REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE DROIT PROSPECTIF 2007-3

DROIT DE LA FAMILLE ET NOUVELLE CONSTITUTION IRAKIENNE

Par

Harith AL DABBAGH

A.T.E.R à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne Maître-assistant à la Faculté de Droit de Mossoul (Irak) Doctorant à l'Université d'Aix-Marseille III

N° XXXII - 119 (32ème année - 119e numéro)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE – PUAM Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

DROIT DE LA FAMILLE ET NOUVELLE **CONSTITUTION IRAKIENNE**

Par

Harith AL DABBAGH

A.T.E.R à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne Maître-assistant à la Faculté de Droit de Mossoul (Irak) Doctorant à l'Université d'Aix-Marseille III

INTRODUCTION

Naissance laborieuse du Code du Statut personnel irakien

Dans les dernières décennies de son existence, l'Empire ottoman, se rendant compte de la gravité de son retard au regard de la civilisation occidentale, entama des reformes visant à moderniser son système juridique. Les Ottomans, qui entretenaient des relations commerciales avec l'Occident, se devaient de prévoir une codification pour faciliter les relations du commerce international et les faire reposer ainsi sur des bases stables afin de sécuriser les Européens dans leurs rapports d'échange avec les provinces relevant du Califat ottoman¹. Les puissances européennes avaient fait comprendre à la Sublime Porte que, pour faire partie du Concert européen, elle devait adapter son système juridique aux exigences du siècle².

Les tentatives amorcées en ce sens par le sultan Mahmoud II (1809-1839) s'étant heurtées à l'opposition des puissances conservatrices de l'Empire, il fallut attendre le règne de son successeur Abdul-Majid II (1839-1861) pour voir ces réformes aboutir. Cette période inaugure officiellement le 3 novembre 1839, la politique du Tanzimat (réorganisation), dont l'objectif était de régénérer l'empire menacé par les pays européens³. Ce mouvement s'est concrétisé par l'adoption de plusieurs codifications. Le Médjellé, consistant en la codification des dispositions du droit musulman d'après l'Ecole hanéfite relatives au droit des obligations et des contrats, fut promulgué dans cet esprit en guise de Code civil, entre 1869 et 1876. Pourtant, les matières du droit de la famille y ont été exclues et demeuraient directement tributaires de la Chari'a. Bien que l'Empire ait adopté l'hanéfisme

¹ N. Saleh, « Legal systems » in The Cambridge Encyclopedia of the Middle East and North Africa,

Cambridge University Press, 1992, p. 132.

² J. El Hakim, « Rapport sur la Syrie », in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIV, Journées franco-italiennes, Litec, 1994, p. 275.

B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, préf. Jacques Berque, Karthala et IREMAM, 1993, p. 103 et s.

Le Sultan ottoman Salim I (1512-1520) déclara l'Ecole hanafite comme l'Ecole officielle de l'Empire ottoman en ce qui concerne le droit, laissant aux adeptes des autres Ecoles la liberté de suivre leurs propres Ecoles respectives en matière de culte. Fondée au deuxième siècle de l'hégire à Bagdad, l'Ecole hanéfite constitue avec les autres Ecoles, malékite, chaféite et hanbalite, la doctrine orthodoxe de l'Islam. Abû hanifa, le fondateur de l'Ecole, a, le premier, défini un ordre légal sur la base d'une

comme doctrine d'Etat, les adeptes des autres Ecoles, chaféite et chiites notamment, restaient libres de recourir à leurs propres références pour régir les matières familiales telles que le mariage, le divorce et les successions. Aucune contrainte n'avait été imposée aux adeptes d'autres Ecoles dans leurs statuts personnels malgré l'instauration à partir de 1879 de tribunaux réglementaires (Ni'zami) au sein desquels siégeaient des juges civils et religieux³.

Le droit de la famille demeura ainsi à l'abri du mouvement de codification. Ce droit est ordinairement perçu dans les pays musulmans comme la branche la plus autonome du droit, branche rebelle à toute intervention de sources exogènes parce qu'elle exprimerait dans le champ juridique l'essence de l'identité des individus, qu'ils se réclament ou non de l'une des religions révélées⁶. Cet état de choses va continuer jusqu'en 1917, année où fut promulgué le Code de la famille ottoman qui étendra son empire à l'ensemble des questions de statut personnel de tous les musulmans⁷. Le Code a puisé l'essentiel de ses règles dans les enseignements de l'Ecole hanéfite, mais cette dernière ne fut néanmoins pas son unique source8. Cette première tentative d'unification des lois applicables en la matière provoquera une réaction qui s'est traduite par un éloignement (boycott) des tribunaux religieux (Char'i) par la plupart des adeptes d'autres Ecoles. Le prompt effondrement de l'Empire mettra fin à l'application de la loi peu après son entrée en vigueur¹⁰.

L'Irak était une province de l'Empire ottoman. Il appartenait donc au domaine d'application de ses lois. Suite à la ruine de l'Empire et à la conquête de l'Irak par les troupes anglaises au lendemain de la Première Guerre mondiale (1916-1917), le pouvoir occupant a promulgué certaines lois en matière administrative et pénale¹¹, mais pour l'essentiel, la législation héritée des ottomans est maintenue en vigueur. Toutefois, le Code de la famille ottoman n'a jamais reçu application en Irak puisque le pays était déjà tombé aux mains des britanniques à la date où la loi fut promulguée à Istanbul¹².

interprétation des sources qui fait appel au jugement humain, non pour se substituer à la révélation, mais pour faire un emploi plus complet des preuves révélées. Sa méthode n'est plus seulement exégétique, mais spéculative. Il est parfois surnommé « le prêteur de Bagdad » pour l'audace de ses constructions doctrinales. Son Ecole se caractérise en admettant que des règles de droit puissent être dégagées par un

effort de réflexion, d'où le nom de « Gens de raisonnement – ahel el-rä'y» donné à ses représentants.

M. Alkattan, L'histoire de la législation musulmane (en arabe), 26° éd., Al-Rissala presses, 1998, p. 337. 6 B. Botiveau, op. cit., p. 216

A. Kharroufa, Traité de Code du statut personnel (en arabe), Al-A'nni Presses, Bagdad, 1962, p. 231. ⁸ La particularité du droit de la familie ottoman par rapport au *médjellé* est qu'il ne s'est pas borné à l'Ecole hanéfite, demeurant pourtant une source principale, mais qu'il a emprunté également aux autres Ecoles sunnites certaines dispositions, comme par exemple la validité de la clause de monogamie, l'instauration de la dissolution du mariage par décision judiciaire, la possibilité pour la femme d'un disparu de se remarier au bout de 4 ans alors que la doctrine hanéfite exige la mort de tous ces congénères de même âge. V° M. Al-Zarqa, Introduction générale au fiqh (en arabe), Vol. 1, 9° éd., Al-Adeeb presses, Damas, 1968, p. 208; B. Botiveau, op. cit., p. 194.
On a rapporté qu'un juge a siégé neuf ans dans son poste à Karbala sans avoir été saisi d'aucune

affaire. Les chiites de la ville sainte se référaient à leurs propres juges et jurisconsultes. J. Najjar, l'Administration Ottomane dans le Vilayet de Bagdad (en arabe), Librairie Madbouli, le Caire, 1991,

p. 430 ; A. Kharroufa, op. cit., p. 231.

10 Elle demeure partiellement en vigueur chez les musulmans sunnites du Liban ainsi qu'en Palestine. Elle servira par la suite de source historique pour le Code du statut personnel syrien de 1953. Notamment un Code pénal dit Bagdadi promulgué en 1918.

¹² J.N.D. Anderson, "A Law of Personal Status for Iraq", the International and Comparative Law Quarterly, Vol.9, n° 4, Oct.1960, p. 548.

Le Royaume d'Irak fut fondé en 1921 sous mandat britannique¹³. En mars 1925 fut promulguée la première Constitution du pays. Cette Constitution, appelée encore Loi fondamentale, reconnaît le principe de la personnalité des lois au terme duquel l'appartenance religieuse de chaque citoyen déterminera la loi du statut personnel à laquelle il sera soumis. L'article 77 prévoyait que « Les tribunaux religieux (Char'i) statueront, conformément à une loi spéciale, selon les dispositions religieuses propres à chacune des Ecoles musulmanes. Un juge appartenant à la doctrine de la majorité de la population est nommé dans les provinces ... ». D'ailleurs, l'article 79 de la constitution définissait la compétence des conseils spirituels des juifs et des chrétiens pour se prononcer sur les questions de statut personnel agréés par le Ministère de la justice entre individus de la même communauté¹⁴. De plus, des conseillers ont été nommés dans les Cours civiles, spécialisés dans les affaires concernant les Sabéens et Yezidis¹⁵, deux communautés n'ayant pas été reconnues par les ottomans jusqu'à leur retrait de l'Irak¹⁶

Dès lors, d'après la Loi fondamentale, la juridiction religieuse en Irak se divisait en tribunaux dits Char'i pour les Musulmans et en conseils spirituels jouissant d'attributions judiciaires pour les Juiss et les Chrétiens¹⁷. Les tribunaux Char'i se divisaient eux-mêmes en tribunaux jâfarite (chiites) et tribunaux sunnites, cette division s'étendant jusqu'à la Haute juridiction. Ainsi, deux conseils sunnite et chiite ont été créés auprès de la Cour de cassation. Le juge était appelé à tenir compte du rite de l'intéressé musulman et à rendre son jugement d'après les dispositions de l'Ecole à laquelle appartenait le justiciable en se référant aux textes des ouvrages doctrinaux, ainsi qu'aux fatwas 18 pour les affaires controversées. Ce pluralisme statutaire à base confessionnelle qui s'est perpétué en Irak jusqu'à nos

¹³ L'art. 22 du Pacte constitutif de la Société des nations (S.d.N), annexé au traité de Versailles du 18 juin 1919, instituait le régime des mandats en Syrie, en Transjordanie, en Irak et en Palestine. Le Liban ch la Syrie tombèrent sous mandat français; l'Irak, la Jordanie et la Palestine sous mandat anglais. V. Ch. Saint-Prot, Histoire de l'Irak de Sumer à Saddam Hussein, Ellipses, 1999, p. 102 et s.

Les communautés non-musulmanes ont dû, pour satisfaire aux exigences du législateur, présenter au Ministère de la justice les textes de leurs législations et coutumes en matière de statut personnel. Ces textes font figure aujourd'hui de véritables codes dont les diverses dispositions ont été ainsi précisées et publiées au Journal Officiel (Iraqi Gazette). V° n° 2855 du 6 juillet 1950 portant dispositions du droit de la famille de certaines communautés chrétiennes, et le n° 2698 du 31 janvier 1949 portant dispositions relatives à la communauté juive. Quant aux communautés au regard desquelles aucun statut n'a été publié, il est d'usage d'avoir recours au clergé religieux du mari pour émettre un avis sur les questions

du statut personnel relatives aux membres de sa communauté.

15 Les Sabéens-mandéens de Mésopotamie sont une secte judéo-chrétienne pratiquant le baptême et se réclamant de Yahya, Jean-Baptiste. La secte compte quelques centaines de milliers de fidèles en Irak, concentrés dans la région des marais au sud, ainsi qu'à Bagdad. Révérant Jean-Baptiste, réputé avoir baptisé Jésus dans les eaux du Jourdain, ils auraient quitté Jérusalem pour la Mésopotamie vers le deuxième siècle pour fuir la persécution de Juiss orthodoxes. Ils pensent que leur religion leurs vient d'Adam qui l'a reçue directement de Dieu (Mana). Leur dernier grand professeur et guérisseur étaient Jean-Baptiste (A. Hourani, Minorities in Arab World, Oxford University Press, 1947, p. 9). Quant aux Yezidis c'est une religion monothéiste qu'on trouve principalement dans les zones de Mossoul, Irak; Diyarbakir, Turquie ; Alep, Syrie ; l'Arménie et la région de Caucase ; et dans les régions de l'Iran. Pour les uns, les Yézidis constitueraient une secte musulmane qui, poussant sa doctrine à l'extrême, serait sortie de l'Islam orthodoxe sunnite. (Th. BOIS, « La société Kurde » in Encyclopédie de l'Islam, Vol.V, 1986, p. 478). Pour les autres, une thèse qui paraît plus plausible, le Yézidisme serait né d'un fonds zoroastrien, auquel se seraient ajoutées d'autres doctrines de provenances diverses. Il devient ainsi une religion syncrétique. Il comprend, en effet, des éléments du zoroastrisme et de manichéisme, du christianisme, d'islam et du judaïsme et d'autres apports mystiques. (H. Ishow, Structures sociales et

H. Ghanima, « Les groupes confessionnels dans les lois irakiennes », Revue Mesopotamia (en arabe), 1989, n° 68.

Art 75 de la Loi fondamentale.

¹⁸ Consultation juridique délivrée par un interprète autorisé de la chari'a, en général le mufti, à un particulier, à une cour de justice ou à une autre institution. V° Botiveau, op. cit., p. 359.

jours n'est que l'héritage de la « tradition de personnalité des lois aussi ancienne que la Cité islamique elle-même et qui s'est maintenue tout au long de l'histoire » Comme dans les autres pays de l'Islam, les non-musulmans ont toujours bénéficié en Irak, au moins en matière de statut personnel et successoral, d'une certaine autonomie sur le plan législatif et juridictionnel²⁰.

Légiférer en matière de droit de la famille était et demeure toujours une mission périlleuse pour les législateurs du monde arabe, ces questions étant intimement liées à la religion et aux croyances. C'est dans le domaine du statut personnel, lié aux mœurs, à la morale, à la religion et à la culture spécifique de chaque peuple, qu'apparaissent le mieux les oppositions fondamentales qui rendent si difficiles, sur le plan du droit interne, toutes entreprises d'unification du droit de la famille. Toute codification implique forcement une sorte de rationalisation dans l'expression de la norme et produit corrélativement un effet sécularisant.

Néanmoins, à l'instar des autres pays arabes au lendemain de la décolonisation, le besoin d'unité législative se faisait sentir en Irak. Plusieurs tentatives ont été menées par la suite en vue d'élaborer une loi unifiée réglementant les questions de statut personnel de tous les Irakiens. La première tentative remonte à 1933 mais fut très rapidement arrêtée. En 1945, le Ministère de la justice ordonna la mise en place d'une commission de quatre membres chargée d'élaborer un projet de code du statut personnel. En 1947 le projet fut achevé et approuvé par le Comité des affaires juridiques de la Chambre des députés. Il ne s'agissait pas pour autant d'une unification intégrale puisque la commission n'aura pu outrepasser la consécration, par l'article 77 de la Loi fondamentale, du principe de la personnalité des lois et cela même en ce qui concerne les Musulmans ; elle s'est donc contentée d'emprunter aux doctrines hanéfite et jâfarite (chiite), deux Ecoles majoritaires en Irak, les dispositions homogènes qui faisaient l'objet d'harmonisation. Parmi les 177 articles que renfermait le projet, 91 articles étaient appelés à être appliqués à tous les musulmans irakiens, sans distinction de rite, mais 86 articles comportaient des règles dualistes : différentes en fonction de l'intéressé s'agissant tantôt des sunnites tantôt des chiites. Cependant, le projet ne fut jamais promulgué en raison du changement de la majorité et l'élection d'une nouvelle Chambre qui remettra le projet au « placard »21

Il semble que l'opposition intransigeante du clergé chiite ait joué un rôle important dans l'avortement de ce projet de loi. Les religieux voyaient dans l'existence des tribunaux civils un affaiblissement des pouvoirs et attributions des mullahs et estimaient également que la codification allait atténuer, voire gommer, les particularismes de telle ou telle doctrine influant par la suite sur le clivage

¹⁹ J. Deprez, « Pluralisme des statuts personnels au Maroc », Juris-Classeur – Droit comparé, t. I, 11-

^{1975,} fasc. 1, p. 4.

L'art. 79 de la Loi fondamentale irakienne de 1925 prévoyait que « hormis les affaires relevant de la compétence de la juridiction civile et celles concernant les étrangers, les conseils spirituels connaissent de toutes les affaires ayant trait : 1- au mariage, à la dot, au divorce, à l'entretien, à l'homologation des legs concernant les individus de la communauté; 2- les autres affaires de statut personnel entre individus des communautés, avec l'accord des justiciables»; l'article 80 rajoute « seront définies par une loi spéciale les procédures suivies devant les conseils spirituels. Une loi déterminera également les successions, libéralités et toutes autres questions du statut personnel ne relevant pas de la compétence des conseils spirituels ». La loi promulguée conformément à l'article 80 de la constitution est la loi sur l'organisation des tribunaux religieux pour les communautés chrétiennes et mosaïques n° 23-1947 (toujours en vigueur).

Kharroufa, op. cit., p. 24; Anderson, op. cit., p. 542.

confessionnel. Cela va évidemment à l'encontre des intérêts de l'instance religieuse en général qui tire sa force de la mobilisation des fidèles autour d'elle²².

La panne législative en la matière va durer jusqu'à la chute de la Monarchie et l'instauration de la République d'Irak, le 14 juillet 1958. A l'aube de l'ère républicaine, la codification du droit de la famille fut l'une des préoccupations majeures du gouvernement. Le régime révolutionnaire du Général Kassim voulait ainsi mettre fin à la controverse sur la codification du droit musulman qui n'avait pas cessé de monter et frémir en Irak durant plus de douze années. Il était patent que le pays ne pouvait plus rester morcelé relativement au droit de la famille ; cela, d'autant plus que des codes du statut personnel avaient été promulgués dans de nombreux pays arabes et musulmans tels que l'Egypte²³, la Syrie²⁴, la Tunisie²⁵, et le Maroc²⁶. Le pas décisif sera bientôt franchi. Le Ministère de la justice, par son arrêté n° 560 du 7 février 1959, instaura une commission pour élaborer un projet de loi. L'œuvre allait puiser ses sources dans les dispositions du droit musulman communément admises sans se borner à une Ecole déterminée²⁷. Référence a également été faite aux législations des autres pays musulmans ainsi qu'à la jurisprudence irakienne constante en la matière. Le projet final, comportant quatrevingt-huit articles²⁸, fut achevé et promulgué le 19 décembre 1959. La loi est aussitôt entrée en vigueur le jour de sa publication.

