la religion islamique, sous prétexte qu'il est la source des inégalités entre les hommes et les femmes. Par cette démarche, nous estimons que ce groupe risque de s'isoler d'une grande frange de la société et pourrait même porter atteinte à la crédibilité de l'ensemble de ces revendications. En effet, il ne faut pas oublier que la société tunisienne est imprégnée par une spiritualité profonde, et qu'il existe un lien affectif et

---

<sup>857</sup> D'ailleurs, l'Association des Femmes Démocrates porte une attention particulière, depuis sa création, aux conditions juridiques dans lesquelles évoluent les femmes, aux lois, à leurs limites et à la manière dont elles sont parfois détournées, voire inappliquées. Ces interventions s'expriment généralement sous forme d'analyse critique des lois, de la publication de textes de conventions ou de lois.

<sup>858</sup> Grâce à l'Association des Femmes Démocrates, nous assistons à l'émergence d'une prise en charge de la question des femmes par les femmes. Nous estimons alors que leur apport est fort important. Elles ont pu attirer l'attention sur des problèmes graves, comme par exemple : la violence faites aux femmes, le harcèlement sexuel. Elles offrent un soutien aux femmes victimes de violence, par de l'orientation psychologique, juridique et sociale. Aussi, elles font de l'accompagnement de femmes devant les tribunaux, aux hôpitaux, aux services sociaux.

<sup>859</sup> Par approche, nous faisons allusion au fait que ces féministes réclament de modifier l'article 1<sup>er</sup> de la constitution tunisienne qui établit que : « la Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'islam, sa langue l'arabe et son régime la République ». Elles veulent supprimer le mot islam, afin d'établir un État laïc et empêcher toute référence à la religion dans l'application des textes de lois.

émotionnel par rapport à de nombreux signes et symboles reflétant l'adhésion à l'islam et à la « communauté islamique ». Par conséquent, toute initiative voulant consacrer une rupture pure et simple avec le référent religieux risque d'être interprétée par beaucoup comme une attaque contre l'islam et ses fondements. Une telle conséquence est susceptible de nuire au processus émancipatoire des Tunisiennes. Nous estimons qu'il faut plutôt poursuivre et encourager le travail d'interprétation et de relecture du Coran. Mais, pour que cette démarche parvienne à instaurer une égalité véritable, il faut à la fois miser sur des réformes législatives, et un travail de sensibilisation auprès de la population. En effet, il y a tout un travail à faire en parallèle, pour ce qui est des mentalités, pour que la société soit apte à recevoir et à intérioriser les changements législatifs: cette approche doit faire l'objet d'enseignement dans le système éducatif, doit devenir un sujet de débats dans les médias, afin de la vulgariser et de développer l'esprit critique chez la population tunisienne. Il y a un grand danger qui guette les Tunisiens et les Tunisiennes, dans la mesure où la montée de l'islam radical prêchant le retour à un islam fondamentaliste semble gagner de plus en plus l'adhésion d'une bonne partie de la société. En effet, depuis une dizaine d'années, les téléspectateurs sont fortement attirés par les chaînes de télévision arabes<sup>860</sup>. La majorité de ces chaînes diffuse des programmes religieux qui prêchent un islam traditionnel et que

---

<sup>860</sup> Jusqu'au début des années 1990, Les Tunisiens et les Tunisiennes captaient surtout une à deux chaînes télévisées françaises. Mais avec le phénomène des antennes paraboliques, ce sont essentiellement les chaînes arabes qui retiennent l'attention de la population tunisienne.

nous qualifions surtout d'islam du Moyen-Orient<sup>861</sup>. Ainsi, à travers ce médium, la population tunisienne a la possibilité de redécouvrir ce monde musulman avec lequel elle a une importante parenté historique et religieuse<sup>862</sup>. Sans grand esprit critique, ni connaissance approfondie de la religion, mais avides de spiritualité, les Tunisiens et les Tunisiennes deviennent de fidèles adeptes de ces émissions à caractère religieux. Et dans le contexte actuel, avec la crise irakienne d'un côté, la montée d'un discours étasunien hostile à l'islam, de l'autre, le terrain devient propice pour le glissement vers un discours identitaire radical cherchant dans la religion sa légitimité. En outre, l'exemple souvent véhiculé par ces chaînes télévisées à propos des femmes occidentales est le modèle de marchandisation des femmes. En effet, c'est l'exploitation capitaliste du corps féminin qui est mise en évidence par ces chaînes et leurs prêcheurs. Ceci reflète mal la condition et les avancées des femmes occidentales et affecte la progression de certaines valeurs universelles qui ne devraient pas être spécifiquement occidentales, même si c'est en Occident qu'elles ont vu le jour en premier.

Pour notre part, considérant l'objectif que nous nous sommes fixé dans le cadre de cette thèse, il convient de

---

<sup>861</sup> À titre d'exemple, cet islam que nous qualifions de moyen-orientaliste, glorifie la polygamie, ordonne aux femmes d'être obéissantes à leur chef de famille (le mari), les encourage à se dévouer à leur rôle principal d'épouse et de mère pour veiller au bien-être de leur famille, légitime le droit du mari de corriger sa femme et exige le port du voile pour les femmes.

<sup>862</sup> Aussi, nous estimons qu'il serait intéressant, dans une étude ultérieure, de chercher à savoir si la montée d'un islamisme militant et radical menace les droits octroyés par le code de la famille, de même, comment les Tunisiennes vivent leurs droits et, enfin, si certaines valeurs égalitaires sont assez profondément intériorisées pour empêcher leur remise en question.

reconnaître qu'il reste encore du travail à accomplir, en Tunisie, au niveau des normes juridiques et surtout au niveau des mentalités:

Nous ne nous reconnaissons pas dans l'attitude de nos propres filles. Alors que nous avons vécu dans l'idée de transformer notre pays par le savoir et l'intelligence, nos filles semblent désabusées. [...] À leurs yeux, le travail compte désormais plus que le diplôme. [...] Sans parler d'une nouvelle jeunesse dorée dont le souci premier se résume souvent à quelques signes extérieurs de réussite sociale. D'où vient cette culture d'une féminité superficielle? Est-ce par manque de confiance dans leurs capacités? Est-ce dû à un environnement économique et social plus difficile? À des chaînes de télévision en arabe qui déversent toutes sortes de programmes, du tragique feuilleton irakien à la « Star Academy » made in Lebanon ? Est-ce tout cela conjugué qui pousse de plus en plus de jeunes filles à arborer le voile comme symbole de repli identitaire d'un côté? Attention, préviennent les militantes. Gare aux nouvelles formes de polygamie dissimulée, à la tutelle économique des hommes, à la régression intellectuelle. Bref, le combat continue<sup>863</sup>.

C'est pourquoi, à notre avis, la meilleure façon de consolider les acquis des Tunisiennes, dans le contexte actuel, c'est de faire découvrir aux gens une démarche qui leur permet de vivre en harmonie avec leur religion et leur droit. Il est grand temps que les Tunisiens et les Tunisiennes apprennent à lire et à relire la source première de cette religion, sans tomber sous l'emprise d'une lecture stagnante et conservatrice, provenant surtout des autres pays arabo-musulmans. Cette démarche doit, comme nous l'avons déjà mentionné, faire l'objet d'un enseignement général afin de devenir un consensus social. Il faudra aussi encourager et organiser des débats à l'échelle nationale, dans les

---

<sup>863</sup> F. Zouari, «L'éternel combat», Jeune Afrique l'Intelligent (2004) à la p.45.

universités, les collèges, dans les médias, dans les mosquées, et inviter des penseurs conservateurs et des penseurs réformateurs à s'exprimer sur ce sujet, afin d'offrir les outils nécessaires à tous les Tunisiens pour pouvoir redécouvrir leur religion. De même et surtout, il faudra accentuer le travail auprès des juges tunisiens qui semblent être sous l'influence de l'héritage culturel islamique, puisque certains ont recours à ce corpus pour dicter une interprétation restrictive du droit :

Dès qu'il en trouve l'occasion, le juge n'hésite pas à s'emparer pour se défaire, par répugnance ou par méfiance, d'une loi ou d'une institution qui lui auraient paru contraires ou étrangères au droit musulman<sup>864</sup>.

En somme, cette démarche devrait être appliquée conjointement avec les réformes juridiques. Ainsi, la modification du Code de la famille, afin d'instaurer une égalité complète entre les femmes et les hommes, sera sûrement bien accueilli. Puisque, la loi interviendra, cette fois-ci, non pour édicter et forcer une interprétation, mais plutôt pour couronner un changement et accorder un droit qui émane de la société. La réforme du Code doit être toujours comprise du côté des symboles qu'elle touche et du contexte général dans lequel elle intervient. Donc, tout en demeurant convaincue que le droit est un vecteur du changement social, et qu'il contribue à façonner et à transformer les mœurs, nous estimons que dans le contexte tunisien actuel, où nous assistons à un certain repli identitaire dans le corps social<sup>865</sup>, il est impérieux de bien choisir le moment et de préparer soigneusement le terrain pour consolider les acquis des

---

<sup>864</sup> M.M.Bouguerra, *supra* note 254 à la p.179.

<sup>865</sup> La religion reste un élément essentiel de cette identité.

Tunisiennes. L'enjeu est de bien préparer le terrain pour que la loi soit acceptée et pour que l'opinion publique réclame la suite, soit, par exemple et avant tout, l'égalité successorale<sup>866</sup>.

---

<sup>866</sup> Voir le paragraphe 1 aux pp.229-242, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

## **Bibliographie**

### **LÉGISLATION**

*Le Coran*, Tra. par S.Kecherid, Beyrouth, Dar Al Gar Al Islami Litibaâ wa Nachr, 1981.

Le Code du statut personnel, en ligne :  
<http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/Menu.html>.

Code du Statut personnel : Annoté et mis à jour par le juge Mohamed Habib Chérif, Tunis, La maison d'édition de Sousse, 2001.

### **JURISPRUDENCE**

Cass.civ., arrêt n°791 du 14 juin 2000, Ministère de la Justice, cour de cassation [non publié].

Cass.civ., arrêt n°51171 du 26 novembre 1996, Bulletin de la cour de cassation, 1996 à la p.256.

Cass.civ., arrêt n°51727 du 22 octobre 1996, Bull.cass 1996 à la p.279.

Cass.civ., arrêt n°51286 du 18 octobre 1996, Bull.cass 1996 à la p.289.

Cass.civ., arrêt n°43023 du 11 juillet 1995, Bulletin de la cour de cassation, 1995 à la p.423.

Cass.civ., arrêt n°38803 du 8 mars 1994, Bulletin de la cour de cassation, 1994 à la p.296

Cass.civ., arrêt n°22695 du 23 mai 1989, (1993) R.J.L à la p.59.

Cass.civ., arrêt n°24219 du 23 janvier 1990, Bull.cass 1990 à la p.149.

Cass.civ., arrêt n°23800 du 12 décembre 1989, Bull.cass 1989 à la p.470.

Cass.civ., arrêt n°20425 du 7 décembre 1988, (1992) R.J.L à la p.53.

Cass.civ., arrêt n°17711 du 6 octobre 1987, Bull.cass 1987 à la p.231.

Cass.civ., arrêt n°17297 du 16 juin 1987, Bulletin de la cour de cassation, 1987 à la p.223.

Cass.civ., arrêt n°11884 du 4 décembre 1984, Bull.cass 1984 à la p.223.

Cass.civ., arrêt n°11644 du 13 novembre 1984, Bull.cass 1984 à la p.221.

Cass.civ., arrêt n°7422 du 3 juin 1982, Bull.cass 1982, à la 143.

Cass.civ., arrêt n°3753 du 8 janvier 1980, Bull.cass 1980 à la p.16.

Cass.civ., arrêt n°3753 du 8 janvier 1980, Bull.cass 1980 à la p.16.

Trib. 1<sup>ère</sup> instance, Grombalia du 7 mars 1977, (1978) R.T.D à la p.95.

Cass.pénal, arrêt n°11830 du 23 février 1976, Bull.cass 1976 à la p.174

Cass.civ., arrêt n°6991 du 6 janvier 1970, (1970) R.J.L à la p.551.

Cass.civ., arrêt n°5350 du 2 avril 1968, (1968) R.J.L à la p.24.

## DOCTRINE

### *Monographies*

Abou-Zeïd, N.H., *La problématique de la lecture du Coran et les mécanismes d'interprétation* [en arabe], Beyrouth, Le centre culturel arabe, 1994.

Ait Sabah, F., *La femme dans l'inconscient musulman*, Paris, Albin Michel, 1982.

Ahmed, L., *Women and gender in Islam : historical roots of a modern debate*, New Haven, Yale University Press, 1992.

Ascha, G., *Mariage, polygamie et répudiation en Islam*, Paris, Harmattan, 1997.

Associations des femmes tunisiennes pour la recherche et le développement (A.F.TU.R.D), *Tunisienne en devenir, la moitié entière*, Tunis, Cérès, 1992.

Babès, L et Oubrou, T, *Loi d'Allah, loi des hommes : liberté, égalité et femmes en islam*, Paris, Albin Michel, 2002.

Bakalti, S., *La Femme tunisienne au temps de la colonisation 1881-1956*, Paris, Harmattan, 1996.

Béji, H., *Désenchantement national ; Essai sur la décolonisation*, Paris, Librairie François Maspero, 1982.

Belaïd, S., *Islam et droit, une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000.

Belarbi, A., *Femmes et Islam*, Casablanca, Le Fennec, 1989.

Bel haj Hhmida-Sahli, B. , *Le divorce*, Tunis, Alif, 1999.

Bellefonds, L., *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton, 1965.

Ben Achour, Y., *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, Tunis, Cérès, 1992.

- Ben Halima, S., *Notes de cours du droit du statut personnel en Tunisie*, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 1992.
- Benhnam, D., *Familles musulmanes et modernités : Le défi des traditions*, Paris, Publisud, 1986.
- Belaïd, S., *Islam et droit, une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000.
- Ben Miled, E., *Les Tunisiennes ont-elles une histoire ?*, Tunis, Les Presses de l'Imprimerie Simpack, 1998.
- Bellefonds, L., *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton, 1965.
- Ben Saïd Cherni, Z., *Les dérapages de l'histoire chez T.Haddad*, Tunis, Éditions Ben Abdallah, 1999.
- Bessis, S., *Femmes du Maghreb : l'enjeu*, Paris, J.C. Lattés, 1992.
- Bel Haj Hamida, B., *Guide des droits des femmes*, Tunis, Les éditions de la Méditerranée, 1999.
- Bessis, S., *Femmes du Maghreb : l'enjeu*, Paris, J.C. Lattés, 1992.
- Blili Temine, L., *Histoire des familles, mariages, répudiations et vie quotidienne à Tunis : 1875-1930*, Tunis, Script, 1999.
- Bormans, M., *Le statut personnel au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, 1977.
- Bousquet, G.H., *Précis du droit musulman*, Alger, Maison du livre, 1963.
- Bourquia, R. , *Femmes, culture et société au Maghreb*, Tunis, Afrique Orient, 1996.
- Bourquia, R. , *Femmes, pouvoir politique et développement*, Tunis, Afrique Orient, 1996.

- Brooks, G., *Les femmes dans l'Islam: un monde caché*, Paris, P. Belmond, 1995.
- Bucaille, M., *La Bible le Coran et la science*, Paris, P. Seghers, 1983.
- Buisine, Y., *L'Orient voilé*, Paris, Zuluma Calman-Lévy, 1993.
- Carbonnier, J., *Introduction, les personnes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- Chahata, C., *Droit musulman*, Paris, Dalloz, 1970.
- Chalbi, M.M., *La loi de la famille en Islam [en arabe]* Caire, Dar al Maaref, 1968.
- Chamari, A., *Le mariage*, Tunis, Alif, 1995.
- Chamari, A., *La femme et la loi en Tunisie*, Casablanca, Le Fennec, 1991.
- Charfi, M., *Islam et liberté*, Paris, Albin Michel, 1998.
- Charfi, M., *Introduction à l'étude de droit*, Tunis, CERP, 1983.
- Charles, R., *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965.
- Charrad, M.M., *Women's rights :The making of postcolonial Tunisia, Algeria, and Morocco*, California, University of California Press, 2001.
- Chatar, S., *Les émancipées du Harem*, Tunis, La Presse, 1992.
- Chatar, S., *La femme tunisienne, citoyenne ou sujet?*, Tunis, Maison Tunisienne de l'Édition, 1982.
- Chekir, H., *Le statut des femmes entre les textes et les résistances*, Tunis, Chama, 2000.
- Cherif Chamari, A., *Le mariage*, Tunis, Alif, 1995.
- Cherif Chamari, A., *Femme et loi en Tunisie*, Casablanca, Le Fennec, 1991.
- Coulson, N., *Histoire du droit islamique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- Courbe, P., *Le divorce*, Paris, Dalloz, 1993.

- Daoud, Z., *Féminisme et politique au Maghreb*, Maroc, EDIF, 1993.
- Darghouth Medimegh, A., *Droits et vécu de la femme en Tunisie*, Lyon, Hermès, 1992.
- Demmersman, A., *La famille tunisienne et les temps nouveaux*, Tunis, Essai de psychologie, 1972.
- Déscarries-Bélanger F. et Roy, S., *Le mouvement des femmes et ses courants de pensée, essai de typologie*, Ottawa, Documents de l'ICREF, 1988.
- De Sève, M., *Pour un féminisme libertaire*, Montréal, Boréal Express, 1985.
- De Monteny, H., *Femmes de Tunisie*, Paris, Mouton et Co La Haye, 1958.
- Dialmy, A., *Féminisme, islamisme et soufisme*, Paris, Publisud, 1997.
- Djaït, H., *La Grande discorde*, Paris, Gallimard, 1989.
- Dupont Delestraint, P., *Droit civil : les personnes et les droits de la personnalité, la famille et les incapacités*, Paris, Dalloz, 1977.
- El khayat-Benna, G., *Le monde arabe au féminin*, Paris, l'Harmattan, 1985.
- Espositi, J.L., *Women in Muslim family law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1982.
- Gadon, M., dir., *Femmes du Maghreb au présent*, Paris, CNRS, 1990.
- Ghassan, A., *Du statut inférieur de la femme en Islam*, Paris, l'Harmattan, 1987.
- Gubin, É. et al., *Le siècle des féministes*, Paris, Les Éditions de l'Atelier, 2004.
- Haddad, R., *Parole de femme*, Tunis, Elyssa, 1995.
- Haddad, T., *Notre femme, la législation islamique et la société*, Tunis, Maison Tunisienne de l'Édition, 1978.