L'œuvre du législateur irakien introduit dans l'organisation de la famille des réformes jugées depuis longtemps indispensables dans le pays. La loi a été considérée comme un véritable pas en avant pour la femme irakienne. On sait que la femme avait payé le lourd tribut du chaos qui régnait jusqu'alors en matière de droit de la famille. L'absence de codification officielle, le recours aux ouvrages et traités du droit musulman des VIII° et IX° siècles, ont engendré une énorme injustice envers les femmes. Cela sans compter la contradiction et la confusion constantes qui ont jusqu'alors caractérisé les décisions des tribunaux.

²² R. Khaioun, « La constitution irakienne et le Code du statut personnel » (en arabe) : www.iraqstudies.org

Les deux décrets-lois n° 25 de 1920 et n° 25 de 1929 modifiés par la loi n° 100 de 1985.

Le Code du statut personnel de 1953.

²⁵ Code de 1956 dit majella.

²⁶ Dahir du 22 novembre 1957 portant promulgation du *moudawana* (Recueil de statut personnel).

L'article 1 § 2 de la loi confirme l'inspiration éclectique de la loi : en cas de défaut de texte législatif, il sera statuer d'après les principes de la Chari'a « qui se concilient le mieux avec les dispositions de ce Code ». L'ensemble du droit musulman et non pas une Ecole déterminée, constitue donc le fond commun dans lequel il faut puiser en cas de lacune. Ce procédé est appelé Talfiq en droit musulman consiste donc à combiner des éléments de solution empruntés à des Ecoles différentes. Contra : le Maroc où l'Ecole Malékite constitue la référence exclusive en cas de lacune. V° A. Colomer, Droit musulman (marocain), t.I, les personnes-la famille, Editions La Porte, Rabat, 1968, n° 7. En Egypte, le recours du juge au droit musulman hanéfite est obligatoire en cas de vide législatif. M.-H. Loutfi, « La capacité et le mariage », Juis-Classeur, Droit comparé, n° 2, Egypte, fasc. 1, p. 8.

Quatre-vingi-quatorze articles actuellement. La brièveté de ce code, comparé au précédent projet d'un côté et au code du statut personnel syrien de l'autre côté (94 articles contre respectivement 177 et 308), est justifiée par la remarque suivante : « le comité a tâché de rassembler dans le présent code les principes généraux les plus importants du statut personnel, laissant ainsi au juge le soin de se référer aux traités de la Chari 'a en vue d'extraire de ces textes les règles spécifiques les plus compatibles avec les dispositions de cette loi, étant donné l'impossibilité de rassembler dans un code toutes les dispositions détaillées relatives au statut personnel ». Par conséquent, l'article 1^{er} de la loi prévoit que « 1- les dispositions législatives du présent code sont applicables sur toutes les matières qu'elles couvrent de façon explicite ou implicite 2- En cas de défaut d'un texte législatif applicable, il sera statué selon les principes de la chart 'a islamique qui se concilient le mieux avec les textes de ce Code», le paragraphe 3 ajoute :«En tout cela, les juges s'inspireront des solutions adoptées par la jurisprudence et la doctrine en Irak et dans les autres pays musulmans, dont la législation est proche de celle de l'Irak».

En unifiant le droit interne, au moins pour ce qui concerne les musulmans, le Code du statut personnel mit fin à cette confusion en vue de rendre plus stable la vie familiale. Contrairement au projet de 1947, le présent code élimine toutes différences entre sunnites et chiites²⁹. Les tribunaux se voient, pour la première fois, dotés d'un instrument de travail ayant unifié les règles dans un domaine pouvant donner lieu à d'importantes divergences d'interprétations. La loi, d'inspiration éclectique, s'appliquera donc aux musulmans irakiens sans tenir compte de leurs confessions ou de leurs rite.

Cependant, la codification et l'unification ainsi accomplies demeurent partielles puisqu'elles ne se sont pas accompagnées d'une laïcisation. La matière du statut personnel ne se prête pas à l'application d'un code unifié pour tous les citoyens tant que celui-ci est imprégné de religion. Ainsi, d'après l'article 2 du Code, « les dispositions de la présente loi s'appliquent aux Irakiens à l'exception de ceux qui ont été exclus par une loi spéciale ». Il en résulte que les minorités nonmusulmanes, notamment juives et chrétiennes, restent soumises à leurs propres lois religieuses³⁰. Des tribunaux dits de matières personnelles ont été créés pour connaître des litiges relatifs au statut personnel des non musulmans irakiens³¹, parallèlement aux tribunaux du statut personnel qui ne concernent que les musulmans. Dès lors, le système de la personnalité des lois, bien que tempéré, subsiste³². L'appartenance confessionnelle garde une certaine importance dans la détermination du statut personnel des irakiens. Il n'en demeure pas moins que le Code du statut personnel constitue le droit commun par rapport aux statuts religieux des communautés non-musulmanes réputés être des lois spéciales³³.

Il importe de constater que la codification était également l'occasion d'introduire de nombreuses innovations par rapport au droit musulman classique visant à promouvoir la condition de la femme. Le législateur a choisi d'apporter des réformes aux prescriptions du droit musulman classique par le biais de la loi même et de ses réformes successives. La loi fera l'objet d'un premier remaniement en 1963. Ensuite, des réformes se sont succédées, animées par la puissante Fédération Générale des Femmes Irakiennes³⁴, portant généralement des modifications en faveur de la femme. Certes, ces efforts ne sont pas parvenus à une laïcisation notable ni à une suppression radicale des institutions traditionnelles de droit musulman³⁵, mais des améliorations sensibles ont marqué le statut de la femme, contre des atténuations et des restrictions aux pouvoirs des hommes au sein de la famille. Le législateur a eu, à maintes fois, l'occasion de souligner que les réformes opérées

²⁹ Et cela même en matière de successions où les différences entre les deux Ecoles sont les plus

année 1947 et la loi n° 70 année 1931 relative aux Arméniens orthodoxes.

31 Le tribunal de première instance sera compétent en cas de défaut du tribunal des matières personnelles. V. la Loi d'organisation judiciaire n° 160-1979.

32 Historianement la reconstité à reconstituire de la loi n° 70 année 1931 relative aux Arméniens orthodoxes.

Historiquement, la personnalité des statuts apparaît comme un aspect, parmi d'autres, de la condition particulière faite en Islam aux communautés non-musulmanes. Liées à l'autorité musulmane par un pacte de Dhimma qui leur assure protection et tolérance, les communautés de dhimmis ont conservé tout au long de l'histoire une autonomie certaine, spécialement en matière d'institutions familiales. Jean Deprez, Juris-Classeur - Droit comparé, op. cit., p. 4.

Ainsi, le Code de statut personnel s'applique aux non-musulmans en cas de mariage mixte entre un musulman et une non-musulmane. Il en va de même en cas d'absence de disposition spécifique dans les statuts spéciaux.

Une O.N.G. consultative chargée des questions féminines fondée en 1972.

³⁵ Le souci du législateur de préserver au statut musulman sa physionomie classique l'a emporté souvent sur l'esprit très hardi que le législateur semble incarner. V° sur cette critique : Y. Linant De Bellefonds, «Le Code du statut personnel irakien du 30 décembre 1959 », Studia Islamica, Nº13, 1960,

répondaient à l'évolution des conditions sociales et à la place avancée qu'occupent aujourd'hui les femmes, notamment dans les villes³⁶

Le Code du statut personnel va rester en vigueur, surmontant les bouleversements politiques (coups d'Etat de 1963 et 1968), les guerres (Iran-Irak de 1980 à 1988 puis la guerre de Golfe 1991) et l'embargo économique qui a suivi. Au lendemain de la chute du régime du parti Baath, le 9 avril 2003, la femme irakienne aspirait à des jours meilleurs vers plus de droits et plus de libertés. Il est fort curieux de voir se produire la première tentative d'abrogation de la loi si rapidement, moins d'un an après l'occupation américaine de l'Irak et cela non pas dans la perspective d'instaurer l'égalité entre hommes et femmes, bien au contraire. La résolution n° 137-2004 du Conseil du Gouvernement Intérimaire présidé alors par Abdulaziz Al-Hakim, leader du Conseil suprême pour la révolution islamique en Irak, abroge purement et simplement la loi établissant de facto un retour en arrière vers le droit musulman, selon les interprétations des différentes Ecoles. La femme irakienne se verra éliminer tous les progrès qu'elle a acquis grâce au Code du statut personnel. Ce décret a, fort heureusement, été annulé peu après sa publication suite à l'opposition des associations et mouvements féministes et progressistes. Les manifestations populaires ont trouvé écho chez l'Administrateur américain de l'Irak, Paul Bremer, refusant d'approuver l'abrogation du Code.

Mais le Code du statut personnel se trouve aujourd'hui de nouveau menacé par l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution irakienne³⁷ qui remet en cause, de façon détournée, son effectivité voire son existence même.

La présente contribution propose de démontrer, dans une dialectique toujours actuelle entre droit et religion, les conséquences néfastes qui découleraient de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution sur le droit de la famille en Irak. Il convient pour cela d'examiner en premier lieu les caractéristiques de Code du statut personnel à travers les innovations qu'il a apporté notamment en faveur de la femme (I) avant d'appréhender en second lieu les affres qu'engendrerait la remise en cause de ce Code par la nouvelle Constitution et son remplacement par la Chari'a (II).

I - LE CODE DU STATUT PERSONNEL : CODE NOVATEUR

Les rédacteurs du Code expliquent le souci qui a animé leur travail dans les termes suivants : « les dispositions de la Chari'a concernant le statut personnel n'avaient jamais fait l'objet d'une codification unique qui rassemble des opinions des fuqaha 338 celles qui sont généralement admises et qui sont les plus adaptées à l'époque moderne. Pour statuer sur les affaires familiales, la juridiction en Irak se fondait sur les textes qui renferment les traités du droit musulman, et, en cas de désaccord, sur les fatwas et la jurisprudence des pays musulmans. La multiplication des sources et références auxquelles le juge avait recours a entraîné des jugements divergents sur des questions semblables. L'antinomie des décisions de justice en la matière a provoqué une instabilité dans la vie familiale et a engendré une insécurité

³⁶ La deuxième réforme de la loi prétend se fonder sur les dispositions du droit musulman les plus adaptées à l'esprit de l'époque, pour : la fixation de l'âge minimum du mariage, l'incrimination de la contrainte matrimoniale, l'incrimination du mariage hors du tribunal, le renforcement de la dissolution du mariage par décision judiciaire et prépondérance de la mère pour la garde d'enfant. Loi n° 21-1978, Iraqi Gazette nº 2639 du 20 férv. 1978. Jusqu'en 2001, on a pu recenser 31 remaniements du

Code du statut personnel.

37 La constitution a été approuvée par référendum général le 15 octobre 2005. Elle est entrée en vigueur en juin 2006 après sa publication au Journal Officiel et la formation du gouvernement conformément à ses dispositions. (Article 144 de la constitution) ³⁸ Les jurisconsultes musulmans.

juridique dont la femme est la première victime. Raison pour laquelle l'entreprise est engagée pour mettre en place un code réunissant toutes les dispositions convenues du droit musulman ...»³⁹.

Le Code embrasse le statut personnel dans le sens large du terme. Il comprend le mariage, le divorce, la naissance, la filiation, la garde, l'entretien, le legs et les successions. La loi, d'inspiration éclectique, s'est efforcée d'emprunter à l'ensemble des Ecoles musulmanes les opinions les plus adaptées au contexte social de la famille irakienne. L'esprit novateur du législateur transparaît à travers les maintes dispositions établies en vue d'améliorer le statut juridique de la femme dans une société qui demeure imprégnée des coutumes tribales et patriarcales. L'adoption de ces modifications, si elle n'a pas changé radicalement la physionomie traditionnelle de la famille irakienne, constitue un pas en avant vers l'égalité des sexes.

Nous examinerons successivement les dispositions novatrices de la loi ayant trait au statut de la femme. Les réformes du droit musulman classique concernent d'une part la conclusion et la dissolution du mariage (A) et d'autre part, les effets du mariage et les succussions (B)

A - Les innovations concernant la conclusion et la dissolution du mariage

1- La conclusion du mariage

a - Le Code consacre la monogamie comme principe général. Le mariage polygamique n'est qu'une exception strictement limitée et soumise à l'autorisation préalable du juge⁴⁰. Le législateur irakien a préféré prévenir que guérir en apportant des entraves à la pratique de la polygamie par le biais de l'empêchement judiciaire du mariage.

L'autorisation du juge n'est délivrée qu'après avoir vérifié la présence d'un intérêt légitime pour se remarier et la capacité financière du prétendant à entretenir plus d'une épouse⁴¹. Le juge vérifie donc la présence de revenus suffisants chez le demandeur et cela implique sa capacité de fournir un logement indépendant à chacune des épouses. Il ne peut pas loger la seconde épouse avec la première sans son consentement. Il ne peut pas non plus héberger un parent avec elle à l'exception de son enfant mineur jusqu'à l'âge de la puberté⁴². Mais le juge ne se limite pas au seul critère matériel⁴³; il doit également vérifier la présence d'un intérêt légitime justifiant le remariage tel que la stérilité de l'épouse ou sa maladie grave. Ainsi, dans une affaire où l'autorisation de mariage a été annulé, la Cour de cassation reproche au juge du fond de s'être contenté de vérifier la capacité financière du demandeur, médecin et propriétaire immobilier, alors qu'il aurait dû examiner également « si l'intérêt légitime invoqué par le mari, son désir d'avoir plus de

 $^{^{39}}$ V° l'exposé des motifs annexé au Code du statut personnel.

⁴⁰ Néanmoins, la loi n° 189-1980 a dispensé l'homme de demander l'autorisation du juge si la seconde femme qu'il veut épouser était veuve. Le législateur a pris cette mesure pour remédier aux conséquences de la guerre qui a décimé des dizaines de milliers d'hommes laissant dans le dénuement femmes et enfants. Le décret n° 147-1982 ajoute que le retour d'une femme divorcée à son époux n'est pas considéré comme un mariage avec plus d'une femme. Dans ces deux cas relatifs à la veuve et à la divorcée, l'autorisation du tribunal n'est donc pas requise.

⁴¹ Art 3-4 du Code du statut personnel.

⁴² Article 26 de la loi.

⁴³ Au Maroc, il semble que le contrôle du juge porte sur le seul critère matériel : l'autorisation est accordée si le mari a les moyens de fonder plus d'un foyer. (V. Circulaire du ministère de la justice, n° 1028 du 17 jan. 1994)

progéniture, était pertinent dans la mesure où les conjoints avaient déjà trois enfants et que l'incapacité de l'épouse à enfanter n'était pas établie »⁴⁴.

Après avoir posé ces conditions, l'article 3 précise que « si l'inégalité est à craindre entre co-épouses, la polygamie est interdite ». La seule présomption d'inégalité suffit pour débouter le demandeur⁴⁵. Cette question est laissée à l'appréciation souveraine du juge. La jurisprudence adopte une interprétation restrictive de ces conditions conduisant souvent à rejeter la demande d'autorisation. En tout cas, la première épouse doit être avertie par le juge du désir de son conjoint de se remarier. Son consentement est requis ; la jurisprudence constante est de demander l'accord de l'épouse pour le remariage de son époux ⁴⁶. La présence de la première épouse à l'audience lui permet de contester et de réfuter, le cas échéant, les justifications présentées par son époux.

De surcroît, le législateur permet à la première épouse d'inclure dans le contrat de mariage une clause dite de monogamie qui ferme complètement la voie de la polygamie à son conjoint, tant que leur mariage n'est pas dissout. Il résulte de l'article 6-3 que la stipulation consistant à interdire au mari de contracter un nouveau mariage est valable⁴⁷. Dans ce cas, la violation par le mari de cette clause permet à la femme de demander la résolution du mariage sans qu'elle ait besoin de ne fournir aucune autre justification. Il est patent que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en cas d'existence d'une clause expresse dans l'acte de mariage interdisant à l'époux encore engagé dans les liens d'un mariage de se remarier avec une autre.

Par ailleurs, la loi incrimine le fait de conclure un deuxième mariage sans avoir obtenu l'autorisation judiciaire : le contrevenant encourt l'emprisonnement pour une durée n'excédant pas un an et une amende. La conclusion du mariage polygamique en dehors du tribunal, c'est-à-dire en méconnaissant les règles relatives à l'enregistrement du mariage, est une circonstance aggravante passible d'emprisonnement pour une période supérieure à trois ans et inférieure à cinq ans⁴⁸. Par ailleurs, l'article 40-6 accorde à toute femme le droit de demander la dissolution judiciaire du mariage si son époux se remarie sans l'autorisation du juge.

Il est à noter que la tendance à restreindre la polygamie par des conditions à satisfaire n'est pas unique au législateur irakien. Les législateurs dans d'autres pays arabes ont eu le même souci de limiter la polygamie tel est le cas du Maroc⁴⁹, voire de la prohiber complètement comme en Tunisie⁵⁰. Des auteurs musulmans

^{44 24} décembre 1998 cité par M. Hijazi, La polygamie entre absolutisme et limitation, mémoire de Masser (en arabe), Université de Mossoul, 2002, p. 114.

⁴⁵ La récente réforme du droit de la famille marocain de 2004 semble avoir repris cette condition à la législation irakienne.

⁴⁶ V° M. Hijazi, op. cit., p. 67 et s.

⁴⁷ Cet article prévoit la possibilité d'inclure dans le contrat de mariage toute clause "licite". Il ajoute que "l'épouse est fondée à demander la résolution de mariage en cas de non respect par son époux des clauses incluses dans le contrat" (art. 6).

¹⁸ Art. 10-5° de la loi dans sa rédaction issue de la loi n° 21 année 1978 (deuxième réforme).

⁴⁹ Une autorisation par le juge a été introduite depuis la réforme de la *moudawana* de 1993. Avec le nouveau Code de la famille promulgué le 5 février 2004, le mariage polygamique est soumis, par les nouveaux textes, à de sévères restrictions qui se rapprochent largement de celles de la législation irakienne. V° F. Sarehane, « Le Nouveau code marocain de la famille », *Gaz. Pal.*, 04 septembre 2004 n° 248, P. 2 et s. *Compr*: l'Algérie où l'article 8 du Code du Statut personnel prévoit qu'« il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la *Chari'a* si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies et après information préalable des précédentes et futures épouses »

⁵⁰ Art 18 de la majella.

contemporains ont réexaminé les versets coraniques relatifs à la polygamie et sont arrivés à la conclusion que la polygamie devait être rejetée⁵¹.

b- Le souci d'éviter les mariages précoces a amené le législateur à imposer un âge minimum de mariage. A cet égard, la loi place l'homme et la femme sur un pied d'égalité en exigeant, en général, la raison et d'avoir dix-huit ans révolus pour le candidat au mariage sans distinction de sexe⁵². Néanmoins, l'article 8 de la loi permet à la personne ayant quinze ans révolus⁵³ de se marier après autorisation du juge et l'accord de son tuteur. Il est à constater que la demande doit émaner de l'intéressé lui-même après accord du tuteur. Le juge, une fois assuré de l'aptitude physique et mentale du candidat, peut autoriser le mariage en passant outre le refus du tuteur, s'il estime injustifiée son opposition au mariage⁵⁴.

La fixation de l'âge matrimonial est l'une des plus importantes innovations de la loi ; le droit musulman classique ayant lié, de manière générale, l'aptitude au mariage à la puberté permet ainsi le mariage des mineurs. En revanche, la loi irakienne a aligné l'âge du mariage sur l'âge de la majorité qui s'acquiert également à dix-huit ans révolus pour l'homme et la femme⁵⁵. La loi supprime de la sorte la tutelle matrimoniale. Elle permet à la femme de consentir directement au mariage. Ainsi, la femme majeure peut elle-même, sans le concours de quiconque, conclure son contrat de mariage⁵⁶ contrairement à certaines législations arabes où elle doit se faire représenter par son tuteur matrimonial⁵⁷. La suppression de la tutelle matrimoniale assure à la femme le droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter le mariage que de son libre et plein consentement.

De plus, en vertu du Code du statut personnel, le mariage émancipe. Le mineur ayant quinze ans révolus qui se marie avec l'autorisation du juge acquiert à cet effet la capacité civile⁵⁸. Ainsi, pour ester en justice et pour l'exercice des droits et obligations, le mineur marié sera considéré comme majeur.

La douzième réforme du Code du statut personnel par la loi n° 90-1987 a réduit l'âge minimum du mariage de seize à quinze ans en cas de nécessité absolue appréciée par la juge.

L'abaissement de l'âge minimum, fortement critiqué, a été présenté comme une mesure de lutte contre

55 Art. 106 Code civil irakien.
56 Art. 6 de la loi.

Voici les versets : « Si vous craignez d'être injuste, n'en épouser qu'une» et « vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez» (versets 3 et 129, Sourate les femmes). V°, M. Abda, tâfsir al-manar, t.4, p. 394.

Art 7-1 C.S.P. Au titre de l'article 5 de la majella tunisienne, l'âge nubile est de 17 ans pour les femmes et 20 ans pour les hommes. En Syrie l'âge est de 18 ans pour l'homme et de 17 ans pour la femme (art.16 C.S.P.). Le nouveau Code de la famille marocain se rallie au législateur irakien en fixant à dix-huit ans l'âge de mariage sans distinction de sexe alors que l'ancienne moudawana le fixait pour l'homme, à dix-huit ans révolus et pour la femme à quinze ans révolus.

les mariages conclus en dehors des tribunaux.

54 De telles dispenses sont accordées par le Maroc (art. 20 N.C.Fam) et l'Algérie (art. 7) mais sans donner de précisions quant à la limite inférieure pour la dispense. L'âge minimal en Syrie est de 13 ans pour la fille et quinze ans pour le garçon (art.18).

⁵⁷ Par exemple, le droit algérien où le consentement du tuteur matrimonial est exigé (art. 12 Code de la famille 9 juin 1984). Le père peut ainsi s'opposer au mariage de sa fille. (M. Salah-Bey, Droit de la famille, Juris-Classeur - droit comparé, t. I - Algérie, 8, 1997, fasc.1, p. 6.). La tutelle matrimoniale (wilaya) est également maintenue par le nouveau Code de la famille marocain mais en laissant à la femme la liberté du choix du tuteur qui peut être soit le père soit un de ses proches. Le Code n'impose plus à la femme la catégorie de parents susceptibles de jouer le rôle de tuteur matrimonial. Le tuteur matrimonial n'étant plus qu'un mandataire (articles 24-25 du Code de la famille), la femme peut mandater comme tuteur matrimonial le parent de son choix, son oncle ou son grand-père maternel par exemple. V° F. Sarehane, op. cit., p. 4. En Syrie, le juge demande l'avis du tuteur de la femme mais il peut passer outre son refus si l'opposition du tuteur parait injustifiée. (art.20) Art.3 de la loi sur la protection des mineurs nº 78-1980.

Sur le plan civil, le mariage conclu avant dix-huit ans, sans autorisation du juge, ne sera pas nul lorsqu'il est consommé, mais les parties sont autorisées à demander la rescision au juge⁵⁹. Reconnaître la validité de cet acte permet à la femme victime de mariage précoce de bénéficier de tous les effets issus de la dissolution du mariage, notamment les droits pécuniaires.

c- Selon le droit musulman, le mariage est un acte consensuel et dépourvu de caractère religieux; il est valablement conclu par l'échange des consentements des futurs conjoints en présence de deux témoins⁶⁰. Or, cette solution admise selon la conception hanéfite, a donné lieu dans la pratique à des situations critiquables. La loi, en vue d'éviter la clandestinité des unions et de préserver les droits des conjoints et des tiers, oblige les contractants à enregistrer leur mariage au tribunal après avoir fourni les pièces requises, notamment un certificat médical attestant que les futurs époux n'ont pas de maladies contagieuses. Le juge est chargé de dresser l'acte de mariage. Le législateur subordonne la reconnaissance du contrat à son enregistrement par le juge après qu'un certain nombre des pièces ont été produites. L'acte de mariage est consigné dans un registre ad hoc auprès du Tribunal des statuts personnels.

Cet acte doit mentionner les renseignements concernant les époux, le montant de la dot, la part versée comptant et celle à terme. Il doit être signé par les parties et les témoins et revêtu du sceau du juge. Il s'agit d'une formalité nécessaire à la preuve du mariage. Le mariage célébré en dehors de la forme prévue par l'article 10 n'est pas nul mais sanctionné pénalement. Il est possible donc d'en établir la preuve par l'aveu d'un conjoint et l'acquiescement de l'autre à l'exclusion de tout autre moyen de preuve tel le témoignage⁶¹. Il en demeure que le fait de conclure le mariage en dehors des tribunaux est puni. Le législateur vise à réprimer le mariage dit coutumier ou verbal dont la preuve est difficile à établir au détriment de la femme et des enfants. L'homme qui tente de dissimuler son mariage en concluant hors du tribunal, dans une mosquée ou autre, est passible d'une peine de prison pour une durée supérieure à six mois et inférieur à un an et une amende. La peine peut atteindre trois à cinq ans d'emprisonnement en cas de mariage polygamique, en dehors du tribunal⁶².

d-Le législateur s'est préoccupé des mariages forcés. L'exposé des motifs de la deuxième réforme reflète le souci du législateur à assurer une totale liberté aux futurs époux dans leur consentement. Le fait de contraindre une personne au mariage $(jabr)^{63}$ est sanctionné. La peine varie selon le degré de parenté : trois ans au plus de prison si la violence procède d'un parent de premier degré (père, mère). Dans tous les autres cas, que la personne exerçant la violence soit étrangère ou parente, la peine est relevée à l'emprisonnement pour une période de trois à dix ans⁶⁴. La loi lutte contre toute forme de contrainte au mariage, ainsi le fait d'interdire le mariage à une

⁵⁹ Art 40-3 de la loi.

⁶⁰ Il faut encore l'absence des empêchements au mariage qu'ils soient permanents (parenté par le sang, parenté par le lait et alliance en ligne directe) ou temporaires (différence de religion, tétragamie, répudiation triple et durée de retraite de continence *Idda*)
⁶¹ Art. 11 de la loi. *Contra*: le droit algérien accepte la preuve par voie testimoniale. Salah-Bey,

Art. 11 de la loi. Contra: le droit algérien accepte la preuve par voie testimoniale. Salah-Bey, op. cit., p. 8.
 Il est à constater que l'article 10-5 de la loi évoque le seul homme comme auteur de l'infraction. La

⁶² Îl est à constater que l'article 10-5 de la loi évoque le seul homme comme auteur de l'infraction. La femme n'est pas concernée par la peine. En droit algérien aucune sanction n'est imposée au mariage coutumier en la forme musulmane. (V. art 22)

⁶³ Avant la loi, le père pouvait marier ses enfants contre leur volonté, le garçon jusqu'à la puberté et la fille jusqu'à la consommation du premier mariage.

⁶⁴ Art, 9 de la loi.

personne capable est également répréhensible. La peine est la même que celle du mariage forcé. Cela pour parer à une funeste coutume tribale dite *Nahoua'* imposant à la femme d'épouser son cousin ou rester célibataire toute sa vie. Tombe également sous le coup de la loi le mariage dit *Chighar* ou de troc. C'est un mariage compensé par un autre ⁶⁵. La personne protégée selon la loi peut être un homme ou une femme bien que ce soit les femmes qui soient fréquemment victimes de contrainte ou d'interdiction au mariage.

Sur le plan civil, le sort d'un contrat de mariage forcé diffère selon que le mariage ait été consommé ou pas. Alors que le mariage est nul dans la seconde hypothèse ⁶⁵, il donne, dans la première hypothèse, à chaque partie le droit d'obtenir la dissolution judiciaire ⁶⁷.

2 - Dissolution du mariage

Quant à la dissolution du mariage, le législateur a œuvré en deux sens : en apportant des restrictions au droit de répudiation du mari et en assouplissant le droit de la femme au divorce.

La répudiation est la rupture unilatérale du lien matrimonial prononcée généralement par le mari. Toutefois, la femme peut disposer de la faculté de rompre unilatéralement le mariage en vertu d'une clause insérée dans le contrat de mariage ou par délégation. L'article 34 de la loi reconnaît la licéité de cette clause. Dans ce cas, la répudiation émanerait de l'épouse sans qu'elle soit obligée de motiver sa décision⁶⁸.

Le législateur s'est préoccupé de la répudiation. Certes, il n'abolit pas cette institution mais il l'entrave et affirme que la règle est le divorce devant le juge.

Avant la loi, le mari pouvait procéder à la répudiation en l'absence de la femme n'importe où et sans formalités ni procédures. La loi oblige celui qui veut répudier sa femme à le faire auprès du juge ou de procéder, en cas d'empêchement, à son enregistrement auprès du greffier pendant la période de viduité de l'épouse pour avoir un jugement déclaratif⁶⁹. Bien que la répudiation ne soit en principe enregistrée qu'en présence de la femme, cette dernière ne peut s'y opposer. En effet, la mesure législative ne porte que sur la forme et la procédure, elle n'a pas touchée le fond en la matière. Si le mari persiste dans son projet, le juge n'a aucun pouvoir de lui refuser la répudiation.

Persuadé de leurs effets dissuasifs, le législateur s'est efforcé d'accentuer les conséquences financières incombant au mari en cas de répudiation. Il fait peser sur le mari d'importantes charges financières pour le contraindre à ne pas en faire usage.

D'abord, la loi ne reconnaît nullement la répudiation comme une faculté discrétionnaire pour l'homme; elle est dès lors susceptible d'abus⁷⁰. D'après

En raison du laconisme de la loi et de l'ignorance des femmes de ce droit, cette clause est peu usitée dans la pratique.

⁶⁵ Une famille donnera l'une de ses filles en mariage au fils d'une seconde famille à condition que la sœur de celui-ci soit à son tour donnée en mariage à la première famille.

⁶⁶ Art 9-1 C.S.P. ⁶⁷ Art 40-4 C.S.P.

⁶⁹ Article 39 §1 et 2. Néanmoins aucune peine n'a été prévue en cas de méconnaissance des dispositions de cet article; il demeure cependant que le certificat de mariage reste valable jusqu'à son annulation par le tribunal.

⁷⁰ La théorie de l'abus de droit a été érigée par l'article 7 du Code civil irakien en règle générale applicable en toute matière. En vertu de l'alinéa 2 dudit article « l'exercice du droit est considéré illégitime dans les cas suivants : a) s'il a lieu dans le but de nuire à autrui; b) s'il tend à la satisfaction d'un intérêt dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui; c) s'il tend à la satisfaction d'intérêts illicites »

l'article 39-3, dans sa rédaction issue de la réforme n° 51-1985, la femme lésée par une répudiation abusive a le droit de réclamer une indemnité égale à deux ans de pension d'entretien (nâfaqa) et cela sans préjudice aux autres droits et indemnités⁷¹. La jurisprudence considère a priori abusive toute répudiation prononcée par le mari ; il incombe à ce dernier d'établir la preuve contraire.

Ensuite, la jurisprudence constante considère, de manière générale, comme appartenant à la femme tous les meubles garnissant le foyer conjugal. Elle estime en effet que ces meubles font partis de la dot octroyée à l'épouse ou ont fait l'objet d'une donation en sa faveur par sa famille ou son mari⁷². Il en est ainsi des meubles utilisés habituellement par la femme et les meubles utilisés aussi bien par l'homme que par la femme : ces meubles appartiennent à la femme témoignant sous serment, à moins que ne soit établie une preuve contraire 73. Le juge attribue les meubles à l'épouse par le simple fait que cette dernière présente des témoins attestant avoir vu les meubles objet du litige dans le foyer conjugal⁷⁴.

Par ailleurs, le risque que la femme se retrouve à la rue suite à une répudiation ou un divorce est bien réel dans l'hypothèse où elle habitait avec son mari dans la maison dont lui seul est propriétaire ou locataire. Pour remédier à cette situation, la loi n° 77 du 25 juillet 1983⁷⁵ autorise le juge saisi d'une action en divorce ou en répudiation d'ordonner, sur demande de la femme, de la maintenir, sans son mari, dans le logement lui appartenant et qu'elle occupait avec lui, pour une durée de trois ans à titre gratuit. La femme répudiée bénéficiera de ce droit même si son mari a cédé sa maison ou son appartement à un tiers avant la dissolution du mariage. Néanmoins, la femme ne peut prétendre à ce droit de logement si elle possède un logement individuel convenable ou si la dissolution du mariage est consécutive à son adultère ou résulte de son consentement. Lorsqu'il s'agit d'un logement loué, le décret n° 1-1983 du Conseil de Commandement de la Révolution dispose que « lorsqu'une femme est répudiée et que son mari est seul locataire du logement conjugal, les droits et obligations issus du contrat lui sont transférés, si elle manifeste la volonté de devenir locataire, conformément au bail conclu par son mari ».

Les entraves à l'exercice de la répudiation ont eu un effet positif qui se traduit par un recul de ce mode de dissolution du mariage en faveur du divorce judiciaire ou par consentement mutuel⁷⁶. Les hommes craignent que leurs femmes répudiées fassent main basse sur leur fortune.

Enfin et toujours sur le terrain de la répudiation, la loi en a supprimé certaines formes jugées néfastes. Il en va ainsi pour la répudiation conditionnelle liée

⁷¹ La dot différée (souvent estimée en or), l'entretien de la femme pendant sa retraite légale de trois mois, la pension alimentaire pour les enfants et éventuellement la pension pour l'allaitement des enfants en bas âge.

Trib. 1^{re} instance Mossoul 17 oct. 1996 et 22 déc. 1996; C.A. Ninive 14 juin 1997 cité par : Q. Alhayali, La propriété des meubles du foyer conjugal - étude comparative, mémoire Master (en arabe), Université de Mossoul, 1998, p. 100. Présomption faite que les meubles ont été achetés par la dot

avancée de la femme ou lui ont été cédés par son mari.

73 Cass. 4° Ch.civ. 4 mai 1981 cité par Q. Alhayali, op. cit., p. 100-101. Cependant, la Haute juridiction estime par ailleurs que « la production par le mari des reçus d'achat des meubles litigieux ne suffit pas à établir qu'il en soit le propriétaire dès lors qu'il les avait achetés pour la maison conjugale » Cass. 4 care civ 14 sept. 1982, Majmoat' al-ahkam al-adlaiy'a, n° 3, 1982, p. 11.