- Hirata, H., dir., *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- Huseïn, M.M., *Cours d'histoire du droit musulman* [en arabe], Alger, Diwan Mattbouat Al Jamiia, 1994.
- Kerrou, H., *Le droit musulman* [en arabe], Tunis, La maison arabe du livre, 1982.
- Kerrou, H., *Le Divorce* [en arabe], Tunis, 1998.
- Ladjili-Mouchette, J., *Histoire juridique de la Méditerranée, droit romain, droit musulman*, Tunis, Centre d'études, de recherches et de publications, 1990.
- Lahbabi, M.A., *Le personnalisme musulman*, Paris, P.U.F, 1967.
- Lamari, M. et Schürings, H., *Forces féminines et dynamiques rurales en Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 1999.
- Lamoureux, D., *Fragments et collages*, Montréal, Remue-Ménage, 1986.
- Landry, D., et MacLean, G., *Materialist Feminisms*, Cambridge, Mass. Blackwell, 1993.
- Largueche, D., *Histoire des femmes au Maghreb, culture matérielle et vie quotidienne*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000.
- Largueche, D., *Marginales en terre d'Islam*, Tunis, Cérès, 1992.
- Marzouki, I., *Femmes d'ordre ou désordre des femmes*, Tunis, Noir ou Blanc, 1999.
- Marzouki, I., *Le mouvement des femmes en Tunisie*, Tunis, Cérès, 1993.
- Mernissi, F., *Le Harem et l'Occident*, Paris, Albin Michel, 2001.
- Mernissi, F., *La peur-modernité : Conflit Islam démocratie*, Paris, Albin Michel, 1992.

- Mernissi, F., *Le harem politique*, Paris, Albin Michel, 1987.
- Mernissi, F., *Sexe, idéologie et Islam*, Paris, Tierce, 1983.
- Mervin, S., *Histoire de l'islam*, Paris, Flammarion, 2001.
- Messaoudi, K., et Schemla, E., *Une Algérienne débout*, Paris, J'ai lu, 1995.
- Millet, K., *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971.
- Milliot, L. et Blanc, F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1971.
- Minces, J., *Le Coran et les femmes*, Paris, Hachette, 1996.
- Minces, J., *La femme dans le monde arabe*, Paris, Mazarine, 1980.
- Morsy, M., *Les femmes du prophète*, France, Mercure de France, 1989.
- Nawal, Y., *Les femmes dans l'Islam*, Paris, Brèche, 1980.
- Ngan-ling E., dir., *Women, the Family, and Policy: A Global Perspective*, Albany, State University of New York Press, 1991.
- Oullette, M., *Droit de la famille*, Montréal, Éditions Thémis, 1995.
- O'BRIEN, M., *La dialectique de la reproduction*. Montréal, Remue-ménage, 1987.
- Rebaaoui Essefi, N., *La condition de la femme au Maghreb et en Méditerranée*, Paris, Fedringoni, 2001.
- Sahli, s., *Sociétés et procréation*, Tunis, Publications de la Faculté des sciences humaines et sociales, 1992.
- Schacht, J., *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999.
- Schacht, J., *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999.
- Thébaud, F., dir., *Histoire des femmes en Occident*, Paris, Plon, 1992.
- Thaalbi, A., *L'esprit libéral du Coran*, Tunis, Dar al-Gharb

al-Islami, 1985.

Vandeveld-Dailliere, H., *Femmes algériennes à travers la condition féminine dans la Constantinois depuis l'indépendance*, Alger, Office des publications universitaires, 1980.

Verdot, R., *La cohabitation*, Paris, Dalloz, 1964.

## DOCTRINE

### Articles

Abd El Aal, I.F., « Féminisme et politique en Égypte », (1989) 48-49, *Peuples méditerranéens* 151.

Andezian, S., « Femmes et religion en islam : un couple maudit? » (1995) 2 *Clio* 181.

Annabi, A., « Évolution du droit du statut personnel » (1962) Décembre *R.J.L* 64.

Badra, B., « L'enjeu du féminisme indépendant en Tunisie : Modèles et pratique » (1993) 21 *Cahiers du CERES Série sociologique*.

Balkalti, S., « Formation professionnelle et travail féminin au temps de la colonisation » dans Largueche D., dir., *Histoire des femmes au Maghreb*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000 297.

Barahimi, A., « La dot de l'épouse et l'annulation du mariage » [en arabe] (1991) *R.T.D* 23.

Ben Achour, S., « Féminisme d'État : Figure ou défiguration du féminisme », (2001) *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, 411.

Ben Achour, S., « Commentaire du jugement du Tribunal de première instance de Tunis du 29 juin 1999 » (2000) *R.T.D* 418.

Ben Achour, Y., « *Islam et constitution* » (1974) *R.T.D* 77.

Ben Attar, M., « La filiation dans le code du statut personnel» (1963-1965) R.T.D 25.

Ben Halima, S., « La filiation naturelle en droit tunisien », (2001) Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi 457.

Ben Halima, S., « Religion et statut personnel en Tunisie » (2000) R.T.D 408

Ben Halima, S., « La preuve de filiation selon la loi du 28 octobre 1998» (en arabe), (2000) Mélanges en l'honneur de Mohamed Saleh Ben Aissa 245.

Ben Halima, S., « Commentaire du jugement du tribunal de première instance de Gafsa n° 43979 du 26 février 1994 », [portant sur la preuve de la paternité d'un enfant issu d'une relation d'adultère] (1999) A.J.T à la p.121.

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 27777 du 26 février 1993 [portant sur le désaveu de la filiation d'un enfant né durant l'absence du mari » (1996) A.J.T 15.

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 26406 du 26 février 1991 » (1995) A.J.T 6.

Ben Halima, S., « Le rôle du juge de la famille dans les affaires de divorce » (en arabe) (1993) R.T.D aux pp.89.

Ben Halima, S., « Commentaire du jugement du tribunal d'appel de Sousse n° 1380 du 30 mai 1990 [portant sur le divorce préjudice pour impuissance sexuelle] » (1993) R.T.D 291.

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 20425 du 7 décembre 1988 [portant sur le refus de l'épouse de cohabiter avec son mari]» (1992) R.T.D 113.

Ben Halima, S., «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 2155 du 10 octobre 1978[portant sur le divorce pour préjudice pour violence du mari]», (1992) Journal El Sabah (26 janvier 1992) 7.

Ben Halima, S., « Commentaire du jugement du tribunal d'appel de Sousse n° 1101 du 27 juin 1990 [portant sur le divorce pour préjudice pour impuissance sexuel] » (1991) R.T.D 85.

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 21420 du 13 décembre 1988 [portant sur la consommation du mariage] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 20476 du 20 septembre 1988 [portant sur le divorce pour préjudice suite aux violences exercées par l'épouse sur son époux] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 17646 du 2 février 1988 [portant sur la conciliation entre les époux ] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 10838 du 4 décembre 1984 [portant sur la pension alimentaire] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 4146 du 11 avril 1982 [portant sur la restitution des cadeaux suite au décès du fiancé] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., «Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n°6641 du 11 mai 1982 [portant sur le refus de payer la pension alimentaire par le père à ses filles qui travaillent]» [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n°3753 du 8 janvier 1980 [portant sur le refus de l'épouse de cohabiter avec son mari à cause de son travail ] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 308 du 1er mars 1977 [portant sur la garde d'enfant suite

au remariage de la mère] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne] .

Ben Halima, S., « Le divorce pour insubordination de l'épouse »(en arabe) (1973) R.J.L 11.

Ben Halima, S., « Commentaire d'arrêt de la Cour de cassation n° 6757 du 26 octobre 1970 [portant sur la bigamie] » [obtenu du professeur S.Ben Halima en personne].

Belaiba, F., « La protection judiciaire de l'épouse en droit tunisien : illustration en matière de divorce » (2002) R.J.L 45.

Bel Haj Hamida, B., « Nos juges sont-ils féministes? » (2002) Réalités 34.

Bel Haj Hamida, B., « La situation juridique de la femme tunisienne à travers l'utilisation de son droit au divorce » [en arabe], dans *La non-discrimination à l'égard des femmes, entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, Tunis, Centre d'Études, de Recherches et Publications de l'Université de Tunis, 1989, 269.

Bejourou, C. et Thouvenin, D., « Le nom de la femme mariée », dans Roger, N., dir., *Mariage et famille en question*, Paris, CNRS, 1979, T.2, 222.

Bel Haj Hamouda, A., « Les conflits conjugaux: aspects juridiques » (1989) A.J.T 47.

Belaiba, F., « la protection judiciaire de l'épouse en droit :illustration en matière de divorce » (2002) R.J.L 33.