Trib.1^{re} instance Mossoul 12 sept. 1998; Cass.3^{eme}civ. 26 oct. 1982, Majmoat' al-ahkam al-adlaiy'a, n° 4, 1982, p. 11.

75 Dite loi sur le droit au logement pour la femme divorcée.

Nous ne disposons pas de données statistiques à cet égard, mais les avocats interrogés ont souligné un recul significatif de la répudiation en faveur du divorce judiciaire.

à l'accomplissement d'un événement⁷⁷ et la répudiation à terme liée à une échéance. Est nulle également la répudiation par serment, en état d'ébriété ou sous l'emprise de la colère. Désormais, la répudiation, sous peine de nullité, doit être pure et simple⁷⁸.

Quant au divorce judiciaire, les cas d'ouverture au profit de l'épouse sont largement plus étendus par rapport aux droits des autres pays arabes ⁷⁹. L'épouse peut, dans de nombreux cas, demander au juge la dissolution du mariage, pour se libérer d'un lien conjugal devenu, pour elle, pesant. Ainsi, la femme peut saisir le tribunal pour mettre fin au mariage dans les cas suivants ⁸⁰:

Préjudice: La loi donne à la femme le droit au divorce pour préjudice, quel que soit sa nature. Le préjudice physique ou moral est recevable à condition qu'il rende insupportable la poursuite de la vie familiale tels que l'alcoolisme de l'un des époux, sa consommation de stupéfiants, sa dépendance aux jeux, l'animosité constante. Cela comprend sans doute l'adultère du mari.

Mariages conclus contrairement à la loi : cette catégorie comprend le mariage conclu avant l'âge de dix-huit ans sans l'autorisation du juge, le mariage polygamique sans l'autorisation de juge et le mariage forcé par contrainte lorsque celui-ci est consommé. Le mariage, dans ces hypothèses, n'est pas nul mais chaque partie peut demander le divorce.

Eloignement du mari de sa femme : cet éloignement pourra être dû à l'absence ou à l'emprisonnement. Ainsi l'épouse peut demander le divorce judiciaire en cas d'abandon du domicile par son mari pour deux ans ou plus sans motif légitime ou si le mari, de nationalité étrangère, réside à l'étranger depuis trois ans. Il en va de même pour l'emprisonnement du mari, à la suite d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté, pour une durée de trois ans au moins⁸¹.

Maladies et vices rédhibitoires : cela renferme la stérilité due au mari, les maladies et vices rédhibitoires enracinés et incurables qui empêchent la cohabitation sans préjudice pour l'épouse tels que la démence, la lèpre, la tuberculose, le sida et

 $^{^{77}}$ Par ex. « tu es répudié si tu sors de la maison ou si tu vas chez tes parents ». Cette pratique, admise par le fiqh, fait peser sur la femme une menace permanente de répudiation. 78 D'après l'article 38, la répudiation est divisée en deux formes : révocable, lorsque la reprise du lien

D'après l'article 38, la répudiation est divisée en deux formes révocable, lorsque la reprise du lien conjugal est possible, sans nouveau contrat, durant les trois mois qui suivent la répudiation (durée de la retraite de continence idda), et irrévocable, lorsque cette reprise n'est possible qu'après un nouveau contrat et une nouvelle dot. L'homme dispose de la faculté de répudier sa femme deux fois. A la troisième répudiation aucune reprise de la vie conjugale n'est possible. D'après l'article 37-2, toute répudiation double ou triple ne vaut que comme répudiation simple, quel que soit le mode d'expression. Ce texte a entendu mettre fin à une pratique qui vise à donner à une répudiation révocable l'effet complet d'une répudiation irrévocable parfaite. L'usage de la formule double ou triple pourrait être un acte irréfléchi; c'est pourquoi les rédacteurs de la loi l'ont interdit en vue de préserver la stabilité du mariage. Le législateur donne ainsi à la répudiation sa vocation initiale, c'est-à-dire une rupture du lien sur laquelle les parties peuvent revenir, tant qu'elle n'a pas été consommée trois fois consécutives. Quand la répudiation est révocable, les liens du mariage ne sont pas rompus immédiatement. Pendant la retraite légale de la femme (idda) le mariage continue à produire tous ses effets à l'exception du devoir conjugal. La vie commune peut être reprise à tout moment.

⁷⁹ V° par exemple l'article 53 du droit algérien selon lequel outre la condamnation du mari, ou son infirmité, son absence ou abandon du domicile, l'épouse ne peut demander le divorce que pour « préjudice légalement reconnu comme tel ». V° pour le droit égyptien : M.-H. Loutfi, op. cit., p. 15-16.
⁸⁰ La loi énumère les cas dans lesquels cette demande est recevable peu importe le requérant, l'homme ou la femme (Causes de divorce commune aux deux époux) : art. 40-41 ; et des cas réservés exclusivement à la femme : art.42, étant donné que le mari dispose de la répudiation.
⁸¹ Des mesures ont été prises en période de guerre : l'épouse est habilitée à demander le divorce si son

[&]quot;Des mesures ont été prises en période de guerre : l'épouse est habilitée à demander le divorce si son mari ressortissant d'un pays étranger, réside à l'étranger depuis au moins 3 ans et n'est pas en mesure de retourner en Irak, si son mari est condamné pour trahison (décret 1708-1987), si son mari se dérobe au service militaire ou passe à l'ennemi (décret 1529-1985).

l'insuffisance ou l'incapacité sexuelle incurable de l'homme qu'elle soit développée avant le mariage 82 ou après... etc.

Défaut d'entretien : l'épouse peut demander le divorce lorsque son mari s'abstient de l'entretenir ou de payer les pensions accumulées dans la mesure où le recours à l'exécution forcée de la dette se révèle infructueux. Un délai de soixante jours sera accordé au mari pour s'exécuter. Il en va ainsi en cas du manquement du mari à son obligation d'entretenir et élever les enfants de sa femme issus du premier

L'épouse, à tout moment avant la consommation du mariage, peut demander l'annulation du mariage pourvu qu'elle rende au conjoint la dot et toutes les dépenses engagées à cet effet.

A côté de la répudiation et du divorce judiciaire, la loi reconnaît une troisième forme d'anéantissement du lien conjugal : le Khul'. C'est le divorce par consentement mutuel. La femme négocie avec son mari la dissolution du mariage⁸³. Cela s'associe généralement à une renonciation de tout ou une partie de ses droits financiers, notamment la dot à terme⁸⁴. Le juge rend un jugement pour valider l'accord. Ce jugement tient lieu d'un divorce irrévocable.

Mais, l'innovation majeure de la loi réside dans la procédure de divorce pour mésentente et désunion. Conscients des difficultés de l'épouse à se délier du lien conjugal par le recours aux modes classiques de dissolution du mariage, les rédacteurs du Code ont introduit, au bénéfice de la femme, ce mode de dissolution du lien conjugal. Le simple désaccord ou mésentente conjugale autorise l'épouse à s'adresser au juge pour demander le divorce85. Le tribunal est tenu d'abord d'enquêter sur les raisons du différend et de procéder à une tentative de réconciliation. Il nommera à cet effet deux arbitres devant tâcher de surmonter le différend et en apporter une solution et, si la tentative de réconciliation se révèle infructueuse, d'en faire rapport au juge désignant la partie fautive. A défaut de consensus entre les deux arbitres, le tribunal en nommera un troisième. Le juge ne prononcera le divorce qu'une fois que les bons offices du tribunal et des arbitres auront échoué⁸⁶. C'est à la lumière du rapport rédigé par les arbitres que le juge

⁸² Le droit égyptien n'octroie pas ce droit à la femme lorsque la maladie du mari est antérieure au mariage et connue par la femme. (Décret-loi n° 25, 1925 modifié par la L. n° 100, 1985)

Le Khul' n'est donc obtenu qu'avec le consentement de l'époux. En Egypte, la loi n° 1 de janvier 2000 relative à la procédure du divorce prévoit dorénavant que les deux époux doivent se mettre d'accord sur le Khul', sinon le tribunal pourra accorder le divorce à la femme après s'être assuré qu'elle a restitué la dot à son époux et qu'elle a abandonné son droit à l'entretien durant la période de viduité (idda). V° N. Bernard-Maugiron, « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte », RIDC, 2-2004, p. 355-385.

La coutume en Irak implique que la dot octroyée par l'homme à sa future épouse se compose d'une partie exigible immédiatement (avancée) et une partie différée qui devient immédiatement exigible lors de la survenance de l'un des deux événements : le décès du mari ou la dissolution du mariage par répudiation. Aucun maximum n'étant défini, les familles ont tendance à exagérer le montant de la dot différée pour se prémunir contre la faculté de répudiation mise à la disposition de l'homme. L'effet dissuasif de cette technique est loin d'être négligeable ; cela se traduit par une tendance à la baisse des répudiations contre une augmentation du recours aux autres modes de dissolution du rapport conjugal moins coûteux pour l'homme.

La femme irakienne peut dès lors faire l'économie des autres modes de dissolution du mariage, même ceux qui lui sont réservés, tels que la répudiation moyennant compensation ou le divorce judiciaire. Mieux, elle peut intenter son action pour d'autres motifs, tels que la mésentente ou l'incompatibilité d'humeur, pourvu que le motif invoqué soit de nature à rendre plausible la désunion du couple.

Art. 41 C.S.P.

déterminera la responsabilité de l'un des époux pour l'évaluation du montant du dédommagement accordé à l'autre⁸⁷.

Le droit reconnu à la femme mariée d'agir en justice pour obtenir le divorce pour simple mésentente conjugale est certainement une innovation, une règle étrangère à la conception qu'ont les Docteurs musulmans de la dissolution du mariage. La procédure peut être soit intentée à titre principal par l'un des conjoints ou les deux à la fois. Devant le reflux d'autres modes, le divorce pour mésentente tend à devenir le mode habituel de dissolution du mariage. C'est aussi le souhait du législateur d'ériger la procédure en règle générale. Ainsi, chaque fois que l'application des autres textes conduit la partie demanderesse à l'impasse, la solution proposée est le recours à la procédure de désunion le point que cette procédure devient la règle, et les autres modes l'exception.

Enfin, il est à noter que, pour faciliter les procédures, le législateur rend possible de démontrer les faits justifiant la demande de divorce par tous les modes de preuve.

B - Les innovations concernant les effets du mariage et les successions

1 - Les effets du mariage

a- Les effets pécuniaires

L'esprit novateur du législateur paraît à cet égard plus timide. Le mari doit assurer l'entretien de son épouse selon ses propres moyens économiques. Les charges du ménage (nâfaqa) s'imposent au mari. C'est une règle du droit musulman classique; la femme, quelle que soi sa fortune, n'a aucune obligation pécuniaire à l'égard de son mari⁸⁹. La nâfaqa reste due par le mari même si la femme a un travail salarié. Elle comprend d'après l'article 24-2 la nourriture, l'habillement, le logement et ses besoins, les soins médicaux et éventuellement les domestiques. L'article 27 exige que le montant de la nâfaqa soit fixé par référence à la situation du mari et de la femme. Elle peut être réévaluée en cas de changement de situation financière ou du cours des prix.

Si le mari s'abstient d'honorer son obligation d'entretenir sa femme, cette dernière a le droit de saisir la justice pour recouvrer la *nâfaqa* accumulée. Pour ne pas laisser l'épouse dans le besoin durant l'instance, l'article 31 autorise le juge saisi à ordonner une pension provisoire en sa faveur à l'encontre de son mari. Ce jugement est exécutoire.

La séparation de biens est le seul régime matrimonial connu en droit musulman. Il est d'ordre public même pour les non-musulmans irakiens. Ainsi,

⁸⁷ Lorsque le divorce est prononcé après la consommation du mariage par faute de l'épouse, cela entraîne la déchéance de son droit à la dot différée. Si la totalité de la dot lui a déjà été versée, la femme doit en restituer la moitié. Si les deux parties sont fautives, la dot différée sera divisée entre elle suivant le degré de tort de chacun des conjoints.

suivant le degré de tort de chacun des conjoints.

88 L'article 42 : en cas de rejet de l'action en divorce intentée pour préjudice, adultère, polygamie, il sera fait recours à la procédure du divorce pour mésentente conjugale de l'article 41.

Selon le droit musulman, la femme n'est pas censée payer la moindre somme pour des dépenses du ménage ou l'achat du trousseau quelle que soit sa position sociale ou sa condition, eu égard aux usages du pays. Ainsi, il incombe au mari seul de payer la nourriture, les meubles, le logement, les vêtements et les accessoires. Il en va de même pour les frais d'entretien du ménage et d'éducation des enfants. Le Code du statut personnel irakien maintient cette règle discriminatoire. D'après l'article 58: «toute personne subvient à ses besoins par ses propres ressources à l'exception de l'épouse, dont l'entretien incombe à son époux». La participation de la femme à la gestion des affaires du foyer familial passe, croyons-nous, par sa contribution aux charges du ménage.

aucun droit, même un droit de regard, n'appartient à l'un des époux sur le bien de l'autre. Chacun des époux jouit d'un pouvoir souverain et exclusif sur son patrimoine à moins qu'il ne soit mineur ou majeur incapable.

Ainsi, la femme reste la seule maîtresse de ses biens, elle peut les gérer ou les aliéner, à titre gratuit ou à titre onéreux, sans avoir besoin d'obtenir de son mari une autorisation préalable ou une ratification postérieure.

La dot est la propriété de la femme ; elle peut en disposer librement. Ainsi le mari est obligé de verser la dot à la femme ou à son représentant qualifié à cet égard.

b- La garde des enfants

L'article 57 de la loi consacre le principe de la priorité de la mère dans la garde des enfants, fils ou fille, lors du mariage et également après sa dissolution. Le droit de garde de la mère prévaut tant qu'elle est majeure, saine d'esprit, capable d'élever l'enfant. Des réformes ont été introduites à cet article au bénéfice de la femme divorcée ou répudiée qui envisage de convoler en nouvelle noce. Dorénavant, celle-ci, bien que se remariant, préserve son droit de garde contrairement à la plupart des législations arabes qui la dépouillent de ce droit en cas de remariage⁹⁰. Ainsi, la femme divorcée et gardienne de ses enfants a le droit de se remarier sans risque de se voir retirer la garde de ses enfants.

L'enfant ayant quinze ans révolus a le droit de choisir d'habiter avec sa mère ou son père jusqu'à l'accomplissement de l'âge de dix-huit ans. Le droit de visite est accordé par le juge au parent qui n'est pas chargé de la garde de l'enfant. Il doit avoir lieu dans les locaux de la Fédération Générale des Femmes Irakiennes dans la ville où réside l'enfant avec son gardien⁹¹.

Par ailleurs, le droit de garde dont dispose la mère ne peut être contesté, en cas de décès du père de l'enfant, par la famille du défunt, tant que la mère remplit les conditions de la garde, nonobstant son remariage avec un étranger à l'enfant⁹², pourvu qu'il soit irakien.

Il va sans doute que ces dispositions sont animées par l'intérêt de l'enfant gardé. Cela se révèle à travers l'obligation imposée au nouveau mari de la mère de s'engager à élever, bien traiter et à prendre soin du fils ou de la fille de son épouse. Le législateur a fait de la maltraitance, dans cette hypothèse, une cause que la femme peut invoquer pour demander le divorce judiciaire. Curieusement, la loi n'a pas prévu la même obligation à la charge de l'épouse du père bien qu'il arrive assez souvent que l'enfant soit victime de maltraitance de sa part.

c- Devoir d'obéissance de la femme envers son mari

Une des dispositions les plus discriminatoires est celle relative au devoir d'obéissance de l'épouse envers son mari⁹³. Les jurisconsultes traditionnels

⁹⁰ Le nouveau Code de la famille marocain maintient la discrimination à l'égard de la mère. La mère remariée perd le droit de garde lorsque l'enfant atteint l'âge de 7 ans, sauf si elle s'est remariée avec une personne qui est un parent de l'enfant à un degré prohibitif du mariage, cas dans lequel elle conserve son droit de garde (article 175). V° également l'article 66 C. famille algérien : la mère encourt la déchéance du droit de garde en cas de remariage à moins que l'époux ne soit apparenté à l'enfant. En Syrie, l'article 138 du C.S.P. prévoit que « le mariage de la gardienne avec un étranger à l'enfant entraîne la déchéance de son droit de garde ». La mère est donc confrontée au choix difficile entre la garde de son enfant et son droit légitime de refaire sa vie avec un homme autre qu'un proche parent de l'enfant.

Décret du Conseil de Commandement de la Révolution (CCR) n° 211-1984.

 ⁹² On entend par étranger ici celui qui n'a aucun lien de parenté avec la famille paternelle de l'enfant.
 93 Article 25.

musulmans ayant traité de cette question n'ont pas manqué d'insister sur l'importance de ce devoir et d'en élargir ainsi la portée⁹⁴. La loi tâche, en revanche, d'en atténuer l'ampleur 95. Le droit de correction reconnu au mari par le droit musulman est ignoré. La loi interdit à l'époux de porter préjudice à sa femme ou d'abuser de son droit à l'obéissance. Le juge saisi par l'époux est tenu d'être prudent et de s'assurer avant de rendre le jugement déclarant la désobéissance de l'épouse. Il doit s'efforcer de surmonter toutes les raisons du différend empêchant la cohabitation de la femme avec son mari. Le tribunal ne prononce l'insubordination (indocilité) de l'épouse qu'après avoir épuisé tous les moyens permettant de résoudre le problème. Le jugement d'insubordination, caractérisé par l'abandon du domicile conjugal par la femme, a pour effet la suspension de son droit à l'entretien et la possibilité pour chaque époux de demander la dissolution judiciaire du mariage. En vertu de l'article 25-5 du Code du statut personnel, la dissolution du mariage pour cause d'insubordination de l'épouse entraîne la déchéance de la dot différée de l'épouse et, si elle avait perçu la totalité de la dot, elle est tenue d'en restituer la moitié.

La loi innove en la matière par rapport au droit musulman classique. L'article 25 dans sa rédaction issue de la loi 57-198096 limite considérablement les cas où la femme peut être réputée désobéissante. Ainsi, l'épouse n'est pas tenue de cohabiter avec son mari lorsque celui-ci abuse de son droit dans le but de nuire à sa femme ou de lui rendre la vie dure. Le mari n'a plus le droit de recourir aux tribunaux pour obliger son épouse à réintégrer le domicile conjugal contre sa volonté. L'épouse n'est pas tenue d'obéir à son mari lorsque, notamment, l'époux n'a pas aménagé pour son épouse une maison conjugale convenable à l'état social et économique des conjoints ou lorsque le domicile aménagé est loin du lieu de travail de l'épouse de sorte qu'elle ne puisse pas concilier ses devoirs professionnels et domestiques. Il en va de même dans le cas où les meubles garnissant le foyer conjugal n'appartiennent pas à l'époux⁹⁷.

Le législateur affirme ainsi, sous-jacent, le droit de travailler pour l'épouse. Le mari n'a pas le droit d'empêcher sa femme d'avoir une activité professionnelle salariée. La loi, comme on l'a vu, va plus loin en considérant le simple fait de l'éloignement géographique entre la maison conjugale et son lieu de travail comme une raison valable de ne pas obéir.

2 - Les successions

Pour réglementer les successions ab intestat, les rédacteurs du Code ont repris les dispositions du Code civil relatives à la dévolution successorale des terres miri⁹⁸, dispositions d'origine germanique. L'objectif poursuivi par les rédacteurs de

p. 11.

95 L'article 23 du C.S.P tunisien abolit le devoir d'obéissance de la femme envers son mari, et instaure l'obligation de respect mutuel et de concertation entre les époux. De même, le nouveau code de la

Article 25-2 dans sa rédaction issue de la loi 57-1980.

⁹⁴ V° par exemple l'article 39 du Code de la famille algérien : « L'épouse est tenue d'obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille ». L'épouse est cloîtrée au domicile et elle ne peut en sortir qu'avec l'autorisation de son mari. Dès lors il est certain, en dépit du silence du Code de la famille, que l'époux peut s'opposer à ce qu'elle exerce un emploi. SALAH-BEY, op. cit.,

famille marocain. (V° art. 51)

96 4 me réforme du Code du Statut Personnel. Le législateur justifie cette réforme par les principes du droit musulman les plus compatibles avec l'esprit de l'époque afin de mettre entre les mains des juges un critère définissant le droit légitime de la femme de ne pas obéir à son mari. (V° les motifs de la réforme)

⁹⁸ Articles 1187 à 1199 du Code civil. Le "Miri" ou possessions territoriales, terme issu de la Loi des terres ottomane de 1858, est composé des terres arables et des pâturages au sens large du terme. Il

la loi est d'unifier et harmoniser les règles de successions pour tous les Irakiens : question sur laquelle les systèmes sunnite et chiite divergent le plus fondamentalement. L'exposé des motifs affirme que « la différence des règles de successions a conduit à une disparité dans les droits des héritiers à l'héritage; et cela a commandé la codification des règles appropriées. Cette divergence était, en effet, un des facteurs qui a conduit certains intéressés à changer leurs confession ou rite en vue de détourner les lois et les principes de la chari'a ». A titre d'exemple, le droit de successions chiite permet à la fille unique de de cujus de recouvrer tout l'héritage au lieu de partager celui-ci avec son oncle ou son cousin. Il semble que cette solution avait séduit des nombreux sunnites qui se sont convertis au chiisme rien que pour permettre à leurs filles de devenir héritières universelles en de pareilles circonstances. Les rédacteurs ont donc opté pour l'unification du droit de successions et son harmonisation avec les dispositions réglementant la dévolution successorale des terres miri: dispositions bien établies et suivies constamment depuis 1858. Ainsi, « il a été décidé que ces dispositions, telles qu'elles ont été énoncées dans le Code civil, doivent être ériger en régime général de successions applicable aux propriétés mobilières et immobilières, cela d'autant plus qu'elles ne différent pas beaucoup des dispositions de la *Chari'a* »⁹⁹.

Le renvoi au système du Code civil va avoir un résultat inattendu. Ce système se caractérise, en effet, par la reconnaissance de l'égalité successorale entre homme et femme au mépris des dispositions du droit musulman prévoyant de manière générale que la quote-part de l'homme soit le double de celle de la femme 100. Ainsi, l'égalité successorale entre homme et femme s'est trouvée reconnue par la loi. En effet, c'est le désir d'éliminer les différences confessionnelles qui a été à l'origine de cette innovation majeure. Cela explique la farouche opposition manifestée par les références religieuses contre la loi. Il semble que cette fronde ait été la raison qui a conduit les putschistes du 8 février 1963, en vue de gagner le soutien des religieux, à abroger aussitôt l'article 74 de la loi opérant ainsi un retour au droit musulman confessionnel et propre à chaque communauté en matière de successions¹⁰¹

Dès lors, l'égalité successorale homme-femme ne concerne dorénavant que les successions des terres *miri* tributaire du Code civil. Au-delà, la femme ne reçoit que la moitié de la part revenant à son homologue masculin¹⁰². Il n'en demeure pas moins que des légères modifications ont été introduites par la suite au droit musulman classique par le truchement de la fameuse méthode tâlfiq. La réforme n° 72-1979¹⁰³ institue un droit de succession appelé legs obligatoire en faveur des petits-enfants, y compris les petites filles de la lignée paternelle ou maternelle, en leur donnant le droit d'hériter, à concurrence d'un tiers, de la succession de leur grand-père, évinçant ainsi certains successeurs collatéraux (les oncles). De plus, la

L'exposé des motifs § 10.

Le principe fondateur est qu'au même degré de parenté par rapport au défunt, les hommes héritent

appartient à Dieu et donc au sultan en tant que son représentant. Les terres miri peuvent faire l'objet d'un droit réel semblable à l'usufruit accordé aux particuliers appelé haq al-tassarouf'. V° M.H. Hashimi et A. L. Edwards "Land reform in Iraq: Economic and social implication", Land Economics, Feb. 1961, p. 68-81.

du double de la part des femmes.

101 Le nouvel article 90 prévoit à cet effet que les dispositions qui étaient appliquées avant l'entrée en vigueur du Code du statut personnel seront dorénavant observées concernant la répartition de l'héritage et les autres questions de successions. Vo J.N.D. Anderson, « Changes in the Law of personal status in Iraq », The International and Comparative Law Quarterly, Vol.12, n° 3, July 1963, p. 1026 et s.

¹⁰³ Art 74 ajouté par la troisième réforme du Code de statut personnel publiée au Journal officiel le 18 iuin 1979.

fille du *de cujus* dispose désormais du même statut que celui du fils relativement à l'éviction des autres héritiers. Dès lors, en cas de concurrence entre la fille du défunt et son oncle paternel, sa quote-part augmente pour reprendre tout l'héritage évinçant ainsi son oncle ¹⁰⁴. La loi supprime dans ce cas de figure le principe du *tassib*, cher aux hanéfites - selon lequel en l'absence de descendant mâle du défunt, ses collatéraux entrent en concurrence dans la succession avec les descendantes de sexe féminin - élargissant ainsi la vocation successorale des femmes.

Enfin, la loi garantit également à la femme répudiée sa vocation successorale après le décès de son ex-époux si la répudiation est prononcée par ce dernier au cours de sa dernière maladie. L'article 35-2 neutralise l'effet de cette répudiation préservant ainsi le droit de l'épouse à l'héritage.

II - LES RISQUES ISSUS DE LA REMISE EN CAUSE DU CODE DU STATUT PERSONNEL

La démonstration précédente révèle les importantes réformes menées par le Code de statut personnel dans un esprit de modernisation du droit musulman classique. Des adaptations notables ont été introduites en adoptant la méthode dite *tâlfiq*, qui consiste à faire une synthèse entre des solutions en provenance d'Ecoles différentes, voire en allant à l'encontre même des prescriptions islamiques comme l'instauration de l'égalité successorale entre homme et femme ¹⁰⁵.

Les femmes irakiennes ont réussi, par le truchement du Code du statut personnel et ses réformes successives, à obtenir des acquis non négligeables : fixation de l'âge du mariage, suppression de la tutelle matrimoniale et de la contrainte au mariage, restrictions de la polygamie et de la répudiation, incrimination du mariage en dehors des tribunaux et de la polygamie non autorisée, renforcement du droit de garde de la mère et la garantie du droit au logement à la femme divorcée.

Ces améliorations répugnent aux instances religieuses conservatrices qui ont, à maintes reprises, manifesté leur réprobation à la loi 106. Selon ses détracteurs, la loi va à l'encontre du droit musulman sur divers aspects notamment la fixation de l'âge minimum de mariage, la limitation de la polygamie et les successions. M. Bahr-el-Ouloum, un dignitaire chiite, expliquait que la loi comporte une limitation au pouvoir juridictionnel alors que le cadi (le juge musulman) ne doit pas se borner à appliquer des textes législatifs mais doit se référer à la *Chari'a* dans son ensemble 107. Il relève de nombreuses transgressions de la loi aux prescriptions de l'Ecole chiite comme par exemple l'exigence du témoignage pour le mariage et non pour le divorce alors que le témoignage n'est requis chez les chiites que pour le divorce de divorce 108.

105 Cette égalité est cantonnée aujourd'hui, depuis la première réforme n° 11-1963, dans le domaine immobilier et spécialement les terres *miri*.

¹⁰⁷ La juridiction chez les chiites est une fonction sacrée n'ayant aucun rapport avec l'Etat. Aucune limitation temporelle ou spatiale ne devrait être imposée au juge. Bahr-el-Ouloum, op. cit., p. 10.
¹⁰⁸ Ibid., p. 14-37.

¹⁰⁴ V° art. 91-2 mod. par la loi 21-1978. Si le défunt a une fille unique, sa part dans la succession représente la moitié de la succession; s'il a plus d'une fille mais pas de fils, cette part sera du deux tiers, à partager entre elles. La fille unique peut être héritière universelle de ses ascendants en l'absence du conjoint survivant.
105 Cette égalité est cantonnée aujourd'hui, depuis la première réforme n° 11-1963, dans le domaine

V. la lettre adressée par l'ayatollah Mouhsin El-Hakim aux leaders du coup d'état du 8 février 1963 leurs exhortant d'abroger le Code du statut personnel en raison de sa contradiction au droit musulman. M. Bahr-el-Ouloum, Lumières sur le Code de statut personnel (en arabe), al-numan presses, Najaf, 1963, p. 10. V°, aussi: Journal Al-Jihad, du 19 mars 1963, n° 8
La juridiction chez les chiites est une fonction sacrée n'ayant aucun rapport avec l'Etat. Aucune

Mais derrière ces prétendues incompatibilités avec le droit musulman se cachent les sérieuses raisons de cette hostilité à la loi. Le texte, comme l'on a vu, porte unification et harmonisations de matières du droit de la famille pour tous les musulmans irakiens aussi bien sunnites que chiites. Il est d'ailleurs appliqué par des juges civils et non des religieux. La suppression du pouvoir judiciaire du faqih 109 et le rapprochement opéré entre les deux Ecoles vont à l'encontre des intérêts des instances religieuses. Celles-ci ne sauront exister qu'à travers le maintien des particularités confessionnelles.

Le ressentiment des religieux envers la loi continuera en dépit de la réforme du droit des successions par la loi n° 11-1963, promulgué au lendemain du coup d'état de 1963. Cette réforme a, comme on l'a vu plus haut, opéré un retour d'un système successoral unifié pour tous les irakiens aux droits communautaires sunnites et chiites qui prévalaient avant l'application de la loi. L'égalité successorale entre homme et femme fut alors abandonnée.

Ainsi, depuis sa promulgation, le code du statut personnel n'a cessé d'être un sujet de désaccord entre l'Etat et les références religieuses, notamment chiites, qui ne se satisferont pas moins que de son abrogation. La loi est pourtant restée en vigueur jusqu'à la guerre. L'occupation américaine, qui a suivi la chute du régime bassiste le 9 avril 2003, va marquer une nouvelle étape dans le conflit entre la loi et les références religieuses désormais impliquées dans le jeu politique. C'est ainsi que M. Abdulaziz Al-Hakim, leader du Conseil suprême de la révolution islamique en Irak (CSRII), a pris l'initiative, lors de sa présidence alternée du Conseil de gouvernement intérimaire, d'abroger le Code du statut personnel. La résolution n° 137 du 29 décembre 2003 revient à laisser de facto aux instances religieuses le soin de régler les questions de statut personnel. Cette décision, confrontée à un bloc de résistance des mouvements féministes, libéraux et progressistes au sein du Conseil et dans la rue, a fini par être annulée par l'Administrateur américain de l'Irak, Paul Bremer après le vote de la majorité du Conseil à son encontre.

Mais cette tentative manquée n'a pas découragé les leaders religieux, désormais au sommet du pouvoir après les élections de janvier 2005. Ils trouveront dans l'élaboration de la nouvelle constitution irakienne le moment propice d'en découdre avec la loi. Les partis religieux chiites, qui ont dominé le processus de rédaction de la constitution, ont soutenu que le Code ne permet pas à leur communauté de pratiquer pleinement la doctrine chiite. Ils ont également trouvé dans le transfert de l'autorité à partir des juges religieux aux juges séculiers une dénaturation de l'interprétation religieuse.

La nouvelle constitution irakienne est venue traiter des affaires relatives au statut personnel dans le chapitre consacré aux « droits et libertés ». Pour les partis religieux chiites, la matière de statut personnel est perçue comme une des libertés religieuses. Dans cette perspective, l'article 41 de la nouvelle constitution irakienne prévoit que « les Irakiens sont libres de leurs engagements relatifs à leur statut personnel, selon leurs religions, doctrines, croyances ou choix. Ceci sera réglementé par la loi ». Que comporte donc cet article succinct et quel sera son impact sur le droit de la famille et notamment sur la condition de la femme irakienne?

Le texte opère semble-t-il, d'une part, un retour à un pluralisme exacerbé en matière de droit de la famille : source de confusion et d'insécurité juridique (A) et supprime, d'autre part, les droits acquis de la femme irakienne concrétisés par le Code du statut personnel (B).

 $^{^{109}}$ Savant formé aux sciences religieuses et spécialiste du $\mathit{fiqh}.$ En pluriel : fuqaha

A- Le risque d'insécurité juridique

L'article 41 consacre une nouvelle liberté constitutionnelle : liberté pour tous les Irakiens de ne pas être contraints à respecter une loi étatique unifiée en matière de statut personnel. Ils sont, dès lors, libres de suivre, en la matière, leur loi religieuse, confessionnelle voire une loi sur laquelle porte leur choix. La personnalité des lois ainsi reconnue, selon laquelle l'appartenance religieuse de chaque citoyen déterminera la loi du statut personnel à laquelle il sera soumis, n'est pas nouvelle dans le système juridique irakien ; les communautés non-musulmanes bénéficient, d'ores et déjà, d'une certaine autonomie législative 110. Cependant, la nouveauté réside dans le fait qu'une faculté soit aujourd'hui reconnue au musulman de suivre parmi les Ecoles de l'Islam celle à laquelle il sera soumis. On assiste donc à un pluralisme exacerbé. La loi applicable à un litige relatif au statut personnel sera peutêtre la loi religieuse, la loi de la confession ou de la secte de l'intéressé, ou toute autre loi choisie par le justiciable. Cela étant, quel est le sort réservé au Code du statut personnel de 1959 ?

De prime abord, il est patent que l'article 41 de la Constitution n'abroge pas explicitement le Code de 1959, mais il exige bel et bien d'y introduire des modifications substantielles afin de faire respecter la proclamation selon laquelle les irakiens sont libres en matière de statut personnel selon leur « religions, confessions, croyances ou choix ». Ceci semble suggérer, au moins, que les Irakiens qui désirent être gouvernés par une loi confessionnelle puissent insister que les tribunaux honorent leurs choix 111. Dès lors, le texte revient à dépouiller de sa force contraignante le Code du statut personnel, une loi d'ordre public, qui, comme on l'a souligné, compilait les dispositions de diverses Ecoles musulmanes dans le pays pour en faire une loi unique applicable à tous les Irakiens, à l'exception de personnes exclues par une loi spéciale.