Belknani, F., « Le mari chef de famille » (2000) R.T.D 49.

Ben Jemia, M., « Commentaire de la décision du Tribunal de première instance de Tunis- n°34179 du 27 juin 2000 » (2000) R.T.D 441.

Ben Jemia, M.,« L'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel» (2000) R.T.D 140.

- Ben Saïd Cherni, Z., « Les exigences théoriques de la modernité et la pensée critique de T.Haddad » (1996) 177 I.B.L.A (Tunis) 43.
- Ben Saïd Cherni, Z., « Rapports homme-femme au sein du couple et devenir social chez T.Haddad » (1988) 8 Cahiers du CERES (Tunis) 109.
- Bertrand, A., « Le statut de la femme du polygame » dans Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, Université de Lille II 1993 105.
- Bessis, S., « Le féminisme institutionnel en Tunisie » (1999) 9 Clio 93.
- Boivin, M., « Les acquis du féminisme en droit : reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne » (1995) C.de D. 27.
- Boivin, M., « Le féminisme en capsule : un aperçu critique du droit » (1992) 5 R.F.D 357.
- Bouchard, G., « Typologie des tendances théoriques du féminisme contemporain » (1991) 13, Philosophiques 119.
- Bouguerra, M.M., « Le juge tunisien et le droit du Statut personnel » (2000) Actualités juridiques tunisiennes 7.
- Bouraoui, S., « Réformes juridiques et relations familiales » dans *Structures familiales et rôles sociaux*, Tunis, Cérés, 1994 189.
- Bouraoui, S., « Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques » (1993) R.T.D 119.
- Chakankiri, M., « La loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam » (1981) juillet/septembre R.I.D.C 35.
- Chamberland, L., « Le lesbianisme : continuum féminin ou marronnage ? Réflexions féministes pour une théorisation de

- l'expérience lesbienne », (1989) 2, Recherches féministes, 135.
- Charfi, M., « Droit de l'homme, droit Musulman et droit Tunisien », (1983) R.T.D 405.
- Charfi, M. , « L'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la nationalité tunisienne »(1975) R.T.D 73.
- Charfi, M., « Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité » (1973) R.T.D.(Tunis) 11.
- Charfi, M., « Les conditions de forme du mariage en droit tunisien » (1969-1970) R.T.D 11.
- Charrad, M.M., « Policy shifts: State, Islam, and Gender in Tunisia, 1930s-1990s » [1997] Social Politics 285.
- Chatar, S., « Décolonisation et discours féministe en Tunisie » (1994) 19 The Maghreb Review 2 61.
- Chatar, S. « Les mutations de la condition de la femme tunisienne (1956-1994) » (1994) 49 Cahiers de la méditerranée 37.
- Charrad, M.M., « Policy Shifts: State, Islam, and Gender in Tunisia, 1930s-1990s » (1997) Social Politics 285.
- Charrad, M.M., « Repudiation versus divorce: reponses to state policy in Tunisia » dans Ngan-ling E., dir., *Women, the Family, and Policy: A Global Perspective*, Albany, State University of New York Press, (1991) 51.
- Chawarbi, A., « Le mariage mixte » [en arabe] (1998) R.T.D 113.
- Chekir, H., « La place des femmes dans l'enseignement supérieur » (2000) Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi 409.
- Chekir, H., « La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » ( 1989) R.T.D 70.
- Cherni, Z., « Les exigences théoriques de la modernité et la pensée critique de Tahar Haddad » ( 1996) I.B.L.A 43.

- Cherni, Z., « Rapports homme-femme au sein du couple et devenir social chez Tahar Haddad » (1988) Cahiers de Cérès 109.
- Cherni, Z., « La femme tunisienne et l'indépendance nationale » (1987) 159 R.I.B.L.A 115.
- Clancy-Smith, J., « L'école du Pacha à Tunis : l'éducation de la femme arabe et la plus grande France » (2000) 12 Clio 33.
- Dakhli, J., « Entrées dérobées : l'historiographie du harem » (1999) 9 CLIO 38.
- Daoud, Z., « Les femmes tunisiennes : gains juridiques et statut économique et social » (1994) 145 Maghreb-Machrek 7.
- Djaït, H., « Renaissance, réformismes, révolutions » dans l'islam depuis un siècle (1880-1980) dans *La crise de la culture islamique*, CÉRÈS, 2000 137.
- El Hamzaoui, M.M., « Le divorce et ses effets matériels en droit tunisien », (1984) 38 R.J.P.I.C 412.
- El Mechat, S. , « Femmes et pouvoir en Tunisie » (1982) 2 Les Temps modernes 975.
- Ferchiou, S., « Le rôle des femmes dans la transmission du patrimoine familial » dans Gadon, M., dir., *Femmes du Maghreb au présent*, Paris, CNRS, 1990 37.
- Ferchoui, S., « Travail des femmes et production familiale en Tunisie » (1978) 2 Question féministes 11.
- GASPARD, F., « De la parité : genèse d'un concept, naissance d'un mouvement » (1994) 15 Nouvelles questions féministes 29.
- Goerg, O, « Femme africaines et politique : les colonisées au féminin en Afrique occidentale » (1997) 6 Clio, Histoire, femmes et société 105.

- Horchani-Zamitti, M., « La constitution du capital scolaire », dans Draoui-Mahfoudh, D., dir., *Femmes diplômées, pratiques novatrices*, Tunis, FNUAP, 1994 45.
- Jahil, S., « La famille musulmane dans les codes arabes » (1992) 27 *Les cahiers de l'Orient* 167.
- Kari, M., « Note à propos d'un texte ambigu; l'article 535 » (1992) R.T.D 204.
- Katzenellenbogen, S, « Femmes et racisme dans les colonies européennes » (1999) 9 *Clio, Histoire, femmes et société* 157.
- Kazdaghli, H., « L'éducation de la femme dans la Tunisie colonisée » dans Largueche D., dir., *Histoire des femmes au Maghreb*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000, 319.
- Kenani, M., « Les mesures urgentes en matière de divorce » (2002) R.J.L 39.
- Kerrou, H., « Le mariage d'une musulmane avec un non musulman » (en arabe) (1971) R.T.D 146.
- Kerrou, M. et Kharoufi, M., « Maghreb, familles, valeurs et changements sociaux » (1994) 144 *Maghreb-Machrek* 26.
- Khattabi, M., « Esquisse des notions fondamentales du droit musulman » (1984) Avril/juin R.J.P.I.C 213.
- Labidi -Chabbi, L., « Regards des femmes tunisiennes sur elles-mêmes : 30 ans après, travail des femmes et qualité de la vie » dans *Les femmes et le développement économique dans le monde arabe*, Liban, Beirut University College, 1988 49.
- Ladjili, J., « Puissance des agnats, puissance du père : De la famille musulmane à la famille tunisienne » (1972) R.T.D.(Tunis) 25.
- Ladjili, J., « Recherche d'une responsabilité égale des pères et mères dans la garde de l'enfant en droit tunisien » (1980) R.T.D 232.

Lakhoua, M.H., « Réflexion sur le divorce caprice » ( 1974) R.T.D. 61.

Lamoureux, D., «Mouvement social et lutte des femmes» (1981) 13 *Sociologie et Société* 134.

Loued, M.N, « L'adultère en droit tunisien » R.T.D 2001 353.

Loued, M.N, « L'avortement » (1993) 179.

Mansouri, M., « Les règles réagissant le mariage dans le droit tunisien » [en arabe] (1974) R.J.T 10.

Marzouki, I., « Le voile des colonisées » (1988) 161 *I.B.L.A.* (Tunis) 113.

Mezghani, A., « Commentaire de la décision du Tribunal de première instance de Tunis- n°7602 du 18 mai 1999 » (2000) R.T.D 241.

Mezghani, A., « Réflexion sur les relations du Code de statut personnel avec le droit musulman classique » (1975) R.T.D. (Tunis) 53.

Meziou, K.,« Le régime de la communauté des biens entre époux », (2001) *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, 439.

Meziou, K., « Femmes et changement, le Code du statut personnel et ses réaménagements : une stratégie de changement par des réformes juridiques » dans *Femmes et changement*, Tunis, CREDIF, 1999 29.

Meziou, K., « Mariage Filiation » *Juris-Classeur du droit comparé* 1997 fasc. 1.

Meziou, K., « Incapacités, succession et libéralités » *Juris-Classeur du droit comparé* 1997 fasc. 2.

Meziou, K., « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille » dans *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1992, 247.

Meziou, K., « Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel » dans *Le statut personnel des musulmans*,

Bruxelles, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1992, 275.

Meziou, K., « Féminisme et Islam dans la réforme du Code du Statut personnel du 18 février 1981» (1984) R.T.D 253.

Moussa, F., « La codification du droit musulman» 1997) avril/juin R.F.A.P 249.

Moussa, F., « La codification du droit musulman » (1997) avril/juin R.F.A.P 249.

Nasraoui, M., « Les enfants abandonnés en Tunisie : analyse de la situation de l'enfant et de la mère», dans *L'avenir de la famille au Moyen Orient et en Afrique du Nord*, Tunis, (1989) 7 Cahiers du CERES Série psychologie 139.