L'article 41 exige expressément de légiférer en la matière. Le législateur renvoie à une loi qui sera élaborée plus tard le soin de réglementer les modalités de l'exercice de cette liberté selon laquelle, rappelons-le, chaque individu dispose d'un véritable droit subjectif à l'application de sa propre loi. Nous pouvons nous attendre à une de ces deux méthodes : soit l'abrogation explicite du Code du statut personnel et son remplacement par une loi sur la juridiction confessionnelle et religieuse, soit sa modification pour le rendre d'application facultative, exclusivement à ceux qui choisissent de se soumettre à son empire avec la création des juridictions communautaires aux côtés de la juridiction civile. Alors que, dans la première hypothèse, chaque citoyen serait contraint de s'adresser au tribunal de sa communauté religieuse, dans la seconde, il disposerait d'un choix entre juridiction civile et juridiction confessionnelle. La loi qui sera promulguée en vertu de l'article 41 de la constitution devra trancher alors la question qui surgit chaque fois qu'un des conjoints opte pour la juridiction civile, et par conséquent, pour le Code du

111 N. J. Brown, « The Final Draft of the Iraqi Constitution: Analysis and Commentary », Carnegie Endowment for International Peace, http://www.carnegieendowment.org/publications/index.cfm?fa=view&id=17423&prog=zgp&proj=zdrl.zme

¹¹⁰ Le mouvement de codification du statut personnel en Irak ne revêt pas ainsi les mêmes aspects à l'égard des musulmans et des non musulmans. La législation relative au droit de la famille limite son empire aux musulmans et cohabite avec les droits religieux applicables aux non-musulmans. En cas de conflit de lois internes, le droit musulman, loi de la confession de l'Etat, saurait prétendre à une suprématie par rapport aux autres, cela contrairement au Liban où les lois confessionnelles sont nécessairement sur un pied d'égalité. (V° P. Gannage, Statut personnel au Liban : observations préliminaires, Juris-Classeur, droit comparé, t.II, fasc. 1, p. 4.)

statut personnel tandis que l'autre choisira de recourir à la juridiction religieuse et, de fait, à la loi confessionnelle non codifiée.

Au demeurant, le terme « choix » dans l'article 41 in fine de la constitution fait allusion à la possibilité pour toute personne de choisir la loi du statut personnel à laquelle elle sera soumise. Cependant, cette option ouverte au justiciable est ambiguë. D'abord, la liberté de choix de la loi relative au statut personnel ne saurait être illimitée sous peine de permettre à chaque individu de rédiger, lui-même, sa propre loi. Ensuite, comme toute convention, le contrat de mariage lie deux parties, l'homme et la femme, ce qui implique d'accorder la liberté de choix à chacune des parties, et non pas au seul mari. Le choix ne devrait être effectif que s'il est commun aux conjoints. Cela étant, nous soutenons que la loi spéciale mettant en oeuvre cette liberté doit poser comme règle générale l'application d'une loi civile unifiée pour tous les Irakiens, à moins que les parties en décident autrement en saisissant de plein gré les instances religieuses. Il importe qu'aucune contrainte ne soit imposée à l'individu de se soumettre aux lois religieuses et que la Cour de cassation exerce son contrôle sur les jugements rendus par les tribunaux religieux. Ces jugements ne doivent pas violer les principes de droits de l'Homme prévus dans la constitution et dans les conventions internationales ratifiées par l'Irak.

Quoi qu'il en soit, le texte constitutionnel constitue, sans doute, un retour à la pluralité des lois qui régnait dans le domaine du droit de la famille lors de la naissance de l'Etat irakien et qui a perduré jusqu'au 1959. On a bien constaté que l'une des raisons de la promulgation du Code du statut personnel, outre la volonté de promouvoir les droits des femmes et de suivre l'évolution de la société moderne, était d'œuvrer à l'unification du droit de la famille irakien en combinant les prescriptions éparpillées ici et là dans les enseignements des diverses Ecoles musulmanes. La lecture de l'exposé des motifs accompagnant le Code est, à cet égard, révélatrice : les rédacteurs de la loi mettent en évidence l'absence, en Irak, d'un code rassemblant les opinions convenues des jurisconsultes musulmans, les plus appropriées aux besoins de l'époque. Ils relèvent que la multiplicité des sources pouvant motiver un jugement avait occasionné, dans le passé, une instabilité dans la vie familiale et une carence dans la garantie des droits individuels¹¹².

Certes, le Code du statut personnel irakien est basé sur le droit musulman, mais il est également l'œuvre du législateur. le Code est d'inspiration éclectique : de la tradition juridique musulmane ont été choisies, de manière générale, les interprétations les plus favorables à la femme et au contexte social du pays. Il est, par ailleurs, appliqué par un système judiciaire séculier de façon uniforme à tous les Irakiens, à l'exception des communautés non-musulmanes.

La neutralisation du Code de statut personnel entraînerait un bouleversement et une perturbation des relations familiales. Les prescriptions du droit musulman se nuancent suivant les différentes Ecoles musulmanes. À cet égard, la communauté sunnite en Irak est soumise à un droit issu de l'Ecole hanéfite qui, sur de nombreux points, diverge du droit jâfarite suivi par la communauté chiite. Le législateur serait-il tenté d'élaborer deux codes séparés, sunnite et chiite ou y'aura-t-il une absence totale de codification en la matière laissant, aux juges religieux le soin de statuer sur la base de leur formation? Le défaut d'une codification en la matière ne va-t-il pas à l'encontre de la stabilité si nécessaire en matière du droit de la famille? Renvoyer ces questions à la loi religieuse serait abandonner les citoyens aux opinions divergentes des fuqaha' avec le risque de consacrer des dispositions rigoristes qui ne s'adaptent guère à l'esprit de l'époque et à l'essor des principes démocratiques et humains.

 $^{^{112}}$ L'exposé des motifs annexé au Code du statut personnel.

Il importe de rappeler que le droit musulman est essentiellement un droit doctrinal. Ses dispositions sont développées dans les ouvrages du figh. Il existe dans l'Islam principalement quatre Ecoles du figh sunnites auxquelles il faut ajouter en l'occurrence l'Ecole chiite qui représente presque la moitié de la population en Irak. Or, les solutions proposées par chaque Ecole sur de nombreux points de droits sont parfois très différentes les unes des autres, quand elles n'impliquent pas une complète opposition de vue. Chaque ouvrage exprime l'opinion de son auteur œ qui signifie l'existence des avis divergents sur la même question au sein même de chaque Ecole. Ceci donne lieu à un éventail de solutions : solutions juridiques contradictoires allant des plus rigoristes aux plus libérales. Le problème n'est pas nouveau ; il était souligné dès le huitième siècle. Dans son fameux livre Risalat assahabah adressé au Calife Al-Mansour de Bagdad, Abdallah Ibn-Al-Muqaffa (720-756) dénonçait déjà le désordre qui régnait dans le domaine judiciaire où les cadis prenaient des décisions, souvent différentes les unes des autres, sur des cas importants¹¹³. Il proposait au calife de remédier à ce chaos en promulguant un code unifié applicable à tous les sujets dans toutes les régions de l'Empire. Chose qui ne se réalisera pas.

De nos jours, les observations faites au huitième siècle par le Conseiller du Calife paraissent d'une pertinence frappante. L'abrogation du Code du statut personnel mettra les tribunaux irakiens devant des difficultés considérables. L'absence d'un droit de la famille codifié pour leurs ressortissants musulmans obligera les juges à se référer aux traités du fiqh classiques qui comportent d'importantes divergences. Connaître l'opinion prédominante est une tâche difficile qui exige une capacité et une expérience qui n'est pas à la disposition de chacun. Le juge irakien, laïc et formé à la discipline intellectuelle des droits venus de l'Occident, se trouve donc placé dans un fatras d'opinions, fatwas et conclusions, dont la consultation, l'interprétation et l'appréciation lui sont particulièrement ardue. Que va devenir le juge irakien obligé de choisir, sans directives précises du législateur, entre tant de règles différentes ? Dans ces conditions, la divergence va refaire jour dans les jugements rendus notamment si le pluralisme s'accompagne de la réinstauration des juridictions confessionnelles.

Sur ce dernier point, l'article 41 de la constitution, faisant référence à la loi applicable, reste muet sur la juridiction chargée de l'appliquer. Le système judiciaire en place sera-t-il utilisé avec des juges civils censés être prêts et capables d'appliquer la loi appropriée conformément au choix des plaideurs ou des tribunaux confessionnels seront crées à cet effet? Les deux modèles ont été employés dans le Monde arabe moderne, mais la tendance amorcée au XX° siècle étant à l'unification de la justice, même là où il existe une multitude de lois applicables, on voit mal un retour en arrière. Depuis 1961, l'Irak a achevé l'unification de son système judiciaire. Une fois édifié, aucun Etat arabe n'a démantelé un système unifié.

d'uniformité, la contradiction qui se fait jour dans les jugements rendus; ces divergences présentent un sérieux caractère de gravité.... A Al-Hira, condamnation à mort et délits sexuels sont considérés comme licites, alors qu'ils sont illicites à Koufa; on constate semblable divergence au coeur même de Koufa, où l'on juge licite dans un quartier ce qui est illicite dans un autre....Si le Commandeur des croyants jugeait opportun de donner des ordres afin que ces sentences et ces pratiques judiciaires divergentes lui soient soumises sous la forme d'un dossier, accompagnées des traditions et des solutions analogiques auxquelles se réfère chaque Ecole; si le commandeur des Croyants examinait ensuite ces documents et formulait sur chaque affaire l'avis que Dieu lui inspirait, s'il s'en tenait fermement à cette opinion et interdisait aux cadis de s'en écarter, s'il faisait enfin de ces décisions un corpus exhaustif, nous pourrions avoir l'espoir que Dieu transforme ces jugements, où l'erreur se mêle à la vérité, en un code unique et juste ». Ch. Pellat, Ibn Al-Muqaffa — « Conseilleur » du Calife (Texte et traduction de Risala fi l-Sahaba), Maisonneuve et Larose, Paris 1976, p. 40-44.

L'entreprise est sans doute périlleuse : le juge se verra confronté à une lourde besogne qui consiste à dégager, à vérifier et à interpréter une disposition légale dans les traités des auteurs musulmans regorgeant habituellement des solutions diverses et variées sur la même question. Au surplus, ce retour à une source doctrinale aussi imprécise et peu accessible au public jure avec le principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». Ce dernier implique que chaque citoyen puisse prendre connaissance de ses droits et obligations à travers des lois codifiées et portées à la connaissance de tous par voie de publication.

En effet, le Code du statut personnel a marqué le passage du *fiqh* au droit positif. Codifier la *Chari'a* signifierait, en effet, que les solutions n'en seraient plus appliquées en vertu d'une autorité propre et supérieure, mais bien au titre de la seule loi civile. En confier la mise en œuvre, non à des spécialistes mais à des juges laïcs formés à la discipline intellectuelle toute différente du droit positif, c'était prendre l'initiative de ramener une loi reposant sur une volonté divine insondable aux seuls impératifs de la raison humaine¹¹⁴. Le risque aujourd'hui de voir disparaître la codification aura pour conséquence que le droit religieux de la famille pourra prétendre à une position de supériorité envers les autres branches du droit, ayant revêtu un caractère éminemment transcendant. Des juges religieux veilleront au strict respect de la *loi divine*.

En somme, le futur système juridique irakien reposerait dans le domaine du droit de la famille sur l'autonomie des communautés s'accompagnant de la réinstauration du pluralisme législatif et probablement juridictionnel. L'article 41 de la nouvelle constitution enjoint à l'autorité législative de respecter les statuts personnels de diverses communautés, et celle-ci ne pourrait, donc, qu'entériner, dans le système juridique, les changements à ces statuts adoptés ou proposés par chacune d'elle. L'autonomie permettra aux communautés d'exercer des attributions législatives et judiciaires dans les matières du statut personnel. Cet état des choses priverait le système juridique irakien d'uniformité à force de vouloir s'adapter aux conceptions et aux visages des diverses communautés dont est tissée la société irakienne. L'existence, outre celle des communautés musulmanes sunnites et chiites, de dix-sept groupes religieux non-musulmans officiellement reconnus¹¹⁵, pourrait nous donner une idée de l'ampleur que va prendre ce morcellement du statut personnel irakien. Cette adaptation ne se limiterait pas au domaine de la législation civile par rapport aux diverses lois religieuses, elle s'étendra, aussi, à l'organisation et au fonctionnement de l'appareil législatif et judiciaire sur lequel reposerait l'établissement et l'application des divers droits communautaires.

Que pense-t-on de ce pluralisme juridique ? N'est-t-il pas, comme le prétendent ses partisans, une marque de tolérance et de respect des libertés religieuse et culturelle ? Cette interrogation appelle, à notre sens, une réponse nuancée. Un système confessionnel, tel que l'article 41 de la nouvelle constitution irakienne tente d'instaurer, comporte bien des inconvénients. D'abord, la multiplicité au sein d'un Etat des droits communautaires, en matière de droit de la famille, est le signe d'un repli identitaire dont il faut se prémunir. Le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés¹¹⁶. Il crée

¹¹⁴ H. Waël, *Droit musulman*, 2° éd., C.H.E.A.M, 1993, p. 67.

¹¹⁵ II s'agit des communautés suivantes: Chaldéens, Assyriens, Anciens Assyriens, Syriaques Orthodoxes, Syriaques Catholiques, Arméniens Orthodoxes, Arméniens Catholiques, Grecs Orthodoxes, Grecs Catholiques, Latins, Evangélistes, Protestants Assyriens, Adventistes, Coptes Orthodoxes, Yézidis, Sabéens et Juifs (Annexe au règlement n° 32 année 1981, Official Gazette, n° 2867, 18 janv. 1982, p. 7).

^{1982,} p. 7).

116 M. Delmas-Marty, «Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », Recueil Dalloz, 2006, Chron. p. 951.

des frictions et des cloisonnements sociaux qui ne sont pas sans danger pour la solidité et la cohésion de la société, notamment en raison de l'absence de lien de sang entre les membres de ses communautés.

Ce pluralisme ne se fera qu'au prix de la sécurité juridique en raison de l'imprévisibilité résultant d'une grande hétérogénéité des normes qui s'appliquent en matière de statut personnel. Prenons l'exemple du mariage temporaire (Mut'a): les Ecoles musulmanes sunnites ont depuis fort longtemps prohibé cette pratique. Les chiites, en revanche, continuent de le reconnaître. Ce type de mariage est conclu dans les formes et selon les conditions d'un mariage ordinaire, mais sa particularité est de permettre l'insertion dans le contrat d'une clause prévoyant la dissolution du mariage à un terme fixé. Quelle solution appliquera le juge en cas d'un mariage de ce genre entre un chiite et une sunnite: le mariage serait-il valable ou nul? Des conflits de droits internes peuvent donc être à l'origine de situations de « nondroit »¹¹⁷ ou plus exactement de situations dans lesquelles il est impossible de prime abord de dire quel droit va s'appliquer¹¹⁸.

Ensuite, le Code du statut personnel joue jusqu'à présent le rôle du droit commun. Dès lors, son empire s'étend en cas d'absence de dispositions particulières dans les lois confessionnelles. Il en va ainsi pour les Yézidis, communauté qui ne disposent pas actuellement d'un statut spécial, et de même pour de nombreuses communautés chrétiennes en ce qui concerne le régime successoral. De surcroît, le Code est d'application exclusive en cas de conflit interpersonnel impliquant musulman et non-musulman. Une fois le Code abrogé, la question se pose alors de savoir quelle Ecole du droit musulman sera appelée à jouer la fonction de droit commun étant donné qu'une législation unifiée applicable à tous les Irakiens fait désormais défaut. On sait qu'au Liban, par exemple, aucun statut personnel ne peut prétendre à la supériorité sur les autres. L'Etat n'est pas lié à une confession déterminée et garde une neutralité à l'égard des divers statuts communautaires qui régissent le droit de la famille. Ce n'est pas le cas en Irak où l'Islam, selon l'article 2 de la constitution, est la religion d'Etat et aussi une source principale de la législation. Le pluralisme communautaire ainsi mis en place n'effacera pas, croyonsnous, le caractère prédominant du droit musulman, qui l'habilite à faire fonction de

Enfin, la multiplication des statuts personnels engendrerait une augmentation des tentatives pour échapper à la loi normalement applicable, mais défavorable à l'individu, pour se placer sous l'empire d'une loi répondant au mieux à ses intérêts. Dès lors, la pluralité des lois relatives au droit de la famille est source d'instabilité juridique faisant planer une menace notamment sur les femmes. La diversité de droits laisse place au déploiement de manœuvres frauduleuses d'un des conjoints, notamment le mari, pour se dérober à la loi normalement applicable, en changeant de confession. Serions-nous devant un cas de « forum shopping » 119 dans lequel un sunnite, par exemple, pourrait devenir temporairement, lors d'une instance, chiite pour échapper à la pension alimentaire ou pour permettre de favoriser l'un de ses héritiers? Un sunnite, dont la loi confessionnelle lui interdit de faire un legs au bénéfice d'un futur héritier, peut arriver à ses fins en embrassant le chiisme. De même, un homme dont la loi confessionnelle restreint la répudiation, ou lui impose des contraintes financières, pourrait lui aussi, invoquer sa conversion à un autre rite lui facilitant cette démarche. L'exemple type serait d'un catholique dont la loi de sa

¹¹⁷ Pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier: Flexible droit, L.G.D.J., 1983, p. 24 et s.

¹¹⁸ B. Botiveau, op. cit., p. 312-313.
119 N. J. Brown, op. cit., p. 6.

communauté interdit le divorce, pourrait en se convertissant à l'Islam user de la faculté de répudier sa femme.

Notons, à cet égard, que les règles du droit international privé irakien que comporte le Code civil ont vocation à s'appliquer en matière de conflit interne de lois, autrement dit conflit interpersonnel. L'article 19-3 de ce Code laisse une porte entrouverte à ce genre de manœuvres frauduleuses en rendant applicable, sur les questions de divorce, répudiation et séparation de corps, la loi du mari au moment de la répudiation ou au moment de l'introduction de l'action en justice. Le changement de confession de l'homme lors du mariage entraîne donc un changement de la loi applicable tant sur les effets du mariage que sur sa dissolution, sans que la femme ne puisse empêcher ce changement portant inévitablement atteinte à ses droits acquis. Dès lors, le choix du législateur irakien de rattacher la dissolution du mariage à la loi de l'époux au moment de l'introduction de l'action en justice, et non au moment du mariage, nuit à la sécurité juridique et aux droits acquis de l'épouse qui s'engage au mariage en se fiant à une loi déterminée. Le risque de fraude à la loi est donc accru.

La jurisprudence irakienne après avoir mis en œuvre la théorie de la fraude à la loi pour tenir en échec ce genre de tentatives semble aujourd'hui moins disposée à les sanctionner. La Cour de cassation a, d'abord, débouté un homme de religion chrétienne de sa demande d'annuler la pension de son épouse séparée de corps après sa conversion à l'Islam. La Cour a estimé que l'intéressé s'étant converti à l'Islam quelques jours seulement après le jugement fixant la pension, rendu contre lui, cette conversion ne peut qu'être motivée par sa volonté de se dérober à la pension 120, lors, le changement de religion est sans effet sur la décision intervenue condamnant le mari à « servir les aliments à sa femme ». Par la suite, la Cour de cassation irakienne semble avoir opéré un revirement car par deux arrêts successifs, la Cour refuse d'aborder la question de la conversion à l'Islam sous motif que « la conviction religieuse est une question psychologique (interne) que le juge ne peut vérifier qu'à travers des apparences extérieures »¹²¹. La Haute juridiction met en exergue que la croyance et la foi sont une question de cœur et de conscience qui ne peut être mises en doute par le juge. Celui-ci n'a pas à chercher la sincérité du

En somme, la constitution sonne le glas de l'unité législative en Irak en matière de statut personnel¹²². Celui-ci se déterminera en fonction de l'appartenance confessionnelle des personnes. Le système se révèle extrêmement complexe compte tenu de la diversité des statuts due au grand nombre de religions représentées dans la population. Le système irakien se rattache dorénavant à la famille des systèmes « complexes », le pluralisme étant ici à base confessionnelle comme d'ailleurs il peut être d'ordre ethnique, territoriale ou autre 123.

¹²⁰ Cour de Cassation, Ass. Générale 31 déc. 1951, Rec. 1951, n° 7.

Cass. perso. 6 déc. 1969 et Cass. perso 25 juin 1970, cités par A. Al-Fadhli, La fraude à la loi (en arabe), mémoire de Master, Université de Mossoul, 1997, p. 77-78.

122 Quoique que cette unité législative ne concernait jusqu'alors que les musulmans; les communautés

non-musulmanes ayant toujours conservés leur autonomie en la matière.

123 La plupart des Irakiens sont arabes, mais le pays compte aussi de nombreux autres groupes ethniques, le plus important étant celui des Kurdes, qui représentent plus de 20 % de la population, et dont la terre d'origine est la chaîne du Zagros. Parmi les autres minorités figurent Turkmènes, Assyriens, Arméniens, Farsis, Lurs, Juifs, Yézidis et Mandéens. Sur la mosaïque multiethnique et multiconfessionnel de l'Irak: V° http://www.tlfg.ulaval.ca/axl/asie/irak.htm

B- Le risque d'aggravation des discriminations fondées sur le sexe

Malgré certaines dispositions discriminatoires, le Code du statut personnel est généralement considéré comme un progrès du point de vue des droits des femmes dans une région où celles-ci ne disposent pas le plus souvent, d'un statut juridique égal à celui des hommes 124. Certes, le Code du statut personnel irakien, promulgué en 1959, est basé sur le droit musulman, mais il est également l'œuvre du législateur, appliqué par un système judiciaire séculaire de façon uniforme à tous les Irakiens à l'exception des communautés non-musulmanes précisées. Le Code est, par ailleurs, d'inspiration éclectique : de la tradition juridique musulmane ont été choisies, de manière générale, les interprétations la plus favorable à la femme et au contexte social du pays. L'abrogation de la loi et son remplacement par le droit musulman, la *Chari'a*, fait planer sans doute une menace pour les droits des femmes et réduirait à néant tous les droits acquis, par ces dernières, au cours de décennies de luttes.

Le Code du statut personnel a apporté plusieurs innovations au profit de la femme irakienne. Nous avons remarqué, à titre d'exemple, que le droit musulman classique reconnaît aux parents le pouvoir exorbitant de marier leurs enfants alors qu'ils n'ont pas atteint leur majorité et ne se trouvent pas à même d'exprimer valablement leur consentement. D'après certains auteurs classiques, le tuteur a le droit de marier le mineur et la fille vierge quels que soient leur âge sans leur consentement. Il peut aussi s'opposer à leur mariage ou s'adresser au juge pour le dissoudre en cas de mésalliance entre conjoints. Connu sous le nom de « droit de djebr », ce pouvoir a été aboli dans le Code du statut personnel et le fait de contraindre quelqu'un au mariage est sévèrement puni. La disparition du Code fait craindre un retour de pratiques que la loi s'est auparavant efforcée d'enrayer. Une fois la loi paralysée, on redouterait un retour en force des mariages précoces, notamment des filles en bas âge dans les zones rurales.

L'Ecole chiite fixe, par exemple, à neuf ans l'âge du mariage pour la femme. Encore, de nombreux docteurs chiites contemporains ont autorisé les fiançailles et le contrat pour les enfants ayant moins de neuf ans, à condition que le mariage ne soit pas consommé avant cet âge¹²⁵. Le mariage des enfants n'est plus acceptable aujourd'hui, même dans la contrée la plus reculée. Il en va de même pour la contrainte matrimoniale et la polygamie. La participation de la femme au travail et sa nomination comme juge, ministre, cadre, etc., jure avec le retour aux interprétations archaïques de la *Chari'a*. La condition de la femme contredit son statut public puisqu'elle occupe de hautes fonctions dans les domaines politiques, administratifs et judiciaires ainsi que dans le secteur privé¹²⁶.

Les craintes de voir la situation de la femme se dégrader en Irak sont bien réelles. Plusieurs raisons, tirées de la constitution elle-même ainsi que du climat

En revanche, les attouchements et les caresses sont permis, d'après certains auteurs chiites. V° Al-Yazdi, al-ouroat'o-l-ousk'a, t.II, al-alamy presses, Bayrût, p. 484; Khomayni, tahrir alouasyla, t.2, Librairie ltimad, Téhéran, p. 219; Sistani, Minhaj el-salihin, t.3, Koweït, 1996, p. 10.

¹²⁴ Rapport Amnesty International, MDE 14/001/2005, précité, p. 35.

Depuis de nombreuses années, les femmes sont très présentes dans certains secteurs de la main d'œuvre irakienne, en particulier dans le secteur public. Selon des chiffres publiés par les autorités au début de 2004, 423 801 des 909 344 fonctionnaires travaillant dans les ministères irakiens étaient des femmes (soit environ 46%). La représentation des femmes aux postes intermédiaires étaiet particulièrement élevée au ministère du Travail et des Affaires sociales. Toutefois, les femmes étaient sous représentées aux postes de direction dans la plupart des ministères. V° Association irakienne Al Amal (L'espoir), The National Conference for Empowering Women in Democracy, Baghdad 16-17 June, rapport publié en août 2004, p. 2.

social et politique actuel, nous mèneront à présager cette malheureuse et mauvaise tournure.

D'abord, la constitution ne comporte aucun texte évoquant les droits de femmes. Le texte, qui évoque expressément les droits politiques de la femme¹²⁷ reste en revanche muet quant à ses droits sociaux, économiques et culturels. Le chapitre consacré à ces droits esquive la question 128. Au-delà de la prohibition générale de toute discrimination, la constitution ne contient aucune disposition spécifique interdisant les discriminations ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte aux droits fondamentaux des femmes. L'égalité entre les hommes et les femmes, confirmée par les pactes internationaux et par les constitutions de certains pays arabes¹²⁹, n'est pas explicitement mentionnée dans la Constitution.

Ensuite, la constitution est assez équivoque sur la relation entre la religion et l'Etat. Certes l'article 2 place l'Islam comme religion officielle de l'Etat, toutefois cette affirmation, figurant toujours dans les constitutions antérieures 130, n'avait jamais eu de conséquences notoires sur le Droit¹³¹. La nouveauté est que l'Islam devient d'après le même texte « une source de base de la législation » 132. La nouvelle constitution reconnaît donc à la Chari'a la qualité de source fondamentale de la législation 133. L'impact qu'aura ce texte sur la législation future dépendra sensiblement de la façon selon laquelle l'autorité compétente va l'interpréter. Théoriquement, le fardeau pèse principalement sur le Parlement qui doit utiliser l'Islam comme source de législation et veiller à ce que les principes établis de la religion ne soient pas violés. Le Parlement est aujourd'hui dominé par les partis islamistes et influencé, de façon informelle, par la Référence religieuse chiite. Certes, ce clergé n'a donné que très peu d'instructions d'ordre politique, au moins jusqu'au présent ; mais lorsqu'il en ira ainsi, aucun gouvernement ne pourra ignorer ou passer outre ces consignes. La Cour Suprême Fédérale sera probablement appelée à jouer un rôle interprétatif majeur et la composition de son corps sera également cruciale pour déterminer, à long terme, le sens de l'article 2 de la Constitution

 $^{^{127}}$ Article 20 de la Constitution. Et V° article 49-4 : La loi électorale vise à réaliser un quota de représentation d'un quart au moins des femmes au Conseil des députés, Articles 22 à 36.

Par exemple l'article 45 de la constitution syrienne dispose que « L'Etat garantit à la femme toutes les chances qui permettent sa participation effective et entière à la vie politique, sociale, culturelle et économique. Il œuvre à éliminer les obstacles qui entravent son évolution et sa participation à l'édification de la société arabe socialiste ». En Egypte l'article 11 de la Constitution de 1971 énonce que « L'Etat assure à la femme les moyens de concilier ses devoirs envers la famille avec son travail dans la société, son égalité avec l'homme dans les domaines politique, social, culturel et économique,

sans préjudice des dispositions de la loi islamique ». Un tel texte fait défaut en droit irakien.

130 V° article 13 de la Loi fondamentale de 1925, article 4 de la constitution de 1958, article 4 de la

constitution de 1968, article 4 de la constitution de 1970.

131 La référence à l'Islam comme religion officielle implique l'éducation religieuse dans les écoles publiques, l'utilisation des symboles islamiques dans la vie publique et le financement étatique des institutions religieuses.

Cette affirmation ne se trouve pas dans les constitutions antérieures. Compr.: Article 2 de la constitution égyptienne «les principes de la loi islamique constituent la source principale de législation »; article 3-2 de la constitution syrienne « la doctrine islamique est une source principale de la législation »; article 2 de la constitution de l'Etat du Koweït « La religion de l'Etat est l'Islam. La Chari'a islamique est une source principale de la législation »

133 La référence à l'utilisation de l'Islam comme « source de base » de la législation était un

compromis entre ceux qui voulaient s'y référer seulement comme « une source » et ceux qui désirait que l'Islam devienne « la source ». Il est intéressant de relever que cette partie de l'article ne mentionne pas le droit musulman mais l'Islam seulement. ¹³⁴ N. J. Brown, *op. cit.*, p. 2.

L'article 2-1 interdit ensuite la promulgation de toute loi contraire : A- « aux dispositions établies de l'Islam ». B- « aux principes de la démocratie ». C- « aux droits et libertés fondamentales prévus dans la présente constitution ».

Une contradiction pourraît de toute évidence avoir lieu entre le paragraphe A, d'un coté, et les paragraphes B et C, de l'autre. Une loi par exemple qui interdit la polygamie ou qui établit l'égalité successorale entre homme et femme ne saurait être promulguée car elle enfreindrait les dispositions établies de la *Chari'a* bien qu'elle soit en complète harmonie avec les principes démocratiques et de droits de l'Homme. La constitution n'explique pas lesquels des principes de droits de l'Homme ou des principes établis de l'Islam doivent primer en cas de contradiction. Tout dépendra de l'interprétation qu'on donnera aux deux catégories. C'est la Cour Suprême Fédérale qui sera chargée, d'après l'article 93 de la constitution, d'interpréter la constitution et de contrôler la constitutionnalité des lois. Il est significatif de savoir qu'outre les juges, la Cour regroupera également en son sein un nombre d'experts en droit musulman (fiqh) 135. Ces sièges seront probablement réservés aux dignitaires religieux avec le risque de voir transformer la C.S.F. en «Conseil de Gardiens de la Constitution» à l'iranienne 136.

Au demeurant, il n'est pas certain que les protections concernant les libertés fondamentales et les principes démocratiques priment sur le droit musulman en cas de conflit. Bien plus, on peut croire que la primauté soit assurée à ce dernier en faisant valoir que le paragraphe 1 de l'article 2 de la constitution établit une hiérarchie entre ses trois alinéas A, B et C de sorte à garantir la supériorité aux principes établis de l'Islam.

Dans cette optique, une loi portant des dispositions discriminatoires à l'égard des femmes pourra-t-elle être promulguée? Les paragraphes B et C de l'article 2-1, qui prohibent la promulgation des lois qui violent les principes de la démocratie ou les droits fondamentaux, ne font-il pas bouclier contre une telle tentative de légiférer?

Une réponse affirmative est loin de s'imposer, croyons-nous, car en les évoquant dans deux paragraphes distincts (B et C) le législateur prend soin de dissocier démocratie et droits de l'Homme. La démocratie qui concerne le régime politique de l'Etat ne saurait, en l'occurrence, être en cause. Quant aux droits de l'Homme, le paragraphe C de l'article 2-1 de la constitution prohibe en effet la promulgation d'une loi contredisant les droits et libertés fondamentaux, tout en portant une précision importante : les droits et libertés dont il est question, ici, sont ceux qui sont prévus par la constitution elle-même et non pas ceux qui sont internationalement reconnus. Il faut savoir que la constitution adopte une vision assez réductrice de droits de l'Homme; ils sont d'après l'article 46, comme nous allons voir, des droits susceptibles d'être limités, par voie de lois ou même de règlements. Dès lors, il semble peu probable que les protections des droits de l'Homme et des libertés fondamentales primeront sur la loi islamique en cas de conflit.

Par ailleurs, la constitution comporte de nombreux articles laissant craindre l'utilisation de la religion comme instrument face aux droits des femmes. D'abord, l'Etat, d'après l'article 2-2 de la constitution, se porte garant de « l'identité islamique » de la majorité du peuple irakien. L'article 29-1 de la constitution conforte cette tendance en précisant dans son paragraphe A que « la famille est la

¹³⁵ Art 89 de la Constitution. Le choix des juges, leur nombre et le fonctionnement de la Cour seront réglementés par une loi promulguée à la majorité de deux tiers du Conseil de Représentants.

¹³⁶ F. A. Jabar, « The Constitution of Iraq: Religious and Ethnic Relations », Minority Rights Group International: http://www.minorityrights.org/admin/Download/pdf/IraqMicro2005.pdf, p. 4-5.

base de la société, l'Etat veille à la sauvegarde de son entité légale, ses valeurs religieuses, éthiques et patriotiques ». De manière similaire, l'article 45-2 énonce que « l'Etat veille à la promotion des tribus et clans irakiens et prête attention à leurs affaires en conformité avec la loi et la religion ...».

Il en ressort que la vision que le législateur se fait de la famille et de la société est intimement liée aux valeurs religieuses et morales. L'Etat, gardien de ces valeurs, pourra prendre des mesures d'ordre public au nom de la morale et de la religion ¹³⁷. Cette référence aux valeurs éthiques et religieuses de la famille irakienne est ambiguë et perçue par des associations féministes comme potentiellement oppressive. Le sens et la portée de ces valeurs pourraient être renvoyé aux clergés conservateurs dont l'interprétation aurait force de loi ¹³⁸.

Au-delà, les bonnes mœurs sont évoquées à maintes reprises pour limiter le droit au respect de la vie privée¹³⁹, la liberté d'expression et de manifestation, la liberté de la presse et de l'information¹⁴⁰. L'interprétation de ces termes se prête facilement à l'abus. Partout dans le monde, les restrictions aux droits et libertés prises par des gouvernements autoritaires ont été souvent justifiées par de tels fondements d'ordre public et de bonnes mœurs. Il est à noter que la notion de bonnes mœurs prend, dans le Monde arabe et musulman, une connotation particulière ; elle peut renvoyer à l'institution coranique : « ordonner le bien et proscrire le mal » comme une obligation qui incombe à tout musulman.

En somme, la constitution revêt, à l'évidence, une forte coloration islamique avec des articles pouvant conduire à l'islamisation de la politique et de la société faisant ainsi planer une menace sur les libertés civiles et les droits des femmes¹⁴¹. L'article 46 de la constitution ouvre la porte à tous les abus en affirmant que des restrictions pourront être apportées aux droits et libertés constitutionnels par le biais d'une simple loi voire par voie règlementaire à condition, toutefois, que ces restrictions ne portent pas atteinte à l'« essence » du droit ou de la liberté.

L'autre fait instructif, suscitant l'inquiétude, est l'ancien article 44 du projet initial qui a été mystérieusement retiré, au dernier moment, du projet final remis aux Nations-Unies. Ce texte prévoyait que « tout individu a droit de jouir des droits et libertés prévus par les conventions et traités relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par l'Irak et qui ne contredisent pas les dispositions de la présente constitution ».