Rejeb, S., « Le divorce d'après le vécu de femmes tunisiennes cadres » (1985) R.T.S.S 277.

Roussier, J., « Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien » (1959-1960) *Studia Islamica*, 133.

Sahli, S., « Préoccupations démographiques au Maghreb » dans *Sociétés et procréation Tunis*, Publications de la Faculté des sciences humaines, (1992), 19.

Sahli, S., « Le couple entre l'union et la rupture» (1981) R.T.S.S 117.

Sekani, M., « La famille tunisienne au seuil de la contraception » (1967) Octobre R.T.S.S 53.

Sraieb, N., « Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie : Tahar Haddad » ( 1999) 9 *Clio* 75.

Triki, M., « le préjudice dans les demandes de divorce » [en arabe] (1998) R.T.D 93.

## **THÈSES ET MÉMOIRES**

Aloui Gtari, R., *L'Union du Maghreb arabe est-elle une communauté de sécurité pluraliste?*, mémoire de maîtrise en science politique, Université du Québec à Montréal, 1998.

Ben Amara, S. et Hillali, M., *La célébration des fêtes de la femme : le 8 mars et le 13 août à travers la presse tunisienne d'expression française*, Mémoire de fin d'études universitaires, Faculté des lettres et des sciences humaines de Tunis, 1991.

Ben Halima, S., *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1979.

Ben Jemia, M., *Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales de la famille*, Tunis, Université de droit, d'économie et de gestion, Tunis 3, 1997.

Ben Saïd Cherni, Z., *Analyse d'un discours idéologique et de son fondement social : le cas de la pensée de Tahar Haddad*, mémoire d'aptitude à la recherche en sociologie, Faculté des lettres et des sciences humaines de Tunis, 1986.

Chergrouch Gharbi, R., *Tahar Haddad et M.S. Ben Mrad, deux représentations conflictuelles du statut de la femme dans la société*, mémoire d'aptitude à la recherche en sociologie, Faculté des lettres et des sciences humaines de Tunis, 1983.

Engazzou, Y., *Le droit musulman dans les réformes du code du statut personnel tunisien*, mémoire de D.E.A. en droit, faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1995.

Essid, M., *La loi du mari*, mémoire de D.E.A. en droit, faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1996.

Ferchichi, B., *La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans le droit marocain et tunisien comparés*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1983.

Jellouli, K., *La dot à travers le passé et le présent en Tunisie*, mémoire de D.E.S en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1972.

Kardoun, M., *L'entretien de la famille conjugale*, mémoire de D.E.A. en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

Meziou, K., *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1982.

Missoum Ariane, M., *Les devoirs de l'époux en droit Tunisien*, Mémoire de D.E.A en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1997.

Pruvost, G., *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris, 1977 .

Wanna, H., *Le travail de la femme mariée*, mémoire de D.E.A. en droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

#### **Documents gouvernementaux**

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *La femme et l'homme en Tunisie, en chiffres*, Publication du C.R.E.D.I.F, 2001.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *Les droits des femmes en Tunisie* [en arabe], Publication du C.R.E.D.I.F, T.1-2 2001.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *Femmes et villes*, Tunis, Publication du C.R.E.D.I.F, 2000.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *La femme dans le mouvement réformiste : de T. Haddad à Z. A. Ben Ali, Tunisie* (en arabe), Tunis, Publication du C.R.E.D.I.F, 2000.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *Le potentiel économique des femmes*, Tunis, Publication du C.R.E.D.I.F, 1996.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *Le potentiel économiques des femmes*, Tunis, Publication du C.R.E.D.I.F, 1996.

Ministère des Affaires de la femme et de la famille, *Femmes rurales de Tunisie*, Tunis, Publication du C.R.E.D.I.F, 1996.

#### **Entrevue**

Entrevue avec M.Gtari, le 4 février 2002.

#### **Internet**

Halimi, G., «Incontestablement, la Tunisie est allée plus loin que certains pays occidentaux», Journal La Presse [de Tunisie] (24 Août 2003), en ligne : <http://www.lapresse.tn/>.

Omrane, N., «Héritage : L'égalité des sexes en débat» (2001) Réalités au para. 11, en ligne : Tunisie information<[http :  
://www.tunisieinfo.com/realites/femmes.html/](http://www.tunisieinfo.com/realites/femmes.html/) (date d'accès : 03 février 2002).

Horchani, F., *Tradition et modernité dans la culture méditerranéenne*, en ligne <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/en/index.htm?../common/horchani.htm>. (date d'accès : 05 janvier 2005)

Toupin L., «*Les courants de pensée féministe*», en ligne : Net femmes <[http://netfemmes.cdeacf.ca/les\\_documents/cat.php?categorie=5](http://netfemmes.cdeacf.ca/les_documents/cat.php?categorie=5)> 1998 (date d'accès : 26 décembre 2005).

#### **Allocutions présentées à des conférences**

Attalahalah Soula, E., « *Plate-forme de Beijing et Charte de Toronto : quels moyens pour quelle image* », Séminaire Euro-Méditerranéen sur *La femme dans les médias : pour une image équilibrée*, Université catholique de Milan, 3 décembre 1999 [obtenu de la journaliste E. Attalahalah Soula, en personne].

Attalahalah Soula, E., « *Les droits des femmes en Tunisie et la religion* », Conférence à l'Université Catholique de Milan, décembre 1998 [obtenu de la journaliste E. Attalahalah Soula, en personne].

Attalahalah Soula, E., « *les femmes et les médias* », Communication à Barcelone sur *les femmes journalistes dans les médias de la Méditerranée*, 1997 [obtenu de la journaliste E. Attalahalah Soula, en personne].

Bahri Bacouche, F., « *Statut juridique , ou la femme citoyen* », Colloque sur *La femme dans les sociétés arabomusulmanes du pourtour méditerranéen : une modernité assumée*, Centre de Recherches, d'Études, de Documentation et d'Information sur la femme de Tunis, 9 février 1994 [non publié].

Goucha, M., « *Facteur corollaire : promotion par l'éducation* », Colloque sur *la femme dans les sociétés arabomusulmanes du pourtour méditerranéen : une modernité assumée*, Centre de Recherches, d'Études, de Documentation et d'Information sur la femme de Tunis, 9 février 1994 [non publié].

Haddad, F., « *L'enseignement, facteur décisif de l'émancipation des femmes en Tunisie* », Colloque sur la femme dans les sociétés arabo-musulmanes du pourtour méditerranéen : une modernité assumée, Centre de Recherches, d'Études, de Documentation et d'Information sur la femme de Tunis, 9 février 1994 [non publié].

février 1994 [non publié].

Kefi, F., *La femme tunisienne : de l'espace privé à l'espace public et des devoirs aux droits*, Colloque sur La femme dans les sociétés arabo-musulmanes du pourtour méditerranéen : une modernité assumée, Centre de Recherches, d'Études, de Documentation et d'Information sur la femme de Tunis, 9 février 1994 [non publié].

Mahfoudh, D., « *La famille tunisienne d'aujourd'hui* » Colloque sur l'avenir de la famille au Moyen Orient et en Afrique du nord : Tunis 21-23 février 1989.

« *La non discrimination à l'égard des femmes entre la convention de Copenhague et le discours identitaire* », Colloque de Tunis des 13 et 16 janvier 1988, Tunis, Publications du Centre d'Études, de Recherche et de Publications, 1988.

Ministère de la femme et de la famille, « *Femme et droit, femme et modernité* », Colloque de Tunis des 3 et 4 juillet 1997 [non publié].

**Annexe A : EXTRAITS DU LIVRE, LA SCIENCE DE LA MAISON<sup>867</sup>**

---

<sup>867</sup> E.Compain, *La science de maison : Organisation de foyer*, Paris, Foucher, 1956.

E. COMPAIN

*La  
science de  
la maison*

ORGANISATION DU FOYER

*nouvelle présentation*

FOUCHER · PARIS

l'observation et

le du tissu ; on  
ans altérer son  
éduit la marche  
ntre en jeu que  
ffort intellectuel

ouvrage destiné

oliqueront dans  
ux études théo-  
es, elles n'éta-

s et les rattache  
groupent autour  
. Une fois com-  
as les variantes

que à quelques  
ces techniques,  
n créer.

nager se déve-  
plus cultivées  
leurs facultés  
périeux besoin  
vers plus de

remière de ce  
e la technique  
ons périmées ;

d'équipement  
un esprit cri-  
lle édition.

E. C.

science de la maison  
FOUCHER - Paris

## ★ Nécessité de l'enseignement ménager

L'enseignement ménager a pour but de préparer les jeunes filles à leur futur rôle de maîtresse de maison.

Avant de commencer cet apprentissage et pour en comprendre toute l'importance, il faut mesurer la grandeur de la tâche qui incombe naturellement à la femme, *quelle que soit sa condition sociale.*

La femme est l'âme du foyer : elle pourvoit aux besoins matériels de chacun en assurant la nourriture, le vêtement, le logement ; elle crée l'atmosphère morale de la famille *et contribue ainsi, pour une large part, à la santé et au bonheur de tous.* Elle élève les enfants, surveille leur développement physique, forme leur esprit et dirige leur cœur pour en faire les hommes et les femmes de demain. A ce point de vue, *son œuvre s'étend hors du cadre familial et se répercute dans la société.*

Cette noble tâche est difficile à remplir. Elle demande de solides qualités de cœur et d'esprit, en même temps que de nombreuses aptitudes physiques. La femme est à la fois le cerveau qui dirige et la main qui exécute. Elle doit donc apprendre la science du ménage et acquérir de bonne heure les qualités nécessaires à l'organisation du travail. Elle s'évitera ainsi les erreurs coûteuses, les fatigues inutiles, les déceptions cruelles. En mettant à profit ses connaissances et ses dispositions naturelles, elle deviendra la véritable gardienne du foyer.



## QUALITÉS DE LA MAÎTRESSE DE MAISON

La femme possède généralement des qualités qui la soutiennent et l'encouragent dans l'accomplissement de ses devoirs. Elle aime ceux qui l'entourent et, d'instinct, se sacrifie pour eux. Sans ce *dévoûment inaltérable, il n'est pas de perfectionnement possible.*

Mais ces sentiments fondamentaux sont insuffisants. Pour mener une œuvre à bien, les qualités de l'esprit doivent compléter celles du cœur.

Trop de femmes se donnent aveuglément à leur tâche et n'obtiennent que de médiocres résultats parce qu'elles ne savent ni organiser, ni prévoir; comme de véritables machines, elles agissent sans réfléchir. Elles manquent d'ordre et de méthode.

### L'ORDRE

L'ordre consiste à suivre une règle préalablement établie. Au point de vue domestique, il se manifeste dans l'arrangement des choses, dans la répartition du temps, dans l'emploi de l'argent.

#### ● *ordre dans les choses*

UNE PLACE POUR CHAQUE CHOSE, CHAQUE CHOSE A SA PLACE

Ce principe infailible économise le temps et l'argent, satisfait la vue, contribue à la paix du ménage.

Outre ces avantages immédiats, l'ordre influe, à la longue, sur la **tenue morale des individus**. Une maison harmonieusement rangée est un exemple de discipline qui invite à rester dans la voie du bien, tant il est vrai que les choses extérieures agissent sur le caractère et la volonté.

Le désordre, au contraire, est source de ruine et d'ennuis (linge moisi, métaux oxydés, objets brisés ou perdus). Il cause du retard, fatigue les nerfs et met de mauvaise humeur.



Heureuse mère.



7h 2.15 8h

8.30

9.30

10.30

EMPLOI DU

	TOILETTE — AÉRATION DES LITS		ALLUMAGE DES FEUX — TOILETTE DES ENFANTS — DÉJEUNER	
INDI	Provisions proches pour la journée (lait, viande)	Préparation du dîner et d'une partie du souper (cuisson long.)	Mise en place des vêtements du dimanche	<b>Nettoyage à fond du cabinet de toilette</b> (Vitres en particulier) (★)
INDI	Réfection des lits	<b>Nettoyage à fond de la chambre à coucher</b> (Vitres en particulier) (★)	Dépoussiérage dans les autres pièces	<b>Toilette</b>
RC.	Provisions proches pour la journée	Mise en route du dîner et d'une partie du souper (pot., entrem.)	<b>Nettoyage à fond de la deuxième chambre à coucher</b> (Vitres en particulier) (★)	
IDI	Provisions proches pour la journée	Mise en route du dîner et d'une partie du souper	<b>Nettoyage à fond de la salle à manger</b> (Vitres en particulier) (★)	
IDI.	Réfection des lits	<b>Nettoyage à fond du vestibule, des escaliers, du palier</b> (Vitres de l'entrée en particulier)	Dépoussiérage dans les autres pièces	<b>Toilette</b>
I.	Provisions proches pour la journée	Mise en route du dîner et d'une partie du souper	<b>Nettoyage à fond de la cuisine</b> (fourneaux et vitres en particulier) (★)	
I.	Provisions proches pour la journée	Mise en route du dîner et d'une partie du souper	Réfection des lits	Dépoussiérage

TEMPS (1<sup>re</sup> SEMAINE)

10.30

11.30

12.15 13.15 14

17

18

19

20

21

22

	Réfection des lits	<b>Toilette</b> — Derniers préparatifs du dîner	Triage et trempage du linge pour la lessive. Achats dans les magasins
	Dépoussiérage dans les autres pièces		
	MARCHE	Préparation du dîner (cuisson de courte durée)	Savonnage du linge
	Réfection des lits	<b>Toilette</b> — Derniers préparatifs du dîner	Ringage des pièces qu'on ne lessive pas (★)
	Dépoussiérage dans les autres pièces		Lessivage du linge et séchage (★)
	MARCHE	Préparation du dîner (cuisson de courte durée)	Promenade des enfants ou couture
	Réfection des lits	<b>Toilette</b> — Dépoussiérage dans les autres pièces	Raccourcissement (★)
	Dépoussiérage		Repassage (★)
	TEMPS LIBRE		TEMPS LIBRE (promenades, visites, distractions)
			Pr. du souper
			SOUPER
			BAINS
			Nettoyage de la vaisselle, de l'évier. — Mise en ordre de la cuisine et de la salle à manger
			Nettoyage de la vaisselle, de l'évier. — Mise en ordre de la cuisine et de la salle à manger
			TEMPS LIBRE (Lecture, Musique, Travaux d'agrément)
			SOINS DE PROPRETÉ

1<sup>re</sup> semaine : Nettoyage des parois, des tableaux, des appareils d'éclairage.

2<sup>e</sup> semaine : Nettoyage des sols.

3<sup>e</sup> semaine : Nettoyage des meubles, des cheminées, des placards.

4<sup>e</sup> semaine : Identique à la première semaine et ainsi de suite.

(★) 2<sup>e</sup> semaine : Temps libre ou travaux saisonniers : conserves (juin, juillet, août), nettoyage des lainages (Avril, Mai), réfection de la literie (Septembre).

3<sup>e</sup> semaine : Identique à la première semaine et ainsi de suite.

**Annexe B : ARTICLES DU CODE DE STATUT PERSONNEL**

**Livre premier. - Du mariage.  
Du mariage, proprement dit**

**Article 3.** Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux. La présence de deux témoins honorables et la fixation d'une dot au profit de la femme sont, en outre, requises pour la validité du mariage.

**Article 4.** La preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte authentique dans des conditions fixées par une loi ultérieure. En ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger, la preuve en est rapportée conformément aux lois du pays où le mariage a été conclu.

**Article 5.** Les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements prévus par la loi. En outre, l'homme avant vingt ans révolus et la femme avant dix-sept ans révolus ne peuvent contracter mariage. Au-dessous de cet âge, le mariage ne peut être contracté qu'en vertu d'une autorisation spéciale du juge qui ne l'accordera que pour des motifs graves et dans l'intérêt bien compris des deux futurs époux .

**Article 6.** Le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère. En cas de refus du tuteur ou de la mère et de persistance du mineur, le juge est saisi. L'ordonnance autorisant le mariage n'est susceptible d'aucun recours.

**Article 8.** Consent au mariage du mineur le plus proche parent agnat. Il doit être sain d'esprit, de sexe masculin, majeur. Le père, ou son mandataire, consent au mariage de son enfant mineur, qu'il soit de sexe masculin ou féminin. S'il n'y a point de tuteur, le consentement est donné par le juge.

**Article 9.** L'homme et la femme peuvent conclure mariage par eux-mêmes ou par mandataire. Celui qui consent au mariage d'un mineur peut également le faire par procuration.

**Article 11.** Peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, le mariage peut-être dissous par divorce.

Cette dissolution n'ouvre pas droit à indemnité si elle a lieu avant la consommation du mariage.

**Livre premier. - Du mariage.**  
**De la dot**

**Article 12 .** La dot peut être constituée par tout bien licite évaluable en argent. Elle appartient à l'épouse.

**Article 13.** Le mari ne peut, s'il n'a pas acquitté la dot, contraindre la femme à la consommation du mariage. Après la consommation du mariage, la femme, créancière de sa dot, ne peut qu'en réclamer le paiement. Le défaut de paiement par le mari ne constitue pas un cas de divorce.

**Livre premier. - Du mariage.**  
**Empêchements au mariage**

**Article 14.** Les empêchements au mariage sont de deux sortes: permanents et provisoires. Les empêchements permanents résultent de la parenté, de l'alliance, de l'allaitement ou du triple divorce. Les empêchements provisoires résultent de l'existence d'un mariage non dissous ou de la non expiration du délai de viduité.

**Article 15.** Est prohibé, le mariage de l'homme avec ses ascendantes et descendantes, avec ses soeurs et les descendantes à l'infini de ses frères et soeurs, avec ses tantes, grands-tantes et arrières grands-tantes.

**Article 16.** Est prohibé, le mariage de l'homme avec les ascendantes de sa femme dès la célébration du mariage, avec les descendantes de sa femme à condition que le mariage ait été consommé, avec les épouses de ses ascendants ou descendants à quelque degré qu'ils appartiennent, dès la célébration du mariage.