¹³⁷ On pourrait penser au port obligatoire du voile pour les femmes. V° l'article publié par le Journal As-Sabah à Bagdad le 13 juillet 2005 intitulé « Les forces de sécurités violent les Droits de l'Homme ». Des mouvements radicaux interdisent aux jeunes de se raser la barbe, assassinent les coiffeurs qui le pratiquent, se livrent à des lapidations pour les consommateurs d'alcool, font exploser les débits de boissons alcoolisées et les bacs de vente des CD musicaux. Tout cela au nom de la consolidation des valeurs religieuses et morales et de la lutte contre la corruption des mœurs. « En Irak, les femmes et les fillettes vivent aujourd'hui dans la peur de la violence, en raison de l'intensification du conflit et de l'aggravation du climat d'insécurité. Des dizaines de milliers de civils, homme et femmes, auraient été tués ou blessés au cours d'opérations militaires ou d'attaques de groupes armés depuis l'invasion de l'Irak par les Etats-Unis en mars 2003. Le chaos ambiant et la multiplication du nombre d'assassinats, d'enlèvements et de viols qui ont suivi le renversement du gouvernement de Saddam Hussein ont restreint la liberté de mouvement des femmes. Les femmes sont menacées par des groupes islamistes si elles ne portent pas le voile, si elles se maquillent, si elles sortent dans la rue... ». Rapport Amnesty International, Réf. MDE 14/001/2005. http://www.Amnesty.asso.fr

¹³⁸ F. A. Jabar, op. cit., p. 5.

¹³⁹ Article 17-1 de la Constitution.
140 Article 38 de la Constitution.

¹⁴¹ Certains auteurs ont fait remarquer que la référence dans quelques articles tantôt à « l'Irakien » au masculin tantôt à l'« Irakien et Irakienne » pourrait conduire à une interprétation défavorable à la femme. L'article 42 faisant référence à la liberté de voyage, circulation et établissement des « Irakiens » au masculin, impliquerait ainsi une discrimination fondée sur le sexe. Nier la liberté de voyager pour les femmes était la règle ; dans le passé, on demandait à la femme de voyager accompagnée d'un membre mâle de sa famille. F.A. Jabar, op. cit., p. 5-6.

Dès lors, les normes internationales relatives aux droits de l'Homme semblent avoir une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle. Malgré sa timidité, ce texte conférerait auxdites conventions ratifiées par l'Irak une autorité supérieure à celle des lois ordinaires contraires. L'effet principal de cet article aurait été de transformer en droits que les individus peuvent directement invoquer devant les tribunaux, les droits mentionnés dans les traités et qui sont habituellement des simples engagements pris par l'Irak auprès d'autres membres signataires. Ceci aurait rendu impossible au juge de nier l'autorité des dispositions prévues par les traités dans les litiges internes¹⁴². On pourrait à cet effet penser à tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par l'Irak¹⁴³ et particulièrement à la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes 144. Le maintien de cet article aurait permis de donner une valeur juridique dans l'ordre interne à cette charte ainsi qu'à toutes les conventions relatives aux droits de l'Homme. L'article 44 du projet initial, admettant la possibilité d'intégrer les conventions internationales au droit interne, a été finalement supprimé de la copie finale du projet remise à l'ONU pour sa publication avant le référendum et cela même sans le retour à l'Assemblée constituante¹⁴⁵. Désormais, la nouvelle Constitution ne comporte aucun texte octroyant la primauté aux conventions internationales sur les lois internes 146 et ne contient aucune référence aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme. L'intégration au plan national des obligations internationales relatives aux droits fondamentaux demeure problématique.

Quant au principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de sexe énoncé par l'article 14, il se voit bafoué par l'article 41 de la constitution. Ayant consacré le pluralisme législatif en matière de statut personnel, le dernier texte entraînerait forcement une discrimination à l'égard des femmes à cause du recours aux lois religieuses selon les différents rites. Les femmes irakiennes ne seront pas traitées sur un pied d'égalité du fait de leur appartenance religieuse. L'article 14 serait donc vidé de son sens au moins en ce qui concerne les droits

143 Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; la Convention relative aux droits de l'enfant.

144 Date d'adhésion de l'Irak, le 13 août 1986 ; Date d'entrée en vigueur 12 sept. 1986. Mais le pays

documentation/reservations/cedaw.htm. Nous invitons instamment le nouveau Gouvernement irakien à réexaminer et retirer les réserves que l'ancien régime avait émises à la convention. Ceci sera un signal fort pour affirmer son attachement aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales.

¹⁴⁵ La suppression de cet article aurait été justifiée par le fait qu'il subordonne les traités de Droits de l'Homme à la constitution. Dès lors, il a été prétendu que l'abandon de cet article conforterait la position légale de ces traités que l'Irak avait signés. Cet argument paraît erroné. Certes certains ont estimé que l'article 44 in fine subordonnerait les traités de droits de l'Homme aux règles du droit musulman prévues à l'article 2. Mais supprimer cet article n'empêchera pas les autorités irakiennes, compris les juges, d'adopter cette approche. Il est fort peu probable que les institutions politiques irakiennes, dont l'autorité est fondée sur la constitution, considérerons l'élimination de l'article 44 comme affirmation de la primauté des traités relatifs aux Droits de l'Homme sur la constitution. La suppression de l'article 44 semble avoir précisément l'effet inverse de celui escompté. Il empêche de

rendre la protection de droits de l'Homme effective et disponible pour les individus.

146 Contra: l'article 32 de la Constitution tunisienne de 1959, « les traités n'ont force de loi qu'après leur ratification. Les traités dûment ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois ».

¹⁴² N. J. Brown, op. cit., p. 1.

¹⁴⁴ Date d'adhésion de l'Írak, le 13 août 1986; Date d'entrée en vigueur 12 sept. 1986. Mais le pays n'a pas manqué d'introduire des réserves articles 2(f), 2(g), 9(1), 9(2), 16 et 29(1) visant à assurer le respect des prescriptions de la *Chari'a*. Pour le texte de la convention et plus amples informations, V° www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm; www.hri.ca/fortherecord2000/bilan2000/-

économiques, sociaux et culturels¹⁴⁷. Le défaut de Code de statut personnel unifié et le retour subséquent aux lois et à la juridiction confessionnelles auront sans doute des conséquences néfastes à l'égard de la femme irakienne. La condition de la femme variera selon son rite; elle se verra appliquer une loi plus ou moins rigoriste en fonction de la doctrine de sa confession. Il y aura donc forcement une discrimination non seulement entre homme et femme mais entre femme et femme en fonction de la confession et du rite.

Les avantages que la femme irakienne a acquis au travers du Code du statut personnel et de ses modifications successives risquent de disparaître une fois la loi abrogée ou dépouillée de sa force contraignante : la sévère limitation de la polygamie, l'élimination de la tutelle matrimoniale et de la contrainte au mariage, la reconnaissance du droit de la femme à la dissolution judiciaire du mariage, les entraves imposées à la faculté de répudiation unilatérale de l'homme, la prépondérance de la mère pour la garde des enfants, le droit au logement pour la femme divorcée, la quasi suppression de devoir d'obéissance envers le mari et la garantie du droit de travail à la femme. La disparition de ces dispositions et des peines inhérentes à leur violation ouvre la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des traditions et usages désuets : tutelles sur les femmes la voie à un retour des permet à l'homme des des permet à l'homme des des permet à l'homme d'échapper à ses obligations en toute impunité.

Au demeurant et sur un terrain plus pratique, il est patent que le spectre d'un intégrisme religieux plane sur la condition de la femme irakienne. Les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux, dont certains parlementaires aiment se flatter¹⁵⁰, ne réussissent pas à dissiper les suspicions sur le risque de dégradation de la condition de la femme en Irak. L'examen que nous avons entrepris de certains articles disséminés ici et là dans la constitution emporte la conviction d'une évolution défavorable à la femme. La perspective s'obscurcit si on ajoute à ce cadre théorique les faits et les déclarations des partis religieux vainqueurs aux élections du 30 décembre 2005 à l'égard des femmes. Nous avons rappelé plus haut que le Code du statut personnel avait été accueillie avec mépris par les milieux religieux conservateurs, étant jugée très permissive à l'égard des femmes. L'offensive a été menée contre la loi tout entière sous prétexte de sa contradiction avec le droit musulman, et plus particulièrement sur son article 74 qui consacrait l'égalité successorale entre hommes et femmes. Ce texte a fini par être abrogé par la loi

éprouvaient contre la loi.

n° 11-1963, mais cela n'a pas réussi à calmer le ressentiment que les religieux

En Syrie la femme qui travaille hors domicile conjugal sans la permission de son mari perd son droit à l'entretien (náfaqa). V° articles 73 et 74 du Code du statut personnel.

¹⁴⁷ En dépit du fait que le texte sur les droits politiques garantit « aux citoyens, hommes et femmes, le droit de participer aux affaires publiques, de jouir de droits politiques y compris le droit de voter, d'élire et de se porter candidat aux élections». (Article 20)

¹⁴⁸ Selon cette idée développée par certains auteurs musulmans, les femmes doivent être sous la tutelle des époux, des pères ou d'autres membres mâles de leurs familles, et leurs droits civils doivent être placés sous le contrôle de ces tuteurs. Il s'ensuit que la femme ne peut conclure elle-même son mariage, ni celui d'une autre femme (sa pupille, si elle est tutrice testamentaire) et doit se faire représenter par un homme pour qu'il contracte le mariage en son nom ou en celui de sa pupille.

¹⁵⁰ Le président du Comité droits et libertés à la Commission de la rédaction de la constitution estime, en parlant des droits et libertés fondamentaux dans le projet de la constitution, que « ces droits sont de loin supérieurs à tous ce qui est prévu dans les constitutions de la région ». Il ajoute « je peux d'ailleurs affirmer que ce qu'a obtenu le citoyen irakien en terme de droits et libertés est largement comparable à ce qu'a obtenu le citoyen européen, tout en préservant notre identité arabe et musulmane impliquant des valeurs morales qui limitent certaines libertés portant atteinte au tissu social ». Annexe Journal As-Sabah n° 652 du 13 septembre 2005. Propos recueillis par Faysal Abdullah.

La neutralisation du Code a pris le contre-pied des organisations féministes. Peu avant que celles-ci procèdent à l'élaboration et à la divulgation de leurs propositions visant à améliorer le Code du statut personnel et à modifier maints articles jugés discriminatoires, ces mouvements ont été surpris par l'abrogation pure et simple de la loi. Cette réaction a conduit les mouvements féministes et démocratiques à lutter pour le maintien du Code, depuis longtemps considéré, malgré ses multiples défauts, comme l'un des codes de la famille les plus progressistes de tout le Moyen-Orient.

L'opposition des mouvements féministes à l'abrogation du Code du statut personnel a été perçue par les conservateurs religieux comme une « préconisation à la débauche » et « un appel aux libertés sans limites »151. Les jours passés ont attesté d'une recrudescence des opérations et tentatives d'application de la Chari'a par des groupes paramilitaires armés liés directement ou indirectement aux partis politiques religieux. Encore pire, la discrimination sexuelle a atteint même le Bureau du Premier Ministre. Le Secrétaire général du Conseil des ministres, M. Khuddaïr Abbas, aurait ordonné la mutation de toutes les femmes, employées au Conseil ne portant pas le voile, vers d'autres administrations¹⁵². En juillet 2003, la prestation de serment de Mme Nidhal N. Hussein comme juge à Nadjaf a été ajournée sine die après que des dignitaires religieux eurent protesté contre la désignation d'une femme à cette fonction 153. A l'Université de Bassora, des étudiantes qui n'étaient pas voilées se sont plaintes d'avoir été intimidées par des membres de groupes islamistes¹⁵⁴. A l'Université de Mossoul, des tracts qui menaçaient les femmes d'un « sort terrible » si elles ne portaient pas le voile ont été distribués en octobre 2004^{155} .

CONCLUSION

Le Code du statut personnel irakien, promulgué le 30 décembre 1959, et ses réformes successives ont introduit des améliorations sensibles à la condition de la femme irakienne par rapport au droit musulman classique : limitation sévère de la polygamie (art. 3-4), incrimination de la contrainte au mariage (art. 9), suppression de la tutelle matrimoniale (art. 7), incrimination du mariage coutumier conclu en dehors du tribunal (art. 10-5), atténuation au devoir d'obéissance de l'épouse envers son mari (art. 25-2), restriction à la faculté de répudiation unilatérale de l'homme (art. 41), instauration de la dissolution judiciaire du mariage en faveur de la femme dans de nombreux cas, notamment la mésentente conjugale (art. 41 à 43), institution d'un droit au logement pour la femme divorcée (loi n° 177-1983), reconnaissance de la primauté de la mère concernant la garde des enfants (art. 57), rétablissement de l'égalité successorale (ancien art. 74), instauration des legs obligatoires (art. 74).

L'article 41 de la nouvelle constitution irakienne, approuvée par référendum le 15 octobre 2005, remet en cause, au nom de la liberté religieuse, l'effectivité voire l'existence même de cette loi. Cet article prévoit en effet que « les Irakiens sont libres de leurs engagements relatifs à leur statut personnel, selon leurs religions,

¹⁵¹ Le pire, c'est que ces propos sont tenus par M. Khudaïr Al-Khouzai', Président du Comité droits et libertés dans la commission de la rédaction de la constitution, interview avec le Journal As-Sabah, n° 652 le 13 sept.2005.

152 Elaf News le 18 septembre 2005 : www.elaf.com

¹⁵³ Neil MacFarqahur, « in Najaf, Justice can be Blind but not Female » in New York Times, 31 juillet 2003. Selon certaines interprétation de la Chari'a, les femmes ne peuvent pas exercer la fonction de

juge.

154 IRIN News, Iraq: Female harassment from religious conservatives, 14 avril 2004. http://healingiraq.blogspot.com, 28 octobre 2004.

sectes, croyances ou choix. Ceci sera réglementé par la loi ». Portant reconnaissance de l'appartenance à une communauté religieuse comme critère dont il faut tenir compte, le texte constitue un retour au pluralisme juridique qui prévalait lors de la naissance de l'Etat irakien, en matière de droit de la famille, et qui était source de confusion et d'instabilité, dont la femme était la première victime.

Ce retour en arrière vers le droit musulman classique (la *Chari'a*), appliqué par les instances religieuses en fonction de la confession et du rite de l'intéressé, met la femme dans une position très vulnérable et compromet les acquis réalisés pendant des décennies de luttes pour l'égalité de droit entre les hommes et les femmes. Dans le nouvel Irak « démocratique » d'après-guerre, l'avenir s'annonce sombre pour les droits des femmes : risque d'interprétation archaïque de la *Chari'a*, fraude à la loi, renforcement des discriminations.

Par ailleurs, la portée de l'article 41 de la nouvelle constitution interdisant toute unification en matière de statut personnel jette son ombre au-delà de l'avenir de la femme irakienne. Elle fait planer une menace sur l'unité nationale du pays. Un droit confessionnel, devenu en pratique un droit communautaire, joue sans doute contre la cohésion nationale en privilégiant la loyauté confessionnelle sur la loyauté à la patrie et à la nation. En effet, les instances religieuses se sont posées en défenseurs de l'identité communautaire et confessionnelle en dépit des déclarations officielles exaltant l'unité nationale.

La consécration législative du confessionnalisme et du pluralisme des droits qui en découle contribue au renforcement de l'introversion et du sectarisme. La société irakienne, riche de sa diversité culturelle, risque ainsi de se transformer en nombre de communautés fermées et cloisonnés au sein du territoire national. Le rapport qui lie l'individu à son identité confessionnelle deviendrait une prison sociale fortifiée par des *fatwas* et jugements d'apostasies sous prétexte de préserver la pureté d'un rite et de protéger ses propres sources.

L'abrogation de facto de la loi du statut personnel repose donc avec acuité la question de l'avenir de l'unité nationale irakienne. Ce revirement s'inscrit dans un projet politique animé par l'occupant américain visant à rétablir le communautarisme et la répartition du pouvoir sur critères ethnique et confessionnel.

L'absence d'un droit de statut personnel unifié mettrait l'individu et la famille sous la houlette des instances religieuses diverses et empêcherait la fusion des communautés dans un creuset national rassemblant tous les Irakiens et Irakiennes. La disparition du Code du statut personnel doit ainsi être perçue comme un sacrifice majeur de l'unité nationale sur l'autel des principes sectaires. La mise en place du communautarisme confessionnel en tant que principe organisateur de la vie sociale et politique irakienne portera gravement atteinte à la cause de l'intégration et de l'unité nationale. De plus, elle engendrera un chaos juridique dans la mesure où les différentes Ecoles de l'Islam n'interprètent pas de la même manière les prescriptions coraniques.

Le Code du statut personnel a apporté à la famille irakienne une sécurité que ne leur procuraient pas les solutions contradictoires fixées par les différentes Ecoles musulmanes. Abroger la loi ou rendre son application facultative aura des effets néfastes sur la société irakienne, elle réduira comme une peau de chagrin les droits acquis par les femmes irakiennes au cours des dernières décennies. Un système du droit de famille fragmentaire, parcellaire et empirique mettra les femmes dans une situation extrêmement vulnérable. L'inégalité au sein de la famille entravera le développement national.

La famille est le noyau de la société. Le développement national commence essentiellement par fonder la structure familiale sur une base égalitaire. La reconstruction d'un nouvel Irak démocratique passera donc inévitablement par une

valorisation du rôle et de la place de la femme dans la société. Il est besoin aujourd'hui non seulement d'amender la constitution pour maintenir le Code du statut personnel, mais de procéder à une réforme d'envergure de cette branche du droit. Cette réforme doit être animée par un esprit égalitaire observant les chartes de droits de l'Homme, la convention pour l'élimination de toute formes de discrimination envers les femmes 1979 et la convention pour l'élimination de la violence contre les femmes de 1993 auxquelles l'Irak est partie.

La nécessité se fait aujourd'hui sentir d'une sécularisation du droit de la famille irakien et d'une instauration d'un Code du statut personnel unifié, commun

à tous les citoyens sans distinction de religion, confession ou secte.