**Article 17.** L'allaitement entraîne les mêmes empêchements que la parenté et l'alliance. Seul, l'enfant allaité, à l'exclusion de ses frères et soeurs, est considéré comme l'enfant de la nourrice et de son époux. L'allaitement ne prohibe le mariage que lorsqu'il a lieu au cours des deux premières années de la vie du nourrisson.

**Article 18.** La polygamie est interdite. Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera

passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi. Encourt les mêmes peines, quiconque, ayant contracté mariage hors des formes prévues par la loi n° 57-3 du 1er août 1957 (4 moharem 1377) réglementant l'État Civil, conclut une nouvelle union et continue la vie commune avec son premier conjoint. Encourt les mêmes peines, le conjoint qui, sciemment, contracte mariage avec une personne tombant sous le coup des dispositions des deux alinéas précédents. L'article 53 du Code Pénal n'est pas applicable aux infractions prévues par le présent article.

**Article 19.** Est prohibé, le mariage de l'homme avec la femme dont il avait été divorcé trois fois.

**Article 20.** Est prohibé, le mariage de l'homme avec la femme mariée dont l'union n'est pas encore dissoute. La femme ne peut, avant l'expiration du délai de viduité, contracter mariage qu'avec son ancien époux.

**Livre premier. - Du mariage.  
Des nullités du mariage**

**Article 21.** Est frappé de nullité, l'union qui comporte une clause contraire aux conditions essentielles du mariage ou qui est conclue en contravention des dispositions du 1er alinéa de l'article 3, du 1er alinéa de l'article 5 et des articles 15, 16, 17, 18, 19, et 20 du présent code. Lorsque des poursuites pénales seront exercées par application de l'article 18 ci-dessus, il sera statué par un seul et même jugement sur l'infraction et la nullité du mariage.

Sont passibles d'un emprisonnement de six mois, les époux dont le mariage a été déclaré nul et qui continuent ou reprennent la vie commune.

L'article 53 du code pénal n'est pas applicable aux infractions prévues par le présent article.

**Article 22.** Est nulle et de nul effet, sans qu'il soit besoin de recourir au divorce; l'union visée à l'article précédent. Dans ce cas, la célébration du mariage n'emporte, à elle seule, aucun effet. La consommation du mariage nul n'emporte que les effets suivants :

- a) le droit pour la femme de réclamer la dot fixée par l'acte de mariage ou par le juge,

- b) l'établissement des liens de filiation,
- c) l'obligation pour la femme d'observer le délai de viduité qui court à partir de la séparation,
- d) les empêchements au mariage résultant de l'alliance.

**Livre premier. - Du mariage.**

**Des obligations réciproques des époux**

**Article 23 .** Chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bon rapport avec lui et éviter de lui porter préjudice.

Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume.

Ils coopèrent pour la conduite des affaires de la famille, la bonne éducation des enfants, ainsi que la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions financières.

Le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire.

La femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens.

**Article 24.** Le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de la femme.

**Article 26.** En cas de contestation entre les époux au sujet de la propriété des biens se trouvant au domicile conjugal et d'absence de preuves, il sera fait droit à la prétention de chacun des époux qui, sous la foi du serment, pourront prendre respectivement les biens appartenant habituellement aux hommes et ceux appartenant habituellement aux femmes.

Si les biens contestés sont des marchandises, ils seront attribués, sous la foi du serment, à l'époux commerçant. Les biens indifféremment possédés par les hommes et les femmes, seront, après serment prêté par les époux, partagés entre eux.

**Article 28.** En cas de dissolution du mariage avant la consommation, pour un motif imputable à l'un des conjoints, les présents offerts de par et d'autre après la conclusion d'un mariage, seront restitués dans leur consistance actuelle même s'ils sont altérés. Aucune restitution ne sera faite après la consommation du mariage.

## **Livre II. - Du divorce**

**Article 30.** Le divorce ne peut avoir lieu que par devant le Tribunal.

**Article 31.** Le Tribunal prononce le divorce :

1. en cas de consentement mutuel des époux,
2. à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi,
3. à la demande du mari ou de la femme.

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

En ce qui concerne la femme, le préjudice matériel sera réparé sous forme de rente payable mensuellement et à terme échu à l'expiration du délai de viduité, en fonction du niveau de vie auquel elle était habituée durant la vie conjugale, y compris le logement. Cette rente est révisable en augmentation ou en diminution, compte tenu des fluctuations qui peuvent intervenir. Elle continue à être servie jusqu'au décès de la femme divorcée ou si certains changements interviennent dans sa position sociale par le remariage ou lorsqu'elle n'en a plus besoin. Cette rente devient une dette qui entre dans le passif de la succession lors du décès du divorcé et doit être en conséquence liquidée, à l'amiable avec les héritiers ou judiciairement par un seul versement, et ce, compte tenu de l'âge de la bénéficiaire à cette date. Le tout, à moins que celle-ci préfère que la rente lui soit servie sous forme de capital en un seul versement.

**Article 32.** Le président du tribunal choisit le juge de la famille parmi ses vice-présidents.

Le divorce n'est prononcé qu'après que le juge de la famille ait déployé un effort dans la tentative de conciliation demeurée infructueuse.

Lorsque le défendeur ne comparait pas et que la signification n'a pas été faite à sa personne, le juge de la famille renvoie l'examen de l'affaire à une autre audience et se fait assister

par toute personne qu'il jugera utile afin de notifier la signalisation à la partie intéressée personnellement ou de connaître son domicile réel pour le faire comparaître.

En cas d'existence d'un ou de plusieurs enfants mineurs, il sera prononcé à la tenue de trois audiences de conciliation, dont l'une ne doit pas être tenue moins de trente jours après celle qui la précède.

Au cours de cette période, le juge s'évertue à réaliser la conciliation. À cette fin il requiert les services de toute personne dont il juge l'assistance utile.

Le juge de la famille doit ordonner, même d'office, toutes les mesures urgentes concernant la résidence des époux, la pension alimentaire, la garde des enfants et le droit de visite. Les parties peuvent s'entendre à renoncer expressément à ces mesures en tout ou en partie, à condition que cette renonciation ne nuise pas à l'intérêt des enfants mineurs.

Le juge de la famille fixe le montant de la pension alimentaire compte tenu des éléments d'appréciation dont il dispose lors de la tentative de conciliation.

Les mesures urgentes font l'objet d'une ordonnance exécutoire sur minute, qui n'est susceptible ni d'appel ni de pourvoi en cassation, mais qui pourra être révisée par le juge de la famille tant qu'il n'aura pas été statué au fond.

Le tribunal statue en premier ressort sur le divorce après une période de réflexion de deux mois précédant la phase de plaidoirie. Il se prononce également sur tous les chefs qui en découlent, fixe le montant de la rente due à la femme divorcée à l'expiration du délai de viduité, et statue sur les mesures urgentes objet des ordonnances rendues par le juge de la famille.

Le juge peut abréger la procédure en cas de divorce par consentement mutuel, à condition que cela ne nuise pas à l'intérêt des enfants.

Les dispositions du jugement relatives à la garde des enfants, à la pension alimentaire, à la rente, à la résidence des époux et au droit de visite, sont exécutoires nonobstant appel ou cassation.

**Article 32.** Est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an, celui des époux qui use de manoeuvres frauduleuses dans le but d'empêcher que la signification ne parvienne à son conjoint.

**Article 33.** Si le divorce est prononcé avant la consommation du mariage, la femme a droit à la moitié de la dot fixée.

### **Livre III. - Du délai de viduité**

**Article 34.** La femme, divorcée après la consommation du mariage ou devenue veuve ou après la consommation du mariage, doit observer le délai de viduité tel qu'il est déterminé à l'article ci-après.

**Article 35.** La femme divorcée non enceinte observera un délai de viduité de trois mois accomplis, pour la veuve, il est de quatre mois et dix jours accomplis, le délai de viduité de la femme enceinte prend fin avec l'accouchement. La durée maximale de la conception est d'une année à compter du divorce ou d'un décès du mari.

**Article 36.** Le délai de viduité pour la femme de l'absent est le même que pour la veuve, il commence à courir à compter du prononcé du jugement constatant l'absence.

### **Livre IV. - De l'obligation alimentaire**

**Article 37.** L'obligation alimentaire prend sa source dans le mariage, la parenté ou l'engagement volontaire.

**Article 38.** Le mari doit des aliments à la femme après la consommation du mariage et durant le délai de viduité en cas de divorce.

**Article 39.** Le mari indigent ne doit pas d'aliments. Cependant, si, à l'expiration d'un délai de deux mois accordé par le juge, il ne peut exécuter cette obligation, le juge prononcera le divorce. Toutefois, la femme, qui, à la célébration du mariage, a connaissance de la situation du mari, n'aura pas le droit de réclamer le divorce.

**Article 40.** Si le mari, se trouvant sans ressources, quitte la femme sans lui avoir assuré des aliments et si personne n'y pourvoit durant l'absence, le juge impartit au mari un délai d'un mois pour revenir, à l'expiration de ce délai, le juge prononcera le divorce, serment préalablement prêté par la femme à l'appui des faits qu'elle invoque.

**Article 41.** Si la femme assure sa subsistance de ses propres deniers en attendant de se pourvoir contre le mari absent, elle peut exercer un recours contre lui.

**Article 42.** La créance alimentaire de la femme ne se prescrit pas

**Article 43.** Ont droit aux aliments :

a) les père et mère, les grands-parents paternels à quelque degré qu'ils appartiennent et les grands-parents maternels appartenant au premier degré,

b) les descendants à quelque degré qu'ils appartiennent.

**Article 44.** Les enfants aisés des deux sexes sont tenus de pourvoir aux aliments de ceux qui se trouvent dans le besoin parmi leurs père et mère, leurs grands-parents paternels à quelque degré qu'ils appartiennent, et leurs grands-parents maternels appartenant au premier degré.

**Article 45.** Lorsqu'ils sont plusieurs, les enfants contribuent à la pension alimentaire en proportion de leur fortune et non suivant leur nombre ou leurs parts successorales.

**Article 46.** Les aliments continuent à être servis aux enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité ou, au-delà de cette majorité, jusqu'à la fin de leurs études, à condition qu'ils ne dépassent pas l'âge de 25 ans. La fille continue à avoir droit aux aliments tant qu'elle ne dispose pas de ressources ou qu'elle n'est pas à la charge du mari.

Les aliments continuent également à être servis aux enfants handicapés incapables de gagner leur vie, sans égard à leur âge.

**Article 47.** En cas d'indigence du père, la mère est appelée avant le grand-père pour servir des aliments à ses enfants.

**Article 48.** En cas d'empêchement de la mère, le père est tenu de pourvoir aux frais de l'allaitement conformément aux us et coutumes.

**Article 50.** La pension alimentaire comprend la nourriture, l'habillement, le logement, l'instruction et tout ce qui est considéré comme nécessaire à l'existence, selon l'usage et la coutume.

**Article 51.** La pension alimentaire s'éteint avec l'extinction de sa cause.

Le débiteur d'aliments aura droit à la restitution de ce qu'il aura payé indûment.

**Article 52.** Les aliments ne sont accordés que dans la proportion de la fortune de celui qui les doit et du besoin de celui qui les réclame, compte tenu du coût de la vie.

**Article 53 .** Si les créanciers d'aliments sont plusieurs et que celui qui les doit ne peut pas les leur servir à tout, l'épouse est appelée avant les enfants et ces derniers avant les ascendants.

**Article 53 bis.** Quiconque, condamné à payer la pension alimentaire ou à verser la rente de divorce, aura volontairement demeuré un mois sans s'acquitter de ce qui a été prononcé à son encontre, est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de cent (100 d) à mille dinars (1000 d).

Le paiement arrête les poursuites, le procès ou l'exécution de la peine.

Le fonds de garantie de la pension alimentaire et de la rente de divorce procède, dans les conditions édictées par la loi portant création du fonds, au paiement de la pension alimentaire ou de la rente de divorce objet de jugements définitifs rendus au profit des femmes divorcées et des enfants issus de leur union avec les débiteurs, mais demeurés non exécutés par le fait de l'attribution de ces derniers.

Le fonds de garantie est subrogé aux bénéficiaires du jugement pour le recouvrement des sommes qu'il avait payées.

#### **Livre V. - La garde**

**Article 54.** La garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure.

**Article 55.** La femme qui refuse d'assurer la garde de l'enfant n'y sera obligée que lorsqu'une autre personne ne pourra lui être substituée.

**Article 56.** Les frais nécessaires à l'entretien de l'enfant sont prélevés sur ses biens ou sur ceux du père si l'enfant n'a pas de biens propres.  
Le père doit pourvoir au logement de l'enfant et de la titulaire de la garde si cette dernière n'a pas de logement.

**Article 57.** La garde appartient durant le mariage aux père et mère.

**Article 58.** Le titulaire du droit de garde doit être majeur, sain d'esprit, honnête, capable de pourvoir aux besoins de l'enfant, indemne de toute maladie contagieuse. Le titulaire du droit de garde de sexe masculin doit avoir, en outre, à sa disposition une femme qui assure les charges de la garde. Il doit avoir avec l'enfant de sexe féminin une parenté à un degré prohibé. Le titulaire du droit de garde de sexe féminin doit être non marié, sauf si le juge estime le contraire dans l'intérêt de l'enfant, ou si le mari est parent à un degré prohibé de l'enfant ou tuteur de celui-ci. De même, si le titulaire du droit de garde s'abstient de réclamer son droit pendant une année après avoir pris connaissance de la consommation du mariage, ou que la femme soit nourrice ou à la fois mère et tutrice de l'enfant.

**Article 59.** Le titulaire du droit de garde d'une confession autre que celle du père de l'enfant ne pourra exercer ce droit qu'autant que l'enfant n'aura pas cinq ans révolus et qu'il n'y aura sujet de craindre qu'il ne soit élevé dans une autre religion que celle de son père.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque le droit de garde est exercé par la mère.

**Article 61.** Si celui qui a la garde de l'enfant change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit.

**Article 62.** Le père ne pourra sortir l'enfant du lieu de résistance de la mère qu'avec le consentement de celui-ci tant qu'elle conserve le droit de garde, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige le contraire.

**Article 63.** La femme à laquelle le droit de garde est transféré, pour une cause autre que l'incapacité physique de la gardienne précédente, ne peut cohabiter avec celle-ci qu'avec le consentement du tuteur de l'enfant, sous peine de déchéance.

**Article 64.** La personne à qui la garde est confiée peut y renoncer. Dans ce cas, le juge désigne un nouveau titulaire de la garde.

**Article 65.** La titulaire de la garde ne touchera de salaire que pour la lessive et la préparation des aliments et autres services conformes aux usages

**Article 66.** Le père, ou la mère, ne peut être empêché d'exercer son droit de visite et de contrôle sur l'enfant confié à la garde de l'un d'eux. Les frais de déplacement de l'enfant seront à la charge de celui d'entre eux qui aura demandé à exercer à domicile son droit de visite.

**Article 67.** En cas de dissolution du mariage par décès, la garde est confiée au survivant des père et mère. Si le mariage est dissous du vivant des époux, la garde est confiée soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne. Le juge en décide en prenant en considération l'intérêt de l'enfant.

Au cas où la garde de l'enfant est confiée à la mère, cette dernière jouit des prérogatives de la tutelle en ce qui concerne les voyages de l'enfant, ses études et la gestion de ses comptes financiers.

Le juge peut confier les attributions de la tutelle à la mère qui a la garde de l'enfant, si le tuteur se trouve empêché d'en assurer l'exercice, fait preuve de comportement abusif dans sa mission, néglige de remplir convenablement les obligations découlant de sa charge, ou s'absente de son domicile et devient sans domicile connu, ou pour toute cause portant préjudice à l'intérêt de l'enfant.

**Article 68.** La filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables.

**Article 69.** La filiation n'est pas établie en cas de désaveu d'un enfant d'une femme mariée dont la non-cohabitation avec le mari a été prouvée, ou d'un enfant mis au monde par une femme mariée, un an après l'absence ou le décès du mari ou la date du divorce.

**Article 70.** En cas de preuve péremptoire contraire, l'aveu est inopérant.

La reconnaissance par un enfant, de filiation inconnue, de la filiation paternelle ou maternelle, consiste une preuve de celle-ci, à condition que le père ou la mère reconnus soient susceptibles d'engendrer un enfant semblable à l'auteur de la reconnaissance et confirment la prétention de ce dernier qui devient ainsi, vis-à-vis des parents reconnus, objet d'obligations et sujet de droits.

**Article 71.** Abstraction faite de la validité ou de l'invalidité du contrat du mariage, l'enfant né d'une femme

mariée, six mois ou plus après la conclusion du mariage, a pour père le mari.

**Article 72.** La rupture de la filiation paternelle exclut l'enfant de la parenté consanguine et abolit son droit aux aliments et à la succession.

**Article 73.** La reconnaissance d'une filiation, qui engendre une charge pour des tiers comme le frère, l'oncle paternel, le grand-père, le petit fils de la branche mâle, n'établit pas la parenté. Cette reconnaissance est valable à l'égard de son auteur en cas d'absence de successeurs de celui-ci en dehors de l'autre partie et de confirmation par cette dernière. Dans le cas contraire, celle-ci n'aura droit à aucune succession.

Pour déterminer la succession, on doit se référer à la date du décès de l'auteur de la reconnaissance et non à celle de la reconnaissance.

**Article 74.** En cas de désaveu ultérieur à une reconnaissance, l'enfant reconnu hérite de l'auteur de la reconnaissance. Par contre, ce dernier n'hérite pas de l'enfant décédé avant lui et la succession de celui-ci est réservée. À la mort de l'auteur de la reconnaissance, la succession est dévolue à ses héritiers.

**Article 75.** Si le mari nie être le père d'un enfant conçu ou né pendant le mariage, la filiation contestée ne sera rompue que par une décision de justice. Tous les modes de preuves, prévues en la matière par la loi, sont admis.

**Article 76.** Si le juge établit le désaveu, conformément aux dispositions de l'article précédent, il prononcera la rupture de la filiation et la séparation perpétuelle des deux époux.